

# INFORME ANUAL SOBRE DERECHOS HUMANOS EN CHILE 2017



CENTRO DE DERECHOS  
HUMANOS **udp**

FACULTAD DE DERECHO

Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales;  
Tomás Vial Solar (editor general) / Informe anual sobre Derechos Humanos en Chile  
2017

Santiago de Chile: la universidad: Centro de Derechos Humanos, Facultad de  
Derecho de la universidad, 2017, 1ª edición, p. 472, 15 x 23 cm.

Dewey: 341.4810983

Cutter: In38

Colección Derecho

Incluye presentación de los Dres. Tomás Vial Solar y Lidia Casas Becerra  
directora del Centro de Derechos Humanos de la universidad, notas al pie de página  
y biografías de los autores del informe 2017.

Materias:

Chile. Derechos Humanos.  
Derecho al agua potable. Chile.  
Empresas, aspectos sociales.  
Derechos del niño. Chile  
Personas LGTBI. Aspectos jurídicos.  
Inmigrantes, situación jurídica.  
Multiculturalismo, Chile.  
Derechos de pueblos indígenas.  
Identidad cultural. Chile.  
Privacidad.  
Control de la policía.  
Derecho de acceso a la justicia.

## INFORME ANUAL SOBRE DERECHOS HUMANOS EN CHILE 2017

©VV.AA.

©Ediciones Universidad Diego Portales, 2017

Primera edición: noviembre de 2017

ISBN 978-956-314-392-8

Universidad Diego Portales  
Facultad de Derecho  
Av. República 105  
Teléfono (56-22) 676 2601  
Santiago de Chile  
[www.derecho.udp.cl](http://www.derecho.udp.cl)

Editor general: Tomás Vial

Edición: Vicente Parrini

Diseño: Marisol González

Impreso en Chile por Salesianos Impresores S.A.



Licencia Creative Commons: Reconocimiento – No comercial – Compartir igual: Los artículos de este libro se distribuyen bajo una Licencia Creative Commons. Pueden ser reproducidos, distribuidos y exhibidos bajo la condición de reconocer a los autores / las autoras y mantener esta licencia para las obras derivadas.

Las opiniones, análisis, conclusiones o recomendaciones expresadas en los artículos corresponden a las y los autores.

**INFORME  
ANUAL  
SOBRE  
DERECHOS  
HUMANOS  
EN CHILE  
2017**

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



## ÍNDICE

Presentación: estado de los derechos humanos en Chile 2016-2017	9
1 Verdad, justicia, reparación y memoria.	25
2 Derecho al agua, emergencias y responsabilidades del estado y de las empresas sanitarias.	99
3 Sename: el rol del Estado, la tutela judicial de niños, niñas y adolescentes y la relevancia penal de la crisis.	163
4 La reforma a la institucionalidad en materia de infancia bajo la lupa de los derechos humanos.	217
5 Los derechos humanos de los pueblos indígenas en la política pública chilena.	245
6 Las fallas en el control de la acción policial: el caso de la violencia policial en la población La Legua.	287
7 Inclusión de estudiantes migrantes en el sistema escolar chileno: desafíos pendientes	329
8 El derecho de acceso a la justicia civil en Chile.	353
9 Privacidad: la vigilancia en espacios públicos	383
10 Derechos de las personas LGTBI en Chile: una evaluación.	419
Biografías autores <i>Informe 2017</i>	465



## PRESENTACIÓN

El Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales presenta a la comunidad nacional su decimoquinto *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile*, relativo a temas contingentes –entre mediados de 2016 y julio del presente año– en diversos ámbitos vinculados a los derechos humanos en nuestro país.

El *Informe* pretende año a año ir indagando cómo el Estado chileno va cumpliendo o no sus compromisos con la comunidad internacional, y con los habitantes de Chile, en relación a las obligaciones de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales que nuestro país ha firmado y ratificado, y en las demás fuentes del derecho internacional, como son las sentencias de las cortes internacionales, preeminentemente la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y la interpretación autoritativa de los tratados de derechos humanos que emana especialmente de las observaciones generales de los comités de tratado de las Naciones Unidas. Así también se emplean, como parámetros de análisis, los demás estándares de derechos humanos, como son las observaciones particulares de los órganos de tratado al Estado hechas cuando Chile ha presentado informes ante esos órganos. El *Informe* no pretende realizar un estudio de todos los aspectos de derechos humanos a los que se ha obligado Chile, sino que se limita a presentar una selección de temas, elegidos de acuerdo a una combinación de criterios que se pasan a exponer. Primero, nos interesa poner en relieve aspectos conflictivos o silenciados de nuestra vida social, que consideramos de particular relevancia por su carácter estructural o que no han sido destacados con anterioridad. Sin dejar de prestar atención a asuntos de permanente gravedad, como el relativo a la demanda de verdad, justicia y reparación respecto a las violaciones de derechos humanos bajo la dictadura, nos parece relevante dirigir la mirada a asuntos que comúnmente no se asocian con derechos humanos o a los que se presta menor atención en la discusión pública. Ejemplos de ello, en años anteriores, han sido los capítulos sobre los derechos de las personas

mayores, derechos de la niñez, o el derecho a la salud mental, y, en el actual *Informe*, el derecho al acceso a la justicia. Segundo, se pretende que el *Informe* sea un trabajo interdisciplinario, que permita el diálogo entre diversas disciplinas del derecho y con otras áreas académicas o profesionales. Dan cuenta de este objetivo los capítulos sobre educación e inclusión que hemos desarrollado los últimos años, con la colaboración de especialistas en esas temáticas. Para lograr lo anterior tenemos en consideración, prioritariamente, a los académicos expertos que integran la Facultad de Derecho de la UDP, aunque, como se apreciará, también solicitamos la colaboración de especialistas de otras unidades de la universidad y de diferentes centros de estudios superiores del país.

El *Informe* no se define como una publicación con un perfil exclusivamente académico que dé cuenta en forma acabada de la literatura en un campo particular. Su vocación, desde su surgimiento, ha sido presentar, con rigor y sobre la base de un trabajo de investigación racional y empíricamente fundado, una realidad política, social o económica bajo la óptica de los derechos humanos, de modo que pueda ser fácilmente accesible para la comunidad nacional a la cual está dirigida. Por ello se ha privilegiado un lenguaje no excesivamente técnico y un formato de conclusiones y recomendaciones que ayude a quienes toman las decisiones en estos ámbitos y a la opinión pública en general, a entender cuáles son las principales falencias en materia de derechos humanos y las medidas más relevantes para subsanarlas.

El *Informe* en la presente edición contiene 10 capítulos, que se pasan a exponer sucintamente, junto con destacar algunas de las principales recomendaciones que en ellos se proponen y que son de responsabilidad compartida entre los autores respectivos y el Centro de Derechos Humanos de la UDP.

En Chile el pasado reciente es eternamente presente, señala el capítulo sobre verdad, justicia, reparación y memoria, redactado por la investigadora Cath Collins y el Observatorio de Justicia Transicional de la UDP, organismo del cual ella es directora. Las discusiones en la opinión pública que se dan tradicionalmente en el mes de septiembre, pero también durante todo el año, por ejemplo, sobre el cierre del penal de Punta Peuco, o las más polémicas aún, que se relacionan con el acceso a la verdad establecida en los archivos Valech, muestran que en Chile hay todavía muchos asuntos pendientes en relación a ese pasado y que esas traumáticas experiencias no parecen haber calado lo bastante hondo como para lograr un repudio unánime y un compromiso coherente con la mínimas exigencias de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición a las que el país se ha comprometido. En primer lugar, persiste la deuda con los familiares de las personas que fueron detenidas-desaparecidas bajo la dictadura. Una sociedad en la

que se continúa permitiendo el no saber con certeza el destino o/y paradero de centenares de compatriotas, secuestrados por el mismo Estado, no puede mirarse a sí misma con respeto. Es por ello que el capítulo hace un llamado a crear una instancia permanente de diseño y realización de búsqueda, identificación y retorno de víctimas de desaparición forzada, que reúna en su equipo permanente la necesaria experticia administrativa, investigativa, técnica (pericial), (psico)social y jurídica, y que cuente con la participación sostenida y activa de familiares u otras personas directamente afectadas, y que tienen el mandato y poder de (re)considerar todo aspecto relevante de la respuesta estatal a este crimen.

En segundo lugar, la deudas relativas a los sobrevivientes, que hoy carecen de una instancia que permita dialogar con ellos, subsanar errores, recalificar, y prestar los servicios y medidas de reparación en forma coordinada. Estas deudas llaman, como se recomienda, a llevar a cabo una revisión comprensiva de la situación de las y los sobrevivientes de prisión política, tortura y demás graves violaciones sufridas en tiempos de dictadura, dejando en manos de una sola institución o entidad el mandato y poder de tomar decisiones y velar por los derechos en verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición. Es preciso poner fin a la parcialización de sus derechos entre diversas instancias estatales, estableciendo un punto central de contacto y responsabilidad estatal ante la cual cada persona —u organización— pueda consultar su situación y hacer efectivos sus derechos. En relación a la demanda de verdad y la discusión sobre el acceso a los documentos de la llamada Comisión Valech I, el capítulo recomienda, siguiendo la línea de los *Informes* anteriores, resolver el estatus de acceso judicial y/o público del acervo de la Comisión Valech en sus dos iteraciones, con la debida atención a consideraciones de privacidad, del derecho social a la verdad y del deber de hacer justicia.

Las obligaciones que tiene el Estado frente a las violaciones que sus propios agentes desarrollaron, deben ser necesariamente consideradas dentro de lo que será el Plan Nacional de Derechos Humanos que el actual gobierno debe aprobar antes de diciembre del año en curso. Este nuevo y ambicioso instrumento de política pública deberá servir de guía y matriz de coordinación para la acción del Estado por los próximos cuatro años. Como señalan el Centro de Derechos Humanos y Cath Collins en sus recomendaciones, para que este plan posea la legitimidad suficiente y, además, tenga una posibilidad mínima de ser implementado, es imprescindible que sea consecuencia de un proceso de consulta nacional pausada, deliberativa y profunda, en particular, con las organizaciones de derechos humanos, en atención a las múltiples normas internacionales que caracterizan a la participación no solamente como garante de legitimidad, sino como un derecho en sí

misma. También, es imprescindible incorporar, explícitamente, a dicha comunidad en los mecanismos de seguimiento, monitoreo y evaluación del nuevo plan.

De acuerdo al derecho internacional de los derechos humanos, el Estado es el responsable de respetar y proteger aquellos derechos. ¿Qué sucede, sin embargo, con aquellas actividades llevadas a cabo por los privados, especialmente por las empresas? ¿Existen obligaciones del Estado respecto a esas actividades, desde el punto de vista de los derechos humanos? ¿Hay obligaciones en materia de derechos humanos de las mismas empresas? Estas preguntas parecen particularmente pertinentes en un país como Chile donde importantes actividades que dicen relación con la satisfacción de los derechos humanos están total o casi completamente privatizadas, como son la educación, la salud, la seguridad social y la vivienda. Al igual que para el Plan de Derechos Humanos mencionado arriba, la efectiva implementación y monitoreo del recientemente aprobado Primer Plan de Acción de Derechos Humanos y Empresas –publicado, el 22 de agosto de 2017, en virtud del compromiso con los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos– requerirá, también, después de proceso participativo interministerial, de la participación de la sociedad civil y las organizaciones de derechos humanos.

Esta temática como Centro de Derechos Humanos nos ha preocupado desde hace mucho tiempo, y eso explica el trabajo que nuestra investigadora Judith Schönsteiner viene realizando hace varios años. En ese sentido, se incluyó ya en el *Informe 2010* un capítulo sobre la responsabilidad de debida diligencia en la gran minería chilena. En el *Informe 2012*, se publicó un estudio sobre los impactos en derechos humanos de las actividades industriales en Puchuncaví-Ventanas. Y el 2014, se evaluó la regulación de consulta previa, libre e informada en el ámbito de inversión minera, al igual que estándares mínimos para acuerdos entre comunidades indígenas y empresas inversionistas. Destaca dentro de esas investigaciones la elaboración, el 2016, de una Línea Base sobre Empresas y Derechos Humanos, que analiza cómo se está llevando a cabo la protección de los derechos humanos en relación a las actividades privadas vinculadas al cumplimiento de obligaciones del Estado en materia de derechos humanos y las brechas que se producen en este aspecto. Bajo ese marco, y ahora aplicado a un sector específico, se realizó un estudio, de la profesora Schönsteiner y la investigadora Macarena Contreras, sobre “Derecho al agua, emergencias y responsabilidades del Estado y de las empresas sanitarias”, que analiza el marco regulatorio actual de provisión del agua potable en Chile, bajo los estándares de derechos humanos.

Antes de señalar las principales conclusiones y recomendaciones de este capítulo, es necesario hacer notar que el tema del derecho al agua potable está estrechamente relacionado con el más general de la provisión de agua, y de entenderla como un derecho humano, tema hoy más sensible que nunca dadas las condiciones de cambio climático. Ya en el *Informe 2013*, el investigador Matías Guilloff elaboró un estudio sobre el “Derecho al agua como derecho humano: el caso de la provincia de Petorca”. Ahí se concluía que la actual regulación sobre derechos de agua en Chile, completamente privatizados, infringe ese derecho al agua de los habitantes. El capítulo de este año debe, entonces, ser leído en conjunto con ese estudio.

La investigación de Macarena Contreras y Judith Schönsteiner se produce, además, dentro de un contexto de reiteradas fallas, al menos en 2016 y 2017, por parte de las empresas de agua potable en la provisión de ese recurso, por situaciones de emergencia que eran razonablemente previsibles. Es por esta razón que una investigación sobre el marco regulatorio y la manera en que se aplica, sea de especial actualidad y gravedad. La investigación muestra, como señalan las autoras en su texto, “que la falta de prevención de futuros riesgos y desastres, la escasa fiscalización a las empresas, las multas que no constituyen un real incentivo de cumplir, el reducido acceso a la justicia y la reparación ante los cortes de agua y, en consecuencia, el incumplimiento de los estándares internacionales, traen como resultado la carencia de este imprescindible recurso y la vulneración por parte del Estado de su obligación de velar por un derecho trascendental al agua potable para el disfrute de otros derechos, como el derecho a la salud y o la educación.” Las situaciones de emergencia evidencian de manera aguda la incapacidad del Estado y del sistema de empresas sanitarias de hacerse cargo de la escasez hídrica, en un contexto en que entre un 73% y un 80% de los recursos hídricos están destinados de manera gratuita a la agricultura.

Para resolver estas graves falencias se recomienda, entre otras cosas, aprobar el uso preferente del agua para consumo humano a nivel constitucional y recuperar la capacidad del Estado (*state capacity*) en relación a la garantía del derecho humano al agua potable; aplicar multas escalonadas que sean un eficaz disuasivo a los incumplimientos por parte de las empresas, de tal forma que la sanción no sea menor a la utilidad o ahorro obtenido con la infracción. También, respecto a las mismas empresas privadas, se propone que busquen soluciones técnicas para diversificar las fuentes de agua dulce por concesión, que reutilicen las aguas para riego y mejoren la interconectividad de redes.

El 2017 estalló el escándalo sobre la forma en que el SENAME resguardaba los derechos de los niños, niñas y adolescentes, NNA. Los hechos denunciados en la prensa, las investigaciones criminales

y parlamentarias iniciadas, han sido objeto de amplia preocupación pública, dando cuenta de un sistema de protección de los derechos de la niñez colapsado y que dista muchísimo y de manera gravísima de las obligaciones que Chile ha contraído, desde 1990, al ratificar la Convención de Derechos del Niño (CDN). El *Informe* por varios años ha seguido e investigado los temas relativos a protección de derechos de los NNA. Así, y por solo nombrar los más recientes: el 2014 se incluyó el capítulo elaborado por Camila de la Maza y María Paz Riveros, “Derechos humanos de la infancia y adolescencia: política pública de protección de derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes”; el 2015, las mismas autoras —junto a María Paz Zarzar— “Derechos humanos de la infancia y adolescencia: ¿asegura el Estado a los niños, niñas y adolescentes el derecho a vivir en el seno de una familia? y el 2016, “Institucionalidad de infancia en Chile: una deuda impaga”, de Camila de la Maza y Francisca González. Estas contribuciones se han enfocado, de manera principal, en el marco regulatorio ausente y en los defectos detectados en esta materia.

En el presente *Informe* son dos los capítulos dedicados a la protección (o la falta de esta) de los derechos de los NNA. El primero fue elaborado por Eduardo Alcaíno, Sabrina Perret y Pablo Soto, y se titula: “Sename: el rol del Estado, la tutela judicial de niños, niñas y adolescentes y la relevancia penal de la crisis”. El capítulo aborda la manera en que el Sename controla la prestación del servicio de cuidado por parte de entidades privadas, instituciones en las cuales se encuentra el 95 % de los niños; pregunta cuáles serían las eventuales responsabilidades penales por hechos cometidos al interior del Sename y, también, las principales dificultades que los magistrados detectan al cumplir su labor de intervención en casos de NNA vulnerados, en especial cuando deben relacionarse con el Sename. El trabajo permite concluir que la externalización de la prestación de los servicios de cuidado ha acarreado, en la práctica, un debilitamiento del compromiso estatal con los derechos de los NNA; que también el servicio es deficiente cuando colabora con los tribunales de familia en la adopción y seguimiento de las medidas de protección de los NNA y, que en materia penal, serían varios los delitos eventualmente cometidos que debieran ser investigados. En cuanto a las conclusiones, se recomienda, entre otras, que el Sename se tome en serio sus herramientas de supervisión e instrucción a los colaboradores y las reinterpretate para el propósito que el legislador le ordenó, a saber, la protección de los NNA que se encuentran en el sistema de cuidado. El capítulo propone, asimismo, que se inicie la persecución, investigación de los distintos hechos delictivos y la sanción de los responsables desde el punto de vista penal. Se plantea también, que exista una mejor coordinación y comunicación entre el servicio y los jueces

de familia, debiendo el primero reformular sus programas en función de las necesidades de los NNA, conforme a la información recibida por los segundos.

El otro capítulo relativo a los NNA fue elaborado por Camila de la Maza, y se denomina “La reforma a la institucionalidad en materia de infancia bajo la lupa de los derechos humanos”. El capítulo revisa los proyectos de ley presentados al Congreso, bajo los estándares internacionales, que se relacionan con una reforma estructural que el Estado de Chile pretende hacer en materia de infancia y adolescencia. Durante 2015, se presentaron dos proyectos de ley: el que establece el Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez y el que crea la Subsecretaría de la Niñez, ambos analizados en el *Informe 2016*. Posteriormente, en marzo de 2016, se presentó el proyecto que crea la Defensoría de la Niñez y, en abril de 2017, el que crea el Servicio de Protección Especializada de Niños, Niñas y Adolescentes y el que crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil. La primera y más importante conclusión del capítulo es que la tardía presentación de estos diversos proyectos, algunos enviados este mismo año, implicará que a fines del actual gobierno no se habrá consumado aún la reforma integral, profunda y radical de la institucionalidad relativa la niñez, a 27 años de la ratificación de la CDN. La segunda conclusión es que, pese a lo positivo y necesario de estos proyectos presentados, aún persiste una gran deuda con la totalidad de los niños, niñas y adolescentes, los cuales no cuentan con una ley marco que les asegure un piso mínimo de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. En tercer lugar, se concluye que, aun cuando se valoran en general, los proyectos enviados mantienen todavía falencias específicas que justifican una serie de recomendaciones particulares para cada uno de ellos, que aparecen reseñadas en el capítulo.

La evaluación de cómo el Estado chileno reconoce, respeta y protege los derechos de los pueblos indígenas también es una temática que ha sido objeto de análisis en *Informes* anteriores. Así, el 2013 se incluyó el capítulo “Fuerza estatal y conflicto mapuche”, de Alberto Coddou; el 2015 dos capítulos analizaron materias claves, “Territorios indígenas y política pública de entrega de tierra” de Antonia Rivas, y “Diligencia debida: proyectos de inversión, propiedad sobre los recursos naturales y consulta libre, previa e informada a los pueblos y comunidades indígenas concernidos” de Judith Schönsteiner y Alonso Barros y, por último, el 2016, “Pueblos indígenas, sistema escolar y construcción de identidad” de Pilar Muñoz y Liliana Ramos.

El conflicto social entre el Estado y las comunidades y organizaciones mapuche, especialmente, en la VIII y IX regiones, se ha agudizado durante el tiempo cubierto por este *Informe*. Se han denunciado repetidos casos de uso desproporcionado de la fuerza por parte de la

policía, incluyendo allanamientos de colegios, afectando gravemente a NNA; la implementación de una mesa de diálogo con limitada participación y con imposición de condiciones que varios representantes indígenas no consideraron aceptables; la realización de una huelga de hambre en el contexto de la aplicación de la Ley Antiterrorista (huelga aún sin resolver al cierre de este *Informe*); profundas desconfianzas en relación a investigaciones policiales y acusaciones penales (agentes encubiertos y crímenes); ataques a la propiedad privada e incendios de establecimientos religiosos que se le imputan a personas indígenas. Si bien el Estado ha realizado consultas sobre institucionalidad indígena, proceso constituyente indígena y sobre el Consejo de los Pueblos Indígenas, no ha respondido aún a la denuncia rapanui sobre propiedad de territorios ancestrales ante la CIDH, cuyo plazo de respuesta venció en agosto de 2017.

Este año hemos querido hacer una revisión de las materias estudiadas en esos capítulos anteriores, en el trabajo de Antonia Rivas titulado “Los derechos humanos de los pueblos indígenas en la política pública chilena”, sobre todo en materia de derecho a la autodeterminación, participación y consulta, tierras y territorios y uso del derecho penal en las situaciones de conflicto mapuche. La principal y devastadora conclusión es que los avances, en los últimos años, han sido poco significativos; no apreciándose un interés real en dirigirse hacia la solución de los conflictos presentados, ni vislumbrándose que, en el corto plazo, puedan existir cambios al respecto.

En este sentido, los anuncios de la presidenta Michelle Bachelet, en junio de 2017, en el denominado Plan Araucanía, son insuficientes y profundamente tardíos. Por ello, e independiente de las recomendaciones específicas contenidas en el texto sobre las materias analizadas en el capítulo, la principal y fundamental recomendación que se hace es que se genere una instancia de diálogo mayor, con la participación de todos los involucrados y en condiciones de igualdad, para discutir y acordar una nueva relación entre los pueblos indígenas y el Estado de Chile, que incluya reconocimiento constitucional, territorios, recursos naturales, autodeterminación, consentimiento, reparación a la injusticias del pasado, entre otras materias, de acuerdo a los estándares del derecho internacional de los derechos humanos. Nuevamente, no se toman en cuenta las conclusiones de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas.

El control y límite del uso de la fuerza por parte del Estado ha sido una de las preocupaciones centrales del movimiento de los derechos humanos desde sus inicios, no solamente en relación al uso de la fuerza en los territorios indígenas del Sur de Chile. El monopolio que tiene el Estado de esa facultad, las asimetrías existentes entre los individuos y la organización pública uniformada, las potenciales y actuales situaciones

de violación de los derechos a la vida, la integridad, la libertad, por solo mencionar algunos, hacen que esta temática sea especialmente sensible y relevante desde el punto de vista de los derechos humanos. Tiene mayor relevancia todavía cuando dicha fuerza se aplica a personas que pertenecen a un grupo vulnerable, pues en esos casos, como la experiencia casi universal lo muestra, y la historia reciente de Chile lo confirma, los riesgos de la vulneración de esos derechos aumentan exponencialmente. En el caso contemplado en este *Informe* ese grupo vulnerable son los pobladores de La Legua. El tema es abordado este año por los investigadores Gonzalo García-Campo, Juan Pablo Delgado y Pascual Cortés, en el capítulo titulado “Las fallas en el control de la acción policial: el caso de la violencia policial en la población La Legua”. El texto describe los patrones de violencia policial que han tenido lugar en la población, contrastándolos con los estándares internacionales reguladores de la función policial. Luego, indaga en los arreglos institucionales que permiten o favorecen la perpetuación de esta violencia, centrándose particularmente en los mecanismos internos de control de la actividad policial, es decir, en las estructuras que tiene Carabineros de Chile para controlar la actividad de sus funcionarios.

Se concluye que la intervención policial en La Legua no ha sido propiamente un plan, por carecer de objetivos claros, de responsables y de evaluaciones periódicas; que esa intervención a tenido como consecuencia, más que casos aislados, un patrón de violencia policial; y que, finalmente, los mecanismo de control interno de Carabineros no son efectivos en relación a denuncias de violencia ejercida por sus propios funcionarios. Ciertamente, esta investigación no desconoce el grave problema del narcotráfico que afecta el goce de los derechos humanos, especialmente, de las poblaciones vulnerables y, en particular, de los jóvenes que conviven con la violencia, ni desmerece los problemas de salud, educación y trabajo que genera el consumo de drogas y el micro y narcotráfico. Sin embargo, es necesario evaluar la responsabilidad del Estado por la forma en que se hace cargo de estas situaciones delictuales y cómo las enfrenta en un marco respetuoso de los derechos humanos. Para remediar las graves falencias identificadas en el capítulo, se señala como necesario promover un debate profundo en torno a los mecanismos democráticos de control de la institución de Carabineros de Chile, incluyendo sus reglamentos internos; propiciar una reforma a los mecanismos de control de Carabineros, los que deben optimizarse, garantizando el derecho al acceso a la justicia, en su dimensión judicial y administrativa, a las eventuales víctimas de hechos de violencia policial; y, finalmente, la urgencia de desarrollar acciones de prevención para evitar el abuso de la policía uniformada. En esta tarea resulta particularmente relevante la formación en derechos humanos de las fuerzas policiales, el apego

a los estándares internacionales que rigen su función y la estricta observancia de la normativa vigente que regula las distintas actuaciones de Carabineros en nuestro país.

La realidad de la migración actual hacia Chile representa un desafío político, cultural jurídico y de organización institucional de la mayor envergadura. Como nos demuestra la experiencia comparada, pocos temas son más sensibles que el de la migración y pocos se prestan más para la instrumentalización política y el abuso a las personas. Es, también, un asunto referido esencialmente a los derechos humanos de un grupo de personas que está en situación de particular vulnerabilidad, ya sea por su situación legal, las diferencias culturales o lingüísticas o su falta de redes de apoyo. Para el Centro de Derechos Humanos, la protección de los migrantes y refugiados no es un asunto ajeno, ya que cuenta desde hace más de nueve años con una Clínica Jurídica de Migrantes y Refugiados. Ese trabajo también explica que en varios de los *Informes* se hayan contemplado estudios sobre la situación de migrantes y refugiados en Chile. Ese es el caso de los capítulos “Derechos de migrantes y refugiados” elaborado por Víctor Hugo Lagos y Oscar Patricio Mesina, el 2014; “El derecho a la salud de las personas migrantes en Chile. Avances y desafíos”, redactado por Víctor Hugo Lagos y Delfina Lawson, el 2015; el elaborado en 2016 por Macarena Rodríguez y Delfina Lawson titulado “El debido proceso en los procedimientos de expulsión administrativa de migrantes: situación actual y alternativas”.

En la presente edición el trabajo, que corresponde al área de educación, fue redactado por las profesoras Liliana Ramos y Pilar Muñoz y se titula: “Inclusión de estudiantes migrantes en el sistema escolar chileno: desafíos pendientes”. El estudio analiza la consistencia de las políticas chilenas respecto de los estándares internacionales de derechos humanos relativos a la educación de estudiantes migrantes. Como señalan las autoras, la conclusión es que se dan una serie de situaciones de discriminación indirecta, entre ellas: políticas de inserción escolar que aún no aseguran el acceso al 100% de los beneficios del sistema escolar para estudiantes migrantes, a pesar de ser esta una obligación internacional del Estado de Chile por lo menos a nivel de primaria y secundaria; ausencia de orientaciones a nivel de gestión escolar y de aula para trabajar en contextos de diversidad cultural y lingüística; carencia de programas o apoyos que permitan superar las barreras del aprendizaje y la limitada participación que experimentan los estudiantes migrantes en el sistema escolar, producto de sus diferencias culturales y lingüísticas. Lo anterior —sumado a la existencia de una Constitución Política que no reconoce la educación como un derecho humano de los niños, niñas y adolescentes, y a la ausencia de una ley migratoria basada en un enfoque de derechos e interculturalidad— da cuenta de un panorama

deficiente en cuanto al cumplimiento de los estándares internacionales de derechos humanos en la materia. Esta situación justifica que se recomiende, entre otras medidas, promover un cambio constitucional para reconocer el derecho a la educación de niñas, niños y adolescentes, en el contexto de una nación multicultural; asegurar en el presente gobierno la tramitación de una ley de migración con un enfoque de derechos e intercultural, que garantice el derecho a la educación de estudiantes migrantes, y asegurar que, a la brevedad, el Ministerio de Educación publique las orientaciones para promover una gestión de aula y escuela sustentada en un enfoque de educación intercultural.

Cuando en Chile se habla sobre el sistema judicial y demanda de justicia rara vez se entiende aquello como un asunto de derechos humanos. Sin embargo, como prueban e indican claramente la profesora Macarena Vargas y el profesor Ricardo Lillo en su capítulo “El derecho de acceso a la justicia civil en Chile”, este es sin lugar a dudas un tema de derechos humanos y que afecta el ejercicio de otros numerosos derechos. Para analizar esta materia, el estudio revisa el nivel de acceso a la justicia en Chile bajo los estándares de derechos humanos. La conclusión a la que llegan los autores es que, pese a la enorme cantidad de reformas procesales que nuestro ordenamiento jurídico ha experimentado en estos últimos años, el acceso a la justicia sigue siendo una asignatura pendiente. El sistema actual, señalan, tampoco ha podido dar solución a la saturación de los tribunales civiles, producto de la cobranza judicial de grandes empresas que copan la agenda judicial, ni de los Tribunales de Policía Local que sufren similar problema con ocasión de las infracciones de tránsito y el cobro del TAG. Todo ello pugna con uno de los estándares desarrollados por el derecho internacional de los derechos humanos que exige a los Estados contar con mecanismos efectivos, no teóricos ni ilusorios, que permitan a todos los ciudadanos el goce pleno del acceso a la justicia. Lo anterior lleva a recomendar, entre otras medidas, que se reactive el impulso por la reforma a la justicia civil ordinaria, incluyendo procedimientos sencillos para pequeñas reclamaciones que sean de su competencia; que se incorporen medios alternativos de resolución de conflictos a la par y de manera coordinada con el proceso judicial en la justicia civil y de policía local; y que se reforme el procedimiento ante los Juzgados de Policía Local, tomando en cuenta la experiencia de oralidad de otras reformas, pero con un enfoque en flexibilidad y simpleza.

Como se señaló al inicio de esta presentación, uno de los objetivos del *Informe* es levantar temas que habitualmente en Chile no se entienden como vinculados a los derechos humanos, pese a que jurídicamente y en el sistema internacional lo estén claramente. Este es el caso del derecho a la vida privada, derecho que por el avance de internet, los sistemas informativos, el crecimiento de las redes sociales

y las capacidades de captación, intervención y procesamiento de información que hoy existen, se torna de una relevancia mayor que en el pasado. Al respecto, quisimos este año, por primera vez en el *Informe*, incluir un capítulo sobre el derecho a la vida privada, que permita instalar los estándares de derechos humanos en este aspecto y que a futuro sirva para analizar sus muchas y crecientes facetas. El artículo de Domingo Lovera, titulado “Privacidad: la vigilancia en espacios públicos”, se centra, como indica el autor, en un fenómeno que amenaza con extenderse: las actividades de vigilancia y control que un puñado de municipios ha iniciado a efectos de, según han dicho sus autoridades, prevenir o controlar de mejor manera el delito. El estándar para realizar esas actividades es que las hipótesis de intromisión en la vida privada de las personas deben encontrarse establecidas en una ley, y sus condiciones de procedencia ser específicas y acotadas. La conclusión a la que se arriba es que nada de eso ocurre en los casos revisados. Se observa que las municipalidades han procedido a instalar cámaras de vigilancia en globos y drones que captan información “a granel” –probablemente una de las situaciones más preocupantes para el derecho internacional– a partir de lecturas descuidadas de sus propias atribuciones. También se concluye que Chile no cuenta con instancias de protección de los datos personales de ciudadanos y ciudadanas, pues las que hoy tienen algo que decir (como los tribunales y el CPLT) han sido igualmente benevolentes con las municipalidades a la hora de leer sus competencias. Si bien se valora como positivo el reciente envío del proyecto de ley que actualiza la Ley 19.628 (sobre protección y tratamiento de datos personales y crea la Agencia de Protección de Datos Personales), la legislación en su redacción actual contiene normas que no garantizan cabalmente el derecho a la vida privada. De lo anterior surgen varias recomendaciones al Estado. Entre ellas, la de adecuar la legislación nacional en materia de privacidad a los estándares del derecho internacional de los derechos humanos, incluidas las actividades de vigilancia y monitoreo; y que, dada la falta de regulación efectiva, los municipios y otras entidades estatales debieran abstenerse de seguir implementando sus sistemas de vigilancia a través de cámaras situadas en globos y drones por ser actos ilegales y afectar desproporcionadamente la privacidad de las personas.

El principio de no discriminación es la viga maestra del sistema de derechos humanos y una de las áreas de trabajo del Centro, tanto en los casos de migrantes, refugiados, mujeres y, también, personas de la diversidad sexual. El *Informe* por varios años ha ido cubriendo diversos aspectos de los derechos de las personas lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersex, LGTBI. Así, el 2013, se presentó el capítulo “Informe sobre diversidad sexual: las violaciones a los derechos de las personas trans en Chile”, redactado por el suscrito; el 2014, revisó “Homoparentalidad

en Chile y derechos humanos”, escrito por Juan José Álvarez y Tomás Vial; el 2015, “Derechos de la diversidad sexual 2015: avances y fallencias”, redactado por los mismo autores más Sebastián del Pino; y el 2016 los “Derechos humanos de las personas intersex”, escrito por Camilo Godoy.

Este año se quiso revisar esos textos y evaluar cómo ha avanzado el país en esas diversas facetas. Por ello, el capítulo redactado por Juan José Álvarez, Sebastián del Pino, María Belén Saavedra, y Tomás Vial, denominado “Derechos de las personas LGTBI en Chile: una evaluación” analiza la situación de las personas LGTBI en los aspectos de reconocimiento de las relaciones afectivas, la homoparentalidad, el tratamiento de las personas trans y la situación de violencia escolar. De acuerdo al estudio, el panorama al final del gobierno de la presidenta Bachelet en lo relativo al igual reconocimiento y protección de los derechos de las personas LGTBI, es de luces y sombras. Se reconoce el avance en protección de las relaciones de pareja con la dictación del Acuerdo de Unión Civil y, aún más, con el envío del proyecto de matrimonio igualitario, en el marco del Acuerdo de Solución Amistosa ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, entre el Estado de Chile por una parte, y el Movilh y los denunciantes, por otra. En materia de homo- y lesboparentalidad, de aprobarse el proyecto, el que incluiría normas relativas a filiación, adopción y fertilización asistida, con un régimen de plena igualdad con las parejas de sexo opuesto, se daría un importante paso en la protección de la familia homoparental incluyendo los derechos de los niños y niñas que viven en familias homo- y lesboparentales, hacia una igual protección ante la ley.

Más grave, y urgente, es la situación de desprotección de las personas trans. La falta de un reconocimiento legal de su derecho a la identidad es causa de graves violaciones a los derechos de estas personas, con efectos profundos en el ejercicio de su derecho a la salud, educación, trabajo y libertad personal. Respecto a una educación inclusiva y libre de violencia para los niños, niñas y adolescentes LGTBI, los avances, como la dictación de las orientaciones e instrucciones emitidas por el Ministerio de Educación y la Superintendencia de Educación, son frágiles y reversibles, y tampoco existe conocimiento sobre su grado de implementación. Si se suma a lo anterior, como se analizó en el *Informe 2015*, la falta de reconocimiento de esa diversidad en los programas oficiales que aplican los establecimientos, se configura un panorama de negación y desprotección que solo causa –y continuará causando– graves violaciones a quienes son más vulnerables y necesitados de la protección del Estado: los niños, niñas y adolescentes gays, lesbianas, bisexuales, trans e intersex. En base a las conclusiones anteriores se recomienda al Estado lo siguiente: una pronta aprobación de la ley de identidad de género que permita, por medio de un procedimiento

administrativo expedito, el cambio de nombre y sexo registral sin necesidad de exámenes médicos, reconociéndose también el derecho a la identidad de los NNA; aprobar el proyecto de matrimonio igualitario, que contemple filiación, dando cumplimiento al acuerdo de solución amistosa alcanzado con el Movilh, que reconozca la igualdad de condiciones entre parejas del mismo y distinto sexo; modificar los programas y las prácticas educacionales con el fin de dar efectivo reconocimiento a la diversidad de orientación sexual, identidad y expresión de género en el ámbito escolar y asegurar el cumplimiento de los instructivos y orientaciones que aseguran ese reconocimiento, como asimismo investigar y sancionar efectivamente los actos de violencia contra personas LGTBI en ese ámbito.

La publicación del *Informe Anual sobre Derechos Humanos 2017* no hubiera sido posible sin el dedicado esfuerzo de los autores de los diversos capítulos, así como el de numerosos ayudantes alumnos de la UDP. El Centro de Derechos Humanos quiere agradecerles a todos y todas este esfuerzo mancomunado. Se agradece, también, a Emilia Edwards y su equipo, sin el cual este *Informe* no podría haber sido difundido, y el valioso trabajo de organización y apoyo prestado por Carmen Gloria Álvarez. También quisiéramos destacar el dedicado y acucioso trabajo de edición de Vicente Parrini, editor de estilo, y el de diagramación en las manos de Marisol González. Se agradece, finalmente, a la universidad por apoyar cada año económicamente su publicación en forma permanente e íntegra, lo que permite que este *Informe* mantenga su independencia tradicionalmente valorada.

Dr. Tomás Vial Solar  
Editor General

Dra. Lidia Casas Becerra  
Directora del Centro de Derechos Humanos de la UDP





# **VERDAD, JUSTICIA, REPARACIÓN Y MEMORIA<sup>1</sup>**

- <sup>1</sup> Capítulo preparado por Cath Collins y el equipo del Observatorio de Justicia Transicional de la UDP, que realiza, desde 2009, un 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 que gobernó el país desde 1973 a 1990. Participaron en el presente capítulo los investigadores y abogados Boris Hau, Francisco Jara y Alejandra Llanos. La coordinación 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 entrevistas e información.



## SÍNTESIS

En el presente *Informe*, nos vemos nuevamente obligados a repetir llamados que realizamos en ediciones anteriores para que el Estado dé una respuesta ágil, sólida e integral a los múltiples compromisos internacionales, tareas y proyectos de ley pendientes en materia de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición, respecto de las graves violaciones a los derechos humanos cometidas durante la dictadura cívico-militar desde 1973 a 1990. Tanto respecto al periodo correspondiente al presente *Informe*<sup>2</sup> como en una mirada más amplia a lo que ha sido la segunda presidencia de Michelle Bachelet, es difícil evitar el diagnóstico de dilación e incumplimiento respecto del programa de DDHH durante el periodo gubernamental que terminará en 2018.<sup>3</sup> La tendencia de anunciar iniciativas que luego se postergan, demoran o simplemente no prosperan –comentada en *Informes* anteriores– se reemplaza ahora por la inclinación a una urgencia que arriesga dejar a medias –sin las consultas, consensos ni participaciones debidas– planes, instancias u hojas de ruta que buscan indicarle caminos a la próxima administración, pero que amenazan con convertirse en letra muerta. La percepción de una dinámica de larga inacción, seguida por un apuro casi indecoroso para armar soluciones en plazos perentorios, ha terminado por alejar definitivamente de las instancias de diálogo con el oficialismo a algunas asociaciones de ex presos políticos.

- 2 Al igual que en años anteriores, y para preservar la comparabilidad del análisis cuantitativo que aparece a lo largo del capítulo, el periodo de julio de 2016 a junio de 2017 forma la base del análisis, si bien se incorporan, de manera cualitativa, algunos hechos significativos ocurridos desde julio de 2017 al cierre de edición (inicios de agosto de 2017).
- 3 Ver palabras de Alicia Lira, de la Agrupación de Familiares de Ejecutados Políticos, AFEP, en septiembre de 2016 (citadas en Observatorio Boletín 37) o los sentimientos expresados en marzo de 2017 por Carmen Castillo, así como por un conjunto de agrupaciones de DDHH que acusó “ambigüedad y relativización para enfrentar los crímenes de lesa humanidad”. Radio U Chile.cl: “Carmen Castillo: ‘¿No entiendo por qué la Presidenta no puede realizar el programa de DD.HH?’”, 1 de marzo de 2017; y carta entregada a La Moneda, el 31 de marzo, por agrupaciones reunidas en una jornada nacional en Temuco.

Sean cuales fueran los motivos de la trayectoria recorrida desde 2014, lo cierto es que muchas de las repetidas promesas oficiales de los años recientes, en cuanto a mejorar y profundizar el cumplimiento de los deberes estatales en la materia, no se han traducido en hechos consumados. Es emblemático entre esos imperativos el compromiso de legislar sobre el Decreto Ley de Amnistía de 1978, pendiente desde hace más de una década y que ha sido materia de reiteradas recomendaciones, comentarios y exhortos de parte de instancias nacionales e internacionales. Hasta hace poco tiempo, se le sumaba la promesa que habría sido hecha en forma personal, a mediados de 2015, por la presidenta Michelle Bachelet, a la sobreviviente Carmen Gloria Quintana, de cerrar el penal especial de Punta Peuco. Dicho compromiso adquirió nuevamente notoriedad y relevancia hacia fines del periodo del presente *Informe*. Primero, por la reiteración de la promesa y, segundo, por la reciente ofensiva de parte de algunos de los reos del privilegiado recinto para conseguir liberación anticipada, perdones y otras maneras de esquivar sus responsabilidades criminales.<sup>4</sup> A la fecha de cierre de la presente edición (mediados de agosto de 2017), varios medios escritos informaron de la supuesta existencia de planes avanzados para concretar el cierre de Punta Peuco en septiembre de 2017, así como de contrapresiones articuladas alrededor del comando del candidato presidencial Sebastián Piñera. De concretarse la medida, su evaluación, en términos de constituir un avance en el cumplimiento de parte de Chile de sus obligaciones en justicia transicional, dependerá de los términos de su cierre. Se debiera procurar castigar proporcionalmente a crímenes que el derecho internacional considera dignos del máximo repudio, sin proveer a sus hechos de condiciones indebidamente distintas a las que se establecen para otras personas recluidas. Cualquier iniciativa que simplemente terminara dotando a lugares alternativos de reclusión, como la cárcel Colina I, del mismo tipo de condiciones especiales y superiores que han motivado controversia respecto de Punta Peuco, no representaría, en ese sentido, ningún avance.

Las deudas históricas de Chile en materia de graves violaciones son demasiado importantes como para quedar supeditadas a gestos políticos de un sector u otro, y tampoco pueden ser, por tanto, reducidas a la apertura o cierre de determinado recinto penal. Reiteramos, al igual que en el *Informe 2016*, que independientemente del color político del

4 En relación a la promesa de cierre de Punta Peuco, ver CNN Chile.cl: "Bachelet confirmó que cerrará Punta Peuco", 6 de julio de 2017. Las palabras textuales de la mandataria fueron: "Yo voy a cumplir todas las promesas que he hecho, y que esté en mis manos hacerlo"; y *La Tercera*: "Gobierno prepara cierre del penal Punta Peuco para septiembre", 9 de agosto de 2017. En relación al incumplimiento del fallo Almonacid, ver *Informes anteriores*; Instituto Nacional de Derechos Humanos, INDH, *Informe Anual 2016*, capítulo 6, p. 288.

gobierno de turno, la particular historia reciente del país implica, para el Estado chileno, un difícil reconocimiento pleno en el contexto internacional, como referente democrático o de modernidad, hasta que sea capaz de demostrar que ha saldado sus deudas históricas en materia de DDHH. Con ese propósito ha de redoblar esfuerzos para construir verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición con, por y para víctimas, familiares, sobrevivientes y la sociedad entera; y recuperar y tratar con dignidad los restos de las personas que el Estado hizo desaparecer. También es esencial rechazar tendencias revisionistas que busquen diluir las responsabilidades que le pesan a instituciones e individuos que en el pasado asesinaron, torturaron y reprimieron, o bien hoy protegen, encubren, celebran o justifican estos actos.

*PALABRAS CLAVES: Justicia transicional, detenidos-desaparecidos, tortura, libertad condicional, Punta Peuco, Valech, Tribunal Constitucional, crímenes de lesa humanidad*



## INTRODUCCIÓN

El presente capítulo temático es el único que ha figurado en cada iteración del *Informe*, señalando nuestra convicción de que los derechos y deberes en materia de verdad, justicia y reparación, que atienden las graves violaciones a los derechos humanos (en adelante, DDHH) ocurridas durante la dictadura cívico-militar, son la piedra angular sobre la que deben construirse las garantías de no repetición en el Chile del futuro. El capítulo complementa, además, un trabajo permanente que, desde 2009, realiza el Observatorio de Justicia Transicional de la Universidad Diego Portales (en adelante, Observatorio), aportando desde la academia al conocimiento de las dinámicas regionales e internacionales, en materia de justicia transicional, a las cuales el proceso chileno contribuye y dentro de las cuales se enmarca. Tanto en *Informes* anteriores como en nuestro Boletín Electrónico, que ya ha alcanzado su edición número 41, hemos detallado el marco de expectativas, normas, jurisprudencia y activismo que rodean este aspecto del legado dictatorial.

Compartimos con el Relator Especial de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante, ONU) para la materia la convicción de que las garantías de no repetición requieren que el Estado no solo reconozca, sino que activamente promueva el empoderamiento de la sociedad civil en materia de derechos humanos,<sup>5</sup> y que en relación a la violencia política reciente existen particulares derechos a la participación y satisfacción de las personas que fueron más directamente afectadas y perjudicadas. En *Informes* recientes, el Relator cita una larga lista de instrumentos y normas internacionales que consagran el derecho a participar y ser consultado, observando la particular importancia de ello en relación a medidas de reparación. Afirma que las consultas nacionales y la participación de víctimas son fundamentales

5 A/HRC/30/42, ONU, *Informe del Relator Especial sobre la Promoción de la Verdad, la Justicia, la Reparación y las Garantías de No-repetición*, 7 de septiembre de 2015, sobre comisiones de la verdad y archivos.

para la legitimidad y eficacia de las medidas de justicia transicional, debiendo realizarse antes de su diseño y formulación. Las consultas no deben constituir “un mero ‘añadido’ [o] una idea de última hora”, sino que requieren medidas de capacitación previas para evitar “un ejercicio que solamente recoja opiniones relativamente poco fundamentadas”.<sup>6</sup> Con estos preceptos en mente, es, sin duda, un avance que el largamente prometido Plan Nacional de Derechos Humanos por fin se encuentre en curso bajo la supervisión de la recién inaugurada Subsecretaría de DDHH (puesta en marcha en 2017). Sin embargo, es difícil valorar en forma positiva la modalidad escogida para incorporar una dimensión, en teoría, participativa en la preparación de dicho plan. Materiales compartidos con el Observatorio por algunas organizaciones de derechos humanos, a mediados del año, dan cuenta de un cronograma en que las denominadas consultas constituyen uno de los últimos pasos del proceso, cuando ya estarían definidas las líneas, contenidos e indicadores del Plan Nacional.<sup>7</sup> En tanto, la página web de la nueva instancia invita a la ciudadanía a “ser parte” de la construcción del plan en forma atomizada e individual, sin explicitar la incidencia que esa participación tendrá en los resultados finales. La persona interesada tampoco puede formular propuestas ni comentar o profundizar ideas o alternativas. Más bien, luego de ingresar sus datos personales, es invitada a asignar *rankings* de priorización para el cumplimiento de recomendaciones que organismos internacionales le han hecho al Estado de Chile en diversas materias (recomendaciones que, por cierto, deberían ser consideradas e implementadas en su totalidad). Genera la desafortunada impresión de que el papel asignado a la sociedad civil es el de ratificar o legitimar propuestas pre-formuladas, a lo que se suma la falta de un tiempo adecuado para procesos más genuinamente deliberativos, si se piensa cumplir con la meta de tener un plan elaborado y funcionando en 2018. Similares consideraciones han pesado sobre el proceso de implementación de una oficina nueva, bajo el alero de la Subsecretaría y el (ex) Programa de Derechos

6 A/HRC/34/62, ONU, *Informe del Relator Especial sobre la Promoción de la Verdad, la Justicia, la Reparación y las Garantías de No-repetición*, 27 de diciembre de 2016, sobre participación de víctimas, y A/71/567 ONU, *Informe del Relator Especial sobre la Promoción de la Verdad, la Justicia, la Reparación y las Garantías de No-repetición*, 25 de octubre de 2016, sobre consultas nacionales.

7 Presentación PowerPoint “Primer Plan Nacional de Derechos Humanos”, Subsecretaría de DDHH, archivada con la autora. En ella se detalla que la etapa de diseño y elaboración, que contempla la definición de líneas de contenido, diagnósticos, objetivos, metas, plazos e indicadores, se realizará antes de un “proceso participativo” y de “diálogos con pueblos indígenas”. Los objetivos de estos últimos incluyen “difundir” los compromisos del Estado y “generar confianza” en el plan. No se hace mención a aspectos o momentos deliberativos, más allá de “contar con la opinión” de la sociedad civil y de comunidades indígenas, o permitir que estos “prioricen” recomendaciones.

Humanos<sup>8</sup> para coordinar la búsqueda del destino final de personas desaparecidas, cuyo anuncio como un hecho consumado provocó inquietudes entre algunas asociaciones de familiares, aunque su puesta en marcha ha revelado, hasta el momento, una actitud notablemente más protagonista en materia de consulta y colaboración con actores extra estatales (ver abajo).

En un año electoral, marcado no solamente por estos importantes cambios de infraestructura, sino por una campaña presidencial caracterizada por la percepción de una posible alternancia en el poder, se percibe un preocupante resurgimiento de voces periféricas, pero estridentes, reivindicando los crímenes de antaño y/o procurando defender a sus perpetradores, en términos merecedores del calificativo de “post-verdad”. Verdades fácticas ya establecidas judicial, social, histórica y administrativamente no deben volver a ser tratadas como meras “versiones de partes” controvertibles, antojadizas y sin más fundamento que la simple aseveración, el insulto e incluso la obscenidad. Que algunos familiares de perpetradores de graves crímenes busquen hacerlo, vistiéndose además de ropa ajena al formar “agrupaciones de hijos” que operan en base a la negación y el engaño, es lamentable y repudiable.<sup>9</sup> Además, dista mucho de ser excusable como una reacción natural o esperable, como lo demuestra la experiencia argentina reciente en que han surgido agrupaciones de hijas e hijos de perpetradores que repudian los crímenes de sus progenitores. Que en Chile la sociedad, los medios y las personas en cargos públicos y/o candidaturas políticas tolerasen o mirasen con indiferencia o complacencia la lealtad ciega con el mal radical sería preocupante, sugiriendo que las lecciones de este “pasado reciente”, que es eternamente presente, siguen sin aprenderse.

En el ámbito oficial, los temas que siguen pendientes de resolución en 2017 son, de alguna manera, demasiado similares a los que se arrastran desde 2016, por no decir desde 1990. A continuación, examinamos los principales acontecimientos y dificultades –del periodo del *Informe*– en esta temática. Partimos con una consideración particular

8 El Programa, que tiene sus orígenes en la oficina continuadora de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación (Comisión Rettig) de 1990/91 y de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación (1991-1996), operó bajo el alero del Ministerio del Interior y Seguridad Pública hasta enero de 2017, cuando pasó a formar parte de la Subsecretaría de DDHH del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. En consecuencia, su denominación fue modificada nuevamente para convertirse en la Unidad Programa de Derechos Humanos (en adelante, Programa DDHH, Unidad Programa DDHH, o ex Programa DDHH).

9 *Le Monde Diplomatique*, Gloria Elgueta “El mundo al revés: beneficios e impunidad para los criminales de la dictadura”, No. 186, julio de 2017, p.7; y ver, a continuación, análisis de discusiones por insertos pagados en prensa y videos de propaganda falsificando el apoyo de personajes conocidos.

sobre el ámbito castrense; las penas y su cumplimiento; la nueva Subsecretaría de DDHH, y la desaparición forzada, temas que ejemplifican las tendencias y problemas ya mencionados.

## 1. TEMAS PROMINENTES

### 1.1. Garantías de no repetición y el *ethos* militar

En una votación reñida y controvertida, el 5 de abril del presente año el Concejo Municipal de San Antonio aprobó lo que fue descrito como una solicitud emanada desde la propia Escuela de Ingenieros Militares, conocida como el regimiento Tejas Verdes, para que se le otorgara, en septiembre de 2017, la medalla municipal de honor. El regimiento es tristemente famoso como cuna de la DINA, el lugar donde Manuel Contreras, el fallecido principal agente represor de la época, presidía un centro clandestino de detención y tortura. Por los aberrantes crímenes cometidos en Tejas Verdes hay múltiples causas penales abiertas, incluyendo una contra Cristián Labbé, el ex alcalde de Providencia. La propuesta, inicialmente aprobada 5 a 4 en la reunión de concejales de San Antonio, fue objetada a través de acciones legales de sobrevivientes y abogados de DDHH, y finalmente no prosperó.<sup>10</sup>

El 13 de abril el candidato presidencial de derecha Sebastián Piñera asistió a un acto de campaña en la comuna de Lo Barnechea. El público reunido en la ceremonia entonó y aplaudió de manera entusiasta la tercera estrofa del himno nacional. Esa parte, en que se refiere a “los valientes soldados”, fue introducida por la dictadura y ha sido entendida desde aquel entonces como una glorificación del golpismo y el militarismo, lo que significó que fuera eliminada por ley en los primeros días de la democracia, y se prohibiera su uso en todos los actos públicos, según consta en el Decreto 260, del 15 de marzo de 1990.

A fines de abril, cinco ex comandantes en jefe de las FFAA escribieron una carta, a *El Mercurio*, favorable a una de las máximas autoridades de una asociación represiva de la dictadura, el Comando Conjunto, que fue uno de los más feroces organismos de inteligencia y represión de la dictadura militar, responsable de decenas de desapariciones, asesinatos, y torturas. Uno de sus fundadores fue Enrique Ruiz Bunge, el primer ex general de la Fuerza Aérea condenado y encarcelado por crímenes de lesa humanidad, que incluyen las desapariciones de Alonso Gahona Chávez, Víctor Vega Riquelme, Carlos Contreras Maluje,

10 Consultado por el Observatorio sobre si la iniciativa efectivamente había sido producto de una solicitud desde el regimiento, la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas se limitó a señalar las mencionadas acciones legales. Correspondencia recibida por el Observatorio desde la Subsecretaría para las FFAA del Ministerio de Defensa, 19 de junio de 2016, archivado con la autora.

Juan Luis Rivera Matus, y Humberto Fuentes Rodríguez. El ex general Ruiz, hoy de 90 años, fue condenado a 10 años de cárcel, de los cuales ha cumplido tres. La carta acusa una falta de justicia y exige una “perspectiva humanitaria”. Sin hacer alusión alguna a los múltiples graves crímenes cometidos por Bunker y la estructura delictiva que ayudó a construir, sugiere que la avanzada edad sería por sí sola una razón para no condenar o no exigir el cumplimiento de una condena. La misiva apela al respeto a los derechos humanos del condenado, los cuales se encuentran plenamente resguardados si consideramos el estricto apego al debido proceso respecto de su condena y las óptimas condiciones carcelarias en que la cumple. Los autores de la carta (Fernando Rojas Vender, Patricio Ríos Ponce, Osvaldo Sarabia Vilches, Ricardo Ortega Perrier y Jorge Rojas Ávila) representan a cinco de los seis comandantes en jefe ahora en retiro que han encabezado a la Fuerza Aérea desde el inicio de la transición, periodo en que –se supone– las fuerzas armadas en general han reconocido y repudiado su involucramiento en graves violaciones a los DDHH durante la dictadura. Es llamativo que, a pesar de la posición institucional oficial, los cinco ex generales hayan encontrado pertinente o apropiado asociarse públicamente de este modo con uno de los personajes que más simboliza dicho periodo.

Similar extrañeza, y mayor preocupación, suscitó en la comunidad de los DDHH el discurso pronunciado por el actual comandante en jefe del Ejército, general Humberto Oviedo, durante la ceremonia del Juramento a la Bandera, del 9 de julio de 2017. Ante la presencia de la Presidenta de la República, y en palabras tomadas casi universalmente como alusivas a la situación de ex militares represores hoy procesados y condenados, el general reclamó consideración de “la situación concreta [y] el contexto histórico y político” de épocas pasadas, argumentando que “los actores militares de menor graduación [siempre]... han tenido que obedecer y cumplir órdenes de sus superiores”, estando “impedidos de objetarlas o representarlas”. Ni él, ni el ministro de Defensa José Antonio Gómez, quien dio aparente respaldo a los sentimientos expresados por el general, repudiaron la violación flagrante de las propias leyes de guerra durante la dictadura.<sup>11</sup> Tampoco optaron por rendir homenaje a quienes sí opusieron resistencia desde dentro de las filas a la traición de la verdadera vocación castrense: militares constitucionalistas y conscriptos con conciencia que respetaron su código profesional y su juramento constitucional y, en consecuencia, fueron castigados, torturados, relegados e incluso asesinados por sus pares.

11 El ministro señaló a la prensa que “[u]no tendría que vivir la época, las condiciones. Probablemente, las personas que en algún acto cometieron estos ilícitos (de lesa humanidad) también peligraba la vida de ellos.” *La Tercera*: “General Oviedo pide analizar ‘contexto histórico y político’ de actuación militar”, 9 de julio de 2017.

Tanto los códigos de ética y de justicia militar, como el derecho internacional posterior a Nuremberg, impiden que la “obediencia debida” figure como eximente para la comisión de crímenes de lesa humanidad. Esos mismos cuerpos normativos suelen requerir, además, que órdenes manifiestamente ilegales e ilegítimas hayan sido en primer lugar objetadas y cuestionadas, si la responsabilidad penal por haberlas seguido va a ser compartida o aminorada (nunca disuelta), admitiendo atenuantes tales como “obediencia indebida” y similares. Sin duda, resulta un engaño mayor dar a entender que los ex uniformados que cumplen condenas por graves crímenes son principalmente soldados de rango inferior, quienes habrían actuado bajo coerción o miedo fundado. Se trata, más bien, de los más altos y más directos planificadores, arquitectos y ejecutores de los planes sistemáticos de represión y aniquilamiento implementados durante el régimen cívico-militar.

A juicio del columnista y ex senador Ricardo Hormazábal, el discurso de Oviedo “erosiona a las confianzas alcanzadas e incursiona en un ámbito que le está especialmente prohibido por las normas que él juró y que juran ahora [los] conscriptos [presentes]. El general delibera, pondera, hace reproches, solicita privilegios y uniformados rinden honores a delincuentes.”<sup>12</sup> La mención a los honores hace referencia a diversos reportes e imágenes fotográficas sugiriendo que algunas de las tropas participantes rindieron honores y profirieron saludos ante quienes, desde el público, reclamaban “rescate” para los “prisioneros de Punta Peuco”. Esos gestos incluso provocaron mensajes de satisfacción y agradecimiento de parte de la denominada “multigremial nacional de personal en retiro”, asociación responsable de la campaña por la impunidad que se comenta arriba y a continuación (sección 1.2.). Hasta la fecha, no se conoce ningún reproche público o acción disciplinaria iniciado contra uniformados en relación a los hechos mencionados.

En marzo y abril, acciones en tribunales ratificaron la obligación que pesa sobre las FFAA para hacer públicas las identidades de actuales integrantes que hayan sido con anterioridad miembros de las dos fuerzas represivas, la Dirección de Inteligencia Nacional (DINA) y la Central Nacional de Inteligencia, CNI, así como el carácter público de las actas del Consejo de Seguridad Nacional en que las FFAA manifestaron su opinión sobre el Informe Rettig. También se activó la consideración judicial de fichas de consejos de guerra que fueron halladas en 2016 en dependencias del Ministerio de Justicia (ver abajo, sección 2.2. Verdad e *Informe 2016*). En el contexto del mencionado hallazgo, es relevante recordar que, desde 2015, ha existido un proyecto de ley en

12 El Mostrador.cl: “Ricardo Hormazábal: ‘Juramento de la bandera 2017: reflexiones sobre un discurso’”, 14 de julio de 2017.

trámite que busca suprimir la eximición excepcional que autoriza a las FFAA y Ministerio de Defensa a retener o destruir, sin control externo de los criterios aplicados, documentos ministeriales relacionados con sus actividades. La excepción fue introducida por la dictadura, *ad portas* de la transición, *inter alia* para suprimir la posibilidad de que se hiciera pública información sobre violaciones a los DDHH. Se introdujo modificando el artículo 14 del Decreto con Fuerza de Ley N° 5.200 de 1929, a través de la Ley 18.771, vigente desde el 17 de enero de 1989. Mediante ella se incorporó un inciso final a dicho artículo 14, que posibilita la eliminación de documentos ministeriales sin la necesidad de autorización previa del Conservador del Archivo Nacional, el Presidente de la República, o cualquier otra autoridad. La aprobación del proyecto de ley volvería a imponer a las FFAA y al ministerio las mismas obligaciones que pesan sobre las demás instituciones del Estado, de remitir antecedentes al Archivo Nacional y/o permitir a su conservador ejercer facultades de resguardo y mantención, incluso sobre material que haya sido declarado reservado o secreto. El proyecto, Boletín N° 9958-17, fue introducido por parlamentarios, y no por el Ejecutivo. Cuenta con un informe favorable por parte del Instituto Nacional de DDHH, INDH,<sup>13</sup> y se encuentra en segundo trámite constitucional, desde noviembre de 2015, sin contar con urgencia.

Las altas sumas en pensiones de las que siguen disfrutando casi un centenar de personas condenadas por crímenes de guerra y de lesa humanidad, suscitó polémica en el periodo. Medios escritos accedieron a datos oficiales señalando que al menos 95 ex agentes actualmente recluidos reciben pensiones que van desde 716.000 pesos mensuales, en el caso del secuestrador y homicida Álvaro Corbalán, a los 3.250.000 pesos, en el caso del ex fiscal militar Torres Silva, preso por su responsabilidad en el secuestro y desaparición del ex químico de la DINA, Eugenio Berríos. El notorio torturador Miguel Krassnoff recibe 2.400.000 pesos, y se calcula que los reclusos de Punta Peuco perciben en promedio pensiones de 1.600.000 pesos al mes. Mientras tanto, los derechos a reparación económica de sobrevivientes de los crímenes suman menos de 200.000 pesos mensuales promedio. Un programa de Informe Especial, emitido por Televisión Nacional de Chile, en julio de 2017, entrevistó a algunos ex agentes que cuentan con pensiones especiales, concedidas por supuesta “invalidez” causada por estrés postraumático. Entre los entrevistados estaba Emilio Neira, ex agente de la CNI, quien cumplió condena en Punta Peuco por su responsabilidad en el asesinato de 12 personas en la matanza de Corpus Christi

13 INDH, “Informe Sobre el Proyecto de ley que modifica el Decreto con Fuerza de Ley N°5.200, de 1929 [...]”Aprobado por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 30 de noviembre de 2015, Sesión 284.

(Operación Albania), en 1987. Se reveló, asimismo, que Augusto Pinochet Hiriart, el hijo mayor del difunto ex dictador, también recibe una pensión especial por invalidez parcial.

Autoridades consultadas por el Observatorio al respecto no señalan particular disconformidad sobre el asunto, limitándose a señalar que las disposiciones de la Constitución de 1980 no permiten otra cosa, y que las condenas penales están impedidas de tener efecto en el campo previsional. Si bien ello es cierto, el monto de las pensiones y los honores militares están relacionados con los grados y rangos que siguen ostentando estos criminales. Aunque el Código de Justicia Militar actualmente sí contempla la pena accesoria de degradación, según el proyecto ley Boletín 9.351-02, que busca modificar dicho código, ella no es actualmente aplicable por condenas en casos de violaciones a los derechos humanos, genocidio, crímenes de lesa humanidad ni tampoco por traición a la patria. Se ha sostenido, además, que no está contemplada la degradación por ningún motivo una vez que se encuentra jubilado un uniformado, es decir, que su grado quedaría fijado en ese momento y no puede ser modificado ni anulado con posterioridad. El desafortunado efecto simbólico de tal situación, sugerente de complacencia con una conducta deshonrada, flagrantemente criminal, y reñida con las leyes de la guerra y la ética militar, podría al menos amortiguarse si se escuchara desde las filas castrenses algún reconocimiento de su impertinencia, gesto que hasta la fecha no se ha visto.<sup>14</sup>

En tanto, y muy por lo contrario, desde la derecha política se perciben señales de apoyo a la situación actual, expresada en las palabras de la senadora, presidenta de la Unión Demócrata Independiente (UDI), y actual presidenta de la comisión parlamentaria de DDHH, Jacqueline Van Rysselberghe, al insistir en que los agentes de Punta Peuco, condenados *inter alia* por asociación ilícita debido a los fines netamente criminales de los organismos represivos que dirigieron, “trabajaron su vida al Ejército”.<sup>15</sup> Desde el gobierno se señala, sin mayor detalle, que próximas reformas previsionales considerarían el tema. En tanto, diversos proyectos de ley que buscan degradar a quienes son hallados culpables de tan graves crímenes, no avanzan por no tener urgencia. El primero, que data de 2008, se encuentra archivado. Otros dos no presentan movimiento más allá del año de su introducción (2010 y 2013, respectivamente). El cuarto proyecto de la misma índole, introducido

14 Consultado sobre este y otros puntos comentados en el *Informe*, desde la Subsecretaría de FFAA se nos entregó una declaración sobre las líneas generales de un nuevo plan y política de DDHH que el Ministerio de Defensa implementará para el periodo 2017-2018, y que, se señaló, sería el marco desde el cual se analizarían iniciativas legislativas como la que se menciona. Ver comentario a continuación.

15 *La Tercera*: “Proyecto para degradar a ex militares condenados suma siete años sin avance”, 19 de mayo de 2017.

ante el Senado, el 14 de mayo de 2014, por la senadora Isabel Allende, presenta como estatus “primer trámite constitucional en la Comisión de Defensa Nacional”, desde 2014.<sup>16</sup>

Desde la Subsecretaría de FFAA se informó al Observatorio de una orden ministerial, del 13 de septiembre de 2016, a través de la cual el ministro de Defensa Nacional ordenó la creación de una Política Institucional de DDHH, plasmada en un plan de trabajo para 2016-2018.<sup>17</sup> Se propone una política integral que abordaría tanto materias relacionadas con tiempos de dictadura como la promoción de principios de inclusión, equidad de género, e igualdad y no discriminación dentro de las filas actuales. En relación a lo primero, se hace mención específica a la colaboración con los requerimientos de la justicia (a través de una oficina de enlace encabezada actualmente por el ministro Alejandro Solís) y garantías de no repetición, que incluyen educación en DDHH en el currículo de toda institución formadora de oficiales y suboficiales. También se contemplan medidas de reparación simbólica, que estarían ejemplificadas en la actuación en cumplimiento del fallo Maldonado (ver sección 3.1), así como en la reciente instalación, en el edificio del ministerio, de un busto y una placa conmemorativos del general Carlos Prats.

## **1.2. Penas proporcionales y campañas para beneficios y perdón**

En el *Informe 2016*, dimos cuenta del surgimiento de un esfuerzo concertado de parte de ex militares procesados y condenados, y sectores que los apoyan, de concitar respaldo político y social para zafarse de las consecuencias de sus crímenes. Dichos esfuerzos sumaron y siguieron en el periodo actual, agregándose arremetidas inéditas como la publicación de insertos en El Mercurio. En ellos se replica propaganda oficial, publicada obedientemente por el mismo medio en la década de los 70 y 80: montajes informativos con los que se pretendía ocultar la política de aniquilamiento de la dictadura, disfrazando los crímenes de opositores al régimen como “enfrentamientos armados” con supuestos “subversivos”.<sup>18</sup> También se vio la irrupción de parientes de los criminales de lesa humanidad en la palestra pública. Lejos de dar la cara para repudiar los inhumanos crímenes de sus familiares –algo que sí ha sucedido en otros países en contextos similares– prefirieron retratar a los victimarios como víctimas, incluso a costa de una negación

16 Boletín 9.351-02, *op. cit.*

17 Correspondencia recibida por el Observatorio desde la Subsecretaría para las FFAA del Ministerio de Defensa, 19 de junio de 2016, archivado con la autora.

18 *La Tercera*: Inserto pagado recordando a 46 militares “caídos” luego del golpe de Estado, descrito en el inserto como “gesta libertadora”. 11 de septiembre de 2016. Al día siguiente, el inserto fue repudiado por el sindicato del diario. En mayo de 2017, familiares de perpetradores reclusos en Punta Peuco pagaron un inserto exigiendo la liberación de “presos ancianos y enfermos” y calificando a la justicia penal como un “descaro”.

tajante y absoluta de la realidad. En mayo de 2017, la hija del homicida y actual reo Raúl Iturriaga Neumann profirió insultos y acusaciones de prevaricación y motivación vengativa en contra del Poder Judicial, amenazando con reclutar la ayuda de Donald Trump para acudir a la “Corte Internacional de Derechos Humanos” [sic].<sup>19</sup> Describiendo al ex director de la Brigada Purén de la DINA como un “héroe”, negó que tuviera las manos “manchadas de sangre” e incluso le exculpó específicamente de su responsabilidad por violencia sexual. En los hechos, Iturriaga Neumann supervisó el funcionamiento del sitio clandestino de tortura y exterminio, perversamente denominado “Venda Sexy”, especializado en la práctica de aberraciones sexuales contra las personas ilícitamente detenidas, usando animales para agredirlas. Se ha criticado, con razón, la amplia tribuna que los medios dieron a su discurso, muchas veces reproduciendo, sin cuestionar o desmentir, las múltiples falsedades que contenía.<sup>20</sup>

Estos y similares esfuerzos para conseguir la liberación anticipada de perpetradores de crímenes de lesa humanidad no pudieron sino encontrar aliento en los pronunciamientos del actual presidente de la Corte Suprema, quien declaró en noviembre, en el marco de una entrevista que, a su juicio, dichos reos tendrían “derecho” a la libertad.<sup>21</sup> En la misma línea, el ministro de Justicia, Jaime Campos, declaró que al país le habría faltado “coraje” para enfrentar la situación de los condenados de Punta Peuco que estarían enfermos, insistiendo, además, en que se trataba de una situación “de máxima importancia”.<sup>22</sup> Acto seguido, algunos de los mismos reos decidieron montar un acto litúrgico de supuesto pedido de perdón, en vísperas de la Navidad. Diez de los 116 internos reclusos en el recinto, a la fecha, participaron. El acto fue presidido por el sacerdote Fernando Montes, SJ, largamente asociado con la campaña de petición de clemencia a favor de los victimarios. Mayor sorpresa, y algo de desconcierto, provocó entre organizaciones de familiares y de DDHH la asistencia de Mariano Puga, un cura-obrero conocido por su valiente defensa de los derechos humanos durante la dictadura.

19 *La Tercera*: “Hija de Iturriaga Neumann explica gestión ante Trump”, 22 de mayo de 2017. La mencionada instancia no existe. De existir, es difícil imaginar que contaría con la aprobación del mencionado y cada vez más polémico presidente de EEUU, un país que no suscribe las instancias más análogas existentes, la Corte Penal Internacional y la Corte Interamericana de DDHH.

20 Ver *Le Monde Diplomatique op. cit.* o *The Clinic*: “Macarena Gallo, entrevista con Loreto Iturriaga”, 9 de junio de 2017.

21 24 horas.cl: “Presidente de la Corte Suprema y condenados por DD.HH”, 12 de noviembre de 2016.

22 Según reportes que se desprenden de una inspección realizada por el ministro Mario Carroza, a fines de noviembre, habrían sido máximo 8, de los entonces 116 reclusos de Punta Peuco, quienes se encontraban en condiciones delicadas de salud.

Declaraciones posteriormente comunicadas a la opinión pública a través de los abogados de los verdugos fueron notables, sobre todo, por contener altas cuotas de autojustificación o negación, evitando cualquier reconocimiento inequívoco de culpabilidad. Ello, sumado al hecho de que cada cárcel cuenta con un servicio de capellanía capaz de atender discreta y permanentemente a las necesidades espirituales de sus reclusos, levanta interrogantes sobre la necesidad de crear una instancia especial con trascendencia externa y, por ende, sobre la sinceridad del gesto. Familiares y algunos grupos cristianos laicos, realizaron una vigilia en las afueras del recinto penitenciario el día del acto, recordando a las víctimas de los crímenes cometidos por los reos y respaldando la necesidad de una justicia acorde a la gravedad de los hechos. Juan José Parada, hijo de una víctima del triple homicidio conocido como el *caso Degollados*, escribió, al respecto: “El ex carabinero que le enterró un corvo en el vientre a mi padre, desgarrando sus vísceras antes que lo degollaron, se atrevió a dedicarnos unas palabras y juzgarnos, se atrevió a escribir (...) que tenemos corazón duro por no aceptar sus solicitudes de perdón”.<sup>23</sup> En junio, el sacerdote Montes, al igual que el ex director nacional del Hogar de Cristo, Benito Baranda, denunció haber sido engañado al aparecer en un video aparentemente apoyando la campaña montada por familiares de perpetradores presos para conseguir su liberación, si bien solamente Baranda explicitó que no apoyaba el propósito.<sup>24</sup>

El video acompaña a ciertos esfuerzos legislativos en que diputados de derecha y de la DC, entre ellos Ricardo Rincón y Cristián Monckeberg, presentaron un proyecto de ley para conceder arresto domiciliario a reos con enfermedades graves y poca expectativa de vida. El proyecto, Boletín 11024-07, fue introducido el 14 de diciembre de 2016 y se encuentra en primer trámite constitucional. Durante su discusión en fase comisión, intervinieron Fernando Montes, la Fundación Jaime Guzmán, y un grupo de parientes de perpetradores de crímenes de lesa humanidad, además del Instituto Nacional de DDHH (en adelante, INDH), la Agrupación de Familiares de Detenidos Desaparecidos (en adelante, AFDD), y el Servicio Médico Legal (en adelante, SML). Indicaciones propuestas por los diputados Andrade y Saffirio para limitar los términos del proyecto, excluyendo condenados por graves crímenes de tiempos de dictadura, no fueron aceptadas, si bien la versión del texto que aparece en el informe de comisión de enero de 2017 sí contempla la exclusión de responsables de “delitos comprendidos en la

23 *The Clinic*: “Columna de Juan José Parada: ¿Perdonar o no perdonar?”, 3 de enero de 2017.

24 *Emol.com*: “Fernando Montes y Benito Baranda niegan haber dado apoyo a familiares de presos de Punta Peuco”, 6 de junio de 2017.

ley 20.357” (ley que tipifica crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra).<sup>25</sup> En efecto, las circunstancias más relevantes a la hora de considerar tanto atenuantes de cuantía de pena como la pertinencia de beneficios posteriores, no son el estado de salud de los reos sino su arrepentimiento, colaboración eficaz, el impacto sobre la víctima, y los fines disuasivos generales, además de particulares, de la pena (garantías de no repetición en el plano social, además de individual).

En relación al flanco judicial que se ha abierto en esta lucha para conseguir la liberación anticipada y similares concesiones, los tribunales regulares no son la instancia directamente encargada de conceder o aprobar beneficios intrapenitenciarios (aquellos que pueden ser concedidos una vez que un preso empieza a cumplir su condena). Dicha facultad es ejercida por una comisión o consejo técnico, que periódicamente examina solicitudes de parte de quienes han cumplido una determinada proporción de su sentencia inicial, exigiendo además requisitos adicionales de comportamiento y actitud que señalan si el postulante puede considerarse apto para la reinserción social. El hecho de que una treintena de solicitudes referentes a condenados por graves crímenes de homicidio, secuestro y tortura hayan sido examinadas en el periodo de este *Informe* por la Corte de Apelaciones de Santiago, la Corte Suprema, e incluso el Tribunal Constitucional, es obra de los mismos agentes presos, quienes intentan a través de recursos revertir o influenciar las decisiones de las instancias respectivas (ver sección 3.2.4, a continuación). Existen opiniones encontradas, incluso entre jueces y juristas, sobre si beneficios como la libertad condicional deben ser considerados como derechos o como concesiones excepcionales o herramientas de rehabilitación; también sobre si deben o no ser concedidos en casos de graves violaciones. El Estatuto de Roma, que ha sido citado por algunos de los votos disidentes en resoluciones recientes, no descarta de plano la reducción posterior de sentencias en crímenes que vulneran el derecho penal internacional cuando estas fuesen dictadas directamente por tribunales creados para ese propósito, tales como la Corte Penal Internacional. Sin embargo deja en claro que su uso debe ser considerado excepcional. Establece, además, umbrales altos en cuanto a la proporción de la pena inicial que debe haberse cumplido antes de que se pueda contemplar su concesión.

Estos esfuerzos por abrir una “puerta giratoria” –para liberar a perpetradores una vez condenados y apresados– son sintomáticos del progresivo abandono por parte de sus abogados defensores de otras estrategias, tales como la invocación de la amnistía, la prescripción, o la

25 “Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento Recaído en el Proyecto de Ley que Modifica a la Ley No. 18.126 [...]”, con fecha de sala 19 de julio 2017, publicado el 27 de julio de 2017.

prescripción gradual. Estas se han tornado ineficaces como estrategias de impunidad, debido a los notables avances que se han dado en la interpretación judicial chilena de disposiciones y principios del derecho internacional de los DDHH. Se busca, entonces, utilizar métodos administrativos o legislativos para privar a penas cada vez más cuantiosas, de una parte o la totalidad de su efecto. Al respecto, recordamos al igual que en el *Informe* 2016, que tanto la ONU como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, también Corte IDH) han hecho presente en forma reiterada a los Estados sus obligaciones de enjuiciamiento y castigo en el caso de graves violaciones, dado que la ineffectividad de la sanción es una forma de impunidad. En el plano legislativo, cabe señalar que proyectos de ley que suprimirían explícitamente la aplicabilidad de amnistía y de prescripción gradual a crímenes de lesa humanidad figuran entre las muchas iniciativas en estas materias que “duermen” en el Congreso, si bien el Ejecutivo asegura ante los organismos internacionales tener interés en su avance.<sup>26</sup>

### **1.3. La Subsecretaría de Derechos Humanos, el (ex) Programa de DDHH y la situación de sobrevivientes**

En septiembre de 2016 se nombró a Lorena Fries, ex directora del Instituto Nacional de Derechos Humanos, INDH, como primera subsecretaria de DDHH. La nueva instancia, dentro del Ministerio de Justicia y DDHH, tiene a su cargo la elaboración de un Plan Nacional de DDHH para ser puesto en marcha en 2018. Es una tarea gigantesca para una instancia que a fines del 2017 aún no tendrá más de 10 meses de funcionamiento pleno, y considerando los derechos y deberes de participación y consulta mencionados en la introducción del presente capítulo. La subsecretaría debe además resolver, entre otras múltiples tareas pendientes, desafíos en justicia transicional relacionados con las promesas extendidas a ex presos políticos, entre ellos “sobrevivientes Valech”, luego de repetidas huelgas de hambre y la configuración de una mesa negociadora (ver *Informes 2015 y 2016*).<sup>27</sup> En relación a ello se ha confidenciado que se abrirá una instancia permanente de calificación de sobrevivientes así como de víctimas ausentes –recomendación reiterada en versiones anteriores de este *Informe*–, además de apoyar el derecho a justicia de las

26 El Sexto Informe Periódico de Chile ante el Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas, de enero de 2017, hace mención en su párrafo 20 de los Boletines 9.748-07 y 9.77307, ambos introducidos el 10 de diciembre de 2014, a opciones gubernamentales para impulsar reformas constitucionales impidiendo amnistía, prescripción, o prescripción gradual en materia de crímenes de lesa humanidad. Consigna, al respecto, que aún “exist[iría] un compromiso de avanzar”, y sugiere que los proyectos tendrían alcance tanto en el futuro como para causas hoy abiertas. No se explicita en el informe que a ambos proyectos se les ha vencido la urgencia con que inicialmente fueron dotados (habiéndose revertido a urgencia simple, desde marzo de 2016 y julio de 2015, respectivamente).

27 En relación a acceso público o judicial al archivo Valech, ver sección Verdad, a continuación.

y los sobrevivientes de tortura, iniciando investigaciones judiciales por medio de la denuncia. Esta facultad, en teoría, podría ser ejercida por cualquier funcionario público que entre en conocimiento de la comisión de esos crímenes y, en el caso particular, se propone su utilización por parte del (ex) Programa de DDHH (ver abajo) como manera de ampliar su actual labor jurídica a sobrevivientes sin exceder el marco legal que actualmente rige el quehacer de la instancia (que lo limita a querellar solamente respecto de casos de desaparición o ejecución). El problema está en que este medio no genera los derechos plenos de participación como parte en la investigación judicial que eventualmente se produzca, generando el riesgo de que, como suele suceder, se instaure una medida que, de resultar en el largo plazo poco apropiada para el fin para la cual fue ideada, termine siendo contraproducente al generar mayores cuotas de rechazo y frustración de parte de las y los titulares del derecho.

Sobre otros aspectos del mandato de la nueva instancia en relación a sobrevivientes, entendemos que un acuerdo para extender a personas no calificadas por la segunda iteración de la Comisión Valech, en 2011, el mismo mecanismo de reconsideración que se había aplicado a la primera vuelta, se ha visto trabado. Ello porque la misma subsecretaría estaría impedida, por los términos de la ley de secreto aún vigente, de acceder a los nombres y datos personales de quienes tendría que contactar para informarles de la alternativa.<sup>28</sup> Por otra parte, se anunció la puesta en marcha de planes de fortalecimiento y mejoras al PRAIS, y otros temas contenidos en las discusiones de la mesa negociadora, si bien se pretende que todo lo relacionado con reparación económica siga en manos del Ministerio del Interior. Tampoco se hace presente algún plan para asumir o incorporar otras instancias relevantes a sobrevivientes, por ejemplo, la Oficina de Exonerados Políticos. Hemos señalado, en reiteradas oportunidades anteriores, ejemplos de cómo la repartición de funciones y responsabilidades respecto de una misma temática tiende a dispersar la respuesta, generando vacíos y descoordinaciones y produciendo frustración y desgaste entre quienes deben navegar en medio de múltiples instancias burocráticas en la búsqueda de hacer efectivos sus derechos.

En tanto, sedes capitalinas y regionales del INDH fueron ocupadas en al menos dos oportunidades, en 2017, por la Asociación Nacional de ex presos y presas políticos Salvador Allende, en protesta por el cumplimiento solamente parcial de un temario de 10 puntos procedentes de la mencionada Mesa y de la más reciente huelga de hambre, ocurrida en agosto 2016. La segunda ocupación, iniciada a principios de junio de 2017, aún se mantenía al cierre de la presente edición, a principios de agosto. En julio de 2017, la Unión Nacional de ex Presos Políticos,

28 Fuente: participantes en organizaciones de sobrevivientes, entrevistas con el Observatorio, mayo de 2017.

UNexPP, anunció la declaración de admisibilidad, por parte de la Comisión Interamericana de DDHH, CIDH, de la petición 188-11, presentada en 2011 por sobrevivientes agrupados bajo su alero. La petición pasa a constituir entonces el caso número 13.334 de la CIDH, a nombre de 1.719 sobrevivientes chilenos que alegan vulneración de la Convención Americana de DDHH por denegación de justicia e insuficiencia en reparaciones, las mismas falencias por las cuales la Corte IDH, condenó al Estado en el caso *García Lucero y otras vs. Chile* (2013). La CIDH procederá a recibir y analizar más antecedentes de ambas partes, intentando arbitrar una solución amistosa en ausencia de la cual el caso podría ser elevado finalmente a la Corte IDH para resolución contenciosa.

En sus primeros meses la instancia que asumió la dirección del ex Programa de DDHH del Ministerio del Interior (pasando a denominarse “Unidad Programa de DD.HH”), nombró un equipo especial para fortalecer la búsqueda del destino final de detenidos desaparecidos, un tema que está analizado con mayor detalle en las secciones que aparecen a continuación. El equipo opera fuera del marco del equipo jurídico, que sigue activamente judicializando estos y otros temas, para fortalecer, más bien, las áreas de verdad y memoria del trabajo del programa. En sus primeros meses debe preparar un estudio específico de las remociones conocidas como “Operación Retiro de Televisores”, y para ello ha buscado un perfil de personal con amplia experiencia en técnicas de investigación alternativas a lo jurídico: su equipo incluye a profesionales respetados y experimentados como el ex detective Sandro Gaete, y el periodista investigativo Jorge Escalante. La instancia constituiría una innovación muy bienvenida en términos de potenciar el trabajo actual del programa en materia de búsqueda. Consideramos, en este sentido, que se requiere sumar y unir esfuerzos de este tipo, que deberían existir dentro de cada instancia relevante, para lograr una respuesta adecuada, intersectorial y permanente.

En cuanto a otras innovaciones, en el ex Programa, hoy Unidad, su nueva secretaria ejecutiva, Karin Tapia, quien asumió en junio de 2017, fue seleccionada por concurso público en vez de ser nombrada. Es de esperar que ello proporcione mayor transparencia y estabilidad a la dirección de la instancia, que ya no estaría en teoría sujeta a reemplazo en casos de cambio de gobierno o de dirección política dentro de una administración. El nombramiento de Karin Tapia, abogada y académica de la Universidad Alberto Hurtado, es inicialmente por tres años renovables. Es la cuarta persona en encabezar la instancia en el periodo del *Informe*, debido a la renuncia de Francisco Ugas y de su reemplazante, poco tiempo después de asumir en el cargo. La instancia fue dirigida de modo interino por su director jurídico, Franz Möller, hasta el nombramiento de Karin Tapia. Algunas de las demás funciones que la Unidad seguirá cumpliendo incluyen las que corresponden a

su programa social. Estas estarán coordinadas por Andrea Leonhardt, nueva directora de área. Sus prioridades incluyen fortalecer el acompañamiento psicosocial que se ofrece a quienes lo requieren, coordinado con equipos PRAIS para que ellos estén alertados de nuevas diligencias judiciales que podrían generar necesidades específicas de acceso al derecho a acompañamiento en salud. También se ha iniciado una priorización de familiares de tercera edad, catastrando el uso que cada individuo hace de los derechos a reparación de los cuales es titular, para informar o intervenir en el caso de algún desaprovechamiento inadvertido. Se empieza a considerar, en relación al delicado tema de entrega de restos de personas que estaban desaparecidas, la necesidad de establecer un “derecho a no ser notificado”, en circunstancias en que una familia haya recibido restos de su deudo, realizando funerales, y prefiere no tener que volver a vivir el proceso emocional de notificación y recepción respecto de fragmentos o restos parciales que podrían ser descubiertos o identificados con posterioridad. En circunstancias como estas, se podría considerar alternativas tales como la disposición de parte de la familia de que futuros restos sean inhumados en uno de los memoriales nacionales o regionales correspondientes. Ello es otro ejemplo de las múltiples e interrelacionadas facetas de la desaparición forzada que no debieran estar ausentes en consideraciones sobre un futuro plan nacional.

El importante trabajo de memorialización y reparación simbólica que el programa seguirá realizando, desde su nueva adscripción ministerial, es comentado en la sección 5.3., más adelante. En lo que respecta al equipo jurídico, la señal positiva que significa el asociar la instancia al Ministerio de Justicia en vez de Interior deberá fortalecerse protegiendo la autonomía de su actuación. Nuevas líneas de trabajo han incluido la necesidad de apelar o alegar en contra de las peticiones de concesión de libertad condicional analizadas en la sección 3.2.4.<sup>29</sup> En relación al creciente universo de causas en que las y los abogados litigantes intervienen, se ha hecho un estudio específico en el periodo para identificar alguna víctima calificada respecto a la cual, por cualquier motivo, no se haya producido actividad judicial actual ni acción concluida de modo adecuado.<sup>30</sup> Se estima que unas 65 personas podrían calzar con el perfil, si bien en algunos de los casos la escasez de antecedentes o las circunstancias de los hechos harán desafiante la caracterización robusta del caso como uno de crimen de lesa humanidad o de guerra. Ello, en ausencia de acción decisiva para terminar con el estatus de vigencia del Decreto Ley de Amnistía de 1978, sigue

29 Si bien la práctica de distintas salas de la Corte de Apelaciones de Santiago ha sido variable en permitir o no que el Programa aparezca en la materia. También, en un caso, un error humano resultó en la no-comparecencia del Programa, dando origen a un sumario interno.

30 Entrevista con el director jurídico del ex Programa, 15 de junio de 2017.

siendo la única forma en que se puede establecer la inamnistabilidad e imprescriptibilidad de los delitos.

#### **1.4.1. Desaparición forzada: iniciativas, deberes y necesidades**

En el *Informe* 2016 exploramos algunos de los preceptos más significativos que rigen la búsqueda de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición en relación a personas detenidas-desaparecidas, víctimas de la política deliberada de desaparición forzada adoptada por la dictadura chilena y otros regímenes autoritarios de la región, en el periodo, en forma coordinada. También hicimos referencia a las recomendaciones formuladas por el Grupo de Trabajo de la ONU (en adelante, Grupo de Trabajo) sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias, luego de su misión a Chile, realizada en el 2012.<sup>31</sup> Durante 2016 y 2017, tanto el Observatorio como una serie de otras organizaciones e instancias nacionales siguieron trabajando en la materia. El Observatorio publicó tres informes de relatoría, acompañados por resúmenes gráficos sobre el actual estado de actividades de búsqueda e identificación en Chile, Perú, y otros países.<sup>32</sup> El primer informe, que analiza normas regionales e internacionales y la situación actual en Chile y Perú, fue producto de un seminario realizado en Santiago, en enero de 2017, con la participación de un miembro del Comité de la ONU en la materia, en el contexto del cual también se convocó a una reunión con autoridades y agrupaciones relevantes para analizar los pasos aún pendientes en el cumplimiento de las mencionadas recomendaciones. Unas semanas más tarde, por una invitación de la nueva Subsecretaría de DDHH, Ariel Dulitzky, miembro del Grupo de Trabajo, visitó el país y se reunió con autoridades y organizaciones sociales para evaluar dicho cumplimiento. Indicaciones del estado de cosas en relación a las recomendaciones fueron enviadas al Grupo de Trabajo y recibidas por el mismo, a mediados de 2017.<sup>33</sup>

A la vez, Chile se encuentra preparando su primer informe periódico ante el Comité, requisito para todo Estado parte en que el país se encontraba al debe desde hace varios años. Si bien la Subsecretaría de DDHH inició trabajos de preparación del informe durante enero de 2017, es decir, en su primer mes de existencia, demoras de parte de algunos otros organismos estatales, en producir o comunicar la

31 A/HRC/22/45/Add.1, Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas e Involuntarias, 29 de enero de 2013.

32 Los reportes fueron producto de un proyecto en asociación con el *Latin American Studies Association*. Todos los resultados están a disposición del público, en forma permanente, junto con copias del presente *Informe* y nuestros boletines semestrales, a través de la página [www.derechoshumanos.udp.cl](http://www.derechoshumanos.udp.cl).

33 Las indicaciones, contenidas en un cuadro-informe de 80 carillas, pueden ser consultadas en la página <http://DD.HH.minjusticia.gob.cl/sistema-internacional/>. Fueron publicadas en los primeros días de agosto de 2017, demasiado cercana a la fecha de cierre de la presente edición para permitir su análisis. Serán comentadas en próximas publicaciones del Observatorio de Justicia Transicional.

información necesaria, han desplazado la fecha en que se espera concretar su envío hacia el segundo semestre de 2017.<sup>34</sup> Existe un compromiso, bajo los términos de la misma Convención, de difundir el informe a organizaciones sociales antes o en conjunto con su entrega oficial, momento en el cual debe además aparecer, junto con los textos de otros informes de similar índole, en la página web de la nueva instancia.<sup>35</sup>

Un segundo informe producido por el Observatorio, que compara y contrasta las situaciones de Chile, Perú, El Salvador y Sri Lanka, fue publicado en junio después de una actividad pública realizada con agrupaciones de familiares en la Universidad Católica de Lima, Perú, en abril. Un tercer documento, dando cuenta de unos paneles académicos internacionales realizados a continuación de este evento, fue publicado en agosto. Las actividades fueron coordinadas por el Observatorio en colaboración con Ariel Dulitzky, entonces miembro del Grupo de Trabajo de la ONU, y Cristián Orrego, genetista forense y miembro del panel de expertos internacionales para el caso Neruda.

Las agrupaciones Londres 38 –que impulsa, desde 2016, nuevas querellas que pretenden repotenciar la búsqueda judicial– y la Corporación Justicia y Memoria Colonia Dignidad, también han tomado importantes iniciativas para abordar la temática, compartiendo con personal judicial y de otros rubros en los múltiples frentes en los que se tiene que avanzar. En el mismo sentido, y de modo complementario, un importante esfuerzo, promovido por profesionales de la Unidad Especial de Identificación Forense del Servicio Médico Legal, ha instalado una mesa de coordinación de agencias oficiales que auxilian a la justicia en la búsqueda e identificación de víctimas de desaparición forzada. La mesa, que se reúne en forma *ad hoc*, y cuya vinculación con el Poder Judicial es llevada por la ministra en visita Marianela Cifuentes, busca agilizar las actividades de instancias oficiales existentes para abordar esta problemática. Ha contado, desde sus inicios, con la entusiasta participación de representantes de la Brigada de DDHH de la PDI, Carabineros, el (ex) Programa de DDHH y el Registro Civil. Recientemente se han incorporado, a petición propia, representantes del Ministerio Público y del nuevo equipo de investigación y búsqueda de la Subsecretaría de DDHH (ver a continuación). La iniciativa constituye una muestra concreta de cómo actores directamente comprometidos con estas materias, desde su vocación de empleados públicos, pueden lograr avances en forma orgánica, perfeccionando su propio rendimiento a través de formación profesional mutua e intercambio interdisciplinario. En ese sentido ofrece un modelo o prototipo de la

34 Comunicación electrónica desde la oficina de gabinete de la Subsecretaría, a quienes agradecemos.

35 <http://DD.HH.minjusticia.gob.cl/>, sección Sistema Internacional.

cultura creativa e innovadora, y de las ganas de colaborar y comunicar en forma horizontal, que serán imprescindibles para la formación de una respuesta estatal permanente y holística, capaz de realizar o supervisar la puesta en práctica de las diversas e importantes recomendaciones del Grupo de Trabajo y demás deberes de la Convención.

Es por tanto valorable que a la instancia se haya integrado un representante del nuevo equipo de búsqueda, formado en abril de 2017, dentro de la nueva Unidad Programa de DDHH de la Subsecretaría de DDHH. (mencionado arriba). Dicha unidad, que tiene el encargo de preparar un borrador de plan de búsqueda para formar parte del Plan Nacional de DDHH, necesitará de la experticia de todos los organismos representados en la mesa, más la experiencia y el conocimiento de familiares y otros actores sociales, para que dicho plan y eventual nueva instancia sean capaces, realmente, de dar un nuevo impulso a la búsqueda de las y los desaparecidos. Dicho impulso deberá, por lo demás, enfrentar los dilemas presentados por el imperativo de conseguir información, por una parte, y el deber de perseguir penalmente a perpetradores directos e indirectos, por otra. Este difícil terreno, y las legítimas diferencias de intereses, opiniones y propuestas que puede generar, no hace sino reforzar la importancia de que, tanto en su etapa de diseño como durante su operación, se fomente la participación sostenida de agrupaciones, familiares, expertos técnicos, y otros actores no estatales con legítimo interés y conocimiento especial en la materia.

#### **1.4.2. Tipificación de desaparición forzada en el ordenamiento interno: nuevo proyecto ley**

A principios de año se introdujo un proyecto de ley que busca complementar la existente Ley 20.357, sobre crímenes de lesa humanidad y de guerra, introduciendo la tipificación de desaparición forzada como delito autónomo en el Código Penal. Dicha tipificación figura entre las múltiples recomendaciones del Grupo de Trabajo y es además uno de los compromisos que asumen los estados suscriptores de las convenciones internacionales en la materia. Si bien fue introducido por moción parlamentaria, no por iniciativa presidencial, logró ser aprobado en la Cámara de Diputados a mediados de agosto de 2017. Es de esperar que al transformarse eventualmente en ley se promueva activamente su correcta implementación, asignando el personal y los recursos necesarios.

El 17 de marzo, la Comisión de DDHH y Pueblos Originarios emitió un informe sobre el proyecto (Boletín 9818-17), mencionando un primer ajuste importante al limitar el sujeto activo del delito explícitamente a actores estatales o vinculados con el Estado, conforme a la tendencia predominante en el derecho internacional. Asimismo, se explicitó que se busca sancionar la conducta no solo de quien priva de libertad a una víctima, sino también de quien incumpla su deber de informar

al respecto, y quien teniendo conocimiento del delito y superioridad jerárquica o control de mando, no interviene. El proyecto contempla tanto la aplicación de beneficios o atenuantes, como la de agravantes. En relación a lo primero, considera rebajas en hasta dos grados de pena para quien contribuya a la reparación con vida de una víctima, y hasta una para el acusado que proporcione información para esclarecer un caso. Menciona, asimismo, categorías de personas vulnerables cuya victimización constituiría un factor agravante, aumentando en un grado la cuantía de la pena máxima de presidio perpetuo. También, el texto explicita que prohibiciones del Código de Justicia Militar (CJM) y otros cuerpos legales, que castigan el incumplimiento de órdenes o la divulgación de información secreta, no tendrán cabida cuando se trate de un caso de desaparición forzada, proponiendo, por ejemplo, agregar al artículo 335 del CJM que quien reciba órdenes para cometer un delito “tiene el derecho y el deber de no obedecerlas”. Al parecer, el texto en su redacción actual establecería la imprescriptibilidad del delito independiente de si reviste o no carácter de crimen de lesa humanidad.<sup>36</sup>

Durante la discusión y recepción de comentarios expertos, entre ellos de la AFDD, se observó, correctamente, que según el derecho internacional la desaparición forzada no es siempre un crimen de lesa humanidad o de guerra, reuniendo esa calidad solamente en el caso de ser practicado en forma sistemática y/o generalizada. También se observó que el derecho internacional no prohíbe del todo la aplicación de prescripción a desaparición forzada, pero sí señala que sus plazos, así como las penas aplicadas, deben ser acordes a la manifiesta gravedad del delito.<sup>37</sup> En relación a este último punto, varios contribuyentes al debate opinaron que el rango inferior de pena contemplada en el proyecto es muy bajo: apenas 3 años y un día (si bien, como se ha señalado, asciende a presidio perpetuo en presencia de agravantes como la práctica de la tortura o consecuencia de muerte).

36 “Informe de la Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios Recaído en el Proyecto de Ley que Modifica el Código Penal, Tipificando el Delito de Desaparición Forzada de Personas”, esp. Capítulo VI, texto aprobado por la comisión (pp. 36- 38). Fecha de sala 17 de marzo de 2017. La distinción entre crimen de lesa humanidad o no, respecto a delitos que reúnen siempre el carácter de violación a los DDHH, es la misma que distingue las desapariciones forzadas cometidas en dictadura, que son además crímenes de lesa humanidad por su carácter sistemático, de las desapariciones forzadas en democracia de Hugo Arispe (desde 2001), José Huenante (desde 2005) y José Vergara (desde 2015). La práctica de “desapariciones express” que fue denunciada durante manifestaciones estudiantiles en 2012 y 2013 podría, sin embargo, alcanzar dicho umbral si llegara a transformarse en una práctica habitual o recurrente.

37 Si bien es relevante remarcar que la figura de desaparición forzada expresamente consigna a la negación posterior de información como un componente mismo del crimen, y estipula, además, que es un delito continuo. Procede entonces suponer que el inicio del cómputo de cualquier plazo de prescripción se postergue hasta que se revierta el déficit de información y se conozca de manera fidedigna el desenlace final de la desaparición.

### 1.4.3. Dimensiones patrimoniales, familiares y simbólicas de la desaparición forzada: estatus civil y ciudadano de las y los desaparecidos

La Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (2006) obliga a los Estados partes a ofrecer solución a la situación legal de personas desaparecidas y sus allegadas, mientras no se esclarezca su destino final, de manera que se permita a sus seres queridos convivir con su ausencia en relación a temas administrativos, patrimoniales, etc. (Art. 24, inciso 6). Del mismo modo, la Resolución de la OEA sobre las personas desaparecidas y la asistencia a sus familiares, alienta a los Estados miembros a “atend[er] de la manera más completa posible a las necesidades psicológicas, sociales, legales y materiales de los familiares de personas dadas por desaparecidas”.<sup>38</sup> Son varios los Estados, sobre todos los latinoamericanos, que han introducido, para dichos efectos, leyes especiales que crean el estatus de “ausente por razón de desaparición forzada”, para evitar obligar a familias que necesitan realizar gestiones oficiales a aceptar la presunción de muerte por parte del mismo Estado responsable de la desaparición y la continua falta de información fidedigna sobre ella. Si bien Chile introdujo, en 2009, legislación de este tipo (Ley 20.377), la figura relevante aún requiere que las y los familiares sean quienes activen el mecanismo y asuman los costos emocionales y burocráticos que ello implica.<sup>39</sup>

Además, la situación legal –administrativa o civil– del universo de personas actualmente calificadas por el Estado chileno como detenidos-desaparecidos durante la dictadura, es dispareja. Si una víctima es hallada muerta y sus restos son oficialmente identificados y entregados a su familia, deja de seguir siendo, *strictu sensu*, un detenido-desaparecido. La identificación final origina un oficio judicial al Registro Civil, que permite la confección de un certificado de defunción a nombre de esa persona. Pero son a lo más 150 las personas desaparecidas que han sido halladas y plenamente identificadas de esta manera, lo que implica que más de mil personas siguen siendo detenidas-desaparecidas. Algunas de sus familias siguen optando por hacer uso de la figura de la muerte presunta, aun existiendo la mencionada alternativa.<sup>40</sup> Otras invocan la figura de ausente por razón de desaparición forzada, consiguiendo incluso la resolución judicial correspondiente, pero no

38 OEA AG/RES 2231 (XXXVI-O/06, 6 de junio de 2006, resuelve, no. 4.

39 En relación a costos económicos, la ley establece que la tramitación y actividades asociadas deben ser gratuitas para las y los familiares. Quienes hacen uso de asesoría jurídica del (ex) Programa de DDHH pueden también recibir ayuda para tramitar la figura, por parte de un abogado especializado en materia civil.

40 Como fue el caso de René Vallejos Parra, por quien el 2° Juzgado Civil de Antofagasta declaró en febrero 2017 la muerte presunta, a petición de un hermano (causa rol 473-2015). Se adoptó el 4 de octubre de 1973, fecha de su detención ilegal, como fecha del presunto deceso.

continúan el proceso hasta su próximo paso, que es la emisión de una resolución exenta correspondiente. Ello porque la resolución no es automática: la emite el Registro Civil solamente en el caso de que existan bienes por transferir o un matrimonio cuyo cónyuge no desaparecido haya manifestado el deseo expreso de disolver el vínculo.<sup>41</sup>

El número de activaciones de este mecanismo hasta la fecha sugiere que no es muy conocido o bien que no es muy apto para el propósito para el que fue creado: entre 2011 y octubre de 2016, fueron alrededor de 66 las aplicaciones para resolución judicial que habían sido tramitadas con la ayuda del Programa de DDHH del Ministerio del Interior, de las cuales no más de 56 habían sido transformadas en resolución exenta ante el Registro Civil.<sup>42</sup> Además, con una falta de previsión y atención a detalles e implicancias que es lamentablemente característico en estas materias, al aprobar la Ley 20.377 no se modificó a su vez la Ley de Matrimonio. Por tanto, “ausencia por razón de desaparición forzada” no constituye una causal reconocida de disolución de un matrimonio legalmente contraído en Chile.

Otro vacío en la disposición actual trascendió, a partir del 2012, cuando con la introducción del voto voluntario los padrones electorales empezaron a ser confeccionados en forma automática por el Servicio Electoral, Servel en base a información transmitida en forma automática desde el Registro Civil. Dicha información consiste básicamente en una nómina de todas aquellas personas nacionales o residentes mayores de 17 años, que no registran certificado de defunción ni inhabilitación para votar. Ello abarca a todos aquellos detenidos-desaparecidos que no han sido hallados e identificados, independientemente de si existe o no una resolución judicial y/o resolución exenta en los términos de la Ley 20.377. Aquella situación es la razón de fondo por la cual las personas desaparecidas siguen figurando en el padrón electoral, situación que ha causado consternación e incluso indignación entre algunos familiares. Provoca también conmoción emocional, cuando procedimientos rutinarios de reasignación de distritos o mesas de votación redundan en que los datos electorales asociados con dicha persona registran variación entre una versión y otra del padrón, sin que su familia entienda necesariamente las razones.

La extrema sensibilidad que rodea cada acción o pronunciamiento del Estado con respecto a quien ha sido víctima de represión estatal,

41 En el caso de que no existan bienes que heredar, y que el o la cónyuge no desee disolver el matrimonio, la resolución judicial por sí sola no tiene efecto en ninguno de esos ámbitos. También se puede emitir una resolución exenta que efectúa transferencia de patrimonio, sin disolver el matrimonio.

42 Es posible que hayan existido algunas resoluciones judiciales adicionales, solicitadas y/o recibidas por familiares por sus propios medios (sin asesoría del Programa de DDHH), pero el total de resoluciones exentas emitidas no excede la mencionada cifra de 56.

sugiere la necesidad de un cuidado especial que actualmente no se hace manifiesto. Otro ejemplo de ello es la ingrata experiencia vivida por varias esposas de personas desaparecidas en el transcurso del Censo 2017, cuando censistas voluntarios aparentemente no-familiarizados con la existencia de desaparición forzada ni su supuesto reconocimiento legal y administrativo en Chile, insistieron en consignarlas como “viudas”, aduciendo explicaciones tales como el “no tener esa categoría en el formulario”.<sup>43</sup> Los costos de estos vacíos y faltas de adecuación en el manejo, por parte del Estado, de un problema creado por sus propios elementos delictuales, se traducen en el desgaste emocional y la vulneración de la intimidad que implica para familiares el tener que enfrentarse una y otra vez con la realidad de la desaparición y sus implicancias vivenciales, y/o explicárselo a funcionarios o representantes de las autoridades.

Estimamos que ambos episodios son ilustrativos de la urgente necesidad de una consideración holística y abarcativa de aspectos civiles y penales de la justicia, además de las implicancias para la reparación, verdad, justicia y garantías de no repetición, que deben estar presentes, de forma permanente, en el trato que toda institución u oficina estatal extiende a las personas desaparecidas y a las comunidades que fueron privadas de ellas. Estimamos que el avance hacia mayores cuotas de holismo, en un escenario que hasta ahora exhibe una marcada tendencia a debilidades como la fragmentación y la improvisación, es una de las mayores esperanzas que se tuvo y se tiene ante la creación de una Subsecretaría de DDHH y su correspondiente Plan Nacional de DDHH. Es, por tanto, inquietante que las instancias recientemente creadas o surgidas para repensar o fortalecer la respuesta a la desaparición forzada en Chile aparentemente respondan, por lo pronto, a iniciativas, instituciones y lógicas distintas, y/o pretendan abarcar solo algunas de las recomendaciones formuladas por los organismos internacionales relevantes. Es imprescindible que se busque la forma de concertar y hacer complementar estos esfuerzos, evaluando y, de ser necesario, replanteando, en un mismo momento, tanto el marco legislativo como la arquitectura normativa, institucional y administrativa que rodea el tema.

En ausencia de lo anterior, seguirán apareciendo iniciativas aisladas que si bien buscan abordar o subsanar un aspecto de la temática, arriesgan crear efectos no deseados en otra, o encierran supuestos no examinados. Un ejemplo de ello lo constituyen los esfuerzos desplegados para “rectificar” la disyuntiva revelada por el padrón electoral de inscripción automática. Un primer intento, introducido en 2013 por parlamentarios, fue archivado en abril de 2017 (Boletín 9005-17).

43 Comunicaciones personales y a través de redes sociales con la autora, en los días siguientes al 19 de abril de 2017, fecha de realización del Censo 2017.

Otro, el proyecto de ley Boletín 9593-17, introducido por el Ejecutivo, el 11 de septiembre de 2014, consiste, en su versión actual de un artículo único, que establecería un deber general sobre todos los órganos del Estado para velar porque sus registros reconozcan como tales a víctimas de desaparición forzada.<sup>44</sup> Dicho proyecto no presenta disposiciones en relación a la Ley de Matrimonio, ni en cuanto a otros aspectos que, en la práctica, han provocado complejidades o contradicciones como las mencionadas. No queda claro, por ejemplo, si a Servel se le proveerá de una base legal adecuada para efectuar, de modo autónomo, cambios en el padrón electoral. Tampoco establece ni designa cuál sería la instancia encargada de instituir las necesarias definiciones y coordinaciones sobre el efecto deseado de los cambios. ¿Qué pasaría, por ejemplo, si un órgano determinara que los detenidos-desaparecidos, una vez debidamente consignados como tales en sus registros, deben dejar de figurar en listados públicos, mientras que otra instancia tomara la decisión contraria? Aquello introduce contradicciones, y/o vuelve a invisibilizar a las y los ciudadanos que aún nos faltan. Así se estaría comulgando, aunque sea sin querer, con las mismas pretensiones perversas del Estado autoritario que los hizo desaparecer. Se podría más bien sostener que los deberes de verdad y memoria sugieren que los nombres de las y los desaparecidos, identificados como tales, debieran seguir apareciendo en todo registro oficial público. Aquello sería un gesto poderoso para reivindicar su estatus de ciudadanas y ciudadanos con existencia material y simbólica, aportando así a la mayor visibilización, reconocimiento y memorialización que el mencionado proyecto de ley pretende.<sup>45</sup>

Por otra parte, el proyecto restringe su definición de víctimas reconocidas de desaparición forzada a quienes fueron o serán a futuro, calificadas como tales por instancias administrativas especiales como lo fueron las comisiones Rettig y Valech. Elimina, por tanto, la referencia en la ley original, 20.377, artículo 4, a fallos judiciales como otra fuente posible de inclusión en la definición. Pierde, asimismo, la oportunidad para reconocer la realidad empírica de que todos los actores que actualmente auxilian a la justicia en tareas de búsqueda saben que existen víctimas sin calificación, actualmente halladas o por hallar. Estas personas no estarán alcanzadas por el proyecto de ley a no ser que sean calificadas por una futura instancia o comisión. Por último, el proyecto hace referencia a quienes han sido consignados como detenidos

44 Mensaje presidencial No 529-362: "Mensaje de S.E. la Presidenta de la República con el que inicia un Proyecto de Ley que consagra el deber de los órganos del Estado de individualizar a las víctimas de desaparición forzada", 11 de septiembre de 2014; versión accesible a través del buscador de proyectos de ley de la Cámara de Diputados, último acceso 11 de agosto de 2017.

45 Mensaje presidencial No 529-362, *op. cit.*, Antecedentes y Fundamentos.

desaparecidos por dichas instancias, excluyendo por tanto a unas decenas de personas que fueron calificadas como ejecutados políticos a pesar de que, con una mirada más actualizada o más conforme con las disposiciones internacionales relevantes, se entiende que debieron siempre ser consideradas como potenciales detenidos-desaparecidos.<sup>46</sup>

### **1.5. Desaparición forzada: búsquedas, identificaciones y entregas**

Los importantes esfuerzos de peritos y ministros para identificar y entregar restos en la custodia del SML, así como para generar nuevos hallazgos a través de investigaciones judiciales, siguen generando avances a la vez que evidencian dilemas y tensiones. Se busca compatibilizar los deberes de verdad y justicia con el de extender un trato reparatorio y dignificante a todas y todos los involucrados, fortaleciendo, a la vez, prácticas institucionales y culturales que promueven la no-repetición. Esta modalidad de búsqueda, que tiene por finalidad construir la sanción social y penal que el crimen de la desaparición merece, es tal que cualquier modalidad nueva no debe reemplazar, sino complementar o potenciar. Para elaborar el trabajo científico necesario se requiere de los esfuerzos concertados de antropólogos, arqueólogos, genetistas y otros especialistas. Del mismo modo, este grupo de profesionales necesita coordinar y armonizar con otros para lograr resultados óptimos.

Con estos mismos fines, la Unidad Especial de Identificación Forense del SML tomó la iniciativa, en 2016, de generar espacios de estudio, capacitación y reflexión que redundaron en la creación de una Mesa de Trabajo Interinstitucional Ad Hoc, para brindar mejor asesoramiento y ayuda a los ministros que llevan causas investigativas sobre el destino final de víctimas de desaparición forzada. Inicialmente, en esta mesa de trabajo participaban el Poder Judicial, el Programa de DDHH del Ministerio del Interior (hoy Unidad Programa), el Registro Civil y la Brigada de Derechos Humanos de la PDI. En lo que va del 2017, la mesa ha ofrecido un espacio para compartir reflexiones, avances, y noticias sobre nuevas técnicas de trabajo, potenciando el conocimiento mutuo que sus participantes tienen de la particular mirada disciplinaria e institucional del otro. También ha venido elaborando un protocolo conjunto de actuación para optimizar el rendimiento de cada institución miembro a la hora de que esta sea llamada a auxiliar a un ministro en visita para generar o investigar un hallazgo de restos relacionados con casos de personas desaparecidas. Recientemente, y a petición propia, se han sumado a la mesa de trabajo el Ministerio Público y Carabineros de Chile. Por el Poder Judicial participa y coordina

46 Se trata por ejemplo de víctimas cuyas familias recibieron certificados de defunción, sin restos asociados; o restos en ataúdes sellados con prohibición de abrirlos para corroborar la identidad.

la ministra Marianela Cifuentes. Dicha situación representa un buen ejemplo de iniciativas que surgen desde la experiencia, las cuales generalmente ofrecen buenas posibilidades de sostenerse en el tiempo y realizar aportes concretos. Esto, porque nacen a partir de una necesidad diagnosticada por las y los operadores actuales y responden a ella con diseños flexibles y orgánicos que se proponen sortear obstáculos de la manera más prolija y desburocratizada posible. Es de esperar que cualquier modelo o plan nacional que surja en 2018, tome en cuenta esta experiencia positiva y la experticia que reúne.

Son cuatro las nuevas identificaciones de personas detenidas-desaparecidas, notificadas por el Poder Judicial en el periodo. En diciembre, se identificó a Jorge Sáez Vicencio, un jardinero, sin militancia política conocida, detenido en 1973 y hecho desaparecer. Sus restos fueron encontrados en el Patio 29 del Cementerio General de Santiago, en 1991. Su identidad se logró confirmar, con los mayores niveles de certeza que la ciencia hoy permite, por medio de análisis genéticos realizados por el equipo multidisciplinario del SML, más estudios de ADN llevados a cabo por laboratorios en EEUU y Austria, y del International Commission on Missing Persons (ICMP) de Bosnia-Herzegovina. Con su identificación ascienden a 62 el número de víctimas del Patio 29 identificadas según esas nuevas técnicas, desde 2009. En tanto, el 14 de febrero de 2017, la Corte de Apelaciones de Santiago confirmó una indemnización de 50.000.000 pesos (USD 83.333) a familiares del ciudadano uruguayo Arazati López López, identificado erróneamente en 1994 al periciar, con las técnicas de la época, osamentas recuperadas desde el Patio 29. El error fue detectado en 2009, fecha en que los restos que se creían haber identificado como los de Arazati habían sido repatriados a Uruguay.

El 24 de marzo, el ministro en visita Miguel Vásquez informó sobre la identificación de Juan José Montiglio Murúa, gracias al trabajo de los mismos especialistas e instituciones mencionadas. Juan José Montiglio Murúa, quien tenía 24 años al momento de su desaparición, estaba casado y tenía dos hijos. Militaba en el Partido Socialista y se desempeñaba como jefe del dispositivo de seguridad del presidente Allende, conocido como Grupo de Amigos Personales, GAP. El día del golpe de Estado, fue detenido como parte del último grupo de personas que salió del Palacio de La Moneda. Sus restos se encontraban entre los que fueron hallados, en 2002, en el Fuerte Arteaga. Con él, las víctimas identificadas asociadas a dicho recinto llegan a 15.

En mayo, con el anuncio de las nuevas identificaciones de Fernando Mora Gutiérrez y Rubén Vargas Quezada, sumaron 12 las personas detenidas-desaparecidas del *caso Chihuío* encontradas y cuyas familias han sido notificadas. Ellos formaron parte de un grupo de 17 trabajadores sindicalizados del Complejo Agrícola y Forestal Panguipulli,

detenidos ilegalmente por un convoy militar en 1973, en base a una lista elaborada por Américo González Torres, dueño del fundo Chihuío. Las víctimas fueron ejecutadas pero sus restos fueron removidos, en 1978, en la denominada “Operación Retiro de Televisores”. Fernando, de 17 años de edad, era obrero maderero. Rubén, de 56 años era casado y tenía 10 hijos. Trabajaba como obrero tejuelero y era dirigente sindical.

Además de estas nuevas identificaciones, siguen existiendo otras parciales de fragmentos de restos en casos donde ya han sido identificados y entregados algunos restos pertenecientes al mismo individuo. Estos hechos dan cuenta sobre todo del inmenso y cruel poder destructivo de los perpetradores al esconder, remover y fragmentar restos de sus víctimas. En el mismo caso de Chihuío, restos fragmentarios adicionales de cuatro personas ya identificadas fueron entregados. En octubre de 2016, el ministro Mario Carroza se reunió con familiares del denominado “Episodio Calama” del caso *Caravana de la Muerte* para informar sobre la identificación de nuevos restos óseos correspondientes a las víctimas Mario Argüelles Toro, Rosario Muñoz Castillo, Jerónimo Carpanchai Choque, Manuel Hidalgo Rivas, Rolando Hoyos Salazar, Domingo Mamani López, Fernando Ramírez Sánchez, Alejandro Rodríguez Rodríguez, Roberto Rojas Alcayaga, José Saavedra González, Jorge Yueng Rojas y Luis Gahona Ochoa, con pericias que otorgan probabilidades de identificación del 99,9%. Las pericias se realizaron a partir de restos óseos exhumados en 1990 en la Quebrada El Buitre de Calama y que luego fueron inhumados en el Memorial del Detenido Desaparecido del Cementerio Municipal de Calama, desde donde fueron exhumadas nuevamente en el año 2011. Asimismo, se incluyeron muestras de un nuevo hallazgo producido en 2002 en la misma Quebrada. Los análisis genéticos finales fueron realizados en Bosnia y en Austria. Diez ex militares son acusados de 19 homicidios calificados y 7 secuestros calificados en el episodio. El caso Caravana, y en particular el episodio Calama, ha experimentado repetidas dificultades en lo que se refiere a identificaciones y corroboraciones de fragmentos de restos recuperados y periciados en distintas épocas y condiciones.

En tanto, nuevas diligencias de búsqueda recuerdan las cruentas estrategias de ocultamiento y el absoluto desdén exhibido por agentes de la dictadura hacia la dignidad humana: en julio, el ministro Jaime Arancibia Pinto encabezó una búsqueda en el Cementerio Parroquial de Los Andes, debido a denuncias del entierro anónimo poco después del golpe militar de víctimas amarradas con alambres e incluso depositados en bolsas de basura. También se realizaron, durante el periodo, inspecciones preliminares en Cerro Chena y en el Cementerio Municipal de Tocopilla, y búsquedas en Río Blanco y en el Regimiento

Húsares de Angol. En cada caso, las labores son realizadas por profesionales del Servicio Médico Legal bajo la supervisión del respectivo ministro instructor. La página web del SML da cuenta del total y nómina de víctimas calificadas de desaparición forzada (o, cuando sea el caso, de ejecución política, donde haya existido alguna duda sobre la ubicación o correcta identificación de restos) identificadas con nuevas técnicas en tiempos más recientes. A principios de agosto, sumaban 153 las víctimas calificadas cuyos restos habían sido hallados e identificados (y dos más los niños recuperados con vida en Argentina, que habían sido desaparecidos juntos con sus padres, cuando infantes). Siendo que al cierre de edición aún no se incluían en la página los cuatro nombres nuevos consignados arriba, sumarían entonces 157 las víctimas de desaparición o ejecución –reconocidas por el Estado de Chile– encontradas y recuperadas en la última década.

Peritos, ministros y policías, de modo creciente, también deben realizar procedimientos de exhumación de víctimas de desaparición forzada, para fines evidenciarios tales como la corroboración de identidad o constatación de causa de muerte. Un ejemplo del periodo fue la exhumación, en agosto, de Jorge Vásquez Matamala, ex gobernador del Elqui asesinado por Carabineros. Otro, en noviembre, fue la exhumación, por orden de la ministra Marianela Cifuentes, de los restos de Pedro Julián Andurandegui, fallecido en 1980 al interior de la 3° Comisaría de Carabineros José María Caro, con el fin de practicar una nueva autopsia para determinar la real causa de su muerte. Determinaciones de causas de muerte también fueron iniciadas respecto de una menor de edad muerta en los bombardeos del día del golpe, y de dos personas supuestamente muertas como “explosionados”, en 1977: se sospecha que fueron, en realidad, ultimados por agentes de seguridad. Las otras múltiples labores que la unidad y el servicio deben realizar incluyen trabajos de evaluación psicológica y física a perpetradores o procesados, evaluaciones en casos de querellantes sobrevivientes, y peritajes en casos criminales “ordinarios”, pero técnicamente complejos. El SML ve estas últimas actuaciones como ejemplos del “valor agregado” que las capacidades técnicas y humanas desarrolladas alrededor de la investigación de causas de tiempos de dictadura pueden tener para la justicia en general, y así para el país; asunto que desde la perspectiva de la justicia transicional es parte de la reparación social y un elemento clave en las garantías de no repetición.

En relación al caso Frei Montalva, nuevos resultados de peritajes externos, organizados con la intermediación del SML y entregados en mayo de 2017, no respaldaron la hipótesis de envenenamiento por gas tóxico que sostenían algunos abogados querellantes en la causa. No obstante, a principios de agosto, el ministro Alejandro Madrid dictó una nueva resolución acusatoria contra las seis personas procesadas por

el asesinato del ex presidente demócrata cristiano, entre ellas, el médico que lo operó poco antes de su muerte. El *caso Neruda* es otro de alto perfil que involucra sospechas y denuncias de asesinato por envenenamiento, y en el cual ha habido peritajes discutidos, contradictorios o inconcluyentes. En el *caso Neruda* el Servicio Médico Legal no tiene participación por decisión del gobierno, quien configuró un panel de expertos internacionales para el caso, a solicitud del entonces Programa de DDHH. Una próxima visita de los expertos a Chile está prevista para octubre de 2017.

## 2. VERDAD

### 2.1. Secreto Valech

El 31 de agosto de 2016, el pleno de la Cámara de Diputados rechazó un proyecto de ley (Boletín 9598-17) que pretendía levantar el secreto que la Ley 19.992 establece sobre los documentos, testimonios y antecedentes aportados por las víctimas ante la Comisión de Prisión Política y Tortura, Comisión Valech. Votaron en contra de la iniciativa los diputados de derecha, a los que se sumaron los votos de algunos parlamentarios de la coalición gobernante. Se requerían 60 votos a favor, y solo se alcanzaron 57. Las aprensiones de algunos de los disidentes tuvieron que ver con asuntos de privacidad y titularidad. El hecho impulsó a la Agrupación de Familiares de Detenidos Desaparecidos, AFDD, a anunciar que recurrirá a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en contra del Estado. La presidenta de la organización, Lorena Pizarro, acusó que el actual gobierno es el que menos ha avanzado en esta materia, a pesar de contar con un programa al respecto del que se valió en su campaña política. Al día siguiente del rechazo, el diputado Hugo Gutiérrez (Partido Comunista) introdujo una versión modificada de la propuesta, que solamente procuraba establecer acceso judicial –no público– al acervo de Valech I.<sup>47</sup> La propuesta aún se encuentra pendiente al cierre de edición, a pesar de haber sido dotada de urgencia en varias oportunidades. Luego de una breve polémica en agosto de 2017, en que desde la Subsecretaría de DDHH se acusaban motivos ideológicos por dilatar su discusión en la comisión parlamentaria de DDHH, se cree que será votada a principios de septiembre de 2017.

En tanto, esfuerzos utilizando vías jurídicas para cuestionar o cambiar el estatus de secreto continuaron durante el periodo. El 3 de agosto de 2016, la Corte de Apelaciones de Santiago acogió 14 recursos

47 Acceso judicial a Valech II ya ha sido establecido, por interpretaciones posteriores debido a diferencias menores en la formulación de la ley de secreto aplicable. Ver *Informes 2015 y 2016*.

de protección presentados en contra del Instituto Nacional de Derechos Humanos, INDH, por sobrevivientes que dieron testimonio ante la Comisión Valech. En fallos unánimes, rol 48719-2016 y posteriores, se acogieron las acciones cautelares presentadas por sobrevivientes a los que las interpretaciones actuales de la ley existente (Ley 19.992) les denegaban acceso a antecedentes y a la información contenida en el acervo Valech. El INDH, si bien no tiene responsabilidad por el marco legal que rodea los antecedentes, figura como el organismo recurrido por ser el titular actual de la custodia legal del archivo. Los fallos establecen que la reserva de los antecedentes, contemplada en la Ley N° 19.992, tiene excepción explícita en relación a los titulares de los testimonios y antecedentes entregados, además, que este secreto no se extiende al informe elaborado por la Comisión en cada caso en base a dichos antecedentes. En algunas situaciones también se aceptaron solicitudes de quienes pidieron acceso en nombre de cercanos ahora difuntos. Asimismo, se hace mención al hecho de que la entonces directora del INDH, Lorena Fries, había manifestado en diversas oportunidades, críticas sobre la reserva de los datos.

Haciendo eco de estos fallos judiciales, el 19 de octubre se informó que el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) determinó ampliar la entrega de información actualmente suministrada a quienes desean recibir copias de los antecedentes sobre su propio caso recogido por las dos iteraciones de la Comisión Valech (2004/5 y 2011). Se entiende que hasta la fecha, las personas solicitantes han podido recibir solamente copias de los testimonios y demás antecedentes que ellos mismos suministraron ante la instancia. En cambio, ahora la entrega incluirá documentos o antecedentes creados por la comisión investigadora para ampliar o corroborar lo entregado, siempre que sean sobre el caso particular. Hay un resguardo que impide entregar información –a un testimoniante– que pueda llevar a la identificación de terceros, ya sean sobrevivientes y/o declarantes. Asimismo, se seguirá con la práctica de no entregar información sino al titular de la misma.

No obstante, siguen activas al menos tres líneas de acción cívica tendientes a seguir modificando el “secreto Valech”, impulsadas por quienes señalan que los testimonios podrían tener relevancia no solamente para judicializar tortura, sino también en causas que actualmente investigan desaparición o ejecución. Una primera línea de acción aparentemente busca hacer público los contenidos de los testimonios, carpetas, y/o demás antecedentes, sin mayor resguardo o reserva de identidad, algo que sin duda arriesga vulnerar la privacidad de testimoniantes. Una segunda línea, la misma que motivó los 14 recursos de protección ya mencionados, busca abrir acceso para sobrevivientes y/o sus familiares –calificados y no calificados– a información sobre sus

propios casos. Los fines incluyen conocer las razones por no haber sido calificado y saber si los antecedentes agregados por las y los investigadores de la comisión a cada carpeta arrojan nuevas luces y/o abren caminos para judicialización caso por caso. Esta línea de reivindicaciones está básicamente acogida por la nueva política del INDH ya referida. Una tercera línea, impulsada por la sobreviviente Haydee Oberreuter y apoyada por abogadas y abogados de DDHH, incluyendo miembros de la Fundación Nodo XXI, no apunta a las carpetas personales que reúnen antecedentes de cada sobreviviente: busca establecer acceso judicial y/o público a la base de datos interna que reúne la sistematización e investigación que fueron realizadas por la comisión misma, recurriendo *inter alia* a los archivos de la ex Vicaría de la Solidaridad y el ex Programa de DDHH.

Se quiere visibilizar de este modo la sistematicidad de la tortura relatada en muchos de los testimonios individuales, estimando que solo así se entiende correctamente la naturaleza generalizada y organizada de las prácticas represivas. Ello también facilitar~~ía~~ eventualmente que se judicializara la tortura de modo proactivo y sistemático, investigando a torturadores y no a torturados. Así se deja en claro que no se trata de un pleito privado y civil entre damnificado y responsable, sino de poner en la mira a quienes tomaron la decisión institucional de torturar y a las lógicas autoritarias subyacentes. Esta ruta de acción se inició con una solicitud ante el INDH invocando la Ley 20.285 de Acceso a la Información Pública. Su denegación motivó una apelación ante el Consejo para la Transparencia (CPLT), que fue rechazada el 3 de enero de 2017, en decisión de amparo Rol C3065-16. En consecuencia, las y los recurrentes interpusieron un recurso de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones de Santiago. En ese recurso alegan que tanto el INDH como el CPLT deberían utilizar los mismos mecanismos de consulta y notificación que la Ley 20.285 dispone en su artículo 20 para resguardar los intereses y privacidad de terceros afectados, y que ambos organismos habían declarado inviables en el caso particular. Los alegatos sobre el recurso se realizaron el 3 de mayo de 2017, ante la Duodécima Sala de la Corte. A la fecha de cierre de edición aún se desconocía el resultado.

## **2.2. Acceso público y judicial a otros registros oficiales relativos a la dictadura**

El 7 de marzo, la Corte de Apelaciones de Santiago ordenó al Ejército entregar información sobre 32 ex miembros de la CNI que aún prestan servicios en la institución. La corte rechazó un recurso del Ejército en contra del Consejo para la Transparencia, que también había apoyado la entrega. En fallo dividido (causa rol 11.219-2016), la Octava Sala del Tribunal de Alzada, integrada por los ministros Carlos Gajardo, Juan

Antonio Poblete y David Peralta, confirmó la sentencia producto de una solicitud realizada por el abogado Cristián Cruz. El tema viene arrastrándose desde 2015 y las FFAA han objetado, a cada paso, fallos de la justicia ordenándoles revelar cuáles oficiales hoy en servicio son ex agentes de la DINA y CNI (ver *Informe 2016*).

En tanto, el tema de la reconstrucción de agentes una vez jubilados, incluso en funciones formativas de las nuevas generaciones de personal, volvió a la palestra. Un medio escrito reportó, por ejemplo, la contratación, desde 2012, de la ex capitana de Carabineros Dina Petric Meneses, funcionaria de la CNI condecorada en 1990 por su servicio durante la dictadura, que incluía el ejercicio de funciones en el cuartel Borgoño. Es hoy profesora y relacionadora pública de la Escuela de Suboficiales de Carabineros.<sup>48</sup> El 13 de marzo del año en curso, otra sala de la misma corte confirmó la resolución del Consejo para la Transparencia que ordenó al Estado Mayor Conjunto entregar una serie de actas del Consejo de Seguridad Nacional. Son referentes a sesiones realizadas en el periodo 1989-2012, e incluyen la sesión en que las FFAA representaron su opinión al presidente Aylwin sobre el Informe Rettig. La Segunda Sala, en causa rol 4.670-2016, descartó que las actas requeridas por la periodista Catalina Gaete Salinas tengan en general carácter de reserva. El 29 de marzo el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas convocó en Ginebra una reunión especial con motivo de la visita de la Presidenta de la República de Chile, Michelle Bachelet. Por medio de un video, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Zeid Ra'ad Al Hussein pronunció palabras de apertura. Junto con referirse al destacado rol de Chile en la promoción de los derechos humanos a nivel internacional, mencionó la imperante necesidad de “saber la verdad” sobre los crímenes de la dictadura

El 4 de abril, el ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago, Mario Carroza, recibió un informe de la Brigada de Derechos Humanos de la PDI sobre fichas encontradas en 2016 en dependencias del Ministerio de Justicia, relativas a consejos de guerra realizados entre 1973 y 1976 en Antofagasta, Santiago y otras ciudades. Se pudo establecer que la mayor cantidad de consejos de guerra fue realizada en 1974 (579 casos). El 48% del total de casos se refirió a supuestas infracciones de leyes sobre control de armas y explosivos; los demás, a presuntos delitos relacionados con seguridad interior del Estado y/o infracciones al Código de Justicia Militar. Los consejos, procedimientos militares absolutamente irregulares realizados contra civiles, servían de pretexto para condenar a opositores políticos o justificar su persecución. Cerca

48 El Ciudadano: “Carabineros contrató a ex agente de la CNI para formar al personal”, 4 de agosto de 2017.

de 1.200 casos terminaron con “penas conmutadas” (extrañamiento, o exilio forzado) a diferentes países, entre ellos, EEUU, Canadá y naciones de Europa occidental. En relación al mismo tema de la documentación oficial de tiempos de dictadura, la discusión alrededor de la nueva oficina de búsqueda de detenidos-desaparecidos, así como el proyecto de ley para tipificar desaparición forzada, ponen en relieve el hecho de que, al ser compleja y continua, la denegación u ocultamiento de información pertinente, se convierte en un elemento constitutivo del delito en sí. Hasta donde se sepa ello no ha sido puesto a prueba aún como argumento para intentar acceder a información del periodo de dictadura. Sí existe, como se menciona arriba (sección 1.1.), un proyecto de ley para poner fin a las condiciones especiales de secretismo que permiten a las FFAA seguir sin entregar sus archivos al cuidado y custodia del Archivo Nacional.

### **3. JUSTICIA**

#### **3.1. Chile ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH)**

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH, dictó en 2015 una sentencia contra Chile en el Caso *Omar Humberto Maldonado Vargas y otros vs. Chile* (ver *Informe 2016*). A principios de octubre de 2016, se dió cumplimiento a algunas de las medidas de reparación exigidas por el fallo. Primero, el 3 de octubre la Corte Suprema de Justicia, CSJ, anuló sentencias que habían sido dictadas entre 1974 y 1975, por el consejo de guerra de la Fuerza Aérea por supuesta “traición a la patria”. En causa rol 27.543-15, de 2016, la sala penal dejó sin efecto las sentencias fraudulentas históricas contra 78 ex miembros de la Fuerza Aérea. El fallo citó las Comisiones Rettig y Valech, además del mencionado fallo de la Corte IDH, para establecer que los consejos de guerra convocados tras el golpe de Estado actuaron en contra de la Constitución Política de 1925, desconociendo, además, el debido proceso. La Corte IDH había llamado al Estado a instalar un mecanismo que permitiera dar respuesta no solo a los recurrentes del caso, sino a todos aquellos que fueron sometidos a tortura, prisión y exilio como consecuencia de las ilegalidades cometidas por consejos de guerra. La CSJ, si bien no actuó más allá de las sentencias que fueron materia del recurso, estipuló que el recurso de revisión, previsto en el título VII del libro III del Código de Procedimiento Penal, es un mecanismo del que otras víctimas podrían valerse. El 5 de octubre, la presidenta Michelle Bachelet y varios ministros participaron en la inauguración de una placa conmemorativa en la Academia de Guerra de la Fuerza Aérea de Chile, ante la presencia de algunos de los ex

aviadores indebidamente condenados. El 7 de octubre se realizó un acto público de desagravio, durante el cual la presidenta homenajeó a su padre, el general Alberto Bachelet, y a otros uniformados víctimas de la dictadura, quienes, recalcó, “nunca traicionaron su juramento de lealtad al orden constitucional y menos aún a sus compañeros de armas”. A nombre del Estado ofreció disculpas y reconoció que como en otros tantos casos, este avance no fue producto, como es debido, de la iniciativa oficial, sino “gracias a la lucha denodada e incansable de las propias víctimas”.<sup>49</sup>

El fallo es uno de tres que, en la última década, han condenado al Estado chileno no solamente por sus acciones durante la dictadura, sino por faltar, desde ese entonces, a los deberes en verdad, justicia y reparación que se desprenden de la Convención Americana de DDHH, suscrita y ratificada por Chile. Los otros fallos (*Almonacid*, 2006, y *García Lucero y otros*, 2013) hacen alusión a la necesidad de legislar sobre el Decreto Ley de Amnistía y de elaborar una activa persecución penal del crimen de la tortura, ambas aún sin cumplir. En relación al caso *García Lucero* se vio un modesto avance en la causa penal nacional respectiva –una de las pocas causas por tortura a sobrevivientes que hasta la fecha el Estado haya iniciado de oficio– cuando, el 6 de abril, el ministro Mario Carroza procesó al ex oficial de Ejército Carlos Minoletti Arriagada por secuestro calificado y privación de libertad (Rol 1261-2011).

En tanto, en mayo de 2017 la CIDH anunció la próxima creación de una unidad de trabajo sobre Memoria, Verdad y Justicia. También se conoció la remisión a la Corte IDH, del 17 de mayo, del caso *María Laura Órdenes Guerra y otros* (caso 12.521), que tiene su origen en una petición realizada en 2003. María Laura Órdenes Guerra, viuda de un ejecutado político, alega la falta de reparación e indemnización. A su vez, conforme a lo mencionado arriba, la Unión Nacional de ex Presos Políticos, UNexPP, anunció, en julio de 2017, la admisión de una solicitud colectiva acumulada a nombre de más de 1.700 sobrevivientes, ante la Comisión.

## **3.2. Actuaciones de tribunales nacionales**

### **3.2.1. Reasignación de ministros en visita y coordinación de causas de DDHH en el país**

En febrero de 2017, el Pleno de la Corte Suprema determinó reasignar las causas de DDHH a nivel país entre sus respectivos ministros instructores. La decisión, tomada en mérito de lo informado por el

49 Ver <https://prensa.presidencia.cl/discurso.aspx?id=41919>

ministro Sergio Muñoz, Coordinador Nacional por la CSJ de estas causas, concentra investigaciones actuales y futuras de la zona norteña en manos del ministro Vicente Hormazábal, de la Corte de Apelaciones de La Serena; de la zona central (incluyendo Santiago, Rancagua y Talca) a cargo del ministro Mario Carroza; de Concepción y Chillán, en el ministro Carlos Aldana; y de Valdivia y Puerto Montt y Temuco en el ministro Álvaro Mesa, de la Corte de Apelaciones de Temuco, con dedicación exclusiva.

Si bien algunas agrupaciones, como Londres 38, se pronunciaron en contra de los cambios, otras estimaron que se ha logrado concentrar las causas en manos de ministros con reconocido interés y habilidad, fomentando así su correcta resolución. En lo particular, el ministro Mesa, de la Corte de Temuco, se reunió en abril con familiares, en la ciudad de Valdivia y alrededores, para explicar que estará viajando periódicamente a la zona con el fin de realizar diligencias, evitando así generar costos e inconvenientes de desplazamiento a querellantes y testigos. El ministro es asistido en sus labores por 8 actuarios y 10 detectives de la Brigada de Derechos Humanos de la PDI.

### **3.2.2. Tendencias generales en fallos por causas de DDHH en la Corte Suprema**

Entre julio de 2016 y junio de 2017, la CSJ emitió 55 fallos definitivos relacionados con violaciones a los DDHH durante la dictadura cívico-militar (ver cuadro 1, a continuación). Con ello se mantiene más o menos estable la cifra total de causas resueltas, si la comparamos con el *Informe* 2016, durante cuyo periodo estadístico finalizaron 58 procesos. No obstante, en el presente periodo la proporción de causas penales dentro del total fue mayor (49 de 55, contrastadas con 42 de 58 en el periodo anterior). La llegada de varios casos con múltiples procesados también produjo un aumento de más del 50%, tanto en el número de ex agentes involucrados en los procesos (155) como en el número de individuos que recibieron al menos una condena (127). Este año fueron cuatro los ex agentes –condenados en la actualidad o anteriormente– que fallecieron durante el periodo, tres de ellos en calidad de presos.

Se hizo notar en el presente periodo una tendencia a la ampliación de las figuras penales por los cuales se procesan y se condenan autores de crímenes, sean contra víctimas ausentes o sobrevivientes. Las figuras penales de más frecuente aplicación fueron secuestro calificado (desaparición forzada), homicidio calificado (ejecución política), secuestro y homicidio, homicidio simple (ejecución política), apremios ilegítimos (tortura) contra víctimas sobrevivientes, y asociación ilícita, con distintas combinaciones de ellas invocadas dentro de una misma causa y respecto de las mismas víctimas o agentes. También se detectó una mayor

tendencia a aplicar penas afflictivas por tortura, reflejando de mejor manera la gravedad de este delito. En marzo y abril, dos casos masivos, protagonizados por numerosos sobrevivientes, fueron resueltos en última instancia. El total de individuos representados en dichos casos como sobrevivientes supera los 100. Aquello representa una tendencia reciente para que casos de sobrevivientes vayan en aumento en proporción a todas las causas DD.HH en estudio; así como para que dichos casos tengan, cada uno, numerosos protagonistas y querellantes. Uno de los fallos confirmó penas condenatorias e indemnizaciones por los graves crímenes cometidos en contra de 37 sobrevivientes ilegalmente privados de libertad, retenidos y torturados en el recinto clandestino Villa Grimaldi, regido por la DINA (causa rol 82.246-2016, 28 de abril de 2017). Las penas, de entre 7 y 10 años, figuran entre las más altas que hasta la fecha se conocen por este delito, habiendo sido aumentada esta cuantía por la Corte de Apelaciones en agosto de 2016 (rol 1100-2015, 5 de agosto de 2016). El otro fallo, del 17 de abril, representa una demanda civil en que se ratificó la responsabilidad que al Estado le cabe, independientemente de los programas de reparación administrativa que puede haber instaurado, por los daños morales y otros perjuicios infringidos contra 71 sobrevivientes calificados por la Comisión Valech (rol 68.876-2016). En ambos casos la Sala Penal de la CSJ ratificó (por voto mayoritario) su avanzada y acertada interpretación de que, mientras no corresponda prescripción en la dimensión penal de un crimen de lesa humanidad o de guerra, no puede corresponder su correlato en el ámbito civil.

A nivel de la CSJ, el atenuante de prescripción gradual ha caído casi en desuso, luego de haber figurado durante un buen tiempo como la principal causal de penas tan bajas como para no ser de cárcel (ver *Informes* anteriores). No obstante, la prescripción gradual sigue siendo apoyada por algunos ministros en voto de minoría. En tanto, el atenuante de irreprochable conducta anterior ha empezado a ser utilizado con una frecuencia notablemente mayor que en otros años. Cabe recordar que, por más absurdo o aberrante que parezca, ello puede ser invocado incluso por el más notorio agente de múltiples crímenes, porque es medido según los antecedentes penales que una persona tiene, no al momento de ser juzgado, sino en el momento de cometer el delito. Ello, en relación a los agentes, remite a un momento en que gozaban de la más completa impunidad, construida y amparada por ellos mismos y por la legalidad espuria dispuesta por la misma dictadura.

La preocupación por resolver de la manera más acuciosa posible asuntos de prueba ha conllevado a un gran número de reconstituciones de escena, ordenadas *inter alia* por la ministra Cifuentes de la Corte de San Miguel. En tanto, una práctica por parte de tribunales superiores

de requerir mayores elementos de prueba para sentencias a firme, que los que son considerados suficientes para procesamientos u otras etapas previas, ha producido absoluciones numerosas en algunas causas por la Operación Colombo en que el ministro Crisosto había impuesto sanciones ejemplares contra decenas de agentes.<sup>50</sup> No obstante, la confirmación de una buena proporción de dichas sentencias con cuantías que les hacen afflictivas, combinado con la culminación de diversas causas de regiones contra Carabineros (en vez de notorios agentes ya encarcelados), ha producido un aumento en la población carcelaria, así como una mayor distribución de ella entre Punta Peuco y otros recintos. En el periodo se produjo la primera condena efectiva contra una agente mujer, en el caso por cinco integrantes del FPMR detenidos-desaparecidos en 1987 como represalia por el secuestro del militar Carlos Carreño. El fallo, rol 8.642-2015, del 21 de mayo, provocó la mayor condena jamás vista en Corte Suprema en causas de DDHH, con 33 ex agentes de la CNI condenados por secuestros calificados, 32 de ellos a pena afflictiva. El hecho motivó un reconocimiento de parte de la Comisión Interamericana de DDHH a la labor de los tribunales chilenos. No obstante, la dictación de esa sentencia firme sufrió una demora de casi un año, desde mayo de 2016, por una acción interpuesta por uno de los condenados ante el Tribunal Constitucional (ver arriba). En tanto, para la fecha de su dictación, tres de los condenados estaban fugados.<sup>51</sup> El caso también inauguró nuevas políticas de encarcelación: la mujer, Ema Ceballos Núñez, fue enviada a una cárcel común, relativizando la insistencia, hasta ahora, de que ex agentes debían siempre ser reclusos, por su propia seguridad, en cárceles especiales. Otra veintena de condenados en el caso de los integrantes del FPMR ingresaron a la cárcel Colina I, por considerarse copado el recinto penal Punta Peuco. Es probable que la población de ex agentes mujeres condenadas a penas afflictivas aumente en 2018, dada la configuración de causas *ad portas*

50 A modo de ejemplo, el 10 de mayo la Corte de Apelaciones de Santiago absolvió a 59 agentes condenados en primera instancia por el ministro Crisosto por la desaparición de Sergio Flores Ponce, dejando solamente 11 de las condenas originales en pie (causa rol 2.351-2015). Por otra parte, el 2 de junio de 2017 el ministro dictó una nueva condena masiva en primera instancia, esta vez contra 106 agentes. Abogados litigantes señalaron su percepción de que la Corte está buscando la presencia de cuatro elementos (estar relacionado con la época de los hechos, el destino o función del agente acusado en dicha época, el conocimiento que tuvo de los hechos, y una relación comprobada con las víctimas específicamente nombradas en la causa) antes de ratificar condenas. Este último elemento es el más cuestionable tratándose de crímenes de comisión sistemática e institucional, en que el vínculo con determinada víctima no es necesariamente un aspecto relevante para atribuir criminalidad. El caso de Jorge Grez Aburto, víctima de Operación Colombo está ante la Corte Suprema, y su resolución sentará un precedente sobre cómo el Tribunal Supremo ve la misma materia.

51 Se trata de Sanhueza Ross, Rodríguez Manquel, y Orellana Morales. A la fecha de cierre de edición, solamente Orellana Morales había sido hallado y arrestado.

de terminarse, si bien una periodista experta opinó que los jueces han tenido una “mirada favorecedora” sobre las mujeres torturadoras de la DINA, permitiéndoles retratarse como víctimas o como actores menores en la represión.<sup>52</sup>

**Cuadro 1. Número de sentencias emitidas por la Sala Penal de la Corte Suprema entre julio de 2010 y junio de 2017, en causas por violaciones a derechos humanos en tiempos de dictadura, en siete periodos estadísticos.**

	Número de procesos ddhh 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****

\* Una de ellos solamente respecto a responsabilidades civiles.

\*\* Cuatro de ellos solamente respecto a responsabilidades civiles.

\*\*\* 16 de ellos solamente respecto a responsabilidades civiles.

\*\*\*\* 6 de ellos solamente respecto a responsabilidades civiles.

Fuente: Elaboración propia, con datos proporcionados por fallos judiciales.

**Cuadro 2. Detalle de las 55 sentencias de la Corte Suprema emitidas entre julio de 2016 y junio de 2017 (inclusive) en causas por violaciones a derechos humanos en tiempos de dictadura.**

Causa	Fecha fallo	Rol
Indemnización civil caso Andrés Avelino Pinto Nanjarí, sobreviviente.	1.07.2016	Rol 796-2016
Homicidio calificado de Rubén Zavala Barra.	12.07.2016	Rol 33139-2015
Homicidio calificado de Charles Horman Lazar y Frank Teruggi Bombatch.	21.07.2016	Rol 20166-2015
Secuestro calificado de Manuel Villalobos Díaz.	22.07.2016	Rol 6886-2016
Indemnización civil caso ex presos políticos en la Escuela de Artillería de Linares: Belarmino Sepúlveda Bueno, Pedro Sancho Barros, José Cifuentes Arcoverde y Luis Zurita Figueroa, sobrevivientes.	25.07.2016	Rol 20580-2015
Secuestro calificado de Juan Quiñones Ibaceta.	3.08.2016	Rol 23572-2015
Homicidio calificado de Orlando Ponce Quezada.	3.08.2016	Rol 34165-2016
Homicidio de Gumercindo Gutiérrez Contreras.	3.08.2016	Rol 16542-2016

52 *The Clinic*: “Entrevista a Nancy Guzmán, autora del libro *Ingrid Olderoock: La mujer de los perros*”, 24 de mayo de 2017.

Caso Familia Gallardo: homicidios calificados de Alberto Gallardo Pacheco, Catalina Gallardo Moreno, Mónica Pacheco Sánchez, Luis Ganga Torres, Manuel Reyes Garrido y Pedro Cortés Jélvez.	9.08.2016	Rol 24290-2016
Secuestro calificado de Carlos Cubillos Gálvez.	18.08.2016	Rol 13762-2016
Caso Villa Grimaldi: homicidios calificados de Iván Olivares Coronel, Pedro Labra Saure y Jaime Ossa Galdames, y el secuestro calificado de Gustavo Ramírez Calderón.	1.09.2016	Rol 20506-2016
Homicidio calificado de Ricardo Delfín Ruz Zañartu.	6.09.2016	Rol 24288-2016
Caso Población El Tejar, Chillán: secuestros calificados de Óscar Fetis Sabelle, Sergio Fetis Valenzuela, Luis Wall Cortés y Tomás Ramírez Orellana.	7.09.2016	Rol 24045-2015
Homicidio calificado de Isaías Higuera Zúñiga.	9.09.2016	Rol 27627-2016
Secuestro calificado de Amelia Bruhn Fernández.	14.09.2016	Rol 15922-2016
Secuestro calificado de Mónica Llanca Iturra.	15.09.2016	Rol 7372-2016
Aplicación de tormentos al general Alberto Bachelet.	28.09.2016	Rol 28650-2016
Secuestro calificado y homicidio calificado del ex diputado comunista Vicente Atencio Cortez.	7.10.2016	Rol 26637-2016
Secuestro calificado de José Manuel Ramírez Rosales.	11.10.2016	Rol 34057-2016
Homicidio calificado de Alejandro Villalobos Díaz.	13.10.2016	Rol 23573-2015
Caso pobladores Portezuelo de Quilicura: homicidio calificado de Ramón Bernardo Beltrán Sandoval, Abraham José Romero Jeldres, Rodolfo Ismael Rojas González, Juan Luis Inostroza Mallea y Carlos Alejandro Ibarra Espinoza.	17.10.2016	Rol 22206-2016
Caso funcionarios de la Universidad Técnica del Estado: Homicidio calificado del profesor Hugo Araya González y Marta Vallejo Buschmann.	17.10.2016	Rol 33997-2016
Delito de lesiones graves con resultado de muerte de Sebastián Rivas González.	18.10.2016	Rol 43472-2016
Secuestro calificado de Marcelo Concha Bascuñán.	25.10.2016	Rol 44074-2016
Homicidio calificado de Nicanor Moyano Valdés.	26.10.2016	Rol 28581-2016
Homicidio de Luis Barrios Varas.	8.11.2016	Rol 35550-2015
Secuestro calificado de José Calderón Ovalle.	9.11.2016	Rol 58917-2016
Secuestro calificado de Jorge Ortiz Moraga.	9.11.2016	Rol 28641-2016
Secuestro calificado de Francisco Javier Rosas Contador y Renato Sepúlveda Guajardo.	25.11.2016	Rol 6425-2016
Homicidio calificado de Guillermo Vallejo Ferdinand.	5.12.2016	Rol 34447-2016
Homicidio calificado de Manuel Flores Durán y Germán Osorio Pérez.	5.12.2016	Rol 17963-2016
Sustracción del menor Claudio Venegas Lazzaro.	13.12.2016	Rol 46483-2016
Caso dirigentes sindicales: secuestro calificado de Jorge Corvalán Valencia, Jorge Salgado Salinas y Pedro Silva Bustos.	15.12.2016	Rol 62032-2016
Caso Colonia Dignidad, delito de asociación ilícita.	30.12.2016	Rol 14312-2016

Secuestro calificado de Héctor Vásquez Sepúlveda.	3.01.2017	Rol 76273-2016
Caso dirigentes sindicales Chilean Autos: homicidio calificado de Luis Herrera González y Mario Parra Guzmán.	3.01.2017	Rol 41122-2016
Caso ex presas políticas casa José Domingo Cañas N° 1367: apremios ilegítimos en contra de Gloria Laso Lezaeta, Virginia Uribe Tamblay, Mónica Uribe Tamblay, María Virginia Hernández Croquevielle, Amanda de Negri Quintana y María Reyes Noriega, sobrevivientes.	23.01.2017	Rol 62211-2016
Caso apremios ilegítimos en contra de matrimonio Rosalía Martínez Cereceda y Julio Laks Feller, sobrevivientes.	23.01.2017	Rol 43425-2016
Caso homicidio calificado de Segundo Moreira Bustos y apremios ilegítimos en contra de Juana de Dios Rojas Viveros, sobreviviente.	1.02.2017	Rol 84779-2016
Caso cinco detenidos desaparecidos en 1987: Secuestro calificado de Julián Peña Maltés, Alejandro Pinochet Arenas, Manuel Sepúlveda Sánchez, Gonzalo Fuenzalida Navarrete y Julio Muñoz Otárola.	23.03.2017	Rol 8642-2015
Caso Caravana Episodio Copiapó. Secuestro calificado de Benito Tapia Tapia, Maguindo Castillo Andrade y Ricardo García Posada, y el homicidio calificado de 13 ex presos políticos: Alfonso Ambrosio Gamboa Farías, Atilio Ernesto Ugarte Gutiérrez, Fernando del Carmen Carvajal González, Agapito del Carmen Carvajal González, Winston Dwight Cabello Bravo, Manuel Roberto Cortázar Hernández, Raúl del Carmen Guardia Olivares, Raúl Leopoldo de Jesús Larravide López, Edwin Ricardo Mancilla Hess, Adolfo Mario Palleras Norambuena, Héctor Leonelo Vincenti Cartagena, Pedro Emilio Pérez Flores y Jaime Iván Sierra Castillo.	11.04.2017	Rol 62036-2016
Caso indemnización civil a 71 víctimas sobrevivientes de prisión política y tortura.	17.04.2017	Rol 68876-2016
Caso población Santa Mónica de Conchalí: homicidio calificado de Héctor Juan Malvino Campos y José Alejandro Tapia Muñoz.	27.04.2017	Rol 95069-2016

Caso 37 ex presos políticos sobrevivientes Villa Grimaldi, apremios ilegítimos a: Omar Barraza Díaz, Nuvia Betsie de Lourdes Becker Eguiluz, María Cecilia Bottai Monreal, Lucrecia Brito Vásquez, Edwin Patricio Bustos Streeter, Renán Gregorio Castillo Urtubia, María Cristina Chacaltana Pizarro, Rafael Francisco Donoso Garay, Salvador Alejandro Donoso Garay, Raúl Flores Castillo, Ricardo Frodden Armstrong, Gerardo Cornelio García Huidobro Severín, Hilda Amalia Garcés Durán, Martín Humberto Hernández Vásquez, Selva Hidalgo Fuentes, Pedro Alejandro Matta Lemoine, José Danor Moya Paiva, Amelia Negrón Larre, Juan Patricio Negrón Larre, María Isabel Ortega Fuentes, Lelia Pérez Valdés, Juan Alejandro Rojas Martínez, Osvaldo Torres Gutiérrez, Rosa Lizama Leiva, Gladys Díaz Armijo, Jesús Clara Tamblay Flores, Marcia Scantlebury Elizalde, María Isabel Matamala Vivaldi, Alicia Alvarado Vistoso, Sergio Carlos Requena Rueda, Roberto Gajardo Gutiérrez, María Dabancens Gándara, Delia Veraguas Segura, Mariluz Pérez Allende, Ofelia Nistal Nistal, Lautaro Videla Moya y María Alicia Salinas Farfán.	28.04.2017	Rol 82246-2016
Caso indemnización civil Lucio Bagus Valenzuela, detenido desaparecido.	3.05.2017	Rol 92826-2016
Caso ex presos políticos del Comando Conjunto: delito de asociación ilícita, el secuestro calificado de Víctor Vega Riquelme, y los secuestros de Isabel Stange Espínola, Jaime Estay Reyno, Amanda Velasco Pedersen y María Eugenia Calvo Vega.	11.05.2017	Rol 89690-2016
Caso homicidio calificado de Rafael Poblete Carrasco.	11.05.2017	Rol 49929-2016
Caso indemnización civil Gregorio Brevis Martínez, ex preso político.	18.05.2017	Rol 100751-2016
Caso homicidio de Francesca D'Alessandri Matte.	19.05.2017	Rol 65368-2016
Caso homicidio calificado de Augusto Carmona Acevedo.	19.05.2017	Rol 55213-2016
Caso homicidio simple de Enriqueta Reyes Valerio.	29.05.2017	Rol 5000-2016
Homicidio de Mario Pilgrim Roa.	1.06.2017	Rol 68814-2016
Delito de aplicación de tormentos con resultado de muerte de Claudio Pino Cortés.	8.06.2017	Rol 87830-2016
Indemnización civil Sergio Tormen Méndez, detenido desaparecido.	21.06.2017	Rol 10439-2017
Homicidio de Hugo Barrientos Añazo.	27.06.2017	Rol 94858-2016

*Fuente: Elaboración propia, con datos proporcionados por fallos judiciales.*

### **3.2.3. Tendencias generales en justicia penal**

El Poder Judicial informó que al 4 de septiembre de 2017,<sup>53</sup> existía un total de 1.328 causas penales por crímenes contra los DDHH en

53 Las cifras, informadas el 4 de septiembre de 2017, representan una acumulación de informes recibidos desde los respectivos ministros en fechas diferidas, pero cercanas a la fecha señalada. Se trata, además, de una situación que está en permanente evolución, debida a avances en la tramitación de causas. Se agradece a la oficina del ministro Muñoz, y en particular a Gloria Jacomé y Sandra Stuardo, por su ayuda.

tramitación (1.005 de ellas en estado de sumario, 132 en plenario, 191 falladas al menos en primera instancia, pero sin ejecutoriarse, habiendo aún posibles apelaciones o casaciones pendientes), a cargo de 15 ministros en visita, siete de ellos para Santiago.

Los casos vistos o resueltos en el periodo hablan de manera elocuente de la diversidad de víctimas que el régimen eligió para reprimir y matar. Se suman cuatro niños de apenas 15 años de edad; un conscripto atacado por un superior; un carabinero asesinado por negarse a participar en crímenes de represión; y autoridades locales, tales como los intendentes de Concepción y del Maule, el gobernador del Elqui, y un ex alcalde de Diego de Almagro. Especialmente sensibles resultan el asesinato, el día de Navidad de 1973, de un hombre sordo, asesinado por carabineros por supuestamente desobedecer una orden verbal; un estudiante torturado, junto con 173 compañeros, por haber entonado la canción “La Muralla” al ser detenidos por realizar trabajos voluntarios “sin permiso”; y un manifestante asesinado en Valdivia mientras celebraba el triunfo del No en el plebiscito de 1988.

También se aprecia diversificación en los tipos penales utilizados en casos con un desenlace fatal. El 26 de septiembre, la Corte de Apelaciones de Temuco confirmó la condena de cuatro ex carabineros por aplicación de tormentos con resultado de muerte de Segundo Enrique Candia Reyes, en Temuco, en 1984. Sin embargo, las cuatro condenas (rol 90-2016) fueron no alictivas. En tanto, en causa rol 2.274-2015, la Corte de Apelaciones de Santiago ratificó una resolución dictada, en 2015, condenando a Ramón Cáceres Jorquera y Sergio Contreras Mejías a 3 años, con remisión condicional, por infligir reiteradas torturas y crueldades al ex ministro del Interior y Defensa José Tohá González dentro del Hospital Militar, donde luego fue hallado sin vida.

Sumada a estas incorporaciones del delito de tortura en causas por ejecución o desaparición, se mantiene la tendencia, comentada en el *Informe 2016*, a una mayor investigación de torturas y otros crímenes cometidos contra sobrevivientes.<sup>54</sup> En relación a la tortura, mientras no se activa la idea de abrir investigaciones por denuncia mencionada arriba (sección Subsecretaría DDHH), las causas por tortura siguen siendo en su abrumadora mayoría iniciativas personales de sobrevivientes o, en algunos casos, decisiones de oficio por ministros en visita. En ambos casos, el problema de un universo multitudinario de causas cuyo principio de iniciación sería una determinada víctima sobreviviente,

54 A modo de ejemplo, en marzo de 2017, 10 ex militares y carabineros fueron condenados en primera instancia por el secuestro de Nicza Báez Mondaca, sobreviviente y esposa de un detenido-desaparecido (rol 2182.98); mientras que otro ex militar fue condenado a 9 años sin beneficios por “secuestro con grave daño”, en 1973, de dos niños, hermanos y menores de edad, sobrevivientes (rol 51287-2014).

persiste. El fallo García Lucero de la Corte IDH (2013) hace alusión más bien al deber de elaborar una activa persecución penal del crimen de tortura, haciendo mención a los antecedentes en posesión de la Oficina de Exonerados Políticos, donde más de 100.000 personas han proporcionado relatos que incluyen denuncias de tortura. No obstante, una estrategia coordinada permitiría iniciar causas por región, centro de detención, rama de las FF.AA y de Orden a la que pertenece el victimario, u otro principio de ejecución, produciendo la posibilidad de investigaciones sistemáticas que puedan, además, reducir al mínimo la necesidad de requerir repetidos testimonios individuales de sobrevivientes. En términos simples, se busca investigar a torturadores, y no a torturados, siendo que la decisión institucional de practicar tortura como una estrategia sistemática de terror de Estado es lo que convierte la práctica en un crimen de lesa humanidad.

En relación, primero, a causas penales por tortura (“apremios ilegítimos”), en las tres sentencias en primera o segunda instancia del periodo se notó una amplia variación de cuantías en la pena aplicada. Un caso terminó sin ninguna pena afflictiva mientras que en el mencionado caso de 37 sobrevivientes de Villa Grimaldi, la Corte de Apelaciones de Santiago elevó las penas hasta el nivel más alto que se haya conocido.<sup>55</sup> Un término medio se vio en un caso relacionado con Londres 38, en que se condenó a pena afflictiva de baja cuantía.<sup>56</sup> En los tres veredictos de la Corte Suprema del periodo solamente relacionados con indemnización civil por tortura, en julio de 2016 la CSJ ratificó la arista civil de un caso de Linares, ordenando como parte reparatoria del fallo, la publicación del veredicto en la arista penal ya resuelta.<sup>57</sup> El 17 de abril se produjo el fallo de la CSJ que otorgó un total de 2.120.000.000 pesos (USD 3.533.333) a 71 sobrevivientes de prisión política y tortura, calificados por la comisión Valech (rol 68.876-2016). Otra indemnización fue otorgada en mayo, por la CSJ, a Gregorio Brevis.<sup>58</sup>

Se empezaron a apreciar también veredictos que resuelven por otros graves delitos, tales como homicidio frustrado o secuestro, perpetrados en contra de sobrevivientes. A 30 años del ataque, por una patrulla militar, que dio muerte al joven fotógrafo Rodrigo Rojas, y dejó gravemente herida a la estudiante Carmen Gloria Quintana, se cerró el sumario en la causa. La resolución, causa rol 143-2013, del 14 de octubre, procesa

55 Respectivamente, caso Tenencia Galvarino, 27 de agosto de 2016, condena en primera instancia de siete ex carabineros y soldados por torturas a 10 ex presos políticos sobrevivientes; y caso Villa Grimaldi, 5 de agosto 2016, causa rol 1100-2015, penas efectivas de entre 7 y 10 años.

56 Caso Raimundo Belarmino Elgueta Pino, 17 de marzo, fallo de primera instancia, causa rol 2182-98, los agentes Basclay Zapata Reyes y Miguel Krassnoff Martchenko fueron condenados a penas de 3 años y un día.

57 25 de julio de 2016, CSJ causa rol 20580-2015.

58 18 de mayo de 2017, rol 100.751-201.

a 12 militares en retiro por homicidio calificado y homicidio calificado frustrado. El 24 de abril de 2017, se agregó el procesamiento y prisión preventiva del coronel en retiro del Ejército René Muñoz Bruce, como encubridor. Los jóvenes fueron rociados con bencina, quemados y luego abandonados en la calle (causa rol 143-2013, denominado *caso quemados*).

En tres casos por secuestro de sobrevivientes resueltos en el periodo, uno en cada nivel de tribunal, se apreció, primero, una condena relativamente alta en instancia superior, de nueve años de pena efectiva contra el ex capitán Aníbal Ramón Schaffhauser Camposano por el secuestro de dos hermanos, ambos a la fecha menores de edad (29 de marzo de 2017, caso *Hermanos Núñez Rodríguez*, La Calera, rol 51287-2014). El 11 de abril, la Corte de Apelaciones de Santiago condenó a un ex agente de la DINA y dos ex colonos de la Colonia Dignidad por 50 delitos de secuestro calificado a víctimas sobrevivientes, de las ciudades de Talca y Parral, en 1974 y 1975. Un mes más tarde, la CSJ condenó a 14 ex agentes del Comando Conjunto por asociación ilícita y los secuestros de cinco expresos políticos (11 de mayo, rol 89.690-2016, seis penas efectivas).

Otro caso novedoso por su contenido es una investigación llevada a cabo por la ministra Marianela Cifuentes, por homicidio y lesiones durante una jornada de protesta en 1985. El 15 de junio la ministra encabezó una reconstitución de escena en la Avenida Santa Rosa de Santiago, investigando el homicidio de Aída Vilches Urrea y lesiones de distinta consideración de Álvaro Loyola Reyes, Soledad Ibarra Huerta, Carlos Ibarra Huerta, Ana Salas Aranda y Mirsa Veas Gómez, el 9 de agosto de 1985, en el marco de una jornada de protesta nacional.

### **3.2.4. Recursos buscando libertad condicional y requerimientos ante el Tribunal Constitucional: ¿nuevos resquicios a favor de la impunidad?**

Al menos 31 agentes, responsables de decenas o de centenares de homicidios, desapariciones, y actos de tortura, acudieron a los tribunales superiores o al Tribunal Constitucional durante el periodo del presente *Informe*, buscando revertir procesamientos en su contra, conseguir libertad condicional, o acusar de inconstitucionalidad.<sup>59</sup> La estrategia forma parte de la campaña comentada arriba (ver sección 1.2., penas proporcionales). Analizamos a continuación, primero, los principales recursos vistos por Cortes de Apelaciones o la Corte Suprema; y luego, los requerimientos vistos o pendientes ante el Tribunal Constitucional en el periodo. En ambos casos se trata de estrategias cuyos orígenes y fundamentos fueron examinados en el *Informe 2016*.

Entre julio de 2016 y junio de 2017, la Corte de Apelaciones de Santiago

59 La información consignada aquí ha sido compilada de fuentes abiertas, y podría no ser exhaustiva.

resolvió recursos de protección o de amparo interpuestos por un total de al menos diez ex agentes, ocho de ellos reclamando libertad condicional.<sup>60</sup> Tres fueron aceptados, ocasionando o ratificando la excarcelación de tres de los cinco secuestradores de Rudy Cárcamo, detenido-desaparecido desde 1974.<sup>61</sup> Se dieron por absolutamente cumplidas las sentencias de los tres criminales, en al menos dos de los casos por computar nuevas fechas de cumplimiento según rebajas de penas ya concedidas. En al menos un caso, el de Donoso Barrera, la corte condicionó de manera explícita la orden de liberación a la ausencia de condenas aún sin cumplir, por otros crímenes de lesa humanidad. El preso había presentado un recurso de amparo contra el Ministerio de Justicia, por habersele negado la firma de un decreto concediéndole libertad condicional. El fallo razonaba que el ministerio se había extralimitado, al fundamentar su negativa en una nueva consideración de antecedentes ya estudiados por la comisión que concedió el beneficio. En el caso de los siete recursos rechazados, la Corte citó diversas razones: ausencia de arbitrariedad en la decisión cuestionada, falta de idoneidad de la vía utilizada y falta de cumplimiento por parte del recurrente de los requerimientos para acceder al beneficio.

En el mismo periodo, la Corte Suprema resolvió nueve recursos de protección o amparo referentes a libertad condicional, y dos por otros temas, interpuestos por 11 ex agentes condenados.<sup>62</sup> Si bien en la primera parte del periodo (julio y agosto) la CSJ rechazaba aduciendo que los recursos no eran la vía idónea, a partir de septiembre empezó a resolver sobre lo sustantivo de los recursos, considerando la existencia o no de otras condenas pendientes o previsibles contra quienes solicitaban liberación anticipada. En relación a libertad condicional, se presentaron dos recursos interpuestos por el Programa de DDHH y

60 El noveno, resuelto en contra del recurrente el 13 de julio de 2016, recurrió en contra de un auto de procesamiento (Jaime Ojeda Torrent, procesado en Caravana de la Muerte, episodio La Serena, recurso de amparo rol. 637-2016). El décimo, resuelto contra Maximiliano Ferrer Lima el 26 de diciembre de 2016, buscaba conseguir el beneficio de salida dominical (rol. 111.963-2016).

61 Fallos del 3 de enero de 2017, a favor de Víctor Donoso Barrera (rol desconocido); del 2 de marzo de 2017, rol. 142-2017, a favor de Hugo González D'Arcangeli –quien ya gozaba de libertad condicional– y del 17 de marzo de 2017, rol. 642-2017, a favor de José Cáceres González. Un cuarto agente condenado en el mismo caso fue liberado por la Corte Suprema en septiembre, como se detalla a continuación.

62 Uno de ellos, Ferrer Lima, también interpuso recurso ante la Corte de Apelaciones de Santiago. Los dos recurrentes a la Suprema por temas distintos a la libertad condicional incluían al notorio agente Álvaro Corbalán, preso por la matanza de Corpus Christi, 5 homicidios y un secuestro adicionales, y múltiples crímenes del Comando Conjunto. Consiguió ser trasladado de vuelta a Punta Peuco, en enero 2017, luego de una estadía en la Cárcel de Alta Seguridad. El hecho de que el traslado a la Cárcel de Alta Seguridad fuera concebido como “castigo” pone de manifiesto la falta de veracidad del planteamiento de que Punta Peuco no cuenta con condiciones o un régimen privilegiado. No obstante, al lograr lo buscado, Corbalán se quejaba de que su nueva celda en Punta Peuco carecía de “comodidades”.

otros en contra de concesiones ya realizadas. En uno de ellos, se logró revertir “por ahora” la concesión, que había sido otorgada por la Corte de Apelaciones el 12 de diciembre.<sup>63</sup> En el otro, se ratificó la libertad condicional previamente aceptada por la Corte de Apelaciones a favor de Claudio Salazar Fuentes.<sup>64</sup> Las otras cuatro aceptaciones del beneficio produjeron, *inter alia*, la liberación anticipada de uno de los asesinos de los hermanos Vergara Toledo, del antes mencionado secuestrador de Rudy Cárcamo, del responsable de un triple homicidio en Magallanes (el caso *Porvenir*), y de Guillermo González Betancourt, quien supuestamente cumplía presidio perpetuo por otro triple homicidio, el tristemente célebre caso *Degollados*.<sup>65</sup>

La libertad condicional fue concedida por estas vías a 8 de los 17 ex agentes que la solicitaron. Tres de los favorecidos fueron los mismos a cuyo favor la Corte Suprema había resuelto, en abril de 2017, la preparación y consideración de nuevos informes (ver *Informe 2016*). Los rechazados incluían a Pedro Espinoza Bravo y Miguel Estay Reyno, además de Raúl Iturriaga Neumann, en relación a quien la Corte Suprema adujo la existencia de varios procesamientos pendientes en su contra, en el marco de los cuales ha sido consignado como un “peligro para la sociedad”.<sup>66</sup> Cabe recordar, además, que al ser sentenciado, en 2007, el ex agente de la DINA se fugó, siendo capturado armado, viviendo escondido en una lujosa residencia en la costa de Viña del Mar.

Se rechazó también un recurso interpuesto por el homicida, secuestrador y torturador Miguel Krassnoff Martchenko, por ausencia de arbitrariedad en la denegación de libertad condicional, y por considerar que el recurso de protección no era la vía idónea.<sup>67</sup> Al poco tiempo después (el 13 de septiembre de 2016) la comisión de libertad condicional del penal Punta Peuco sumó otro rechazo contra Krassnoff, esta vez por no cumplir el requisito de comportamiento intachable. Es llamativa la ausencia aparente de consideración de cómo es posible acreditar el cumplimiento de la proporción correspondiente de su sentencia, siendo que ya suman más de 250 años las penas impuestas en su contra. Al menos un ex agente más, Sergio Aablaza Rojas, consiguió libertad condicional por la vía

63 Rol. 99.757-2016, 23 de diciembre de 2016, invocando la comisión de crímenes de lesa humanidad como motivo por el cual se debía revertir, por el momento, libertad condicional a favor de Armando Cabrera Aguilar, asesino del carpintero Juan Alegría.

64 30 de diciembre de 2016, rol. 100.604.2016.

65 Tratándose, respectivamente, de: Alex Ambler Hinojosa, rol. 59.006-2016, 8 de septiembre de 2016; Conrad Sesnic Guericabita, rol desconocido, 12 de septiembre de 2016; José Aguirre Aguirre, rol. 856-2016, 14 de octubre de 2016, y Guillermo González Betancourt, rol. 88.995-2016, 23 de noviembre de 2016. (González Betancourt había recibido con anterioridad, el 20 de julio de 2016, el rechazo de un recurso de protección interpuesto con fines similares, porque la Corte consideraba que no se había utilizado la vía idónea para el propósito: rol. 2045-2016).

66 Corte Suprema, rol. 76.487-2016, 19 de octubre de 2016.

67 Corte Suprema, rol. 28.388-2016, 25 de agosto de 2016.

regular, siendo aprobada su solicitud por la comisión respectiva, el 17 de mayo de 2017, luego de haber cumplido apenas dos años de una sentencia de cinco por la desaparición de Pedro Merino Molina. Según *El Mercurio*, Apablaza habría sido el único solicitante aprobado, de los 15 condenados de Punta Peuco que postularon a la sesión relevante.<sup>68</sup>

Desde 2015, perpetradores condenados han empezado a interponer requerimientos ante el Tribunal Constitucional (TC), buscando descarrillar las causas en su contra o bien ralentizar la ejecución de sentencias firmes. Los motivos incluyen la percepción de una configuración del tribunal relativamente favorable a su causa, siendo que se tiende a asociar a seis de los ministros actuales de dicho tribunal con posiciones más conservadoras o de derecha, y cuatro más alineados con corrientes oficialistas. En 2018, dos ministros terminarán su periodo. Pertenecen al segmento del TC que es nominado por el Presidente de la República, por cuanto esta alineación percibida podría enfatizarse aún más, o bien podría “igualarse”, según los resultados de la elección presidencial de fines de 2017.

En relación a la actuación del TC en causas relacionadas con persecución penal de crímenes de tiempos de dictadura, algo más de la mitad de los intentos registrados en el periodo del *Informe* fueron declarados inadmisibles (seis de un total de 11, con cuatro aún pendientes de resolución y uno, Rol 2991-16-INA, resuelto con rechazo). En relación a este último, tanto el cronograma asociado con su tramitación como el razonamiento de algunas partes del fallo final crean precedentes preocupantes para el futuro, siendo que en este y en al menos un caso más se ha aceptado paralizar la ejecución de sentencias finales afflictivas mientras se espera el fallo del Tribunal Constitucional. Ello a pesar de que ya existen tres sentencias de fondo en que el TC ha resuelto en contra del recurrente en la misma materia.<sup>69</sup> Siendo que en el primer caso la demora resultante fue de casi 12 meses, al cabo de los cuales tres de los agentes condenados estaban fuera del alcance de la justicia, esta práctica, de tornarse habitual, amenaza con abrir una “puerta giratoria” incentivando la fuga de ex agentes condenados.

Dicho caso, Rol 2991-16-INA, fue declarado admisible el 29 de marzo de 2016, visto el 12 de julio de 2016, y luego permaneció en estado de acuerdo hasta marzo de 2017. Interpuesto por Hugo Prado Contreras, uno de 33 ex agentes condenados a cárcel por el último caso conocido de desaparición forzada durante la dictadura, el

68 Emol.cl: “Corte de Apelaciones concede libertad condicional a condenado de Punta Peuco”, 17 de mayo de 2017.

69 La materia es la alegación de inconstitucionalidad del art. 483 del Código Procesal Penal, que rige la transición entre el viejo sistema penal y el que lo reemplazó. Según los términos de esta disposición, causas por violaciones a los DDHH cometidas durante la dictadura siguen tramitándose en el viejo sistema, conducidas por jueces de instrucción (en materia de DDHH, por ministros en visita).

recurso cuestionaba la constitucionalidad de la aplicación de la figura de presunción fundada, y de otros aspectos procedimentales del antiguo sistema penal (sistema inquisitivo), a crímenes de lesa humanidad cometidos antes de la fecha de introducción plena del nuevo sistema oral. El 14 de marzo de 2017, el tribunal se pronunció por unanimidad rechazando el planteamiento y evaluó como razonables las medidas transitorias dispuestas para el cambio de sistema y confirmó que el mero uso del sistema antiguo no constituye *per se* una arbitrariedad ni una vulneración de garantías constitucionales. Sin embargo, el razonamiento consignado en algunas partes del fallo ha sido motivo de preocupación entre juristas y abogados de DDHH, así como dentro del mismo tribunal. Ello, porque entre las razones que aducen en sus considerandos, aparece la noción de que los jueces instructores operando en el sistema antiguo están facultados para aplicar cualquier garantía procesal, sea del sistema antiguo o nuevo, en la resolución de las causas.

Aquello fue motivo de preocupación para tres ministros del mismo tribunal, quienes produjeron un voto de minoría. En ese voto, los ministros Carmona, García, y Pozo califican de “compleja” la aseveración, contenida en los considerandos 15 al 24 del mencionado fallo, de que “los jueces del crimen del viejo sistema procedimental, puedan aplicar aquellas garantías del nuevo Código, evidentemente más favorables para los afectados, víctimas o inculpados y procesados”. Lo anterior, según los tres ministros, transforma el fallo de rechazo en “un mandato al juez penal para que aplique la norma que estime más conveniente”... “configura[ndo] un permiso excepcionalísimo al juez penal para que afecte los artículos 6º y 7º de la Constitución, realizando una integración normativa ad hoc de los procedimientos penales”.<sup>70</sup>

Otro aspecto preocupante del episodio es, como se ha mencionado, el tiempo de tramitación (casi un año entre declaración de admisibilidad y resolución). Durante ese lapso, una causa penal con cinco víctimas y 34 involucrados, lista para ser fallada y ejecutoriada por la Corte Suprema, permaneció completamente paralizada. Cuando pudo retomar su curso normal, aunque la Corte Suprema se pronunció en poco más de una semana (22 de marzo de 2017), tres de los 33 perpetradores contra quienes se confirmaron penas de cárcel ya habían optado por evadir la justicia dándose a la fuga. No obstante este precedente, en uno de los cuatro requerimientos similares aún pendientes a la fecha de cierre de esta edición, el Tribunal rechazó una solicitud de no paralizar el curso normal

70 Tribunal Constitucional. Rol N° 2991-16-INA. Sentencia de fondo, 29 de marzo de 2016, voto de minoría de los ministros Carlos Carmona, Gonzalo García y Nelson Pozo, Considerandos 6º y 7º.

de dicho caso a la espera de su tramitación en el TC.<sup>71</sup> La solicitud, interpuesta por representantes de las víctimas en el caso penal relevante, pone de relieve el hecho de que el requerimiento se basa en un argumento que el mismo TC ya ha rechazado en tres ocasiones.

Tres de los requerimientos declarados inadmisibles durante el periodo del presente *Informe* también alegaban, sin éxito, la inconstitucionalidad de aspectos del art. 483 del Código Procesal Penal, en tanto otros pretendían objetar otros artículos de dicho código, la reasignación de causas entre ministros en visita, o aspectos del Código de Justicia Militar.<sup>72</sup> Entre los cuatro requerimientos pendientes, al cierre de edición, uno, Rol 3150-16-INA, interpuesto por Adolfo Videla Valdebenito, versa sobre el tema penal de fondo, asunto que no es materia propia del Tribunal Constitucional, lo cual fortalece la interpretación de que los abogados defensores de los condenados están probando todo tipo de resquicios esperando dar con un argumento que sea favorecido con aceptación.

### **3.3. Casos connotados**

Si bien sostenemos que cada persona y causa es importante, aquí comentamos algunos casos cuyos veredictos, tiempos de tramitación u otras características les otorgan cierta transcendencia.

En relación a Colonia Dignidad, son varios los hitos significativos del periodo, ya sea en relación a demandas, causas penales, o aspectos de memoria y reconocimiento nacional e internacional. En julio de 2016, Winfried Hempel, un abogado nacido y criado en la Colonia Dignidad, quien hoy ha tomado la valiente decisión de salir de la comunidad y apoyar a víctimas, familiares y sobrevivientes, anunció una demanda civil millonaria al Estado chileno. La demanda, interpuesta a nombre de 120 ex colonos del enclave alemán, lo señala como un “Estado dentro del Estado”, frente al cual “ni el Estado alemán ni el chileno hicieron nada, a pesar de que sabían que se cometían atrocidades”. También, en julio de 2016, se proyectó en la Cineteca Nacional la película “Colonia”, que retrata y denuncia las violaciones cometidas, y cuyo estreno motivó en Alemania la desclasificación de archivos oficiales documentando colusión de las autoridades alemanas y chilenas con la secta. Estuvo presente en el estreno el director Florián Gallenberger, quien cuestionó el hecho de que hoy el lugar sea un centro de actividades turísticas. Esas mismas actividades fueron utilizadas por accionistas de la secta, en septiembre, para intentar revertir el estatus de monumento nacional otorgado a 1% del predio en marzo de 2016.

71 Rol. 3216-16-INA, Jorge Ramírez Romero, casi idéntico en sustancia a Rol 2991-16-INA, declarado admisible el 13 de octubre de 2016, visto el 28 de marzo de 2017, y en acuerdo desde el 13 de abril de 2017.

72 Respectivamente, roles 3083-16-INA, 3355-17-INA, y 3387-17-INA; luego, 3405-17-INA, 3373-17-CAA, y 3082-16-INA.

La corporación hoy llamada Villa Baviera alegó que el estatus “desvalorizaba” el sitio, perjudicando sus “actividades lucrativas”.

El 30 de diciembre de 2016, la Corte Suprema condenó a tres colonos alemanes y a dos miembros en retiro del Ejército por asociación ilícita (rol 14.312-2016), acreditando tanto la estructura jerárquica y criminal de la Colonia como su estrecha relación con las autoridades militares y la DINA, y el uso del predio para detención arbitraria, tortura, asesinato y robo de personas detenidas-desaparecidas. La CSJ elevó las penas a nivel de cárcel, confirmando a la vez los sobreseimientos por muerte de cinco colonos más, y del ex Director de la DINA, Manuel Contreras. El 16 de marzo de 2017, en sentencia rol 35.542-2016, la Sala Civil de la Corte Suprema ordenó a la Inmobiliaria Bergneustadt Limitada, una de las sociedades continuadoras de la ex Colonia Dignidad, proseguir con el pago de indemnizaciones –ordenadas por la Corte en 2013– a víctimas sobrevivientes de abusos sexuales. La indemnización, que fue asociada a una condena penal, dio origen a que se hipotecaran cuatro terrenos, cuya adjudicación a favor de las y los sobrevivientes se confirmó con este fallo.

El 11 de abril, la Corte de Apelaciones de Santiago, en la causa rol 1.051-2015, condenó a cuatro ex agentes de la DINA y a un colono, por su responsabilidad en el secuestro calificado de Álvaro Modesto Vallejos Villagrán. En la resolución, el tribunal elevó las penas dictadas en primera instancia, condenando a Pedro Espinoza Bravo, Miguel Krassnoff Martchenko, Basclay Zapata Reyes y Fernando Gómez Segovia a 15 años y un día de presidio, y al colono Gerard Mücke Koschitze a 10 años. Se dispuso que el Estado de Chile construya un museo-memorial en homenaje a las víctimas de Villa Baviera. En la misma fecha, como se comenta arriba, el mismo tribunal condenó a Mücke, junto con el ex agente de la DINA Fernando Gómez Segovia, y el colono Kurt Schenellemkamp Nelaimischkies, a penas de entre 541 días y 3 años de presidio por 50 delitos de secuestro calificado. En abril, la Asociación por la Memoria y los Derechos Humanos Colonia Dignidad acogió la aprobación de una moción en el Parlamento alemán sobre esclarecimiento de los crímenes y reconstrucción de la memoria en Colonia Dignidad. Exigió al Estado chileno tomar parte en un proceso bilateral de justicia, memoria, verdad y reparación. Parlamentarios del Partido Alemán Verde viajaron a Chile para presentar un proyecto que contempla propuestas para el esclarecimiento de la verdad, trabajo de investigación y memoria, y medidas reparatorias para víctimas chilenas y alemanas. El domingo 28 de mayo, en el marco del Día del Patrimonio, miembros de asociaciones de familiares y sobrevivientes de la región del Maule y de Santiago se congregaron en la Villa, acompañados por activistas de DDHH y representantes de autoridades, para instaurar la placa que designa el lugar como Monumento Nacional y para realizar una conmemoración al lado de una de las fosas

donde se ha descubierto que se practicaron entierros y remociones. A principios de agosto de 2017, al cierre de edición del presente capítulo, se reportó la condena, en Alemania, del fugado segundo de mando en la Colonia, Hartmut Hopp, a una pena de cárcel en su país natal por crímenes, incluyendo abusos sexuales cometidos contra colonos en Chile. El Estado alemán aplicó en el caso el principio de enjuiciar en sede doméstica, al denegar la extradición que los tribunales chilenos habían solicitado. (Ver *Informes* anteriores).

El 21 de julio de 2016, la Corte Suprema elevó las penas contra dos miembros del Ejército condenados por el homicidio calificado de los ciudadanos estadounidenses Charles Horman Lazar y Frank Teruggi Bombatch, ilícitos perpetrados en septiembre de 1973, en el Estadio Nacional, y retratados en el largometraje “Missing”. En fallo unánime, causa rol 20166-2015, la Sala Penal condenó a Pedro Espinoza Bravo a 15 años y un día de presidio, sin beneficios, como autor de ambos homicidios; y al ex coronel Rafael González Berdugo a 3 años y un día, con el beneficio de la libertad vigilada, como cómplice del homicidio de Charles Horman. En primera instancia se había condenado a Espinoza Bravo a siete años y a González Berdugo, a dos. No obstante la elevación de las penas, nadie cumplirá presidio efectivo directamente como consecuencia del veredicto, siendo que la única pena efectiva se aplica en contra de un ex agente ya preso por múltiples delitos similares. En el aspecto civil, se condenó al Estado de Chile y a los sentenciados a pagar solidariamente la suma de 230.000.000 de pesos (USD 383.333) a familiares de las víctimas.

El 17 de agosto de 2016, el ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago, Mario Carroza, condenó a siete ex militares por el secuestro calificado de prisioneros políticos en Pisagua en 1973. El fallo, rol 2182-98, impone dos penas de presidio perpetuo, cuantía de pena que no se había aplicado en causas DDHH desde la década de los 90. El hallazgo de la fosa común de Pisagua a poco tiempo de iniciarse el fin de la dictadura fue uno de las más dramáticas manifestaciones de los horrores cometidos. En tanto, la denuncia de la Vicaría de la Solidaridad, en 1978, de restos humanos ocultos en hornos de cal en Lonquén, fue la primera constatación del destino final de algunas personas detenidas-desaparecidas. Resultaron pertenecer a 15 víctimas desaparecidas desde Isla de Maipo en 1973. Luego de la denuncia, las autoridades se apoderaron de los restos, negando a sus familiares su entrega y arrojándolos a una fosa común, sin poder ser recuperados sino a partir de 2010. El 12 de septiembre se condenó en primera instancia a 7 ex carabineros por secuestro, sentenciando a seis de ellos a penas efectivas de entre 15 y 20 años. El 25 de abril de 2017, la ministra Mariana Cifuentes cerró la etapa de sumario de dos episodios del caso Paine, representando a 38 de las 70 personas desaparecidas o ejecutadas en esta zona en 1973, por militares, carabineros y civiles.

En el caso por la muerte, como consecuencia de tortura, del padre de la actual presidenta, general Alberto Bachelet de la Fuerza Aérea, la Corte Suprema confirmó en septiembre de 2016 condenas de cuatro años de presidio efectivo, por aplicación de tormentos, contra dos oficiales en retiro de la FACH (Edgar Cevallos Jones y Ramón Cáceres Jorquera, causa rol 28650-2016). Si bien en un principio el ministro Mario Carroza dispuso el cumplimiento de la pena de Edgar Cevallos en domicilio, por supuesta enajenación mental, el 26 de enero de 2017, ante informes médicos nuevos, la resolución (rol 495-2010) fue dejada sin efecto y se ordenó el ingreso inmediato del condenado al penal Punta Peuco.

El 20 de febrero de 2017, cinco ex militares fueron condenados por atentar con toxina botulínica contra presos de la entonces Cárcel Pública en diciembre de 1981. Fallecieron dos personas, y cinco más fueron gravemente afectadas. Trágicamente, el gesto solidario de presos del Movimiento de Izquierda Revolucionario, MIR, al compartir con otros reos sus raciones de comida, jugó un rol en las fatalidades: los cinco militantes, quienes eran el blanco del ataque, fueron gravemente afectados, pero los dos presos comunes terminaron siendo las víctimas fatales. Los cinco ex militares condenados incluyen a un médico, Eduardo Arriagada Rehren. La prestancia de auxilio médico externo a las víctimas, solicitada por la Vicaría de la Solidaridad, fue negada argumentado que su estado de salud no era grave. La toxina había sido traída a la Cancillería chilena desde Brasil en valija diplomática, luego remitida a un laboratorio secreto de la Dirección de Inteligencia del Ejército (DINE), entidad que también realizaba experimentos con gas sarín y otras armas químicas.

#### **3.4. Causas con repercusión internacional**

Cuando se cumplía el cuadragésimo aniversario, en septiembre de 2016, del doble asesinato en EEUU del ex canciller chileno Orlando Letelier y su colega estadounidense, Ronnie Moffit, cables desclasificados de la CIA implicaron directamente a Pinochet en ordenar los homicidios. Los documentos incluyen un memorando del gobierno estadounidense calificando el hecho como “terrorismo de Estado” y evaluando, en el año 2000, buscar su procesamiento como autor intelectual. También deja constancia de la injerencia de Pinochet al ordenar al entonces Presidente de la Corte Suprema, Israel Bórquez, rechazar solicitudes de extradición que sí fueron emitidas por EEUU en el caso penal llevado contra los autores materiales del bombazo.<sup>73</sup> Las revelaciones impulsaron la aprobación en la Cámara de Diputados chilena de una solicitud al Ministerio de Defensa para impedir homenajes —o la exhibición de retratos en instituciones públicas, salvo en museos históricos— al ex

73 National Security Archive Electronic Briefing Book No. 560, 2016, disponible desde [nsarchive.gwu.edu](http://nsarchive.gwu.edu)

dictador, calificado en la resolución como el gobernante “más violento y criminal” de la historia chilena y como “artífice de un aparato terrorista de Estado”.<sup>74</sup> Dos diputados de Renovación Nacional, Germán Becker y Jorge Rathgeb, votaron a favor de la medida.

El 1 de septiembre de 2016, la Corte Suprema amplió la solicitud de extradición desde Estados Unidos del ex militar Pedro Barrientos Núñez, para incluir el secuestro y homicidio de Litre Quiroga Carvajal. El fallo, rol 27193-2015, amplía una solicitud, realizada en 2013, que solamente lo acusaba por el *caso de Víctor Jara*, también asesinado en el entonces Estadio Chile en septiembre 1973. En junio de 2016, Barrientos fue hallado responsable por la muerte de Víctor Jara, en una causa civil llevada en su contra en EEUU por la viuda e hijos del cantante.

El 30 de diciembre se dictó acusación contra 13 ex agentes de la DINA por una serie de delitos relacionados con el homicidio calificado, en 1976, de Carmelo Soria (rol 1-1993). El caso ya ha sido objeto de diversos procesos nacionales e internacionales (ver *Informe 2016*). Las diligencias actuales dicen relación con información obtenida en 2006 desde el ex agente Michael Townley Welch, también involucrado en los casos Letelier y Berríos. Siguen en trámite solicitudes de extradición a EEUU contra Townley, el cubano Virgilio Paz Romero, y Armando Fernández Larios, todos requeridos además por otros crímenes.<sup>75</sup>

El 17 de enero de 2017, se dio una condena *in absentia*, en primera instancia, en un tribunal italiano, contra 27 ex militares de Bolivia, Chile, Perú y Uruguay por la muerte de ciudadanos ítalo-americanos por acciones de la conspiración internacional Plan Cóndor. Si bien fueron condenados ocho ex militares, de cuatro nacionalidades —incluyendo a los exdictadores Francisco Morales Bermúdez, de Perú y Luis García Meza, de Bolivia—, la mayoría de los imputados fueron absueltos. Entre los condenados se encuentran los chilenos Hernán Jerónimo Ramírez y Rafael Ahumada Valderrama. Sus compatriotas Pedro Octavio Espinoza Bravo, Daniel Aguirre Mora, Carlos Luco Astroza, Orlando Moreno Vásquez y Manuel Abraham Vásquez Chauan figuran entre los absueltos. El único acusado presente fue el torturador uruguayo Jorge Tróccoli, quien reside en Italia luego de huir de la justicia de su país. No obstante, fue uno de los 13 uruguayos absueltos, en un desenlace que provocó extrañeza entre buena parte de las organizaciones de DDHH presentes. Se cree que el tribunal prefirió condenar a quienes consideraba integrantes de la cúpula del plan, absolviendo a los autores materiales.

74 Documento Cámara de Diputados, Resolución N° 172: “Solicita a S.E. la Presidenta de la República la adopción de diversas medidas derivadas de los nuevos documentos desclasificados por la CIA relativos al asesinato del ex Canciller Orlando Letelier”.

75 El 10 de noviembre, en caso rol 68674-16, la Corte Suprema acordó solicitar la extradición de Fernández Larios, procesado en Chile, en julio de 2016, por 15 homicidios en el caso Caravana de la Muerte, La Serena.

El 22 de febrero de 2017, el ministro Ricardo Blanco, de la Corte Suprema, acogió un requerimiento de la justicia peruana y amplió los términos de extradición del ex mandatario autoritario peruano Alberto Fujimori, actualmente preso en Lima por múltiples crímenes de corrupción y lesa humanidad luego de haber sido extraditado desde Chile en 2007. La ampliación abarca asociación ilícita para delinquir, homicidio calificado y peculado en contra de la administración pública, ilícitos que habría cometido durante su mandato presidencial (1990-2000). No obstante, en junio de 2017, se rumoreaba que el presidente peruano estaría considerando indultar a Fujimori en compensación por algunas concesiones de apoyo del partido político presidido por Keiko, hija de Fujimori. Ante esa posibilidad, organizaciones y abogados de DDHH chilenos se sumaron, a través de una carta dirigida a la embajada del Perú, a las protestas internacionales en contra de la medida, que está explícitamente prohibida en el ordenamiento interno peruano para quienes, como Fujimori, hayan sido condenados por homicidio y otros graves delitos.

### **3.5. Agentes (victimarios)**

#### **3.5.1. Presos: lugares y condiciones de reclusión**

Para este periodo, a diferencia de etapas anteriores, no pudimos conseguir cifras confiables sobre el número total de condenados presos y su repartición entre distintos lugares de reclusión. A la fecha de cierre de edición la situación era, además, cambiante debido a numerosos nuevos encarcelamientos, la existencia de un grupo de fugados, y rumores sobre la habilitación de Colina I para recibir tanto a nuevos condenados como, posiblemente, a los actuales internos de Punta Peuco. A lo más podemos señalar lo que, a mediados de julio de 2017, una fuente cercana al tema informó: que serían 122 los reclusos en Punta Peuco, con al menos unas dos docenas de ex agentes más destinados a ingresar directamente a Colina I, y una mujer recién ingresada a la cárcel femenina en Santiago. En años anteriores, alrededor de una decena de condenados han estado cumpliendo sus sentencias en cárceles en regiones, generalmente a solitud propia, para permitir la mantención de lazos familiares.

En relación a debates sobre el futuro de lugares especiales de reclusión, ver arriba, secciones Síntesis e Introducción. Para los presentes efectos, solamente cabe mencionar que la probabilidad de que más agentes civiles empiecen a figurar entre los condenados hace cada vez menos relevante cualquier distinción entre estos presos y los presos comunes basada en el supuesto carácter de ex uniformados de los primeros. Se debe también recalcar que, dado que el aspecto más injustificable de la actual situación de segregación es la asignación de tratos privilegiados o

deferenciales a represores, ningún cambio o traslado pueda ser aclamado como un avance si sigue permitiendo dichas desigualdades.

En relación a la situación de atención en salud en el recinto especial de Punta Peuco, miembros del Colegio Médico de Chile intentaron visitar el recinto el 18 de mayo de 2017, acompañados por representantes del Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH), para corroborar las cuestionadas condiciones de salud de los internos. Se vivió una situación absurda, en que la delegación fue obligada en primer lugar a esperar afuera mientras ingresaban familiares y amigos de los presos cargando numerosos bultos y paquetes. Según algunas fuentes, aparentemente esas personas no pasaron por los controles y revisiones de rigor. Finalmente, a la comitiva médica le fue denegado el ingreso, con la explicación de que los internos se encontraban celebrando una jornada deportiva tipo “olimpiadas”. Esta actividad difícilmente se condice con las repetidas quejas hechas por reclusos y sus familiares sobre el supuestamente precario estado de salud de los reclusos, quejas que por lo demás ya fueron desmentidas, en marzo de 2017, con la publicación de un informe del INDH certificando instalaciones “óptimas” y una atención “sustancialmente mejor a la de los demás penales del país”.<sup>76</sup>

### 3.5.2. Sentencias condenatorias

Dentro del periodo del presente *Informe* (julio de 2016 hasta junio de 2017), la Corte Suprema dictó 59 sentencias penales, con 212 condenas. 179 de las penas resultantes eran sanciones efectivas de cárcel, con 33 penas alternativas. Se aprecia así un aumento en el porcentaje de penas efectivas en comparación con el *Informe 2016* (66%), volviendo a los niveles de 2015 (83%), lo cual representa otro indicador más de los ya referidos avances hacia una mayor proporcionalidad entre la gravedad del delito y la pena. En tanto, 127 de los 155 individuos afectados por las 256 condenas y absoluciones dictadas, recibieron por lo menos una condena, si bien solamente 105 de ellos recibieron una condena afflictiva (de cárcel). El número de absoluciones bajó de manera significativa, desde 26 (periodo *Informe 2015*) a 10 (periodo *Informe 2016*). El total de 155 ex agentes afectados por los procesos es lejos el mayor número de individuos con causas resueltas en el tribunal superior en cualquier periodo del *Informe* desde 2011, edición en que se inició el análisis respectivo. Se confirmó el sobreseimiento por muerte de un total de 10 agentes mencionados en los fallos recurridos (cifra que no ha sido contabilizada en el citado total de 155 individuos).<sup>77</sup>

76 *El Desconcierto*: “Informe del INDH revela atención de salud VIP para violadores de DD.HH en Punta Peuco”, 25 de marzo de 2017.

77 Dichos agentes no habrían fallecido necesariamente durante el periodo del *Informe*, sino en algún momento de la tramitación en tribunales inferiores de la causa ahora resuelta por la CSJ.

**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 ocho 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
Número de procesos finalizados en la Corte Suprema.	23	18	4	12	44	58*	55**
Total de absoluciones.	12	12	0	10	26	10	44
Total de condenas.	84	49	11	49	159	122	212
Número de estas condenas imponiendo pena efectiva de cárcel.	34	13	5	18	132	81	179
Número de estas condenas permitiendo cumplimiento alternativo.	50	36	6	31	27	41	33
Total de agentes involucrados en estos procesos.	64	48	11	53	103	98	155
Número de estos agentes condenados en por lo menos una causa.	52	40	11	43	73	88	127***

\* 16 de ellos en materia civil.

\*\* 6 de ellos en materia civil.

\*\*\* 105 agentes recibieron al menos una condena aflictiva.

*Fuente: Elaboración propia, con datos proporcionados por fallos judiciales.*

El ex comandante en jefe del Ejército, Juan Emilio Cheyre, fue procesado el 7 de julio de 2016, con otros ocho ex militares, por 15 homicidios en el Caso Caravana episodio La Serena, rol 2182-98. Cheyre fue uno de seis procesados en calidad de cómplice y obtuvo luego libertad bajo fianza. El hecho causó particular revuelo ya que Cheyre, quien presidió la institución castrense entre 2002 y 2006, siempre fue celebrado por autoridades de los gobiernos concertacionistas por su supuesto rol en marcar distancia entre las FFAA actuales y las del periodo represivo. El abogado Rodrigo Lledó, quien fue reemplazado como director jurídico del Programa de DDHH poco después de pedir el procesamiento de Cheyre, comentó que siempre había sentido una “especial preocupación” por parte del entonces ministro del Interior hacia la persona de Cheyre. En tanto, la abogada de DDHH Carmen Hertz opinó que Cheyre había sido el “niño símbolo” de la Concertación.<sup>78</sup> El 26 de abril de 2017, se dictaron acusaciones en la misma causa contra un total de 16 ex agentes. En mayo hubo careo entre Cheyre y el

<sup>78</sup> Fuentes de prensa, reproducidas en Observatorio de Justicia Transicional, Boletín 36, p.42.

sobreviviente Nicolás Barrantes Alcayaga, quien lo acusa de tortura en otro caso. Si bien en varias oportunidades el ex militar o sus defensores han apelado a su posición de subordinado, o a que no tuvo alternativa, sino de guardar silencio sobre lo que presencié en tiempos de dictadura, en otros momentos simplemente ha negado cualquier conocimiento de, o involucramiento en, hechos delictivos. Los cargos en su contra lo llevaron a alejarse definitivamente, en 2016, de sus funciones como académico en la Universidad Católica de Santiago y de consejero (ex presidente) del servicio electoral, Servel. A mediados de 2017, acudió al Funvisol, fundación que alberga los archivos de la otrora Vicaría de la Solidaridad, para solicitar ser puesto en conocimiento de cualquier antecedente en el archivo que hiciera referencia a su persona o a los hechos que son el objeto de las causas.

El 10 de marzo de 2017, la Corte Suprema confirmó la ampliación del desafuero del diputado Rosauro Martínez Labbé, investigado por la muerte de cuatro militantes del MIR en 1981, en el sector cordillerano de Neltume, comuna de Panguipulli. En fallo unánime causa rol 4071-2017, el pleno del Máximo Tribunal confirmó la resolución dictada en enero por la Corte de Apelaciones de Valdivia, que privó a Martínez de fuero parlamentario en conexión con los homicidios. En tanto el ex alcalde de derecha, ex comando y protegido de Pinochet, Cristián Labbé, fue procesado el 13 de abril como autor de torturas contra múltiples víctimas sobrevivientes, ocurridas en Panguipulli en 1973 (Rol 5-2013). Se ordenó la detención del procesado, en un recinto militar en Temuco, por estimar que constituía un peligro para la sociedad. El 15 de mayo fue decretado su arresto domiciliario total (rol 82-2017).

**Cuadro 4: Concesión de atenuantes y beneficios en fallos definitivos de la Corte Suprema en causas por violaciones a derechos humanos cometidas entre 1973 y 1990, comparada entre siete periodos.**

Clasificación	Tipo de atenuante o beneficio	Número de Aplicaciones(*)						
		Julio 2010	Julio 2011	Julio 2012	Julio 2013	Julio 2014	Julio 2015	Julio 2016
		-	-	-	-	-	-	-
		Junio 2011	Junio 2012	Junio 2013	Junio 2014	Junio 2015	Junio 2016	Junio 2017
<b>Atenuantes</b>	Prescripción gradual (art. 103 CP).	70	30	6	22	22	28	0
	Irreprochable conducta anterior (art. 11 no. 6 CP).	83	36	8	41	122	7	139
	Colaboración sustancial (art. 11 no. 9 CP).	s/d	s/d	s/d	4	6	0	8
	Fuerza irresistible o miedo insuperable (art.10 no 9 CP).	s/d	s/d	s/d	s/d	3	0	0
	Huida o desobediencia (de la víctima) ante intimaciones de detenerse (art. 411 CJM**).	s/d	s/d	s/d	s/d	1	0	0
	Obediencia debida (art. 214 CJM).					2	0	3
<b>Beneficios</b>	Libertad vigilada	45	30	6	17	14	36	15
	Remisión condicional	5	8	0	10	9	4	14
	Entregado a la custodia de un pariente, por enfermedad.	s/d	s/d	s/d	s/d	1	0	1

s/d = sin datos

\* A individuos (por cuanto pueda haber múltiples aplicaciones dentro de un mismo fallo).

\*\* Código de Justicia Militar.

*Fuente: Elaboración propia, con datos proporcionados por el Programa de Derechos Humanos, y fallos judiciales.*

### 3.5.3. Agentes fallecidos

En el periodo del *Informe* al menos cuatro ex agentes fallecieron estando, o habiendo estado, acusados, condenados y/o presos por crímenes de lesa humanidad. Se trata de Mariana Callejas (fallecida el 10 de agosto de 2016), Gustavo Muñoz (fallecido el 28 de febrero de 2017), José Mario Fritz Esparza, (fallecido el 19 de marzo), y Pedro Vivian

Guaita, (fallecido el 26 de marzo). Callejas, la notoria pareja de Michael Townley, falleció a los 84 años. Fue condenada por el asesinato por coche bomba de Sofía Cuthbert y Carlos Prats, pero su condena de 20 años fue rebajada por la CSJ, en 2010, a 5 años. En consecuencia, nunca fue encarcelada. Muñoz, Fritz y Vivian, responsables por la desaparición y posible muerte de al menos siete personas, habían solicitado indultos presidenciales, en diciembre 2016.<sup>79</sup>

#### **3.5.4. Agentes prófugos**

A la fecha de cierre de edición, la Brigada DDHH de la PDI había recibido orden de captura vigente, desde el poder judicial, respecto a 6 ex agentes condenados por causas de DDHH que están prófugos: Ricardo Lawrence Mires, Walter Klug Rivera, Carlos Humberto Minoletti Arriagada, Juan Rubilar Ottone, Leonidas Bustos San Juan, Reimer Eduardo Kohlitz, Pedro Guzmán Olivares, y Arturo Sanhueza Ross. Los últimos dos fueron condenados recientemente en el caso de los cinco del FPMR (ver arriba). Un tercer condenado fugado en ese caso, Juan Carlos Orellana Morales, fue localizado y detenido recién por la Policía de Investigaciones. El 30 de junio de 2017, el ex agente y ex detective de la PDI Heriberto Roz también fue detenido, luego de un intento frustrado de pedir asilo a la Embajada de España al ser condenado a cinco años y un día por el homicidio de Patricio Pino Cortés. En octubre, el sitio de memorias Londres 28 había denunciado la existencia de al menos tres fugados, entre ellos Ricardo Lawrence Mires, Andrés Flores Sabella, y José Avelino Yévenes. Este último, ex DINA, CNI y DINE, trabajaba como guardia de seguridad en el Hospital de Carabineros hasta ser desenmascarado, a fines de septiembre de 2016, por la comisión FUNA. En agosto de 2017, la Agrupación de Familiares de Ejecutados Políticos, AFEP, lanzó una nueva campaña para difundir los nombres, caras y crímenes de quienes evaden la justicia. Se incluía a Adriana Rivas, ex secretaria de la DINA, actualmente requerida desde Australia, donde reside, y a Hartmut Hopp, quien se fugó a Alemania pero fue condenado allí, en los primeros días de agosto 2017.

#### **3.6. Instituciones claves en justicia transicional**

Para noticias sobre el Servicio Médico Legal, SML, y el ex Programa de DDHH, ver arriba. En el *Informe 2016* remarcamos importantes

79 Vivian Guaita cometió la desaparición forzada del dirigente comunista Pedro Acevedo; Fritz Esparza, la desaparición de cinco jóvenes comunistas de La Legua, y el secuestro de tres más (Plan Leopardo). Muñoz Albornoz, ex carabinero, hizo desaparecer al profesor socialista César Ávila, padre de cuatro hijos. Fritz Esparza tenía múltiples adicionales procesamientos y condenas, en primera y segunda instancia, por crímenes contra 60 personas.

cambios de dirección, en diversas agencias claves en materia de justicia transicional, incluyendo el SML y ex Programa, además de la PDI, el INDH, y el Museo de la Memoria y los DDHH.<sup>80</sup> Durante el periodo del *Informe* tanto la Unidad Programa de DDHH como la Brigada de DDHH de la PDI pasaron a ser operativamente dirigidas o encabezadas por mujeres. En relación a la Unidad Programa, el proceso de traslado que antecedió la definición de la nueva dirección ejecutiva de la instancia (el ahora ex programa pasó desde el Ministerio del Interior a depender del Ministerio de Justicia) afectó la fluidez de comunicación que antes existía entre la entidad y el Observatorio. Ello impidió que podamos informar sobre el número total de causas penales abiertas y la proporción de ellas en que el Programa tiene representación y presencia. Si bien se nos proveyó de acceso a datos sobre víctimas calificadas a cuyo nombre el Programa actúa, no se puede comparar con los datos que solemos proporcionar, año tras año, con el Programa como fuente. Confiamos en que la relación cordial entablada con las nuevas autoridades permanentes hacia fines del periodo de este *Informe* permitirá subsanar estas dificultades en futuras iteraciones.

La Brigada especializada de la PDI cuenta actualmente con una dotación de 70 detectives. Si bien algunos de ellos asumen responsabilidades investigativas en otros tipos de casos, la mayor parte son asignados a trabajar en equipo bajo la dirección de uno de los ministros en visita especializados en causas de DDHH. Sus labores en regiones son fortalecidas con el apoyo de detectives de las brigadas de homicidio respectivas. La presencia de equipos relativamente estables permite fomentar continuidades incluso ante trasposos de causas de ministro en ministro. Por ejemplo, ante la repartición de causas reportada arriba, los detectives que antes trabajaban con el ministro responsable por causas de DDHH en Chillán fueron reasignados, junto con las respectivas investigaciones, al ministro Aldana. Los detectives de la brigada también cuentan con apoyo técnico desde el laboratorio de criminalística de la institución, y de una sección de microanálisis especializada en el estudio de terrenos y otras evidencias físicas. La brigada ha continuado sus esfuerzos protagónicos en formación interna. Renovó un convenio existente con el INDH, y firmó uno nuevo con el Museo de la Memoria y los DDHH para iniciar actividades conjuntas explorando el derecho a la verdad. Inauguró un curso sobre DDHH y la función investigativa; siguió formándose en el Protocolo de Estambul y el nuevo proyecto de ley referente a tortura, y participó en actividades coordinadas por este Observatorio sobre desaparición forzada. Son tres los

80 Ver sección 4., Garantías de no Repetición, sobre el INDH, y 5., Reparación, sobre el Museo.

detectives asignados operativamente para rastrear y detener a los seis ex agentes actualmente fugados y sujetos a órdenes de detención judicial. Entre los fugados hallados y aprehendidos en el periodo se incluye un ex detective de la PDI Heriberto Oroz Díaz, arrestado a fines de junio 2017, poco tiempo después de un fallido intento de solicitar asilo en la Embajada de España.

#### **4. GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN**

##### **4.1. Proyectos de ley introducidos o tramitados durante el periodo del Informe**

Esta sección está destinada a la consideración de algunos de los proyectos de ley más relevantes respecto a la materia de justicia transicional, introducidos o tramitados durante el periodo del presente Informe. Cabe señalar que las probabilidades de que cualquier proyecto adquiera estatus de ley son muy menores en la medida que no cuenta con patrocinio del Ejecutivo o estatus de urgencia. Ya hemos mencionado proyectos de larga data, sin urgencia o patrocinio del Ejecutivo, que no reportan avances: entre ellos figuran varios sobre degradación militar de perpetradores de crímenes de lesa humanidad (sección 1., arriba). Se ha comentado también el proyecto nuevo, sobre beneficios a presos con enfermedades terminales y su posible alcance a perpetradores (sección 1.2.); y la aprobación de otro que pretende tipificar desaparición forzada (sección 1.4.2.). Los reportes sobre estatus, aquí y en las mencionadas secciones, están basados en la información disponible en la página web de la Cámara de Diputados, a principios de agosto de 2017.

También, durante el periodo del presente Informe, el 11 de noviembre de 2016, la presidenta Michelle Bachelet promulgó una nueva ley que tipifica delitos de tortura y de tratos crueles, inhumanos y degradantes, y cuya intención es por fin homologar la situación jurídica chilena con las normativas internacionales en la materia. El texto introduce reconocimiento explícito de violencia sexual como una forma de tortura, y prohíbe que tribunales militares ejerzan competencia sobre acusaciones de tortura cometidas por, o en contra de, civiles. Chile ratificó la Convención Internacional respectiva y algunos de sus protocolos en 1987 y 1988, si bien en 2010 ratificó, además, un protocolo adicional que exige la creación de un mecanismo efectivo de monitoreo y prevención con representación de la sociedad civil, tarea aún pendiente. La presidenta valoró en particular la inclusión de la tipificación del delito de tortura psicológica y la violencia sexual, remarcando que estas formas de tortura suelen ser invisibilizadas o consideradas menores, sobre todo cuando las víctimas son mujeres. La nueva ley establece penas de hasta 10 años de

presidio para las torturas que hayan perpetrado empleados públicos o particulares en funciones públicas. En tanto, actos no calificables como tortura, pero sí como degradantes, crueles o inhumanos, conllevan penas de alrededor de 5 años. En el marco de la nueva ley, el INDH convocó una mesa interinstitucional para promover el cumplimiento de las obligaciones internacionales aún pendientes, las mismas que ya habían sido destacadas por la ONG nacional Comité Ético contra la Tortura, el 19 de octubre de 2016, en su informe anual “Chile: Sin Mecanismo de Prevención de la Tortura”. Una nota de Inter Press Service para el Día Internacional de los DDHH, 10 de diciembre de 2016, recogía las percepciones de distintos actores nacionales sobre la noticia, entre ellos, sobrevivientes, familiares, abogados de DDHH y Cath Collins, directora del Observatorio. Todos coincidieron en acoger la iniciativa, señalando a la vez que hacen falta otros pasos y acciones para hacerle frente a los costos humanos de la tortura pasada y presente.

#### **4.2. Nueva dirección del INDH**

El 1 de agosto de 2016 asumió como nuevo director del Instituto Nacional de DDHH, INDH, el abogado Branislav Marelic, quien era miembro de la directiva de la institución desde julio 2016, habiendo sido designado como representante por organizaciones de DDHH de la sociedad civil. El ex pasante de la Comisión Interamericana de DDHH tomó parte, antes de asumir sus nuevas funciones, en la tramitación ante la Corte IDH, del caso *Maldonado y otros (ex FACH) contra Chile*, que culminó en 2015. Entre sus acciones relevantes en el periodo, el INDH participó como observador en la mesa de negociación con sobrevivientes, comentada arriba (sección 1.). El Instituto ha expresado la opinión de que existe un déficit en relación a los derechos de justicia de las y los sobrevivientes, y que tanto los montos de reparación económica como las categorías de afectación a las que se extienden deben ser reconsiderados, habiendo señalado, en su Informe anual para 2016, la situación de las y los exiliados como un tema que requiere atención. Sobre la calificación de nuevas víctimas, es decir, la incorporación de otras personas a las nóminas Rettig y Valech existentes, señala la necesidad de acompañar una propuesta legislativa o de otra índole, para extender, a quienes se les reconozcan, los derechos correspondientes. En relación al acceso a los antecedentes Valech, se reporta que en la actualidad se le concede acceso personal a los titulares a ambos acervos, y acceso judicial al acervo de Valech II.<sup>81</sup> A juicio

81 Conforme a interpretaciones actuales de la diferencia en la formulación de las previsiones de secretismo en uno y en el otro caso. Ver *Informes* 2015 y 2016.

del director del INDH, el acceso público a los acervos si bien es en principio deseable, requeriría tanto un cambio en la ley actual como la introducción de resguardos de la privacidad de sobrevivientes, posición que el Observatorio comparte.<sup>82</sup>

En relación al cumplimiento de parte del Estado de fallos pendientes de la Corte IDH, se mencionó la intención de fortalecer el monitoreo de dicho cumplimiento. A la vez, se valoró el esfuerzo realizado por la Fuerza Aérea por la reparación simbólica en el caso Maldonado. Se destacaron los esfuerzos adicionales del Consejo de Defensa del Estado y la Fiscalía Militar ante la Corte Suprema de Justicia, para hacer extensiva la anulación de los resultados de consejos de guerra no solo a los peticionarios inmediatos, un elemento que también fue parte del fallo. En tanto, la Corte IDH exhortó al Estado a encontrar la forma de ofrecer una solución a todos aquellos que, sin ser peticionarios en el caso, se encuentran en la misma situación. Dichos esfuerzos produjeron la anulación de condenas injustas contra más de 80 personas. Si bien las bases alegadas para dicha anulación fueron tanto la falta de debido proceso como la práctica de tortura, la aceptación por parte de la CSJ se limitó a la primera. Solamente si otras personas en la misma situación presentan recursos extraordinarios de revisión, se tendrá la oportunidad de volver a poner a prueba los criterios de la corte respecto de la extracción de falsas confesiones bajo tortura como razón suficiente para anular sentencias.

## **5. REPARACIÓN Y MEMORIA**

Sobre aspectos de reparación involucrados en las negociaciones y conflictos respecto de la Mesa Negociadora y sobrevivientes de prisión política y tortura, ver secciones anteriores.

### **5.1. Sentencia definitiva sobre fraude en postulaciones a programa de reparación**

El 24 de agosto de 2016, la CSJ dictó sentencia definitiva en una de las aristas de la investigación penal por obtención fraudulenta de prestaciones estatales ante la Oficina de Exonerados Políticos. En la causa, rol 37118-2015, la sala penal de la CSJ ratificó una pena de 21 días de presidio contra Inés Pavez Jorquera, con beneficio de libertad vigilada, absolviendo a otra acusada por prescripción. El caso trata de la fabricación de antecedentes para respaldar postulaciones engañosas a la mencionada oficina, que tiene la potestad, *inter alia*, de restaurar derechos de pensión a quienes perdieron su empleo por razones políticas durante

82 Entrevista con Branislav Marelic, director del INDH, junio de 2017.

la dictadura, en base a antecedentes entregados durante una fase de postulación que se encuentra cerrada desde varios años (ver *Informes anteriores*).

## **5.2. Nuevo director del Museo de la Memoria y los DDHH**

En julio de 2016 asumió Francisco Estévez, quien fue seleccionado por un concurso internacional. Entrevistado por el Observatorio, señaló que la impronta de su periodo sería colocar un énfasis en la noción de una “ciudadanía de la memoria”, que pretende crear diálogos y prácticas de convivencia y compromiso actual con los derechos humanos en base al conocimiento del periodo de la dictadura. Con ese propósito, señaló, se busca reforzar y complementar los lazos privilegiados que el museo tiene con la comunidad de DDHH, familiares, y sobrevivientes, entablando diálogo activo con públicos nuevos colectivos y comunitarios, no solo con visitantes individuales. Como una señal de lo anterior se puede interpretar la exposición temática sobre el movimiento sindical, programada para octubre de 2017, así como la incorporación del lema “[hoy] más que nunca”, para referirse a la urgencia de crear un compromiso ético y de acción relativo a la memoria y los derechos humanos en múltiples temáticas de la vida nacional tales como género, inmigrantes, diversidad sexual y pueblos originarios. El énfasis en actividades de extensión a través del museo itinerante se mantiene en este séptimo año de funcionamiento de la institución, y se evalúa repotenciar las exposiciones temporales para acompañar hechos noticiosos, así como procurar introducir una dinámica más deliberadamente dialogada a las actuales visitas guiadas. El informe Estudio de Audiencias 2016 producido por la institución reporta una dinámica en que las visitas presenciales son mayoritariamente de personas extranjeras en los meses de verano (de 116 países, liderados por Brasil, EE.UU y Argentina), pero predominan las nacionales el resto del año y en total (aproximadamente 60% nacional). Asimismo, el estudio revela que un porcentaje similar del público total tiene entre 15 y 29 años. Sugiere un predominio de visitas únicas (nuevas) por sobre recurrentes de más de dos a uno, y demuestra un leve declive en el número total de visitas y usuarios, mes por mes, en 2016 comparado con 2015.<sup>83</sup>

En enero de 2017, el senador derechista, entonces candidato presidencial, e integrante de la comisión parlamentaria de DDHH, Manuel José Ossandón arremetió contra una propuesta para crear un segundo Museo de la Memoria, esta vez en la Octava Región del país, con sede

<sup>83</sup> Si bien el detalle de algunas de estas cifras es difícil de discernir debido a discrepancias entre gráficos y texto escrito en el informe. Museo de la Memoria y los Derechos Humanos, Departamento de audiencias, “Estudio de audiencias 2016”.

en la ciudad de Concepción. La propuesta, que no tiene conexión directa con el museo nacional existente –ya que se trata más bien de una iniciativa regional– ha sido asociada con un presupuesto tentativo de 3 mil millones de pesos. El senador se dedicó a sugerir usos alternativos de dicho monto en gasto social.

### 5.3. Novedades en conmemoración y memorialización

El área de memoria y reparación simbólica de la Unidad Programa de DDHH pasará a trabajar en modalidad de concurso para tomar decisiones sobre las iniciativas sociales que buscan apoyo logístico y financiero. Con ello se pretende mejorar la transparencia de las decisiones y los derechos a participación en esos proyectos, introduciendo jurados de composición mixta (estatal y no) para deliberar sobre las propuestas. Se distinguirá, además, dos líneas generales de propuesta: una primera, en producción cultural (libros, documentales, exposiciones, intervenciones artísticas, etc.) y una segunda, sobre sitios de memoria. En esta última, se sigue trabajando hacia la elaboración de un plan de mantención y soporte que busca fortalecer la sustentabilidad en el tiempo de proyectos de intervención, a través de una mayor inserción de ellos en sus vecindades o alguna comunidad de referencia relevante.

En julio de 2016, la Cámara de Diputados rindió homenaje a José Aldunate, el sacerdote jesuita defensor de los DDHH y cofundador del Movimiento Sebastián Acevedo, de resistencia civil no violenta contra la tortura, quien en junio de 2017 cumplía 100 años de vida. A esta distinción se sumaron múltiples actos de homenaje y celebración ofrecidos a quien fuera, en su momento, el capellán de la Agrupación de Familiares de Detenidos Desaparecidos. Meses más tarde, parlamentarios de derecha propusieron y realizaron, en medio de protestas y polémicas, un homenaje a Agustín Edwards, el difunto propietario de *El Mercurio* quien fue un impulsor asiduo del golpe de Estado y férreo aliado de la dictadura militar. Opositores críticos de la iniciativa, impulsada por parte de la bancada de la Unión Democrática Independiente, UDI, entre ellos el desaforado senador Iván Moreira, la describieron como “escandalosa”, “vergonzosa”, y una “afrenta” a familiares de las y los desaparecidos cuya existencia el diario dirigido por Edwards cuestionó y ocultó, publicando propaganda y mentiras oficiales para tapar los crímenes del régimen.<sup>84</sup>

En el año en que el sitio de memoria Villa Grimaldi conmemoró 20 años de existencia de la corporación que hoy lo administra, la Red de Sitios de Memoria publicó un libro sobre las luchas de recuperación,

84 Radio U Chile.cl: “La vergüenza general que deja el intento de homenaje a Agustín Edwards en el Senado”, 7 de mayo de 2017.

mientras que nuevos lugares fueron declarados monumento nacional o, de otra manera, señalizados como dignos de protección y recuerdo: la Clínica Santa Lucía, de Santiago, y unas dependencias dentro de la Colonia Dignidad, ambos en julio de 2016 (ver arriba). El ex campo de prisioneros Tres y Cuatro Álamos fue declarado monumento nacional en febrero de 2017, así como también lo habían sido, en noviembre de 2016, los archivos de la ex Vicaría de la Solidaridad. Dicha declaración coincidió con la decisión del Arzobispado de Santiago de trasladar la valiosa colección desde su ubicación central hacia las dependencias de una parroquia más distante, en la comuna de La Reina de Santiago (Av. Ossa 47, metro Plaza Egaña), debido a la redestinación de su antigua sede para el uso de la Universidad Alberto Hurtado. Si bien el nuevo espacio es más pequeño y se supone sería solamente temporal, su directora María Paz Vergara Low reportó que la fundación sigue atendiendo con normalidad, a pesar de un reciente aumento del público general, estudiantes e interesados que se acercan para consultar su colección de documentos y denuncias de la época de la dictadura. En la página web <http://www.vicariadelasolidaridad.cl/> se pueden encontrar datos sobre la colección y los horarios y condiciones de consulta.

#### **5.4. Acciones de sitios de memoria**

Sumada a las tradicionales actividades conmemorativas del 11 de septiembre y otras fechas claves, el 30 de agosto de 2016, Día Internacional de los DDHH, la agrupación Londres 38 hizo una acción de protesta e intervención pública al teñir de rojo las piletas frente al Palacio de la Moneda. Varios participantes fueron detenidos por Carabineros, pero no se levantaron cargos en su contra. El 21 de mayo, “Día de las Glorias Navales”, un grupo de familiares y sobrevivientes sostenían un lienzo alusivo a la justicia, en la Plaza Aníbal Pinto de Valparaíso, anticipando el paso de un desfile de la Armada. El grupo fue abordado por un furgón policial y varios manifestantes fueron removidos a la fuerza desde el lugar. Los policías, quienes –contrario a lo que señala el reglamento– no portaban placas de identificación, se negaron a ofrecer explicaciones o identificarse ante las consultas reiteradas de transeúntes y miembros del público. Varias horas más tarde, una vez finalizada la parada, los manifestantes fueron liberados. Versiones en la prensa describieron el hecho como un “control de identidad”. La situación presenta, cuando menos, un marcado contraste con el trato dado, durante la ceremonia de juramento a la bandera, a manifestantes que ostentaban en la vía pública su apoyo a delincuentes presos y condenados por crímenes de lesa humanidad.

## RECOMENDACIONES

Con el fin de conseguir un mayor y cabal cumplimiento de los deberes de Chile en materia de verdad, justicia, reparación y garantías de no-repetición, en relación a las graves violaciones a los derechos humanos cometidas durante la dictadura cívico-militar de 1973 a 1990, se recomienda al Estado:

1. Instituir un proceso de consulta nacional pausada, deliberativa y en profundidad, en relación al nuevo Plan Nacional de DDHH, en atención a las recomendaciones del Relator Especial de la ONU y a múltiples normas internacionales que caracterizan a la participación no solamente como un garante de legitimidad, sino como un derecho en sí misma.
2. Incorporar, explícitamente a dicho proceso, acciones de capacitación y fortalecimiento de la sociedad civil, reconociendo en discurso y acción el lugar central de la comunidad de DDHH no estatal como una fuente de experticia y una protagonista imprescindible en garantías de no repetición. Incorporar, explícitamente, a dicha comunidad en los mecanismos de seguimiento, monitoreo y evaluación del nuevo plan.
3. Llevar a cabo una revisión comprensiva de la situación de las y los sobrevivientes de prisión política, tortura, y demás graves violaciones sufridas en tiempos de dictadura, dejando en manos de una sola institución o entidad el mandato y poder de tomar decisiones y velar por los derechos en verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición. Poner fin a la parcialización de sus derechos entre diversas instancias estatales, delimitando un punto central de contacto y responsabilidad estatal ante la cual cada persona u organización pueda consultar su situación y hacer efectivos sus derechos.
4. Crear una instancia permanente de diseño y realización de búsqueda, identificación, y retorno de víctimas de desaparición forzada, que reúna en su equipo permanente la necesaria experticia administrativa, investigativa, técnica (pericial), (psico) social y jurídica; que cuente con la participación sostenida y activa de familiares u otras personas directamente afectadas, y que tienen el mandato y poder de (re)considerar todo aspecto relevante de la respuesta estatal a este crimen. Delejarle las tareas de evaluar y, donde sea necesario, de subsanar la situación actual en relación al estatus civil en registros públicos de personas detenidas-desaparecidas, velando por soluciones que promuevan la visibilización del fenómeno y reconocimiento de la responsabilidad estatal.

5. Encargarle a dicha instancia el cumplimiento pleno de cada aspecto de las responsabilidades de Chile ante la Convención internacional respectiva y las recomendaciones pertinentes del Grupo de Trabajo de la ONU, incluyendo las relativas a reparación, memoria y garantías de no repetición. Tener consideración y dar prioridad al acuerdo de soluciones respetuosas y éticas en relación al descubrimiento de nuevos restos fragmentarios de personas ya identificadas, así como al destino de restos no identificables.
6. Instar a las Fuerzas Armadas y de Orden a que se abstengan de gestos o pronunciamientos que relativicen o desconozcan reconocimientos institucionales de su responsabilidad histórica e institucional por crímenes injustificables y vulneraciones sistemáticas de las leyes de la guerra. Fomentar que se profundicen reformas castrenses tendientes a instalar una cultura respetuosa de la autoridad política civil y de los DDHH, celebrando a militares constitucionalistas por sobre agentes represivos.
7. Resolver el estatus de acceso judicial y/o público del acervo de la Comisión Valech en sus dos iteraciones, con la debida atención a consideraciones de privacidad, del derecho social a la verdad, y del deber de hacer justicia.
8. Resolver en materia de sanciones, condiciones y duración de reclusión de condenados por violaciones graves a los DDHH, de manera que se respeten los fines disuasivos generales y particulares de la pena. Establecer, en toda sede penal utilizada como centro de reclusión, principios básicos de trato digno sin privilegios injustificados.

## **DERECHO AL AGUA, EMERGENCIAS Y RESPONSABILIDADES DEL ESTADO Y DE LAS EMPRESAS SANITARIAS<sup>12</sup>**

- 1 Capítulo redactado por Macarena Contreras y Judith Schönsteiner.
- 2 El presente capítulo se enmarca en la investigación del Proyecto Fondecyt de Iniciación N° 11150853.



## SÍNTESIS

La falta de prevención en la garantía del derecho humano al agua potable ha significado, en los últimos años, cortes significativos de ese servicio para los usuarios. A la luz de los estándares de derecho internacional de los derechos humanos y de los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos, de 2011, esta investigación pretende analizar en qué medida el Estado de Chile logra darles cumplimiento y, en este sentido, garantizar el derecho al agua potable en situaciones de emergencias. Esto es especialmente relevante en un contexto en el que –en teoría– la obligación de garantizar el derecho está repartida entre una Superintendencia y la empresa estatal, ECONSSA S.A. Debido al carácter económico, naturalmente monopolístico, que envuelve a la industria de agua potable, es fundamental que la normativa, la fiscalización, el acceso a la justicia y las instituciones relacionadas con su abastecimiento a la población, propendan a que las empresas concesionarias de este recurso, estatales y privadas, den cumplimiento a sus planes de inversión. En el presente estudio se muestra cómo la falta de prevención de futuros riesgos y desastres, la escasa fiscalización a las empresas, las multas que no constituyen un real incentivo de cumplir, el reducido acceso a la justicia y la reparación ante los cortes de agua y, en consecuencia, el incumplimiento de los estándares internacionales, traen como resultado la carencia de este imprescindible recurso y la vulneración por parte del Estado de su obligación de velar por un derecho trascendental –al agua potable– para el disfrute de otros derechos, como el derecho a la salud y o la educación.



## INTRODUCCIÓN<sup>3</sup>

En los últimos años, hemos visto cómo en varias situaciones –de índole natural como los aluviones o por otros motivos como la ruptura de una matriz en Providencia<sup>4</sup> se afecta seriamente el suministro de agua potable. Los aluviones en la cordillera y en la precordillera, causados por intensas lluvias, durante y también fuera de las estaciones usuales, han llegado a volverse rutinarios. Desde el 2010, se han producido numerosos acontecimientos naturales, que se intensifican con los fenómenos climáticos de El Niño y de La Niña. Chañaral ha sido asolado por estos aluviones, al igual que diversas comunidades, por segunda vez en el lapso de un año y otras localidades han quedado aisladas por varios días. Entre el 2010 y el 2015, en todo el territorio nacional hubo 154.184 cortes de agua no programados, por un total de 26.761 días, afectando en promedio a 354 clientes por cada uno de los 154.184 cortes,<sup>5</sup> principalmente a causa de la imposibilidad de seguir procesando las aguas superficiales de los ríos cuando adquieren un alto grado de turbiedad.

Lo anterior se suma a la amenaza al recurso hídrico de consumo humano provocada por las sequías, que se generan a raíz del cambio climático y la sobreexplotación de los recursos hídricos, especialmente en los territorios del centro y norte del país. Además, estamos ante una

- 3 Las autoras agradecen el valiosísimo apoyo de Marco Silva y Carlos Miranda, ayudantes del Proyecto Fondecyt de Iniciación N° 11150853, en relación al rol de las empresas estatales. Además, agradecemos los aportes de Valentina Fuentes, ayudante del *Informe* y apreciamos los muy oportunos comentarios de Óscar Recabarren, Pablo Soto, Matías Guiloff y Rafael Mery a una versión anterior de ese texto. Los errores que puedan existir en el artículo son, obviamente, de nuestra responsabilidad.
- 4 La Superintendencia de Servicios Sanitarios culminó con la investigación respecto a este hecho y formulará cargos por la rotura de la matriz, la SISS imputó a la empresa la entrega de información manifiestamente errónea y el incumplimiento de instrucciones. Véase en los comunicados de prensa de la Superintendencia, 04 de agosto de 2017. Disponible en: <http://www.siss.gob.cl/577/w3-article-16636.html>
- 5 Véanse, SISS, Informes de Gestión 2010-2015, disponibles en [www.siss.cl](http://www.siss.cl). No incluye datos de los cortes de Aguas Chañar del año 2015 ya que la SISS excluyó estos datos de su balance.

sobreexplotación y una seria afectación de las napas subterráneas y superficiales incluso en el sur de Chile.<sup>6</sup>

Parte de este problema quedó en evidencia en el *Informe 2013*, donde analizamos la situación de escasez hídrica en la provincia de Petorca. Recientemente, un fallo de la Corte Suprema estableció que una serie de derechos provisorios de aguas no podían ser otorgados por afectar derechos definitivos de otros, incluyendo pequeños agricultores de la Quinta Región interior.<sup>7</sup> En total, solo un 6% de los derechos de aguas a nivel nacional han sido otorgados para la producción de agua potable.<sup>8</sup> El 73% de las aguas dulces se usan para la agricultura, y el 13% en la minería.<sup>9</sup>

También debemos mencionar, como parte del contexto, la actual regulación de los recursos hídricos, especialmente el Código de Aguas, que no permite la priorización del consumo humano, ni siquiera en una situación de emergencia ni de una escasez momentánea o constante.<sup>10</sup> Además, existe una desigualdad considerable en el consumo de agua potable: en el período 2007-2008, la mayor cantidad se utiliza en las comunas de Colina, Horcón, Las Condes, Pirque, San Antonio, San José de Maipo, Vitacura y Zapallar.<sup>11</sup> Durán observa, a partir de los mismos antecedentes y cruzándolos con datos de pobreza, que a mayor pobreza, mayor dificultad de acceso al agua potable, a pesar de la casi universal conectividad al suministro en el país.<sup>12</sup>

Más allá de la necesaria pregunta sobre si estos aluviones deberían ser razón para enmendar los planos reguladores sobre áreas aptas para vivienda e industria, y si ciertas localidades frecuentemente afectadas debieran ser reubicadas –que no contestaremos en este trabajo– surge una interrogante clave en relación al suministro de agua potable a corto, mediano y largo plazo. Así, en 2015, Caldés, ex gerente general de ECONSSA Chile S.A., identificó como uno de los factores claves para el “futuro de la industria [sanitaria]” que “[l]a escasez hídrica que

6 Véase DGA, Atlas del Agua, Chile 2016, p. 74, disponible en <http://www.dga.cl/atlasde-lagua/Paginas/default.aspx>.

7 CS, 3 de mayo de 2017. Véase también, Ciper Chile.cl: “Corte Suprema zanjó polémica disputa por derechos de agua en Petorca”, 4 de mayo 2017.

8 Véase datos en Plan Estratégico de Recursos Hídricos, p. 17.

9 *Ibíd.*

10 Véase para todos los puntos, Matías Guiloff, *Informe 2013*; Óscar Recabarren, “El Derecho de Aguas Chileno desde la óptica del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Medio Ambiente”, *Revista de Derecho Ambiental FIMA*, 2015, p. 109.

11 SISS, Mapas de consumo (datos de 2007/2008), disponible en <http://www.siss.gob.cl/577/w3-article-9097.html>.

12 Gustavo Durán, “Agua y pobreza en Santiago de Chile. Morfología de la inequidad en la distribución del consumo domiciliario de agua potable”, *Revista Latinoamericana de Estudios Urbano Regionales EURE*, vol. 41, no 124, 2015, pp. 225-246. Especialmente, pp. 232 y 237, confirmando los resultados con cifras del 2009. No pudimos obtener cifras más recientes.

se instaló en el país está afectando los sistemas de producción de agua en el norte y centro del territorio nacional, presionando el marco normativo y las tarifas, pero por sobre todo puede colocar en riesgo el abastecimiento de agua potable de la comunidad. Lo anterior [y otros factores] dejan al descubierto que el modelo requiere de algunos ajustes de adaptabilidad al nuevo entorno, y la industria debe ser más activa y elaborar propuestas para el nuevo ciclo. Este no es solo un tema que corresponde al regulador.”<sup>13</sup> Caldés extraña una mirada a largo plazo de la industria y del regulador, así como inversión en I+D (investigación y desarrollo científico) para enfrentar estos desafíos y, más bien, constata por parte de esos actores “autocomplacencia e inmovilismo”.<sup>14</sup>

Parte de tal “autocomplacencia” se puede considerar el intento de las sanitarias de alegar la hipótesis de fuerza mayor. La única situación en la que se podría discutir la pertinencia de la hipótesis son los 13 días de corte de suministro ocasionados por el daño directo que generó un aluvión en una estación de procesamiento de agua en Ovalle cuando bajaba por el cauce del río Elqui.<sup>15</sup> Es el único caso que, según la definición de debida diligencia del derecho internacional, podría parcialmente enmarcarse en la figura de fuerza mayor (véase sección 1.4). Incluso *ese* evento climático no fue considerado fuerza mayor por la SISS.

Las situaciones de emergencia –considérese solamente lo ocurrido en el Perú en 2017–<sup>16</sup> muestran que los fenómenos climáticos relacionados van “avanzando” hacia el sur y, por tanto, son un factor de riesgo inminente para Chile. Estas situaciones amenazan el derecho al agua potable a pesar de una cobertura a nivel nacional de ese recurso de 99.8%, y de alcantarillado en un 100%.<sup>17</sup> Ante ellas y frente a posibles situaciones como la contaminación masiva (accidental o intencional) de aguas que se usan para generar el suministro de agua potable, surge la pregunta respecto a si el sistema de servicios de agua potable y servicios sanitarios en Chile es capaz de prevenir violaciones al derecho al agua como lo define el derecho internacional de los derechos humanos. Esto es aún más grave en lugares cubiertos por el sistema de agua

13 Gabriel Caldés, *La Industria Sanitaria en Chile de cara al siglo 21*, Santiago, RIL Editores, 2015, p. 21.

14 Caldés 2015, *op. cit.*, p. 94-95.

15 Cámara de Diputados, *Informe de la Comisión Especial Investigadora acerca del rol de la Superintendencia de Servicios Sanitarios y de la Empresa Concesionaria de Servicios Sanitarios S.A. (ECONSSA), respecto de los problemas generados por la empresa Aguas del Valle en el tratamiento y distribución de agua potable en la Región de Coquimbo*, 2 de enero de 2016, p. 57.

16 Véase INDECI Perú, Resumen de Temporada de Lluvias diciembre 2016-junio 2017, disponible en <http://www.indeci.gob.pe/emergencias.php?item=MjE0NQ>.

17 Según datos recogidos en Plan Estratégico Recursos Hídricos, p. 17. La faltante cobertura se concentra en áreas rurales semiconcentradas, afectando a 195.000 personas, lo que corresponde en estas áreas a una cobertura de solo 2%.

potable rural, ya que las cooperativas no tienen la capacidad de reaccionar – en cuanto a recursos y tecnología – a tales situaciones. En la presente investigación, sin embargo, nos enfocaremos en el agua potable urbana, sin perjuicio de que el derecho al agua potable y saneamiento, sin discriminación, es aplicable tanto al campo como a la ciudad.

En este contexto, es menester destacar que el derecho internacional de los derechos humanos no solo se enfoca en la compensación de los daños generados y en el acceso a la justicia, sino especialmente, en la *prevención* de las situaciones que afecten los derechos humanos. Este deber de prevención es particularmente relevante en relación a la protección del contenido básico o núcleo del derecho al agua<sup>18</sup> y será también el enfoque de esta contribución.

Ciertamente, los casos de supuesta fuerza mayor que generan cortes en el servicio no son el único problema con relación al derecho al agua potable. Especialmente, la contaminación permitida del agua potable con metales pesados y arsénico –por contenido natural o generada por la actividad minera o industrial– merece un debate, ya que, en las ciudades del norte de Chile, solamente un 37,3% de los habitantes considera que la calidad del agua no afecta a la salud, mientras un 42,8% de los encuestados por la SISS sí piensa que la afecta.<sup>19</sup>

Además, es menester analizar las tarifas del agua potable como también el sistema de agua potable rural. Debido a las serias deficiencias que presenta el sistema tarifario del agua y particularmente, su abastecimiento rural,<sup>20</sup> este capítulo los abordará someramente. Aspectos como el sistema de aguas servidas, y la eficacia del control de RILES o la contaminación del agua potable generada por el uso de pesticidas y plaguicidas en el sector agrícola, aunque fueron considerados temas fundamentales del debate, no se podrán tratar en esta contribución.

18 Martin Scheinin, "Core Rights and Obligations", en: Dinah Shelton, (ed.), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, OUP 2013, pp. 527-540. La obligación de prevención es un principio del derecho ambiental, vinculado íntimamente con el derecho al agua potable; véase, por ejemplo, Philippe Sands y otros, *Principles of Environmental Law*, Cambridge University Press, 2012, p. 200-202.

19 Notas 6 y 7 expresan "satisfacción", notas menos de 4, "insatisfacción"; véase SISS, Encuesta de Satisfacción de Clientes 2015, disponible en [http://www.siss.gov.cl/577/articulos-16237\\_est\\_percep.pdf](http://www.siss.gov.cl/577/articulos-16237_est_percep.pdf).

20 Solo mencionar que en la región de Atacama las tarifas del agua potable en concesiones de ECONSSA S.A. hubieran subido entre el 41 y 62% en 2016 si el Estado no hubiera asumido la financiación de obras de mejoramiento como una planta desalinizadora. Sin estudiar la situación mayormente, se puede decir que el Estado asumió su deber de garantizar el derecho al agua potable ante la imposibilidad de que lo hagan los privados. Véase ECONSSA Chile S.A., Memoria 2016, p. 26. Según Caldés 2015, *op. cit.*, p.121, con una priorización del agua de consumo humano, esta medida no hubiera sido necesaria.

## METODOLOGÍA

La investigación se basa en métodos socio-jurídicos, identificados en las respectivas secciones. Como en Chile existen distintas formas a través de las cuales el Estado busca cumplir con su obligación de proveer agua potable a la población, la selección de casos se hizo considerando criterios que persiguen el afán de cubrir esta diversidad con la mayor fidelidad posible. Es por ello que, para el análisis detallado del sistema de provisión de agua potable en Chile, se seleccionaron distintos tipos de empresas, según régimen de fiscalización y supervisión y, finalmente, si existieran varias empresas de un mismo tipo, según tamaño, privilegiando las empresas con más clientes.

En este sentido, la muestra de empresas estudiadas incluye a ECONSSA S.A., como empresa estatal con funciones de fiscalización; Aguas del Valle S.A. y Aguas Chañar S.A., por los acontecimientos de aluviones en la IV región. En las regiones en las que ECONSSA S.A. no opera –Región Metropolitana, VII y X región– se seleccionaron las proveedoras más grandes: Aguas Andinas S.A. y ESSAL S.A., que será tratada como filial de Aguas Andinas. En la mayoría de las empresas sanitarias, el Estado es accionista minoritario con un máximo de 5% de las acciones a nombre de la CORFO; las implicancias jurídicas de esta participación se analizarán más abajo. Por último, mencionamos brevemente las Cooperativas de Agua Potable Rural, debido a su particular modo organizacional y por recibir colaboración técnica principalmente en el marco de la responsabilidad social empresarial de parte de grandes empresas.

La información se ha obtenido desde las páginas web de los actores involucrados, mediante entrevistas<sup>21</sup> y solicitudes de acceso a la información pública.

Este capítulo procede de la siguiente forma: en la segunda sección –a continuación de esta introducción– se resumirán los estándares del derecho internacional de los derechos humanos en la materia. Luego se revisará someramente el marco legal (sección 3), incluyendo un breve resumen de los cambios que introduciría la reforma al Código de Aguas al sistema de agua potable y sanitario, y las políticas públicas para reaccionar ante emergencias así como el marco de fiscalización y acceso a la justicia con relación al derecho al agua potable. En seguida, se describen los distintos regímenes de servicios de agua potable y sanitarios en Chile que han sido creados mediante diferentes sistemas

21 Solicitudes de entrevistas a Aguas Andinas, ECONSSA, Andess, todas sin respuesta al 10 de julio de 2017. Las solicitudes fueron enviadas a distintos funcionarios / empleados, y reiteradas por lo menos dos veces, indicando que la negativa de otorgar una entrevista iba ser registrada en la investigación.

de privatización a través de concesiones, con una limitada facultad por parte del Estado de influenciar la conformación de los directorios de las empresas privadas, mediante una participación de un 1% que le otorga derechos de accionista minoritario (sección 4).

La descripción de ese sistema permitirá un análisis de sus distintos aspectos desde una perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos. En definitiva, el objeto de esta investigación es, entonces, analizar la capacidad del Estado de garantizar efectivamente el derecho al agua, previniendo, según los estándares de debida diligencia aplicables, su afectación.

## 1. EL DERECHO AL AGUA EN EL DERECHO INTERNACIONAL<sup>22</sup>

El derecho al agua potable y saneamiento ha sido reconocido por primera vez explícitamente en la Observación General N.º 15 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales en 2002.<sup>23</sup> Esta Observación General se basa en los artículos 11 y 12 del PIDESC, donde se hace referencia al agua, pero sin conferir un estatus de derecho autónomo. Al crear un Relator Especial sobre el Derecho al Agua en 2008, el Consejo de Derechos Humanos se hizo cargo de ese reconocimiento internacional. En 2010, finalmente, la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó la Resolución 64/292 que reconoce la existencia del derecho al agua y saneamiento.<sup>24</sup> Así, el derecho humano al agua fue reconocido directamente por los Estados, mientras en la Observación General N.º 15 se había desarrollado su alcance y contenido, en virtud de la función del Comité de proveer la “interpretación autoritativa” del PIDESC.<sup>25</sup>

22 Véase, por ejemplo, Silvia Bertazzo, “La Tutela del Acceso al Agua Potable en el Derecho Internacional”, *Revista de Derecho, Coquimbo*, Año 22, N.º2, 2015, pp. 55-92, y Gonzalo Aguilar Cavallo, “The Human Right to Water and Sanitation: Going Beyond Corporate Social Responsibility”, *Utrecht Journal of International and European Law*, 29(76), 2013, pp. 39–64, y Gonzalo Aguilar Cavallo, “The Human Right to Water and Sanitation: From Political Commitments to Customary Rule?”, 3 *Pace Int’l L. Rev. Online Companion* 136 (2012).

23 Sobre estándares de *soft-law* en relación al derecho al agua potable, véase Takele Soboka, *The extraterritorial application of the human right to water in Africa*, Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 46 y ss.

24 Asamblea General de la ONU, A/RES/64/292 of July 28, 2010. 122 Estados votaron a favor, ninguno en contra. Se registraron 41 abstenciones, véase <https://www.un.org/press/en/2010/ga10967.doc.htm>.

25 Alexander Orakhelashvili, *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*, Oxford / New York, Oxford University Press, 2008, p. 515.

### 1.1. Alcance y contenido del derecho<sup>26</sup>

La Observación General de 2002 desarrolla el contenido y alcance del derecho, siguiendo la estructura básica de observaciones generales anteriores, y también la estructura de obligaciones que había derivado para otros DESC. Define obligaciones estatales generales, y algunas básicas de cumplimiento inmediato que son independientes de la disponibilidad de recursos económicos.<sup>27</sup> En cuanto al contenido, el derecho implica que el agua debe estar físicamente accesible; ser de calidad y culturalmente aceptable; estar en un lugar donde la seguridad física de las personas puede ser garantizada<sup>28</sup> y a un precio que no comprometa la capacidad de las personas de adquirir otros servicios básicos.<sup>29</sup> La OG también indica que el derecho debiera ser justiciable.<sup>30</sup>

Mientras el carácter independiente del derecho al agua se ha criticado, hay buenos argumentos para confirmar esta autonomía.<sup>31</sup> Incluso si se reconociera solamente el carácter subsidiario del derecho al agua, el contenido definido en la observación general es inevitablemente obligatorio para los Estados, ya que se extiende, en base al PIDESC, a la obligación de respetar, proteger y garantizar. El Comité explica al respecto: “La obligación de cumplir exige que los Estados Partes adopten las medidas necesarias para el pleno ejercicio del derecho al agua. Esta obligación comprende, entre otras cosas, la necesidad de reconocer en grado suficiente este derecho en el ordenamiento político y jurídico nacional, de preferencia mediante la aplicación de las leyes; adoptar una estrategia y un plan de acción nacionales en materia de recursos hídricos para el ejercicio de este derecho; velar por que el agua sea asequible para todos; y facilitar un acceso mayor y sostenible al agua, en particular en las zonas rurales y las zonas urbanas desfavorecidas.”<sup>32</sup>

En cuanto al derecho a vivir en un medioambiente sano, el Estado necesita disponer de un sistema jurídico y de políticas públicas que permitan prevenir la contaminación de fuentes de agua potable;<sup>33</sup>

26 Véase también secciones de estándares en Guiloff, *Informe 2013, op. cit.* y Recabarren 2015, *op. cit.*, p. 109, así como en Óscar Recabarren, “El estándar del derecho de aguas desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos y del medio ambiente”, *Estudios Constitucionales*, año 14, N°2, 2016, pp. 305-346.

27 Véase Martin Liber, “International Legal Discourse on the Human Right to Water and Sanitation from the Latin American Point of View”, *Inter-American and European Human Rights Journal*, 4(2011), 1/2, pp. 136-154.

28 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 15, El Derecho al Agua (Art. 11 y 12 del PIDESC), 2002, E/C.12/2002/11, párr. 12.

29 *Ibid.*, párr. 27.

30 Comité DESC, *op. cit.*, párr. 55.

31 Véase Soboka, *op. cit.*, capítulo 2.

32 *Ibid.*, párr. 26.

33 *Ibid.*, párr. 26.

protegerla contra el uso excesivo para otros fines;<sup>34</sup> definir la prioridad de su uso para el consumo personal;<sup>35</sup> asegurar su distribución no-discriminatoria entre la población<sup>36</sup> y “establecer mecanismos de socorro de emergencia”.<sup>37</sup> El derecho al agua potable y saneamiento está vinculado íntimamente a los derechos a la salud, a la vida y a un medio ambiente sano.<sup>38</sup> Los Estados deben adoptar un plan de realización completa del derecho al agua potable y saneamiento<sup>39</sup> y garantizar el derecho a la participación en su elaboración.<sup>40</sup>

Sobre la prevención, los Estados deben regular el uso del agua potable de acuerdo a las obligaciones establecidas en el derecho internacional y resumidas en los párrafos anteriores; tomar todas las medidas legislativas y administrativas necesarias para lograr la prevención de la afectación del derecho al agua, ya sea por terceros, por los propios proveedores, o por acontecimientos naturales que son predecibles o cuyos efectos se pueden prevenir o mitigar.<sup>41</sup> Las afectaciones más graves deben ser impedidas con disuasivos eficaces. En este sentido, las obligaciones de prevención se relacionan principalmente con las de debida diligencia del Estado y abarcan también la debida diligencia estatal en la fiscalización de quienes podrían estar violando el derecho al agua potable, y en proveer acceso eficaz a la justicia para las personas naturales que vean sus derechos vulnerados.<sup>42</sup>

Además, las Directrices de la Subcomisión de Derechos Humanos del 2005, documento de *soft-law* emitido por una comisión de expertos de la ONU que pueden complementar la interpretación autoritativa del Comité DESC, reiteran que “los Estados debieran dar prioridad a entregar agua potable y saneamiento a los servicios e instituciones que están al servicio de grupos vulnerables, tales como escuelas, hospitales, prisiones y campamentos de refugiados”.<sup>43</sup> Además, debieran aprobar e implementar legislación que proteja el acceso de las personas a sus fuentes tradicionales de agua en áreas rurales.<sup>44</sup> En esta misma línea,

34 *Ibid.*, párr. 8, 28, 44b.

35 *Ibid.*, párr. 6.

36 International Water Courses Convention, Art. 10.2; Comité DESC, OG 15, párr. 6. Véase también Soboka, *op. cit.*, p. 53.

37 Comité DESC, *op. cit.*, párr. 44(c).v.

38 *Ibid.*, párr. 12(c), 13-15.

39 *Ibid.*, párr. 10.

40 Subcomisión de Derechos Humanos, Directrices sobre la realización del derecho al agua potable y saneamiento, Informe del Relator Especial Hadji Guissé, 2005, E/CN.4/Sub.2/2005/25, párr. 2.3(e).

41 *Mutatis mutandis*, Corte IDH, caso *Hacienda Brasil Verde contra Brasil*, sentencia de 20 de octubre de 2016.

42 Véase Cecilia Medina, *The American Convention on Human Rights*, Intersentia, 2016.

43 Subcomisión 2005, *op. cit.*, párr. 3.3.

44 Véase Subcomisión 2005, *op. cit.*, párr. 3.4.

la Subcomisión de Derechos Humanos señala que los Estados deberían adoptar medidas para prevenir el consumo excesivo y promover el uso eficiente del recurso, por ejemplo, mediante la educación pública, la diseminación de tecnologías apropiadas de ahorro de agua y, si es necesario, también medidas de restricción al uso del agua, siempre respetando el mínimo definido por el derecho internacional de los derechos humanos para el uso personal. En este sentido, el derecho al agua potable debería ser ejercido de manera sustentable para las generaciones presentes y futuras.<sup>45</sup>

En relación al deber de protección, respecto a las empresas estatales, el Comité DESC señaló, además, que los Estados deberían dar pasos para prevenir que sus propios ciudadanos y empresas violen el derecho al agua de individuos y comunidades en otros países.<sup>46</sup>

En cuanto a los servicios de agua potable que los Estados hayan decidido licitar o cuya administración está de otra forma entregada a terceros, el Comité DESC indica: “Cuando los servicios de suministro de agua (como las redes de canalización, las cisternas y los accesos a ríos y pozos) sean explotados o estén controlados por terceros, los Estados Partes deben impedirles que menoscaben el acceso físico en condiciones de igualdad y a un costo razonable a recursos de agua suficientes, salubres y aceptables. Para impedir esos abusos debe establecerse un sistema regulador eficaz de conformidad con el Pacto y la presente Observación general, que prevea una supervisión independiente, una auténtica participación pública y la imposición de multas por incumplimiento.”<sup>47</sup>

El Comité hace hincapié en la obligación de no discriminación en relación al acceso al agua potable, reflejando así la cláusula recogida en el Art. 2 PIDESC. El acceso al agua potable limpia sin discriminación se encuentra mencionado, también, en el artículo 14.2(h) de la Convención CEDAW y en el artículo 24.2(c) de la Convención sobre los Derechos del Niño. Asimismo, se consagra en el Art. 28.2(a) de la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad. Esta misma Convención indica en su artículo 11 una norma específica sobre situaciones de emergencia, relevante para esta investigación: “Los Estados Partes adoptarán, en virtud de las responsabilidades que les corresponden con arreglo al derecho internacional, y en concreto el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos, todas las medidas necesarias para garantizar la seguridad y la protección de las personas con discapacidad en situaciones de riesgo, incluidas situaciones de conflicto armado, emergencias humanitarias y desastres naturales.”

45 Véase Subcomisión 2005, *op. cit.*, párr. 4.2 y 4.4.

46 Comité DESC, *op. cit.*, párr. 33.

47 *Ibid.*, párr. 24.

Es importante recalcar en este contexto que gran parte del derecho humano al agua no está sujeto a la progresividad, sino que –según el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, en su Observación General N.º 14 sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud mental y física– constituye una obligación básica de cumplimiento inmediato.<sup>48</sup> Además, no se permite regresividad en relación a los DESC, y menos aún en cuanto a sus obligaciones inmediatas o “núcleo”.

En la reciente Convención Interamericana sobre Derechos de las Personas Mayores, ratificada por Chile, se reconoce el derecho al agua, indirectamente, como parte del derecho a vivir en un medio ambiente sano: “Garantizar el acceso de la persona mayor en condiciones de igualdad a servicios públicos básicos de agua potable y saneamiento, entre otros.” (Art. 25).

Finalmente, en la Agenda 2030 sobre Objetivos de Desarrollo Sustentable con la que Chile se comprometió en el marco de las Naciones Unidas, el Objetivo 6 está directamente relacionado con el derecho al agua potable y saneamiento y proporciona una base internacional de políticas públicas para la garantía de este derecho. El Objetivo apunta a “garantizar la disponibilidad de agua y su gestión sostenible y el saneamiento para todos” e incluye dos metas relevantes para esta investigación: la eficiencia en la utilización de los recursos hídricos y “proteger y restablecer los ecosistemas relacionados con el agua, incluidos los bosques, las montañas, los humedales, los ríos, los acuíferos y los lagos”, para así, hasta el 2030, “lograr el acceso universal y equitativo al agua potable, a un precio asequible para todos”.<sup>49</sup>

## 1.2. Responsabilidad de las empresas estatales

Las acciones y omisiones de las empresas estatales generan responsabilidad internacional del Estado en la medida que: a) cumplen una función gubernamental, por ejemplo, de regulación o fiscalización o b) están controladas por órganos estatales.<sup>50</sup>

Los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre Empresas y

48 Comité DESC OG N.º 14, párr. 43.

49 Objetivos de Desarrollo Sostenible, Objetivo 6, Garantizar la disponibilidad de agua y su gestión sostenible y el saneamiento para todos, disponible en <http://www.un.org/sustainabledevelopment/es/water-and-sanitation/>.

50 No podemos profundizar en este tema. Ver sobre la argumentación jurídica, Schönsteiner, Draft on Attribution, MPIL, 1 de diciembre de 2016, proyecto con financiamiento de Fondecyt de Iniciación N.º 11150853. Ver generalmente, Mikko Rajavuori, “How Should States Own? Heinisch v Germany and the Emergence of Human Rights Sensitive State Ownership”, *EJIL* Vol 26 N.º 3, 2015, pp.727-746; y en general, Jonas Dereje, *Staatsnahe Unternehmen. Die Zurechnungsproblematik im Internationalen Investitionsrecht und weiteren Bereichen des Völkerrechts*, Nomos, 2015.

Derechos Humanos (en adelante PR), son un instrumento de *soft-law* adoptado por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, que también hace alusión a algunas obligaciones estatales en virtud de los tratados que han ratificado los países. En cambio, el Informe sobre Empresas Estatales del Grupo de Trabajo de la ONU sobre Empresas y Derechos Humanos reconoce que solamente las empresas del Estado tendrían la función “ejemplar” de mostrar cómo cumplir con el segundo pilar de los PR. Mientras esta interpretación merece su crítica desde el derecho sobre la responsabilidad internacional del Estado,<sup>51</sup> confirma que el estatus de las empresas estatales no es simplemente el mismo que el de las empresas privadas.

A la vez, el Principio 4 parece ir más allá de lo reconocido por el derecho de responsabilidad internacional del Estado cuando se refiere al criterio de “propiedad” como un factor relevante en relación a la creación de responsabilidades. El Principio Rector 4 indica: “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 de crédito a la exportación y los organismos de seguros o de garantía de las inversiones, exigiendo en su caso, la debida diligencia en materia de derechos humanos.”

Es importante destacar que los PR en este sentido, y tal como señalamos, solo representan *soft-law*, y que las obligaciones jurídicas internacionales de los Estados derivan de las obligaciones convencionales y del derecho consuetudinario sobre atribución de responsabilidad internacional del Estado.

Sin embargo, no es solo el Principio Rector 4 el que se refiere explícitamente a las empresas estatales. Lo hace también el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que considera que existe una obligación de las empresas estatales y no solamente una responsabilidad de actuar ejemplar. Así, la Observación General 15 es más explícita y exigente en establecer que debe “abstenerse (...) de inmiscuirse arbitrariamente en los sistemas consuetudinarios o tradicionales de distribución del agua, de reducir o contaminar ilícitamente el agua, por ejemplo, con desechos procedentes de instalaciones pertenecientes al Estado”.<sup>52</sup>

Cuando se trate de la prestación de servicios básicos tercerizados, el derecho internacional de los derechos humanos es muy claro en asignar la responsabilidad al Estado mismo; el PRS nuevamente es más vago en indicar que “Los Estados deben ejercer una supervisión adecuada con vistas a cumplir sus obligaciones internacionales de derechos humanos

51 Véase Schönsteiner *Informe* 2016.

52 Comité DESC, op. cit., párr. 21.

cuando contratan los servicios de empresas, o promulgan leyes a tal nivel, que puedan tener un impacto sobre el disfrute de los derechos humanos.”

### **1.3. Responsabilidad de las empresas privadas (Pilar II de los Principios Rectores)**

Las responsabilidades empresariales están reconocidas como obligaciones en el derecho internacional. Este capítulo no se dedicará a discutir la crítica a esta realidad jurídica, a pesar de encontrarla acertada, considerando que organismos que gozan de un sinnúmero de derechos a nivel internacional deberían también aceptar las correspondientes obligaciones.<sup>53</sup>

Lo establecido respecto a las obligaciones estatales indirectas –en relación a privados o terceros– sobre el derecho al agua potable y saneamiento está resumido, por ejemplo, en la Observación General 15 del Comité DESC: “A fin de crear un clima propicio al ejercicio de este derecho, los Estados partes deberán adoptar las medidas apropiadas para cerciorarse de que, al desarrollar sus actividades, el sector de la empresa privada y la sociedad civil conozcan y tengan en cuenta la importancia del derecho al agua.”<sup>54</sup> Más allá de esta obligación de debida diligencia del Estado, los PR reconocen una responsabilidad (no justiciable, no vinculante) de las mismas empresas en relación a los derechos humanos. Deben “respetar” los derechos humanos<sup>55</sup> y tratar de “prevenir o mitigar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos directamente relacionadas con operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales, incluso cuando no hayan contribuido a generarlos.”<sup>56</sup>

Así, las empresas debieran establecer un compromiso político a favor de los derechos humanos, adoptado “al más alto nivel” en la empresa.<sup>57</sup> Además, deben contar con un sistema que asegure el respeto de la debida diligencia empresarial, esto es, un proceso continuo que incluye “una evaluación del impacto real y potencial de las actividades sobre los derechos humanos, la integración de las conclusiones, y la actuación al respecto; el seguimiento de las respuestas y la comunicación de la forma en que se hace frente a las consecuencias negativas.”<sup>58</sup> La debida diligencia y las demás responsabilidades empresariales se extienden también hacia el derecho al agua potable y saneamiento, ya que este derecho se debe considerar parte de la Carta de Derechos Humanos.<sup>59</sup>

53 Véase contribuciones en Jernej Letnar y Tara Van Ho (eds.), *Human Rights and Business: Direct Corporate Accountability for Human Rights*, Wolf Legal Publishers, 2015.

54 Comité DESC, *op. cit.*, párr. 49.

55 Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos, 2011, Principio Rector 11.

56 *Ibíd.*, Principio Rector 13.

57 *Ibíd.*, Principio Rector 16.

58 *Ibíd.*, Principio Rector 17.

59 Se consideran parte de esta Carta, la DUDH, el PIDESC y el PIDCP. Véase, también, Principio Rector 12.

Se entiende que las empresas deben prevenir las violaciones a los derechos humanos considerando la “capacidad de influencia” que tienen para “prevenir las consecuencias negativas”.<sup>60</sup> El comentario puntualiza, en relación a lo último, que “[u]na empresa que contribuya o pueda contribuir a generar consecuencias negativas sobre los derechos humanos debe tomar las medidas necesarias para poner fin o prevenir esa situación y ejercer su influencia para mitigar en la mayor medida posible otras consecuencias. Se considera que tiene influencia la empresa que sea capaz de modificar las prácticas perjudiciales de una entidad que provoque un daño.”<sup>61</sup> Esto abarca también, tal como establecen claramente las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, temas de tráfico de influencia y corrupción.<sup>62</sup> El Comentario a los Principios Rectores establece por su parte que “[l]os procedimientos de reparación deben ser imparciales y estar protegidos contra toda forma de corrupción o intento político o de otro tipo de influir en su resultado.”<sup>63</sup>

En lo concreto, esta responsabilidad (que existe más allá de todas las obligaciones legales que las empresas sanitarias puedan tener en función del derecho nacional, y que son las que el Estado debe implementar para no violar sus obligaciones convencionales internacionales) es de las empresas, y se extiende a sus contratistas y sus cadenas de suministro.<sup>64</sup>

Finalmente, el Estado debe garantizar el acceso a la información pública. El sector sanitario, por comercializar un bien que es fundamental para garantizar un derecho, está íntimamente relacionado con el interés público.<sup>65</sup>

#### **1.4. Fuerza mayor en el derecho internacional de los derechos humanos**

Según el derecho internacional público, la fuerza mayor se refiere “a una fuerza irresistible o un acontecimiento imprevisto, ajenos al control del Estado, que hacen materialmente imposible, en las circunstancias del caso, cumplir con la obligación” internacional del Estado.<sup>66</sup> La interpretación de la cláusula es estricta, y en ningún caso el evento puede haber sido causado por el Estado que alega fuerza mayor, ni tampoco haber contribuido de forma alguna a su ocurrencia.

Deja incólume la obligación de debida diligencia que incluye la prevención del daño a los derechos humanos. Esta obligación se basa en el

60 Principio Rector 19.

61 Comentario al Principio Rector 19.

62 Véase OCDE, Directrices para Empresas Multinacionales, versión revisada del 2011.

63 Principio Rector 25.

64 Principio Rector 19.

65 Grupo de Trabajo del Protocolo San Salvador considera que toda la información relacionada con el cumplimiento del derecho, se debe considerar *per definitionem*, información pública; ver GTPSS, Indicadores de Progreso para la Medición de Derechos Contemplados en el Protocolo de San Salvador, párr. 18.

66 Comisión de Derecho Internacional, Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad Internacional del Estado del 2001, Art. 23.

conocimiento —o lo que debiera haber sabido el Estado— sobre los riesgos al goce de los derechos, y la adopción de todas las medidas razonables para enfrentar estos riesgos. En este mismo sentido, ha razonado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Öneriyildiz contra Turquía*. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha definido la obligación de debida diligencia del Estado ante acciones u omisiones de privados en el caso *Ximenes López contra Brasil*, aplicando estándares de responsabilidad internacional del Estado según el artículo 5 del Proyecto de Artículos, porque se trataba de servicios públicos privatizados. Aplicado al tema de esta investigación, el estándar de debida diligencia requiere que el Estado garantice el servicio que realice el derecho, de tal manera que sea conforme a sus obligaciones en virtud del PIDESC. No puede alegar falta de conocimiento para excusarse de no haber actuado diligentemente. Debe, por tanto, crear un sistema que le permita estar al tanto de los riesgos y posibles violaciones, tal como si fuera un servicio directo del Estado. Al mismo tiempo, en virtud de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos (PR 17), las empresas deben contar con un marco de derechos humanos y aplicar un enfoque preventivo y de debida diligencia que incluye la identificación y remediación de los riesgos a los derechos humanos, y la transparencia al respecto. La creación de este marco les permitirá también identificar cuáles serían las hipótesis reales de fuerza mayor y cuáles son los riesgos que deben evitar o mitigar en sus operaciones.

## 2. EL SISTEMA DE AGUA POTABLE EN CHILE

La primera observación que llama la atención es la dispersión de los actores políticos que en nuestro país están involucrados en temas de agua dulce. No hay un ministerio o una entidad coordinadora, sino varios ministerios ocupados de la materia —Ministerio de Obras Públicas, Ministerio de Agricultura, Ministerio de Medioambiente— que aún no disponen de una coordinación clara para este tema. Las políticas nacionales y estrategias nacionales sobre el asunto son de reciente data y aún no han logrado una visión integrada de los recursos hídricos desde el Estado. Esto tiene como consecuencia la ya mencionada falta de visión a largo plazo en materia de agua potable, además de la debilidad ante presiones particulares de ciertas industrias o actores con poder de influenciar las políticas públicas.

Las empresas sanitarias en Chile cumplen un rol fundamental en la sociedad, ya que están a cargo del abastecimiento de agua potable para todas y todos los habitantes del país.<sup>67</sup> Las empresas estatales y

67 DFL 382. Ley General de Servicios Sanitarios, Artículo 5 inc. 2.

municipales cubren un 4.3% de los servicios de agua potable, mientras las empresas privadas tienen, en total, un 95,7% del mercado. El 23% de la totalidad de clientes obtiene agua potable por parte de empresas privadas que operan, en comodato, una concesión administrada por una empresa estatal, ECONSSA Chile S.A. Las concesiones de Concepción, Valdivia, y Santiago (VIII, X, y RM) son las más antiguas y son directas, lo que implica que las empresas concesionarias son dueñas de los derechos de aguas relacionadas con la concesión. La creación de ECONSSA Chile S.A. con la figura de comodato responde a la preocupación del Estado por resguardar el patrimonio estatal.<sup>68</sup> Este objetivo debió compatibilizarse con “que los contratos de transferencias [de ECONSSA Chile S.A.] fueron concebidos para promover la posibilidad de que las empresas privadas se interesaran en la tarea de producción, distribución y tratamientos del agua.”<sup>69</sup>

Por otro lado, las empresas sanitarias no solo responden a la necesidad del consumo de agua potable, sino que también, en su gran mayoría, cubren el rol de recolección, tratamiento y disposición de las aguas servidas.<sup>70</sup> Finalmente, varias de ellas se dedican a negocios asociados no regulados, como la venta de aguas servidas, o el aprovechamiento múltiple de aguas como consta en el convenio de Aguas Andinas con AES Gener, donde las aguas del río Maipo servirían para la generación eléctrica y, posteriormente, para el abastecimiento de agua potable de la Región Metropolitana.<sup>71</sup> Estos negocios no regulados son la principal opción de crecimiento de las empresas, ya que el mercado del agua potable llegó principalmente a su máxima extensión, al alcanzar el casi 100% de cobertura. Consultada sobre la posibilidad de usos múltiples que se podrían dar a la misma agua, particularmente entre la generación de la energía eléctrica y la provisión de agua potable, la SISS respondió: “Son condiciones muy particulares las que se deben cumplir para llevarla a cabo, y estas no son necesariamente extrapolables a lo largo del país, y con menor probabilidad en las localidades del centro y norte de Chile, que es donde se detectan los mayores problemas de escasez del recurso hídrico.”<sup>72</sup>

68 Informe de la Comisión Especial Investigadora acerca del Rol de la Superintendencia de Servicios Sanitarios y de la Empresa Concesionaria de Servicios Sanitarios S.A. (Econssa) respecto de los Problemas Generados por la Empresa Aguas del Valle en el Tratamiento y Distribución de Agua Potable en la Región de Coquimbo, 12 de enero de 2016, p. 10.

69 Juan Latorre, Presidente del Directorio ECONSSA Chile S.A. en Comisión de Recursos Hídricos y Desertificación, Periodo legislativo 2014 – 2018, Acta de la sesión ordinaria N° 102, de la 363a Legislatura, 12 de abril de 2017.

70 El tratamiento de aguas servidas no es objeto del presente estudio, solo en cuanto puede constituir un riesgo para la provisión de agua potable, por ejemplo, después de eventos de contaminación masiva por RILES.

71 Comisión Investigadora, p. 84.

72 Entrevista SISS, por escrito, 3 de julio de 2017.

## **2.1. Marco regulatorio general del agua potable en Chile**

Todas las empresas sanitarias se rigen por el mismo marco regulatorio, sin importar su propiedad o constitución, donde presentan considerables diferencias. Como esta investigación está especialmente interesada en establecer la capacidad del sistema de garantizar el derecho humano al agua en situaciones de emergencia, también se revisará, dentro del marco regulatorio, las funciones de la ONEMI y de otras entidades gubernamentales que reaccionan en caso de emergencias, así como la coordinación entre las distintas instituciones públicas y privadas para estos efectos. Finalmente, se consideran las políticas públicas relevantes, en especial, las relacionadas a los recursos hídricos, riesgos y desastres, y de cambio climático.

### **2.1.1. Marco legal actual**

La Constitución chilena no reconoce el derecho al agua potable y al saneamiento. Más bien, a nivel legislativo, y protegido por el derecho a la propiedad privada consagrado en el Art. 19 inciso 24° de la Constitución, se protegen “derechos de aguas” que están constituidos solamente por criterios de propiedad sobre una cierta fuente de agua dulce. En sus inicios, estos derechos fueron otorgados gratuitamente a quienes primero los inscribieron.<sup>73</sup> A pesar de lo anterior, por su carácter de mercado monopólico, el abastecimiento de agua potable (y el saneamiento que no es objeto de esta investigación) es una materia que se encuentra ampliamente regulada en la legislación chilena, aunque no lo sea en los parámetros del derecho humano al agua, como se mostrará en este capítulo.

En efecto, las empresas que entregan el servicio de agua potable y alcantarillado, funcionan siempre y a causa de un sistema de concesiones por territorio como un mercado monopólico con bandas de tarifas previamente acordadas entre el regulador y la concesionaria,<sup>74</sup> y se rigen en cuanto a su constitución por el derecho privado, ya que prácticamente todas son sociedades anónimas abiertas.<sup>75</sup> Gran parte del sistema está basado en la premisa jurídica de que los derechos de aguas que otorga el Código de Aguas son gratuitos y cedidos de manera indefinida y sin condicionamiento respecto al uso que se da al agua.<sup>76</sup> El artículo 147 bis inc. 3° de este Código, “faculta al Presidente de la República para denegar parcialmente una petición de derecho de aprovechamiento cuando sea necesario reservar los recursos hídricos

73 Recabarren 2015, *op. cit.*, p. 116 y 117.

74 Sean estas empresas estatales, con participación del Estado o, como en la mayoría de los casos, privadas.

75 Artículo 2, Ley 18.046.

76 Excepción son las empresas operadoras de concesiones de ECONSSA S.A., que reciben los derechos de agua en comodato, por tanto, permanecen en el Estado. Véase sección 4.1.

para el abastecimiento de la población por no existir otros medios para obtener agua. Pudiendo igualmente denegar las solicitudes de derechos de aprovechamiento de uso no consuntivo, cuando concurren circunstancias excepcionales y de interés nacional”.<sup>77</sup> La Dirección General de Aguas tiene la facultad similar de rechazar el otorgamiento parcial de los derechos si los caudales solicitados están “manifiestamente” fuera de equivalencia con el uso que se les pretende dar (Artículo 147 bis inc. 2º). No obstante, la norma no opera respecto a derechos otorgados con anterioridad<sup>78</sup> y, por tanto, la capacidad del Estado de tener acceso al agua en situaciones de emergencia es precaria.

Las distintas empresas sanitarias están sujetas a la normativa sanitaria sin distinción,<sup>79</sup> es decir, a las normas sobre cómo producir el agua potable, sobre el régimen de concesiones, sobre la fiscalización por parte de la SISS, y las relaciones de las concesionarias entre sí y con el Estado y los usuarios, respectivamente.<sup>80</sup> El Reglamento especifica normas sobre los Planes de Desarrollo obligatorios que las empresas deben presentar, definiendo las inversiones que harán en materia de desarrollo de infraestructura y tecnología; autocontrol y fiscalización en materia de calidad del agua potable y los subsidios de agua potable. Sin embargo, no define con precisión la mirada estratégica que estos planes deben tener. Este aspecto queda sujeto a la definición de protocolos internos de la SISS. Este marco normativo es el resultado de un proceso de privatización casi completo del mercado del agua potable, que se suma a la privatización de los derechos de aguas a partir del año 1981<sup>81</sup> y que fue desarrollada a través de la SISS, creada por la Ley 18.902.

En tanto, la Ley 18.885, de 1990, faculta expresamente al Estado, a través de la Corporación de Fomento de la Producción, en adelante CORFO, y al Fisco, a desarrollar actividades empresariales en materia de agua potable y alcantarillado, para lo cual se dispone de sociedades anónimas (Art. 1 Ley 18.885). Después de establecer tres concesiones directas, con la respectiva pérdida de los derechos de aguas, el Estado cambió de modelo de privatización y creó una empresa estatal que daría en comodato los derechos de aguas y las instalaciones sanitarias, además de cobrar por la concesión.<sup>82</sup> De acuerdo con el artículo 2<sup>83</sup>

77 Recabarren 2015, *op. cit.*, p. 113.

78 *Ibid.*

79 Ley General de Servicios Sanitarios, Artículo 4.

80 Ley General de Servicios Sanitarios, Artículo 1.

81 Caldés 2015, *op. cit.*, pp. 21 y ss.

82 Comisión Investigadora de la Cámara de Diputados, Antecedentes generales, p. 10.

83 Ley 18.885 Artículo 2. El objeto de estas sociedades sería producir y distribuir agua potable, recolectar, tratar y disponer aguas servidas, y realizar las demás prestaciones relacionadas con dichas actividades en la forma y condiciones establecidas en los decretos con fuerza de ley N°s. 382 y 70, ambos del año 1988, del Ministerio de Obras Públicas.

de la normativa se crearon once empresas sanitarias estatales. Dichas empresas son las sucesoras legales del Servicio Nacional de Obras Sanitarias<sup>84</sup> y, en la constitución de cada una de estas empresas en sociedades anónimas, fue el Fisco de Chile el que a través de la representación de tesorería contaría con una participación de un 1% dejando el 99% restante a la CORFO.<sup>85</sup> Además, la Ley 18.885 permitió al Estado la creación de sociedades anónimas abiertas privadas para constituir las empresas de servicios sanitarios. Siendo sociedades anónimas abiertas, las empresas sanitarias serán obligadas –por la Ley sobre sociedades Anónimas, Ley 18.046,<sup>86</sup> como también por el DL 3.538 de 1980–,<sup>87</sup> a entregar la información requerida a la Superintendencia de Valores y Seguros y quedarán sometidas a su fiscalización.

Sin poder profundizar en esta temática aquí, el marco legislativo se complementa por la Ley de Tarifas de Servicios Sanitarios, DFL N° 70 del Ministerio de Obras Públicas, que regula la normativa principal con respecto al régimen tarifario aplicado a las empresas sanitarias. Lo más relevante es que estas tarifas se encuentran preestablecidas por períodos de cinco años, dentro de rangos predefinidos que toman en cuenta una serie de factores y se aprueban por la SISS.<sup>88</sup> El proceso de negociación de las tarifas es completamente confidencial, incluso los funcionarios de la SISS que no están directamente involucrados no manejan antecedentes de ello;<sup>89</sup> aunque se escuche al respectivo Consejo de la Sociedad Civil de la SISS en la elaboración de los términos de referencia, este no tiene acceso a toda la documentación, y no incide en cómo se cumplen estos términos de referencia en la negociación definitiva de la tarifa.<sup>90</sup> Esta falta de transparencia viola el aspecto participativo y de acceso a la información en relación al derecho humano al agua potable.

Para usuarios de menores recursos económicos, existe un subsidio al agua potable que se regula en la Ley de Subsidio al pago del consumo de agua potable y servicio de alcantarillado (Ley N.º 18.778 de 1989).<sup>91</sup> No solo lo reciben familias que participan de Chile Solidario o programas similares, sino cualquier familia que gaste más del 3% de sus

84 Ley 18.885, Artículo 3.

85 Ley 18.885, Artículo 4.

86 Ley 18.046, Artículo 2. inc. 4º.

87 Decreto Ley 3.538, Artículo 3.

88 Véase también DFL. 453. Aprueba el Reglamento del DFL. 70 de 1988, del Ministerio de Obras Públicas, que establece la fijación de tarifas de servicios de agua potable y alcantarillado.

89 Comisión Investigadora, representante ANFUSSA, p. 89.

90 Entrevista Fernando Barcells, Director de Chile Ciudadano, 1 de junio de 2017.

91 Véase también el Reglamento de la Ley de Subsidio (DS del Ministerio de Hacienda N° 195/1998).

ingresos en agua potable.<sup>92</sup> El Estado, en este sentido, se hace cargo de la obligación general que garantiza el acceso al derecho sin discriminación por el nivel de ingreso. Los municipios, además, son responsables de proporcionar el agua potable a los campamentos (Art. 52 DFL 382).

Finalmente, el Código de Aguas es relevante en cuanto proporciona la normativa sobre otorgamiento de derechos de aguas, que son necesarios inscribir para poder explotar una concesión de agua potable. Además, es la ley la que genera el contexto en el que opera el derecho al agua, ya que define los usos y derechos de quienes compiten con el consumo humano, especialmente, en situación de escasez o estrés hídrico. En Chile, el agua es un “bien nacional de uso público”, pero los derechos de aguas no conllevan costo o tarifa para quienes los detentan, o sea, para quienes directamente tienen derechos de aguas, este recurso es gratis. Es cierto que el proceso de privatización, en principio, no es contrario a lo que dispone el derecho internacional de los derechos humanos. Incluso, podría contribuir al cumplimiento con el derecho al agua potable si el Estado decidiera –como en Chile– operar a través de una alianza público-privada. Sin embargo, tal privatización y la correspondiente regulación se consideraría violación en el momento en que el derecho humano al agua potable se vea mermado.<sup>93</sup> Como mostraremos en la sección siguiente, este es el caso de Chile en la actualidad.

### 2.1.2. Propuesta de Reforma al Código de Aguas

Aunque se esté llevando a cabo una reforma a la regulación, como veremos, hoy nos vemos enfrentados a graves problemas que surgen de la normativa vigente, visto desde una perspectiva de derechos humanos: en la actualidad el Código permite “el libre ejercicio de los derechos de aguas, estableciendo plena libertad para el uso del agua a la que se tiene derecho”,<sup>94</sup> es decir, quien posea el derecho no requiere justificar el objetivo o la finalidad que le dará al recurso.

Es contraria al derecho internacional esta falta de prioridades de uso que se acentúa porque “al efectuarse una transferencia de derechos de aguas, no es necesario que el actual propietario mantenga el uso al cual

92 Véase <http://chilebeneficios.cl/subsidio-de-agua-potable/>. Sin embargo, esta regla no se encontró plasmada en la Ley 18.778 sobre Subsidios de Agua Potable, ni en la página del SISS. Véase <http://www.siss.gob.cl/577/w3-propertyvalue-3556.html>. Decreto Exento N°30 de 17, enero 2013, del Ministerio de Hacienda. La información en las páginas de municipios y SMAPA coincide en relación de esta información sobre el 3%.

93 Naciones Unidas. A/RES/70/169 Asamblea General, *Los derechos humanos al agua potable y el saneamiento*. Resolución aprobada el 17 de diciembre de 2015. Párr. 5 letra d).

94 María Ignacia Sandoval, “Ausencia de la regulación de usos prioritarios de las aguas en Chile: propuesta de modificación legal al Código de Aguas desde una perspectiva comparada”, *Justicia Ambiental. Revista de Derecho Ambiental de la ONG FIMA*, Santiago 2015, p. 138.

se destinaba el agua”.<sup>95</sup> Es notable que el Código de Aguas de 1951 sí contemplara una prioridad para el uso humano del agua dulce. Tal como se plantea, es posible afirmar que la asignación de este recurso se encuentra determinada por el mercado.<sup>96</sup> Lo anterior se observa a través de la normativa, específicamente si se efectúa “una interpretación armónica de los artículos 22<sup>97</sup> y 140 del Código de Aguas [se desprende de ellos que] la autoridad –en este caso, la Dirección General de Aguas– deberá constituir el derecho de aprovechamiento de aguas siempre que exista disponibilidad del recurso y que no afecten los derechos de terceros, indiferente del tipo de uso que se pretenda dar al recurso”.<sup>98</sup> La DGA no tiene la requerida discrecionalidad para rechazar una solicitud, ni siquiera por razones de interés público o para proteger un derecho humano, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 147bis del Código de Aguas.

Reconociendo el problema,<sup>99</sup> el proyecto de reforma al Código de Aguas cambiaría la normativa con respecto al derecho de aprovechamiento, toda vez que se busca asegurar el agua para el consumo humano, incluyendo el saneamiento y el caudal ecológico.<sup>100</sup> Se contempla la modificación del art. 5, letra b) del Código, agregando un nuevo inciso, el cual señalaría que “para estos efectos, se entenderá por interés público las acciones que ejecute la autoridad para resguardar el consumo humano y el saneamiento, la preservación ecosistémica, la disponibilidad de las aguas, la sustentabilidad acuífera y las actividades productivas”.<sup>101</sup> El debate en el Congreso ha sido arduo y aún no se sabe si estas disposiciones se aprueban. En las últimas indicaciones del Gobierno al proyecto, del 12 de abril de 2017, la definición de prioridades del uso de aguas quedaría establecida como sigue: “Siempre prevalecerá el uso para el consumo humano, el uso doméstico de subsistencia y el saneamiento, tanto en el otorgamiento como en la limitación al ejercicio de los derechos de aprovechamiento. La autoridad deberá siempre velar por la armonía y el equilibrio entre la función de preservación ecosistémica y la función productiva que cumplen las aguas.”<sup>102</sup>

Las justificaciones o fundamentos de la presente modificación recaen en que, tal como ha sido reconocido de manera internacional,<sup>103</sup>

95 *Ibíd.*

96 Guilloff, *Informe 2013, op. cit.*, p. 268.

97 Código de Aguas, Artículo 22.

98 Guilloff, *Informe 2013, op. cit.*, p. 268.

99 Informe de la Comisión de Hacienda recaído en el Proyecto de Ley que reforma el Código de Aguas. Boletín 7543/12, p. 5.

100 Ministerio de Medio Ambiente, Reglamento para la determinación del Caudal Ecológico Mínimo, 22 de mayo de 2012.

101 Informe de la Comisión de Agricultura, Silvicultura y Desarrollo Rural recaído en el proyecto de Ley que reforma el Código de Aguas. Boletín 7543/12, p. 109.

102 Boletín 7543/12, artículo 5bis, indicaciones 12 de abril de 2017.

103 Véase Resolución Asamblea General 64/292, 2010, *op. cit.*

el acceso al agua potable es un derecho y como tal ha de ser reconocido por las disposiciones internas de nuestro país, y en este sentido parece no ser una enmienda tan controvertida como otras.<sup>104</sup> Los elementos restantes de la reforma no se pueden profundizar en esta oportunidad.

### 2.1.3. Fuerza mayor

Como el enfoque de esta investigación es el goce del derecho al agua potable en situaciones de emergencia, evaluaremos brevemente la normativa aplicable sobre fuerza mayor. En el derecho chileno, el criterio de fuerza mayor (o “caso fortuito”) no es muy distinto que en el derecho internacional general. Se considera dado cuando exista “el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público”.<sup>105</sup> Sin embargo, para servicios públicos –y, por tanto, también servicios privatizados– según el artículo 5º de la LGSS, se interpretan de manera restrictiva las causales de fuerza mayor.<sup>106</sup> Así, en la cuenta pública ante el parlamento, el 1 de junio de 2017, la Presidenta de la República indicó que no es fuerza mayor lo que está pasando en relación a los cortes de agua potable por aluviones y turbiedad de los ríos, porque “no podemos predecir las catástrofes naturales, pero sí podemos estar preparados para enfrentarlas. Y esta es una tarea del Estado, pero en la que las personas pueden ayudar (...)”.<sup>107</sup> La SISS especificó: “Por la naturaleza misma del servicio público sanitario, donde existe una empresa altamente tecnificada a cargo de la ejecución, reparación y reposición permanente de la infraestructura sanitaria, los hechos que pueden ser calificados como fuerza mayor son más bien escasos y poco habituales.”<sup>108</sup> Un solo argumento de caso fortuito había sido acogido por la SISS: trabajos por un tercero que ocurrieron en terreno de un tercero privado, donde la empresa sanitaria no pudo acceder para prevenir o mitigar inmediatamente. Se nota, entonces,

104 Véase Boletín N° 7543-12, proyecto de ley, mensaje del 17 de marzo de 2011, párr. 4.3. Véanse intervenciones de diputados y diputadas en debate de primer trámite constitucional, 22 de noviembre 2016, disponible en <http://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=12203%20&prmTIPO=TEXTOSESION>. Véase, también, varios panelistas en Seminario CLAPES UC, enero 2017, confirman que Proyecto de Ley se inspira (discursivamente y en el contenido) en el derecho humano al agua potable y saneamiento.

105 Código Civil, Artículo 45.

106 Agradecemos esta observación a Pablo Soto.

107 Presidencia, Discurso de la Cuarta Cuenta Pública de la Presidenta Michelle Bachelet, 1 de junio de 2017, disponible en [www.presidencia.cl](http://www.presidencia.cl).

108 Entrevista SISS, por escrito, 3 de julio de 2017.

que la hipótesis está interpretada de manera restrictiva.<sup>109</sup> Las sanitarias deberían evitar costos de litigio administrativo y prescindir de cuestionar cada decisión con recursos y en tribunales, para resguardar los recursos del fiscalizador.

Es la SISS la entidad encargada de determinar si efectivamente hubo fuerza mayor cuando lo alegue una empresa sanitaria para justificar su incumplimiento de la continuidad de servicio.<sup>110</sup> La SISS rechazó el argumento de caso fortuito también en el caso de un aluvión que bajara dentro del cauce del río Elqui en 2015.<sup>111</sup> La existencia de aluviones y aludes en nuestro clima y geología es completamente previsible y se deben tomar todas las medidas adecuadas y razonables para proteger la infraestructura sanitaria de ellos, además de proveer fuentes alternativas de agua cruda durante estos fenómenos meteorológicos (turbiedad del agua). Así, el Superintendente de Servicios Sanitarios explicó después de los cortes masivos en abril de 2017: “Esto no es fuerza mayor, es un evento de la naturaleza que se repite en el tiempo. Las empresas concesionarias de servicios sanitarios de todo el país deben responder con los estándares de profesionalismo que la ley les exige y, a su vez, estas deben informar veraz y oportunamente al organismo que los regula y fiscaliza, en este caso la SISS, sobre su plan operativo para eventos de alta turbiedad, estableciendo su plan de monitoreo en los puntos altos de la cuenca, principalmente, antes que se pase del estado de normalidad al de alerta.”<sup>112</sup>

Solo se podría imaginar la excusa de fuerza mayor si las instalaciones alternativas (estanques, pozos, norias), a pesar de la necesaria debida diligencia en relación a su ubicación y protección, fueran afectadas ellas mismas por un aluvión.

Para la carencia de agua cruda, la Ley de Servicios Sanitarios establece una norma específica sobre el caso de fuerza mayor, indicando en su artículo 35 que: “En el evento de que la falta de provisión de agua cruda se debiera a fuerza mayor, y los concesionarios fueren obligados a suscribir contratos de provisión de la misma, se establecerán nuevas tarifas que incorporen el efecto del mayor costo, si éste existiere.” Una vez que la fuerza mayor se superara, volverán a regir las tarifas anteriores. Si no se

109 Véase, por ejemplo, SISS, Res. Ex. 2580-2016 (ESSAL), 3648-2015 (ESVAL), 3764-2013 (Aguas Andinas), 3863-2011 (ESSBIO), 4423-2011 (Aguas Altiplano), 543-2015 (Aguas Andinas), 826-2011 (Aguas Altiplano), 1758-2012 (ESSBIO), 1994-2016 (Aguas Andinas), 2244-2011 (ESVAL), 4847-2014 (ESVAL), Véase también Rol: 90-2008, 29/08/2008.

110 Reglamento Arts. 97, 99, 110; Art. 122 atención en emergencias, Art. 125 entrega de agua por comuna. LGSS Art. 35, cuando se afecte continuidad del servicio deben entregarse los antecedentes a la SISS.

111 Gerente general Aguas del Valle en Comisión Investigadora, p. 57.

112 Véase SISS, Superintendente Ronaldo Bruna, <http://www.siss.gob.cl/577/w3-article-15724.html>.

determina fuerza mayor en un cierto caso, no se podrán ajustar las tarifas a menos que sea dentro del proceso tarifario quinquenal.

Lo que es necesario, sin embargo, desde un punto de vista de derechos humanos, es que las decisiones de la SISS en materia de fuerza mayor sean efectivamente razonadas y fundamentadas.<sup>113</sup>

La SISS se debería regir por el estándar de derecho internacional de los derechos humanos cuando determine si proceden multas y sanciones a las sanitarias por falta de prevención de cortes de suministro, siempre que se trate de una violación al derecho humano al agua. En todo caso, las construcciones de instalaciones de captación y tratamiento de agua cruda superficial deben instalarse, en cuanto sea posible, en áreas fuera del camino usual de los aluviones. Para estos efectos, las autoridades correspondientes deben entregar información actualizada a la SISS y al público general, en virtud del derecho a la información pública en materia de derechos sociales.

## **2.2. Políticas públicas relacionadas con el agua potable y el manejo de riesgos y desastres**

En relación al enfoque específico de esta investigación, a saber –la capacidad del Estado de garantizar el derecho al agua en situaciones de emergencia– es necesario analizar también el marco de políticas públicas aplicable a situaciones de riesgo de desastres. Como Chile ha suscrito el Marco de Sendai para la Reducción de Riesgo de Desastres (2015-2030),<sup>114</sup> se ha empezado a adecuar el marco de políticas públicas a ese acuerdo internacional. Esta sección resume las principales herramientas políticas e institucionales de prevención y reacción a desastres y su aplicabilidad al sector de agua potable. Se apreciará que el enfoque preventivo que existe en materia de construcción antisísmica –la más eficaz del mundo– no encuentra su símil en la política de prevención en relación al abastecimiento de la población con agua potable.

Se mostrará que la mayor brecha de cumplimiento con el derecho humano al agua potable es –además de la falta de reconocimiento constitucional– la falta de reconocimiento legislativo y político del derecho humano al agua y la falta de un enfoque de derechos humanos en las mismas políticas que permitirían el cumplimiento eficaz del derecho al agua potable.

113 Derecho a un fallo razonado, artículo 8.1 CADH. Esta interpretación no desconoce la controversia de derecho administrativo sobre el punto, pero exige decisiones razonadas cada vez que un derecho humano esté involucrado.

114 El Marco de Sendai para la Reducción del Riesgo de Desastres 2015-2030 es un compromiso internacional adoptado en el marco de las Naciones Unidas por la tercera Conferencia Mundial de las Naciones Unidas celebrada en Sendai (Japón), en relación a políticas públicas en materia de reacciones a emergencias y desastres. Documento disponible en [https://www.unisdr.org/files/43291\\_spanishsendaiframeworkfordisasters.pdf](https://www.unisdr.org/files/43291_spanishsendaiframeworkfordisasters.pdf).

#### **2.1.4. Pérdida de veto sobre la venta de derechos de aguas afectos a las concesiones directas**

Un punto muy crítico parece ser la falta de visión a largo plazo que tuvo el Estado en el momento de vender las primeras concesiones de agua potable, a saber, las que hoy están en manos de Aguas Andinas, ESVAL, y ESSAL. Así, y a través de su participación como accionista minoritario, el Estado vía CORFO posee un 5% de las acciones de Aguas Andinas (y otras empresas privadas del sector), todas correspondientes a la llamada serie B. Por disposición de los estatutos de la(s) empresa(s),<sup>115</sup> solo deben reunir un quórum menor a las demás acciones con derecho a voto en caso de aprobar o vetar la venta o alguna limitación al dominio de los derechos de aprovechamiento de aguas o de las concesiones sanitarias. Así, con la mayoría absoluta de las acciones de la serie B se podría impedir la venta o limitación de los derechos de aguas; usualmente, es necesario una mayoría de 75% de los accionistas. Esta medida parecería garantizar un mínimo resguardo de los derechos de aguas relacionados a una concesión de agua potable.

Sin embargo, cuando las acciones de la serie B se conviertan en acciones de la serie A, lo que ocurre por venta, en casos como ESVAL, o por expiración automática después de 50 años de vigencia de la concesión, como en el caso de Aguas Andinas, la CORFO, y con ella el Estado de Chile, ya no tendrían posibilidad alguna de vetar la venta de los derechos de aguas correspondientes a la concesión. Dicho de otra manera, el Estado estará adecuando los derechos de aguas de las concesionarias directas a los derechos de aguas de la industria agrícola y minera, privándose de su capacidad regulatoria para cumplir con sus obligaciones internacionales de derechos humanos, a menos que lo pueda hacer a futuro a través de una modificación en la ley.

Esta figura contractual constituye una violación grave al deber de garantizar el derecho al agua potable, ya que, en ese entonces, ya no será posible impedir que las concesiones sanitarias se queden “secas” y que el agua cruda para la elaboración de agua potable se deba comprar a otros actores a precios elevados. La normativa actual solamente consigna que la empresa debe “poseer” los derechos de aguas a su nombre, pero no que las deba usar para efectos de la producción de agua potable. Ya en la situación actual de escasez hídrica nos encontramos con que el costo de compra de aguas crudas por parte de Aguas del Valle

115 Estatutos de Aguas Andinas, adoptados en su última versión el 21 de octubre 2013, disponible en [http://www.svs.cl/institucional/mercados/reporte\\_sajac/Sistema/paginas/mostrar\\_archivo.php?documento=txr\\_2013100102957.pdf](http://www.svs.cl/institucional/mercados/reporte_sajac/Sistema/paginas/mostrar_archivo.php?documento=txr_2013100102957.pdf). Estatutos Refundidos de ESVAL, reformados el 31 de agosto 2016, disponible en <http://www.svs.cl/institucional/mercados/entidad.php?mercado=V&rut=76000739&grupo=&tipoentidad=RVEMI&row=AAAUVUAbfAAAxAAS&vig=VI&control=svs&pestanian=5>.

a regantes, quienes poseen los derechos de aguas de manera gratuita, fue de 1.750 pesos por metro cúbico en 2015, mientras la tarifa fijada entre 2010 y 2015 que la empresa podía cobrar a sus clientes era de 282 pesos.<sup>116</sup> Eventualmente, incluso las personas deberán comprar agua potable por fuera de la regulación tarifaria de la Ley de Servicios Sanitarios, como ha ocurrido en Ovalle o Illapel en situaciones de emergencia, donde los costos *diarios* por familia ascendieron, según el alcalde de Ovalle en su declaración ante la Comisión Investigadora de la Cámara de Diputados del 2015, hasta 25.000 pesos.<sup>117</sup>

Ciertamente, la regulación sanitaria dispone que los derechos de aguas son “bienes afectos” a la concesión y no podrían ser vendidos en forma independiente (sin vender también la concesión al mismo comprador), el Estado quedará en 2049 solamente con una herramienta (la ley) para garantizar el acceso al agua potable en la Región Metropolitana. Considerando el problema de la captura del Estado,<sup>118</sup> –la captura de la agenda ejecutiva y/o legislativa, a veces incluso judicial– por intereses privados, ya sea mediante lobby o métodos ilícitos, este escenario constituye un riesgo a largo plazo para la garantía del derecho humano al agua.

Por estas razones el Estado chileno se ha puesto, en el proceso de privatización del agua potable, en una situación en la que eventualmente será muy complejo cumplir con la obligación de debida diligencia y prevención en la garantía de este derecho. Chile es uno de los países con mayores reservas de aguas dulces del planeta, pero arriesga no poder garantizar el derecho al agua potable a su propia población. El peligro es que se produzca un aumento artificial del precio del agua, de la misma manera que está ocurriendo hoy en relación a los territorios de pueblos indígenas que el Estado compra a privados, donde, según constatamos en el *Informe 2014*, existe una sobrevaloración del precio de la hectárea de más de 800%. Es urgente que este problema sea abordado de una manera integral, considerando factores jurídicos y empíricos a largo plazo. No tomar las correspondientes medidas de prevención de acuerdo con las obligaciones de debida diligencia en el derecho internacional de los derechos humanos, constituiría una violación grave del PIDESC y del derecho internacional. Priorizar el uso humano a través de una reforma del Código de Aguas, e idealmente en la Constitución, es tan solo una de las medidas imprescindibles para estos efectos.

116 Gerente General Aguas del Valle en Comisión Investigadora, p. 56.

117 Alcalde de Ovalle en Comisión Investigadora, p. 76.

118 Véase por ejemplo, Francisco Durand, *Extractive Industries and Political Capture. Effects on Institutions, Equality, and the Environment*, Oxfam Perú, 2016.

### **2.2.1. Política Nacional para los Recursos Hídricos 2015 (Ministerio del Interior) y Estrategia Nacional 2012-2015 de Recursos Hídricos (Ministerio de Obras Públicas)**

Mientras la política sobre emergencias es escueta en relación al abastecimiento con agua potable y, además, está recién en el levantamiento de datos y propuestas de herramientas para enfrentar los respectivos riesgos, existe una Política Nacional para los Recursos Hídricos<sup>119</sup> acompañada por una Estrategia Nacional de Recursos Hídricos a mediano plazo (2012-2015) que identifican medidas concretas sobre agua potable, principalmente, en relación a la equidad de acceso en zonas rurales.<sup>120</sup> Estos instrumentos de política pública toman en cuenta el abastecimiento con agua potable. En su cuenta pública del 1 de junio, la presidenta Michelle Bachelet resumió que “hemos aumentado en 50% la construcción de sistemas de Agua Potable Rural. En estos tres años, con 195 sistemas gestionados directamente por las comunidades, hemos dado alivio a más de 41 mil familias en el campo. Al finalizar el gobierno habremos abastecido de agua potable a casi 250 mil personas, es decir, al equivalente de una ciudad como Rancagua”.<sup>121</sup> Para concentrarnos en nuestra temática central, no analizaremos aquí si la calidad y asequibilidad del servicio corresponde realmente a un cumplimiento con el derecho humano al agua potable.

A pesar de identificar el agua potable como uno de los enfoques de la Política Nacional,<sup>122</sup> no encarga la prevención de su afectación a ningún órgano en específico. Sin embargo, hace énfasis en la necesidad de ahorrar el agua potable como parte de la Política Nacional para los Recursos Hídricos: “En línea con la eficiencia que debe imperar en la gestión del agua, es prioritario disminuir los consumos y minimizar las pérdidas de agua potable que no logra ser distribuida a los clientes debido a filtraciones, roturas de redes y demás deficiencias técnicas que se producen en las redes públicas de abastecimiento y recolección.”<sup>123</sup> Este objetivo, se asocia con medidas concretas en la Estrategia Nacional.<sup>124</sup> Las medidas de ahorro de agua deberían aplicarse, ciertamente, para los otros sectores que usan agua dulce, en especial, el sector agrícola que registra el 73% del uso consuntivo en Chile, y el sector minero con

119 Ministerio del Interior, Política Nacional para los Recursos Hídricos 2015, disponible en [http://www.interior.gob.cl/media/2015/04/recursos\\_hidricos.pdf](http://www.interior.gob.cl/media/2015/04/recursos_hidricos.pdf).

120 MOP, Estrategia Nacional de Recursos Hídricos 2012-2015, disponible en [http://www.mop.cl/Documents/ENRH\\_2013\\_OK.pdf](http://www.mop.cl/Documents/ENRH_2013_OK.pdf).

121 Véase Discurso de la Presidenta Bachelet, 1 de junio de 2017, disponible en [www.presidencia.cl](http://www.presidencia.cl).

122 Política Nacional Recursos Hídricos, *op. cit.*, p. 69.

123 Estrategia Nacional Recursos Hídricos, *op. cit.*, p. 17 y 36.

124 *Ibid.*, p. 26.

un 9%,<sup>125</sup> que ya ha tomado una serie de medidas.<sup>126</sup> Según el Atlas del Agua Chile 2016, el uso de agua por parte de la agricultura incluyendo los derechos no consuntivos es aún mayor: “Del total de agua disponible en el territorio nacional, se estima que el 82% es utilizado por el sector Agropecuario, un 7% por el área Industrial,<sup>127</sup> un 3% en la Minería y un 8% es utilizado para los servicios de Agua Potable y Saneamiento.”<sup>128</sup> Quienes son propietarios de los derechos de aguas, no pagan por ellos, ya que sus derechos se generaron mediante inscripción gratuita según el Código de Aguas. En el caso de la agricultura, tampoco pagan un impuesto específico como el royalty minero.

Los incentivos de ahorro de agua dulce deben diseñarse de tal forma que efectivamente convenga ahorrar en el recurso y que puedan ser fiscalizados. En este momento, la pérdida de derechos de aguas en caso de no uso produce contra incentivos al ahorro del agua. Mientras la SISS ha iniciado una campaña para el consumo responsable (voluntario) del agua potable,<sup>129</sup> los mayores consumidores de agua dulce no han aplicado aún tales medidas.

La Política Nacional para los Recursos Hídricos toma en cuenta las amenazas y riesgos creados por el cambio climático, los fenómenos meteorológicos y la escasez hídrica. No obstante, sus propuestas parecen carecer de efectividad ante la estructura del Código de Aguas que no permite priorizar el uso del agua potable en función del interés público, ni afectar derechos de propiedad que en primera instancia se entregaron de manera gratuita, pero ahora, su expropiación o afectación debería indemnizarse a precio de mercado bajo la hipótesis de escasez del recurso y la correspondiente posibilidad de especulación de precios. Además, carece de medidas claras para el sector agrícola, que es donde más agua dulce se consume. En ese sector hay que distinguir entre la agricultura de subsistencia, la que satisface, por un lado, el derecho a la alimentación consagrado en el artículo 11 PIDESC y la seguridad alimenticia nacional y, por el otro, la exportación de alimentos para fines comerciales o la agricultura con fines energéticos. En el presente capítulo, no podemos profundizar esta ponderación y quedará pendiente para una investigación futura.

125 *Ibíd.*, p. 13.

126 Véase, por ejemplo, <http://www.consejominero.cl/ambitos-estrategicos/recursos-hidricos/>.

127 Con derechos de aguas propios. El consumo (en metros cúbicos) por clientes de las sanitarias (comerciales e industriales) no está informado por la SISS, solo la cantidad de clientes de este tipo, véase Informe de Gestión 2015, p. 38.

128 Véase Atlas del Agua Chile 2016, p. 8.

129 SISS, Campaña para el consumo responsable, disponible en <http://www.siss.cl/577/w3-propertyvalue-3685.html>. La campaña no da recomendaciones prácticas / técnicas de cómo reducir el consumo, solo recomendaciones en la duración de uso.

En cuanto a los riesgos que representa el cambio climático para Chile, ha existido un Plan de Acción Nacional sobre Cambio Climático 2008-2012 a cargo del Ministerio del Medioambiente, pero aún no ha sido renovado. El correspondiente Plan de Adaptación al Cambio Climático sobre Recursos Hídricos está recién en etapa de estudio de vulnerabilidad.<sup>130</sup> La Política Nacional de Recursos Hídricos parte de la premisa de que existe una creciente escasez hídrica en el territorio nacional. Se ha elaborado, en 2016, una Línea Base sobre el Clima Comunal, incluyendo temperaturas y precipitaciones, con proyección hasta el 2050.<sup>131</sup>

En términos de institucionalidad, la Estrategia Nacional hace suya una conclusión de un informe de la OCDE del 2011 que establece que Chile es el país con la mayor dispersión institucional para la gestión del agua dulce, lo que genera problemas considerables de coordinación, fiscalización y administración.<sup>132</sup>

### **2.2.2. Política nacional y Plan Estratégico Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres**

La SISS participa de la Plataforma Nacional para la Reducción del Riesgo de Desastres, “apoyando específicamente en las materias relacionadas con el Capítulo 4 de la Política Nacional de la Gestión de Riesgo de Desastres” y en lo que se refiere a la identificación y caracterización de los riesgos principales.<sup>133</sup> Ni la Política Nacional ni el Plan Estratégico Nacional mencionan al suministro de agua potable como uno de los riesgos para el país, a pesar del rol clave de este recurso para el funcionamiento de la sociedad y la supervivencia de las personas. Solo la Política y la Estrategia Nacionales para los Recursos Hídricos se refieren al agua potable (ver 2.2.1.).

La ONEMI, criticada masivamente por su desempeño después del terremoto del 2010 y nuevamente durante y después de los incendios forestales del 2017,<sup>134</sup> está a cargo de coordinar la ejecución de la Política Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres, y también el Sistema Nacional de Protección Civil. Esto le da facultades en una situación de emergencia, según el artículo 67 del DFL 382; sin embargo, no tiene potestades específicas en lo que se refiere a la prevención de la afectación

130 Véase MMA, <http://www.mma.gob.cl/1304/w3-article-54769.html>.

131 Véase MMA, [http://portal.mma.gob.cl/wp-content/doc/Clima-Comunal\\_Informe\\_Final\\_29\\_08\\_2016-web.pdf](http://portal.mma.gob.cl/wp-content/doc/Clima-Comunal_Informe_Final_29_08_2016-web.pdf).

132 Estrategia Nacional de Recursos Hídricos, *op. cit.*, p. 29.

133 SISS, solicitud de información, refiriéndose a Plan Estratégico Nacional para la Gestión de Riesgos de Desastres, secciones 4.3.1 y 4.3.2, pp. 119-120.

134 Véase Proyecto de Ley para reemplazar la ONEMI por un Servicio Nacional de Gestión de Riesgos y Emergencias, Boletín 7550-06, indicación sustitutiva 16-12-2014 que crea el Servicio Nacional de Gestión de Riesgos y Emergencias.

del acceso al derecho humano al agua potable, a menos que la declaración de un estado de emergencia general, local o nacional le faculte para aquello. En relación a emergencias específicamente relacionadas con el agua, estas facultades radican en la DGA que puede declarar el estado de escasez hídrica, por un período máximo de 6 meses no prorrogables.<sup>135</sup>

Después de los cortes de agua por razones meteorológicas, la ONE-MI, la Intendencia de la Región Metropolitana y Aguas Andinas han adoptado, el 14 de junio de 2017, un protocolo de alerta preventiva (verde), amarilla y roja que permitirá clasificar con mayor anticipación los riesgos y tomar las medidas preventivas indicadas.<sup>136</sup>

Sin embargo, y a pesar de la facultad que en este sentido otorga la Ley General de Servicios Sanitarios a la SISS, en su artículo 47, no se ha creado la interconectividad de las redes de agua potable, por ejemplo, entre pequeñas empresas del Gran Santiago,<sup>137</sup> lo que impide reaccionar rápidamente a cortes de agua debiendo recurrir a fuentes de agua más resistentes a ciertas emergencias, como son las napas subterráneas en reemplazo del abastecimiento por camiones aljibe. Esto sin perjuicio del apoyo que las municipalidades –que “sirven como alternativa de abastecimiento ante una contingencia”<sup>138</sup>– reciben en forma de donación de parte de la Municipalidad de Maipú, vía camiones aljibe proporcionados o llenados por SMAPA Maipú.<sup>139</sup>

Según la Superintendencia, “no se [han registrado] casos en los cuales se haya visto en riesgo el suministro alternativo de agua potable por escasez del recurso.”<sup>140</sup>

### 2.3. Fiscalización y acceso a la Justicia

Son múltiples actores los que intervienen en la fiscalización de las empresas sanitarias. La Superintendencia de Valores y Seguros actúa como fiscalizadora si se trata de sociedades anónimas abiertas; la Dirección General de Aguas en relación a la constitución y el respeto de los derechos de aguas, y en lo que respecta la construcción de obras; la Superintendencia de Servicios Sanitarios para la fiscalización de calidad, tarifas, suministro, y planes de desarrollo de las empresas y el

135 Véase para vigencia de tales declaraciones al 31 de mayo, <http://www.dga.cl/administracionrecursoshidricos/decretosZonasEscasez/Paginas/default.aspx>, y [http://www.dga.cl/DGADocumentos/Decretos\\_vigentes.jpeg](http://www.dga.cl/DGADocumentos/Decretos_vigentes.jpeg).

136 Las autoras no han podido obtener la versión original del protocolo. Véase [http://www.intendenciametropolitana.gov.cl/n11589\\_15-06-2017.html](http://www.intendenciametropolitana.gov.cl/n11589_15-06-2017.html).

137 Entrevista Fernando Barcells, 1 de junio de 2017.

138 Entrevista SISS, por escrito, 3 de julio de 2017.

139 Entrevista SMAPA Maipú, gerente general, 19 de junio de 2017.

140 Entrevista SISS, por escrito, 3 de julio de 2017.

SERNAC para la protección de los derechos de los consumidores.<sup>141</sup> Adicionalmente, para fiscalizar a las empresas estatales y el servicio municipal, la Contraloría de la República tiene competencias. A pesar de esto, se argumenta que la fiscalización es débil, principalmente a causa de la falta de recursos económicos para visitas en terreno y la falta de independencia de la SISS.<sup>142</sup> En relación a ciertos aspectos del sector sanitario, tienen además competencias de sanción la Superintendencia de Medioambiente, la DGA, la Dirección de Obras Hidráulicas, y las Seremis de Salud, con algunos mecanismos de coordinación. Además, donde existen, los tribunales ambientales tienen facultades en relación a las evaluaciones de impacto ambiental de la infraestructura sanitaria.

### **2.3.1. La Superintendencia de Servicios Sanitarios y otros fiscalizadores administrativos**

La principal competencia fiscalizadora la tiene la ya mencionada Superintendencia de Servicios Sanitarios, cuyas funciones refieren a (i) la fiscalización de los prestadores de servicios sanitarios; (ii) al cumplimiento de las normas relativas a servicios sanitarios y (iii) al control de los residuos líquidos industriales que se encuentren vinculados a las prestaciones o servicios de las empresas sanitarias, pudiendo al efecto, de oficio o a petición de cualquier interesado, inspeccionar las obras de infraestructura sanitaria que se efectúen por las prestadoras, tomando conocimiento de los estudios que le sirven de base.<sup>143</sup> Su presupuesto correspondía, en 2015, a 600 pesos por habitante.

#### **Aspectos fiscalizados: los planes de desarrollo y la continuidad del servicio**

La SISS es competente para sancionar a las empresas sanitarias que no cumplen con las normas sobre calidad de agua, suministro (las últimas de forma paralela a los reportes de las sanitarias y de manera secreta),<sup>144</sup> cobro a los usuarios, y también si incumplen los planes de desarrollo

141 Sobre el cambio del cliente al consumidor en la industria sanitaria, véase Caldés, *op. cit.*, pp. 99-102.

142 Entrevista Fernando Barcells, 1 de junio de 2017. La debilidad de los organismos fiscalizadores sectoriales es un problema transversal, especialmente en cuanto a su dotación de recursos, las facultades de imponer multas y sanciones que eficazmente incentiven el cumplimiento de la norma, y la independencia de los organismos de las industrias. Véase Schönsteiner y otros, Conclusiones y Recomendaciones, Estudio Línea Base sobre Empresas y Derechos Humanos 2016, p. 78, disponible en [www.derechoshumanos.udp.cl](http://www.derechoshumanos.udp.cl).

143 Artículo 2, Ley 18.902. Crea la Superintendencia de Servicios Sanitarios. Sobre la delimitación de los ámbitos de fiscalización y aplicación de sanciones en lo relativo a los RILES de la SISS y de la Superintendencia de Medio Ambiente, se sugiere ver dictamen N° 25.248 de 2012, de Contraloría General de la República.

144 Entrevista SISS, por escrito, 3 de julio de 2017.

comprometidos cada 15 años. Para estos planes, deben dejar garantías del 5% del monto de inversión comprometida en planes de desarrollo, vía instrumentos financieros o seguros;<sup>145</sup> una cantidad que se debe considerar claramente insuficiente. Además, en 2012 la SISS empezó a exigir a las empresas sanitarias planes de emergencia.<sup>146</sup> Para el “fortalecimiento de la coordinación fina” entre las empresas y el Sistema Nacional de Protección Civil coordinado por la ONEMI, se instalaron Mesas de Trabajo Regionales.<sup>147</sup> Las iniciativas “Plan de invierno” y “Plan de verano”,<sup>148</sup> hasta la fecha, no han incorporado fiscalizaciones preventivas en relación a los efectos de las intensas lluvias sobre el suministro de agua potable; pero sí fiscalizan alcantarillado contra rebalses en invierno y suministro de agua potable afectado por sequía en verano.<sup>149</sup>

Las sanciones que la SISS impone se determinan según gravedad de las consecuencias y reiteración de los incidentes, y pueden implicar hasta la caducidad de la concesión. Esta situación ha ocurrido, hasta ahora, dos veces (Los Molles en 2012 y Aguacor en 2003).<sup>150</sup> En el caso de la sanitaria Los Molles, el decreto indica que “tiene también como fundamento que el prestador no ha constituido las garantías que resguardan el fiel cumplimiento del programa de desarrollo y de las condiciones de prestación de los servicios públicos sanitarios, que adquirió— por el solo ministerio de la ley y ha mostrado una actitud de desacato ante los más diversos requerimientos que le ha efectuado la entidad fiscalizadora.”<sup>151</sup>

En el caso del sector sanitario, los planes de desarrollo y su fiscalización son la única herramienta —junto a las instrucciones directas de la SISS a invertir ante eventos como sequía o aluviones— que existiría, hasta la fecha, para obligar a las empresas a enfrentar riesgos reales y conocidos con un enfoque preventivo. Son las empresas las que proponen la inversión en este ámbito y deben publicar anualmente lo efectivamente invertido. La SISS puede solicitar correcciones a los planes antes de aprobarlos, y multar por su incumplimiento. Sin embargo, como se argumentará más adelante, se puede observar que las multas

145 Art. 38 ss, Reglamento SISS.

146 Oficio SISS N° 1982 de 2012. Véase también, anteriormente, Oficio SISS N° 1241/05. ORD. N° 2409/07.

147 SISS, Respuesta a solicitud de información del 8 de abril de 2017, AM011T0000852.

148 Plan de invierno contiene medidas en relación a la obstrucción del alcantarillado de aguas servidas; Plan de Verano medidas contra la sequía. Ambos planes se fiscalizan. Véase también [www.siss.cl](http://www.siss.cl).

149 Véase [www.siss.cl](http://www.siss.cl).

150 MOP, Decreto 662 del 2 de septiembre de 2003, considerando c y d, y MOP, Decreto 176, 31 de julio de 2012, disponibles en <https://goo.gl/zuw3Mv>.

151 *Ibid.*, considerando 8.

asociadas a estas medidas son insuficientes como para constituir un real incentivo de cumplimiento con los planes de desarrollo. En cuanto a los informes anuales, se debe dar cuenta del atraso de ejecución por el año anterior y los años previos.<sup>152</sup> Solo se pueden pedir ajustes (reducción de inversión y obras) en relación al año siguiente y a cambios en las circunstancias, fundamentados, previa toma razón de la Contraloría.<sup>153</sup>

En octubre de 2016, SISS realizó por primera vez una consulta pública sobre el borrador de la Guía técnica para la elaboración de los Programas de Desarrollo.<sup>154</sup> El documento explicita criterios técnicos para el diagnóstico y prefactibilidad, y es considerablemente más detallado que el anterior. Sin embargo, no contempla un estudio pormenorizado de riesgos a mediano y largo plazo, sino que se basa en el estado (antigüedad) de la infraestructura y la fluctuación esperada de la demanda.<sup>155</sup> El documento definitivo no está aún disponible.<sup>156</sup> No considera, no obstante, criterios sobre las situaciones en las que la SISS podría autorizar prórrogas en la ejecución de los planes, o incluso, modificaciones técnicas que implican una baja en la calidad de la inversión. No hemos podido conseguir las resoluciones de autorización de cambios en la ejecución de los planes inicialmente propuestos. Siendo la eficiencia costo-demanda el principal criterio para el diseño de los planes de desarrollo,<sup>157</sup> falta espacio para consideraciones de sustentabilidad y prevención de violaciones de derechos humanos.

Además de las medidas relacionadas con los planes de desarrollo, la SISS puede ordenar acciones adicionales, como ha ocurrido, por ejemplo, en relación a la situación de la sequía, siempre que “la modificación no represente un daño emergente para el prestador”.<sup>158</sup> Así, según información obtenida en entrevista con la SISS, “desde el punto de vista preventivo, a través del artículo 122° del D.S. MOP N.° 1199 del año 2005 y del Oficio Ord. SISS N.° 3459 del año 2008, la SISS ha exigido a las empresas sanitarias la elaboración de procedimientos especiales que permitan atender con prontitud y en forma permanente las emergencias. Esto se traduce en la exigencia de contar con un Plan

152 Véase criterios de reportes anuales, en [http://www.siss.cl/577/articles-7827\\_recurso\\_14.pdf](http://www.siss.cl/577/articles-7827_recurso_14.pdf).

153 Véase Ord. SISS N° 2774 del 8 de noviembre de 1999, [http://www.siss.cl/577/articles-7827\\_of1132\\_15.pdf](http://www.siss.cl/577/articles-7827_of1132_15.pdf).

154 Véase <http://www.siss.cl/577/w3-article-15776.html>. La guía está en este momento siendo trabajada por una mesa técnica, conformada por quienes participaron del proceso de consulta pública. Véase Entrevista SISS, por escrito, 3 de julio de 2017.

155 Borrador del 5 de octubre de 2016, véase [http://www.siss.cl/appsiss/form2/articles-15776\\_guia\\_pd.pdf](http://www.siss.cl/appsiss/form2/articles-15776_guia_pd.pdf).

156 La versión disponible es del 2009, véase [http://www.siss.gob.cl/577/articles-4833\\_recurso\\_1.pdf](http://www.siss.gob.cl/577/articles-4833_recurso_1.pdf).

157 Entrevista SISS, por escrito, 3 de julio de 2017.

158 Véase Artículo 58 inciso 1° del D.F.L. MOP N°382/88.

de Emergencias, que reúna las condiciones que han sido impuestas por la SISS.”

Para el año 2017, la SISS ha comprometido en su Plan de Gestión distintas medidas que podrían generar una mejora en relación a los puntos planteados en esta sección. Así, por ejemplo, “reformular[á] los procesos de investigación y sanción”; y “aplicar[á] nuevos criterios en el análisis de los Planes de Desarrollo (...) con el objetivo de disminuir los cortes de suministro”.<sup>159</sup>

### **Sanciones en la práctica**

En cuanto al ejercicio de la competencia fiscalizadora de la SISS, la Cámara de Diputados ha generado un debate importante a través de su Comisión Investigadora a ECONSSA Chile, en relación a los cortes de suministro y medidas de mitigación en 2015 en Ovalle (IV región).

Se puede constatar que las multas monetarias más altas son aquellas que se contemplan ante el incumplimiento de los planes de desarrollo, las cuales pueden llegar hasta 10.000 UTA.<sup>160</sup> El monto corresponde, a junio de 2017, a 5.608,8 millones de pesos.<sup>161</sup> La gran mayoría de las multas que impone la SISS, sin embargo, son por la calidad del servicio (alrededor del 80%),<sup>162</sup> con rangos que fluctúan entre 1 y 50 UTA. La SISS determina el monto de la multa “prudencialmente en consideración a la cantidad de usuarios afectados y la gravedad de la infracción” (Art. 11, último inciso, Ley SISS). Además, para los Planes de Desarrollo, considera incumplimiento si el Plan se queda bajo un 70% de la ejecución planificada; si al año siguiente aún reporta el atraso, se vuelve a multar.<sup>163</sup> La discrecionalidad se extiende también a la decisión de imponer o no la sanción, sin embargo, no tiene posibilidad de ajustar las multas al tamaño o las utilidades de la empresa, mientras que sí puede aumentarlas en caso de incumplimiento reiterativo.

Si seguimos a Soto (2016) y Guiloff y Soto (2015) en esta materia, deben existir distintas herramientas para que el fiscalizador logre el cumplimiento con la normativa y no un reiterativo pago de la multa que podría beneficiar las arcas del Fisco, pero no llevar al comportamiento deseado. Desde una perspectiva de los derechos humanos, especialmente desde su enfoque preventivo, esta característica del

159 SISS, Balance de Gestión Integral 2016, p. 47, disponible en [http://www.siss.cl/577/articles-16505\\_recurso\\_1.pdf](http://www.siss.cl/577/articles-16505_recurso_1.pdf).

160 Artículo 11, Ley 18.902.

161 Véase datos de SII, disponibles en <http://www.sii.cl/pagina/valores/utm/utm2017.htm>.

162 Véase [www.siss.cl](http://www.siss.cl).

163 Comisión Investigadora, Sección IV. Institucionalidad, Superintendenta (s), p. 27.

sistema de fiscalización es clave. Si el fiscalizado se muestra colaborativo, serán las herramientas de persuasión las más indicadas, mostrando, sin embargo, la resolución firme de aplicar multas escalonadas y hasta drásticas en caso de incumplimiento.<sup>164</sup> Además, el fiscalizador debería también poder ponderar el impacto que tiene una sanción a la empresa –dependiendo de su tamaño en caso de microempresas, pequeñas y medianas empresas,<sup>165</sup> y de acuerdo a su capacidad de pago.<sup>166</sup> Según Soto, la normativa ambiental –a pesar de ser la más reciente y moderna en Chile– no contempla la probabilidad de ser detectado como infractor de la norma, como uno de los factores para establecer las multas.<sup>167</sup>

Finalmente, el fiscalizador debería también poder tomar en cuenta que los fiscalizados cumplen con la normativa por distintas razones.<sup>168</sup>

La SISS, a diferencia de la SMA,<sup>169</sup> no ha incorporado criterios de fiscalización que sean escalonados en este sentido.<sup>170</sup> Diferenciando el comportamiento de las empresas y la eficacia de las sanciones para obtener el resultado deseado –calidad y continuidad del servicio–, se puede observar que surgen distintas preocupaciones e inconsistencias que en seguida tratamos de mapear.

En la realidad, las multas impuestas por la SISS nunca han llegado al máximo que autoriza la ley. Es comprensible que, para mantener el efecto disuasivo, la SISS no defina la hipótesis bajo la cual estaría dispuesta a imponer la multa máxima. Sin embargo, según el sentido común, cuesta imaginar la catástrofe que debería ocurrir –en una lógica de mínima proporcionalidad– para que la SISS imponga tal multa. Los montos de las multas impuestas hasta ahora –con cortes de suministro de hasta 13 días– llegan máximo a un 8% de la multa máxima.

164 Matías Guiloff y Pablo Soto, "Sanciones administrativas, discrecionalidad y revisión judicial: Una mirada desde la regulación responsiva", en Juan Carlos Ferrada, Jorge Bermúdez y Francisco Pinilla (coords.), *La Nueva justicia ambiental*, Thomson Reuters 2015, pp. 101-124.

165 Discutido en Pablo Soto, "Sanciones administrativas como medidas de cumplimiento del Derecho: un enfoque funcional y responsivo aplicado al régimen sancionatorio ambiental", en *Revista Ius et Praxis*, Año 22, N°2 2016, pp. 189-226.

166 *Ibíd.*, p. 387. Se debería considerar aparte, la empresa que por mala administración se ha colocado en una situación en la que no puede ni cumplir la obligación, ni pagar la multa que correspondería.

167 *Ibíd.*, p. 401. Para la industria sanitaria y, especialmente, el agua potable, existen menos unidades fiscalizadas que en el sector ambiental. Además, el sector sanitario se basa fundamentalmente en la obligatoriedad de los auto-reportes sanitarios para las inspecciones.

168 Guiloff y Soto 2015, *op. cit.*, p. 105-106.

169 Véase debate y conclusiones en Comisión Investigadora, p. 111. Véase, en particular, para una discusión sobre discrecionalidad versus transparencia del actuar fiscalizador, Soto 2016, *op. cit.*, p. 389-390.

170 Comisión Investigadora, Sección IV. Institucionalidad, Superintendente (s), p. 69.

Así, el monto *total* de multas en *toda* la industria en el primer trimestre de 2017 ascendió a 2.256 UTA, correspondiente a un 22,6% de la multa máxima que está a disposición de la SISS para sancionar una sola infracción contra los Planes de Desarrollo en *una sola* empresa (10.000 UTA). En 2016, el total de multas a la totalidad de las empresas sanitarias ascendió solo a 9.865 UTA,<sup>171</sup> a pesar de los reiterados cortes de suministro a partir del 2013 y los problemas de calidad del agua potable (alrededor de un 80% de las multas corresponden a problemas con la calidad del servicio).<sup>172</sup>

Las multas mayores impuestas por incumplimiento de la continuidad del servicio y por faltas en la ejecución correcta de los Planes de Desarrollo, han sido contra Aguas del Valle (que hasta 2011, operó sin mayores niveles de multas)<sup>173</sup> y, recientemente, contra Aguas Chañar. Además, en situaciones similares de emergencia que son de nuestro interés, las mayores sanciones impuestas fueron las siguientes:

**Tabla 1 Multas impuestas a la industria sanitaria en 2016**

Empresa	Multa	Situación que generó la infracción
Aguas Cordillera	230 UTA	Deficiencias en la calidad y continuidad del servicio de agua potable comuna de Lo Barnechea sector de El Arrayán, abril 2016.
Aguas Cordillera	230 UTA	Cortes por turbiedad río Mapocho, abril 2016.
Aguas del Valle	950 UTA	Deficiencias en la calidad y continuidad del servicio de agua potable, en la ciudad de La Serena y Ovalle, turbiedad ríos Elqui y Limarí, julio 2015.
Aguas Andinas	810 UTA	Deficiencias en la calidad y continuidad del servicio de agua potable en 29 comunas del Gran Santiago, turbiedad río Maipo, abril 2016.
Aguas del Valle	408 UTA	Incumplimiento de su Programa de Desarrollo comprometido para el 2013, e incumplimiento de obras rezagadas anteriores al periodo 2013- 2016.
Toda la industria	9.865 UTA	Todas las multas impuestas en 2016, sin informar posibles rebajas por apelación (usualmente, falladas 2-4 años posterior a la imposición de la multa).
Multa máxima autorizada por evento	10.000 UTA	Nunca impuesta.

SISS, *Boletín de Sanciones 2016*

171 Eso corresponde a un aumento en un 34% en comparación con el 2015, cuando se había aplicado un monto total de 7362 UTA a empresas sanitarias. SISS, *Boletín de Sanciones 2015*.

172 SISS, *Informe de Gestión 2015*.

173 Comisión Investigadora, tabla, pp. 70-71.

Incluso si la SISS impusiera la multa máxima a alguna empresa concesionaria u operadora del sector sanitario, el monto suele quedar por debajo de lo debido en inversión: así, por ejemplo, Aguas Chañar pagó 1029 UTA en multas en el año 2016,<sup>174</sup> y 334 UTA en el año 2015 (la suma corresponde a 719,7 millones de pesos en dos años),<sup>175</sup> pero dejó sin ejecutar inversiones por 35.123,7 millones de pesos en solamente 2015.<sup>176</sup>

Un sistema que multa menos –aquí, significativamente menos– que la ganancia o el ahorro en inversiones obtenido mediante la conducta infractora, no es eficaz a menos que tenga una sanción creíble, no pecuniaria y adicional a disposición;<sup>177</sup> en este caso, la real posibilidad de caducar una concesión. En cuanto a las concesiones de ECONSSA, no existe esta amenaza creíble, ya que la terminación de los contratos es muy compleja, y la caducidad de la concesión de ECONSSA significaría que el Estado perdería parte de los últimos derechos de aguas de los que aún dispone (ver sección 3.1.).

**Tabla 2 Multas vs. inversiones programadas**

Empresa	Multas (2015-2016)	Inversiones sin ejecutar en 2015 (% de inversión comprometida)	Inversión comprometida	Porcentaje de inversión comprometida
Aguas Chañar	719,7 millones \$	35.123,7 millones \$ (81%)	43.380 millones \$	1,7%
Aguas del Valle	2046,7 millones \$ <sup>1</sup>	582 millones \$ (6%)	9.610,8 millones \$	21,3%
Aguas Andinas	1377 millones \$ <sup>2</sup>	205,8 millones \$ (1%)	34.324,3 millones \$	4%

*Elaboración propia a partir de datos de la SISS.*

La SISS puede aplicar una duplicación de las multas si se trata de casos reiterativos.<sup>178</sup> Sin embargo, no hemos podido verificar cómo, en la práctica, la SISS usa su discrecionalidad al respecto. No queda claro, según las fuentes consultadas, si la SISS sigue el hábito

174 Véase [http://www.siss.gob.cl/577/articles-16533\\_recurso\\_1.pdf](http://www.siss.gob.cl/577/articles-16533_recurso_1.pdf).

175 [http://www.siss.gob.cl/577/articles-11852\\_recurso\\_1.pdf](http://www.siss.gob.cl/577/articles-11852_recurso_1.pdf).

176 Estas cifras se obtuvieron multiplicando la población abastecida informada en SISS, Informe de Gestión 2015, p. 41 (285.000 personas), por la inversión real por habitante informada en el informe sobre ejecución de planes de desarrollo 2015 (0.5UF), y la inversión no ejecutada por habitante en 2015 (4.91UF). UF promedio del 2015 corresponde a 25.100 de pesos. Véase Informe Gestión 2015, p. 81.

177 Véase para un fundamento teórico: Soto, Informe 2016, pp. 374-408 y la literatura allí discutida.

178 Comisión Investigadora, página 72.

—problemático—<sup>179</sup> de la SMA, de hacer público a inicios de cada año el plan de fiscalización.<sup>180</sup>

Es imprescindible, desde la perspectiva del derecho humano al agua, que la SISS proporcione cifras fácilmente accesibles sobre las multas finales recaudadas en cada evento trasgresor de la normativa, para transparentar de qué manera ejerce su rol fiscalizador. Además, debería dar cuenta de las indemnizaciones efectivamente realizadas a los clientes, a pesar de no tener facultad de seguimiento de su pago.

Igualmente, según Fernando Barcells, se habría instalado la práctica de conversar a puerta cerrada sobre las mejoras de fallas que constituyen incumplimiento en vez de proceder con la aplicación de sanciones. No se haría pública la existencia de estas fallas, ni tampoco los resultados de las conversaciones. Mientras, en principio, los mecanismos de incentivos consensuados de subsanación de las fallas en lugar de la inmediata aplicación de multas pueden surtir efectos y mejorar el cumplimiento,<sup>181</sup> la forma encubierta en que se desarrolla este mecanismo, combinado con la desigualdad de información y de poder, conlleva un riesgo considerable de incumplimiento con el derecho humano al agua. No pudimos directamente obtener confirmación de esta observación por parte de las empresas sanitarias o la SISS.<sup>182</sup>

Además, los problemas que existen a pesar de la posibilidad de prevención sugieren que el mecanismo confidencial *de facto* no es eficaz para la protección del derecho. No pudimos establecer, por falta de información, si esto se debe a cómo la SISS conduce estas conversaciones, o si es la existencia misma de un mecanismo que prescinde de sanciones la que impide el cumplimiento. Además, desde la perspectiva de derechos humanos que busca asegurar el piso mínimo del goce del derecho al agua, parece que focalizar la fiscalización de quienes están “bajo la media de la industria”<sup>183</sup> es ciertamente un criterio posible y más o menos imparcial, pero arriesga un *race to the bottom* en el caso de que no estuvieran otras medidas inequívocas en plazo. Además, sorprende que la SISS “expresa molestia” a través de comunicados ante eventuales incumplimientos sin informar explícitamente si, al mismo tiempo, ha ejercido sus facultades para iniciar procesos de sanción o no.<sup>184</sup> Puede

179 Sobre el factor de secreto o sorpresa en la fiscalización para mantener el efecto de disuasión, véase Soto 2016, *op. cit.*, p. 390.

180 Sobre el problema, ver Araya, Schönsteiner, Soto, Varas, Estudio Línea Base, 2016, p. 72.

181 Véase sobre la así llamada “estrategia responsiva”, Soto 2016, *op. cit.*, p. 403ss.

182 Solicitudes de entrevistas a Aguas Andinas, ECONSSA, Andess, todas sin respuesta al 10 de julio de 2017. Las solicitudes fueron enviadas a distintos funcionarios / empleados, y se reiteraron por lo menos dos veces, advirtiendo que la negativa de otorgar una entrevista iba ser registrada en la investigación.

183 Superintendente en Comisión Investigadora, p. 65.

184 Véase <http://www.siss.gob.cl/577/w3-article-16461.html>.

significar un uso eficiente de los recursos económicos y humanos de los que dispone el implementar incentivos blandos basados en la reputación de la empresa, pero esa estrategia no debería utilizarse en casos más graves o reiterados de afectación al derecho humano al agua, para no perder su credibilidad como sancionador eficaz. Finalmente, es importantísima también la independencia de quienes elaboren y documenten la evidencia en los procesos de fiscalización; por ejemplo, los laboratorios.<sup>185</sup> La SISS debe asegurar que la información que fundamenta sus decisiones sea fidedigna y creíble también a los ojos de la ciudadanía.

Además de estar sujetas a la fiscalización de la SISS, todas las empresas sanitarias, ya sean estatales, sociedades con participación del Estado, como también privadas (siempre que estén constituidas como señala la ley) se encuentran bajo la supervisión de la Superintendencia de Valores y Seguros, de acuerdo con el Decreto Ley 3538<sup>186</sup> y la Ley 18.046.<sup>187</sup> Ese organismo se encuentra facultado para ejercer la supervigilancia de las empresas sanitarias constituidas como sociedades anónimas abiertas y en este sentido, contribuye, indirectamente, al derecho a la información pública en relación a ciertos aspectos de la gestión de las sanitarias. Además, en virtud de la Ley N.º 20.285 sobre acceso a la información pública, “Ley de Transparencia”, todas las empresas públicas están obligadas a entregar la información completa respecto al ejercicio de la actividad que realizan, en este caso del servicio sanitario, la cual deberá estar al alcance de todas y todos, tal como señala dicha legislación.<sup>188</sup> Sin embargo, no están sujetas a la transparencia pasiva, aunque ECONSSA Chile haya respondido nuestras solicitudes al respecto.

### **2.3.2. Indemnización y acciones en tribunales**

El acceso a la justicia y a la reparación es parte integral del derecho humano al agua, tal como se ha establecido en la sección 2. En Chile, nos encontramos con considerables fallas estructurales que impiden aún que se cumpla este aspecto del derecho.

La compensación de usuarios aún no está regulada como un asunto específico –lo que sí sucede en el sector eléctrico–, y en este momento solo se rige por la Ley de Protección del Consumidor. Los clientes que quisieran demandar por indemnización, deben hacerlo en el Juzgado de Policía Local sin necesidad de contar con la representación de un abogado. Sin embargo, se debe hacer personalmente, por escrito, y en el

185 Acta Cámara 12 de abril, consulta diputada Girardi. Véase también sobre laboratorios acreditados, Comisión Investigadora, pp. 61-62.

186 Artículo 3, Decreto Ley 3.538.

187 Artículo 2, Ley 18.046.

188 Artículo 2 y 5, Ley 20.285 sobre acceso a la información pública.

Juzgado de Policía Local de la jurisdicción donde se contrató el servicio. Aunque se considere abusiva cualquier cláusula que fije el domicilio en una ciudad distinta a la de la prestación del servicio, la interposición personal de la demanda significa, por lo menos, pérdida de ingresos.<sup>189</sup>

El SERNAC puede asumir representación en mediaciones colectivas, y lo ha hecho, por ejemplo, en la IV región después de los cortes masivos del 2015<sup>190</sup> y, coordinadamente con la SISS, en la Región Metropolitana después de los cortes en 2017 (véase sección 3.3.3). Se está tramitando una ley sobre compensaciones en caso de corte de suministro, un tipo de normativa que ya existe, por ejemplo, en el sector eléctrico y exime al cliente de llevar los casos de corte de suministro ante los tribunales civiles para obtener compensación.<sup>191</sup>

### 2.3.3. EL SERNAC

Según la Corte Suprema en un fallo de 2010 (Pozo Almonte), es el SERNAC y no la SISS la entidad que debe ver asuntos de indemnización de perjuicios causados por empresas sanitarias, ya que la Ley de Servicios Sanitarios no faculta a la SISS al respecto.<sup>192</sup> Uno de los pocos acuerdos de compensación que se han concluido entre SERNAC y empresas sanitarias (en este caso, Agua Andinas) surgió a partir de un corte de agua potable en 2013.<sup>193</sup> Dos acuerdos extrajudiciales fueron oficiados y concluidos en relación a violaciones a los derechos de los consumidores por parte de Aguas del Valle, en 2011 y 2015.<sup>194</sup> Los procedimientos por demandas colectivas se terminan mediante conciliación o avenimiento,<sup>195</sup> demorándose, sin embargo, entre 2 a 3 años aproximadamente. En aquellos procedimientos en los que no hay acuerdo de las partes, el tiempo requerido para una solución puede ser aún mayor. Por ejemplo, una demanda contra Aguas Araucanía, interpuesta el 12 de abril de 2011, aún no contaba con sentencia de

189 Agradecemos este punto a Francisca Barrientos y Pablo Ulloa.

190 Informe Comisión Investigadora, p. 58.

191 Boletín 2357-09, Proyecto de ley sobre normas sobre compensaciones a usuarios de servicios de distribución de agua potable en caso de interrupciones o suspensiones no autorizadas o no comunicadas previamente a ellos, última gestión de tramitación 2014. En el sector eléctrico, rige en cambio la Ley 18.410, que crea la SEC y regula las compensaciones automáticas en su artículo 16B.

192 CS, Rol 301-2010, Juzgado de Policía Local de Pozo Almonte con Superintendencia de Servicios Sanitarios, 10 de marzo de 2010, p. 4, párrafo 2 y 3, según artículo 11 letra A) de la Ley N° 18.902.

193 Aguas Andinas, Resumen HE Aguas Andinas al 31 de diciembre de 2013.

194 Informe Comisión Investigadora, p. 58. Véase, además, Rol 2150-2016, 2° Juzgado de Letras de La Serena.

195 Véase, especialmente, Roles 3889-2011, con Aguas del Altiplano. 2° Juzgado de Letras de Iquique; 25125-2011, con ESSAL, Juzgado de Letras de Río Negro; 3531-2011, con Aguas del Valle, 2° Juzgado de Letras de La Serena; 1344-2012, con ESVAL, 2° Juzgado Civil de Viña del Mar; 4837-2013, con Aguas de Antofagasta, 4° Juzgado Civil de Antofagasta.

primera instancia el 7 de abril de 2017.<sup>196</sup> En este ámbito, en todo caso, se observan contiendas de competencia entre órganos del Estado.<sup>197</sup>

Por los cortes en la RM en abril 2017, SISS y SERNAC gestionaron una colaboración para obtener indemnización para 42.000 clientes de forma colectiva.<sup>198</sup> La implementación de los acuerdos no está controlada, porque el SERNAC carece de competencia al respecto. Por tanto, se ignora la eficacia de la compensación. La complejidad del cálculo del cobro (meses con tarifas estándar y otros meses de compensación en relación al consumo real) dificultan la posibilidad del mismo consumidor de verificar el efectivo cumplimiento de la indemnización. También podría dificultar el acceso a la reparación del hecho de que el SERNAC solo puede actuar en relación a un reclamo de consumidores una vez interpuesto el reclamo ante la SISS; tampoco tiene facultades de fiscalización propiamente tales, sino solo puede solicitar información. Por los cortes de agua de 2017, tal como a otros en el pasado, se aplicaron multas oficiadas por el SERNAC.<sup>199</sup> Las multas se impusieron debido a que “durante la emergencia no se encontraban en operación los Pozos de Renca y Providencia, ni tampoco, previo a los cortes de suministro, la ampliación de la planta de tratamiento de agua potable Complejo Vizcachas, además de encontrarse en uso parcial los sondeos La Pintana Etapa II”. A esto se sumó la falta de implementación de mejoras y monitoreo en función de las alertas tempranas de la autoridad sobre situaciones de “turbiedad extrema” requeridos por la SISS en 2013.<sup>200</sup> Es importante hacer notar, sin embargo, que el SERNAC según sus facultades actuales, no puede proporcionar un acceso suficiente a la reparación, ya que sus competencias se agotan en la mediación y en las solicitudes de información.

#### **2.3.4. La Contraloría General de la República**

La Cámara de Diputados envió a la Contraloría el oficio N.º 12517 de 2016, que contiene el informe de la Comisión Especial Investigadora acerca del rol de la SISS y ECONSSA, respecto de problemas causados por Aguas del Valle en el tratamiento y distribución de agua potable

196 Rol 2433-2011, 2º Juzgado Civil de Temuco.

197 Agradecemos esta observación sobre una versión anterior de la investigación a Francisca Barrientos.

198 SERNAC, <http://www.sernac.cl/sernac-oficio-a-aguas-andinas-por-corte-de-agua-que-afecto-a-diversas-comunas-de-la-region-metropoli/>, en el mismo sentido, SISS, <http://www.siss.gob.cl/577/w3-article-15724.html> y <http://www.siss.gob.cl/577/w3-article-15668.html>.

199 Véase <http://www.siss.gob.cl/577/w3-article-15724.html>.

200 SISS, Plan Operativo para Eventos de Alta Turbiedad con Resultado de Corte masivo de Agua Potable; véase Comunicado de Prensa <http://www.siss.gob.cl/577/w3-article-15701.html>.

en la Región de Coquimbo. El informe constata deficiencias de fiscalización por parte de la SISS, y a raíz de los mismos hechos podrían recaer responsabilidades en ECONSSA dado su rol de “garante del cumplimiento del contrato de transferencia del derecho de explotación de concesiones sanitarias de diciembre del año 2003”. Se solicitó a Contraloría determinar si corresponde iniciar una investigación para establecer eventuales responsabilidades administrativas de funcionarios de la SISS por las deficiencias de fiscalización y sanción respecto de Aguas del Valle, y también sobre la pertinencia de ejercer las responsabilidades respectivas de los directores y empleados de ECONSSA, por los mismos hechos, teniendo en cuenta el rol de garante que asumió como continuadora de la Empresa de Servicios Sanitarios de Coquimbo.<sup>201</sup>

Respecto de la SISS, la Contraloría indicó que no tenía la facultad de examinar los hechos particulares que originen procedimientos sancionatorios de la SISS y su calificación técnica. Tal rol correspondería a la Administración del Estado, basándose en jurisprudencia previa,<sup>202</sup> señalando, asimismo, la Contraloría, que considerará los antecedentes cuando desarrolle las auditorías en la SISS durante el año 2017. Respecto de ECONSSA, determinó que por encontrarse sujeta a su facultad de fiscalización como “sociedad del Estado”, consagrada en el artículo 16 inciso 2° de la ley 10.336 (que señala la sujeción de “las empresas, sociedades o entidades públicas o privadas en que el Estado o sus empresas, sociedades o instituciones centralizadas o descentralizadas tengan aportes de capital mayoritario o en igual proporción, o, en las mismas condiciones, representación o participación”), iniciaría una investigación especial por las situaciones a las que alude el informe de la Comisión Especial Investigadora de la Cámara de Diputados, sumado a una referencia anterior al inciso final del artículo 32 del DFL 382 de 1988, donde se dispone la responsabilidad de la empresa que explota la concesión (en este caso Aguas del Valle) y de la empresa titular de la concesión (en este caso ECONSSA). El resultado de esta investigación aún se desconoce.

### **2.3.5. Derecho Penal en casos de emergencia y especulación**

A pesar de la penalización de algunos aspectos de la especulación con servicios básicos en el artículo 285 del Código Penal, este requiere “medios fraudulentos” y, por ejemplo, en el caso de las farmacias, fue rechazada su aplicación por la Corte Suprema. Además, las disposiciones sobre especulación en el artículo 5 de la Ley 16.282 solo aplican en casos de sismos o catástrofes.<sup>203</sup> Estas disposiciones no parecen suficientes

201 CGR, Dictamen: 83133-2016, Fecha: 16-11-2016.

202 Véanse, CGR, dictámenes N° 22.726 de 2003, 63.697 de 2011, y 33.414 de 2012 y 54.579 de 2012.

203 Gracias a Jaime Couso por sus observaciones en esta materia.

en el escenario que se identificó arriba. Así, el derecho humano al agua se arriesga a la posibilidad de especulación de precios sin la posibilidad de intervención del Estado (a menos que adopte, a tiempo, medidas adicionales que no permitan que los propietarios demanden al Estado por afectación a la propiedad privada por expectativa de ganancias).

#### **2.4. Acceso a la información**

Es importante evaluar también las condiciones de acceso a la información en relación con el sector sanitario. Por ejemplo, es problemático que la SISS, al parecer, solo publique casos judicializados que fueron decididos a su favor. Aunque hay que reconocer que un 95% de sus sanciones son confirmadas en la justicia, y solo entre un 4 y un 5% se decide con una rebaja en la cantidad de la multa. El problema, aunque no de gran escala, es grave porque representa una falta de acceso, fácil y amigable, a la información pública. La SISS podría convertir la sección de su página sobre sanciones en tribunales, en una plataforma interactiva para remediar este problema. Además, debería facilitar el uso de la página web, proveer información técnica, de manera accesible para el público en general, y cruzar la información con la que proporcionan otros servicios relevantes, por ejemplo, el SEA.

Pero aún más grave, es que existe una considerable falta de transparencia sobre las negociaciones tarifarias y sobre las propuestas y enmiendas a los planes de desarrollo, especialmente, sobre la evaluación por parte de la SISS de la calidad de la inversión que efectuó una empresa. La SISS solo informa sobre el monto ejecutado. Cierta información adicional está disponible en el Informe de la Comisión Investigadora, pero ella está lejos de ser sistemática y completa. Toda esta información debería ser pública, al igual que los dictámenes en los que la SISS absuelve del pago de multas, por vincularse con el monitoreo de la implementación de un derecho humano. Además, queda pendiente de determinar en otra investigación y con mayor detalle, qué información correspondería proporcionar respecto a los sectores que compiten por el uso del agua, especialmente el sector agrícola que no dispone de regulación al respecto.

### **3. LAS EMPRESAS SANITARIAS**

Aunque las sanitarias se rigen por la misma normativa, y son igualmente fiscalizadas por parte de la SISS, existen considerables diferencias entre empresas privadas que obtuvieron, durante el proceso de privatización del agua potable en Chile, una concesión directa –en las regiones X, VII y parte de la Región Metropolitana– y las

otras que son operadoras de contratos administrados por ECONSSA S.A., una empresa estatal que administra las concesiones de las demás regiones. En estos casos, al sistema de fiscalización por derecho administrativo y derecho de sociedades, se suma una fiscalización directa adicional en virtud del contrato de operación. Además, en el caso de estas empresas operadoras, los derechos de aguas solamente se entregan en comodato, no en posesión como es el caso para Aguas Andinas y sus sucursales.

Por otro lado, existen situaciones particulares como en el caso de un servicio municipal de agua potable, dos empresas estatales de suministro de agua potable y las cooperativas rurales de agua potable.<sup>204</sup> A la luz de los ejemplos seleccionados, se mostrarán distintos problemas, incumplimientos y riesgos que presenta el sistema de servicios sanitarios hoy, en relación al abastecimiento de la población con agua potable.

### **3.1. ECONSSA S.A.: empresa estatal con funciones de fiscalización**

La Empresa Concesionaria de Servicios Sanitarios S.A., en adelante ECONSSA,<sup>205</sup> constituida en 1990, es una sociedad cuya estructura de propiedad se divide entre la Corporación de Fomento de la Producción (CORFO), que posee un 99%, y el Fisco de Chile, que detenta el 1% restante. Es una sociedad del Estado,<sup>206</sup> es decir, se trata de una empresa constituida producto de una autorización por parte de una ley de quórum calificado, conforme a lo dispuesto por el artículo 19 N°21 de la Constitución. A pesar de ser de propiedad estatal, se rige en principio por derecho privado.<sup>207</sup> Forma parte del Sistema de Empresas Públicas de Chile y por tanto se rige por sus directivas y Código de gestión corporativa.<sup>208</sup> Esas empresas no contemplan un enfoque de derechos humanos.<sup>209</sup>

Como resultado de un proceso de fusión de las empresas sanitarias del Estado, desarrollado desde 2001 hasta diciembre de 2004, pasaron a ser privadas y quedaron establecidas a través de una relación

204 Véase sobre el proceso histórico de la privatización del agua en Chile, Caldés 2015, *op. cit.*, pp. 21 ss.

205 Información en SVS, disponible en <http://www.svs.cl/institucional/mercados/entidad.php?mercado=O&rut=96579410&grupo=&tipoentidad=RGEIN&row=AABbBQABwA AAAasAAE&vig=VI&control=svs&pestanía=47>.

206 Contraloría General de la República, Dictamen 83133/16.

207 Patricio Latorre, "Las sociedades estatales en el ordenamiento jurídico chileno: Naturaleza, límites y control de sus actividades", *Revista de derecho* (Valparaíso), n. 30, 2008, pp. 225-226.

208 Véase Código SEP, disponible en [www.sepchile.cl](http://www.sepchile.cl).

209 Véase Schönsteiner y otros, Conclusiones y Recomendaciones, Estudio Línea Base sobre Empresas y Derechos Humanos en Chile, pp. 60-61.

contractual con ECONSSA.<sup>210</sup> Sus utilidades se entregan al Estado.<sup>211</sup> La empresa tiene un directorio de cinco miembros –dos de ellos mujeres– y 12 funcionarios en 2015.<sup>212</sup>

### 3.1.1. ECONSSA Chile S.A. y sus principales funciones

Dentro de sus funciones principales, se encuentra la supervisión y administración de nueve contratos de concesión en distintas regiones del país, mediante los cuales entregó en comodato por 30 años a los operadores privados señalados lo siguiente: la infraestructura sanitaria, las concesiones y los derechos de aguas correspondientes.<sup>213</sup> Las empresas operadoras deben pagar por explotar la concesión;<sup>214</sup> cobro que no se realiza a las empresas sanitarias de las tres regiones no regidas por este sistema, por haber sido licitadas anteriormente, y con pérdida del patrimonio estatal (Aguas Andinas, ESSAL –que corresponde a una sucursal de Aguas Andinas– y las demás sanitarias de las tres mentadas regiones).<sup>215</sup>

Los contratos establecen, además, una obligación de información de la empresa operadora a ECONSSA S.A., sobre asuntos como pagos por indemnizaciones de expropiaciones y constituciones de derechos de aprovechamiento de aguas (cláusula 24<sup>a</sup>) y de informar contratos con partes relacionadas (cláusula 28<sup>a</sup>), así como de la mantención de un catastro de instalaciones y de los planos de los programas de desarrollo (cláusula 29<sup>a</sup>). ECONSSA también mantiene el correspondiente derecho de visitar y supervisar las instalaciones de las empresas operadoras (cláusula 50<sup>a</sup>). ECONSSA, además, puede solicitar información a la SISS sobre las empresas operadoras. En este sentido, el control a través de ECONSSA parecería más exigente que el que ejerce la SISS sobre concesionarias directas, ya que en los contratos de concesión se

210 ECONSSA CHILE. Empresa Concesionaria de Servicios Sanitarios S.A., Estados financieros individuales Resumidos. Al 31 de diciembre de 2011 y 2010. Pág. 4. Disponible en: [http://elmostrador.cl/c\\_avisos/imagenes/Econssa%2004%2004%2012%20EEFF%203.pdf](http://elmostrador.cl/c_avisos/imagenes/Econssa%2004%2004%2012%20EEFF%203.pdf).

211 Entre 2013 y 2015, ECONSSA reporta una baja de 84% en sus utilidades, de 9.866.303 mil \$ en 2013 a 1.547.457 mil \$ en 2015. Ver <http://www.econssachile.cl/Aportes-Entregados-por-la-Empresa.aspx>, pero también, Informe Comisión Investigadora, sección III.iii.2. La cifra del 2016 aún no estuvo disponible al 20 de junio de 2017.

212 16 en 2017, véase <http://www.econssachile.cl/informacion-del-Personal.aspx>. Sin embargo, no se indica si alguna de estas personas trabaja *part-time*.

213 Véase, por ejemplo, contrato entre [Aguas de Coquimbo] y Aguas del Valle S.A., administrado por ECONSSA S.A., cláusula 21. No nos referimos en este trabajo al hecho de que ECONSSA S.A. es responsable del servicio de tratamiento y disposición de aguas servidas en la ciudad de Antofagasta, función que lleva a cabo mediante un contrato BOT de gestión con inversión suscrito con la empresa SEMBCORP Aguas del Norte S.A. (ex BAYESA S.A.)

214 Contrato Aguas del Valle, cláusula 51<sup>a</sup>, pago por 6000UF anuales, que sube a 12000UF en los últimos dos años del contrato.

215 Informe Comisión Investigadora, ministro de Obras Públicas, Alberto Undurraga, sección IV. Institucionalidad, p. 23.

disponen cláusulas penales que funcionan en forma independiente de aquellas que la SISS pueda imponer en el uso de sus facultades, en el caso de que la empresa que opere la concesión de titularidad de ECONSSA no cumpla con sus obligaciones, que se aseguran mediante la emisión de boletas de garantía.<sup>216</sup>

Otras sanciones, tales como la terminación de los contratos, se disponen en casos más extremos, como, por ejemplo, la insolvencia de la empresa operadora, la disolución de la misma, o la caducidad de la concesión por hechos del operador, incluso en caso de un actuar negligente, o de omisiones.<sup>217</sup> La caducidad de la concesión es decidida por el Presidente de la República, basándose en un informe emitido por la SISS, la que deberá hacerse cargo de la concesión mediante administrador provisional que reemplace aquella caducada.<sup>218</sup> El presidente del Directorio de ECONSSA indicó que el Estado no podría participar en el remate de la concesión una vez que se le quitara a una operadora actual.<sup>219</sup>

El control adicional que posee ECONSSA sobre estos operadores privados, no obstante ser justiciable, no está investido de la misma transparencia que la fiscalización de la SISS, ya que la jurisdicción sobre los contratos fue entregada a la Cámara de Comercio de Santiago, cuyo sistema de arbitrajes es confidencial. Por tanto, no podemos saber si efectivamente ECONSSA está cumpliendo con su obligación de fiscalizar el cumplimiento de los contratos. Además, la idea de terminación del contrato parece muy lejana si se consideran las cláusulas estrictas de incumplimiento que se pactaron al momento en que se otorgó la concesión. La transgresión al contrato debe ser grave y, en principio, parece muy difícil que se configure la gravedad de un quebrantamiento en este tipo de contratos, ya que conforme a lo dispuesto en los mismos debería haber por parte del operador privado un incumplimiento en todas las áreas de concesión de la empresa y no solo en algunas.<sup>220</sup> Sin perjuicio de lo anterior, parecen existir diversas alternativas en las disposiciones generales del derecho civil que permitirían solicitar la terminación de los contratos. Sin poder profundizar en este tema, consideramos que el Estado le debe una respuesta a la ciudadanía ante la pregunta de por qué no se consideran estas alternativas.

216 Contrato Aguas del Valle y ECONSSA.

217 Memoria ECONSSA 2016, p. 40.

218 Ha ocurrido una sola vez, en relación a Los Molles, ver Acta 12 de abril de 2017.

219 Acta Comisión Cámara 12 de abril de 2017.

220 Véase por ejemplo, Contrato Aguas Chañar, cláusula 55c. Véase también argumento de Fernando Barcells, <http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2017/04/22/es-hora-de-que-las-instituciones-respondan/>. Los primeros contratos de operación contienen cláusulas más favorables a la terminación del contrato en caso de incumplimiento, véase por ejemplo, Contrato Aguas Nuevo Sur, Región del Maule, cláusula 55.

Hemos solicitado información sobre si ECONSSA S.A. ha iniciado procedimientos en la Cámara de Comercio de Santiago, a quien se encargó la jurisdicción de los nueve contratos de operación, para actuar respecto al incumplimiento por parte de las empresas operadoras. Sin embargo, no obtuvimos respuesta.<sup>221</sup>

Finalmente, en cuanto a la prevención y riesgos como la escasez hídrica, “en el último trimestre de 2014, se redefinió el plan estratégico para el período 2015-2020, que amplía el rol de ECONSSA, en el sentido de asumir un rol más activo para contribuir en la solución de los temas referidos a la escasez hídrica que enfrenta el país y estudie y proponga cambios al marco normativo del sector sanitario nacional”.<sup>222</sup> Estos planes estratégicos de las empresas estatales no son vinculantes, tal como no lo son para ninguna empresa privada.

La SISS indica que trata a ECONSSA de la misma manera que a todas las otras concesionarias; no hay diferencia en la normativa aplicable ni en el tipo de fiscalización.<sup>223</sup>

### **3.1.2. El rol de ECONSSA Chile S.A. en relación con Aguas Chañar**

Ejemplificando el rol híbrido de ECONSSA S.A. como parte administradora de un contrato y, al mismo tiempo, fiscalizadora con facultades parciales, el descontento ciudadano –en relación con Aguas Chañar y su deficiente servicio en el abastecimiento de agua potable en la región de Atacama–<sup>224</sup> se volvió a demostrar el 28 de mayo de 2017, cuando los habitantes de Caldera marcharon para exigir que ECONSSA S.A. emplace a Aguas Chañar a fin de que cumpla con sus obligaciones.<sup>225</sup> Un mes antes, los habitantes también lograron iniciar una acción ante el SERNAC.<sup>226</sup> El 15 de abril de 2017, la Comisión del Senado estuvo analizando el caso.<sup>227</sup> Los alcaldes de la región habían solicitado al ministerio, a ECONSSA y a la SISS, caducar el contrato con Aguas

221 Los procesos de arbitraje en la CCS están sujetos a confidencialidad. Sin embargo, tampoco pudimos obtener datos agregados sobre la materia.

222 Véase SEP Chile, disponible en: [http://www.sepchile.cl/empresas-sep/servicios/econssa-sa/?no\\_cache=1](http://www.sepchile.cl/empresas-sep/servicios/econssa-sa/?no_cache=1)

223 Entrevista SISS, por escrito, 3 de julio de 2017.

224 Véase por ejemplo, El Noticiero de Huasco.cl: “Provoste: ‘Econssa debe tomar la decisión de terminar el contrato con una empresa que ha sido abusiva con la ciudadanía’”, febrero de 2017, denuncia por Intendente de Atacama, <https://goreatacama.gob.cl/2017/02/miguel-vargas-expuso-preocupacion-a-econssa-por-la-falla-reiterada-en-el-suministro-de-agua-potable-en-comunas-de-la-region/>.

225 Véase, por ejemplo, <http://www.caldera.cl/2017/calderinos-marcharon-contra-aguas-chañar/>.

226 Atacama Noticias.cl: “Sernac acoge demanda colectiva encabezada por alcalde Raúl Salas contra Aguas Chañar”, 11 de abril 2017.

227 Soy Chile.cl: “Comisión del Senado analizó denuncias contra Aguas Chañar”, 15 de abril de 2017.

Chañar por incumplimiento.<sup>228</sup> La SISS indicó que solamente tiene competencia sobre el contrato en una sola ocasión: cuando se realiza la verificación de criterios formales que establece la ley en el momento de aprobar una concesión (en este caso, ocurrió en 2004).<sup>229</sup>

Ya en 2015, los alcaldes y la empresa habían acordado un plan de acción frente a los cortes de suministro que, sin embargo, no se ha cumplido.<sup>230</sup> La SISS ha exigido a Aguas Chañar inversiones más altas que a cualquiera de las operadoras o concesionarias. Sin embargo, según datos publicados por la SISS, la empresa solo ha ejecutado un 19% de estas inversiones.<sup>231</sup> Según ECONSSA, Aguas Chañar tuvo que adoptar medidas para compensar la escasez de agua en relación a los derechos que tiene en comodato, y compra agua a los canalistas de su área de operación (50 litros por segundo), para satisfacer la demanda ante la escasez hídrica en la región.<sup>232</sup> ECONSSA no informa a qué precio Aguas Chañar está comprando el agua. En la memoria, no se hace mención a la insatisfacción de los clientes de Aguas Chañar; solamente se reportan las multas anuales que fueron impuestas a la empresa.

El presidente de ECONSSA Chile S.A. explicó ante la Cámara de Diputados, el 12 de abril de 2017, que solo existen cuatro causales para terminar el contrato con una operadora, y estas son exigentes. Además, una caducidad sería dañina para el Estado.<sup>233</sup> La SISS dejó claro ante la Cámara que no tiene facultad alguna de intervenir en el contrato entre ECONSSA Chile y Aguas del Valle (u otra operadora); su única facultad es —en casos extremos— decretar la caducidad de la concesión de ECONSSA Chile. Sin embargo, es la SISS la que debe asegurar la continuidad del servicio. Desde una perspectiva de derecho internacional de los derechos humanos, la institucionalidad y repartición de responsabilidades para la garantía del derecho está a la discreción del Estado, sin embargo, este debe actuar de manera coordinada y garantizar el goce efectivo del derecho. Esta coordinación y garantía eficaz está ausente en relación a Aguas Chañar.

En mayo de 2017, el superintendente de Servicios Sanitarios se reunió con la empresa Aguas Chañar para “instruir un paquete de medidas a corto, mediano y largo plazo” en relación al plan de desarrollo de la empresa, y designó fiscalizadores especiales para “determinar

228 Véase sobre iniciativa de 5 alcaldes de solicitar salida de Aguas Chañar a ECONSSA, Revista Aqua.cl: “Presidente de Econssa comprometió reunión para discutir sobre Aguas Chañar”, 11 de abril de 2017.

229 Entrevista SISS, por escrito, 3 de julio de 2017.

230 <http://www.futurorenovable.cl/alcaldes-de-la-provincia-del-huasco-se-reunen-con-aguas-chanar-y-acuerdan-plan-de-accion-frente-a-cortes-de-suministro/>.

231 Disponibles en <http://www.siss.gob.cl/577/w3-propertyvalue-3526.html>.

232 Memoria ECONSSA 2016, p. 27.

233 Véase Acta Cámara 12 de abril de 2017.

responsabilidades” frente a cortes continuos de servicio y problemas con la calidad del agua en Freirina.<sup>234</sup> Estas medidas deberán probar su eficacia, y no eximen a ECONSSA de la suya. En definitiva, ninguna de estas acciones puede lograr, jurídicamente hablando, la terminación del contrato de la operadora. La redacción de los contratos tipo con ECONSSA dificulta enormemente la terminación anticipada de los contratos que fueron firmados por 30 años –de los cuales han solamente transcurrido 13 a 16 años, hasta la fecha –lo anterior, independiente de las disposiciones generales del derecho privado identificadas arriba.

A pesar de los acontecimientos analizados, ECONSSA indicó en su Memoria 2016 que no hay incumplimientos contractuales que reportar en relación a las empresas operadoras.<sup>235</sup> Esto confirma la ausencia de consciencia o voluntad de la concesionaria de considerar el derecho contractual para lograr la calidad y continuidad de servicio en las concesiones de la III y IV región que presentan situaciones críticas.

### **3.2. Aguas del Valle, una operadora de ECONSSA Chile S.A.**

Aguas del Valle, operadora de la concesión de agua potable y servicios sanitarios de la IV región, ha sido el foco de la crítica a ECONSSA Chile S.A. y la SISS por problemas similares a los de Aguas Chañar en años anteriores. En 2015, la situación de Aguas del Valle fue objeto de una Comisión Investigadora de la Cámara de Diputados, que abarcaba también las declaraciones de Aguas del Valle como operadora de concesión de ECONSSA Chile S.A. en la IV región, y el actuar de las distintas entidades públicas en relación a la situación del suministro de agua potable en la IV región.

La empresa sanitaria Aguas del Valle, es una sociedad anónima cerrada que tiene como objetivo principal la producción y posterior distribución del agua potable; y también es responsable por la disposición de aguas servidas<sup>236</sup> en gran parte de la IV Región de Chile. A diciembre del año 2016, la estructura societaria de Aguas del Valle se encontraba compuesta por: ESVAL S.A. con un 99,0% y Servicios Sanitarios Las Vegas con un 1%.<sup>237</sup> En tanto, la empresa ESVAL, sociedad anónima abierta y mayor accionista de Aguas del Valle, es propiedad de Inversiones OTPPB Chile II Limitada, empresa que posee un 94,19% de las acciones. CORFO, por su parte, detenta un 5% de las acciones totales.<sup>238</sup> Como propietario casi exclusivo de ESVAL, ESSBIO y Nuevo Sur, el fondo de pensiones de los profesores de Ottawa (OTPPB) es dueño del

234 Véase <http://www.siss.gob.cl/577/w3-article-16526.html>.

235 Memoria ECONSSA 2016, p. 26.

236 Memoria Anual 2016 Aguas del Valle. p. 16.

237 *Ibíd.*, p. 9.

238 *Ibíd.*, p. 13.

31% del mercado de agua potable en Chile<sup>239</sup> y, según palabras de sus representantes, ocupa una estrategia de inversión no solo financiera, sino también de responsabilidad ambiental, social y de gobierno corporativo.<sup>240</sup> Los derechos de CORFO como accionista estatal y sus implicancias se analizaron arriba (sección 2.1.4.).

Según ECONSSA, Aguas del Valle invirtió 35 mil millones de pesos en “gasto e inversión adicional al Plan de Desarrollo”, en medidas relacionadas con la escasez hídrica. ECONSSA está estudiando “soluciones de largo plazo para su discusión con el operador y la SISS, para definir la conveniencia de incorporar [medidas relacionadas con la escasez hídrica] en los planes de desarrollo de cada concesión.”<sup>241</sup> Considerando que las sequías se vienen produciendo desde hace 10 años con sistematicidad, no se explica por qué esta medida no fue tomada anteriormente. Esto a lo mejor podría evitar que las empresas tengan que invertir en el arriendo de derechos de aguas. Por ejemplo, Aguas del Valle reporta que tuvo que pagar 318 millones de pesos en arriendo de derechos de aguas, además de la compra de agua cruda a los regantes por precios casi 6 veces mayor que la tarifa establecida. Si constituye una infracción adicional o más bien una medida de mitigación proporcionar agua corriente (no potable) para el uso sanitario en situaciones de emergencia, es un asunto hoy en discusión.

Un tercio de la inversión en infraestructura es fuera del Plan de Desarrollo, por el Plan Sequía.<sup>242</sup> Por ejemplo, la construcción de norias permitió dar continuidad de servicio a pesar de otro sistema frontal con aluviones en octubre de 2015. Por parte de las autoridades, se priorizan los servicios vulnerables como hospitales, jardines infantiles, cárceles, hogares de NNA y ancianos.<sup>243</sup> Esta priorización está conforme con el derecho internacional de los derechos humanos, y debería también reflejarse en las políticas públicas sobre recursos hídricos, manejo de riesgos y desastres, especialmente en relación a las personas con discapacidad. Con motivo de la reiteración de situaciones de turbiedad en julio de 2015, se procedió a la instalación de mesas preventivas con la empresa. Se podría actuar en protección de infraestructura contra daños por escombros y basura, efectuando la debida limpieza de los lechos de los ríos durante las sequías. En 2015, se optó por no caducar la concesión de la IV región (Aguas del Valle) y enviar los antecedentes

239 Superintendente en Comisión Investigadora, p. 17 y 62.

240 Véase OTPPB, Our principled approach, disponible en <https://www.otpp.com/investments/responsible-investing/our-principled-approach>. Véase también, *ibíd.*, Principles and Practice, disponible en <https://www.otpp.com/investments/responsible-investing/our-principled-approach/principles-and-practice>.

241 Memoria ECONSSA 2016, p. 27.

242 Superintendente en Comisión Investigadora, p. 64.

243 Intendente IV región en Comisión Investigadora, p. 52.

de la Comisión Investigadora a la Contraloría y al Consejo de Defensa del Estado. Este último organismo no actuó al respecto; la Contraloría inició una investigación en relación a ECONSSA Chile S.A., careciendo de facultades en lo que se refiere a la SISS (véase sección 3.3.5). La empresa Aguas del Valle ha sido objeto de una investigación especial por parte de la SISS.<sup>244</sup> Considerando globalmente el Informe de la Comisión Investigadora, se puede establecer que ni los órganos del Estado, ni la empresa estatal, ni la empresa operadora cumplieron con la debida diligencia que debieran haber aplicado en la situación. Se extraña una visión de mediano y largo plazo para la prevención de riesgos al derecho humano al agua, entre todos los actores del sector.

Como las empresas también tienen responsabilidades directas en el derecho internacional –especialmente, si sus dueños son inversionistas extranjeros– también reportamos iniciativas que van más allá del cumplimiento con la normativa, y analizamos en qué medida reducen o mitigan el impacto en derechos humanos del negocio, y en qué medida, por tanto, adoptan un enfoque de derechos humanos (véase sección 2.3). Aguas del Valle plantea que “está comprometida con los principios de la Carta Universal de los Derechos Humanos y la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo”.<sup>245</sup> Aunque señala no tener una política de procedimientos formales en materia de derechos humanos, dice cumplir con las disposiciones chilenas toda vez que existe una preocupación por los derechos de los trabajadores y sus convenios colectivos, además de señalar que consagran la libertad de asociación junto a la no discriminación. Todo lo anterior es posible encontrarlo en el Código de Ética de la empresa.<sup>246</sup>

Aunque no cuente con mecanismos de debida diligencia en materia de derechos humanos, la empresa Aguas del Valle sí posee iniciativas de responsabilidad social empresarial como, por ejemplo, el programa “Agua sana, vida sana” que consiste en “una serie de áreas de intervención, tales como educación, salud, puntos de información de obras a domicilio, diálogo y participación con la comunidad, así como intervenciones en situaciones de crisis, entre otras, (...) para, entre otras cosas, reforzar el uso racional del recurso y así evitar su derroche”.<sup>247</sup> También existen aportes en materia de desarrollo regional, como el servicio de asesoría y asistencia a los comités de Agua Potable Rural de la región (véase sección 4.4).<sup>248</sup>

244 Véase <http://www.siss.cl/577/w3-article-16568.html>.

245 Reporte de Sostenibilidad 2015 Aguas del Valle. p. 67.

246 *Ibid.*

247 *Ibid.*, p. 93.

248 *Ibid.*, p. 98.

### 3.3. Aguas Andinas S.A.

En un comienzo, la Región Metropolitana era abastecida de agua potable por la Empresa de Agua Potable de Santiago, creada en el año 1861. En el siglo XX, se iniciaron proyectos de inversión en infraestructura que tenían como fin la búsqueda de mayores fuentes de agua, por ejemplo, el Acueducto Laguna Negra, de 87 kilómetros de extensión (1917); Planta Las Vizcachas (1946) y, en 1967, el Embalse El Yeso. En 1977, la empresa de Aguas de Santiago cambió su nombre a Empresa Metropolitana de Obras Sanitarias (EMOS) y se transformó en una sociedad anónima filial de CORFO que en 1999 fue privatizada. El 51,2 % de su propiedad fue adquirida por la sociedad Inversiones Aguas Metropolitanas Ltda., conformada por el Grupo Agbar (50%), y por una de las mayores empresas sanitarias del mundo actualmente, Suez (50%).<sup>249</sup>

En el 2000 se construye la planta de Tratamiento de Aguas Servidas El Trebal, y la compañía adquiere el 100% de Aguas Cordillera y el 50% de Aguas Manquehue. Un año después, cambia de nombre a Aguas Andinas S.A. Además, se inicia la construcción de La Farfana. En el año 2002, Aguas Andinas S.A. adquirió el 50% restante de Aguas Manquehue y en 2008 realizó la adquisición del 53,5% de la propiedad y toma de control de la Empresa de Servicios Sanitarios de Los Lagos (ESSAL). Además, se fusionó con las filiales Aguas Cordillera y Aguas Los Domínicos.<sup>250</sup> Finalmente en el año 2011, se creó la filial de Aguas Maipo y la Corporación de Fomento de la Producción (CORFO) vendió la mayoría de las acciones que poseía en Aguas Andinas, conservando solo el 5% de sus títulos.<sup>251</sup> Con esto, Aguas Andinas S.A. —y, a través de ella, Suez S.A.— se constituyó como líder del mercado de agua potable en Chile,<sup>252</sup> solo en concesiones directas (no es operadora en ninguno de los contratos con ECONSSA Chile S.A.), y, por tanto, además de concesionaria, Aguas Andinas es dueña de los respectivos derechos de aguas, con ciertas limitaciones sobre su uso hasta el año 2049.

El abastecimiento de agua potable en la Región Metropolitana depende principalmente de aguas superficiales del río Maipo y del río

249 Memoria Anual 2016. Aguas Andinas p. 20.

250 *Ibid.*

251 La estructura actual de los accionistas es, por tanto, la siguiente: 1. Inversiones Aguas Metropolitanas S.A., 50,10% de la propiedad. 2. Banco de Chile por cuenta de terceros no residentes, 11,60%. 3. Banco Itaú por cuenta de inversionistas extranjeros, 10,11%. 4. CORFO, 5,00%. 5. Banco Santander por cuenta de inversionistas extranjeros, 3,85%. 6. Banchile Corredores de Bolsa S.A., 1,68%. 7. Corpbanca Corredores de Bolsa S.A., 1,59%. 8. Asociación de Canalistas Sociedad del Canal de Maipo, 1,15%. 9. Bethia S.A., 0,98%. 10. Larraín Vial S.A. Corredora de Bolsa, 0,98%. 11. BCI Corredores de Bolsa S.A., 0,93%. 12. Euroamérica Corredora de Bolsa S.A., 0,68%. 13. Otros accionistas (1618), 11,33%. 14. Otros accionistas (26), 0,03%.

252 Memoria Anual 2016, Aguas Andinas, p. 20. Véase también: Informe de Gestión de la Superintendencia de Servicios Sanitarios 2015, p. 28.

Mapocho. El riesgo principal de abastecimiento lo constituye, por ende, la turbiedad del agua en situaciones de lluvias abundantes o aluviones. Las soluciones se basan en estanques de agua para asegurar la autonomía del suministro, y en la interconectividad de redes con otras concesionarias que tienen acceso a fuentes de agua en napas subterráneas que no se afectan por las lluvias, que las empresas podrían incluso gestionar sin la instrucción de la SISS.<sup>253</sup>

Hasta el año 2015, Aguas Andinas –según cifras entregadas por la SISS– cumplió en un 99% con sus Planes de Desarrollo.<sup>254</sup> Contrastando esta cifra con datos de conocimiento público y confirmados en entrevistas, llama la atención por qué los estanques de Pirque –que darían una autonomía de suministro al gran Santiago por 32 horas– no se han construido desde el 2008. Desde 2015, están en revisión del SEA, según pudimos apreciar en base a la información pública en la página del organismo público, lo que corresponde al tiempo de demora de cualquier otro proyecto. El pronunciamiento del SEA se espera para septiembre de 2017.<sup>255</sup> La empresa ha señalado que la tramitación de una evaluación de impacto ambiental retrasaría el cumplimiento con el Plan de Desarrollo. Ignoramos por qué Aguas Andinas no solicitó antes la evaluación de impacto ambiental, considerando que la medida ya se había comprometido en 2008.<sup>256</sup>

Dentro de las iniciativas en materia de Responsabilidad Social que posee Aguas Andinas, revisaremos aquellas cuya consecuencia directa podría aportar a mejoras medioambientales, uso responsable por parte de los consumidores y, por tanto, eventualmente, al goce del derecho humano al agua sin discriminación. Sin embargo, no pudimos corroborar el impacto de las iniciativas, ni tampoco si responden implícitamente a un enfoque de derechos humanos, porque la empresa no accedió a la entrevista solicitada.

La primera de estas iniciativas corresponde al Servicio de Gestión de Crisis y Resiliencia de las Organizaciones (SeCRO),<sup>257</sup> en la cual Aguas Andinas ha impulsado la creación de un mecanismo cuya función principal es agrupar a diversas empresas que figuran como líderes

253 Las iniciativas coordinadas por órganos del Estado, en las que participa la empresa, se describieron arriba.

254 Datos disponibles en <http://www.siss.gob.cl/577/w3-propertyvalue-3526.html>.

255 Véase SEA, [http://seia.sea.gob.cl/expediente/ficha/fichaPrincipal.php?modo=ficha&id\\_expediente=2131743627](http://seia.sea.gob.cl/expediente/ficha/fichaPrincipal.php?modo=ficha&id_expediente=2131743627).

256 Véase Barcells, Fernando, <http://ciperchile.cl/2016/05/02/aguas-andinas-us10-millonnes-han-pagado-los-santiaguinos-por-obras-que-debian-evitar-el-corte-de-agua/>. No pudimos confirmar esta información con Aguas Andinas porque no nos concedió entrevista para elaborar esta investigación.

257 Colaboran además en SeCRO, Abertis Autopistas, Copec, Telefónica, CGE, Metrogas, Transbank, GNL Quintero, véase Memoria Anual 2016. Aguas Andinas p. 61.

en sustentabilidad para la acción coordinada y conjunta en gestión de crisis, y compartir buenas prácticas al respecto. Con lo anterior se busca “anticipar, prevenir y minimizar los efectos de las emergencias que se enfrenten de toda índole”.<sup>258</sup> Esta iniciativa se ha coordinado con la ONEMI, tal como otra sobre “continuidad del servicio” que también abarca la coordinación con los municipios y la SISS.<sup>259</sup>

Además, Aguas Andinas reporta el proyecto “economía circular” que busca el “uso y producción de recursos renovables y la preservación del medio ambiente, mediante acciones que permitan reducir, reutilizar y reciclar los recursos”, a través de un proyecto piloto de vehículos eléctricos, un plan de eficiencia energética y la proyección de las condiciones climáticas de la cuenca.<sup>260</sup>

Por último, se encuentra la capacitación constante realizada por la empresa Aguas Andinas a sus trabajadores, la “Escuela del Agua” que, conforme a su memoria anual, “busca potenciar y formar a los trabajadores de todos los niveles de Aguas Andinas y filiales sobre las nuevas tendencias del sector, como sustentabilidad, economía circular, eficiencia hidráulica y energética, entre otros, dando solución a las necesidades de desarrollo de los trabajadores y trabajadoras del sector sanitario”.<sup>261</sup>

#### **3.4. Cooperativas y Comités de Agua Potable (Agua Potable Rural)<sup>262</sup>**

A diferencia del sistema urbano, el sistema rural funciona a través de “las Asociaciones de Agua Potable Rural (APR) en Chile, [las cuales] se han estructurado en base a dos modalidades: los Comités de Agua Potable Rural y las Cooperativas de Agua Potable Rural, cuyo funcionamiento se sustenta en la organización social de sus beneficiarios, y bajo diferentes modelos de administración que incluyen criterios sociales y solidarios en beneficio de toda la comunidad”.<sup>263</sup> A pesar de la reciente

258 *Ibid.*, p. 61.

259 *Ibid.*, p. 62.

260 *Ibid.*, p. 62. La empresa también cuenta con una iniciativa de igualdad de género para sus trabajadores/as, véase Memoria Anual 2016 Aguas Andinas S.A., p. 70.

261 *Ibid.*, p. 67.

262 Revisar también Chloé Nicolás-Artero, “Las organizaciones comunitarias de agua potable rural en América Latina: Un ejemplo de economía sustantiva”, *Polis* (online) 2016, vol. 15, N° 45, pp. 165-189. Véase también Gabriel Caldés, *La Industria Sanitaria en Chile de cara al siglo XXI*, Santiago, Ril Editores, pp. 139 y ss.

263 Ley 20.998, promulgada el 6 de febrero de 2016. Regula los Servicios Sanitarios Rurales; DFL 5: 25 de septiembre de 2013. Ley General de las Cooperativas; Decreto 735. Promulgación 7 de noviembre de 1969. reglamento de los servicios de agua destinados al consumo humano; Decreto 58. Fecha de promulgación 9 de enero de 1997. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N.º 19.418, sobre juntas de vecinos y demás organizaciones comunitarias; Decreto 101. Fecha de promulgación: 7 de abril de 2004. Aprueba reglamento de la Ley General de Cooperativas; además es aplicable la Ley 20.500. Fecha de promulgación: 4 de febrero de 2011, sobre asociaciones y participación ciudadana en la gestión pública.

adopción de regulación (2016), es el sector cuyo abastecimiento constituye una de las mayores preocupaciones del Estado en materia de agua potable, como se evidencia en la Política de Recursos Hídricos (véase sección 3.2.1). El sistema de APR se desarrolló desde 1964 con recursos estatales, pero también con el apoyo financiero del Banco Interamericano de Desarrollo (BID).<sup>264</sup> Posteriormente y ya por los años 70 y 80, el Servicio Nacional de Obras Sanitarias, SENDOS, queda a la cabeza del proyecto, y genera modificaciones en las áreas administrativa, operacional, técnica y contable. Aunque dichas modificaciones quedaron en registros internos, no fueron recogidas en dictámenes.<sup>265</sup> Actualmente, son aproximadamente 2.200.000 las personas que se abastecen a través del APR. En “localidades rurales concentradas cuenta con una cobertura de más de un 99%. Sin embargo, en localidades desconcentradas su cobertura es de solo un 2%. En resumen, la cobertura de agua potable en zonas rurales bordea el 73%, considerando el total de la población rural”.<sup>266</sup> El desafío principal es la cobertura del tratamiento de aguas servidas y las garantías de calidad para el agua potable. La ejecución de las inversiones del Estado en infraestructura y asesoría técnica de los comités de APR se hace mayoritariamente —a pesar de tener facultades legales para obligar a las empresas a hacerlo dentro de sus contratos de concesión u operación— a través de convenios con la Dirección de Obras Hidráulicas del MOP (DOH). Aguas Andinas, por ejemplo, brinda “asesoría técnica, comunitaria, administrativa y financiera-contable a 261 organizaciones comunitarias localizadas en las regiones de Los Lagos, Los Ríos y Metropolitana”, en un convenio con la DOH.<sup>267</sup> Entre las medidas que ha adoptado la empresa están las visitas a las comunidades, para orientarlas en la gestión del agua. Además, se han llevado a cabo jornadas de capacitación en las que participan tanto la comunidad como trabajadores de la empresa.<sup>268</sup>

Los Convenios de las empresas concesionarias u operadoras con la DOH, sobre asistencia técnica a las APR, no se deberían considerar iniciativas de RSE, ya que es una prestación de servicios contra pago por parte del Estado y, por tanto, parte del negocio de las empresas.<sup>269</sup> Desde una perspectiva de derechos humanos, sin embargo, si se pudiera confirmar que se aplican las respectivas acciones afirmativas de no-discriminación, y el respeto al derecho humano al agua por parte de la

264 Cristián Villarroel, *Asociaciones Comunitarias de agua potable rural en Chile: diagnóstico y desafíos*, Chile Sustentable, 2012, Pp. 7 y 8. Véase también, Caldés 2015, op. cit., pp. 139 y 140.

265 *Ibíd.*

266 *Ibíd.*, p. 139.

267 Memorial anual 2016. Aguas Andinas p. 47.

268 *Ibíd.*

269 Comisión Investigadora 2015, p. 82.

empresa, se pueden considerar parte de una política aún no explícita de derechos humanos, ya que se contribuye a la accesibilidad y disponibilidad del derecho humano al agua sin discriminación. El Estado, al mismo tiempo, tendría que considerar si, según la capacidad de las empresas sanitarias, debería obligarlas a asumir su responsabilidad en las áreas colindantes a su concesión, tal como faculta la ley, ya que además de garantizar el derecho humano al agua potable y saneamiento, es responsable de la gestión eficaz de sus recursos y de poder así avanzar en relación al cumplimiento progresivo de todos los derechos económicos, sociales y culturales (Artículo 2.2 PIDESC).

### **3.5 Desafíos de la industria a la luz del derecho humano al agua potable**

Como identificó Gabriel Caldés en 2015, la industria necesita primero abarcar una mirada de más largo plazo, incluyendo inversiones en I+D (investigación y desarrollo científico) para resolver los desafíos que se presentan en el abastecimiento de agua potable en un país que estará cada vez más afectado –en su zona centro-norte– por sequías y lluvias fuertes, fruto del cambio climático. Además, debemos agregar, se requiere este tipo de investigación en la agricultura, donde existe el mayor potencial de ahorro de agua dulce. Cabe añadir que, en este momento, ningún órgano –ni siquiera la SISS– puede ordenar la restricción de consumo de agua potable. Las declaraciones de escasez hídrica de la DGA solamente son operativas por seis meses. Las restricciones preventivas en caso de emergencia son completamente voluntarias y dependen de las y los consumidores de agua potable.

Además, la posibilidad de ahorro de agua potable –más allá de lo que el costo induzca– no está prevista tampoco en la reforma al Código de Aguas. La SISS explicó: “No habría cambios, porque si bien una eventual reforma podría establecer prioridad para el consumo humano, esta operaría a nivel de priorización de las fuentes para la producción de agua potable. En cuanto al agua potable, una vez producida, al tratarse a todos los clientes con el mismo criterio que consumen desde la red, no habría como distinguir los residenciales de aquellos que no lo sean.”<sup>270</sup> Eso es problemático y deja espacio para la mejora en el sentido del uso sustentable y solidario del agua potable.

Segundo, debería hacerse cargo de las aguas no facturadas que se pierden por filtraciones en la red de agua potable, o por hurto. El experto considera que la cifra de pérdida (34% en 2014) era muy alta para un país con escasez hídrica, incluso si se toman en cuenta las aguas necesarias para el lavado de redes.<sup>271</sup> Los valores más altos de aguas

270 Véase SISS, Campaña para el consumo responsable, disponible en <http://www.siss.cl>

271 Caldés 2015, *op. cit.*, p. 104-105.

no facturadas son de SMAPA, con un 45,1% en 2014; los menores, de Aguas Magallanes con un 12,1%.<sup>272</sup>

Tercero, es necesario cuidar, mantener y abrir nuevas fuentes de agua cruda, sobre todo, a través de la reutilización rentable. En estos momentos, la agricultura se beneficia gratuitamente de aguas servidas tratadas, ya que no hay sistema que le devuelva al cliente de agua potable su inversión, a pesar de que haya pagado la factura para el tratamiento de las aguas servidas.<sup>273</sup> La SISS ofició que las empresas sanitarias no eran dueñas de las aguas servidas, decisión confirmada por la Corte Suprema en 2011;<sup>274</sup> sin embargo, la Contraloría dictaminó en 2013 en sentido contrario.<sup>275</sup>

Finalmente, los sectores económicos principales que dependen del agua dulce –agricultura, minería, industria e industria sanitaria– tienen responsabilidades bajo el derecho internacional, bajo los Principios Rectores, y también en relación al artículo 30 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de no incidir por vías lícitas ni ilícitas hacia una regulación que no garantice el derecho humano al agua potable y saneamiento. En este sentido, no solo es fundamental asegurar la autonomía de la SISS,<sup>276</sup> sino también del Congreso y de los órganos del Ejecutivo. El Estado debe asegurar que –incluso a pesar de que tal presión o incidencia ocurriera– se adopte toda la regulación necesaria para proteger y garantizar los derechos humanos.

## CONCLUSIONES

Analizando un servicio público privatizado, la atribución de la responsabilidad por violaciones al derecho humano al agua potable es al Estado, en virtud del artículo 5 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado del 2001, aunque sean empresas (privadas o estatales) las que proveen el servicio. Por tanto, en la medida que la industria no se regula de acuerdo con los estándares internacionales, o que esta regulación no resulte en una garantía efectiva del derecho,

272 Caldés 2015, *op. cit.*, p. 106.

273 Muy claro en Caldés 2015, *op. cit.*, pp. 110-113.

274 Caldés 2015, *op. cit.*, p. 113. Véase especialmente, Ord. N° 2725 del 4 de julio de 2011. Junta de Vigilancia de la Última Sección del Río Mapocho, Asociación de Canalistas del Canal Bajo La Esperanza, Asociación Canal de Mallarauco con Superintendencia de Servicios Sanitarios: Corte Suprema, 17 de mayo de 2011 (Rol No 1419- 2009).

275 Entrevista con Francisco Donoso, 7 de junio de 2017. La entrevista fue concedida a título personal. Véase además, la publicación de Juan Pablo Díaz de Valdés, *Aguas servidas. Análisis jurídico de su dominio y uso*, en: Actas de Derecho de Aguas, N° 5 [2015] pp. 51-66. Véase también CGR, Dictamen No 35.169 (2013), 5 de junio de 2013.

276 En el mismo sentido, pero referido a su capacidad técnica y las negociaciones tarifarias, Caldés 2015, *op. cit.*, pp. 147-151.

estamos ante una violación. Reiterado esto, existen sin embargo algunas responsabilidades directas de las empresas en virtud de ser tales, según el Pilar II de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos.

### **1. Responsabilidades de las empresas de prestación de servicios**

Las empresas deben, en todo momento, respetar el derecho humano al agua, en sus propias actividades –sean o no reguladas– y en su apoyo al sistema de agua potable rural. Esta responsabilidad incluye, primordialmente, la renuncia a ejercer presiones al regulador, fiscalizador o a los órganos políticos que podrían traducirse en una menor protección y garantía del derecho humano al agua potable.

Además, incluso más allá de lo que les exige la ley, deben prevenir violaciones al derecho humano al agua en su esfera de influencia. En este sentido, por ejemplo, deben adecuar su comprensión de “caso fortuito” a la jurisprudencia constante de los órganos administrativos y de los tribunales, para ahorrar costos de litigio al Estado. Deben también desarrollar soluciones a mediano y largo plazo para enfrentar el riesgo que el cambio climático con todas sus facetas significa para el derecho humano al agua potable. Para ECONSSA Chile S.A., estas responsabilidades son aún mayores por tratarse de una empresa estatal (PR 4), e implica, además, el uso diligente de sus derechos contractuales en relación a las distintas operadoras.

### **2. Violaciones a la obligación estatal de garantizar**

La Convención Americana sobre Derechos Humanos establece el deber de adoptar disposiciones de derecho interno, sean estas legislativas o de otro carácter, que resguarden los derechos de las personas.<sup>277</sup> En el ámbito de las empresas sanitarias y el derecho al agua potable, el Estado no escapa de dicha necesidad. En este contexto, es preocupante que la Constitución no reconozca el derecho al agua potable y saneamiento, y es imprescindible resguardar la prioridad de su uso para consumo humano a través de un cambio a la legislación, para poder resguardar el derecho humano al agua potable. Esto debería implicar la posibilidad de cubrir el derecho humano al agua en declaradas situaciones de escasez mediante compra a otros actores a un precio tarifado en virtud de una declaración de interés público, no a un precio de mercado de bien escaso que tiende a desvirtuarse en situaciones de monopolios o especulación.

Los derechos humanos, como se reconoció en la Declaración de Viena de 1993, son indivisibles e interdependientes (artículo 5). En nuestro caso de estudio, esto se demuestra especialmente cuando se ha

277 Artículo 2. Convención Americana sobre Derechos Humanos.

afectado el derecho a la educación al suspenderse las clases por falta de agua potable en situaciones de emergencia o se vulnera el derecho a la salud a raíz del uso de aguas grises no aptas para el riego, generando microbios dañinos en la cadena de alimentación humana.<sup>278</sup> El Estado debe regular ese ámbito para incentivar correctamente la reutilización de las aguas y asegurar estándares de calidad mediante la fiscalización. En la misma dirección, corresponde también al Estado resguardar el derecho a vivir en un medioambiente sano. Sin embargo, en estos momentos, el Estado de Chile no cumple cabalmente con el deber de debida diligencia en lo que se refiere a la prevención de violaciones al derecho humano al agua potable. Especialmente, mostramos la falta de coordinación de las distintas políticas públicas e institucionalidades relacionadas con el manejo del agua dulce y las emergencias que solo recientemente se están integrando, aunque sin la presencia del Ministerio de Agricultura. Considerando que el 80% del agua en Chile se usa en la agricultura, esta ausencia es una grave falta a la debida diligencia por parte del Estado. A nivel de la institucionalidad fiscalizadora, generan preocupación las pocas garantías contra la “puerta giratoria” en la industria, ya que los tiempos de carencia son mínimos (3 meses a la salida del cargo, ningún período de carencia al ingresar) y no alcanzan ni siquiera para garantizar que una sanción administrativa pendiente se cierre antes de la posible vuelta de un ex funcionario de la SISS a una empresa del sector. Además, la SISS carece de criterios claros para evaluar la calidad y pertinencia de los Planes de Desarrollo de las empresas. Adicionalmente, el poder fiscalizador se encuentra reducido por no haber modernizado los criterios de sanciones a la luz de las nuevas superintendencias como la del Medioambiente. Aún no se ha adecuado la estructura y mandato de la SISS a los nuevos desafíos que pueda enfrentar.<sup>279</sup>

Las sanciones, al parecer, no logran asegurar el cumplimiento de las empresas que han incurrido en una espiral de infracciones por falta de prevención o por falta de debida diligencia en la gestión. Creemos que se podría mejorar este punto si las infracciones que tienen directa relación con las obligaciones básicas del derecho humano al agua tuvieran sanciones consecuentemente más altas, de acuerdo a las utilidades o a la cantidad de clientes de las empresas. La caducidad de una concesión o de un contrato de operación debe ser una real posibilidad de sanción; pero esto hoy no ocurre por la redacción de los contratos entre ECONSSA Chile S.A. y las empresas operadoras. Aunque hayamos propuesto soluciones de derecho contractual a la supuesta imposibilidad de terminar

278 Véase también Guiloff, en *Informe* 2013.

279 Véase también Caldés 2015, *op.cit.*, p. 149.

un contrato, consideramos necesario revisar la redacción misma del contrato y, además, la transparencia de los juicios arbitrales llevados adelante en esta área de eminente interés público. Adicionalmente, ECONSSA Chile S.A. debe aumentar su dotación si pretende ejercer una correcta fiscalización sobre los contratos. Mientras es en principio un correcto resguardo del derecho humano al agua potable el entregar infraestructura y derechos de aguas solamente en comodato –y, así, evitar el grave error en que se incurrió con las primeras privatizaciones en Concepción, Valdivia y el Gran Santiago, la terminación del contrato con una operadora que no cumple debe ser una posibilidad real.

Además, el Estado ha limitado peligrosamente su capacidad de incentivar las sanitarias y operadoras a proveer un servicio de agua potable de tal calidad que garantice el derecho humano al agua potable, especialmente, a través de la aceptación de cláusulas de terminación de los contratos de operación que son virtualmente imposibles de ejecutar; y al acceder a perder o renunciar a una fundamental herramienta contractual de control sobre los derechos de aguas de las concesiones directas a partir del 2049.

El acceso a la justicia se debilita por la falta de ayuda legal respecto de demandas judiciales en materia de consumo, del todo necesaria para tener posibilidades reales de ganar un caso, por lo menos a partir del nivel de apelación. Además, la falta de seguimiento a la implementación de acuerdos indemnizatorios colectivos que podría haber alcanzado el SERNAC, significa que no hay garantía eficaz del derecho a la reparación.

## RECOMENDACIONES

### Sobre Estado y empresas estatales

1. Aprobar el uso preferente del agua para consumo humano a nivel constitucional y recuperar la capacidad del Estado (*state capacity*) en relación a la garantía del derecho humano al agua potable, especialmente respecto a la independencia de la SISS y la pérdida de los derechos de accionista de la CORFO en las concesiones directas.
2. Coordinar una política pública integrada de recursos hídricos, incluyendo regulación de uso de los recursos hídricos en la agricultura con criterios de sustentabilidad y enfoque de derechos humanos.
3. Aplicar multas escalonadas al menos conforme a criterios equivalentes a aquellos que emplea la SMA, cuidando que, en todo caso, la sanción no sea menor a la utilidad o ahorro obtenido con la infracción y posibilitando, además, la terminación de contratos con ECONSSA Chile S.A. por incumplimiento grave (aunque sea puntual) de la empresa operadora.

4. Mejorar la transparencia en relación a arbitrajes ECONSSA Chile S.A., criterios de calidad –y su cumplimiento en relación a los Planes de Desarrollo– y negociaciones tarifarias.

#### Sobre empresas privadas

5. Las empresas deben buscar soluciones técnicas para diversificar fuentes de agua dulce por concesión, reutilizar las aguas para riego y mejorar interconectividad de redes de las concesionarias.
6. Deben renunciar a ejercer lobby, presiones o tráfico de influencia que impida la adopción e implementación de un marco regulatorio de las aguas tendiente a garantizar cabalmente el derecho humano al agua potable.

## **SENAME: EL ROL DEL ESTADO, LA TUTELA JUDICIAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES Y LA RELEVANCIA PENAL DE LA CRISIS<sup>1</sup>**

*“(...) eso da pie automáticamente para que todos los organismos internacionales empiecen a condenar a Chile en democracia por violador de los derechos humanos. Si me dicen que el Estado de Chile es responsable por esas violaciones, eso faculta para que 700 mil o un millón de menores que alguna vez pasaron por establecimientos del Sename, empiecen a demandar al Estado de Chile por su responsabilidad por la falta de servicio. Y si hablamos de crear una comisión de Verdad y Reparación, vamos a tener que crear pensiones para todos los niños que pasaron por el Sename, incluido ‘El Cisarro’”.*

Jaime Campos.  
Ministro de Justicia y Derechos Humanos  
*El Mercurio*, 8 de julio de 2017.

1 Capítulo elaborado por Eduardo Alcaíno Arellano, Sabrina Perret Neilson y Pablo Soto Delgado.



## SÍNTESIS

Entre los años 2005 y 2016, 1.313 niños, niñas, adolescentes y mayores de 18 años murieron en centros del SENAME o en organismos colaboradores autorizados por ese servicio. En esos lugares existen de manera extendida prácticas sistemáticas de violencia física, psíquica y sexual. Por lo tanto, estamos en presencia de una reiterada comisión de delitos. La falta de programas adecuados, la escasa capacidad técnica, el mínimo esfuerzo del servicio por interpretar sus competencias para satisfacer los objetivos que se le han encargado, la deficiente colaboración del órgano con los jueces de familia, así como una legislación inapropiada, fuerzan a concluir que se está en presencia de una política pública fracasada. Si a lo anterior se agrega la extensa información disponible acerca de la captura del servicio por los partidos de turno, es claro que los problemas de conducción política son parte central de la actual crisis del SENAME. El Estado de Chile vulnera, desde los múltiples puntos de vista señalados, los derechos de las niñas, niños y adolescentes que están bajo su cuidado, lo cual es especialmente grave si se considera que todos ellos se encuentran en una situación de aguda vulnerabilidad. Cualquier solución a la actual crisis debe partir necesariamente de la verificación e imputación de responsabilidades, así como de la identificación de los puntos de diseño, implementación y prácticas administrativas y judiciales que requieren mejoras.

*PALABRAS CLAVES: Servicio Nacional de Menores, externalización de servicios de cuidado y derechos humanos, tutela judicial de niños, niñas y adolescentes; responsabilidad penal por vulneración de derechos de niños, niñas y adolescentes.*



## INTRODUCCIÓN

El presente capítulo aborda, desde la perspectiva de las obligaciones que pesan sobre el Estado de Chile en materia de derechos humanos, la crisis del Servicio Nacional de Menores (en adelante, SENAME).

Como se sabe, en 2016 la opinión pública conoció un conjunto de casos que involucraban la muerte de niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNA) que se encontraban al cuidado del servicio y de sus colaboradores privados. Entre los años 2005 y 2016, en democracia, murieron 1.313 personas en las diversas áreas de atención del SENAME. Esta cifra es brutal.

El último año se revelaron, también, otras situaciones abusivas en contra de los NNA, incluyendo prácticas lesivas físicas y psicológicas, y, en algunos casos, verdaderos métodos de castigo o tortura, así como abusos sexuales. Ninguna de estas prácticas se ha presentado de manera aislada, considerando no solo el número de casos, sino también la forma de su ocurrencia. Como si lo anterior no fuera suficiente, se han detectado redes de prostitución cuyas víctimas serían los NNA al cuidado del servicio y sus colaboradores. Se trata aquí, derechamente, de graves delitos.

Además de estos gravísimos hechos, el funcionamiento general del servicio y sus colaboradores han sido cuestionados. Las críticas apuntan a problemas de gestión y falta de supervisión, así como a diversas irregularidades referidas a la captura política del órgano: “cuoteo” en los nombramientos de funcionarios en desmedro de las cualidades técnicas que estos deben tener, influencias indebidas de políticos en la adjudicación de las subvenciones que el SENAME entrega a los colaboradores, protección de los políticos responsables, etcétera. Todas estas situaciones impactan directamente en los NNA que están al cuidado del servicio y de sus colaboradores.

En una muestra dramática de intervención de la política con fines distintos a la protección de los derechos de los NNA, al momento del cierre de este capítulo, a instancias del gobierno, 47 diputados han rechazado y 13 se han abstenido de aprobar –lo que para efectos prácticos es lo

mismo— el Informe de la Comisión Investigadora SENAME II.<sup>2</sup> Allí, luego de más de un año de trabajo, se establecieron deficiencias generalizadas en el servicio, responsabilidades políticas y gravísimas transgresiones a los derechos de las personas vulnerables que se encuentran al cuidado del Estado. Quien revise los documentos y testimonios que fundaron el informe de la Comisión, sabrá que el rechazo de lo que allí se indicaba es una muestra más del fracaso estatal en la protección de los NNA.

La crisis del SENAME es un caso de transgresión radical y extendida de derechos humanos de personas que tienen una doble condición de vulnerabilidad: por una parte, son NNA que poseen un desarrollo físico y mental que aumenta el riesgo de sufrir violaciones a sus derechos y, por otra, quienes se encuentran al cuidado del servicio y sus colaboradores *ya han sido lesionados en sus derechos*. Respecto a estas personas, el Estado tenía obligaciones que, en definitiva, ha incumplido.

Precisamente, el objetivo de este capítulo es analizar, documentadamente, el incumplimiento de la responsabilidad del Estado de “prevenir, investigar y sancionar” las violaciones a los derechos humanos de los NNA al cuidado del SENAME y sus colaboradores. Esto sobre la base de los instrumentos dirigidos a proteger los derechos de estas personas —principalmente la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN)— y, debido a la conformación institucional del SENAME, que primariamente es un asignador de subvenciones para financiar servicios de cuidado que el Estado ha externalizado, es necesario revisar cuáles son los estándares de derechos humanos cuando se realizan contratos con terceros privados que prestan servicios públicos. El esquema normativo para esto último se encuentra en los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y Derechos Humanos.

Los objetivos anteriores se abordan desde distintas perspectivas, siempre insuficientes, atendida la enorme crisis que vive el servicio. Estas son:

i) El diseño del SENAME y su relación con los colaboradores privados, constatándose que, si bien existen herramientas jurídicas para controlar a estos últimos, son insuficientes, o bien el servicio ha decidido no hacer el esfuerzo de interpretarlas para cumplir, tanto como sea posible, el objetivo que el legislador le estableció: proteger los derechos de los NNA.

ii) La identificación, mediante entrevistas con jueces de familia, de las principales dificultades que los magistrados detectan al cumplir su labor de intervención en casos de NNA vulnerados, en especial, cuando deben relacionarse con el SENAME. Aquí se explican las fallas y deficiencias del servicio en la colaboración con la judicatura para proteger a los NNA. Si a esto se suman los incentivos de gestión judicial, que impiden dedicar tiempo y calidad a la protección de estas personas, se produce una

2 Votación de 4 de julio de 2017, Sesión 40.

interacción institucional-administrativa-judicial que no protege derechos.

iii) La valoración penal de los hechos que han conformado la crisis del servicio. Resulta fundamental comprender que lo acontecido en el SENAME consiste en una comisión de delitos reiterada y extendida en el tiempo. Por una parte, los que afectan directamente a los NNA (vulneraciones al derecho a la vida, a la integridad física y psíquica y a la protección de su libertad sexual) y, por otra, el grupo de hechos que afectan la probidad y el interés público que tienen, también, la capacidad de incidir en la deficiente organización del servicio y, consecuentemente, en los derechos de los NNA.

El capítulo comienza refiriéndose a los estándares de derechos humanos aplicables. A continuación, se explicará la estructura del SENAME y sus herramientas de supervisión respecto a los colaboradores, así como su falta de compromiso con la misión de protección de derechos humanos de NNA que la ley le ha encargado. Enseguida, se revisarán los problemas que los jueces han constatado en su interacción con el servicio, tratándose de la tutela judicial de los NNA. Luego, se analizará la relevancia penal de las conductas que conforman la crisis del SENAME. Finalmente, se formulan conclusiones y recomendaciones.

## 1. ESTÁNDARES DE DERECHOS HUMANOS

### 1.1. Estándares generales de derechos humanos para la protección de NNA

Los NNA son titulares, al igual que cualquier otra persona, de los derechos consagrados en los diversos tratados de derechos humanos. Sin perjuicio de ello, debido a la específica vulnerabilidad que tienen, el desarrollo de los derechos humanos los ha definido como un grupo de la sociedad que requiere una especial protección.<sup>3-4</sup> Lo anterior se ha

3 La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que los NNA, por su condición, tienen derechos específicos que deben ser cautelados por la sociedad, la familia y el Estado. Sobre el punto, véanse, entre otras: Corte IDH, *Opinión consultiva OC-17/02, Condición jurídica y derechos humanos del niño, 28 de agosto de 2002*; Corte IDH, *caso de los hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas, 8 de julio de 2004*; y Corte IDH, *caso masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, 30 de noviembre de 2012*.

4 Como bien se ha explicado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos considera que esa protección especial "debe ser entendida como un derecho adicional y complementario a los demás derechos que la Convención Americana reconoce a toda persona." Véase: Eduardo Ferrer y Carlos Pelayo, "La obligación de 'respetar' y 'garantizar' los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana", *Estudios Constitucionales*, Año 10, N° 2, 2012, p. 157.

traducido en la elaboración de estándares propios aplicables a los NNA.<sup>5</sup>

La CDN contempla una serie de derechos, similares a los de toda persona, con la debida especificidad que la calidad de los NNA exige, así como un conjunto de deberes cuyo destinatario es el Estado. Cada derecho y deber ha tenido y sigue teniendo un desarrollo importante y extenso,<sup>6</sup> aunque debido a que este capítulo se concentra en una determinada esfera de la problemática de los derechos humanos de los NNA, se describirán de manera más detallada aquellos estándares pertinentes.

Entre los derechos más relevantes estatuidos en la CDN se establece que los Estados, a través de sus instituciones, tribunales y órganos de la Administración, deberán tener siempre como principal consideración el interés superior del niño o niña.<sup>7</sup> Este principio, que se consagra como derecho y a su vez como deber del Estado, ha de ser entendido como la especial protección y satisfacción de necesidades que los Estados proporcionarán a los NNA. Tal protección tiene por finalidad fomentar el desarrollo armonioso de la personalidad de los mismos, y se funda en la dignidad del ser humano, considerando sus características y necesidades propias, debiendo además los Estados generar mecanismos especiales de protección a todos los derechos de los NNA.<sup>8</sup>

Un aspecto relevante del sistema de protección de los derechos humanos es la obligación de respetarlos y garantizarlos. En el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos, aquel imperativo se encuentra en su artículo 1.1. Mientras el deber de respeto consiste en cumplir directamente las normas –bien sea actuando o absteniéndose–, la obligación de garantía exige que el Estado se organice asegurando el ejercicio de los derechos humanos.<sup>9</sup> Este último deber implica, para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que los Estados deben “prevenir, investigar y sancionar” las violaciones a los derechos, restableciéndolos en caso de ser posible y reparando sus daños.<sup>10</sup>

5 La misma CDN establece, en su Preámbulo, recordando la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, que “su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales.”

6 Véanse al efecto las múltiples Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño.

7 Dispuesto expresamente en los artículos 3.1, 9.1, 9.3, 18.1, 21, 37, y 40.2 de la CDN.

8 Corte IDH, *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N°5: Niños y niñas*, San José de Costa Rica, Corte IDH, 2015, pp. 25-26.

9 La explicación en Ferrer y Pelayo, *op. cit.*, pp. 151 y ss.

10 Así, con claridad en Corte IDH, *caso Trujillo Oroza Vs. Bolivia. Reparaciones y Costas*, de 27 de febrero de 2002, párr. 99: “este Tribunal primeramente debe indicar que la Convención Americana garantiza a toda persona el acceso a la justicia para proteger sus derechos y que recaen sobre los Estados partes los deberes de prevenir, investigar, identificar y sancionar a los autores y encubridores de las violaciones de los derechos humanos.”

Este deber ha de cumplirse especialmente en lo referente a los NNA, ya que –como se dijo– se trata de personas con un nivel de vulnerabilidad más acentuado, por lo cual las posibilidades de ser víctimas aumentan y las de denuncia o de defensa se ven disminuidas.

Por lo mismo, desde el punto de vista de la prevención, el artículo 3 de la CDN establece que los Estados partes “tomarán *todas las medidas* legislativas y administrativas adecuadas” para asegurar a los NNA la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar.<sup>11</sup> La misma disposición impone que los Estados deben asegurarse de que las instituciones, servicios o establecimientos encargados del cuidado de los NNA se ajustarán a las normas referidas al cuidado o protección de los mismos.<sup>12</sup>

Por su parte, el artículo 19 de la CDN dispone que los Estados “adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.” Precisamente, sobre la base de este artículo, la Observación general N° 13 del Comité de los Derechos del Niño ha sostenido que las instituciones estatales son una fuente potencial de violación de los derechos de los NNA si se omiten ciertas acciones normativas y fácticas cuando se trata de su protección. Al respecto, ha afirmado que:

Las autoridades estatales de todos los niveles encargadas de la protección del niño contra toda forma de violencia pueden causar un daño, directa o indirectamente, al carecer de medios efectivos para cumplir las obligaciones establecidas en la Convención. Esas omisiones pueden consistir en no aprobar o revisar disposiciones legislativas o de otro tipo, no aplicar adecuadamente las leyes y otros reglamentos y no contar con suficientes recursos y capacidades materiales, técnicos y humanos para detectar, prevenir y combatir la violencia contra los niños. También se incurre en esas omisiones cuando las medidas y programas existentes no disponen de suficientes medios para valorar, supervisar y evaluar los progresos y las deficiencias de las actividades destinadas a poner fin a la violencia contra los niños. Además, los profesionales pueden vulnerar el derecho del niño a no ser objeto de violencia en el marco de determinadas actuaciones, por ejemplo, cuando ejercen sus responsabilidades sin tener en cuenta el interés superior, las opiniones o los objetivos de desarrollo del niño.<sup>13</sup>

11 Artículo 3.2 CDN. El destacado en cursivas es nuestro.

12 Artículo 3.3 CDN.

13 Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N°13*, 18 de abril de 2011, p. 13.

Respecto a las características del deber de investigar, se ha indicado que tienen que adoptarse procedimientos de investigación rigurosos, deben ser efectuados por personal cualificado y tender a aportar prueba en la sede administrativa, penal y civil. Todo adaptado a las características de los NNA.<sup>14</sup>

En cuanto al deber de sancionar, la Observación General N°13 del Comité de los Derechos del Niño señala que, para impedir la impunidad de las violaciones de los derechos de los NNA, se requiere intervención judicial. Para ello, podrán ser necesarios incluso procedimientos penales “que deben aplicarse estrictamente para poner fin a la impunidad generalizada de que gozan, *de jure o de facto*, los autores de actos de violencia, en particular cuando se trata de agentes estatales”.<sup>15</sup> Pero no solo esto: un aspecto relevante de dicha intervención judicial tiene que ver con la existencia de “medios de reparación eficaces, como la indemnización de las víctimas y el acceso a mecanismos de reparación.”<sup>16</sup>

En línea con lo que se viene diciendo, el mismo artículo 19 de la CDN indica la necesidad de “intervención judicial”, pero no de cualquier tipo, sino que debe perseguir que todas las decisiones que se adopten obedezcan a la finalidad principal de proteger al NNA, salvaguardar su posterior desarrollo y velar por su interés superior. Por lo mismo, la intervención debe ser realizada por un tribunal especializado, por personal capacitado e interdisciplinario, y bajo un procedimiento especial adaptado a las condiciones de los NNA.<sup>17</sup>

## **1.2. Estándares de derechos humanos que rigen la externalización de los servicios de cuidado y atención de NNA**

Junto a los estándares específicos aplicables a la protección de NNA, también existen estándares de derechos humanos que debe cumplir el Estado cuando se relaciona con colaboradores privados que le prestan servicios. Eso es lo que hace el SENAME a través de la entrega de la subvención a sus colaboradores, en virtud de la externalización del cuidado de los NNA. Como principio fundamental, la privatización de los servicios no implica que el Estado sea irresponsable en caso de que las cosas salgan mal, menos si se vulneran derechos humanos.<sup>18</sup>

Tratándose de la relación entre el Estado y los privados que actúan dentro de su territorio y/o jurisdicción, es necesario saber cuáles son las

14 *Ibíd.*, p. 24.

15 *Ibíd.*, p. 23.

16 *Ibíd.*, p. 24.

17 *Ibíd.*, pp. 23-24.

18 Una extensa y detallada explicación sobre este asunto, en Athenor Hallo de Wolf, *Reconciling Privatization with Human Rights*, Cambridge, Intersentia, 2011, pp. 199 y ss.

obligaciones del primero, el nivel de protección que debe proporcionar y su grado de responsabilidad en materia de derechos humanos. Una respuesta a estas interrogantes se encuentra en los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos (PR)<sup>19</sup>, analizados recientemente para el Estado de Chile en el “Estudio de línea de base sobre empresas y derechos humanos”.<sup>20</sup>

En lo que concierne a este capítulo, los PR constituyen estándares que debieran seguirse en la relación entre los organismos estatales y los privados, debiendo incluirse entre estos últimos a los colaboradores del SENAME. A continuación, se presentan aquellos deberes más pertinentes para la temática de este capítulo.

Como principio fundacional, los Estados deben proteger a las personas contra las violaciones de los derechos humanos cometidas en su territorio y/o su jurisdicción por terceros privados, debiendo, al efecto, “adoptar las medidas apropiadas para prevenir, investigar, castigar y reparar esos abusos mediante políticas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia” (PR 1). La falta de idoneidad o la ausencia de medidas para evitar las violaciones por parte de los terceros permite atribuir al Estado la responsabilidad por las violaciones a los derechos humanos que en su territorio o jurisdicción acontezcan. Este deber estatal incluye el establecimiento de “mecanismos adecuados de rendición de cuentas, seguridad jurídica y transparencia”.<sup>21</sup>

Desde el punto de vista operativo, en cumplimiento de esta obligación de protección, los Estados deben, entre otras cuestiones exigidas por el PR 2:

i) Hacer cumplir las leyes que tengan por objeto que los privados respeten los derechos y evaluar periódicamente si tales leyes resultan adecuadas, remediando eventuales carencias. Es importante que los Estados examinen si se están aplicando eficazmente las disposiciones y analicen los motivos del incumplimiento, así como las medidas para corregir la situación. Asimismo, deben verificar si la regulación provee suficiente cobertura a los derechos humanos y si generan, junto a las políticas pertinentes, un entorno propicio para que los privados respeten los derechos humanos.<sup>22</sup>

ii) Alentar y, si es preciso, exigir a los privados que expliquen cómo

19 Naciones Unidas, *Principios rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2011. El Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas hizo suyos los Principios Rectores en su resolución 17/4, de 16 de junio de 2011.

20 Schönsteiner y otros, *Estudio de línea de base sobre empresas y derechos humanos*, Santiago, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, 2016.

21 Naciones Unidas, *Principios rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2011, p. 3.

22 *Ibid.*, pp. 5-6.

tienen en cuenta el impacto de sus actividades sobre los derechos humanos. Es importante que los Estados alienten y si es preciso exijan que los privados entreguen información, a fin de promover el respeto de los derechos humanos. Esta obligación es particularmente apropiada cuando el tipo de actividades desarrolladas por los privados, o su entorno, implica un “riesgo importante para los derechos humanos.”<sup>23</sup>

Junto a lo anterior, de acuerdo al PR 4, al contratar con terceros –o bien privatizar una prestación pública– cuya actividad pueda impactar los derechos humanos, el Estado debe llevar a cabo una adecuada supervisión de aquellos, en el entendido que:

Los Estados no renuncian a sus obligaciones internacionales de derechos humanos por privatizar la prestación de servicios con un posible impacto sobre el disfrute de los derechos humanos. Si no aseguran que las empresas que prestan esos servicios cumplan las obligaciones de derechos humanos, las consecuencias pueden ser perjudiciales para la reputación del propio Estado y atraerle problemas legales. Es necesario que los contratos de prestación de servicios o la legislación que habilite esa prestación precisen que el Estado espera de esas empresas que respeten los derechos humanos. Los Estados deben asegurarse de su capacidad de supervisar efectivamente las actividades de las empresas, en particular mediante mecanismos adecuados e independientes de supervisión y de rendición de cuentas.<sup>24</sup>

Por otro lado, concretando el deber de protección contra las vulneraciones a los derechos humanos cometidas por los privados en su territorio o jurisdicción, el Estado debe asegurar el acceso de las víctimas a “mecanismos de reparación eficaces”, sean judiciales, administrativos o de otro tipo (PR 25). Estas reparaciones están destinadas a contrarrestar o reparar cualquier daño a los derechos humanos ya ocurrido y pueden manifestarse de distintas maneras: disculpas, restitución, rehabilitación, compensaciones económicas o no y sanciones penales o administrativas, así como medidas de prevención de nuevos daños.<sup>25</sup>

### **1.3. Comentario a los estándares de derechos humanos**

Conforme a lo dispuesto en los instrumentos de derechos humanos que se han reseñado, es posible afirmar que el Estado, cuando se encuentra al cuidado de los NNA, ha de satisfacer ciertos estándares cuya

23 *Ibíd.*, p. 7.

24 *Ibíd.*, p. 9.

25 *Ibíd.*, p. 33.

finalidad es impedir o bien remediar la vulneración de sus derechos. La obligación del Estado rige también cuando ha externalizado los servicios de cuidado de los NNA. Es decir, a pesar de no ser el proveedor directo de ese servicio, se encuentra sujeto a tales deberes.

Esto debe leerse, además, teniendo en consideración que son “cuidadores” de los NNA, entre otros, “el personal de las instituciones (públicas y privadas) encargado de la atención de niños, como [...] los centros correccionales de menores y los centros de día y los hogares y residencias. En el caso de los niños no acompañados, el cuidador *de facto* es el Estado.”<sup>26</sup> Esas personas y entidades son *responsables* de los NNA, siendo clara, además, la CDN en cuanto a que en el Estado recae un deber de cuidado residual y de carácter irrenunciable. En efecto, la totalidad de los cuidadores pueden faltar, pero la organización estatal nunca puede desligarse de sus obligaciones.

Todo lo anterior significa que el Estado tiene un rol que no consiste solamente en prestar un servicio de cuidado, sino que debe hacerlo asegurando que los derechos de los NNA no se vulneren. Esto exige varias cuestiones. En primer lugar, disponer de herramientas regulatorias que sean idóneas para satisfacer dicha tarea, es decir, adoptar “*todas las medidas* legislativas y administrativas adecuadas” como lo establece el artículo 3 de la CDN. En segundo término, implica, también, que el control y la supervisión, por parte de las instituciones estatales –judiciales y administrativas– debe asegurar a todo evento que esos derechos no se lesionen. En tercer lugar, exige disponer de personal técnico para evitar vulneraciones, así como de un presupuesto e infraestructura apropiados. Si nada de esto acontece, el Estado incumple sus deberes. Dicha inobservancia de los estándares –que debería ser excepcional– debe, asimismo, sancionarse e indemnizarse conforme a mecanismos apropiados y eficaces.

## **2. EL SENAME Y LA EXTERNALIZACIÓN DEL CUIDADO Y ATENCIÓN DE LOS NNA**

### **2.1. El SENAME tiene la función de proteger y promover los derechos ya vulnerados de los NNA**

El SENAME es un servicio público centralizado que depende del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. De acuerdo al artículo 1º de su ley orgánica (en adelante, DL 2.465), el servicio está “encargado de contribuir a proteger y promover los derechos de los niños, niñas y adolescentes *que han sido vulnerados en el ejercicio de los mismos* y a la

26 Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N°13*, 18 de abril de 2011, p. 13.

reinserción social de adolescentes que han infringido la ley penal”.<sup>27</sup>

En relación con las principales funciones que ejerce el servicio, el citado artículo 1º del DL 2.465 prescribe que “corresponderá especialmente al SENAME diseñar y mantener una oferta de programas especializados destinados a la atención de dichos niños, niñas y adolescentes, así como estimular, orientar, y supervisar técnica y financieramente la labor que desarrollen las instituciones públicas o privadas que tengan la calidad de colaboradores acreditados”.<sup>28</sup>

Dos cuestiones pueden apuntarse aquí. La primera de ellas es que el SENAME es un servicio de carácter claramente técnico. A pesar de

27 El destacado en cursivas es nuestro.

28 Por su parte, el artículo 3º del mismo DL 2.465 desarrolla 14 numerales que contemplan las funciones específicas del servicio en cuestión. La disposición establece: “Artículo 3º.- En especial, al Servicio Nacional de Menores corresponderá: 1.- Aplicar y hacer ejecutar las normas y medidas que imparta el Gobierno en materia de asistencia y protección a los menores indicados en el artículo anterior. 2.- Proponer al Ministerio de Justicia planes y programas destinados a prevenir y remediar las situaciones que afectan a dichos menores, con el fin de obtener su desarrollo integral, sugiriendo metas y prioridades de acuerdo con las necesidades nacionales y regionales. 3.- Atender en forma preferente, por sí mismo o a través de las instituciones reconocidas como colaboradoras, a los menores enviados por los Tribunales de Menores, con el fin de cumplir las medidas que estos hayan decidido aplicarles, y asesorar en materias técnicas a estos mismos tribunales cuando lo soliciten. 4.- Crear centros de internación provisoria y centros de rehabilitación conductual para administrarlos directamente. En casos calificados, y con autorización del Ministerio de Justicia, podrá crear y administrar directamente OPD, centros, programas y equipos de diagnóstico correspondientes a las líneas de acción desarrolladas por sus colaboradores acreditados con subvención estatal. Se entenderá por casos calificados aquellos en que los colaboradores no se interesen en asumir esas líneas de acción, una vez llamados a presentar propuestas, o bien, cuando la demanda de atención supere la oferta. 5.- Desarrollar y llevar a la práctica, por sí o a través de las instituciones reconocidas como sus colaboradoras, los sistemas asistenciales que señale la ley o sean establecidos por el Ministerio de Justicia. 6.- Estimular la creación y funcionamiento de entidades y establecimientos privados que presten atención y asistencia a los menores de que trata esta ley. 7.- Proporcionar, cuando procediere, ayuda técnica, material o financiera a las instituciones públicas y privadas que coadyuven al cumplimiento de los objetivos del Servicio. 8.- Impartir instrucciones generales sobre asistencia y protección de menores a las entidades coadyuvantes y supervigilar su cumplimiento. 9.- Efectuar la coordinación técnico-operativa de las acciones que, en favor de los menores de que trata esta ley, ejecuten las instituciones públicas y privadas. 10.- Asumir la administración provisional de las instituciones reconocidas como colaboradoras, cuando lo autorice el respectivo Juez de Menores. 11.- Informar, cuando lo disponga el Ministerio de Justicia, sobre la procedencia o conveniencia de conceder o cancelar la personalidad jurídica, o de modificar los estatutos, de las entidades de asistencia o protección de los menores a que se refiere el artículo 1º. 12.- Auspiciar y organizar cursos permanentes o temporales, sobre materias de su competencia, para capacitar a padres de familia, Juntas de Vecinos u otras organizaciones comunitarias y a personal de establecimientos públicos y privados, como asimismo congresos y seminarios a nivel regional, nacional o internacional. En el caso de congresos y seminarios de carácter internacional, deberá contar con la autorización previa del Ministerio de Justicia. 13.- Propiciar y realizar permanentemente estudios e investigaciones relacionados con los problemas del menor, en materias de su competencia. 14.- Recopilar y procesar la información y estadística que fueren necesarias sobre menores, sistemas asistenciales que se les aplican e instituciones que los atienden.”

ello, solo recientemente se han incorporado al sistema de Alta Dirección Pública los cargos de Director Nacional y directores regionales,<sup>29</sup> lo cual es insuficiente para alejar el servicio de la intervención política. Como segunda cuestión, se hace necesario enfatizar con fuerza que, de acuerdo a lo que se ha dicho, los NNA cuyos derechos el SENAME se encarga de proteger y promover ya “han sido vulnerados”. La ley no encarga al órgano una función respecto a titulares de derechos que se encuentran en una condición ordinaria. En efecto, a todo evento, la situación de un NNA que se encuentra al cuidado del servicio es la de quien está en una posición menoscabada, lo cual se encuentra –como se ha visto– reconocido legalmente por el Estado.

## **2.2. El SENAME como mero administrador de subvenciones: el mercado de los colaboradores**

El SENAME cumple su función, principalmente, a través de su red de colaboradores, externalización de servicios que ha sido regulada en la Ley 20.032 de 2005.<sup>30</sup> Según su artículo 1º, se trata de una ley cuyo objeto es doble. Por una parte, “establecer la forma y condiciones en que el Servicio Nacional de Menores [...] subvencionará a sus colaboradores acreditados” y, por otra, dispone la forma en que el SENAME “velará” para que aquellos respeten y promuevan los derechos fundamentales de los NNA sujetos de atención.

Un colaborador del SENAME es una persona jurídica sin fines de lucro, o una persona natural que ayuda a ese servicio en las

29 Artículo 2 numeral 2) de la Ley 20.955. Mediante esta ley, de 20 de octubre de 2016, se perfecciona el sistema de Alta Dirección Pública y fortalece la Dirección Nacional del Servicio Civil. Con todo, aún no tiene plena vigencia la modificación, pues se requiere que los cargos que actualmente se ejercen queden vacantes.

30 El Reglamento de esa ley se encuentra contenido en el Decreto 841 de 2005, del Ministerio de Justicia.

diversas áreas que el Estado subvenciona,<sup>31</sup> previo reconocimiento y acreditación que efectúa el Director Nacional del órgano.<sup>32</sup> Para que un privado se considere acreditado debe solicitarlo al director.<sup>33</sup> La selección de los colaboradores para obtener la subvención se lleva a cabo mediante concurso público –aun cuando la asignación directa es también procedente– y entre aquellos y el SENAME se suscribe un convenio,<sup>34</sup> quedando, por tanto, regulada contractualmente la relación, con arreglo a las respectivas bases de licitación. No existe, entre los requisitos mínimos de este convenio, conforme a la ley, mención alguna a los derechos de los NNA. Tampoco lo hace el reglamento.<sup>35</sup>

A propósito de la vinculación contractual, es necesario destacar que, a diferencia de otras situaciones en las que existe un mercado mediante el que se satisface una necesidad pública regulada por el Estado (como en el caso de las sanitarias o servicios eléctricos), aquí no se produce una relación convencional entre el beneficiario (los NNA) y el prestador directo del servicio. Se trata, entonces, de una posición jurídica debilitada que requiere, por tanto, compensar esa desprotección con mecanismos estatales eficaces.

Uno de los principios de acción que la ley dispone respecto a los colaboradores y el propio SENAME es el “respeto y la promoción de los derechos humanos de las personas menores de dieciocho años contenidos en la Constitución Política de la República, las leyes vigentes, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y los demás instrumentos internacionales.”<sup>36</sup>

31 Las líneas de acción subvencionadas de acuerdo al artículo 4º numeral 3) de la Ley 20.032 y 28 del Decreto 841 de 2005, del Ministerio de Justicia son las siguientes: i) Oficinas de Protección de Derechos (OPD), ii) Programas, y iii) Centros residenciales. Respecto a estos últimos, se distingue entre a) Centros de diagnóstico y b) Residencias. Los primeros están destinados a proporcionar la atención transitoria y urgente de aquellos niños, niñas y adolescentes, que requieran diagnóstico o ser separados de su medio familiar mientras se adopta una medida de protección a su favor, proporcionando alojamiento, alimentación, abrigo, apoyo afectivo y psicológico y los demás cuidados que estos requieran. Existen centros de diagnóstico para lactantes o preescolares y centros de diagnóstico para mayores. Estos últimos tienen por objeto “proporcionar, de forma estable, a los niños, niñas y adolescentes separados de su medio familiar, alojamiento, alimentación, abrigo, recreación, estimulación precoz, apoyo afectivo y psicológico, asegurando su acceso a la educación, salud y a los demás servicios que sean necesarios para su bienestar y desarrollo.” Se distinguirán los siguientes tipos de residencias: Residencias de protección para mayores, residencias de protección para lactantes o preescolares, residencias para niños, niñas y adolescentes con discapacidad, y residencias especializadas.

32 Artículo 4º numeral 1) de la Ley 20.032.

33 Artículo 8º de la Ley 20.032.

34 Artículo 25 de la Ley 20.032.

35 Artículo 20 del Decreto 841 de 2005, del Ministerio de Justicia.

36 Artículo 2º numeral 1) de la Ley 20.032.

Asimismo, la ley establece un deber general de prestar atención “a todo niño, niña o adolescente que lo solicite directamente o por medio de la persona encargada de su cuidado personal, a requerimiento del SENAME, del tribunal competente o de la oficina de protección de derechos respectiva, siempre que se trate de una situación para la cual sea competente, según el convenio, y cuente con plazas disponibles.”<sup>37</sup> La normativa vigente impone también otras obligaciones generales a los colaboradores, tales como llevar un registro general de las solicitudes, atenciones a los NNA y otros hechos relevantes, así como un deber de denunciar en caso de que tengan conocimiento de vulneración a los derechos de alguno de ellos, siempre que fuere constitutiva de delito.<sup>38</sup>

Los colaboradores privados progresivamente han adquirido un papel predominante en la prestación encargada al SENAME. En efecto, en la actualidad, la abrumadora mayoría de las atenciones de dicho servicio son prestadas directamente por aquellos. De acuerdo a información del Ministerio de Justicia, al año 2015, los privados proveían el 96.18% de los servicios, mientras que solo el 3.82% está a cargo de centros de administración directa del SENAME,<sup>39</sup> siendo marginal su actividad, como precisamente el legislador lo ha establecido al disponer que:

En casos calificados, y con autorización del Ministerio de Justicia, podrá crear y administrar directamente OPD, centros, programas y equipos de diagnóstico correspondientes a las líneas de acción desarrolladas por sus colaboradores acreditados con subvención estatal. Se entenderá por casos calificados aquellos en que los colaboradores no se interesen en asumir esas líneas de acción, una vez llamados a presentar propuestas, o bien, cuando la demanda de atención supere la oferta.<sup>40</sup>

Se trata de una aplicación canónica del principio de subsidiariedad, cuestión criticada –sin éxito– durante la tramitación de la Ley 20.032 y defendida por el gobierno de ese entonces y sus asesores.<sup>41</sup> Es una

37 Artículo 12 de la Ley 20.032.

38 Artículos 13 y 14 de la Ley 20.032.

39 Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Balance de Gestión Integral 2015 Servicio Nacional de Menores, p. 9.

40 Artículo 3º numeral 4 del DL 2.465.

41 BCN, Historia de la Ley 20.032, pp. 222 y ss. Ante tal crítica, la entonces Directora del SENAME sostuvo que: “desde la perspectiva del modelo de desarrollo del país y del Estado, objetivamente, las políticas que se ejecutan en esta área vienen desde 1979, lo que implica atender de manera subsidiaria a los niños a través de organismos privados que se acreditan oficialmente y que llevan a cabo las políticas correspondientes.”, en BCN, *Historia de la Ley 20.032*, p. 223.

concepción que autolimita la acción estatal en el cuidado de los NNA, impidiendo la intervención administrativa de prestación directa, salvo en aquellas hipótesis residuales establecidas expresamente en la norma citada, que nada dicen acerca de los derechos de las personas al cuidado de los privados. Esto significa que el sistema entero puede fallar desde la perspectiva de los derechos humanos y aun así el SENAME parece estar impedido de intervenir, pues, como se ha visto, solo puede hacerlo cuando los privados no participan en las licitaciones o bien la oferta es más baja que la demanda.

En rigor, la Ley 20.032 fortaleció un mercado de prestación de servicios funcional a los colaboradores privados, frente al cual el rol del SENAME corresponde al de un mero gestor o administrador de subvenciones.

En la práctica, el SENAME se ha desprendido de la función de provisión directa del servicio. Ante esta situación, es necesario que el Estado emplee los mecanismos más adecuados para el control de los terceros privados que cotidianamente tienen a su cargo a los NNA, estableciendo una “pertinente estructura de garantía de la efectiva satisfacción de las necesidades sociales.”<sup>42</sup> Tales mecanismos deben, prioritariamente, poner el foco en impedir la lesión de los derechos de estas personas más vulnerables con necesidades específicas, como expresamente lo exige el artículo 3 de la CDN: el Estado debe adoptar en sede legislativa y administrativa “todas las medidas” adecuadas para asegurar a los NNA la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar. Se trata de un estándar de protección más alto que el que ordinariamente habría de cumplir el Estado en materia de derechos humanos.

### **2.3. La débil supervisión a los servicios tercerizados y la falta de compromiso del SENAME con el fortalecimiento de sus facultades**

Como se ha dicho, en Chile existe una política pública de cuidado y atención de NNA con sus derechos ya lesionados que descansa en la externalización de los servicios. Desde el punto de vista del diseño institucional, esa circunstancia exige, como contrapartida, que el órgano administrativo tenga una capacidad robusta y efectiva de dirigir y controlar a los privados que proveen un servicio para satisfacer sus propias obligaciones de prestación. Lo anterior obedece a que, a pesar de la externalización, es decir, aun cuando desde el punto de vista legislativo se haya renunciado a que el SENAME ejecute por sí mismo la provisión del servicio, el órgano está obligado a garantizar

42 Luciano Parejo, *La vigilancia y la supervisión administrativas*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2016, p. 110.

la prestación, pues, desde todo punto de vista, la actividad que llevan a cabo los colaboradores es funcionalmente pública, recayendo, por tanto, sobre la Administración el deber estatal de asegurar el resultado de la misma,<sup>43</sup> cuestión que comprende el pleno respeto de los derechos de los NNA bajo su cargo, como estándar de funcionamiento que la propia ley ordena.

En contraste con lo anterior, desafortunadamente, el SENAME posee herramientas que *el propio servicio considera débiles*, sin hacer esfuerzos para interpretarlas desde una mayor capacidad de intervención en la actividad de los colaboradores. Además, la externalización ha mediatizado en la práctica la responsabilidad del Estado por reparar las vulneraciones, como se verá en lo que sigue.

La ley asigna al órgano las labores de “estimular, orientar, y supervisar técnica y financieramente la labor que desarrollen las instituciones públicas o privadas que tengan la calidad de colaboradores acreditados (...)”<sup>44</sup> Asimismo, el SENAME debe “[i]mpartir instrucciones generales sobre asistencia y protección de menores a las entidades coadyuvantes y supervigilar su cumplimiento.”<sup>45</sup> Hay muy poca información pública acerca de las instrucciones dictadas por el SENAME, lo cual es un problema de transparencia que luego se explicará. La mayoría de las normas que se encuentran disponibles versan acerca de la rendición de fondos y administración de las subvenciones. Para esta investigación, fue posible acceder a la Circular 2308 –no publicada en el sitio web del servicio– que instruye acerca del procedimiento a seguir ante hechos eventualmente constitutivos de delito o maltrato hacia niños, niñas y adolescentes.<sup>46</sup> Es público y notorio que esas instrucciones han sido ineficaces.

Respecto a la supervisión y dirección referidas, se establece que los colaboradores tienen el deber de cumplir las normas o instrucciones generales que les imparta el servicio y se encuentran obligados a “proporcionar la información que éste les requiera y permitir la supervisión técnica de las acciones relacionadas con los menores a quienes asisten y de sus establecimientos.”<sup>47</sup> Correlativamente, el

43 *Ibíd.*, p. 124.

44 Artículo 1º del DL 2.465.

45 Artículo 3º numeral 8 del DL 2.465. Desde el punto de vista de la organización interna del servicio, de acuerdo al artículo 13 letra a) del Decreto 356 de 1980, del Ministerio de Justicia, corresponde “especialmente” al Subdepartamento de Supervisión y Asesoría Técnica “[s]upervisar la organización y funcionamiento de los sistemas asistenciales y establecimientos del Servicio, y de los que dependen de instituciones coadyuvantes.”

46 SENAME, *Ordinario 2308. Circular de procedimiento ante hechos eventualmente constitutivos de delito o maltrato hacia niños, niñas y adolescentes atendidos por instituciones coadyuvantes o colaboradores acreditados del SENAME*, 21 de octubre de 2013.

47 Artículo 15 del DL 2.465.

SENAME se encuentra habilitado también para solicitar información a los colaboradores.<sup>48</sup>

Como cuestión general, no existe regulación legal ni reglamentaria acerca de la periodicidad de la supervisión ni de su dimensión cualitativa, salvo en el caso de los adolescentes infractores de ley penal.<sup>49</sup> Desde el punto de vista infralegal, en virtud del problema ya mencionado de transparencia del servicio, solo se pudo obtener un documento de 2015 cuya vigencia no ha sido posible confirmar, en que se fijan aspectos cualitativos y una periodicidad para las supervisiones.<sup>50</sup>

Asimismo, mediante una decisión judicial de oficio o a solicitud del Director Nacional del SENAME, el servicio puede administrar provisionalmente las instituciones colaboradoras<sup>51</sup> en dos hipótesis:

i) si el funcionamiento de un colaborador acreditado o el de sus establecimientos adoleciera de graves anomalías; y

ii) en especial, si existieren situaciones de vulneración a los derechos de los niños, niñas o adolescentes sujetos de su atención.<sup>52</sup>

La administración provisional tiene plazos de un año o seis meses dependiendo del tipo de centro o programa, renovables solo una vez por igual período. Conforme a la ley, el administrador provisional, que puede ser el Director Nacional, el Director Regional o alguien designado por estos, “deberá realizar todas las acciones inmediatas que aseguren una adecuada atención a los niños, niñas y adolescentes, pudiendo para ello disponer la suspensión o separación de sus funciones de aquél o aquellos trabajadores o funcionarios del respectivo establecimiento (...).”<sup>53</sup>

Desafortunadamente, el reglamento de la ley orgánica del SENAME restringió las hipótesis para la procedencia del administrador

48 Conforme al artículo 13 de la Ley 20.032, los colaboradores deben llevar un registro general de las solicitudes y atenciones realizadas y de otros hechos relevantes, de libre acceso para la Dirección Regional y para el respectivo supervisor del SENAME. Esta información se encuentra detallada en el artículo 63 del Decreto 841 de 2005, del Ministerio de Justicia, y se refiere a registros técnicos y financieros, los cuales, según el artículo 64 del mismo reglamento, deberán estar permanentemente actualizados y a disposición de la Contraloría General de la República y del SENAME.

49 Los artículos 21, 22 y 23 del Decreto 1378, de 2006, reglamento de la Ley 20.084, establecen en qué consiste la supervisión técnica y financiera, así como la periodicidad mínima: trimestral en el caso de la primera y semestral en el de la segunda.

50 La periodicidad es para centros residenciales: mensual más 4 supervisiones nocturnas, de feriados o de fin de semana; para los programas de familia de acogida: bimensual; para proyectos ambulatorios: cuatrimestral. Véase: SENAME, *Lineamientos técnicos para la supervisión (fiscalización y asesoría) de proyectos de protección derechos año 2015-Versión II*, del 7 de abril de 2015, p. 14.

51 Artículo 3º numeral 10 del DL 2.465.

52 Artículo 16 del DL 2.465.

53 Artículo 16 del DL 2.465.

provisional y las agrupó en una sola, a saber, a la existencia de “anomalías de carácter grave”, sosteniendo que debe entenderse por estas las “situaciones que atenten contra el orden público, la ley o las buenas costumbres o afecten el financiamiento de la institución, los derechos de los menores o la atención que se les brinda.”<sup>54</sup> La diferencia entre la ley y el reglamento salta a la vista: mientras para la primera debe especialmente intervenir cuando existan derechos vulnerados de los NNA, el segundo admite la administración provisional solo si la vulneración a los derechos es una anomalía de carácter grave.

También el SENAME tiene la facultad de poner término anticipado o modificar los convenios suscritos con los colaboradores si los objetivos no se cumplen o los resultados no se alcanzan en un grado mínimamente satisfactorio “o, cuando los derechos de los niños, niñas o adolescentes no estén siendo debidamente respetados.”<sup>55</sup> Junto a estas causales, existe, además, una disposición reglamentaria que admite la terminación unilateral del convenio entre el SENAME y el colaborador, sin que deba expresarse alguna causa, bastando un aviso previo de 60 días. Esta norma se entiende incorporada como cláusula en los convenios que celebra el servicio con las instituciones colaboradoras, aun cuando no se le mencione expresamente.<sup>56</sup>

Todas las funciones aquí expuestas, desde el punto de vista jerárquico, recaen en última instancia en el Director Nacional, a quien corresponde “Dirigir, organizar, planificar, coordinar y supervigilar el funcionamiento del Servicio.”<sup>57</sup> Dicho funcionamiento incluye, indiscutiblemente, las labores de supervisión, dictación de instrucciones, requerimientos de información a los privados, así como la cautela de los derechos de los NNA bajo el cuidado de estos colaboradores.

El SENAME considera que sus facultades de intervención en la actividad de los colaboradores son débiles, como queda claro en lo sostenido por su propia directora ante la Comisión investigadora SENAME II<sup>58</sup> de la Cámara de Diputados:

En cuanto a herramientas con las que el Servicio cuenta en aquellos casos en que se constate que los objetivos del proyecto no son cumplidos, o los resultados no son alcanzados en el grado acordado como

54 Artículo 35 del Decreto 356 de 1980, del Ministerio de Justicia.

55 Artículo 37 de la Ley 20.032.

56 Artículo 41 Decreto 356 de 1980, del Ministerio de Justicia.

57 Artículo 5º numeral 1 del DL 2.465.

58 El nombre oficial de esta instancia es “Comisión investigadora de la forma en que las autoridades han atendido las propuestas de la Cámara de Diputados, por la aprobación del informe de la Comisión Investigadora del Sename en el año 2014, y la situación de menores de edad carentes de cuidado parental.”

mínimamente satisfactorio o, cuando los derechos de los niños, niñas o adolescentes no estén siendo debidamente respetados, la Ley de Subvenciones sólo permite (1) poner término anticipado al convenio; (2) modificar el convenio. [...] Luego, sólo en el caso de “graves anomalías” y constatación de vulneración de derechos de niños, niñas y adolescentes, (3) el juez de menores del domicilio de la institución o del lugar donde funcione el establecimiento del colaborador, en caso de tratarse de uno solo de sus establecimientos, respectivamente, de oficio o a petición del Director Nacional del SENAME o, dentro del territorio de su competencia, del Director Regional respectivo, dispondrá la administración provisional de toda la institución o la de uno o más de sus establecimientos. Esta decisión es apelable por el Organismo Colaborador, en el sólo efecto devolutivo. [...] d) En definitiva, como se puede apreciar, el Servicio no cuenta con herramientas de control o sanción “intermedias” (tales como aplicación de multas), que puedan asegurar cabalmente el adecuado cumplimiento de los compromisos asumidos por los Organismos Colaboradores.<sup>59</sup>

En concordancia con esta opinión, de acuerdo a una solicitud de acceso a la información efectuada para este capítulo, el SENAME se concibe a sí mismo como un órgano incapaz de fiscalizar, por lo que sus labores serían “únicamente de supervisión”, lo que, a juicio de su directora, sería una función conceptualmente distinta.<sup>60</sup>

Frente a la opinión de la directora, los Diputados de la Comisión Investigadora SENAME II consideran que el criterio de la Dirección del SENAME sobre sus propias facultades respecto a los colaboradores es incorrecto, afirmando al respecto:

esta Comisión concluye que no es efectivo lo afirmado por la Directora en torno a carecer de instrumentos o facultades legales para ejercer de manera activa, eficaz y oportuna los deberes de supervigilancia de los programas institucionales que la ley establece, constatando, entre otras fallas, la utilización excepcionalísima de las facultades de intervención y administración provisional directa que la ley le confiere.<sup>61</sup>

Los Diputados agregan que:

59 Solange Huerta, *Minuta Comisión Investigadora Cámara de Diputados*, 5 de septiembre de 2016, p. 4.

60 Solicitud de acceso a la información pública, folio AK004T0001136, del 7 de mayo de 2017, respondida mediante carta 556 de fecha 12 de junio de 2017, suscrita por la Directora Nacional.

61 Cámara de Diputados, *Informe de la Comisión investigadora SENAME II*, 3 de julio de 2017, p. 457.

Preocupa especialmente a esta Comisión la inexplicable inactividad del Servicio en torno a la utilización de la herramienta establecida en el N° 10 del artículo 3° del DL 2.465 antes citado, en cuanto a no intervenir los hogares que vulneran derechos y nombrar un administrador provisional directo del Servicio, así también el hecho de que Organismos Colaboradores que infringen permanentemente sus deberes y han sido reiteradamente mal evaluados, continúen funcionando y renovándoseles sistemáticamente sus convenios.<sup>62</sup>

Pero la Comisión Investigadora de la Cámara va más allá y afirma que el servicio ni siquiera conoce sus propias normas que le habilitan para supervisar a los terceros,<sup>63</sup> lo cual es correcto, considerando la exposición de las atribuciones realizada en esta sección y a las que el SENAME no alude ni analiza completamente.

Contra el criterio del SENAME, sus facultades de intervención – que son bastantes– deben ser interpretadas, de manera esencial, *teleológicamente*, esto es, conforme a las finalidades que el legislador le ha encargado.<sup>64</sup> Al respecto, como se ha dicho, de acuerdo al artículo 1° del DL 2.465, el servicio está “encargado de contribuir a proteger y promover los derechos de los niños, niñas y adolescentes que han sido vulnerados en el ejercicio de los mismos.” Esta es precisamente la finalidad del órgano y todas sus atribuciones deben ser leídas a la luz de este criterio, lo cual le permite –y obliga a– expandir tanto como sea posible sus atribuciones para cumplir tal objetivo. Conceptualmente, además, el SENAME tiene posibilidades de intervención más intensas que provienen del deber que tiene de supervisar. En efecto, la supervisión consiste en la obtención de conocimiento o información sobre cierta actividad (la de los colaboradores y la suya propia) para influenciarla o condicionarla, siendo “capaz de restringir la libertad de acción de que dispone el supervisado.”<sup>65</sup>

Conforme a lo anterior, no deja de resultar llamativo que, respecto a su deber de interpretación teleológica, el SENAME sea un servicio que, en lugar de extender sus atribuciones en el sentido señalado, haga lo posible por interpretarlas restrictivamente, aun cuando eso frustre

62 *Ibíd.*, p. 457.

63 Afirmando que “llama la atención de esta Comisión Investigadora la omisión de las obligaciones legales establecidas en el D.L. 2465 [...]”. Véase: Cámara de Diputados, *Informe de la Comisión investigadora SENAME II*, 3 de julio de 2017, p. 456.

64 Kevin Stack, “Purposivism in the Executive Branch: How Agencies Interpret Statutes”, *Northwestern University Law Review*, Vol 109, N° 4, pp. 887 y ss. Clásicamente, ya en Ernst Forsthoff, *Tratado de Derecho administrativo*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958, p. 143.

65 Luciano Parejo, *La vigilancia y la supervisión administrativas*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2016, p. 92.

la finalidad que el legislador le impuso: proteger los derechos de los NNA. Esto es una renuncia a tomar “*todas las medidas*” adecuadas para asegurar a los NNA la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, como lo exige la CDN. Asimismo, el servicio elude la obligación estatal, contenida en el PR 2 de hacer cumplir las leyes cuyo objeto es que los privados respeten los derechos de las personas, esto es, dar eficacia a la regulación. Hay suficiente información oficial, conocida por el servicio, que da cuenta de que la supervisión falla, a lo menos desde hace 10 años, en cuestiones esenciales que inciden en el bienestar de los NNA. Así lo ha venido constatando la Contraloría General de la República en sus informes de auditoría efectuados al SENAME.<sup>66</sup>

En lo que sí debe estarse de acuerdo con la directora del SENAME es en la inexistencia de otra clase de sanciones administrativas susceptibles de ser impuestas por el servicio que, definitivamente, permitirían modificar la conducta del colaborador. Ese es, por lo demás, el rol de las sanciones administrativas<sup>67</sup> y el legislador debe contemplarlas en una futura regulación. La inexistencia de estas sanciones vulnera la obligación estatal de “sancionar” las violaciones a los derechos de los NNA acontecidas dentro de su territorio o jurisdicción, conforme a la CDN y al PR 25 que impone la existencia de “mecanismos de reparación eficaces” para desincentivar o reprimir las violaciones.

Con todo, no puede afirmarse –como lo hace la directora– que de eso dependa el aseguramiento de las obligaciones de los organismos colaboradores. Está claro que, junto a los problemas y vacíos del diseño institucional, el propio SENAME no ha desarrollado una actitud proactiva que se dirija primordialmente a resguardar los derechos de los NNA a través de las facultades de las que ya dispone. Este es un deber institucional. En suma, es un sistema mal diseñado y mal implementado en relación a las personas que debe proteger.

#### **2.4. La responsabilidad patrimonial del Estado: el deber de reparar las vulneraciones a los derechos humanos**

Como se ha visto, el SENAME considera que su rol alcanza solo a la entrega de recursos por medio de las subvenciones y a supervisar y dictar instrucciones, siendo escasa su capacidad de intervención en los colaboradores. Esta interpretación, desafortunadamente, ya ha tenido apoyo judicial y le ha servido al Estado para eximirse de indemnizar por hechos acontecidos en dependencias de sus colaboradores. Así ha sucedido en un fallo en el que los padres de una niña demandaron al

66 Contraloría General de la República, *Oficio 18.171. Sobre informes de auditorías efectuados en el Servicio Nacional de Menores que se refieran a organismos colaboradores*, 18 de mayo de 2017.

67 Richard Macrory, *Regulatory Justice: Making Sanctions Effective. Final Report*, Londres, Better Regulation Executive, 2006, p. 15.

Fisco por el fallecimiento de ella en un centro a cargo de privados, acreditándose la falta de adopción de medidas para que la niña tuviera una atención médica oportuna. La Corte Suprema, en el caso, resolvió que:

la decisión del legislador antes y después de las modificaciones ha sido que el Servicio Nacional de Menores respecto de las entidades colaboradoras *sólo tiene un rol de supervisor o fiscalizador y una función en materia de asignación de recursos*. Por lo tanto, no corresponde que dicho organismo responda civilmente por los hechos dañosos causados por dependientes de estas instituciones, si ha cumplido los deberes de impartir instrucciones y de supervisión.<sup>68</sup>

De ahí que:

[...] la posibilidad de que el Servicio Nacional de Menores pudiera intervenir en el funcionamiento de la entidad colaboradora se limitaba a la de ejercer la facultad de *impartir instrucciones y de supervisarla y no a la de administración*. Por consiguiente, no puede atribuirse una falta o un defecto en el funcionamiento del servicio cuando no existe ningún deber legal incumplido por parte del Servicio Nacional de Menores que diga relación con el fallecimiento de la hija del actor acaecido en una institución colaboradora, puesto que dicha situación que sufrió la víctima tuvo como única causa el hecho consistente en que dependientes del Hogar Mi Familia no adoptaron las medidas para que la menor recibiera atención médica en forma oportuna.<sup>69</sup>

Esto significa, en buenos términos, una verdadera abdicación a la responsabilidad estatal por la reparación de las vulneraciones a los derechos de los NNA, incumpliendo también el deber, contenido en los PR, de disponer mecanismos eficaces para remediar vulneraciones a derechos generadas por los particulares prestadores de los servicios.

En efecto, los programas, las condiciones y estándares de prestación del servicio son diseñadas por el SENAME. Lo mismo acontece con la manera en que debe llevarse a cabo la supervisión. Además, las instrucciones son dictadas por ese mismo órgano que se encuentra, como se ha visto, en posición de solicitar información a los privados. Junto a lo anterior, ya se dijo, es incorrecto que las facultades de intervención en la actividad de los colaboradores sean insuficientes; este es un grave error de apreciación que ha producido una subutilización de esas

68 Corte Suprema, *Sánchez Pavanello contra Fisco de Chile*, 19 de junio de 2013, considerando 10. El destacado en cursivas es nuestro.

69 *Ibid.*, considerando 11. El destacado en cursivas es nuestro.

herramientas. Como se concluye de la información que la Contraloría General de la República ha recabado, la supervisión es incapaz de detectar deficiencias cruciales para el bienestar de los NNA al cuidado de los colaboradores.<sup>70</sup>

Es notorio que el servicio no ha logrado satisfacer sus objetivos de protección de los derechos de los NNA al cuidado del sistema, es decir, ha fallado el diseño, la implementación y supervisión de la prestación, produciendo efectos dañosos. Aquí no hay muchas opciones: o el SENAME desconocía la situación, o bien, a pesar de conocerla no utilizó sus herramientas de intervención de la manera más intensa posible para evitar los daños a los derechos de los NNA, tolerando el estado de las cosas. En ambos casos existe *falta de servicio*.<sup>71</sup> Este factor de imputación de responsabilidad patrimonial que, en rigor, forma parte del deber estatal de reparación de las vulneraciones a los derechos humanos, opera si el servicio actúa defectuosamente, omite actuar, o lo hace tardíamente.<sup>72</sup> Las obligaciones del SENAME son de evitar, con el mayor nivel de diligencia, que se lesionen los derechos de los NNA, por lo cual no basta con cumplir formalmente con sus deberes legales, sino que estos han de ser ejecutados con *eficacia*. Si no lo son, el Estado es responsable patrimonialmente. Todas estas cuestiones deben ser analizadas en profundidad en sede judicial cuando se trate de reparar a las víctimas del funcionamiento del SENAME y sus colaboradores. Un parámetro de revisión de la actividad del servicio meramente formal vacía de contenido sus deberes e impide la reparación.

Si, como afirma la Corte Suprema, basta con entregar los recursos, cumplir con supervisar –sin indicar periodicidad ni una dimensión cualitativa– y dictar instrucciones, cuya sustancia y calidad no están establecidas en la regulación, lo cierto es que virtualmente se ha transferido por completo a los colaboradores la responsabilidad por los NNA. Esto queda confirmado si se agrega que el SENAME considera débiles sus propias facultades y que no ha hecho los esfuerzos para interpretarlas desde una perspectiva teleológica que expanda sus poderes

70 Lo cual queda demostrado en los reparos efectuados por la Contraloría General de la República a los colaboradores. Se trata, en rigor, de cuestionamientos a la *supervisión* por parte del servicio, incompetente en la identificación de los problemas. Véase: *Contraloría General de la República, Oficio 18.171. Sobre informes de auditorías efectuados en el Servicio Nacional de Menores que se refieren a organismos colaboradores*, 18 de mayo de 2017.

71 Regla general establecida en el inciso 1° del artículo 42 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado: “Los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio.”

72 Jorge Bermúdez, *Derecho administrativo general*, Santiago, Legal Publishing, 2014, p. 613.

jurídicos de intervención sobre los colaboradores en orden a proteger derechos.

Todos estos elementos generan un escenario institucional público-privado que es completamente apropiado para fracasar. Y lo hace a costa de los NNA cuyos derechos ya han sido vulnerados. Desde esta perspectiva, las obligaciones estatales de prevenir vulneraciones a los derechos de los NNA y remediarlas se encuentran incumplidas.

## **2.5. Los problemas de transparencia del SENAME en cuanto a la supervisión e instrucción de los colaboradores privados**

Una de las dimensiones que exigen los PR en materia de externalización de servicios por parte del Estado, es que la relación satisfaga estándares de rendición de cuentas (PR 4). Esto permite un control ciudadano de la relación entre el Estado y el privado que presta el servicio. Justamente esto es lo que *no* ha implementado el SENAME.

Si bien los convenios entre el servicio y los colaboradores son públicos por mandato legal,<sup>73</sup> y se encuentran disponibles en la página web del órgano, existiendo allí, además, alguna información sobre la supervisión financiera de los privados, lo cierto es que no existe en dicho sitio web ninguna información acerca de las actividades de supervisión llevadas a cabo por el SENAME, salvo en el ámbito financiero (el control de la subvención). Tampoco se encuentran publicadas las instrucciones que el servicio da a los colaboradores para satisfacer los cometidos públicos que a estos se les han encargado.

Llama la atención que en el sitio electrónico del servicio la mayor cantidad de información disponible es sobre rendición de fondos (supervisión financiera), los convenios y las resoluciones de pago de las subvenciones, o los concursos públicos, lo cual confirma lo que se ha venido diciendo: que el SENAME es un órgano cuyo *ethos* parece ser el de un mero administrador de recursos económicos del mercado de colaboradores.

Para este capítulo se efectuó una extensa búsqueda de circulares o instrucciones que dijera relación con protocolos de supervisión de los centros administrados por los colaboradores privados del SENAME y, también, se inició una recopilación sobre información financiera y técnica que denote el cumplimiento o incumplimiento del deber de supervisión y de dar instrucciones que tiene el servicio respecto a los privados.<sup>74</sup>

Luego de buscar en la página web del SENAME, y mediante varias solicitudes de acceso a la información pública, ninguna indagación

73 Artículo 26 de la Ley 20.032.

74 Véase el artículo 1° del DL 2.465.

prosperó. El órgano no tiene disponible para el público todas sus circulares ni ha dado publicidad al cumplimiento de la regulación por parte de los colaboradores.

Con respecto a la búsqueda de información en el centro de documentación del SENAME, lo que se pudo obtener ahí es muy limitado y obedeció a la buena voluntad de una funcionaria: solo se encontró la circular 2308 que contiene protocolos de actuación para colaboradores, referidos a casos de maltrato o delitos cometidos en los centros, y los lineamientos técnicos para supervisar, fiscalizar y asesorar los proyectos, de 2015, ambos citados anteriormente. Respecto a este último documento, no es posible saber si está vigente o bien si se ha actualizado. Tampoco se pudo acceder a información presupuestaria sobre los recursos destinados a la supervisión de los colaboradores.

Tratándose de la denegación de las solicitudes de acceso a la información pública efectuadas, en una de ellas se requirió específicamente, al servicio información sobre recursos humanos y financieros destinados a la “fiscalización” de los colaboradores, a lo que la directora del SENAME respondió que la labor del órgano no es de fiscalización, sino que de “supervisión” y, por lo tanto, negó la solicitud,<sup>75</sup> aun cuando en uno de los documentos que se pudo conseguir –los lineamientos de 2015 referidos– el servicio afirma, desde su título, que entiende la supervisión como una actividad de “fiscalización”.<sup>76</sup> Lo anterior es, lamentablemente, coherente con la manera en que el órgano ha manejado los antecedentes sobre la supervisión de los colaboradores frente a la Comisión investigadora de la Cámara de Diputados. Así se reprocha en el informe final de dicha instancia:

la Directora no hizo alusión durante el transcurso de esta Comisión a las mínimas pautas de fiscalización y supervigilancia establecidas en las normas generales que rigen a la administración pública y tampoco a las medidas adoptadas producto del trabajo que para estos efectos realiza, por mandato legal, el Departamento Jurídico y la División de Auditoría Interna del Sename, la Contraloría General de la República o el Consejo de Auditoría del Estado.<sup>77</sup>

75 Solicitud de acceso a la información pública, folio AK004T0001136, de 7 de mayo de 2017, respondida mediante carta 556 de fecha 12 de junio de 2017, suscrita por la Directora Nacional.

76 Se afirma en este documento: “Para Sename la supervisión es más que una acción de vigilancia, es un proceso continuo que lleva implícito dos componentes: la fiscalización o control y la asesoría técnica.” Véase: SENAME, *Lineamientos técnicos para la supervisión (fiscalización y asesoría) de proyectos de protección derechos año 2015-Versión II*, de 7 de abril de 2015, p. 6.

77 Cámara de Diputados, Informe de la Comisión investigadora SENAME II, 3 de julio de 2017, pp. 456-457.

Lo que es más grave aún, el SENAME dice no tener suficientemente sistematizada información para evaluar la política pública que administra. Así lo reconoce en otra de las solicitudes de acceso a la información en la que, habiéndosele pedido antecedentes que debería tener —pues son claves para la labor que desempeña—,<sup>78</sup> el servicio la niega indicando que “esta es información que se encuentra tanto en formato físico como digital, tanto en la Dirección Nacional, como en nuestras Direcciones Regionales, por lo que no es información que se encuentra sistematizada en formato electrónico del todo, y por lo tanto, es información que se debe solicitar, cotejar y sistematizar”.<sup>79</sup> La falta de orden y organización de la información, en una política pública en la que los derechos de los NNA están en juego, da cuenta una vez más del incumplimiento de las labores por parte del SENAME, lo cual es desafortunadamente consistente con la manera en que manejó las cifras sobre las muertes, demorándose mucho tiempo en completar datos que en todo caso debió haber tenido previamente. Tener información de calidad es el primer paso para que el órgano evalúe si está satisfaciendo sus finalidades públicas.

En la misma solicitud *en comento*, se requirió al SENAME información detallada acerca de todas las circulares e instrucciones vigentes, dirigidas a los colaboradores en estas materias, pues, como se ha dicho, no están publicadas. El servicio, derechamente, no se refirió a esta parte de la solicitud.<sup>80</sup> No es posible, pues, saber cómo el SENAME controla los colaboradores.

### 3. CUESTIONES CRÍTICAS EN LA TUTELA JUDICIAL DE LOS NNA POR PARTE DE LOS TRIBUNALES DE FAMILIA<sup>81</sup>

78 La solicitud requería: “I. Información anual, de los últimos 5 años sobre: 1. Estadísticas del servicio en materia de ‘supervisión’ técnica a los colaboradores o a sus propios centros, si las hubiere. 2. Cantidad de visitas de supervisión para cada centro, ya sea de administración propia o ejecutado por colaboradores. 3. Cantidad de personas que llevan a cabo la actividad del servicio. 4. Cantidad de centros, proyectos, programas, etc., que son supervisados por el servicio. 5. Cantidad de recursos destinados a la supervisión técnica. 6. Cantidad de denuncias por maltrato, abusos o hechos constitutivos de delitos ocurridas en centros. 7. Cantidad de solicitudes ante los tribunales sobre administración provisional de los centros. 8. Cantidad de terminaciones que el SENAME unilateralmente ha efectuado de los convenios con los colaboradores y su causal de terminación. 9. Cantidad de solicitudes de información o antecedentes efectuados a los centros, proyectos, colaboradores, etc.”

79 Solicitud de acceso a la información pública, folio AK004T0001271, de 1 de julio de 2017, respondida mediante carta 851 de fecha 8 de agosto de 2017, suscrita por el Director Nacional subrogante.

80 Se requirió: “II. Copia de todas las instrucciones y/o circulares actualmente vigentes dirigidas a los colaboradores.”

81 Para esta sección se efectuaron 8 entrevistas estructuradas/semi-estructuradas, entre los meses de marzo y mayo de 2017 a jueces de Familia de Santiago.

### 3.1. La competencia de los tribunales de familia

La Ley 19.968 que estableció la nueva justicia de familia fue considerada necesaria tanto a nivel político como técnico.<sup>82</sup> El reemplazo de los anticuados juzgados de menores era un imperativo no solo como un mejoramiento a las garantías de los derechos de los NNA, sino también como una necesidad de modernización del sistema de justicia.<sup>83</sup>

Respecto a los NNA, los tribunales de familia tienen competencia para conocer y resolver las causas en que se encuentren gravemente vulnerados o amenazados sus derechos y, a su vez, causas de maltrato a los mismos.<sup>84</sup> El procedimiento se inicia a través de una solicitud sin mayores formalidades de una serie de personas o instituciones que la ley establece.<sup>85</sup> Una vez realizado el examen de mérito<sup>86</sup> del requerimiento, el juez fijará una audiencia preparatoria para dentro de los cinco días siguientes, a la que citará al NNA, a sus padres, a las personas a cuyo cuidado esté, y a todos quienes puedan aportar antecedentes para una acertada resolución del asunto.<sup>87</sup> Luego de lo anterior, se realizará una audiencia de juicio donde se recibirá la prueba y decidirá el asunto, pudiendo aportarse evidencia pericial y apoyarse el juez en el consejero técnico del tribunal.<sup>88</sup> Una vez recibida la prueba, el juez dictará una sentencia en la que deberá adoptar o no las medidas correspondientes de las cuales será objeto el NNA.<sup>89</sup>

82 Dicha ley, que crea los Tribunales de Familia, fue publicada en el Diario Oficial el 30 de agosto de 2004 y su vigencia comenzó el 1 de octubre de 2005.

83 Susan Turner, "Los tribunales de familia", *Ius et Praxis*, Vol. 8, N° 2, pp. 414 y ss. La reforma implicó, entre otras modificaciones, la creación de los tribunales de familia, concentrando todas las materias de familia en una sola jurisdicción; el establecimiento de la oralidad e intermediación para conocer los casos; el fomento de la conciliación entre las partes como principal forma de resolución de los conflictos; y la incorporación de herramientas de gestión para facilitar la administración eficiente de las labores jurisdiccionales. Véase, al respecto, el Mensaje 81-336 de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que crea los tribunales de familia, de 3 de noviembre de 1997.

84 Artículo 8 numeral 7) de la Ley 19.968. El procedimiento se encuentra regulado en esta misma ley en los artículos 68 y siguientes.

85 Artículo 70 de la Ley 19.968.

86 Cabe indicar que, si bien la ley indica que solo basta con la mera solicitud de protección, en la práctica, los jueces evalúan el mérito del requerimiento o denuncia, desde la perspectiva de su seriedad. Véase el artículo 70 inciso 2 de la Ley 19.968.

87 Artículo 72 de la Ley 19.968.

88 Artículo 73 de la Ley 19.968.

89 Artículo 75 de la Ley 19.968: "Sentencia. Antes de pronunciar sentencia, el juez procurará que las partes acuerden la forma más conducente a la resolución de la situación que afecta al niño, niña o adolescente. Si ello no fuere posible, en la sentencia fundamentará la necesidad y conveniencia de la medida adoptada, indicará los objetivos que se pretenden cumplir con ella y determinará el tiempo de su duración. [...] La sentencia será pronunciada oralmente una vez terminada la audiencia que corresponda, según sea el caso. El juez deberá explicar claramente a las partes la naturaleza y objetivos de la medida adoptada, sus fundamentos y su duración."

A propósito de esto último, se presenta la relación entre los tribunales de familia y el SENAME.<sup>90</sup> Los jueces deberán tomar las decisiones que estimen fundadas, en muchas de las cuales se requerirá la intervención del servicio para llevar a cabo las medidas que se tomen respecto a los NNA.<sup>91</sup> Como se sabe, es el SENAME la institución que elabora la oferta de programas especializados de intervención, ya sean ambulatorios o residenciales, que luego los jueces emplean para materializar las medidas de protección.

A continuación, se expondrán los principales problemas que tienen los jueces de familia en aquellos aspectos relacionados con el SENAME, así como algunas prácticas judiciales respecto a la protección de los NNA.

### **3.2. Problemas en el seguimiento y control de las medidas**

Un aspecto relevante para el cumplimiento de la tutela judicial de los NNA es la posibilidad de los jueces de controlar las condiciones en que se encuentran y las medidas adoptadas. Al respecto, diversos entrevistados<sup>92</sup> han indicado que este tema ha ido mejorando a través del tiempo, en particular con la implementación del Acta N° 37-2014,<sup>93</sup> que buscaba resolver la pérdida de información y la falta de coordinación en el seguimiento entre los jueces de los juzgados de familia. Antes de este auto acordado, toda la información que se iba generando respecto a un NNA en el cumplimiento de una medida no era registrada formalmente. Por ello, se generó una herramienta informática que permite compartir, pero también incorporar información al respecto. El artículo 3° del Acta 37-2014 establece que:

el juez con competencia en familia incorporará la información pertinente en el sistema de registro único y específicamente en el formulario individual disponible en el Sistema Informático de Tramitación de

90 Cabe precisar que también se relacionan antes de la sentencia a propósito de las medidas cautelares que puedan ser tomadas al conocer la denuncia o requerimiento. Véase el artículo 72 de la Ley 19.968.

91 De acuerdo al artículo 30 de la Ley 16.618 de Menores, el juez, por resolución fundada, podrá decretar las medidas necesarias para proteger a los NNA gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos. "En particular, el juez podrá: 1) disponer la concurrencia a programas o acciones de apoyo, reparación u orientación a los menores de edad, a sus padres o a las personas que lo tengan bajo su cuidado, para enfrentar y superar la situación de crisis en que pudieren encontrarse, e impartir las instrucciones pertinentes, y 2) disponer el ingreso del menor de edad en un Centro de Tránsito o Distribución, hogar sustituto o en un establecimiento residencial."

92 Jueces de familia, marzo, abril y mayo de 2017.

93 Corte Suprema, *Auto acordado que regula el seguimiento de medidas de internación y visitas a los centros residenciales por los Tribunales de familia en coordinación con el Servicio Nacional de Menores y el Ministerio de Justicia*, 14 de marzo de 2014.

Familia (SITFA). Con el objeto de facilitar el control que los jueces con competencia en familia deben realizar del cumplimiento de la medida de internación, de mejorar las condiciones de verificación de la satisfacción de los objetivos de la medida dispuesta y para evaluar las posibilidades de egreso del niño, niña o adolescente, estos consignarán, en forma inmediata, la información que se genere respecto de aquéllos, en el formulario individual aludido. Cada vez que se practique una visita al centro de internación, el juez que decretó la medida o aquel del territorio jurisdiccional en que se encuentra el centro, según sea el caso, deberá registrar el resultado de esa diligencia y actualizar la información del niño, niña o adolescente en el formulario de residencia disponible en el sistema de tramitación.

La herramienta supone una coordinación con el SENAME, que trimestralmente habrá de ingresar al sistema información actualizada dando cuenta del desarrollo de la intervención decretada, de la situación en que se encuentra el NNA y de los avances alcanzados en la consecución de los objetivos establecidos en la sentencia.<sup>94</sup>

Si bien la modificación administrativa permitió, en alguna medida, resolver el inconveniente de que el juez que controla el seguimiento del caso no sea el mismo que la decretó, debido a que el sistema de agendamiento de audiencias impide que las causas se radiquen en un solo juez, lamentablemente, la herramienta tecnológica no ha sido suficiente. Como indicaron algunos entrevistados,<sup>95</sup> el SENAME ha incumplido consistentemente su compromiso de ingresar y mantener actualizada la ficha de cada NNA sometido a alguna medida de protección bajo su competencia. Por ende, el seguimiento se ve limitado al no ser dicha información conocida por el juez.

Además de mantener las fichas actualizadas, la idea básica es que los centros del SENAME deben emitir informes y reportes que son revisados en el contexto de las audiencias con los funcionarios del tribunal que intervienen al respecto. Acerca de esta información que debe confeccionar el servicio, los problemas detectados mediante las entrevistas son los siguientes:

i) La información tiende a ser “tipo”, es decir, muchas veces repetitiva o demasiado genérica. Por ende, los jueces carecen de información específica y concreta que permita evaluar la evolución de la medida impuesta, lo cual es de suma relevancia cuando ha habido separación del hogar.

ii) El SENAME no da cumplimiento a la entrega periódica de los

94 Artículo 76 de la Ley 19.968 y artículo 4º del Acta 37-2014.

95 Juezas de familia, marzo, abril y mayo de 2017.

informes trimestrales. Lo más problemático de esta situación es que si el juez no es proactivo para requerir la información sobre el estado del NNA, esos antecedentes solo se llegan a conocer cuando el menor ha sufrido algún tipo de vulneración o ha existido un acontecimiento importante en el desarrollo de su intervención.

iii) La dinámica de las audiencias de seguimiento, en algunos casos, se da en un contexto de mayor relajación y, en ocasiones, incluso se realiza una revisión general entre los funcionarios y jueces para ver si hay que ver con más detalle algún aspecto de la causa. Es decir, en muchas ocasiones no se considera el peso que tiene la labor de seguimiento en el mejoramiento y evolución individual de los NNA.

Un último elemento muy relevante establecido en la ley es el deber de los jueces de realizar visitas periódicas a los diversos centros del SENAME a lo largo del país. Esta obligación la pueden concretar los jueces en cualquier momento, sin que medien más de 6 meses entre cada visita.<sup>96</sup> Sobre este aspecto, algunos entrevistados<sup>97</sup> valoran la iniciativa, ya que les permite conocer de cerca la situación de los centros, especialmente para definir los factores a tomar en consideración a la hora de ordenar la internación del NNA. Otros entrevistados<sup>98</sup> mencionan la necesidad de promover aún más las visitas, ya que las condiciones desde el punto de vista de la gestión y la carga de trabajo solo permiten el mínimo. La consecuencia es que a los jueces interesados en realizar mayor cantidad de visitas a los centros se les acumulan labores en sus tribunales (audiencias o sentencias). Además, algunos entrevistados<sup>99</sup> indicaron que, si bien las visitas tienen aspectos positivos, realmente la información que puede obtenerse depende del propio criterio del juez, incluso a veces con poca profundidad. De ahí que plantean establecer un procedimiento más sistematizado y técnico que permita obtener información de mayor calidad para determinar realmente cómo está funcionando el respectivo centro y, a su vez, las condiciones de los NNA.

### **3.3. La oferta de programas del SENAME no satisface las necesidades de los NNA**

Como se ha dicho, de acuerdo a la Ley 19.968 el juez deberá adoptar las medidas necesarias en aquellos casos en que los NNA se encuentren vulnerados en sus derechos. Entre las diversas opciones de intervención que el magistrado maneja, están las de decretar la asistencia del NNA

96 Artículo 78 de la Ley 19.968.

97 Juezas de familia, marzo, abril y mayo de 2017.

98 Juezas de familia, marzo y abril de 2017.

99 Juezas y juez de familia, mayo de 2017.

a los programas del SENAME o, en casos más graves, ordenar la internación en alguno de los centros.

La determinación técnica y de cobertura de esos programas está diseñada por el servicio. Por ende, en principio, se trata de una decisión política con contornos técnicos, acerca de qué programas se ofrecerán, quiénes los implementarán y la cantidad de presupuesto destinada a ello. No existe intervención de los jueces en estas decisiones.

Lo anterior ha sido destacado por los entrevistados como un problema relevante para el establecimiento de medidas idóneas en pos de la protección de los NNA vulnerados, porque en diversos casos, las necesidades de intervención que surgen tras la evaluación técnica y jurídica no tienen un programa preciso al que se puedan adaptar. Es decir, muchas veces los jueces, luego de una evaluación técnica, se ven enfrentados a la falta de oferta de un programa que pueda intervenir de la manera más conveniente a un NNA. En términos simples, como indicó una entrevistada, “hay niños que no calzan con los programas”.<sup>100</sup>

Un ejemplo proporcionado por una entrevistada se refiere al caso de NNA con enfermedades mentales graves, quienes necesitaban un centro que tuvieran las condiciones para recibirlos y tratarlos. Lamentablemente, el SENAME no poseía ningún centro ni programa con las particularidades necesarias para acogerlos, por lo tanto, estaban en un centro conviviendo con NNA de características diametralmente distintas. Todo lo anterior se debía a que el SENAME y el Ejecutivo no habían estimado necesario establecer este tipo de programas o financiamiento al respecto. Sin perjuicio de la realización de todas las coordinaciones y reclamos pertinentes al Director del SENAME de ese entonces, la entrevistada indica que no hubo respuesta ni solución.

En suma, lo que puede apreciarse, de acuerdo a lo planteado por los entrevistados, es una falta de diálogo importante entre el SENAME y los jueces, quienes son precisamente los que van a determinar qué tipo de intervención se va a requerir y, por ende, son los que en la práctica definen la oferta en esta clase de casos. Esa carencia de diálogo es una cuestión cambiante, ya que depende de las relaciones entre los diferentes actores y el momento político que se viva. Sobre esto, una entrevistada comentó que previo a la “crisis” del SENAME surgida con ocasión del conocimiento público de las muertes de NNA, el diálogo y retroalimentación con la autoridad era mucho más fluido respecto a los programas. Actualmente, las relaciones se han enfriado.<sup>101</sup>

Otro punto importante respecto a la oferta, es que tras desatarse públicamente la crisis del SENAME se ha conocido la real situación

100 Jueza de familia, marzo de 2017.

101 Jueza de familia, abril de 2017.

de muchos de los centros; entre otros aspectos, de las condiciones en las cuales los NNA viven o comparten. Por lo mismo, la oferta –en la práctica– se ha visto restringida, en parte porque existe una auto restricción de los jueces de internar a NNA en determinados centros cuando ya saben que sus condiciones son problemáticas.<sup>102</sup>

#### **3.4. El contexto: la gestión judicial como incentivo perverso que afecta los derechos de los NNA**

Los problemas hasta aquí constatados se producen en un entorno institucional específico que se encuentra sujeto a restricciones y que, al interactuar con las deficiencias del SENAME, afecta la protección de los derechos de los NNA. En efecto, como se sabe, la entrada en vigencia de la nueva justicia de familia no estuvo exenta de inconvenientes. La falta de una debida estimación de las cargas de trabajo, flujo de casos y planificación en la implementación de la reforma, entre otras razones, generó varios problemas, sintetizados en el visible colapso vivido en diversos tribunales de familia de nuestro país.<sup>103</sup> Para resolver lo anterior, se realizaron una serie de modificaciones legales, en la gestión y administración de los tribunales y sus procedimientos que les permitieron organizarse de mejor forma y distribuir adecuadamente los recursos disponibles para enfrentar la carga de trabajo que la ciudadanía demandaba.<sup>104</sup>

La incorporación de la gestión de los procesos de trabajo, como ocurre en otros contextos, trae aparejados aspectos que no son necesariamente deseables. Por una parte, la gestión judicial tiende a requerir que los funcionarios del tribunal, incluido los jueces, deban cumplir metas, las cuales, en su mayoría, están expresadas de forma cuantitativa. Tratándose de los jueces, están sometidos a metas de gestión respecto a la duración y la cantidad de audiencias celebradas, el número de sentencias, el tiempo de demora de dictación de las mismas, etc.<sup>105</sup> Tales metas son elaboradas por la Corporación Administrativa del Poder Judicial (CAPJ), en conjunto con el Poder Judicial y el Departamento de Bienestar. Lo anterior, por supuesto, permite controlar y maximizar los recursos del tribunal, pero genera, a su vez, en opinión de entrevistados, que los jueces estén, en ocasiones, más preocupados de cumplir las metas cuantitativas impuestas que de los aspectos cualitativos de su labor.

102 Juezas de familia, marzo y abril de 2017.

103 Macarena Vargas, “¿Qué pasó con los tribunales de familia? Algunas razones del colapso”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 6, 2006, p. 225.

104 Claudio Fuentes y otros, “Funcionamiento de los tribunales de familia de Santiago”, *Reformas de la Justicia en América Latina*, Santiago, CEJA, 2010, pp. 371-459.

105 Para conocer estas metas, por ejemplo, las de 2015, véase: Poder Judicial y otros, *Metas de eficiencia institucional y de desempeño colectivo 2015*, 5 de diciembre de 2014.

Entre aquellos aspectos cualitativos, se encuentra la necesidad de dedicar mayor tiempo a los casos de NNA que se encuentran en situaciones de particular desprotección, ya sea para tomar una decisión adecuada o, en su caso, para ejecutar controles cuando los NNA están sujetos a algún programa. Como nos indicó una entrevistada,<sup>106</sup> si bien, por una parte, las metas son necesarias porque la carga de los tribunales de familia es tan intensa que de otro modo volverían a colapsar, por otro lado, lamentablemente eso trae como consecuencia que en la atención de casos más importantes –como los que involucran a NNA– tenga que darse la misma cantidad de tiempo y recursos que a otro tipo de causas.

En concordancia con lo anterior, un aspecto relevante mencionado en las entrevistas<sup>107</sup> es la concentración de audiencias que tienen los tribunales de familia, especialmente los de Santiago. El flujo de ingreso de casos ha sido exponencial desde la entrada en vigencia de la reforma a la justicia de familia y, por ende, la programación de las audiencias y el cumplimiento de los parámetros para su realización resultan indispensables para mantener un orden al respecto. La consecuencia de ello es que los jueces se ven enfrentados al conocimiento de muchas causas de distintas materias y en espacios de tiempo relativamente breves, lo cual impacta directamente en las causas de protección o violencia contra NNA.

En ese sentido, algunas juezas y algunos jueces sostienen<sup>108</sup> que en ocasiones esta necesidad de cumplimiento de tiempos y plazos produce, en primer término, que los casos sean vistos, a veces, de manera superficial y, en segundo lugar, que los funcionarios del tribunal se adapten a esta situación. Así, por ejemplo, los consejeros técnicos deben manejar tal flujo de casos y coordinar tantas diligencias e informes que, por supuesto, no están en condiciones de darles la atención debida.

Se trata, en definitiva, de barreras organizacionales y administrativas que han impactado directamente en los NNA de la siguiente manera.

i) *Análisis de denuncias sin mayores antecedentes.* Como se indicó, en las causas de violencia contra NNA, el procedimiento se inicia con la recepción de una denuncia que, en general, es un parte confeccionado por Carabineros. La práctica, principalmente motivada por las metas de gestión que incentivan que las decisiones sean tomadas rápidamente, ha conllevado a que, en líneas generales, la lectura del parte policial sea el antecedente suficiente para tomar una decisión sobre la medida a aplicar al NNA. Es decir, en general, como mencionaron algunas entrevistadas,<sup>109</sup> no existen mayores indagaciones respecto a

106 Jueza de familia, marzo de 2017.

107 Juezas de familia, marzo y abril de 2017.

108 Juezas y jueces de familia, marzo y abril de 2017.

109 Juezas de familia, marzo, abril y mayo de 2017.

lo sucedido, si el NNA ha tenido episodios de violencia o denuncias anteriores. Si se trata de un caso cuya gravedad es baja, se decide rápidamente. En algunas ocasiones, el juez toma contacto con la consejera técnica para recabar mayor información. En ese contexto, se deciden medidas de protección o bien las denuncias son desestimadas.

ii) *Decisiones adoptadas sin escuchar al NNA*. Además de que el parte policial se transforma en el principal insumo para tomar decisiones respecto al NNA objeto de alguna situación de vulneración, los entrevistados indican que un grupo importante de casos son resueltos sin siquiera escuchar la versión de los NNA o, en su defecto, de su representante legal. Esta práctica fue un punto crítico muy destacado por las entrevistadas, quienes indicaron que la posibilidad de tratar a los NNA como sujetos de derechos de la forma en que la CDN y nuestra misma legislación disponen, se ve limitada ante la imposibilidad de que estos comparezcan para ser escuchados.<sup>110</sup>

Una entrevistada comentó, como punto problemático, que los jueces deben tomar decisiones basadas en la versión que entregan las madres, padres o sus representantes en la audiencia, sin conocer qué es lo que ese NNA realmente necesita. Por lo anterior, como indicó esta entrevistada, en ocasiones, los jueces tratan de remediar esta situación nombrando curadores *ad litem* para que operen como “cuasi abogados” de los NNA.<sup>111</sup>

iii) *Prácticas dirigidas a evitar nuevas causas*. Algunos entrevistados dan cuenta de conductas tendientes a evitar la generación de nuevas causas.

En primer término, en las denuncias policiales por violencia donde hay NNA involucrados, si se trata de situaciones donde no hay lesiones o lesiones leves, y solo existe como antecedente el parte policial, las causas terminan por ser archivadas sin la toma de medidas al respecto. En segundo lugar, en aquellos casos en que un NNA ya está sometido a una medida de protección vigente y surge nuevamente una vulneración de sus derechos, algunos entrevistados mencionaron que, en la práctica, esta última se mantiene como parte de la misma causa antigua, aun cuando en muchas ocasiones se trata de situaciones de vulneración completamente diferentes (el caso hipotético es uno en que ha existido violencia física en el hogar familiar y luego un abuso en un centro del SENAME). Esta práctica, según los entrevistados,<sup>112</sup> se ejecuta, en parte, para evitar la generación de una nueva causa que producirá mayor trabajo para el tribunal, acarreando, como consecuencia,

110 Juezas de familia, marzo, abril y mayo de 2017.

111 Jueza de familia, mayo de 2017.

112 Juezas de familia, marzo, abril y mayo de 2017.

la imposibilidad de tomar con real seriedad las vulneraciones de los NNA.

Por lo anterior, puede apreciarse que, en la búsqueda de cumplir con las metas de gestión impuestas, las instituciones pertenecientes al sistema de justicia han terminado por generar conductas indeseadas que afectan directamente los derechos de los NNA.<sup>113</sup>

Como conclusión de esta sección, es posible sostener que el Estado, especialmente en virtud de las deficiencias del SENAME y del entorno institucional en que las medidas de protección se resuelven, no tiene en cuenta el interés superior del NNA. Tampoco existen mecanismos de intervención acordes a las características y necesidades propias de los NNA, ni se han llevado a cabo todas las medidas adecuadas para resguardar sus derechos. Por su parte, la investigación en sede judicial de la vulneración de los derechos de los NNA es, como se ha visto, inapropiada y nada rigurosa.

Desafortunadamente, la situación que aquí se ha descrito, coincide con aquello que los instrumentos internacionales se han propuesto evitar: que no existan los medios efectivos para hacer cumplir la CDN y que se omitan los arreglos institucionales que eviten las vulneraciones de los derechos de los NNA.<sup>114</sup>

#### **4. RELEVANCIA PENAL DE LA CRISIS DEL SENAME**

##### **4.1. El SENAME como “coto de caza”: infracciones a la probidad, cuoteo político y funcionarios sin capacidades técnicas**

El SENAME ha sido objeto, sobre todo en el último tiempo, de múltiples acusaciones públicas, que apuntarían a la existencia de casos de faltas a la probidad al interior del servicio, prevaleciendo los intereses particulares por sobre los públicos que la institución tiene el deber de resguardar.

La utilización del cargo público con fines particulares o privados se ha presentado en relación con el denominado “cuoteo político”, es decir, el nombramiento de funcionarios en virtud de su pertenencia o afinidad con un partido o grupo interno de esa colectividad,<sup>115</sup> tratándose, en muchas oportunidades, de personas sin capacidades técnicas

113 Es importante mencionar que la gestión judicial como afectación a la labor jurisdiccional más sustancial ha sido un tema debatido en el último tiempo y, por ende, objeto de atención de diversos medios de comunicación. Véase: Reportaje Digital.cl: “El póker de la justicia. El incentivo perverso que esconden las metas de gestión”, (sin fecha). También puede verse Ciperchile.cl: “Hogares de menores: acta del Poder Judicial revela la incompetencia del Sename”, 19 de mayo de 2016.

114 Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N°13*, 18 de abril de 2011, p. 13.

115 Véase Alfredo Joignant y otros, *Diccionario de la política chilena*, Santiago, Sudamericana, 2011, p. 92.

para asumir las funciones. La existencia de redes políticas que manejan los nombramientos en el SENAME ha sido destacada en varias ocasiones. Las versiones dan cuenta, especialmente, del poder de la Democracia Cristiana para incidir de manera irregular en la designación de funcionarios.<sup>116</sup>

Por otro lado, se ha indicado que existe una relación entre los recursos que se asignan a las corporaciones o fundaciones que operan como colaboradores privados del SENAME y la integración, en sus directorios o equipos directivos, de políticos capaces de hacer lobby para obtener las subvenciones estatales. Esto redundaría en la concentración de los recursos: en efecto, se señala que existen alrededor de 15 organizaciones que se llevarían más del 53% de ese presupuesto.<sup>117</sup>

Asimismo, es posible encontrar información que apunta a que las adjudicaciones de los concursos a los colaboradores privados serían producto de la influencia política, mediando, incluso, la falsificación de antecedentes.<sup>118</sup>

El control político ejercido sobre el servicio incidiría, también, en que, a pesar de las comisiones investigadoras y de los informes que relatan y dan cuenta de las irregularidades, las personas a cargo no han pagado las consecuencias por su responsabilidad en el funcionamiento irregular del servicio. Sobre este punto, el diputado René Saffirio, ha señalado su disconformidad con la forma en la que la DC ha protegido a los protagonistas de las irregularidades, impidiendo su investigación y sanción.<sup>119</sup>

La captura política del SENAME puede, lamentablemente, hacer peligrar, o bien, frustrar las competencias y funciones que la ley le asigna, ya sea en lo que respecta a la prestación del servicio de cuidado de los NNA, o bien, tratándose del control y supervisión que el SENAME debe tener sobre sus residencias y los colaboradores privados.

Si la lesión concreta de los derechos de los NNA es consecuencia del actuar y manejo de las autoridades, cuyo desempeño se encontraría orientado por la anteposición de fines particulares (partidistas y, en definitiva, económicos), con descuido del cumplimiento de los deberes de implementación y supervisión de las normas que los rigen, la relevancia penal de las conductas se hace evidente. En efecto, los delitos

116 El Mostrador.cl: "El largo brazo de la DC en el Sename", 5 de agosto de 2016 y El Mostrador.cl: "Las redes políticas tras los cuestionados centros del Sename", 23 de mayo de 2016.

117 El Dínamo.cl: "La extensa red de políticos en directorios de organismos que reciben fondos del Sename", 2 de agosto de 2016. Sobre la relación entre política y concentración, The Clinic.cl: "Sename: Los informes de Contraloría que cuestionan a Corporación Opción", 20 de septiembre de 2016.

118 Bio Bio.cl: "Denuncian que Sename adjudicó proyectos a fundación debido a influencia política", 16 de mayo de 2017.

119 El Mostrador.cl: "Las redes políticas tras los cuestionados centros del Sename", 23 de mayo de 2016.

que afectan la probidad administrativa tienen en común la protección del recto funcionamiento de la Administración Pública, cuyos funcionarios tienen un especial deber de perseguir el bien común.<sup>120</sup>

Aunque el carácter delictivo de cada una de las conductas y la responsabilidad del respectivo funcionario dependen de la constatación e imputación precisa de hechos concretos en el marco de delitos específicos, las faltas a la probidad que tienen como elemento común la utilización del cargo o de los caudales públicos, para fines apartados a los legalmente establecidos, es algo que debería investigarse y, eventualmente, castigarse si llega a probarse. Ejemplo de lo anterior puede ser una sustracción o distracción de los caudales en beneficio propio o ajeno (como cuando un funcionario comete la sustracción retirando los caudales sin título para ello o sin la finalidad pública que justifique el retiro).<sup>121</sup> También es el caso del perjuicio patrimonial estatal derivado de una disposición que el Estado ejecuta en base a una actuación simulada orientada al engaño o fabricación de una hipótesis que ameritaría la disposición de recursos, como cuando se transfieren recursos estatales a quienes realmente no cumplen con los requisitos para recibir subvenciones del Estado y el cumplimiento de esos requisitos ha sido simulado con el objeto de recibir los mencionados aportes fiscales. Asimismo, puede tratarse de un funcionario que realiza un acto administrativo en razón del ofrecimiento u obtención de un beneficio (como cuando se ejecuta un nombramiento o adjudicación motivado en el beneficio del funcionario que lo practica). Finalmente, se puede tratar de un funcionario que actúa en interés propio, de familiares o de sociedades, asociaciones o empresas vinculadas a él o sus familiares respecto de cualquier clase de contrato u operación (como cuando el funcionario a cargo de la celebración de un contrato u operación en la que se ve envuelto el órgano, se ve beneficiado —él o sus relacionados— por el mismo, habiendo ejercido influencia en el servicio para obtener una decisión favorable a sus intereses).<sup>122</sup>

El panorama fáctico, informado por lo medios y descrito en los primeros párrafos del acápite, en general daría cuenta, de ser correcto, de la presencia de intereses privados determinantes del actuar público: la existencia de eventuales beneficios por incurrir en ciertas acciones, redes de presión, prácticas de cuoteo, protección y encubrimiento, así como promiscuidad entre los miembros de partidos políticos y los colaboradores que reciben caudales públicos, existiendo diversas asociaciones privadas interesadas en la materia relacionadas con funcionarios públicos. Esta

120 Sergio Politoff, Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez, *Lecciones de derecho penal chileno. Parte especial*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, pp.494 y ss.

121 *Ibid.*, pp. 488 y ss.

122 Sobre este tipo penal, véase: Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez, *Lecciones de derecho penal chileno. Parte especial*, Santiago, Legal Publishing, 2006, p. 500.

situación hace obligatoria la investigación de los delitos de malversación de caudales públicos, fraude al fisco,<sup>123</sup> negociaciones incompatibles,<sup>124</sup> cohecho<sup>125</sup> y otros delitos en contra de la probidad que pudieren resultar relevantes de acuerdo al Título V del Código Penal Chileno. La información hasta ahora disponible públicamente no permite –no tiene por qué hacerlo– imputar delitos específicos que dependen de la ejecución de conductas específicas (y motivadas por fines precisos) por parte del funcionario público, pero sí constituyen antecedentes contundentes y lo bastante graves como para investigar de manera exhaustiva los diversos casos de corrupción que podrían existir.

La imputación penal no es el único problema que deberá enfrentar el Ministerio Público en la persecución de estos delitos. Adicionalmente, existe la dificultad de establecer la prueba necesaria y luego conseguirla; de resistir a presiones u obstáculos para no llevar a buen término la investigación y, en definitiva, la mayor complejidad –desde todo punto de vista– de llevar a cabo este tipo de juicios, son problemas que los órganos de investigación y persecución tienen que sortear en su rutina para enfrentarse a este tipo de criminalidad.

#### **4.2. Atentados contra la vida en el SENAME**

Las altas –y cambiantes– cifras de mortandad al interior del SENAME han sido difundidas a través de la prensa. En un comienzo, se hablaba de 185 muertes informadas,<sup>126</sup> pasando por una rectificación que finalmente cerró la cifra en 1.313 personas entre 2005 y 2016.<sup>127</sup> El primer hecho que llama la atención y da cuenta de la deficiente actuación por parte del servicio y, por lo tanto, del Estado, es la poca claridad con que esas cifras se manejan. Estos hechos no solo son relevantes a la hora de esclarecer datos importantes para futuras investigaciones penales y la búsqueda de responsabilidades involucradas, sino que –desde el punto de vista administrativo y penal– dan cuenta de un pobre ejercicio de las facultades de supervisión y control. Esta idea se ve reforzada si se considera la baja cantidad de sumarios practicados en el órgano: tan solo 16 sumarios administrativos por NNA fallecidos en 9 años (desde

123 *Ibíd.*, p. 291.

124 Sobre este tipo penal, véase: Mario Garrido Montt, *Derecho Penal. Tomo III. Parte Especial*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 458.

125 *Ibíd.*, pp. 450 y ss.

126 La Tercera.cl: "Informe: 185 menores dependientes de instituciones del Sename han muerto desde 2005", 11 de julio de 2016.

127 SENAME, *Ordinario 3008*, 30 de septiembre de 2016. En esta comunicación entre la Directora del SENAME y la ministra de Justicia y Derechos Humanos se encuentran detalladas por tablas las muertes y los programas a los que los fallecidos se encontraban adscritos. La cifra incluye mayores de edad también a cargo del Servicio por aplicación de la Ley N° 20.084, de responsabilidad penal adolescente.

enero de 2007 hasta octubre de 2016). Lo anterior quiere decir que, de 172 fallecidos que declaraba SENAME, solo en un 2% de los casos se realizó el sumario correspondiente.<sup>128</sup> A esa preocupante cifra, hay que agregarle que menos del 1% de los procesos está concluido.<sup>129</sup>

La muerte de NNA al interior del organismo tiene relevancia en relación con posibles aportes activos de miembros de la institución a esas muertes, como en los lamentables casos de Lissette Villa y Tania Osorio, que se verán a continuación, pero también con la falta de supervisión y control de los riesgos que existen para la vida de los NNA por parte de las autoridades del SENAME. Riesgos que los funcionarios deben evitar, en virtud de la ley y la relación de sujeción especial en la cual se encuentran los NNA. Lo señalado, con independencia de si el resultado ocurrió en un centro de administración directa –como en el caso de Lissette Villa– o en un centro colaborador del SENAME –como en el de Tania Osorio. En ambas situaciones existen deberes de supervisión fijados legalmente. Lo anterior quiere decir que no solo interesa en la actualidad esclarecer las causas y los causantes –eventuales– de las muertes, sino también la responsabilidad derivada de la falta de control y vigilancia de las autoridades estatales correspondientes, según se verá hacia el final de esta sección.

#### **4.2.1. El caso de Lissette Villa**

Según la prensa, se ha podido acreditar en la investigación que la muerte de la niña habría acontecido en el contexto de un supuesto ataque de ira de la misma, producto del cual fue inmovilizada, comprimiéndose su región torácica y abdominal por varios minutos, impidiendo que se ejecutaran movimientos respiratorios, paralizándose totalmente su respiración.<sup>130</sup> El informe de autopsia señala además que la niña trató de liberarse, lo que no logró, cuestión que se desprende de los rasguños en sus mejillas, orinándose y desvaneciéndose después.<sup>131</sup> Actualmente, el caso es investigado por cuasidelito de homicidio.<sup>132</sup> La calificación original, solicitada por la Fiscalía (torturas y apremios ilegítimos), fue modificada en la audiencia de formalización. En esa instancia (marzo de 2017), se estableció un plazo de investigación de 7 meses.<sup>133</sup>

#### **4.2.2. El caso de Tania Osorio**

La muerte de la niña se produjo mientras se encontraba en el organismo colaborador Pequeño Cottolengo de Rancagua. Padecía de un retraso

128 El Dinamo.cl: “Sename instruyó solo 16 sumarios por menores fallecidos en centros en últimos 9 años”, 21 de noviembre de 2016.

129 The Clinic.cl: “Muertes que no importan: Sename revela que instruyó solo 16 sumarios por menores fallecidos bajo su tutela en los últimos 9 años”, 20 de noviembre de 2016.

130 La Tercera.cl: “Torturas en el Sename”, 18 de diciembre de 2016.

131 *Ibid.*

132 Qué Pasa.cl: “¿De qué murió Lissette?”, 26 de agosto de 2016.

133 La Tercera.cl: “Torturas en el Sename”, 18 de diciembre de 2016.

mental, razón que –se afirma– incidía en los múltiples maltratos de los que era víctima.<sup>134</sup> La causa actualmente se encuentra desformalizada, aunque se han practicado diligencias como la exhumación del cuerpo, para constatar la causa de muerte.<sup>135</sup>

La responsabilidad penal por omisión que en todos estos casos pudiera imputárseles a funcionarios públicos y trabajadores de los centros colaboradores, que en posición de garantes u obligados a custodiar ciertos bienes jurídicos no lo hacen,<sup>136</sup> es una cuestión que debe esclarecerse con urgencia, sobre todo cuando lo extendido del problema y la ocultación de los hechos fuerza a concluir que las autoridades sabían –o, en cualquier caso, no quisieron saber– o deberían haber sabido lo que ocurría dentro de su esfera de responsabilidad.

#### **4.3. Atentados en contra de la integridad física y psíquica de niños, niñas y adolescentes: castigo y tortura al interior del SENAME**

Respecto a atentados en contra de la integridad física y psíquica, tanto en investigaciones de prensa como en informes de organismos oficiales,<sup>137</sup> se da cuenta de la existencia de prácticas de castigos o reprimendas físicas al interior del SENAME. Por ejemplo, de los antecedentes aportados a la Comisión Investigadora SENAME II, donde expusieron los fiscales de las regiones de Los Ríos y de Los Lagos, se da cuenta de información concluyente en torno a la existencia de delitos que afectan a la integridad de los NNA. La propia Fiscalía está dando prioridad en la designación de recursos humanos para esclarecer las causas relacionadas.<sup>138</sup> La referida Comisión, además, tuvo a la vista la exposición de la jueza de familia Mónica Jeldres, quién entregó información contundente acerca de lo extendidas que están las prácticas de maltrato e incluso de torturas.<sup>139</sup>

Otro punto altamente conflictivo, tratándose de la salud de los NNA, es la excesiva e indiscriminada medicamentación que se les impone en los distintos centros. Esta práctica se utilizaría con frecuencia y de manera riesgosa para ellos, no solo por los posibles efectos secundarios de las distintas sustancias químicas, sino también por la interacción entre los medicamentos y, especialmente, porque el suministro se realiza sin la adecuada supervisión profesional y sin coordinación entre los profesionales de la salud a cargo de la atención.<sup>140</sup>

134 The Clinic.cl: “Tania: otra muerte más en el Sename”, 7 julio de 2016.

135 La Tercera.cl: “Exhuman cuerpo de menor que murió en recinto del Sename”, 9 de septiembre de 2016.

136 Sobre la posibilidad de imputar responsabilidad a título de omisión nos referiremos en el apartado 4.5 de esta sección.

137 Cámara de Diputados, *Informe de la Comisión investigadora SENAME II*, 3 de julio de 2017, pp. 164 y ss.

138 *Ibid.*, pp. 164 y ss.

139 *Ibid.*, pp. 171 y ss.

140 Ciperchile.cl: “El uso y abuso de psicofármacos en los hogares del Sename”, 28 de abril de 2016.

La relevancia penal que estos hechos revisten desde el punto de vista del delito de lesiones y torturas debe ser investigada penalmente ante el serio riesgo y la gravedad que implican.

#### **4.4. Atentados en contra de la indemnidad sexual de niños, niñas y adolescentes; redes de prostitución y abuso**

Parte de la información disponible públicamente da cuenta de la existencia de distintos actos de connotación sexual al interior del SENAME. Esos antecedentes apuntarían, principalmente, a la práctica recurrente de abusos e inclusive violaciones intrarresidenciales.<sup>141</sup> Los hechos enunciados, de ser ciertos, claramente satisfacen los tipos penales de abusos sexuales y violación.

Por otra parte, existe información que da cuenta de la existencia de redes de prostitución al interior del SENAME: serían manejadas, en algunos casos, por los mismos funcionarios y trabajadores de determinados centros colaboradores y, en otros, desde afuera con cooperación de NNA que residen en aquellos centros relacionados con el SENAME. Durante enero de 2017, la PDI determinó la existencia y desbaratamiento de una red de explotación sexual de la cual formaban parte niñas del SENAME.<sup>142</sup>

En otro caso, según las declaraciones realizadas en el marco de la investigación dirigida por la Fiscalía, la “red con mayor número de menores reclutadas (al menos 20), de acuerdo al documento policial, es encabezada por una familia que reside en una casa al sur de la capital. El padre fue identificado por la policía como el líder o proxeneta de la agrupación, y su señora e hijas de 19, 15 y 14 años (quienes han ingresado y egresado en diversas oportunidades de varias residencias de protección), son consideradas por la PDI como presuntas captadoras de las menores del Sename para luego obligarlas al comercio sexual”<sup>143</sup>

En estos casos podrían darse los supuestos de atribución del delito de favorecimiento de la prostitución de menores. Por una parte, es posible imputar responsabilidad a quienes hayan actuado activamente en distintas funciones de la red y, por otra, es posible, asimismo, hacerlo por omisión al personal a cargo de los NNA y a quienes tienen deberes

141 El denominado “Informe Jeldres” es claro sobre los abusos intrarresidenciales. Véase: Carolina Bascuñán y Mónica Jeldres, *Boletín N° 2: El sistema residencial en Chile*, Santiago, 2013, pp. 53 y ss. Los testimonios ante la Comisión Investigadora Sename II en la Cámara de Diputados de varias personas confirman los abusos. Así, en Sesión 17ª, del 19 de diciembre de 2016, Sesión 23ª del 3 de abril de 2017. También en Cámara de Diputados, *Informe de la Comisión investigadora SENAME II*, 3 de julio de 2017, pp. 498 y ss.

142 Emol.com: “PDI desbarata red de explotación sexual infantil en Freirina integrada por niñas del Sename”. 20 de enero de 2017.

143 La Tercera.cl: “Fiscalía investiga cuatro redes de prostitución integrada por menores de centros del Sename”, 11 de diciembre de 2017.

de supervisión y control en favor de estos últimos. Se entiende que, al no actuar, debiendo hacerlo, estarían llevando a cabo la acción de “facilitar”<sup>144</sup> —que consiste en “hacer fácil o posible la ejecución de una cosa o la consecución de un fin”<sup>145</sup> la prestación de servicios sexuales, posibilitando espacios para que ocurran estas situaciones, sin prevenirlas. El incumplimiento del deber de protección da lugar a la comisión por omisión de este delito, como efecto de “posibilitar el ejercicio de la prostitución”.<sup>146</sup>

#### **4.5. Responsabilidad de las autoridades: omisión, funciones y deberes legales de supervisión y control**

Como ya se señaló al describir los hechos con relevancia penal, desde el punto de vista de la vida de los delitos contra la integridad física, así como algunos delitos particulares que afectan la libertad sexual de los NNA, no solo tienen importancia las conductas activas de quienes ejecutaron acciones con resultados penales, sino también el comportamiento frente a esos hechos que tuvieron quienes debían prevenirlas. Respecto a la posibilidad de imputar responsabilidad penal a título de omisión al jurídicamente obligado a actuar, la doctrina chilena está conteste, cuando el tipo penal lo permite,<sup>147</sup> y cuando es probable que el obligado podría haber impedido el resultado con una acción evitadora del tipo.<sup>148</sup>

La posibilidad de que un sujeto responda por la omisión de impedir un resultado ha sido, asimismo, reconocida por la jurisprudencia de los tribunales superiores chilenos en general, respecto a la imputación a título de omisión impropia de un resultado típico.<sup>149</sup> Más específicamente, la imputación de los resultados cometidos por un tercero responsable puede ser realizada a quien no contribuyó causalmente a ese resultado, pero tenía deberes de supervisión sobre quienes lo

144 María Magdalena Ossandón. “Comisión por omisión del delito de favorecimiento de la prostitución de menores”, *La ciencia penal en la Universidad de Chile*, Santiago, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2013, pp. 455-461.

145 *Ibid.*, p. 439.

146 Mario Garrido Montt, *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo IV*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998, p. 308.

147 Lo que sí ocurriría en los delitos contra la vida y la integridad física y, como se dijo, cierta parte de la doctrina sostiene lo mismo para casos de facilitación a la prostitución.

148 Enrique Cury, *Derecho Penal. Parte General*, Santiago, Ediciones Pontificia Universidad Católica, 2005, p. 680; Alfredo Etcheberry, *Derecho Penal. Tomo I*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998, p. 169; Mario Garrido Montt, *Nociones fundamentales de la teoría del delito*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992, pp. 242 y ss.; Héctor Hernández, “Comentario al artículo 1º”, Jaime Couso, Héctor Hernández (Dir.), *Código Penal Comentado*, Santiago, Abeledo Perrot, 2011, pp. 21 y ss.

149 *Corte Suprema, Contra Carlos Humberto Castro Muñoz*, 4 de agosto de 1998.

cometieron.<sup>150</sup> La calidad de funcionario público ha sido explícitamente reconocida como una que fundamenta la posición y deber de intervención para el funcionario.<sup>151</sup>

En estos casos de falta de evitación de un resultado, se considera que el obligado a evitar un peligro responde de igual manera que su causante, en virtud del especial deber que le incumbe. Dado que la relevancia penal de estas conductas depende de la existencia de un deber jurídico, es necesario constatar la existencia de esa obligación. Como se afirmó, un resultado antijurídico le puede ser imputado a una persona que no lo causó directamente, cuando tenía el deber y la posibilidad de evitarlo. En este caso, los deberes administrativos que obligan a determinados funcionarios están establecidos en diversos cuerpos normativos que serán desarrollados a continuación.

Como se sabe, entre las distintas actividades de la Administración del Estado, se encuentra la prestacional o de servicio público.<sup>152</sup> Es esta la que principalmente lleva a cabo el SENAME aunque, ya se dijo, básicamente externalizando la prestación. Ahora bien, el Estado y sus organismos solo pueden actuar a través de personas naturales que ejecutan la actividad material del servicio, es decir, hombres y mujeres que desarrollan la actividad diaria del servicio y que ejercen la “función pública”.<sup>153</sup> A dichas personas naturales se les atribuye un estatuto jurídico especial debido a la relación directa, estable y duradera que mantienen con el Estado, ejerciendo dentro de este una función. La relación especial entre dichas personas naturales y el Estado se encuentra regulada en diferentes disposiciones de variado rango normativo y que distinguen entre diversas figuras jurídicas de vinculación.

Entre los deberes relevantes para este caso desde el punto de vista penal, comunes a todo funcionario público, se pueden señalar los siguientes: desempeñar personalmente las funciones del cargo en forma regular y continua; orientar el desarrollo de sus funciones al cumplimiento de los objetivos de la institución y a la mejor prestación de los servicios que a esta correspondan; realizar sus labores con dedicación y eficiencia, contribuyendo a materializar los objetivos de la institución; obedecer las órdenes impartidas por el superior jerárquico; observar estrictamente el principio de la probidad administrativa; denunciar ante el Ministerio Público, o ante la policía, con la debida prontitud, los crímenes o simples delitos y a la autoridad competente los hechos de carácter irregular de que tome conocimiento en el ejercicio de su cargo;

150 Corte Suprema, *Contra Juan Ignacio Ortigoza Ampuero y otros*, 4 de abril de 2014.

151 Corte Apelaciones de Santiago, *Contra Patricio Román Herrera*, 14 de julio de 2015.

152 Jorge Bermúdez, *Derecho administrativo general*, Santiago, Legal Publishing, 2014, p. 295.

153 *Ibid.*, p. 435.

y justificarse ante el superior jerárquico de los cargos que se le formulen con publicidad.<sup>154</sup>

Para las personas que ocupan cargos directivos y que son superiores jerárquicos existen, además, entre otros, los siguientes deberes específicos: ejercer un control jerárquico permanente del funcionamiento de los órganos y de la actuación del personal de su dependencia, extendiéndose dicho control tanto a la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines establecidos como a la legalidad y oportunidad de las actuaciones; vigilar permanentemente por el cumplimiento de los planes y de la aplicación de las normas dentro del ámbito de sus atribuciones, sin perjuicio de las obligaciones propias del personal de su dependencia, y desempeñar sus funciones con ecuanimidad y de acuerdo a instrucciones claras y objetivas de general aplicación, velando permanentemente para que las condiciones de trabajo permitan una actuación eficiente de los funcionarios.<sup>155</sup>

Además de los deberes generales señalados precedentemente, pesan sobre los funcionarios y autoridades del SENAME obligaciones específicas. Desde el punto de vista de la estructura orgánica el servicio se encuentra encabezado por la Dirección Nacional del SENAME del cual el Director Nacional ejerce como el jefe superior<sup>156</sup> asesorado por el Comité Consultivo Nacional,<sup>157</sup> además de estar desconcentrado territorialmente a través de las direcciones regionales. Las funciones, facultades y deberes de las personas que llevan a cabo la función pública en el servicio dependen de su ubicación en la organización y división funcional en distintos departamentos y unidades del servicio. Entre ellas resultan relevantes –aunque no de manera exhaustiva– las siguientes:

i) *Dirección Nacional*. Entre sus deberes destacan: dirigir, organizar, planificar, coordinar y supervigilar el funcionamiento del servicio; velar por el cumplimiento de las normas aplicables al órgano y adoptar las medidas necesarias para asegurar su eficiente funcionamiento; celebrar convenios con las instituciones reconocidas como colaboradoras del servicio, fijar plazos, condiciones y demás

154 Artículo 61 del Estatuto administrativo (Ley 18.834).

155 Artículo 64 del Estatuto administrativo (Ley 18.834).

156 Según el artículo 35 inciso 2° de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado: "A los jefes de servicio les corresponderá dirigir, organizar y administrar el correspondiente servicio; controlarlo y velar por el cumplimiento de sus objetivos; responder de su gestión, y desempeñar las demás funciones que la ley les asigne."

157 Dicho Comité consultivo está conformado por cinco representantes de instituciones reconocidas como colaboradoras del servicio conforme al artículo 6 del DL 2.465. En la actualidad, además de estas cinco titulares, existen 18 entidades invitadas a dicho Comité. Disponible en: <http://www.sename.cl/tactiva/2012/consejosconsultivos.html>

modalidades de los mismos, modificarlos y ponerles término; ejecutar los actos y celebrar los contratos necesarios para el cumplimiento de los fines del SENAME. Asimismo, formular, establecer, mantener y desarrollar las acciones de prevención, protección y rehabilitación que sean necesarias para el cumplimiento de las finalidades del servicio; decidir la asistencia que proceda otorgar a las instituciones públicas o privadas que coadyuven al cumplimiento de los objetivos de la entidad estatal y dictar las resoluciones generales o particulares que fueren necesarias para el ejercicio de estas atribuciones.<sup>158</sup>

ii) *Dirección Regional*. Los directores regionales tienen especialmente los siguientes deberes: dirigir la marcha administrativa, técnica y orgánica de las casas de menores y demás establecimientos de prevención, protección y rehabilitación del servicio en la región, y los sistemas asistenciales, de acuerdo con las instrucciones del Director Nacional; atender en forma preferente a los NNA enviados por los tribunales, con el fin de cumplir las medidas que estos hayan decidido aplicarles, y asesorar en materias técnicas a dichos tribunales cuando ellos lo soliciten; prestar asistencia técnica, material o financiera a las instituciones coadyuvantes o reconocidas como colaboradoras del servicio en la región, según corresponda, de acuerdo con las instrucciones impartidas por la Dirección Nacional; realizar los actos y celebrar los contratos necesarios para el cumplimiento de las funciones del servicio y para la administración de las oficinas de protección de derechos, los diversos centros, programas y equipos de diagnóstico, en todas las líneas de acción, que desarrollen los colaboradores acreditados dentro de su territorio, modificarlos y ponerles término; y dictar las resoluciones generales o particulares que sean necesarias para el ejercicio de estas atribuciones de acuerdo con sus facultades propias y delegadas.<sup>159</sup> Además, en el caso de que establecimientos privados que presten el servicio presenten graves anomalías, el Director Regional puede reclamar, ante el juez de familia, la administración provisional del centro.<sup>160</sup> Esta última facultad tiene por objetivo materializar el deber de control del SENAME sobre todos aquellos que prestan el servicio público.

iii) *Departamentos*. Actualmente, el servicio está organizado con ocho departamentos a nivel nacional, a saber: de adopción, planificación y control de gestión, administración y finanzas, técnico y restitución de derechos, de justicia juvenil, jurídico, de personas,

158 Artículo 5º del DL 2.465.

159 Artículo 12 del DL 2.465.

160 Artículo 16 del DL 2.465.

y de auditoría.<sup>161</sup> Varios son los deberes que corresponden a estos departamentos.<sup>162</sup>

iv) *Unidades*. El SENAME está dividido en siete unidades que operan en cada dirección regional. Dichas unidades son las de comunicación, infraestructura e inversión, de salud, de comisionado de la infancia y adolescencia, de relaciones internacionales y cooperación, de estudios, de participación. Cada unidad tiene también sus deberes propios.

Las funciones y obligaciones precedentemente descritas, tanto generales, que rigen a todos los funcionarios públicos (especialmente a los superiores jerárquicos), como específicas dirigidas a quienes forman parte del servicio, dan cuenta de la existencia de deberes de supervisión y control del funcionamiento del órgano en sus distintas esferas de competencia. El hecho de que el SENAME mismo no sea el que presta directamente el servicio a los NNA –pues, como se vio, hay esferas completas delegadas a privados colaboradores–, no descarta la responsabilidad de sus funcionarios y autoridades toda vez que estos *no pueden renunciar a cumplir los deberes de supervisión y control*. Es más,

161 Ver diagrama del SENAME en <http://www.sename.cl/tactiva/2016/noviembre/organica/organica.html>

162 Sin que sea posible abordar todos los deberes de cada departamento, los principales se indican enseguida. Conforme al artículo 7° del DL 2.465, al Departamento Jurídico corresponde: informar en derecho al Director Nacional sobre la correcta aplicación de las leyes, reglamentos e instrucciones de carácter general o particular que afecten al servicio; respecto de la legalidad y procedencia de las resoluciones que dicten las autoridades del servicio, y acerca de las actuaciones de dichas autoridades; asesorar en materias de su competencia al Director Nacional, a los directores regionales y a los jefes de los departamentos; dar forma jurídica y otorgar su visación a los proyectos de normas generales o especiales de carácter obligatorio que el servicio imparta, cuando se lo solicite el Director Nacional. De acuerdo al artículo 8° del DL 2.465, al Departamento Técnico le corresponderá: estudiar y elaborar proyectos de planes y programas de atención de menores, de sistemas asistenciales y de las instrucciones generales a los colaboradores y someterlos a la consideración del Director Nacional; pronunciarse sobre la asistencia técnica, material o financiera que proceda prestar a las instituciones coadyuvantes del servicio para que el Director Nacional resuelva al respecto; mantener actualizados los datos estadísticos y la información sobre los NNA; evaluar los avances de los planes técnicos en ejecución, recomendando al Director Nacional las medidas que se estimen necesarias para su continuidad o modificación. Conforme al artículo 9° del DL 2.465, al Departamento de Administración y Finanzas corresponderá: velar por el cumplimiento de las normas relativas a la administración de los recursos humanos, financieros y materiales del servicio; vigilar la conservación y seguridad de los bienes del servicio y propender al adecuado equipamiento de este; programar y efectuar estudios sobre racionalización administrativa, mediante el análisis sistemático de las estructuras, procedimientos, métodos y sistemas administrativos, relativos al servicio. Según el artículo 10 del DL 2.465, al Departamento de Auditoría le corresponde: pronunciarse sobre la eficacia de las unidades que componen el servicio; verificar el adecuado aprovechamiento de los recursos humanos, financieros y materiales asignados a las distintas unidades del servicio; efectuar las fiscalizaciones procedentes en terreno, para comprobar si la actividad administrativa del organismo se desarrolla en concordancia con el cuadro normativo vigente; proponer normas, procedimientos y programas de control interno.

el hecho de que el SENAME, en un gran ámbito, haya delegado en privados sus funciones es un argumento para decir que su rol principal respecto de dichos colaboradores es vigilar que cumplan la ley, a cuya tarea se debe abocar para satisfacer sus deberes y la función pública del servicio. Una falta o mal ejercicio de las facultades de control establecidas legalmente tiene relevancia penal cuando surge un peligro que el funcionario no controla, debiendo hacerlo, y esa amenaza desemboca en un resultado delictivo, como los que en este caso se han dado. Los sistemas de control, por una parte, y obediencia, por otra, establecidos en el Estatuto Administrativo dan cuenta de la posibilidad, para los superiores y directivos, de incidir en el funcionamiento de los órganos a los que pertenecen y de promover o evitar determinados hechos y conductas. De acuerdo a dicho cuerpo legal, esta intervención es imperativa para aquellos que tienen facultades de supervisión.

Las notas y reportajes de investigación, así como la existencia de una extensa cantidad de información pública disponible acerca de los riesgos y faltas de seguridad para los NNA, hacen imposible argumentar que no existió, al menos, una negligencia grave de parte de las autoridades competentes al omitir medidas mínimas de supervisión y control. Las auditorías de la Contraloría General de la República desde hace muchos años daban cuenta del incumplimiento de medidas de seguridad al interior de varios centros,<sup>163</sup> de la ocurrencia de delitos dentro de los recintos (maltratos y otros de connotación sexual),<sup>164</sup> así como deficiencias en la contratación de personal idóneo para el trato con NNA.<sup>165</sup> Asimismo, el denominado Informe Jeldres constató agresiones físicas por parte de funcionarios en las residencias, a varios NNA<sup>166</sup> así como abuso sexual en contra de los mismos<sup>167</sup> además de prácticas de castigo extendidas, como el aislamiento y la falta de provisión de alimentos.<sup>168</sup> Dicho informe concluía de manera enfática en 2013 que en el 60% de los casos existe una situación de alto riesgo para la salud física y psíquica de los NNA que hacía necesaria la intervención e investigación.<sup>169</sup> Junto a esto, la multiplicidad de testimonios de personas, autoridades del Poder Judicial y la Fiscalía, así como de

163 Contraloría General de la República, Oficio 18.171. *Sobre informes de auditorías efectuados en el Servicio Nacional de Menores que se refieran a organismos colaboradores*, 18 de mayo de 2017, pp. 6-10.

164 *Ibíd.*, pp. 15-16 y 21.

165 *Ibíd.*, pp. 22, 26, 30-32.

166 Carolina Bascuñán y Mónica Jeldres, *Boletín N° 2: El sistema residencial en Chile*, Santiago, 2013, pp. 53 y ss.

167 *Ibíd.*, pp. 54 y ss.

168 *Ibíd.*, p. 57.

169 *Ibíd.*, p. 62. En el informe se señala que solo un 20% de las residencias no representaba un riesgo para los NNA allí internos.

testigos del funcionamiento del SENAME y sus colaboradores, pone en evidencia la facilidad con que las autoridades pudieron haberse enterado y tomado conocimiento de los serios riesgos y delitos que estaban siendo cometidos al interior de los centros.<sup>170</sup>

La individualización definitiva de responsabilidad dependerá de cada caso, según el tipo de resultado de que se trate, la clase de riesgo que lo produjo y las esferas de competencia, funciones y deberes involucrados.

## CONCLUSIONES

En este capítulo se ha expuesto el incumplimiento de la responsabilidad del Estado de “prevenir, investigar y sancionar” las vulneraciones a los derechos humanos de los NNA al cuidado del SENAME y sus colaboradores.

En lo que concierne al diseño del servicio y su relación con los privados, la falta de voluntad para emplear de modo más intenso sus facultades de supervisión permite concluir que la externalización de la prestación de los servicios de cuidado ha acarreado, en la práctica, un debilitamiento del compromiso estatal con los derechos. Como si en verdad fuera responsabilidad de otro. La privatización de los servicios en ningún caso puede implicar que el Estado se desvincule de sus obligaciones, menos aun cuando la actividad que ha externalizado no solo incide casualmente, sino que por mandato legal *consiste precisamente en proteger derechos humanos de personas ya vulneradas en sus derechos*.

El servicio es deficiente, asimismo, cuando colabora con los tribunales de familia en la adopción y seguimiento de las medidas de protección de los NNA. La descripción que efectúan los jueces entrevistados da cuenta de la forma rutinaria y despreocupada con la que el SENAME enfrenta sus funciones. Todo esto, además, en un contexto institucional en que los jueces deben satisfacer metas de gestión que restringen aún más la calidad de la protección que debe conferirse a los derechos de estas personas.

La responsabilidad penal por delitos cometidos al interior de los recintos bajo dependencia o supervisión del SENAME debe ser esclarecida como paso mínimo y fundamental para solucionar la actual crisis. Como cuestión fundamental es necesario entender y asumir que se han cometido graves delitos de manera extendida en el tiempo y de modo reiterado en contra de los NNA. Los hechos públicamente difundidos hasta ahora hablan en favor de la plausibilidad de una imputación en

170 Véanse, al efecto, las exposiciones de los invitados a la Comisión Investigadora SENAME II en: Cámara de Diputados, *Informe de la Comisión investigadora SENAME II*, 3 de julio de 2017, pp. 42 y ss.

aquellos casos en que se han visto afectadas la vida, integridad física, psíquica o sexual de los NNA; lo mismo puede afirmarse respecto a los datos ventilados sobre vulneraciones a la probidad. Deben investigarse las responsabilidades de aquellos que hubieren ejecutado las conductas de manera directa, pero también las que pueden surgir para quienes se encuentran en posición de garantes respecto de los NNA y que, por lo tanto, tienen el deber de evitar daños para los mismos, vigilando y ejerciendo, de acuerdo a la ley, el control adecuado de aquellos que están bajo su supervisión.

## **RECOMENDACIONES**

En concordancia con lo expuesto en este capítulo, es posible efectuar las siguientes recomendaciones:

1. Es necesario, como cuestión inmediata que no requiere modificación legal, que el SENAME se tome en serio sus herramientas de supervisión e instrucción a los colaboradores y las reinterprete para el propósito que el legislador le ordenó, a saber, la protección de los NNA que se encuentran en el sistema de cuidado. La terminación unilateral de los convenios con los colaboradores debe convertirse en una amenaza cierta que disuada a los privados de llevar a cabo prácticas lesivas de los NNA bajo su cuidado. Una implementación escasa y laxa de las facultades de control afecta el grado de cumplimiento de la ley por parte de los privados y mengua las posibilidades de la Administración de conseguir los propósitos legislativos.
2. Desde el punto de vista legislativo, el SENAME requiere profesionalizarse, de modo que los nombramientos en el órgano no sean producto del cuoteo político. La reforma de 2016 que incorporó los cargos de Director Nacional y directores regionales al sistema de Alta Administración Pública es insuficiente para evitarlo. Debe extenderse esta forma de nombramiento tanto como sea posible. Asimismo, han de establecerse sanciones administrativas que sirvan como herramientas para que los colaboradores den cumplimiento a las normas legales y reglamentarias, así como a las instrucciones del SENAME.
3. Debe procederse a la persecución, investigación y sanción de los responsables desde el punto de vista penal, de los distintos hechos vinculados al SENAME. Lo masivo y extendido de las conductas hacen recomendable la adopción de medidas de investigación especiales –como las que actualmente está tomando la Fiscalía, unida a otras adicionales–, que faciliten la

aportación de prueba por parte de las víctimas o testigos de los delitos. Lo propio debe hacerse respecto a delitos especialmente difíciles de probar, como aquellos vinculados a la corrupción de funcionarios públicos y los que afectan la libertad sexual e integridad psíquica de los NNA. A la hora de investigar y sancionar los casos vinculados al SENAME, no solo debe ponerse atención en los causantes o intervinientes activos, sino que también en los funcionarios que tengan deberes de prevención de los delitos. La responsabilización efectiva de los funcionarios públicos es esencial para la prevención de nuevos delitos y la superación de la actual crisis.

4. Desde el punto de vista de la transparencia, debe ponerse a disposición pública, en la página web del servicio, la información sobre supervisión, instrucciones y ejercicio de otras herramientas de control sobre los colaboradores privados. Es necesario que el SENAME transparente sus estadísticas, indicadores de visitas de supervisión, así como todas las circulares e instrucciones que ha emitido.
5. El Poder Judicial debe modificar las metas de gestión, a fin de que el cumplimiento formal o cuantitativo de ellas no sea un obstáculo para la protección de derechos de los NNA.
6. Ha de existir una mejor coordinación y comunicación entre el SENAME y los jueces de familia, debiendo el primero adecuar sus programas a las necesidades de los NNA, conforme a la información recibida por los segundos. Adicionalmente, en línea con el cumplimiento diligente de sus deberes legales, el SENAME debe mejorar sus rutinas internas de entrega de información a los tribunales de justicia, proporcionándoles a estos antecedentes en regla y de calidad sobre los NNA que tiene a su cargo, dejando de emplear información “tipo” o meramente formal. Como señal clara, deben sancionarse los funcionarios a cargo de entregar información a los jueces de familia y que lo hacen de manera deficiente. Los jueces deberían oficiar al SENAME solicitando la apertura de sumarios administrativos al efecto y verificar, en el marco de su función protectora de derechos, que ellos se hayan cursado.
7. Es necesario analizar la política pública de externalización de los servicios de cuidado de los NNA sin prejuicios como, por ejemplo, aquel según el cual la sola circunstancia de que los colaboradores no tengan fines de lucro implica virtudes automáticas en el sistema.



# **LA REFORMA A LA INSTITUCIONALIDAD EN MATERIA DE INFANCIA BAJO LA LUPA DE LOS DERECHOS HUMANOS<sup>1</sup>**

1 Capítulo elaborado por Camila de la Maza Vent con la ayuda de los alumnos Constanza Quezada, Allan Leiva y Catalina Asenjo.



## **SÍNTESIS**

El presente capítulo revisará los proyectos de ley presentados al Congreso, bajo los estándares internacionales que se relacionan con una reforma estructural que el Estado de Chile pretende hacer en materia de infancia y adolescencia, que se encuentra pendiente desde la ratificación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño en 1990. Dicha reforma, a la fecha, no ha tenido concreción en la normativa interna sustantiva del país, salvo en algunas normas periféricas del ordenamiento jurídico.

*PALABRAS CLAVE: Niñez, convención, institucionalidad, enfoque de derechos.*



## INTRODUCCIÓN

Durante el año 2016, el Servicio Nacional de Menores (en adelante, Sename) nuevamente hizo noticia debido a la muerte de una niña de 11 años en un Centro Residencial de Administración Directa. Junto con ello, quedaron a la luz –tal como el *Informe* viene reiterándolo hace varias ediciones–<sup>2</sup> las deudas que el Estado de Chile mantiene con la infancia y adolescencia, tanto en materia legislativa como en la implementación de políticas públicas que cumplan con los estándares de derechos humanos, contenidos no solo en los tratados que el país ha ratificado y se encuentran vigentes, sino también en las recomendaciones de sus órganos de tratado.

El objetivo del presente capítulo es, entonces, revisar si los proyectos de ley presentados por el Poder Ejecutivo al Congreso Nacional –tanto producto de esta crisis, como en su objetivo de reformar estructuralmente la institucionalidad en materia de infancia y adolescencia– cumplen con su obligación de prevenir, sancionar, reparar y restituir derechos humanos de niños, niñas y adolescentes, siguiendo los estándares internacionales fijados en el sistema universal y en el interamericano.

Durante 2015, se presentaron dos proyectos de ley: el que establece el Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez<sup>3</sup> y el que crea la Subsecretaría de la Niñez,<sup>4</sup> ambos analizados en el *Informe 2016*. Posteriormente, en marzo de 2016, se presentó el proyecto que crea la Defensoría de la Niñez<sup>5</sup> y en abril de 2017, el que crea el Servicio de Protección Especializada de Niños, Niñas y Adolescentes<sup>6</sup> y el que crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil.<sup>7</sup> Estos dos últimos

2 Particularmente, en el *Informe 2014* que analizó las políticas públicas en materia de infancia, el *Informe 2015* que analizó la situación de los niños y niñas en relación a su derecho a vivir en familia y el *Informe 2016* que revisó los proyectos presentados por el Ejecutivo en materia de infancia.

3 Boletín 10.315-18.

4 Boletín 10.314-06.

5 Boletín 10.584-07.

6 Boletín 11.176-07.

7 Boletín 11.174-07.

organismos son los que pretenden reemplazar al Servicio Nacional de Menores. El primero de ellos se aloja en el Ministerio de Desarrollo Social y el segundo en el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

A partir, fundamentalmente, de los estándares fijados por la Convención Internacional de los Derechos del Niño, vigente en el país desde 1990, y las recomendaciones formuladas al Estado en la última revisión realizada por el Comité de los Derechos del Niño en septiembre de 2015, en lo sucesivo analizaremos los contenidos centrales de los proyectos que se encuentran en actual tramitación, para efectos de determinar si Chile cumple o no con la debida diligencia en materia de promoción y protección de los derechos humanos de la niñez y adolescencia. Tomaremos como marco, también, las definiciones otorgadas por los órganos regionales de promoción y protección de los derechos humanos, particularmente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH).

## **2. PRINCIPIOS QUE FUNDAN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA**

La Convención de los Derechos del Niño (en adelante, CDN) –estructurada sobre el principio de igualdad y no discriminación, el interés superior del niño/a y el principio de efectividad– le reconoce a los/as niños/as su condición de sujetos de derecho. De ese modo instituye un catálogo de derechos civiles y políticos y de derechos económicos, sociales y culturales, que son los mismos reconocidos a todas las personas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Que se realicen efectivamente, corresponde al derecho a la Protección Universal. Lo anterior significa que el Estado –en virtud de lo dispuesto en el artículo 4 de la CDN– deberá adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a esos derechos y, en el caso de los económicos, sociales y culturales, hasta el máximo de los recursos disponibles en el país y, de no ser suficientes, deberá acudir a la cooperación internacional.

La CDN, además de reconocer e instar a la efectividad de los derechos de protección universal, establece un catálogo de derechos que son solo para los niños y las niñas y que constituye lo que conocemos como Protección Especial de Derechos. Por ejemplo, el derecho a vivir en familia, a ser cuidados por esta y a no ser separado de ella, sino excepcionalmente; caso en el cual, deben recibir una asistencia especial del Estado.

Así, la CDN en su artículo 19 establece que los Estados deberán adoptar todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas para proteger a los niños/as contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual. Del mismo modo, establece una serie de derechos que constituyen el elemento sustantivo de esta protección especial: el derecho a no ser trasladados ilícitamente (artículo 11), el derecho al cuidado alternativo y a la adopción (artículos 20 y 21), el tratamiento especial de los niños/as refugiados (artículo 22), la protección contra la explotación económica (artículo 32), protección contra el uso de sustancias sicotrópicas y estupefacientes (artículo 33), y la protección contra el abuso y explotación sexual (artículo 34).

Cabe indicar, que los principios que fija la CDN para el sistema universal de protección de derechos humanos, también son utilizados por los órganos del sistema interamericano, atendido a que forman parte del *corpus iuris* internacional de protección de los derechos del niño<sup>8</sup>.

El sistema universal de protección de derechos humanos, en materia de niñez, establece estos principios generales a partir de los cuales pretende instar a los Estados parte a formular todas sus normas y políticas en esta materia.

En particular, analizaremos el principio del interés superior del niño, el principio de igualdad y no discriminación y el principio de la autonomía progresiva y el derecho a ser oído; como elementos indispensables para articular una institucionalidad en materia de infancia y adolescencia universal, que reconozca a los niños y niñas como sujetos de derecho.

### **2.1. Interés superior del niño**

El artículo 3.1 de la Convención, indica que: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Dicho artículo se instituye como principio orientador para que los Estados ajusten sus normas y políticas. Sin embargo, ha sido motivo de preocupación qué es lo que debemos entender por el “interés superior” de los niños y niñas.

El Comité de los Derechos del Niño, a través de una de sus observaciones generales, ha señalado que el artículo 3 en comento debe entenderse como un derecho, un principio y una norma de procedimiento

8 Corte IDH. *Caso Villagrán Morales y otros vs. Guatemala*. Sentencia 19 de noviembre de 1999. Párr.194.

y, en ese sentido, su objetivo es “garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos en la Convención”.<sup>9</sup> A su vez, la doctrina ha sostenido que dicho principio opera como una garantía de la vigencia de los demás derechos y, así, se instituye como un mecanismo de protección que permite oponerse a los abusos de poder y superar el paternalismo relativo a la infancia, entendiendo que toda decisión que involucre a niños y niñas debe considerar la satisfacción integral de sus derechos.<sup>10</sup> De lo anterior es posible concluir que cualquier interpretación de los conflictos jurídicos, suscitados a propósito de niños y niñas, jamás puede implicar una restricción o conculcar sus derechos con el pretexto de proteger su interés superior.

## **2.2. Principio de igualdad y no discriminación**

La CDN, como primer gran hito, y a diferencia de la anterior doctrina de la situación irregular, reconoce a los niños y niñas como sujetos de derecho –y no como meros objetos de protección de la política pública– y, en esa condición, les asiste el derecho a la igualdad y a la no discriminación. El tenor literal de la norma indica en su artículo 2.1 que “los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales”.

El análisis del principio de igualdad va de la mano con la no discriminación, ya que el sistema de protección de derechos humanos se funda en el reconocimiento de que todas las personas son iguales en dignidad y derechos y que la discriminación se entiende como la negación del acceso igualitario a los derechos y constituye una práctica violatoria de los derechos fundamentales.<sup>11</sup>

En este escenario, una institucionalidad en materia de niñez tiene como condición fundamental reconocer un piso mínimo de igualdad en el acceso y ejercicio de los derechos a todos los niños, niñas y adolescentes y de establecer garantías que permitan la efectividad de los

9 Comité de los Derechos del Niño (2013), Observación General N°14.

10 Miguel Cillero, “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, *Revista Justicia y Derechos del Niño*, UNICEF, N°9, 2007, pp. 125-143.

11 Informe UNICEF, *Discriminación en las instituciones de cuidado de niñas, niños y adolescentes. Institucionalización y prácticas discriminatorias en Latinoamérica y el Caribe*, 2013, p. 11. Buen ejemplo de la aplicación del principio de igualdad fue la promulgación de la Ley 19.585 en 1998: terminó con la distinción arbitraria que existía entre niños y niñas nacidas dentro y fuera del matrimonio.

mismos, sin ninguna discriminación arbitraria, atendiendo especialmente a aquellas categorías sospechosas fundadas en la orientación sexual, la identidad de género la situación de discapacidad, entre otras.

### **2.3. Principio de la autonomía progresiva y el derecho a ser oído**

Si bien el principio de la autonomía progresiva, no se encuentra reconocido expresamente en el articulado de la CDN, es posible identificarlo a partir del derecho deber que el artículo 5 le reconoce a los padres, madres y familias, en relación con orientar y dirigir a los niños y niñas “en consonancia con la evolución de sus facultades (...) para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.

Así, el establecimiento del derecho deber de los padres, madres y las familias de dirigir y orientar a los niños y niñas en el ejercicio de sus derechos, va necesariamente ligado a la evolución de las facultades de estos para ejercerlos.

En este mismo sentido, el reconocimiento del ejercicio gradual y progresivo de los derechos de niños y niñas va íntimamente ligado al derecho consagrado en el artículo 12, que dice relación con que puedan expresar libremente su opinión cuando estén en condiciones de formarse un juicio propio, en todos los asuntos que les conciernen, y que esas opiniones sean tomadas en cuenta. En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño (en adelante, el Comité) ha sostenido que este derecho constituye un pilar fundamental para el reconocimiento efectivo de la condición de sujetos de derecho de niños y niñas.<sup>12</sup>

Por ello, el Comité recomendó a Chile asegurar el derecho a los niños a ser escuchados en los asuntos que los involucran, especialmente en los relacionados con la educación, la salud, la justicia y la familia.<sup>13</sup>

## **3. ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA**

El derecho internacional de los derechos humanos, como el derecho internacional público, se funda en la obligación de los Estados de respetar de buena fe las obligaciones contraídas con la comunidad internacional y, por ello, su incumplimiento genera responsabilidad a nivel internacional.

En el derecho internacional público, la responsabilidad se entiende como una “institución jurídica en virtud de la cual el Estado al cual le es imputable un acto ilícito según derecho internacional, debe

12 Comité de los Derechos del Niño. Observación General N°12.

13 *Ibid.* Cit. párr. 29.

reparación al Estado en contra el cual fue cometido ese acto (...), 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”.<sup>14</sup>

Sin embargo, las obligaciones del Estado no solo consideran la reparación, sino también el respeto de los derechos reconocidos.

En el sistema interamericano, a partir del desarrollo jurisprudencial de sus órganos, se ha sostenido que la obligación de garantizar los derechos humanos establecida en el artículo 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, “implica el deber de los Estados Partes 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”.<sup>15</sup>

De lo anterior se concluye, entonces, que el estándar exigido al Estado en materia de derechos humanos es cumplir con debida diligencia en relación con prevenir, sancionar y reparar o restituir –en su caso– derechos fundamentales.

La Corte IDH entiende estos conceptos de la siguiente forma:

- Por “prevenir”, como aquella obligación de los Estados de organizar el aparato estatal para asegurar el ejercicio de los derechos.
- Por “sancionar”, como el inicio de oficio y sin dilación, de una investigación cuando se tome conocimiento sobre un ilícito que vulnera los derechos humanos. Esa investigación debe ser seria, imparcial y efectiva por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad y a la persecución, captura, enjuiciamiento y eventual castigo de todos los autores de los hechos punibles, especialmente cuando están o puedan estar involucrados agentes estatales.<sup>16</sup>
- Por “reparar”, la obligación de debida diligencia con la que deben actuar los Estados, en forma seria, imparcial y exhaustiva frente a la vulneración de los derechos.
- Por “restituir”, como el imperativo de los Estados de adoptar

14 Claudio Nash, *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988.2007)*, Santiago, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2009, p.11.

15 Corte IDH (1988) *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, párr.166.

16 Corte IDH (2009) *González y otras vs. México*, párr. 290.

medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para que las violaciones a los derechos no queden impunes y restablecer los derechos en la medida de lo posible, para que el sujeto que fue víctima de vulneración de sus derechos se encuentre capacitado para poder ejercerlos nuevamente con plena libertad.<sup>17</sup>

#### **4. PROYECTOS QUE REFORMAN LA INSTITUCIONALIDAD EN MATERIA DE INFANCIA Y SU DIÁLOGO CON EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS**

A partir de los principios y estándares revisados en la primera parte de este capítulo, a continuación, se analizarán los proyectos que se encuentran en actual discusión en el Parlamento, a fin de determinar si estos cumplen con ellos y permiten ajustar las normas del Estado de Chile a las obligaciones internacionalmente contraídas en materia de infancia y adolescencia, en relación a prevenir la violación de derechos humanos de niños y niñas, y a su vez, sancionar la violación de estos; y por último reparar o restituir derechos a la luz de los principios que fundan el derecho internacional en materia de niñez y adolescencia antes referidos.

Es importante señalar que en la actualidad nuestro país carece de políticas universales de protección de los niños, niñas y adolescentes, articuladas bajo una ley marco que las elabore, coordine y ejecute. Solo cuenta con un precario sistema de protección especial frente a vulneraciones graves de derechos, administrado –en la práctica– por el Poder Judicial, ya que casi la totalidad de la oferta programática con la que cuenta el país, a través del Servicio Nacional de Menores y sus organismos colaboradores, solo es accesible a través de una medida de protección decretada por el Tribunal de Familia competente.

Las normas relativas a la protección especial de niños y niñas, cuando han sido gravemente vulnerados en sus derechos, no están debidamente articuladas. La más antigua de ellas, la Ley de Menores, aún mantiene algunos artículos vigentes. Se promulgó en 1967, previo a la CDN y, por lo mismo, se funda en la doctrina de la situación irregular que considera a los niños y niñas como un asunto privado, propio y exclusivo de sus adultos responsables, donde el Estado solo cumple un rol cuando determinadas situaciones repercuten en la esfera pública como, por ejemplo, la infracción de normas penales, situaciones de negligencia parental, exclusión escolar, maltrato o abuso. Ese enfoque debió transformarse radicalmente con la ratificación de la CDN, ya que

17 Ibid.

esta le otorga al Estado un rol de garante de los derechos de los niños y niñas y deja de considerarlos meros objetos de las políticas públicas.

Sin embargo, a 27 años de la entrada en vigor de la CDN, esta visión no se ha materializado del todo, y ese es —o debió ser— el propósito fundamental del paquete de reformas impulsado por el gobierno: generar un nuevo marco institucional en el cual se reconozcan y garanticen los derechos de los niños y niñas, de manera efectiva y universal. A su vez, en materia de protección especial —esto es, cuando los niños y niñas han sido vulnerados en sus derechos—, establecer un sistema que permita que la intervención del Estado se realice desde un enfoque de derechos, de manera oportuna, eficaz y teniendo presente el interés superior de niños y niñas, su derecho a vivir en familia, el resguardo de su autonomía progresiva y el derecho a ser oídos en lo que les concierne y que su opinión sea efectivamente considerada en las decisiones que los involucren.

#### **4.1. Contexto nacional en el cual se enmarcan los proyectos de ley**

Los años 2016 y 2017 han sido sumamente noticiosos en materia de infancia, especialmente en lo que dice relación con aquellos niños y niñas vulnerados gravemente en sus derechos, particularmente por la muerte de una niña de 11 años en un centro de protección de administración directa del Servicio Nacional de Menores, en abril de 2016.<sup>18</sup> Ello dio lugar a que en junio de 2016 la Cámara de Diputados aprobara una comisión investigadora sobre “la situación de niños, niñas y adolescentes y de aquellos carentes de cuidado parental en Chile, con el propósito de indagar y conocer los avances y obstáculos que, desde la aprobación del informe de la Comisión Especial Investigadora del funcionamiento del Sename en el año 2014, ha experimentado nuestra institucionalidad para adecuar el sistema de protección de los niños carentes de cuidado parental a los mandatos normativos debidos, así como también conocer la forma en que diversas autoridades han atendido las propuestas que esta Corporación ha formulado sobre la materia”.<sup>19</sup> Dicha comisión ofició y recibió antecedentes de prácticamente todos los ministerios, organizaciones de la sociedad civil, personas naturales que concurrieron a dar su testimonio, jueces de familia y ministros de las distintas Cortes de Apelaciones del país, en los doce meses durante los cuales sesionó. Su informe final, cuyas conclusiones se filtraron a la prensa

18 *La Tercera*: “Mi nombre es Lissette”, 24 de abril de 2016.

19 Solicitud que fue hecha por 53 diputados en mayo de 2016. [www.camara.cl](http://www.camara.cl)

previo a su votación,<sup>20</sup> y que contemplaba 64 medidas para abordar la crítica situación de los centros residenciales de protección,<sup>21</sup> finalmente fue rechazado por la Cámara de Diputados. Esta situación, más la información a la opinión pública de muertes en recintos bajo la tutela del Sename,<sup>22</sup> agravó una crisis que era conocida, pero no necesariamente abordada por las autoridades.

Es importante indicar que el sistema institucional de infancia, como ya el *Informe* lo ha indicado en sus últimas ediciones, no ha tenido grandes transformaciones en los últimos 30 años, lo que es especialmente grave, teniendo en consideración que Chile ratificó la CDN en el año 1990 y desde esa fecha no ha logrado adecuar sustantivamente sus normas y políticas a las disposiciones convencionales. Chile es el único país de la región que no cuenta con una ley de protección integral de la infancia y la adolescencia, lo que constituye una deuda que aún resta por saldar, teniendo en cuenta que las recomendaciones del Comité del Derechos del Niño respecto a Chile –en los años 2002, 2007 y 2015– se han referido expresamente a la urgencia que ello representa para contar con un marco jurídico acorde a la CDN y los demás tratados en materia de derechos humanos que el país ha ratificado y se encuentran vigentes.

Esta reforma fue uno de los compromisos formulados por la presidenta Michelle Bachelet en su programa de gobierno. Apuntando en esa dirección creó, el 14 de marzo de 2014, el Consejo para la Infancia como comisión asesora presidencial en esta materia, dependiente del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, con la finalidad de que la asesorara en las reformas que el gobierno pretendía hacer.

La propuesta del Ejecutivo constaba de una profunda transformación de la institucionalidad en esta materia, constituida por la presentación de un conjunto de proyectos que la llevarían a cabo. Así, al cierre de esta edición,<sup>23</sup> se han presentado:

- El proyecto de ley que crea el Sistema de Garantía de los Derechos de la Niñez, presentado al Parlamento en septiembre de 2015,<sup>24</sup> se pretende que constituya la ley marco del sistema de infancia.

20 Junio de 2017. En dicho informe, según informó la prensa, entre sus propuestas se encuentra la realización de una comisión de verdad, a través de la cual se solicita que el Estado pida perdón a las familias y a los niños y niñas que han sido gravemente vulnerados en sus derechos, estando bajo el cuidado de organismos públicos y colaboradores del Estado. Ver: *El Mercurio*: "Comisión investigadora Sename II concluye que hay violación sistemática a los derechos de los menores", C12, 11 de junio de 2017.

21 Tal como lo informó el sitio web de la cámara de diputados el día 4 de julio de 2017. En: [https://www.camara.cl/prensa/noticias\\_detalle.aspx?prmId=132334](https://www.camara.cl/prensa/noticias_detalle.aspx?prmId=132334)

22 Emol.cl: "Sename confirma la muerte de 865 niños a cargo del organismo en últimos 11 años", 3 de octubre de 2016.

23 Junio de 2017.

24 Boletín 10.315 – 08.

- El proyecto que crea la Subsecretaría de la Niñez dependiente del Ministerio de Desarrollo Social, también presentado en septiembre de 2015.<sup>25</sup>
- El proyecto que crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez, presentado en marzo de 2016.<sup>26</sup>
- El proyecto que crea el Servicio Nacional de Protección Especializada de niños, niñas y adolescentes, presentado en abril de 2017.<sup>27</sup>
- El proyecto que crea el Servicio de Reinserción Social Adolescente y modifica la Ley 20.084, de responsabilidad penal adolescente y otras normas que indica.<sup>28</sup>

Según lo indicado por el Ejecutivo, restaría aún por presentar:

- El proyecto que crea el sistema de protección administrativa.
- Las normas adecuatorias de la Ley de tribunales de familia, Ley 19.968, para que estuvieran acordes con las nuevas disposiciones formuladas por la ley marco.
- Reformas a la Ley 20.032, que establece un sistema de atención a la niñez y adolescencia a través de la red de colaboradores del SENAME, y su régimen de subvención.

En este contexto, y a pesar de que existe consenso entre los distintos actores tanto estatales como de la sociedad civil, así como de los organismos internacionales y de la academia, de que las reformas son urgentes, la tramitación de los proyectos ha sido lenta y extremadamente compleja. Un buen ejemplo de esa complejidad es el proyecto que crea el sistema de garantías de la niñez: tuvo 19 meses de tramitación en la Cámara de Diputados, recibió cerca de 500 indicaciones, y el texto aprobado por la sala de la Cámara dejó fuera parte importante de las disposiciones planteadas por el proyecto,<sup>29</sup> porque no fue posible llegar a acuerdos entre los parlamentarios y el Ejecutivo en esa etapa de la discusión.

25 Boletín 10.314 – 06.

26 Boletín 10.584 – 07.

27 Boletín 11.176 – 07.

28 Boletín 11.174 – 07.

29 Especialmente en lo relativo al título en que se establecía la protección administrativa, sus supuestos de aplicación, la definición de la protección judicial, la definición de las medidas de protección que se podrían adoptar en caso de vulneración de derechos, y aquello relativo a la institucionalidad que debía crearse para dar efectividad al catálogo de derechos que el proyecto de ley reconoce. Al cierre de esta edición, el proyecto se encuentra en su segundo trámite constitucional en el Senado, en la comisión especial de Infancia, en la etapa de discusión general.

## **4.2. Contenido de los proyectos y aplicación de estándares internacionales en materia de derechos humanos de la niñez**

A partir del escenario descrito, se analizarán los contenidos de los proyectos que están en tramitación, en relación a si cumplen o no –según corresponda– con el estándar de garantizar derechos humanos de niños, niñas y adolescentes, entendido ello como prevenir, sancionar, reparar o restituir derechos humanos.

### **4.2.1. Proyecto que crea el Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez**

El proyecto de ley que crea el Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez representa el primer peldaño para el diseño de una nueva institucionalidad y pretende proteger y promover los derechos fundamentales de la niñez de manera universal, en los términos propuestos por los distintos tratados de derechos humanos, tanto universales como regionales.

En su larga tramitación en la Cámara de Diputados, el proyecto en comento estableció lo siguiente:

- a. En materia presupuestaria, que la promoción y protección de la niñez debían satisfacerse hasta el máximo de los recursos disponibles en el país, debiendo el Estado, en caso de no ser suficiente, acudir a la cooperación internacional.<sup>30</sup>
- b. En materia de reconocimiento de derechos, estableció un amplio catálogo de ellos, entre los cuales se destaca el resguardo al derecho a la identidad de género, a la protección social de la infancia, el derecho a participar y la prohibición absoluta del maltrato. También, se garantizó al alero del derecho a la no discriminación, el derecho del nonato a no ser discriminado ni ser víctima de violencia, lo cual desnaturaliza el objeto de una ley de esta naturaleza.
- c. En relación a la institucionalidad que debe materializar la efectividad de los derechos, dispuestos en los títulos III y IV del proyecto, estos quedaron seriamente mermados en la actual redacción, ya que el título III contempla solo un deber general para los órganos del Estado y el derecho a la defensa jurídica, y el título

30 Cabe indicar, que el proyecto original sujetaba la mayoría de los derechos consagrados y los deberes del Estado a la “disponibilidad presupuestaria”, lo cual el *Informe 2016* recomendó modificar, toda vez que en materia de derechos humanos no era admisible que el reconocimiento y garantía de los derechos quedara supeditada a los recursos disponibles. Con todo, el estándar fijado en la ley marco es más bajo que el de la CDN, ya que estableció que todos los derechos quedarían sujetos al máximo de los recursos disponibles, y no solo los DESC, como lo establece el artículo 4 de la CDN. Ello es cuestionable toda vez que hay derechos que deben ser de exigibilidad inmediata y no gradual y progresiva.

IV contiene un solo artículo relativo a la participación y colaboración ciudadana en materia de niñez.

Los dos primeros puntos anteriores representan avances respecto a lo que actualmente impera en el país. Sin embargo, existe un grave riesgo de que estos derechos reconocidos en la primera parte de la Ley tengan serias dificultades para materializarse porque, como se indica en el tercer punto, los títulos que se referían a su implementación —a través de la protección administrativa y judicial de la cual niños y niñas serían titulares— fueron votados en contra en la sala de la Cámara. Así, también, lo fueron las normas referidas a la institucionalidad y sus niveles de ejecución, por lo cual es de esperar que sean repuestas en el segundo trámite constitucional en el Senado.

Con todo, en relación a los principios y estándares enunciados en la primera parte, es posible afirmar que el principio del interés superior del niño quedó correctamente recogido en el articulado, estableciendo que debe entenderse como “la máxima satisfacción, integral y simultánea de los principios, derechos y garantías” y, además, se entregan buenos elementos para efectos de poder determinar en el caso concreto el interés superior, saliendo de la lógica tutelar que el proyecto original contenía.<sup>31</sup>

En relación al principio de igualdad y no discriminación, el proyecto reconoce de manera expresa que los niños y las niñas son sujetos de derecho y consagra normativamente el derecho a no ser discriminado, en los mismos términos previstos en la CDN, agregando además aquellas categorías sospechosas, como la identidad de género, la orientación sexual, la situación de discapacidad o la condición de migrante. Lo precedente está en sintonía con la recomendación del Comité cuando señaló la importancia de reforzar las políticas que combaten las “múltiples formas de discriminación de que son víctima las niñas, niños indígenas de ambos sexos y los niños con discapacidad de ambos sexos”.<sup>32</sup>

En relación a la autonomía progresiva y el derecho a ser oído, quedaron expresamente reconocidos como principios fundantes de la ley marco, a pesar de que preocupa la incorporación, como principio, del derecho deber de los padres y madres a educar a sus hijos, porque puede desviar el foco de atención que tiene que ser puesto en quien resguarda más el interés superior de los niños y niñas y no necesariamente en las personas que los tienen bajo su cuidado. Es necesario considerar, especialmente,

31 También fue una recomendación formulada por el *Informe 2016*.

32 Comité de los Derechos del Niño. Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile; párr. 25.

tal como las cifras lo indican, que el principal lugar de vulneración de derechos de los niños, niñas y adolescentes es el espacio intrafamiliar.<sup>33</sup>

En atención a lo anterior, es posible afirmar que, al menos en el catálogo de derechos establecido en los títulos I y II del proyecto, se cumple con el estándar de prevención que obliga al Estado a “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”.<sup>34</sup>

Sin embargo, si no hay mecanismos que garanticen que esos derechos se puedan ejercer, es decir, si no existen definiciones básicas sobre protección administrativa y judicial, despliegue territorial de los órganos de la administración para que puedan otorgar servicios a través de los cuales se hacen efectivos los derechos, sencillamente la prevención no será posible de realizar.

En ese entendido, aún resta ver cómo seguirá la tramitación del proyecto y qué indicaciones incorporará el Ejecutivo en el Senado en aras de garantizar un sistema adecuado de protección de derechos de la infancia y adolescencia de forma universal y efectiva.

#### **4.2.2. Proyecto que crea la Subsecretaría de la Niñez**

Según lo indicado en el mensaje del proyecto, tal como lo reportó el informe despachado por la comisión de Gobierno y Descentralización del Senado<sup>35</sup> que discutió en general y en particular el mismo, el objeto de este proyecto es crear un órgano de colaboración directa con el del Ministerio de Desarrollo Social para la elaboración de políticas y planes; la coordinación de acciones, prestaciones y sistemas de gestión; la promoción de derechos, diseño y administración de instrumentos de prevención; estudios e investigaciones, y la elaboración de informes para organismos internacionales en las materias de niñez y adolescencia. Así, sus principales facultades serían:

- a. Constituirse como la secretaría técnica del nuevo “Comité Interministerial de Desarrollo Social de la Niñez”.
- b. Coordinar el subsistema “Chile Crece Contigo” y otros sistemas de gestión intersectorial.
- c. Colaborar en el diseño e implementación de instrumentos de

33 Lo cual es aún más evidente en materia de abuso sexual. Según datos de UNICEF, el 92% de estos abusos se produce al interior de las familias. Datos de Corporación Opción indican que el 50% de los agresores sexuales corresponde a padres biológicos, abuelos o familiares directos.

34 Corte IDH, (1988) *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, párr. 166.

35 Disponible en [www.senado.cl](http://www.senado.cl)

medición y seguimiento de carácter multidimensional de las condiciones de vida de los niños y niñas junto a la Subsecretaría de Evaluación Social.

- d. Realizar informes sobre el estado general de la niñez a nivel nacional.
- e. En particular, se le asigna al Ministerio de Desarrollo Social un rol de difusión, capacitación o sensibilización destinadas a la promoción y/o protección integral de los derechos de los niños y niñas.
- f. Promover el fortalecimiento de la participación de los niños y niñas.
- g. Colaborar con el Ministerio de Relaciones Exteriores en la elaboración de los informes periódicos que el Estado de Chile debe remitir al Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas.

El proyecto original tenía, además, la particularidad de crear un consejo de niños y otro de la sociedad civil que abordaba de manera concreta la recomendación del Comité de los Derechos del Niño de 2015, en relación a “establecer estructuras oficiales que permitan participar en la elaboración, aplicación y supervisión de políticas nacionales, regionales y locales relativas a la infancia” y garantizar el derecho de los niños a participar de manera directa de la administración pública.<sup>36</sup> Sin embargo, ello fue rechazado en el Senado, ya que los legisladores consideraron tales consejos como innecesarios.<sup>37</sup>

Asimismo, durante la discusión legislativa en el Senado se incorporó a las facultades de la Subsecretaría la de promover el fortalecimiento de la participación de los niños en los diferentes ámbitos de su interés, “respetando el derecho preferente a ser orientados y educados por sus padres, siempre con respeto de sus derechos, considerando su edad y madurez”. Esto subordina el derecho a participar de los niños y niñas al derecho preferente de los padres a orientarlos y educarlos, lo cual desnaturaliza su objeto, ya que el derecho a participar no puede estar intermediado por la voluntad de los padres, porque ello implica no considerar el desarrollo progresivo de los niños y niñas para el ejercicio del derecho. Esta facultad pone en entredicho la promoción de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho.

Por lo expuesto, es posible afirmar que el proyecto va en la línea con lo recomendado por el Comité en el 2015, en relación a crear una entidad responsable para hacer efectivos los derechos de los niños y

36 Comité de los Derechos del Niño. Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile, párr. 29.

37 Sesión de la comisión de Gobierno y Descentralización, celebrada en el mes de enero de 2017. En [www.senado.cl](http://www.senado.cl)

niñas.<sup>38</sup> Sin embargo, las atribuciones entregadas en el proyecto a esta nueva Subsecretaría son aún muy genéricas y amplias y no dejan entrever con claridad si el rol de prevención será cumplido por este órgano a cabalidad. Tampoco aclara, de ser el ente rector llamado a generar y articular las políticas sociales destinadas a la prevención, cómo será el despliegue territorial de la nueva Subsecretaría para hacer efectivo dicho rol.

#### **4.2.3. Proyecto que crea la Defensoría de la Niñez**

La presentación de este proyecto se enmarca en una larga demanda formulada por múltiples organizaciones de la sociedad civil y por recomendaciones del Comité, donde se estableció la necesidad de contar con una vigilancia independiente para el “respeto de los derechos de los niños y que sea capaz de recibir, investigar y tramitar las denuncias relacionadas con niños y presentadas por niños (sic) de una manera sensible a las necesidades de estos, de garantizar la privacidad y la protección de las víctimas”. También recomendó que el Estado asegurara la independencia de su funcionamiento en su mandato a fin de garantizar su conformidad con los Principios de París.<sup>39</sup>

En virtud de lo expuesto en el Mensaje Presidencial, el proyecto en comento pretende crear la Defensoría de los Derechos de la Niñez, como una corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica, patrimonio propio y su objeto será la difusión, promoción y protección de los derechos de los niños, reconocidos en la Constitución, las leyes y tratados internacionales, velando por su interés superior. Se entrega a la Defensoría atribuciones como: la difusión, promoción y protección de los derechos de los niños; realizar recomendaciones específicas sobre las materias que se les planteen; emitir informes y recomendaciones a cualquier órgano del Estado; observar y hacer seguimiento a la actuación de los órganos de la administración del Estado, a personas jurídicas de derecho privado que tengan por objeto la promoción o protección de derechos de los niños y a organizaciones que puedan afectar con sus acciones tales derechos, de acuerdo a un plan que se elabore para estos efectos; así como visitar centros de privación de libertad y centros residenciales de protección. En hipótesis acotadas, se le entrega la facultad de presentar querellas y, también, *amicus curiae* ante los Tribunales de Justicia. Además, la Defensoría deberá presentar anualmente un informe en el cual se consignen, entre otras, todas las actividades desarrolladas en el ejercicio de sus funciones y atribuciones; además de

38 Comité de los Derechos del Niño, *Op. cit.* párr.13.

39 *Ibid.* Cit. párr. 18.

una descripción del grado de cumplimiento por parte de los órganos del Estado de los requerimientos que se le formularon.<sup>40</sup>

En este sentido, este proyecto tiene como propósito instaurar una institución nacional de derechos humanos especializada en niñez, que persigue constituirse en un ente contralor de las actuaciones de los órganos del Estado en materia de derechos humanos. Por ello, como bien lo señala el Mensaje Presidencial que lo presenta, se trata de una “magistratura de persuasión” y no de un organismo que primordialmente tenga a su cargo la representación judicial general de niños y niñas.

Las instituciones nacionales de derechos humanos son órganos estatales con un mandato constitucional o legislativo de proteger y promover tales derechos. Son parte del Estado y, aunque no dependen de ninguno de sus poderes y actúan como puente entre los gobiernos y la sociedad civil, vinculan las responsabilidades del Estado con los derechos de los ciudadanos y conectan las leyes nacionales con los sistemas de derechos humanos del ámbito regional e internacional.<sup>41</sup>

La comunidad internacional en la Asamblea General de Naciones Unidas, de la cual nuestro país es parte, ha consensuado ciertos principios en los cuales se fundan las instituciones nacionales de derechos humanos, cuya principal función es supervigilar la actividad estatal en relación a la promoción, protección y defensa de los derechos humanos. Para ello, se adoptaron en 1993 los Principios de París, que establecen un piso mínimo en relación con:

- a. Independencia garantizada a través del instrumento que la crea, ya sea constitucional o legal.
- b. Autonomía del gobierno de turno.
- c. Pluralismo en los miembros que la componen.
- d. Mandato amplio basado en las normas universales de derechos humanos.
- e. Facultades para investigar.
- f. Contar con los recursos adecuados.

El proyecto en discusión cumple en general con estos principios básicos, sin perjuicio de que su despliegue territorial es bastante precario, lo que podría afectar al cumplimiento de su mandato. Además, las facultades que se le entregan para investigar son acotadas.

Resulta importante indicar que los Principios de París, en los cuales deben fundarse las instituciones nacionales de derechos humanos no establecen un modelo único ni deseable para conseguir sus objetivos.

40 Resumen del proyecto publicado en el portal del Senado con ocasión de la votación en Sala del proyecto. En: [www.senado.cl](http://www.senado.cl)

41 Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas, “Instituciones Nacionales de Derechos Humanos. Antecedentes, principios, funciones y responsabilidades”. Serie de Capacitación Profesional N°4. Nueva York, 2010, p. 15.

En América Latina el modelo más utilizado es el de *Ombudperson* o Defensorías del Pueblo. Con todo, es preciso señalar que el modelo de Defensoría temática es bastante anómalo a nivel mundial. Hubo una experiencia instaurada en España en 1996, en la Comunidad Autónoma de Madrid, que “asumía la defensa individual de los niños, niñas y adolescentes, y así su competencia también se extendía a la tramitación de expedientes y al seguimiento de proyectos legislativos (...) a la prestación de servicios a los menores, incluso por parte de los particulares a quienes supervisaba como órgano administrativo”.<sup>42</sup> Sin embargo, fue suprimida en 2012, atendiendo a la necesidad de austeridad de gasto estatal y porque sus funciones estaban ya cubiertas por la Defensoría del Pueblo, entidad a la cual se le traspasaron algunas de sus funciones particulares.

El modelo elegido en este proyecto es único en la región –salvo el caso de Argentina, que en 2005 estableció uno similar–, pero dicho defensor, a la fecha, no ha sido nombrado por lo cual no es posible hacer una evaluación sobre su funcionamiento.

En relación a los estándares en materia de derechos humanos que hemos analizado a lo largo de este capítulo, la instauración de la Defensoría de la Niñez tiene que ver primordialmente con el rol de prevenir la violación de derechos humanos de niños y niñas, sin perjuicio de que se le entregan facultades acotadas para presentar querellas en casos de “interés público relevante”.

En cuanto a esta tarea de prevención, sus atribuciones fundamentales están constituidas por la posibilidad de incidencia en los órganos del Estado, pudiendo derivar peticiones de los niños, niñas y sus familias o adultos responsables a otros estamentos estatales y de realizar un informe anual sobre la situación de los derechos humanos de los niños y niñas (artículo 16).

En lo relativo a su rol de reparación o restitución de derechos, tiene la facultad de presentar *amicus curiae* en casos pertinentes (artículo 4), de visitar centros de privación de libertad de adolescentes y hogares de protección, y, como indicábamos precedentemente, de presentar acciones judiciales en casos acotados.

#### **4.2.4. Proyectos que crean los nuevos servicios en reemplazo del Servicio Nacional de Menores**

Como hemos venido indicando a lo largo de este capítulo, y en anteriores ediciones del *Informe*, la situación problemática en materia de derechos humanos de la niñez pasa por la carencia de una normativa integral y universal que atienda la situación particular de este grupo,

42 Ana María Moure, “Un defensor de los derechos de los niños, niñas y adolescentes para Chile. Estudio Comparado”. *Revista de Derecho Público*, Vol. 78, 2013, p.190.

y también por la falta de adecuación de las políticas de protección especial de los niños y niñas que han sido gravemente vulnerados en sus derechos. Tales políticas deben ajustarse a las obligaciones contraídas por el Estado de Chile a partir de la ratificación de la CDN y los demás pactos internacionales en materia de derechos humanos.

Con ese propósito, el Ejecutivo ha planteado la creación de dos nuevos servicios que reemplacen el actual Servicio Nacional de Menores, organismo que está absolutamente obsoleto y no cuenta con las herramientas jurídicas para abordar desde un enfoque de derechos humanos las distintas vulneraciones de las cuales son víctimas niños y niñas.

Para ello, como señalábamos al inicio de este capítulo, en abril de 2017, se presentaron el proyecto que crea el Servicio de Protección Especializada de Niños, Niñas y Adolescentes, dependiente del Ministerio de Desarrollo Social; y el proyecto que crea el Servicio Nacional de Reinserción Juvenil, dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Dicha separación temática, es decir, que el área de protección quede alojada en el Ministerio de Desarrollo Social y la de responsabilidad penal juvenil en el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, responde a un abordaje distinto requerido por cada una de dichas problemáticas, según lo ha expresado el Ejecutivo.<sup>43</sup>

Dicho lo anterior, es importante destacar que el proyecto que crea el Servicio Nacional de Reinserción Social tiene como respaldo la ley de responsabilidad penal adolescente, ya con 10 años de implementación, lo cual ha permitido que sea –en principio– un buen proyecto, ya que aborda las dificultades que ha tenido la ley de responsabilidad penal adolescente en los últimos años y propone buenos mecanismos que mejoran el tratamiento de los y las adolescentes infractores, especialmente al incorporar metodologías de justicia restaurativa que habían estado ausentes en el sistema.

Distinto es el escenario del proyecto que crea el Servicio de Protección Especializada, sin referentes normativos donde alojarse, y respecto del cual hay muchas dudas, especialmente porque el supuesto de intervención que se plantea es extremadamente acotado. Ello, porque define la protección especial como la “provisión de prestaciones dirigidas a restituir el ejercicio de los derechos vulnerados de niños y niñas debido a abuso, maltrato y trata, según lo definan las leyes respectivas; a explotación sexual y laboral infantil; a abandono cuando carezcan de cuidados maternos o paternos; y a atender

43 Es importante indicar que la población juvenil que infringe normas penales también ha sido víctima de una grave vulneración de sus derechos y por ello estimamos que su tratamiento no puede alejarse de una esfera proteccional, además de la responsabilización por los delitos cometidos.

los niños y niñas sujetos de adopción. La protección especializada estará también dirigida a la reparación de las consecuencias de la vulneración de derechos”.<sup>44</sup> Esto representa una concepción extremadamente restringida sobre el rol que le cabe al Estado en esta materia. Por una parte, porque reduce la acción estatal a “provisión de servicios”, cuando lo que se requiere en casos de vulneración grave de derechos es un conjunto de acciones coordinadas, dirigidas a la restitución de derechos. Y por otra, porque define a un sujeto de atención que no considera a aquellos niños y niñas que son testigos de violencia intrafamiliar, con conductas disruptivas producto de la negligencia de quienes los tienen a su cuidado o por consumo problemático de sustancias; situaciones que requieren un abordaje integral con los niños y niñas, sus familias y su comunidad. En definitiva, es una definición que no atiende a la amplia gama de vulneraciones de derechos, sino solo a una parte de ella, sin atender sistémicamente las situaciones a las que se ven expuestos los niños y niñas. Y a pesar de que los equipos técnicos del Ejecutivo en distintas exposiciones, tanto en espacios proporcionados por la sociedad civil<sup>45</sup> como a instancias del Congreso,<sup>46</sup> han indicado que habría otro proyecto que los aborda, a pocos meses de que asuma un nuevo gobierno y a tres de las elecciones parlamentarias –al cierre de esta edición–, el análisis debemos hacerlo a partir de los proyectos efectivamente presentados al poder legislativo. Estimamos, además, que la protección especial es más amplia que la recogida por el proyecto de ley en comento, que dice relación con lo previsto en el artículo 19 de la CDN. En virtud de una interpretación armónica de la CDN, es posible afirmar que la protección especial también incluye medidas efectivas para abordar la situación de niños y niñas excluidos del sistema escolar (artículo 28 de la CDN), el conflicto de quienes presentan consumo problemático de drogas (artículo 33 de la CDN) y las víctimas de violencia en el espacio familiar (artículo 36 de la CDN). Se trata de situaciones que requieren de una intervención especializada del Estado, a fin de que se interrumpa y se repare sistémicamente la vulneración.

Al cierre de esta edición, ambos proyectos se encuentran en su primer trámite constitucional. En el caso del Servicio de Protección Especializada, el proyecto se encuentra en la comisión de Constitución, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados, en el mes de agosto se votó la idea de legislar y se encuentra a la espera de su votación en particular. En cuanto al Servicio de Reinserción, está en

44 Boletín 11.176 – 07. Artículo 2.

45 Conferencia en el CEP.

46 Exposición del ministro de Desarrollo Social Marcos Barraza en el Congreso al momento de presentar el paquete legislativo..

la comisión de Constitución del Senado, siendo discutido en general, con suma urgencia.

## CONCLUSIONES

A partir de los principios, estándares y proyectos de ley que hemos revisado en el presente capítulo, es importante señalar, como conclusión general, que resulta muy preocupante que ad portas de finalizar el gobierno de la Presidenta Michelle Bachelet –quien a pocos días de asumir la presidencia creó una comisión asesora presidencial para abordar la situación institucional en materia de niñez– no se haya logrado concretar una reforma integral, profunda y radical de esa institucionalidad a 27 años de la ratificación de la CDN.

La gran deuda, en primer término, es con la totalidad de los niños, niñas y adolescentes que no cuentan con una ley marco que les asegure un piso mínimo de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. Tampoco se han establecido garantías universales legales para el ejercicio de los derechos relativos a asegurar su derecho a la igualdad y no discriminación, la especial consideración a su interés superior y una garantía efectiva de que su opinión sea escuchada en aquellas materias que les involucra directamente, considerando su autonomía progresiva<sup>47</sup>.

Si bien el proyecto de ley de garantías analizado instituye un buen e innovador catálogo de derechos, no establece con claridad su despliegue territorial y de qué manera, en la práctica, los órganos del Estado facilitarán el acceso y ejercicio de esos derechos a todos los niños, niñas y adolescentes. Es un proyecto que, si bien acoge de buena manera la obligación de prevenir la violación de derechos humanos de niños y niñas al reconocerlos expresamente, queda incompleto al no otorgar –por ahora– garantías efectivas para su ejercicio.

Situación similar se produce con el proyecto que crea la Subsecretaría de la Niñez, ya que, en su redacción actual cuenta con facultades extremadamente genéricas para efectos de constituirse como un efectivo ente rector de la niñez que pueda generar, articular y ejecutar las políticas públicas relativas a niños, niñas y adolescentes, con enfoque de derechos humanos.

47 Sin perjuicio de que hay valiosos avances sectoriales, como en materia de educación, dados por la creación de la Subsecretaría de Educación Parvularia, mediante la promulgación, en 2015, de la Ley 20.835 y la entrada en vigencia de la Ley 20.845 sobre inclusión escolar, que entre sus medidas incorporó, en abril de 2017, una circular sobre derechos de niñas, niños y jóvenes trans en el ámbito de la educación, y las orientaciones para la inclusión de personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex.

En segundo término, es posible afirmar que, aunque los diagnósticos sobre la crisis del Servicio Nacional de Menores y la protección especial que tiene a su cargo son ampliamente conocidos y compartidos, por todos los actores y por la opinión pública en general, no ha sido posible avanzar con prontitud y eficacia en una reforma estructural que cumpla con los estándares internacionales en la materia. El proyecto de ley que crea el servicio de protección especializada recién se presentó a comienzos de 2017, lo que dificulta de sobremanera su tramitación al tratarse de un año electoral y, por tanto, con plazos muy acotados para su avance legislativo. De hecho, al cierre de esta edición, aún no comienza la discusión del articulado. En consecuencia, iniciaremos un nuevo gobierno, en marzo de 2018, con problemáticas similares en materia de protección especial que las que teníamos hace más de 10 años, a pesar de todo lo que sabemos al respecto: con dos comisiones investigadoras en la Cámara de Diputados que dan cuenta de graves vulneraciones en el sistema administrado por Sename, con una larga lista de niños y niñas muertos al interior de los recintos residenciales, con millonarias deudas del Estado con sus organismos colaboradores, en definitiva, con políticas públicas fraccionadas y sin ninguna articulación entre ellas.<sup>48</sup> Se observa que los compromisos adquiridos con los niños y niñas, por distintos motivos, no logran materializarse.

En tercer lugar, en relación con el proyecto de ley que crea el Defensor de la Niñez, es posible concluir que la creación de una nueva institucionalidad en materia de derechos humanos especializada surge como parte de una larga demanda de la sociedad civil, a la luz de la Observación General N°2 del Comité de los Derechos del Niño, y el proyecto se funda en los postulados establecidos en los Principios de París. Su establecimiento dice relación con la obligación de garantizar los derechos de los niños y niñas, fijado por la Corte IDH desde su sentencia Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs Guatemala, de 1999. Este proyecto tiene facultades acotadas para representar judicialmente a los niños y niñas y su énfasis está puesto principalmente en establecer una magistratura de persuasión con el objeto primordial de cambiar la interacción de los niños y niñas con los órganos del Estado, muy relevante en un país como Chile que ha tenido múltiples impedimentos para generar una institucionalidad acorde con las obligaciones convencionales contraídas con la comunidad internacional.

Con todo, el proyecto presentado apunta en el sentido contrario al seguido a nivel comparado, que ha tendido a fortalecer una sola institución nacional de derechos humanos, sin disgregarla.

48 Tal como los *Informes* 2014 y 2015 dieron cuenta en sus capítulos sobre infancia.

Estando en su segundo trámite constitucional en la Cámara de Diputados –y ya aprobada la idea de legislar en general, al cierre de esta edición– cabe indicar que es importante propiciar un debate más profundo respecto a qué institucionalidad desea establecer el país en materia de derechos humanos. Resulta fundamental que el tratamiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes se produzca desde la interdependencia, interrelación e interseccionalidad de los derechos humanos. Sin embargo, un modelo autónomo de institución nacional de derechos humanos podría diluir esa mirada holística que los derechos de la niñez requieren, especialmente, si no se asegura en este proyecto la coordinación entre las distintas instituciones de derechos humanos que se pretenden instaurar en el país.

## RECOMENDACIONES

A partir de las materias que se han revisado a lo largo del presente capítulo, se recomienda:

1. En relación con el proyecto que crea el Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez, instamos al Estado a:
  - Mantener el foco en los niños, niñas y adolescentes, y no incorporar de manera forzosa la protección del nonato en este proyecto, en relación a la norma que lo protege de la violencia y la no discriminación.
  - Reforzar la institucionalidad propuesta en el proyecto original, a fin de que el catálogo de derechos muy bien reconocido en sus títulos I y II se concrete a través del despliegue territorial.
  - Establecer, a lo menos, una definición de protección administrativa y judicial que luego permita que otros cuerpos normativos puedan abordarla, en su caso.
  - Aplicar las urgencias legislativas necesarias, a fin de que el proyecto se apruebe en este período legislativo, porque una ley marco de esta naturaleza, a 27 años de la ratificación de la CDN, no puede seguir esperando.
2. En lo relativo al proyecto de ley que crea la Subsecretaría de la Niñez, se recomienda al Estado precisar las facultades que se le otorgan a este órgano, con la finalidad de que realmente pueda articular de manera concreta la generación y ejecución de las políticas universales en materia de niñez y, a lo menos, enunciar cómo será el despliegue territorial de las atribuciones con que se pretende dotar a esta nueva entidad. A su vez, que cuente con

las atribuciones legales necesarias para supervigilar el servicio de protección especial.

3. En relación al proyecto que establece la Defensoría de la Niñez, se insta al Estado a profundizar la discusión en materia de institucionalidad, a fin de que ella responda a las características propias de los derechos humanos, especialmente a su interdependencia e integralidad; y que la Defensoría pueda desarrollar su tarea desde ese enfoque, constituyéndose en un verdadero contralor en materia de derechos humanos de los niños y niñas respecto del actuar de todos los órganos del Estado.
4. En relación a los proyectos que crean los dos nuevos servicios, se recomienda al Estado:
  - Impetrar las urgencias legislativas en el Congreso, para que la tramitación de ellos avance con mayor celeridad.
  - Instar al Estado a que la hipótesis sobre la cual actúe la protección especial sea en base a la necesidad real que tienen los niños y niñas en materia de vulneración de derechos y, por lo tanto, se amplíe su definición y, además, indique con claridad cuál será el órgano llamado a determinar si existió o no una vulneración de derechos, ya que ese aspecto no está regulado en este proyecto.
  - Que ambos proyectos de ley contemplen ofertas programáticas flexibles a las necesidades de niños y niñas, pudiendo superar así las actuales dificultades burocráticas que impone el Servicio Nacional de Menores en la ejecución de sus distintos programas.



# **LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN LA POLÍTICA PÚBLICA CHILENA<sup>1</sup>**

1 Elaborado por Antonia Rivas con la invaluable ayuda de los ayudantes de investigación Constanza Tizzoni, Camila Durán, Valentina Torres, Javier Bravo y Catalina Martínez.



## SÍNTESIS

El presente capítulo aborda desde la óptica de los derechos humanos de los pueblos indígenas la política pública del Estado de Chile en los últimos años. Se le da especial énfasis a puntos considerados fundamentales para el análisis de la política pública. En primer lugar, nos referiremos al derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas, analizando los procesos e iniciativas legales impulsadas por el Estado para darle cumplimiento. En segundo lugar, examinaremos el cumplimiento estatal respecto al derecho de los pueblos indígenas de ser consultados conforme al Convenio 169 de la OIT. En tercer lugar, analizaremos el derecho de los pueblos indígenas a sus territorios, contrastándolo con la realidad de las tierras indígenas en el país. En cuarto y último lugar, nos referiremos al derecho a la igualdad y la no discriminación de los pueblos indígenas, en especial respecto a la igualdad ante la justicia, revisando la situación actual del pueblo mapuche al respecto. Finalizará el capítulo con recomendaciones al Estado para adecuar su actuar a los estándares de derechos humanos de los pueblos indígenas.

*PALABRAS CLAVES: Pueblos indígenas, autodeterminación, consulta indígena, territorios indígenas, Ley Antiterrorista, abuso policial.*



## INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas, lo que se ha denominado “el conflicto indígena”, en especial en la relación del Estado de Chile con el pueblo mapuche, ha estado presente en la opinión pública de manera ininterumpida, presentándose como un asunto de resolución casi imposible o muy difícil. Se trata de un conflicto de más de “500 años que no se soluciona de la noche a la mañana”, como ha expresado la Presidenta de la República en varias oportunidades.

La percepción pública pareciera estar enfocada en un supuesto incremento de la violencia que se vive en el sur del país (regiones de Biobío, La Araucanía, Los Ríos y Los Lagos) por actos reivindicativos de protesta social mapuche, por la invocación de la Ley Antiterrorista y la consecuente acción policial para enfrentar estos mismos hechos. La importancia del conflicto ha sido recalcada en reiteradas oportunidades en informes de organismos internacionales, y por expertos en la materia, que insisten en la necesidad de que el Estado de Chile adopte medidas que mejoren la relación con los pueblos indígenas, dando cumplimiento a los estándares internacionales sobre sus derechos.

En 2015, el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre extrema pobreza y derechos humanos señaló en su informe lo siguiente: “Los derechos de los pueblos indígenas son el talón de Aquiles del historial de Chile en materia de derechos humanos en el siglo XXI. Los temas en disputa son complejos y de amplio espectro, y las soluciones no serán sencillas. Pero pareciera existir demasiada poca disposición para abordarlas más que de modo superficial. No obstante, si el Gobierno es serio en su compromiso de poner fin a la pobreza extrema y reducir la desigualdad, la política indígena deberá ser uno de los elementos más importantes de tales esfuerzos.”<sup>2</sup>

De una lectura de los principales medios de comunicación y de declaraciones de autoridades del país, pareciera existir una disonancia entre la política pública del Estado con los pueblos indígenas y el aumento del

2 Philip Alston, “Declaración del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre Extrema Pobreza y derechos humanos”, 24 de marzo Santiago, 2015.

clima de violencia en las regiones mencionadas.<sup>3</sup> Así, mientras el Estado informa de mayor gasto público en temas indígenas (CONADI, Balance de Gestión Integral 2016), de la mayor dotación policial en las zonas de conflicto, del aumento de la compra de tierras y de los proyectos de desarrollo indígena, existe la percepción de que la violencia y los conflictos no disminuyen, sino que, por el contrario, aumentan<sup>4</sup>. Muy representativos de lo anterior son el histórico conflicto territorial entre los mapuche, el Estado de Chile, la industria forestal y los descendientes de los colonos, y los importantes conflictos entre el pueblo atacameño, el Estado de Chile y la industria minera por los derechos de agua en el desierto de Atacama.

Respecto de la Región de la Araucanía, y en particular sobre la situación de violencia que se vive, el 2016 se creó una Comisión Asesora Presidencial de La Araucanía compuesta por 20 miembros, representantes del Ejecutivo, pueblo mapuche, iglesia y sector privado y que es presidida por monseñor Héctor Vargas, Obispo de Temuco. El 23 de enero de 2017, dicha comisión entregó sus propuestas a Michelle Bachelet, quien presentó sus proposiciones en el mes de junio del mismo año.<sup>5</sup>

El 23 de junio del año en curso, la Presidenta Bachelet anunció lo que denominó Plan Araucanía, donde pidió un histórico “perdón por los errores y horrores” cometidos por el Estado contra el pueblo mapuche. La mandataria informó sobre la creación de una Comisión Interministerial para la actualización del, siempre prometido, catastro de tierras y aguas indígenas; la oficialización del uso del mapudungun en la Región de La Araucanía, la ampliación del programa de reparación a víctimas de

3 Así se desprende de un texto emanado de la Cámara de Diputados, denominado “Informe de la Comisión Especial Investigadora de los actos de gobierno en relación con la situación de inseguridad que se vive en la región de La Araucanía” (Valparaíso, 2016).

4 “Los Mapuche rurales y urbanos hoy: marzo-mayo 2016”, *Estudio de opinión pública CEP*, Santiago, 2016.

5 Comisión Asesora Presidencial de La Araucanía, “Informe Comisión Asesora Presidencial de La Araucanía”, 2017.

El informe, contempla 11 recomendaciones para afrontar el problema de la violencia en La Araucanía:

1. Reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas.
2. Representación política especial de los pueblos indígenas en el Congreso.
3. Impulsar de manera urgente el Ministerio de Pueblos Indígenas.
4. Creación de la Ley Araucanía.
5. Dictar un nuevo reglamento que regule los mecanismos de compra de tierras del artículo 20 letra b) de la Ley Indígena.
6. Creación de una comisión especial de tierras indígenas.
7. Creación de una comisión de reparación de víctimas de la violencia.
8. Dictar una ley que crea un fondo permanente de reparación a las víctimas.
9. Impulsar planes de desarrollo integral en comunidades indígenas, modificando y operativizando la glosa 10, de Ley de presupuesto de gobiernos regionales.
10. Creación de una Agencia del Agua, que pueda catastrar, planificar, controlar y proponer una estrategia de abordaje sistémico de uso y distribución de este recurso, que derive en una política regional de desarrollo del agua, y un Plan Estratégico Regional de Riego.
11. Generar un programa de fortalecimiento de organizaciones y emprendimientos mapuche a través de un Centro de negocios y desarrollo mapuche, dirigido y operado por profesionales mapuche.

hechos de violencia. Firmó, además, el proyecto de ley para declarar el 24 de junio feriado como Día Nacional de los Pueblos Indígenas, y la declaración de suma urgencia para los proyectos de ley que crean el Ministerio Indígena y los Consejos de Pueblos, entre otras medidas.<sup>6</sup>

Aún no contamos con el detalle de los anuncios presidenciales, lo que nos impide saber el contenido exacto de las propuestas, pero a partir de una lectura rápida, además de la solicitud de perdón de la presidenta y la oficialización del mapudungun, creemos que no hay grandes novedades pues se trata más bien de proyectos que ya se habían prometido o se encontraban en trámite. Los anuncios no permiten anticipar que se produzcan cambios profundos respecto a la situación de vulneración de los derechos de autodeterminación y territoriales del pueblo mapuche. Nos sorprende, además, considerando que los contenidos del Plan dicen relación con todos los pueblos indígenas del país, que se restrinjan la mayoría de los anuncios a la Región de La Araucanía, que si bien es la que presenta peores índices de pobreza y violencia,<sup>7</sup> no es, por cierto, la única que tiene población indígena ni conflictos con el Estado.

Aparte del anuncio de una reparación a las víctimas del conflicto, que no tuvo mayor elaboración en el mensaje presidencial, no se realizaron menciones respecto a la aplicación de la Ley Antiterrorista, ni a la situación de las víctimas de la violencia policial en la zona. Así, nos parece que existe una brecha entre la política pública indígena enfocada en tierras, desarrollo y derechos culturales y la política estatal de seguridad pública que se hace cargo de los actos de violencia. Es esta brecha la que queremos estudiar en este *Informe*. De este modo, mientras algunos han considerado que el origen del problema está en el énfasis de la política indígena en la entrega de tierras, ya sea para considerar que se ha entregado mucha tierra o muy poca, otros creen que el problema principal es la falta de reconocimiento de los derechos políticos de los pueblos indígenas. Por otra parte, hay quienes señalan que el foco debiese estar puesto en la pobreza y el desarrollo y no en la identidad étnica.<sup>8</sup>

6 Prensa Presidencia, *Discurso Presidenta Bachelet en Plan de Reconocimiento y Desarrollo Araucanía*, Santiago, 2017.

7 Fabricio Franco y Eduardo Menz, *La política pública hacia el pueblo Mapuche: Un balance*. FLACSO, Santiago de Chile, 2017.

8 Ver, entre otros, Yasmin Zaror y Juan Pablo Lepín, *La Política de entrega de tierras: Análisis y desafíos de cara a un nuevo paradigma de la política indígena*, Serie Informe Sociedad y Política, Libertad y Desarrollo, Santiago, 2016; INDH, *Situación de los Derechos Humanos en Chile. Informe Anual 2016*, Santiago, 2016; INDH, *Resumen Ejecutivo Informe Anual 2015: Situación de los Derechos Humanos en Chile-Rapa Nui*, Santiago, 2015; Víctor Toledo Llancaqueo, *Políticas indígenas y derechos territoriales en América Latina: 1990-2004 ¿las fronteras indígenas de la globalización?*, Clacso, Buenos Aires, 2005; Antonia Rivas, "Territorios indígenas y Política Pública de entrega de tierra en Chile», *Informe 2014*, Santiago, Universidad Diego Portales, 2014, pp. 157-203; Guillermo Dascal, Cristian Moscoso y Juan Pacheco, *Informe Final De Evaluación Programa Fondo De Tierras Y Aguas Indígenas Cooperación Nacional De Desarrollo Indígena*, FAO, 2008; Nelson González (editor), *Hacia una política pertinente para el desarrollo integral de los pueblos indígenas*, FAO, Santiago, 2012.

A nuestro juicio el *Informe* está al debe en esta temática, ya que no ha sido abordada en profundidad en los últimos dos años. Por esta razón, nos parece crucial examinar cuál ha sido la política pública indígena reciente, su enfoque y sus consecuencias, de manera más transversal.

El objetivo de este capítulo es realizar un análisis de la política pública indígena del Estado en los últimos años, con especial énfasis en cuatro temas relevantes seleccionados desde la óptica de los estándares de derechos humanos de los pueblos indígenas. Las dimensiones del conflicto entre los pueblos indígenas y el Estado son muchas, y de muy variada índole, pero nos parece que los temas que abordaremos en este informe permitirán, al menos, entregar una visión general de la situación. Estas temáticas son:

- a) Medidas impulsadas por el Estado para el reconocimiento de los derechos de libre determinación (autonomía y autogobierno).
- b) Medidas impulsadas por el Estado para el reconocimiento de los derechos a las tierras, territorios y recursos naturales.
- c) Medidas impulsadas por el Estado para resguardar el derecho a la consulta previa.
- d) Medidas impulsadas por el Estado para el reconocimiento del derecho de igualdad ante la ley (y la justicia) de los miembros de pueblos indígenas. Se dará especial énfasis a la situación de violencia en el sur del país.

## 1. LA SITUACIÓN DE LOS INDÍGENAS EN CHILE Y LA POLÍTICA PÚBLICA

La Casen 2013 señala que el 9,1% de los chilenos se define como perteneciente a uno de los nueve pueblos indígenas que habitan en el territorio nacional, siendo los mapuches con 84,4% el grupo mayoritario.<sup>9</sup> El 31,8% de la población indígena del país se concentra en 3 regiones (Biobío: 6,8%; La Araucanía: 19,8% y Los Ríos: 5,2%). En la región Metropolitana (RM) habita el 29,9% de la población indígena. Vale la pena destacar que no existe certeza acerca de la población exacta que se declara perteneciente a pueblos indígenas en Chile,<sup>10</sup> puesto que los instrumentos destinados a este fin muestran discordancias importantes en cuanto al número de personas que dicen pertenecer a pueblos originarios.<sup>11</sup> Esperamos

9 *Ministerio de Desarrollo Social, Casen 2013. Pueblos indígenas. Síntesis de Resultados*, Santiago, 2015.

10 En Chile, entre 1992 y 2016, se han levantado tres censos que han incluido preguntas sobre pueblos indígenas. Los tres censos arrojaron cifras muy diferentes respecto a la cantidad de personas que se autoidentifican como pertenecientes a algún pueblo indígena.

11 Marco Valdés, "Tres décadas de cuantificación de la población indígena en Chile a través de los censos", *Notas de Población 103*, CEPAL, 2016, pp. 207-225.

que la sistematización de los resultados del censo efectuado en 2017, nos entregue datos más definitivos al respecto, ya que resultan fundamentales al momento de diseñar una política pública de calidad.

En Chile, el camino hacia el reconocimiento de derechos de los pueblos indígenas no ha estado exento de controversias. En las últimas décadas, el gobierno chileno ha realizado acciones para regular y hacerse cargo de las demandas de los pueblos indígenas, pero en general los pueblos indígenas del país y diversas organizaciones internacionales han estimado que las medidas son aún insuficientes, haciéndolo ver en reuniones internacionales e informes presentados a diversos órganos de control de las Naciones Unidas.

De este manera, a pesar de las políticas públicas impulsadas en los últimos años para dar implementación a la ley indígena de 1993<sup>12</sup> y de la ratificación en 2008 del Convenio 169 de la OIT, la relación del Estado con los pueblos indígenas en general, y con los mapuche en particular, ha estado marcada por conflictos y controversias de diversa naturaleza y amplitud. Se señala como ejemplo paradigmático de esta problemática el hecho de que la Constitución Política vigente en Chile no reconoce ni hace mención a los pueblos indígenas que habitan en el país.

La Ley 19.253 de 1993, reconoció a los indígenas un conjunto de derechos de participación sobre sus tierras, lenguas y culturas, y derechos relativos al desarrollo. Junto con ello creó la Corporación de Desarrollo Indígena, CONADI, ente encargado hasta hoy de la

12 Con el fin de la dictadura militar y producto del trabajo desplegado por varias organizaciones indígenas, las demandas de los pueblos indígenas fueron incorporadas al Programa de Gobierno de la Concertación de Partidos por la Democracia y el entonces candidato presidencial de ese conglomerado político, Patricio Aylwin, firmó con sus representantes, el 1 de diciembre de 1989, el Pacto de Nueva Imperial. Los principales compromisos contraídos eran: el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, la creación de una Corporación Nacional de Desarrollo Indígena y de un fondo de etno-desarrollo; la promulgación de una ley indígena y la ratificación del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la OIT.

implementación y operación de estas políticas.<sup>13</sup> Es importante señalar que, en general, organizaciones y pueblos indígenas han estimado que dicho reconocimiento está por debajo de los estándares establecidos en los instrumentos internacionales que les son aplicables, entre ellos el Convenio 169 de la OIT, y en el contenido en los ordenamientos jurídicos de la mayoría de los países de la región.

Así lo señaló, en su momento, el relator Stavenhagen en el informe sobre su visita a Chile en el 2003.<sup>14</sup> Aunque desde aquella fecha se han verificado avances en el ámbito normativo –con la ratificación del Convenio 169 de la OIT en 2008 y la aprobación de la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas del mundo con el voto favorable de Chile, como momentos culminantes–, no es menos cierto que los conflictos con los pueblos indígenas se mantienen y sus demandas siguen vigentes.

La Ley Indígena tiene como foco central la entrega de “tierras con desarrollo” cuyo mecanismo fundamental es el Fondo de Tierras y Aguas Indígenas y el Fondo de Desarrollo Indígena que, junto con la creación de la CONADI a cargo del diseño e implementación de intervenciones focalizadas y la coordinación con otras instancias estatales, son la base del enfoque público vigente. Todo ello fue explicado con detalle en el Informe 2014.<sup>15</sup> Asimismo, se impulsan programas de educación intercultural bilingüe en zonas de alta densidad indígena y de becas para mejorar su acceso al sistema educativo, particularmente en zonas rurales.<sup>16</sup>

13 Institucionalidad indígena vigente:

1. CONADI, organismo público encargado de promover, coordinar y ejecutar la política pública indígena. La dirección superior de CONADI está a cargo de un Consejo Nacional integrado por 17 miembros, ocho de los cuales representan a los pueblos indígenas y son electos y los nueve restantes (incluido el Director Nacional) al Ejecutivo. Existen dos subdirecciones nacionales, una en la ciudad de Temuco para la VIII, IX y X región y otra en la ciudad de Iquique para la I y II región.

2. Ministerio de Desarrollo Social, el que a través de la Subsecretaría de Servicios Sociales está a cargo de la supervisión de la CONADI. Tiene un departamento especializado: Unidad de Coordinación de Asuntos Indígenas. Existen también, en varios ministerios, Unidades de Asuntos Indígenas, desde 2008.

3. La Comisión de Desarrollo de Isla de Pascua, CODEIPA, organismo creado por la Ley N° 19.253, que tiene atribuciones en materia de tierras y de formulación de programas de desarrollo social y cultural a favor de la comunidad Rapa Nui. Está integrada por seis miembros de la comunidad Rapa Nui y representantes de varios ministerios y servicios, además del alcalde de Isla de Pascua.

4. Áreas de Desarrollo Indígena, ADI, espacios territoriales en que los organismos de la administración del Estado deben focalizar su acción en beneficio del desarrollo armónico de los pueblos indígenas. Actualmente hay 11 a lo largo de todo Chile.

5. Comunidades y Asociaciones Indígenas, organizaciones indígenas creadas por la Ley N° 19.253 que cuentan con reconocimiento oficial del Estado.

14 Rodolfo Stavenhagen, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. Misión a Chile*, 2003.

15 Informe 2014.

16 Informe 2016.

Este enfoque se encuentra actualmente en crisis en Chile, no solo por su manifestación más visible –la situación de violencia que se vive al sur del país–, sino también por la falta de adecuación a los estándares de derechos humanos en materia de pueblos indígenas, cuestión ratificada por organismos internacionales y expertos en la materia, como se analizará en este Informe. Junto con ello, la política pública también ha sido fuertemente cuestionada por razones de eficiencia del gasto fiscal, en evaluaciones que cuestionan los resultados de los programas implementados,<sup>17</sup> porque se focaliza en la población indígena rural (en circunstancias de que la mayoría vive en zonas urbanas) y porque no han sido capaces de terminar de manera significativa con la brecha socioeconómica que se aprecia entre indígenas y no indígenas, sobre todo en zonas rurales.<sup>18</sup>

## **2. EL DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS. ESTÁNDARES INTERNACIONALES**

No se puede hablar sobre derechos de los pueblos indígenas, sin considerar el derecho de autodeterminación o libre determinación. En términos generales, se refiere al derecho que tienen los pueblos indígenas de controlar su propio destino, a través de la toma de decisiones que afectan sus vidas en cuanto entes colectivos y diferenciados. El derecho a la libre determinación es un principio fundamental del ordenamiento jurídico internacional contemporáneo que engloba un conjunto de normas de derechos humanos de los pueblos indígenas. Este derecho tiene diversas denominaciones (libre determinación, autodeterminación, autogobierno, autonomía) que si bien no se refieren a lo mismo, engloban las demandas o reivindicaciones que los pueblos indígenas expresan, en las últimas décadas, en relación a la posibilidad de los pueblos de determinar su organización política, jurídica y social y sus condiciones de desarrollo.

El derecho a la libre determinación se reconoce, aunque no de forma expresa, en el Convenio 169 de la OIT, suscrito y ratificado por Chile en 2008. En el Convenio, el derecho a la autodeterminación se desprende de la interpretación de su preámbulo, que luego se materializa en su Artículo 7: “El Convenio garantiza el derecho

17 Guillermo Dascal, Cristián Moscoso y Juan Pacheco, “Informe final de evaluación programa Fondo de Tierras y Aguas Indígenas Corporación Nacional de desarrollo Indígena”, *Revisión de programas e instrumentos públicos para el mundo indígena en Chile*, Santiago, FAO/ Segpres, 2011.

18 Fabricio Franco y Eduardo Menz, *La política pública hacia el pueblo Mapuche: Un balance*, Santiago, FLACSO, 2017.

de los pueblos indígenas y tribales a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Es imprescindible que dichos pueblos tengan la posibilidad de participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.”<sup>19</sup>

James Anaya, ex relator sobre Derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas, refiriéndose al derecho a la autodeterminación desde una perspectiva de derechos humanos, indica que este concepto apunta a las ideas de igualdad y libertad y permite a las personas elegir las configuraciones políticas, sociales y económicas en que viven.<sup>20</sup>

La Declaración sobre Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU, de 2007, se constituye como el primer instrumento internacional que reconoce de manera explícita el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas. Establece en su artículo 3 que: “Los pueblos indígenas tienen el derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.”<sup>21</sup> Por otra parte, el artículo 4, de este mismo instrumento, establece lo siguiente: “Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas.”

Por otra parte, la libre determinación como derecho humano se consagra en dos pactos internacionales de derechos humanos fundamentales, adoptados por la ONU en 1966: El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), los que en sus primeros artículos establecen que: “Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural”.

19 OIT, *Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*, 1989.

20 James Anaya, “El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación tras la adopción de la Declaración”, Rodolfo Stavenhagen y Claire Charters (editores), *El desafío de la Declaración. Historia y futuro de la Declaración de la ONU sobre pueblos indígenas*, IWGIA, 2010, p. 198.

21 Naciones Unidas, *Declaración sobre Derechos de los Pueblos Indígenas*, Artículo 3, 2007.

## **2.1. Medidas impulsadas por el Estado para establecer el derecho a la libre determinación en Chile**

Chile, junto con Uruguay, son los únicos países del continente que no tienen en su Constitución referencia alguna a los derechos de los pueblos indígenas. De esta manera, pese a la institucionalidad que existe hoy en nuestro país en materia de pueblos indígenas, el Estado chileno aún sigue al debe con respecto a la importancia que se le da a la política indígena, que hoy solo toma forma a través del rol de la CONADI y que ha tendido a estancarse con el paso de los años. Sumado a esto, incluso proyectos de ley tendientes a establecer concreciones (desde el Estado) en los derechos de autodeterminación de los pueblos indígenas, como el reconocimiento constitucional, la creación de un Ministerio de Pueblos Indígenas y de un Consejo de Pueblos, han sido postergados desde hace muchos años, incumpliendo varios de los compromisos con los pueblos originarios desde la recuperación de la democracia. De esta manera, de los compromisos incluidos en el llamado Acuerdo de Nueva Imperial, firmado por el entonces candidato presidencial Patricio Aylwin y representantes de los pueblos indígenas en Chile, aún está pendiente el reconocimiento de los pueblos indígenas a nivel constitucional. Mientras tanto, la institucionalidad que creó la Ley Indígena se ha mantenido prácticamente sin cambios desde 1993.

### **2.1.1. Proyectos de reconocimiento constitucional**

Desde 1990 se han presentado ocho proyectos de reforma constitucional de reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. Desde la presentación del primer proyecto se ha transitado de una discusión centrada en la protección de los pueblos indígenas hacia un enfoque cuyo eje son los derechos colectivos, como el de la participación política.<sup>22</sup> Sin embargo, a pesar de estas múltiples iniciativas, ningún proyecto ha logrado avanzar en la tramitación legislativa. Las temáticas abordadas por los proyectos son diversas, pero tienen un denominador común: la búsqueda del “reconocimiento” constitucional de los pueblos indígenas, pero lo que varía en dichas propuestas es el grado de reconocimiento.

El último proyecto fue presentado por la presidenta Michelle Bachelet durante su primer gobierno, el que fue elaborado por el Ministerio Secretaría General de la Presidencia. En un artículo único establece lo siguiente:

Introdúcense las siguientes modificaciones a la Constitución Política de la República: 1) Agrégase el siguiente inciso cuarto al Art. 3º: “La nación chilena es multicultural. El Estado reconoce la existencia de los

22 Claudio Nash y Constanza Nuñez, *Reforma Constitucional y Pueblos Indígenas en Chile: Apuntes para el debate*, 2015.

pueblos indígenas que habitan su territorio y el derecho de los pueblos, comunidades y personas indígenas a conservar, desarrollar y fortalecer su identidad, idiomas, instituciones y tradiciones sociales y culturales”; 2) agrégase el siguiente nuevo inciso 10° al artículo 19 N°24, pasando el actual a ser 11° en el siguiente sentido: “Con todo, la ley deberá proteger las tierras y derechos de aguas de las personas y comunidades indígenas”.<sup>23</sup>

El proyecto, objeto de múltiples críticas,<sup>24</sup> fue desechado y no se continuó su tramitación, al no realizarse un proceso de consulta de los pueblos indígenas, tal como establece el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, y la propia normativa interna chilena. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en julio de 2015, manifestó su preocupación “por la falta de reconocimiento constitucional de los derechos de los pueblos indígenas y por la falta de un mecanismo legal que garantice la obtención del consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas en relación a la toma de decisiones que pudieran afectar al ejercicio de sus derechos económicos, sociales y culturales”. Al respecto, recomendó al Estado “[...] garantizar el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en la nueva Constitución”, y que “tome las medidas legislativas y administrativas necesarias para garantizar la obtención del consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas en lo que respecta a la toma de decisiones susceptible de afectar directamente el ejercicio de sus derechos económicos, sociales y culturales.”<sup>25</sup>

### **2.1.2. Proceso constituyente indígena**

A partir de un contexto de deslegitimación de la actual Constitución y de la demanda ciudadana por una nueva Carta Fundamental, la Presidenta Bachelet, en octubre de 2014, anunció un cronograma para dar inicio al proceso constituyente que ha estado impulsando durante los últimos dos años de su mandato: consistiría en un proceso “participativo, legítimo e institucional”<sup>26</sup> para la elaboración de una nueva Constitución Política. En paralelo, el 13 de mayo de 2016, el gobierno da inicio a un “proceso participativo constituyente para pueblos indígenas”, complementario al constituyente general, tal como lo afirmó

23 Mensaje N°1101-355, *Proyecto de reforma constitucional para el reconocimiento de los pueblos indígenas de Chile*, Santiago, 23 de noviembre de 2007.

24 James Anaya, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior*, 2009.

25 CESCR, *Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Chile*, 2015.

26 *La Tercera: “Cronología del proceso constituyente impulsado por Bachelet”*, 13 octubre 2015.

el ministro de Desarrollo Social, Marcos Barraza: “Los ciudadanos indígenas pueden participar del proceso general al cual están convocados todos los chilenos y chilenas, no son procesos excluyentes sino que complementarios en el caso de los pueblos indígenas.”<sup>27</sup>

El proceso tenía por objetivo que los miembros de los nueve pueblos indígenas que existen en nuestro país debatieran en torno al reconocimiento constitucional de sus derechos individuales y colectivos. La supervigilancia del proceso fue dejada en manos de un Consejo de Seguimiento, conformado por distintos organismos de las Naciones Unidas, como el PNUD, la OIT, el Alto Comisionado de Derechos Humanos y la Unicef.<sup>28</sup>

Este proceso, diferenciado y específico, desarrollado a nivel nacional, se llevó a cabo entre agosto de 2016 y enero de 2017, en tres modalidades: encuentros convocados, encuentros autoconvocados y participación individual vía web. Intervinieron poco más de 17 mil personas identificadas con alguno de los pueblos originarios. La sistematización de los resultados de este proceso fue objeto de análisis por parte del Comité Consultivo y de Seguimiento integrado por los organismos internacionales y consejeros de CONADI. El pasado 4 de mayo, la presidenta Michelle Bachelet recibió el informe de sistematización del proceso constituyente indígena. En este contexto la mandataria sostuvo lo siguiente: “Estamos hablando de 605 encuentros, que se realizaron entre los meses de agosto y diciembre del año pasado. De ellos, 255 corresponden a reuniones convocadas por Desarrollo Social, 350 a encuentros auto convocados y otras 538 personas participaron a través de internet”.<sup>29</sup>

Entre los resultados de este proceso, destaca la opinión generalizada entre los participantes de los pueblos indígenas, respecto a la necesidad de avanzar en derechos constitucionales, políticos, económicos, sociales y culturales, en particular en la petición de reconocimiento constitucional y el incremento de derechos políticos de representación diferenciada, tanto en el Congreso Nacional como en sus propios estamentos (parlamentos mapuche, por ejemplo). Además plantearon el deseo de contar con una serie de derechos específicos en los ámbitos culturales, lingüísticos y de tierra y en formas de uso de sus recursos naturales. Sobre esto la presidenta Bachelet señaló: “Las propuestas más relevantes que se expresan en estas actas serán consideradas en el proyecto de una nueva Constitución, que enviaremos al Congreso.

27 *La Tercera*: “Se inicia proceso participativo constituyente para pueblos indígenas”, 13 de mayo 2016.

28 INDH, *Situación de los Derechos Humanos en Chile, Informe Anual 2016*.

29 Ministerio de Desarrollo Social, *Proceso Constituyente Indígena recogió por primera vez la opinión de los 9 Pueblos en la construcción de la Nueva Constitución*, 4 de mayo de 2017.

Las normas referidas al reconocimiento constitucional y otros temas específicos de los pueblos indígenas serán, naturalmente, sometidas a una consulta indígena.”<sup>30</sup>

Por su parte, el ministro de Desarrollo Social, Marcos Barraza, subrayó que “después de los acuerdos de Nueva Imperial del año 1990, de la Ley Indígena de 1993 y de la ratificación por parte de Chile del Convenio 169 de la OIT, este Proceso Participativo para la Nueva Constitución constituye en sí el hecho político más importante en materia de derechos económicos, sociales, culturales y políticos de los Pueblos Indígenas.”

A partir de los resultados de este informe parece tomar mayor fuerza y ser más evidente la demanda por la autodeterminación de los pueblos indígenas, a través de instancias que materialicen sus reivindicaciones, como un reconocimiento sustantivo que engloba lo político, social, territorial, patrimonial y cultural. La reciente encuesta del Centro de Estudios Interculturales e Indígenas (CIIR), aplicada a 3.617 encuestados en 120 comunas con una población indígena superior al 9%, pareciera demostrar que los resultados del proceso constituyente indígena son bastante representativos de la realidad indígena. En esta medición, el 87,7% de los entrevistados indígenas se mostró a favor del reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas; el 85,1% son partidarios de ser consultados en proyectos de inversión, el 80% se mostró de acuerdo en que se les devolviesen tierras, el 72,9% estuvo a favor de que algunos territorios sean administrados por ellos y el 69,6% señaló que debiesen existir cupos reservados para indígenas. Lo mismo plantean, con matices, estudios de percepción que se ha realizado este año.<sup>31</sup>

Habrá que esperar para ver cómo se concretiza el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas y sus legítimas expectativas de participación en una futura Carta Fundamental. Sin embargo, los proyectos de reconocimiento constitucional, planteados por los distintos gobiernos desde la recuperación de la democracia, han sido débiles por ser genéricos y no abordar el fondo del asunto vulnerando los derechos de autodeterminación consagrados por los instrumentos internacionales. Esos proyectos más bien tienden a reafirmar la condición de Chile como una sola nación, unitaria e indivisible y muy someramente la reconocen como una nación multicultural.

30 *La Tercera: “Deseo de mayor reconocimiento marca Proceso Constituyente Indígena”* 4 de mayo 2017.

31 Ver: *Los Mapuche rurales y urbanos hoy. Marzo-mayo 2016*, encuesta CEP, Santiago, 2016; *Encuesta de Opinión Pública en La Araucanía. Principales Resultados*, marzo 2016, Instituto de Investigación en Ciencias Sociales UDP; CIIR Centro de Estudios Interculturales e Indígenas, “Resultados Primera Ola”. Estudio Longitudinal de las Relaciones Interculturales, abril 2017.

### **2.2.3 Proyecto de ley de Ministerio de Asuntos Indígenas, Consejo Nacional de Pueblos y los Consejos de Pueblos Indígenas**

El 11 de enero de 2016, la presidenta Bachelet envió al Congreso Nacional proyectos de ley para la creación del Ministerio de Pueblos Indígenas,<sup>32</sup> el Consejo Nacional de Pueblos y los Consejos de Pueblos Indígenas.<sup>33</sup> Según manifiesta el gobierno, vienen a consagrar una nueva institucionalidad para los pueblos indígenas y, según el Ejecutivo, fueron elaborados a partir de la realización de consultas indígenas. Estas instancias fueron bastante criticadas por algunos miembros de los pueblos indígenas, como veremos en el siguiente acápite.

La mandataria sostuvo lo siguiente con respecto a la presentación de estos proyectos: “Tenemos el deber de hacer de nuestro país, un país donde se reconozca mejor su multiculturalidad y pluralidad”. También, explicó que el Ministerio de Pueblos Indígenas colaborará con el Presidente de la República, en el diseño, coordinación y evaluación de las políticas, planes y programas destinados a implementar, promover y fortalecer los derechos de los pueblos indígenas, su desarrollo económico social, político y cultural, y procurar la eliminación de toda forma de discriminación arbitraria.<sup>34</sup>

La finalidad del Ministerio de Pueblos Indígenas es, entre otras, la de crear e implementar la Política Nacional Indígena, que se elaborará por medio de una consulta al Consejo Nacional de Pueblos Indígenas. También le corresponderá colaborar y prestar asesoría técnica a los demás organismos de la Administración del Estado en la implementación y ejecución de los procesos de consulta previa. Deberá, asimismo, recibir y analizar las solicitudes de procedencia de consulta indígena efectuadas por los organismos de la Administración del Estado para efectos de ser remitidas a la entidad que las resolverá: el Comité Interministerial sobre Pueblos Indígenas, también creado por el presente proyecto de ley.

Vale la pena señalar las aprensiones que tenemos respecto a la figura del Comité Interministerial: si bien el proyecto de ley es poco claro al respecto, señala que tiene entre otras funciones, la de resolver con carácter vinculante las solicitudes de procedencia de consulta previa indígena a que se refiere el artículo 3° del proyecto de ley. Lo anterior nos parece bastante complejo, porque podría convertirse en una entidad conflictiva al momento de declarar que no procede una consulta, ya no por motivos técnicos sino por razones políticas, pasando a llevar la institucionalidad indígena y los procedimientos establecidos en

32 Boletín 10687-06. Crea el Ministerio de Pueblos Indígenas.

33 Boletín 10526-06. Crea el Consejo de Pueblos Indígenas y el Consejo Nacional.

34 Gobierno de Chile.cl: “Hoy empezamos a saldar deudas con los pueblos indígenas que hemos arrastrado por demasiado tiempo”, 11 de enero de 2016.

la propia ley. Creemos que esta facultad, de concretarse en la futura ley, será sin duda un terreno de conflictos y malos entendidos y posiblemente atentatoria de los derechos de los pueblos indígenas.

Por otra parte, mediante otro proyecto de ley, se propone la creación de los Consejos de Pueblos Indígenas y del Consejo Nacional de Pueblos Indígenas, que buscan representar los intereses, necesidades y derechos de cada uno de los pueblos ante el Estado. Estos consejos serán entidades autónomas, representativas, participativas y de consulta. Una de las potestades –compleja y que requiere un análisis especial– que se le entregan a estos consejos es la “facultad de actuar en calidad de institución representativa de todos los pueblos indígenas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente, conforme a lo dispuesto en el Convenio N° 169, Sobre Pueblos Indígenas y Tribales, de la OIT, y a las normas internas aplicables”. Dicha facultad de substituir los procesos de consulta del Convenio 169 de la OIT, reemplazando a las instituciones representativas tradicionales de los pueblos indígenas, puede traer consigo una importante vulneración de los derechos sobre la consulta previa del Convenio 169, puesto que deben ser los mismos pueblos a consultar los que determinen quiénes son las autoridades representativas, en cada caso de consulta, y los procedimientos adecuados para designarlas.

El 23 de junio, como señalamos, se anunció que se le daría suma urgencia a estos proyectos para que pudieran constituirse los consejos al fin del actual periodo presidencial, plazo breve y poco factible considerando que este gobierno finaliza en marzo de 2018. Además, se anunció que se harían algunas modificaciones relevantes en cuanto a los fondos de CONADI, en especial los de tierra y desarrollo, así como a los registros de organizaciones indígenas, y de acreditación de la calidad de indígena.<sup>35</sup>

Nos parece que una nueva institucionalidad para los pueblos indígenas, tanto por medio del Consejo Nacional y los Consejos de Pueblos Indígenas como del Ministerio de Pueblos Indígenas, junto con cuotas de participación en el Congreso Nacional, son señales fundamentales para retomar el diálogo de los pueblos indígenas con el Estado de Chile, ahora en un clima de reconocimiento, respeto y no discriminación. Sin embargo, para ello se requiere que el Estado se tome en serio la obligación de adecuar su legislación y política pública a los estándares internacionales de derechos humanos de los pueblos indígenas. Se hace necesario y fundamental incluir en una

35 Prensa Presidencia.cl: “Discurso Presidenta Bachelet en Plan de Reconocimiento y Desarrollo Araucanía”, 23 de junio 2017.

nueva Carta Fundamental la aplicación de los derechos consagrados en el Convenio 169 de la OIT y recoger de la Declaración Universal de Derechos de los Pueblos Indígenas (2006) aspectos que incluyan, respecto de los pueblos originarios, el reconocimiento de la organización política, sus instituciones y costumbres, la capacidad de autorepresentarse y autogobernarse en ámbitos claves de su vida colectiva.

### **3. MEDIDAS DEL ESTADO PARA RESGUARDO DE LOS DERECHOS DE CONSULTA PREVIA. ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE LA CONSULTA**

El derecho de los pueblos indígenas a ser consultados se consagra en el Convenio 169, donde se exponen los requisitos mínimos que debe cumplir un proceso de consulta para garantizar el cumplimiento del derecho de los pueblos y la obligación del Estado. Sin embargo, el alcance de este derecho no se agota con lo dispuesto en el Convenio, sino que se ve complementado con diversas disposiciones que emanan de distintos órganos internacionales y nacionales, lo que da como resultado un derecho más complejo y completo. La Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007) constituye la piedra angular de la protección internacional de los derechos de estos pueblos, en el actual estado de desarrollo del derecho internacional. El alcance de los derechos y, en particular, el establecimiento de estándares procedimentales, estrechamente ligados a la cuestión de la consulta previa, libre e informada, ha sido objeto de la jurisprudencia de la Corte IDH, en numerosos casos considerados en la última década, así como en los informes de la CIDH.

En el Convenio 169, se señala que para realizar estas consultas el Estado debe siempre respetar dos principios generales: la buena fe y la pertinencia cultural. Junto con ello, el Estado debe siempre resguardar los requisitos básicos del debido proceso en la consulta, esto es, que sea (a) previa, (b) mediante procedimientos apropiados, (c) por medio de autoridades o instituciones representativas, (d) apropiada a la circunstancias y (e) con la finalidad de llegar a acuerdo o lograr el consentimiento sobre la medida consultada. Junto con ello, se describen las circunstancias particulares en que se deben realizar estas consultas, entre ellas, en los casos de extracción y explotación de recursos mineros, recursos del subsuelo, o en general todos los recursos que pudiesen encontrarse en las tierras en que habiten (Artículo 15); en los casos en que se requiera establecer la propiedad de las tierras (Artículo 17 número 2) y en relación a las políticas públicas que se implementen en materias educacionales en general (Artículos 22, 27 y 28).

Por su parte, la Declaración establece mecanismos de consulta y participación, señalando que el fin de las consultas es alcanzar un consentimiento libre, previo e informado (Artículo 19). La introducción de este derecho en la Declaración adquiere una fuerza particular al interactuar con el artículo 4° del mismo instrumento, que reconoce que los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho de libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales. Este enunciado es reiterado en otros artículos de la Declaración, que consagran el 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 (Artículo 5); a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos (Artículo 18) y a determinar y elaborar prioridades y estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo (Art. 23).

Es fundamental señalar que la Corte IDH en la sentencia del caso del pueblo Saramaka contra Surinam,<sup>36</sup> resolvió que en los casos de aplicación del consentimiento previo, libre e informado era necesario tener como referencia lo establecido por la Declaración: Esto fortalece su carácter jurídico frente a las opiniones de quienes sostienen que no entraña obligaciones jurídicamente vinculantes.

Desde que Chile ratificó el Convenio 169, se ha debatido con insistencia sobre su ejecución, la adecuación de la legislación y las políticas internas a los requisitos del Convenio y, en términos generales, el significado que tiene para las relaciones entre el Estado y los pueblos indígenas. Desde entonces a la fecha, se han dictado tres Decretos Supremos (DS N° 124 el 2009, DS N° 40 el 2012 y DS N° 66 el 2013) que han intentado reglamentar el ejercicio de este derecho en diversos ámbitos, fundamentalmente la consulta a los pueblos indígenas en medidas susceptibles de afectarles en forma directa y, en particular, en el marco de proyectos sometidos a procesos de evaluación de impacto ambiental.

### **3.1. Descripción de la reglamentación interna en Chile sobre la consulta**

En nuestro ordenamiento jurídico existen dos normativas aplicables en los casos en que se requiera la realización de una consulta ante alguna situación en que pudiesen afectarse derechos de pueblos indígenas. El Decreto Supremo número 66 (en adelante, DS 66) que regula el procedimiento de la consulta indígena en casos de medidas administrativas

36 Corte IDH, *caso del pueblo Saramaka contra Surinam*, Sentencia de 30 de noviembre de 2007, Serie C No.174.

o legislativas que afecten a pueblos indígenas<sup>37</sup> y el Decreto Supremo número 40 (en adelante, DS 40), que establece el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante, SEIA).

Ambos decretos han sido fuertemente cuestionados por organizaciones indígenas y por diversos informes de organizaciones internacionales y la academia, quienes han manifestado que no cumplen con los estándares internacionales, tanto respecto a su origen (se cuestiona la legitimidad de los procesos de consulta indígena para su establecimiento) como a su contenido.<sup>38</sup> Estos cuestionamientos dicen relación en términos generales al (i) cumplimiento del deber de consulta (Artículo 3); (ii) cuáles son los órganos a los que les es exigible la obligación de consulta (Artículo 4); (iii) las que se relacionan a la definición del concepto de afectación directa (Artículo 7) y (iv) la aplicación parcial del reglamento en el caso de medidas administrativas adoptadas en el marco del SEIA.

Un aspecto importante de mencionar respecto al DS 66 es que, tras su entrada en vigencia, coexisten dos sistemas de consulta en Chile: aquel contemplado para los proyectos de inversión del SEIA y aquel que regula la consulta de manera genérica en el Decreto 66. En efecto, el propio reglamento en su artículo 8 señala que las medidas que califican proyectos o actividades que ingresan al SEIA no se regirán por el reglamento sobre consulta. Para mayor información detallada sobre el tema, recomendamos el capítulo sobre consulta y proyectos de inversión del *Informe 2014*. El reglamento excluye de su ámbito de aplicación las medidas que califican proyectos o actividades que ingresan

37 El artículo 2°: La consulta es un deber de los órganos de la Administración del Estado y un derecho de los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados directamente por la adopción de medidas legislativas o administrativas, que se materializa a través de un procedimiento apropiado, de buena fe, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas susceptibles de afectarlos directamente y que debe realizarse de conformidad con los principios recogidos en el Título II del presente reglamento.

38 James Anaya, Comentarios del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas en relación con el documento titulado: "Propuesta de gobierno para nueva normativa de consulta y participación indígena de conformidad a los artículos 6° y 7° del Convenio N° 169"; 2012; Salvador Millaleo, ¿Gobernar consultado? Análisis Comparativo respecto de los problemas en relación a las bases y los objetos de la Consulta Indígena (Convenio 169) en los reglamentos aprobados en Chile, 2014; *El derecho a la consulta de los pueblos indígenas: Análisis del derecho nacional, internacional y comparado*, Santiago, Observatorio Ciudadano, 2014; Matías Meza-Lopehandía (ed.), *El Convenio 169 OIT en el sistema normativo chileno. Las implicancias de la ratificación*, Observatorio Ciudadano, 2011; Judith Schönsteiner y Alonso Barros, "Diligencia debida: Proyectos de inversión, propiedad sobre los recursos naturales y consulta libre, previa e informada a los pueblos y comunidades indígenas concernidos.", *Informe 2014*, Santiago, Universidad Diego Portales, 2014.

al SEIA y que, de conformidad a la ley 19.300 y al reglamento DS 40,<sup>39</sup> requieran de un proceso de consulta indígena.

Asimismo, indica que dichas consultas se registrarán por el mecanismo dispuesto para tal efecto por dicha ley y su reglamento, sin perjuicio de la aplicación del procedimiento establecido en el DS No 66 “dentro de los plazos que tal normativa establece”. Es aquí donde encontramos la mayoría de los conflictos judiciales que tienen relación con la consulta indígena, puesto que representantes de los pueblos originarios consideran que el reglamento del SEIA restringe las hipótesis donde es obligatorio consultar, vulnerando lo establecido en el Convenio 169 y dejando en desprotección a las comunidades. De hecho, conforme al artículo 8 del reglamento del SEIA,<sup>40</sup> la Consulta Indígena debe ser llevada a cabo únicamente respecto a algunos proyectos que ingresan al SEIA, mediante Estudio de Impacto Ambiental (EIA), siendo solo aquellos que generen los efectos enumerados en el artículo 11 de la Ley 19.300, distintos a los del Convenio 169 y el Decreto 66.

En marzo de 2014, al inicio del primer gobierno de Michelle Bachelet, se reconoció las deficiencias del DS<sup>40</sup> y se manifestó el compromiso con el mejoramiento del reglamento, situación que a la fecha no ha sido solucionada. Similar situación se da con la implementación del DS 66. Es por esto que las comunidades han recurrido en repetidas oportunidades a los tribunales de justicia en busca de que los procesos

39 El reglamento del SEIA (DS 40) se aplica a las calificaciones de aquellas actividades susceptibles de causar impacto ambiental enumeradas en el artículo 10 de la Ley 19.300 y que presenten alguno de los efectos, características o circunstancias indicados en los artículos 7, 8 y 10 del Reglamento del SEIA, que exigen su ingreso vía Estudio de Impacto Ambiental (EIA), específicamente las que (i) generen reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de sus sistemas de vida o costumbres; (ii) se localicen en o próxima a poblaciones, recursos y áreas protegidas; o (iii) generen una alteración del patrimonio cultura.

40 Artículo 8º.- Medidas que califican proyectos o actividades que ingresan al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. La resolución de calificación ambiental de los proyectos o actividades que ingresan al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, de conformidad a lo establecido en el artículo 10 de la ley N° 19.300, y que requieran un proceso de consulta indígena según lo dispuesto en dicha normativa y su reglamento, se consultarán de acuerdo a la normativa del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, dentro de los plazos que tal normativa establece, pero respetando el artículo 16 del presente instrumento en lo que se refiere a las etapas de dicha consulta.

La evaluación ambiental de un proyecto o actividad susceptible de causar impacto ambiental que deba cumplir con la realización de un proceso de consulta indígena acorde a la ley N° 19.300 y su reglamento, incluirá, en todo caso, las medidas de mitigación, compensación o reparación que se presenten para hacerse cargo de los efectos del artículo 11 de la ley N° 19.300.

Para la realización de los procesos de consulta que se realicen en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, la autoridad ambiental podrá solicitar la asistencia técnica de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, en los términos señalados en el artículo 14 de este reglamento.

de estudio de impacto ambiental sean detenidos por falta de consulta o por la realización de consultas viciadas. En julio de 2016, el informe elaborado por la Comisión Asesora Presidencial para la evaluación del SEIA ya daba cuenta de las deficiencias de la reglamentación en análisis respecto del proceso de consulta indígena.<sup>41</sup>

A modo de ejemplo, la consulta realizada a la asociación indígena Koñintu Lafquen Mapu, se vio finalizada abruptamente y de forma anticipada por el director en ese entonces del Servicio de Evaluación Ambiental (SEA). A raíz de lo anterior, la Corte Suprema, previo recurso de protección, interpuesto por la asociación indígena, revocó la calificación ambiental que aprobaba el proyecto de gas natural licuado Penco Lirquén, mandando que se debía hacer una consulta indígena.<sup>42</sup> Dicha consulta se está realizando actualmente y duraría hasta octubre del presente año.<sup>43</sup>

### **3.2. Procesos de consultas realizados en Chile**

Para la elaboración de este *Informe*, se le solicitó vía Ley de Transparencia a la Subsecretaría de Servicios Sociales del Ministerio de Desarrollo Social –que cuenta con una oficina especializada de consulta indígena– el número y detalle de consultas indígenas realizadas en Chile desde la ratificación del Convenio 169 de la OIT. Nos interesaba saber el número y detalle de las consultas de carácter nacional y, en especial, las de carácter local –de las cuales existe mucha menos información y publicidad– para ponderar el impacto que habían tenido estos procesos en Chile. Además, queríamos saber qué número de solicitudes de consultas se habían efectivamente realizado y cuántas rechazado. La respuesta desde dicho ministerio fue sorprendente, puesto que señalaron que no tenían la información sistematizada, no sabían cuántas consultas se habían realizado y procedieron a derivar nuestra solicitud a todos los servicios públicos, tuvieran o no interés en la materia. Nos parece muy grave que el Estado de Chile declare no contar con dicha información ni su sistematización, puesto que deja constancia de la falta de información mínimamente requerida para la realización de una política pública y coherente al respecto.

De la escasa información que hemos logrado sistematizar, podemos señalar lo siguiente:

41 Radio Cooperativa.cl: “El trabajo en Chile bajo la lupa internacional”, 30 de marzo de 2017.

42 Radio Biobío Chile.cl: “Suprema revoca resolución de calificación ambiental aprobada al proyecto ‘octopus’”, 31 de enero de 2017.

43 Radio U Chile.cl: “Denuncian irregularidades en evaluación ambiental de proyectos ‘estratégicos’”, 25 de junio 2017.

### **3.2.1. Consultas a nivel nacional**

A nivel nacional, desde la segunda mitad de 2014 en adelante, se han realizado nueve consultas a los pueblos indígenas.

Realizadas:

1. Consulta Nacional sobre programas de estudio 2º básico. Ministerio de Educación. 2010-2011.
2. Consulta Nacional de la función docente del educador tradicional. Ministerio de Educación. 2010-2011.
3. Consulta Nacional sobre bases curriculares. Ministerio de Educación. 2012.
4. Consulta de la consulta. Ministerio de Desarrollo Social.
5. Consulta por la creación del Ministerio y Consejo Nacional de Pueblos Indígenas, y de los Consejos de Pueblos Indígenas. Ministerio de Desarrollo Social. 2014-2015.
6. Consulta por Proceso Constituyente a los Pueblos Indígenas. Ministerio de Desarrollo Social.
7. Consulta por parte del Ministerio de Salud por la creación de “Reglamento que establece el derecho de las personas pertenecientes a pueblos indígenas a recibir atención de salud con pertinencia cultural”. 2016-2017.
8. Consulta para la creación del Ministerio de Cultura, las Artes y el Patrimonio. Consejo Nacional de la Cultura. 2014-2015.
9. Proyecto de Ley que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas. Ministerio de Medio Ambiente. 2017.

Futuras

1. Consulta nacional indígena bases curriculares 1º a 6º año básico. Ministerio de Educación. 2018.

### **3.2.2. Consultas indígenas a nivel local**

Como señalamos, la intención inicial de este Informe era contar con una sistematización de los procesos de consultas locales realizadas en Chile, pero la falta de información nos impide entregar el número definitivo de las realizadas, ya que la información no se encuentra sistematizada por el Ministerio de Desarrollo Social y, a raíz de que los datos entregados por algunos ministerios y servicios públicos estaban incompletos, no fue posible el proceso de análisis. De una lectura rápida de los pocos datos entregados, pareciera que la mayoría de las consultas se han realizado en el contexto de evaluaciones ambientales, en conformidad al DS 40 que adolece de importantes problemas ya señalados.

Vale la pena destacar la situación especial del pueblo Rapanui, donde las consultas realizadas han tomado la forma de una votación

plebiscitaria en la que pueden participar los miembros del pueblo que se encuentren en el registro de la CONADI. Estas votaciones presentan una novedad y diferencia fundamental con la forma en que se han realizado las consultas en Chile continental. A nuestro juicio, este tipo de consultas pueden ser un buen mecanismo para dirimir, en ciertos casos en que sea adecuado y con el acuerdo de los miembros de dichos pueblos, asuntos complejos o específicos.

Es necesario, también, señalar que existen muchos proyectos de ley y medidas administrativas que ya se realizaron y/o se encuentran en tramitación, que no fueron consultados y que afectan, directamente, a los pueblos indígenas en las más diversas materias. Como ya analizamos en este apartado, la normativa aplicable para los casos de consulta en nuestro país no cumple con los estándares internacionales requeridos en la materia, situación manifiesta desde la creación de dicha regulación, y a la fecha no ha sufrido modificaciones. En el comentado anuncio de la Presidenta Bachelet, de junio de 2017, no se hace mención alguna al tema de la consulta y las demandas de modificación de los DS que la regulan, por lo que no es posible esperar modificaciones en este sentido.

#### **4. DERECHOS A LA TIERRA, TERRITORIOS Y RECURSOS NATURALES. ESTÁNDARES INTERNACIONALES**

La idea central en torno a la cual se configura el derecho internacional de los derechos humanos en materia indígena es la protección de las tierras y territorios ancestrales. Por lo tanto, resulta fundamental, para resguardar la eficacia del derecho internacional, impulsar la creación de mecanismos que garanticen la efectiva y real protección del derecho a la propiedad de las tierras y territorios que tradicional e históricamente han ocupado, poseído o utilizado los pueblos indígenas y, a la vez, garantizar su rol de sujetos activos, durante los procesos de toma de decisiones.

Fue el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la OIT, el encargado de incorporar al ordenamiento jurídico interno un conjunto de principios, derechos y obligaciones respecto de los pueblos indígenas que habitan el territorio chileno. En este convenio se utiliza de forma amplia el concepto “tierra”, lo que significa que incluye también el concepto de “territorio”; de este modo cubriría la totalidad absoluta del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna u otra manera. El Convenio concede un valor vital a las tierras, en razón de la trascendencia espiritual que los pueblos originarios le otorgan en su cultura, idea que refuerza la concepción de que los territorios reclamados son insustituibles.

La Declaración Universal sobre Derechos de los Pueblos Indígenas es aún más enfática en la necesidad de protección de las tierras y territorios indígenas. Al igual que el Convenio 169, esta Declaración concede protagonismo a la importancia cultural de las tierras, señalando de forma expresa, entre sus artículos, que “los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o de alguna forma utilizado o adquirido” (Artículo 26.1). Junto con ello, también señala que “Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate” (Artículo 26.3). Y por último, en su Artículo 27 expresa que “Los Estados establecerán y aplicarán, conjuntamente con los pueblos indígenas pertinentes, un proceso equitativo, independiente, imparcial, abierto y transparente, en el que se reconozcan debidamente las leyes, tradiciones, costumbres y sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas, para reconocer y adjudicar los derechos de los pueblos indígenas en relación con sus tierras, territorios y recursos, comprendidos aquellos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado. Los pueblos indígenas tendrán derecho a participar en este proceso”.

La CIDH, por su parte, ha sido enfática en explicar que “La sociedad indígena se estructura en base a su relación profunda con la tierra”;<sup>44</sup> que “la tierra constituye para los pueblos indígenas una condición de la seguridad individual y del enlace del grupo”<sup>45</sup> y que “la recuperación, reconocimiento, demarcación y registro de las tierras significan derechos esenciales para la supervivencia cultural y para mantener la integridad comunitaria.”<sup>46</sup> En la misma línea, la Corte IDH ha señalado que “para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.”<sup>47</sup>

44 CIDH, *Quinto Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Guatemala*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.111, Doc. 21 rev., 6 de abril de 2001, Capítulo XI, párr. 56.

45 CIDH, *Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 59 rev., 2 de junio de 2000, Capítulo X, párr. 16.

46 *Ibíd.*

47 Corte IDH, *caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 149; Corte IDH, *caso Comunidad Indígena Yakye Axa contra Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párrs. 124, 131; Corte IDH, *caso Masacre Plan de Sánchez contra Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre 2004. Serie C No. 116, párr. 85.

#### 4.1. Breve descripción del sistema de restitución y entrega de tierras indígenas en Chile

Los derechos de propiedad a la tierra y a la territorialidad constituyen uno de los problemas históricos más graves que afectan a los pueblos indígenas en Chile, ya que es el resultado de un largo proceso de despojo de sus tierras y recursos naturales y, según muchos estudios y autores señalan, la principal causa del conflicto actual en el sur del país. El *Informe 2014* dedicó un capítulo exclusivamente a este tema, y consideramos que, en rasgos generales, el panorama actual no ha cambiado, por lo que nos abocaremos someramente a su análisis.<sup>48</sup>

La Ley 19.253, de 1993, sobre Protección, Fomento y Desarrollo Indígena, establece las normas relevantes para la entrega o restitución de tierras a personas o comunidades indígenas en Chile. Ha correspondido a la CONADI, a través de su Fondo de Tierras y Aguas Indígenas (FTA), junto al Ministerio de Bienes Nacionales, impulsar acciones de ampliación, transferencia y regularización de tierras indígenas consideradas en la Ley 19.253. Esta ley reconoce como tierras indígenas aquellas que poseen estos pueblos, ya sea por regulaciones o traspasos de tierras fiscales efectuados por el Estado a través del Ministerio de Bienes Nacionales, por compras de tierras efectuadas por CONADI, o por haber sido de su propiedad en virtud de otros títulos. Esta ley identifica las tierras consideradas como indígenas, contemplando a las que provienen de toda clase de título emanados del Estado, aquellas que por ocupación histórica se inscriban a futuro, en el Registro de Tierras creado por ley, las que sean declaradas como pertenecientes a comunidades indígenas, y las que los pueblos indígenas y sus comunidades reciban, más adelante, a título gratuito del Estado (Artículo 12). Estas tierras pueden ser de propiedad individual o colectiva y estarán exentas del pago de contribuciones. Además, no podrán ser enajenadas, embargadas ni gravadas, ni adquiridas por prescripción, salvo entre comunidades o personas de una misma etnia (Artículo 13). Además, es fundamental mencionar el rol de la CONADI, como organismo encargado del Registro Público de Tierras Indígenas, donde serán inscritas las tierras mencionadas en el artículo 12 de la ley y “únicamente su inscripción otorgará la calidad de tierra indígena.” (Artículo 15).

La manera en que la CONADI opera respecto a la tierra, se encuentra establecida en el artículo 20 de la Ley y se resume en el otorgamiento de subsidios para la adquisición de tierras (artículo 20 letra a), el financiamiento de mecanismos que den solución a problemas de tierras (artículo 20 letra b) y el financiamiento de la constitución, regularización, o compra de derechos de aguas (artículo 20, letra c). Para una información más detallada, remitirse al *Informe 2014*.

48 *Informe 2014*.

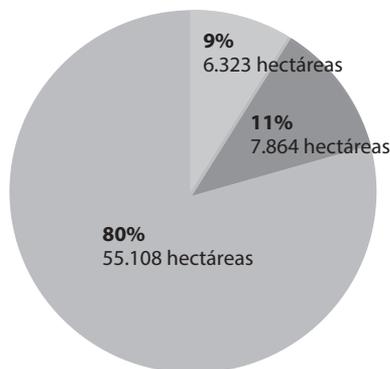
#### 4.1.2. Situación actual del problema en relación al Informe UDP 2014

Bajo la vigencia del artículo 20 letra a) y letra b) de la Ley Indígena, según información otorgada por CONADI (solicitada por Ley de Transparencia), entre el periodo comprendido entre 1994 y 2013 (19 años) se entregaron en total 187.173 hectáreas de superficie, y entre 2012 y 2017 se han adjudicado 69.295 hectáreas, es decir, en los últimos 5 años se ha incrementado la entrega de tierras en proporción a la cantidad de años transcurridos.

Cantidad de tierra entregada por el Fondo de Tierras de la Ley 19.253 desde 2012 al 2017:	
Art. 20 letra a Ley 19.253	6.323 hectáreas para personas individuales. 7.864 hectáreas para parte de alguna comunidad.
Art. 20 letra b Ley 19.253	55.108 hectáreas.
TOTAL:	69.295 hectáreas

*Fuente: Cuadro elaborado en base a información entregada por CONADI junio 2017 solicitada por Ley de Transparencia.*

Cantidad de tierras entregadas por el fondo de tierras desde 2012 a 2017  
Total: 69.295 Hectáreas



-  Art 20 letra a) hectáreas para personas individuales
-  Art 20 letra a) hectáreas para comunidades
-  Art 20 letra b)

Con los datos entregados por CONADI, podemos señalar que el presupuesto destinado a compra de tierras por el artículo 20 letra a) y b) ha incrementado notoriamente en los últimos cuatro años, doblando la cifra presupuestaria desde 2012 a 2016. Este incremento, si bien demuestra un mayor incentivo por parte del Estado, sigue siendo insuficiente para dar real solución al problema de tierras. En conclusión, con la información entregada por CONADI, en los últimos 4 años (2012 a 2016) se entregaron 69.295 hectáreas con un presupuesto que bordea los 246 mil millones de pesos.

Como se mencionó en el *Informe 2014*, la política pública de Estado en materia indígena, se ha centrado en abordar la problemática de las tierras indígenas a través de la acción de CONADI y su Fondo de Tierras y Aguas, y la regulación de derechos del Ministerio de Bienes Nacionales. A la fecha, siguen vigentes los mismos mecanismos de acceso a la tierra antes mencionados, que no cumplen con el fin deseado por el derecho internacional, ni con lo solicitado por los pueblos indígenas, ya que se construyen sobre un concepto económico de la tierra, entendida como un factor productivo y no como un elemento propio de la cosmovisión indígena.

Lo que existe actualmente no es un mecanismo de restitución de territorios, sino uno de compra de tierras para indígenas, que no reconoce el derecho legítimo que tienen estos pueblos a reclamar y reconstruir sus territorios y que, por lo tanto, no constituye una real herramienta que dé solución al problema territorial de estos pueblos. Se trata de una política pública mercantil, que no contempla un procedimiento imparcial ni transparente que permita dar una solución real a los problemas territoriales.

Junto con ello, aún no existe un catastro de tierras y aguas indígenas que permita cuantificar la demanda y las posibles soluciones de reparación. En el mencionado anuncio presidencial del Plan Araucanía, se señaló que se crearía un Comité Interministerial para que actualizara dicho catastro. Junto con ello, se anunció que en el proyecto del ministerio que ya mencionamos se realizarían modificaciones al Fondo de Tierras y Aguas, sin indicar de modo alguno cuáles eran sus defectos y qué se haría para remediarlos. De este modo, nada ha cambiado desde que escribimos el *Informe 2014*, lo que es motivo de profunda preocupación. Se necesita con urgencia aplicar mecanismos idóneos, que estén basados en la restitución de las tierras ancestrales de los pueblos indígenas, haciéndose cargo de la deuda histórica que se tiene con ellos. Mientras esto no ocurra, y no contemos con la voluntad política de los gobiernos de realizarlo, ello no será posible y Chile seguirá vulnerando los derechos humanos de los pueblos indígenas en relación a sus derechos al territorio.

### 4.3. Análisis de la situación de coadministración del Parque Nacional Rapa Nui

Vale la pena destacar, aunque sea brevemente, la situación respecto al Parque Nacional Rapa Nui. La Corporación Nacional Forestal (CONAF) y la comunidad Ma'u Henua de Isla de Pascua suscribieron un convenio para coadministrar las áreas protegidas del Parque Nacional Rapa Nui.<sup>49</sup> Ma'u Henua, creada en el 2016, es una comunidad Indígena conforme a la Ley Indígena chilena, constituida por todos los miembros del pueblo Rapanui mayores de 18 años que quieran formar parte de ella. Entre los objetivos de la comunidad se encuentra la administración del Parque Nacional Rapa Nui. Actualmente están en una primera etapa de coadministración del parque con CONAF. El convenio de asociatividad delega a Ma'u Henua la responsabilidad de hacerse cargo de los lugares de uso público, la protección de los sitios arqueológicos, las actividades de guardaparques y la recaudación de dinero proveniente de las entradas al parque. CONAF, en tanto, se hace cargo de la conservación y protección de los ecosistemas, y de la prevención y combate de incendios forestales.

## 5. MEDIDAS PARA GARANTIZAR DERECHO DE IGUALDAD ANTE LA JUSTICIA Y NO DISCRIMINACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS. CASO MAPUCHE

“-¿Volvería a aplicar la Ley Antiterrorista?  
-En ningún caso. Eso fue un error”.  
(Entrevista a Michelle Bachelet, *The Clinic*, 2013)<sup>50</sup>

### 5.1. Introducción

El propósito del presente apartado es abordar la situación de los pueblos indígenas ante la justicia chilena, en el periodo que va desde 2014 a 2017, intervalo atravesado, una vez más, por la relación de conflicto entre el Estado chileno y el pueblo mapuche. En el análisis que desarrollaremos a continuación se colocará especial énfasis en la legislación antiterrorista, la cual se ha implementado para criminalizar las demandas del pueblo mapuche, influir en la opinión pública y que, según postulamos, ha contribuido a la agudización del conflicto, como ya se vio en el *Informe 2013*.

Tanto el Convenio 169 de la OIT como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, de 2007,

49 *La Tercera*: “Rapa Nui recuperará administración de Parque Nacional tras convenio”, 17 de marzo 2017.

50 *The Clinic*: “Entrevista exclusiva a Michelle Bachelet: ‘Es necesaria una nueva Constitución’”, 11 de abril 2013.

establecen la necesidad de adaptar las medidas estatales a las particularidades de los pueblos indígenas. Esto implica, en el caso de la seguridad democrática y, en particular en materia penal, que el Estado tome en consideración la cultura de los destinatarios indígenas, como lo exige el Convenio 169.

Ello tiene directa relación con las denuncias por el incremento de la violencia en la zona, la excesiva presencia de Fuerzas Especiales en la región de La Araucanía; los violentos allanamientos en los territorios donde viven comunidades mapuche;<sup>51</sup> las denuncias por violencia estatal a familias, niños y niñas mapuche;<sup>52</sup> las denuncias por tortura dentro de la institución penitenciaria,<sup>53</sup> así como, también, las lamentables muertes de Macarena Valdés (2016), Luis Marileo y Patricio González (2017). Al mismo tiempo, son preocupantes las denuncias de atentados, robos y destrucción de maquinaria de trabajo en la zona por parte de movimientos que reivindican demandas del pueblo mapuche. Este año, además, fueron provocados, por primera vez, incendios en iglesias de la zona.

Por su parte, en agosto de 2016, una Comisión Especial Investigadora de la Cámara de Diputados sobre Violencia en la Araucanía emitió un informe, que fue aprobado por los parlamentarios, donde señala, en relación a la protesta mapuche, que “los niveles de violencia verificados en los últimos años en la Región de La Araucanía resultan inéditos y dejan en evidencia la incapacidad estatal de proveer seguridad a la población en algunos sectores rurales.”<sup>54</sup> Además, se advierte que la respuesta por parte del Estado en prevención, protección y vigilancia propiciaría una escalada de violencia y la aparición de fórmulas privadas de obtener justicia.

La agudización de la violencia ha llevado a que incluso, en marzo del presente año, el Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la ONU, Zeid Ra'ad Al Hussein, manifestara su preocupación sobre el uso excesivo de la fuerza en contra del pueblo mapuche.<sup>55</sup> Fue uno más entre los diversos llamados de atención al Estado de Chile realizados por organismos internacionales y nacionales sobre la materia.

51 El Desconcierto.cl: “Allanamiento en comunidad mapuche termina con 7 menores de edad detenidos”, 25 de enero de 2017.

52 Mapuexpress.cl: “Toma de oficina Conadi en Cañete en protesta por violencia estatal hacia familias e infancia mapuche”, 6 de junio 2017.

53 El Mostrador.cl: “Instituto ddhh denuncia tortura contra mapuche que parió con grilletes”, 23 de octubre 2016.

54 *La Tercera*: “Cámara de Diputados aprueba informe Comisión Investigadora por violencia en La Araucanía”, 9 de septiembre 2016.

55 INDH, “Alto Comisionado ONU expresa preocupación a Chile por violencia contra pueblo mapuche”, 29 de marzo 2017.

## 5.2. Legislación antiterrorista

El periodo que nos proponemos analizar (2014-2017) corresponde al segundo gobierno de la presidenta Michelle Bachelet, la misma que en 2013 declaró que en ningún caso volvería a aplicar la Ley Antiterrorista, señalando que incluso la implementación de esta misma, dentro de su anterior gobierno, habría sido un error. Sin embargo, como constataremos, dicha promesa no fue cumplida. “Nos comprometemos firmemente a la no aplicación de la Ley Antiterrorista a miembros de los Pueblos Indígenas por actos de demanda social”, señalaba textual el programa de la Presidenta, y además enfatizaba que la mencionada Ley 18.314 sería “modificada para adecuarla a los estándares internacionales, tal como le han recomendado al Estado de Chile los órganos internacionales de protección de derechos humanos.”<sup>56</sup>

Actualmente, 4 personas se encuentran imputados por Ley Antiterrorista a la espera de juicio; en general, la mayor parte de los hechos de violencia cometidos dentro del llamado conflicto mapuche, han sido perseguidos con la Ley de Seguridad Interior del Estado –Ley 12.927– como así también por la Ley 18314, llamada Ley Antiterrorista. Hasta mayo del 2017, el gobierno de Michelle Bachelet ha presentado 22 querellas por ley antiterrorista.<sup>57</sup> Si bien dicha ley es una norma de larga data en la legislación chilena, su proliferación al actuar el Estado como parte querellante, comenzó principalmente bajo el gobierno de Ricardo Lagos, en 2001, en especial contra miembros del pueblo mapuche por delitos contra la propiedad. Durante el gobierno del ex mandatario, el Estado patrocinó 38 querellas criminales contra comuneros mapuche, por delitos de incendios terroristas, robos y amenazas, etc. Cabe destacar que, entre 2001 y 2010, la Ley Antiterrorista fue utilizada únicamente para procesar a comuneros mapuche. Es decir, por casi una década, la referida norma solo se invocó para investigar y sancionar hechos cometidos por miembros de ese pueblo, al mismo tiempo, que delitos de igual envergadura y especie eran conocidos por la legislación ordinaria, lo que, a juicio de la CIDH, como veremos más adelante, constituyó una discriminación arbitraria.

### 5.2.1. Aplicación de la Ley Antiterrorista

Sin perjuicio de que las legislaciones antiterroristas comparadas, así como los tratados internacionales relacionados con la materia no entregan conceptos unívocos, y los delitos caracterizados como terroristas se enmarquen en innumerables definiciones, la actual Ley Antiterrorista

56 Programa de Gobierno 2014-2018 Michelle Bachelet Jeria, 2013, p. 174.

57 Datos obtenidos de CNN Chile.cl: “Después de casi un año Gobierno vuelve a invocar Ley Antiterrorista en La Araucanía”, 25 de mayo 2017.

chilena ha sido fuertemente criticada y puesta en tela de juicio por diferentes organismos internacionales por su extrema vulneración al debido proceso, la desmedida extensión de la prisión preventiva, y el uso indiscriminado de declaraciones de testigos “sin rostros”, que no permite el adecuado ejercicio del derecho a la defensa.<sup>58</sup> En general, se señala que la definición del delito terrorista es indeterminada e insatisfactoria desde el punto de vista de los principios de legalidad y de tipicidad, consagrados en los artículos 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, además del artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de Chile. Se trata, sin duda, de una “legislación insatisfactoria” y se requiere urgente su “enmienda o derogación”, en palabras del Relator Especial de Naciones Unidas, en su visita de julio de 2014.<sup>59</sup>

Nos parece que el uso casi exclusivo de esta ley de excepción contra el pueblo mapuche, demuestra que los instrumentos de control punitivo hacia este pueblo y sus comunidades ostentan fuertes contenidos de violencia simbólica, es decir, la ley penal fortalece la imagen y percepción de los mapuche como sujetos que ponen en peligro el mantenimiento del orden público en el territorio. Establecen, de este modo, “una censura social hacia la cultura mapuche y sus necesidades históricas-sociales negadas por la intervención autoritaria del Estado que, identificando el ‘enemigo interior’, rompe con el respeto de los principios mínimos de un derecho penal respetuoso de las garantías formales y materiales.”<sup>60</sup> En la actualidad, hay casi 30 proyectos de ley que se encuentran en tramitación y que pretenden modificar la legislación antiterrorista vigente en Chile.

### 5.2.2. Caso de los Lonkos

Como antecedente relevante en esta materia, es necesario señalar que en noviembre de 2014, la Corte IDH emitió sentencia en el *caso Norín Catrیمان y otros contra Chile*. En ese veredicto se condenó al Estado chileno por violar derechos fundamentales garantizados en la Convención Americana a ocho miembros del pueblo mapuche por la

58 Para consultar con más detalle sobre este tema vale la pena referirse al *Informe 2013*; Myrna Villegas, “El terrorismo en la Constitución Política”, *Revista de Derecho Valdivia*, Volumen XXIX-N° 2, pp. 225-319; INDH, *Informe sobre cuestiones a considerar en una reforma de la Ley Antiterrorista a la luz de la observación de casos realizada por el Instituto Nacional de Derechos Humanos*, julio de 2014; Juan Pablo Mañalich, “El terrorismo ante el derecho penal: la propuesta legislativa como retroceso”, Javier Couso (editor), *Anuario de Derecho Público UDP*, 2015.

59 Declaración del relator especial de Naciones Unidas sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, 31 de julio de 2013.

60 Myrna Villegas, “Sistemas sancionatorios indígenas y Derecho penal. ¿Subsiste el Az Mapu?”. *Polít. crim.* Vol. 9, N° 17, Art. 7, 2014, pp. 213-247.

utilización de la Ley Antiterrorista. La Corte IDH sostuvo “que Chile violó el principio de legalidad y el derecho a la presunción de inocencia en perjuicio de las ocho víctimas de este caso por haber mantenido vigente y aplicado el artículo 1° de la Ley N° 18.314 que contenía una presunción legal del elemento subjetivo del tipo terrorista, elemento fundamental en la ley chilena para distinguir la conducta de carácter terrorista de la que no lo era.”<sup>61</sup>

Junto con esto, la Corte también indicó que se utilizaron estereotipos y prejuicios étnicos negativos en la fundamentación de las sentencias condenatorias configurando, de esta manera, una violación del principio de igualdad y no discriminación, así como también, del derecho a la igual protección de la ley, consagrados en la Convención Americana. En el voto disidente de los jueces Manuel Ventura Robles y Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, se señaló, además, sobre el contexto social y político chileno, dentro del cual se enmarca el *Caso Lonkos*, que los estereotipos y prejuicios étnicos negativos, presentes en la fundamentación de las sentencias condenatorias del *caso Lonkos*, se relacionan directamente con las concepciones utilizadas por parte de medios de comunicación social y segmentos de la sociedad chilena para denominar el problema en La Araucanía: “la cuestión mapuche”, el “problema mapuche” o el “conflicto mapuche”. Estas denominaciones, a juicio de la Corte IDH, “deslegitiman la reivindicación de los derechos territoriales del Pueblo indígena Mapuche o califican su protesta social de forma generalizada como violenta o la presentan como generadora de un conflicto entre dicho pueblo y el resto de la población de la zona.”<sup>62</sup> Finalmente, dentro de las medidas de reparación a las víctimas, además de la obligación de dejar sin efecto las condenas por carácter terrorista en este caso, se hizo un llamado de atención por la existencia de una legislación que no garantiza el derecho al debido proceso, haciendo recomendaciones en relación al uso de testigos con identidad reservada, puesto que no garantizan el derecho a la contra interrogación. La Corte IDH estimó, además, que el Estado debía “regular con claridad y seguridad la medida procesal de protección de testigos relativa a la identidad, asegurando que se trate de una medida excepcional, sujeta a control judicial en base a los principios de necesidad y proporcionalidad.”<sup>63</sup>

Estas consideraciones de la Corte han sido replicadas por otros organismos internacionales, tales como el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (2009); el Comité de Derechos Sociales,

61 Corte IDH, *caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena Mapuche) vs. Chile*. Sentencia de 29 de Mayo de 2014 (Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C No. 279, párr. 2.

62 *Ibíd.* párr. 174.

63 *Ibíd.*

Económicos y Culturales (2005); el Comité contra la Tortura (2009), entre otros. Sin embargo, más allá de la modificación que se le efectuó a la Ley Antiterrorista en 2010 y 2011, bajo el gobierno de Sebastián Piñera, respecto a la imposibilidad de aplicar la norma a menores de edad, estas recomendaciones no han sido tomadas en cuenta, puesto que la ley se siguió utilizando de manera indiscriminada. Ben Emersson, Relator para asuntos de derechos humanos en la lucha contra el terrorismo de las Naciones Unidas, ya en 2014, en su informe final, sostuvo que la inmensa proliferación de querellas amparadas bajo la ley antiterrorista no era parte de ninguna solución, que la situación en las regiones afectadas era extremadamente volátil, e instó al gobierno a crear una estrategia nacional en un plazo definido que, entre otras cosas, incluyera el reconocimiento constitucional del derecho de los mapuche a existir como pueblo indígena, al igual que la creación de un Ministerio de Asuntos Indígenas con el personal y los fondos adecuados.

La efectividad punitiva de la aplicación de la Ley Antiterrorista es muy limitada, puesto que no ha servido para lograr más condenas, ni para terminar con la violencia en la zona. Por el contrario, la insistencia tanto de los medios de comunicación, políticos y autoridades en exigir la invocación de dicha ley, no hace más que evidenciar que el “*activar*” la legislación antiterrorista se está convirtiendo en una herramienta de uso discrecional y político. Así, la constante obsesión de categorizar como “terrorista” cualquier hecho de violencia sin una previa investigación, de parte de los medios de comunicación, afecta gravemente el derecho a la defensa y el debido proceso de los implicados. Es importante tener en cuenta que en causas de procesamiento a personas mapuche por delitos terroristas ha sido frecuente, en el pasado, que estos hayan sido sometidos a largos periodos de prisión preventiva para luego ser absueltos.

Así lo señaló el informe 2016 del INDH “(...) en los casos observados directamente por el Instituto o en aquellos en los que se ha realizado seguimiento, tanto en La Araucanía como en la Región Metropolitana, con posterioridad a la modificación legal efectuada en octubre de 2010, no existe ninguna condena, a excepción del caso de Raúl Castro Antipán.”<sup>64</sup>

Ahora bien, como se aprecia, pese a las declaraciones de la mandataria que mencionábamos en el primer párrafo, y a la sentencia condenatoria y recomendaciones de la Corte IDH, tanto el gobierno como el Ministerio Público han insistido en la utilización de la Ley Antiterrorista en casos vinculados a personas mapuche, como lo fue en el caso de los 11 imputados por el *caso Luchsinger Mackay*.

64 INDH, *Informe sobre cuestiones a considerar en una reforma de la Ley Antiterrorista a la luz de la observación de casos realizada por el Instituto Nacional de Derechos Humanos*, julio de 2014.

### 5.2.3. Caso Luchsinger Mackay

El 4 de enero de 2013, en el sector de General López de la Comuna de Vilcún, a 25 kilómetros de la Región de la Araucanía, falleció el empresario agrícola Bernard Luchsinger junto a su cónyuge Vivianne McKay González producto de un ataque incendiario a su vivienda. Ese mismo día se conmemoraba la muerte en manos de la policía uniformada del joven comunero Matías Catrileo, víctima del disparo del carabinero Walter Ramírez. Como se señaló en el Informe 2013,<sup>65</sup> el Caso Luchsinger-Mackay, ha tenido un alto impacto mediático, lo que ha motivado que por parte del gobierno de Sebastián Piñera se afrontara el conflicto desde una óptica represiva, no solo a través de agentes policiales del Estado en contra de integrantes de comunidades mapuche, sino que también a través de la Ley Antiterrorista. La invocación y aplicación de la legislación antiterrorista para este caso fue justificada por el ministro del Interior en ese periodo, Andrés Chadwick, a razón de que “lo más útil como instrumento jurídico es la invocación y la aplicación de la Ley Antiterrorista, porque brinda la posibilidad de tener los espacios procesales para que las policías puedan desarrollar con mayor eficacia sus labores investigativas.”<sup>66</sup> Como vimos anteriormente, dichos “espacios procesales” se relacionan de manera directa con la posibilidad de presentar testigos “sin rostro” en el juicio oral y el acceso reservado a la carpeta de investigación del fiscal, situaciones que privan al imputado de ejercer su derecho a la defensa.

Tras un año de prisión preventiva, el machi Celestino Córdova, quien fue detenido el mismo día del atentado por encontrarse cerca del lugar con una herida de bala,<sup>67</sup> en febrero de 2014 fue condenado a 18 años de presidio efectivo sin beneficios por el delito de incendio con resultado de muerte. Pese a que la ley antiterrorista fue invocada, la corte descartó una intencionalidad terrorista, por dos votos contra uno.

En marzo de 2016 son detenidos 11 comuneros mapuche por la Policía de Investigaciones, dirigidos por el fiscal Cristián Paredes, en un operativo que incluyó 20 allanamientos en diversos puntos del municipio de Vilcún. Los detenidos fueron Sergio Catrilaf, Juan Tralcal, Aurelio Catrilaf, Eliseo Catrilaf, la machi Francisca Linconao, José Córdova, Sabino Catrilaf, Luis Tralcal, Hernán Catrilaf, José Tralcal y José Peralino.<sup>68</sup> A todos se les aplicó la medida cautelar de prisión preventiva, en tanto son procesados por delitos considerados por la Ley

65 Alberto Coddou y otros, “Fuerza estatal y conflicto mapuche”, *Informe 2013*, Santiago, Universidad Diego Portales, 2013, pp.223-255.

66 *El Mercurio*: “Gobierno designa a tercer hombre de Carabineros a cargo de La Araucanía”, 7 de enero de 2013, C2.

67 A 1750 metros del lugar, según Carabineros.

68 The Clinic.cl: “La Araucanía: Detienen a 11 sospechosos del ataque al matrimonio Luchsinger-Mackay”, 30 de marzo 2016.

Antiterrorista. A Francisca Linconao, quien se encuentra en esta lista, se le había detenido previamente, en enero de 2014, a causa de esta misma investigación, sin embargo, fue absuelta y demandó por daño moral al Estado, que fue condenado por el Primer Juzgado de Temuco, en 2015, a pagarle una indemnización de 30 millones de pesos, señalando que la policía actuó “sin mediar respeto” de su condición de autoridad tradicional.<sup>69</sup> Sin embargo, este año la Corte de Apelaciones de Temuco revocó dicho fallo.<sup>70</sup>

Durante 2016 y principios de 2017, la machi Linconao se encontraba en muy mal estado de salud, razón por la cual debió ser internada en el Hospital Intercultural de Nueva Imperial.<sup>71</sup> A causa de esto y a su edad avanzada, se solicitó al Juzgado de Garantía de Temuco, en reiteradas ocasiones,<sup>72</sup> el cambio de medida cautelar de prisión preventiva por el de arresto domiciliario total de la machi. Dichas solicitudes fueron acogidas por el Juzgado, sin embargo, la Corte de Apelaciones revirtió los cambios de medida cautelar, provocando que la machi volviera nuevamente a la cárcel.<sup>73</sup> En enero de 2017, tras varios días de huelga de hambre,<sup>74</sup> se acoge por parte de la Corte de Apelaciones de Temuco el recurso de amparo presentado a su favor y hasta el periodo en el que se redacta este *Informe* se encuentra cumpliendo arresto domiciliario. Cabe destacar que el gobierno –querellante en esta causa– también abogó por la libertad condicional de la machi.<sup>75</sup>

El 24 de diciembre de 2016, otros cinco, de los once acusados por el homicidio del matrimonio Luchsinger-Mackay, quedaron con arresto domiciliario total luego de que el tribunal de Garantía de Temuco aceptara modificar la medida cautelar de prisión preventiva a la que estaban sometidos. Los beneficiarios fueron Juan Tralcal y Sergio, Eliseo,

69 *La Tercera*: “Una Machi con historia”, 31 de marzo 2016.

70 Emol.cl: “Corte de Temuco anuló indemnización de 30 millones a machi Francisca Linconao”, 19 de enero 2017.

71 Radio U. de Chile.cl: “Revocan arresto domiciliario machi Linconao. Deberá retornar a la cárcel”, 16 de octubre 2017.

72 Radio Cooperativa: “Caso Luchsinger. Arresto domiciliario para cinco acusados”, 24 de diciembre 2016.

73 El principal impedimento en las sentencias de la Corte de Apelaciones para corroborar la sentencia del juzgado fue el voto disidente, ya que se necesitaba la votación unánime de la sala como está indicado en las disposiciones de la Ley Antiterrorista.

74 Dicha huelga de hambre fue apoyada por José y Luis Tralcal, ambos procesados por el caso Luchsinger-Mackay, así como, también, por Benito Trangol y Alfredo Tralcal, quienes se encuentran imputados por la quema de una iglesia evangélica en Padre Las Casas, IX Región. Adoptando esta misma forma de protesta para exigir que no se aplicara la Ley Antiterrorista y libertad inmediata de la machi: *La Tercera*: “Cuatro imputados se sumaron a protesta de machi Linconao. Piden que no se aplique la ley antiterrorista”, 5 de enero 2017.

75 Radio BioBio. cl: “El Gobierno, pese a ser querellante, abogó por libertad de machi Francisca Linconao”, 5 de enero 2017.

Sabino y Aurelio Catrilaf.<sup>76</sup> Sin embargo, el 30 de diciembre la Corte de Apelaciones de Temuco volvió a revocar la medida, ordenando el reingreso de los comuneros a la cárcel.<sup>77</sup> El 6 de enero Juan Tracal fue declarado prófugo, ya que no fue encontrado por parte de la Brigada de Investigaciones Especiales, sin embargo, el 11 del mismo mes, se presentó voluntariamente en el recinto penal.<sup>78</sup> El 2 de febrero de 2017 a Sergio Catrilaf se le cambió la medida cautelar a arresto domiciliario total por parte del Juzgado de Garantía de Temuco, pero nuevamente la Corte de Apelaciones revocó dicho fallo. Sin embargo, al no ser hallado, fue declarado prófugo. En marzo del presente año, Catrilaf publicó un video<sup>79</sup> desde la clandestinidad, en el cual criticaba y calificaba de injustas las medidas implementadas en el caso judicial por el cual estaba siendo procesado. Críticas que ya había presentado en una carta abierta a la presidenta Michelle Bachelet el 2016.<sup>80</sup>

En abril del presente año, la Corte Suprema confirma la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Temuco, que acogió el recurso de protección presentado por el INDH, por torturas de Carabineros en el violento allanamiento a la familia de Sergio Catrilaf en marzo de 2017, tras la publicación clandestina del video. En dicho fallo, la Corte se refirió al actuar de la policía militarizada que llevó a cabo el allanamiento, señalando que: “el hecho de que se trate de un cuerpo armado no deliberante, no implica que puedan actuar voluntariosamente y sin medir las consecuencias de lo que hacen, ni con indiferencia de la dignidad de las personas.”<sup>81</sup> Con todo, el 21 de junio de 2017, Sergio Catrilaf fue detenido por la Policía de Investigaciones, en el hogar de su familia durante la celebración del año nuevo mapuche *We Tripantu*. Ahora se encuentra cumpliendo prisión preventiva, junto a los demás imputados, a la espera del juicio oral que realizaría en agosto del presente año.

Vale la pena hacer mención sobre un aspecto señalado por la defensa de los imputados: todas las pruebas de la acusación se basan en el testimonio de uno de los acusados, José Peralino, quien luego declaró que su testimonio fue obtenido mediante amenazas.<sup>82</sup>

76 Radio Cooperativa.cl: “Caso Luchsinger, arresto domiciliario para cinco imputados”, 24 de diciembre 2016.

77 Bío Bío.cl: “Realizan audiencia de apelación de arresto domiciliario de 5 imputados en caso Luchsinger”, 12 de diciembre 2016.

78 *La Tercera*: “Prófugo caso Luchsinger se entrega en recinto penal”, 11 de enero 2017.

79 El Desconcierto.cl: “Video exclusivo, habla Sergio Catrilaf, el imputado del caso Luchsinger que lleva 41 días preso”, 24 de marzo 2017.

80 Mapuexpress.cl: “Carta Pública a la Presidenta de la República chilena Michelle Bachelet”, 23 de abril 2016.

81 El Desconcierto.cl: “Corte Suprema acoge recurso de amparo a favor de familia de Sergio Catrilaf y critica violento actuar de Carabineros”, 21 de abril 2017.

82 T13.cl: “Testigo clave del caso Luchsinger-Mackay reiteró que declaró bajo amenazas”, 13 de abril 2017.

### 5.3. Abusos policiales

Por otra parte, estos procesos han sido aparejados de frecuentes y masivos operativos policiales en La Araucanía. Las intervenciones de la fuerza pública se han justificado como parte del conjunto de medidas adoptadas para la investigación y sanción de los delitos imputados a comuneros/as mapuche, así como para la protección de la propiedad privada que aquellos han reivindicado.

Sin embargo, se ha constatado que, muchas veces, los operativos policiales no tienen efectos focalizados en las personas a quienes se imputan delitos, sino que suelen afectar a un vasto número de habitantes, a familias o comunidades enteras que sufren daños a nivel colectivo, personal y material. En consecuencia, esta estrategia ha desembocado en múltiples denuncias y recursos judiciales sobre uso excesivo de la fuerza hacia las comunidades mapuche, especialmente sobre sus niños y niñas. Ha sido el Instituto Nacional de Derechos Humanos quien ha presentado la mayoría de estos recursos judiciales. En febrero de 2015, la Corte Suprema por vía de un amparo ordenó nuevamente, como en el caso de la familia Catrilaf ya mencionado, que Carabineros respetara el derecho a la libertad y la seguridad personal de tres adolescentes mapuche que fueron presuntamente perseguidos, detenidos y golpeados por policías en octubre de 2014. Sin embargo, siguen produciéndose nuevas denuncias de casos de brutalidad y uso desproporcionado de la fuerza. Veamos solo algunos ejemplos. Impacta el caso de Fabiola Antileo, quien el 12 de mayo pasado, junto a otros/as estudiantes del hogar estudiantil Lawen Mapu de la comuna de Padre Las Casas, participó de una jornada de movilización que tuvo por objetivo manifestar su oposición al procesamiento y encarcelamiento de dos personas mapuche. En ese contexto, Carabineros usó gases lacrimógenos lanzándolos al hogar universitario en el que se encontraba Fabiola, impactando un proyectil directamente en su rostro, provocándole el estallido ocular de su ojo izquierdo. Su defensa y el INDH presentaron acciones judiciales contra quien resulte responsable.<sup>83</sup> A este caso se suma el de Isolina Araneda, de 58 años, quien perdió la visión de un ojo, tras la intervención de Fuerzas Especiales, durante una protesta por el agua en Ñancul.<sup>84</sup>

El caso de Lorenza Cayuhan, presa por el delito de robo con intimidación, también fue objeto de mucha atención en medios de comunicación y redes sociales, luego de que fuera obligada a parir engrillada de sus pies y ante la presencia de un hombre de Gendarmería, violentando sus derechos como mujer mapuche y madre. La Corte Suprema

83 Bío Bío.cl: "Presentan querrela por agresión a joven que perdió un ojo tras protesta en Padre las Casas", 25 de mayo 2017.

84 El Desconcierto.cl: "INDH se querellará contra Carabineros por mujer que perdió ojo por perdigón en medio de protestas en Villarrica", 23 de junio 2017.

acogió el recurso presentado por su defensa y el INDH, determinando que las condiciones en que nació su hija transgredieron las normas mínimas internacionales, y fueron aplicadas de manera discriminatoria por su condición de mujer privada de libertad, parturienta y mapuche.<sup>85</sup>

Otro caso que causó conmoción pública fue el de Brandon Hernández Huencol, de 17 años, quien en diciembre de 2016 recibió, en el marco de un procedimiento de Carabineros, más de cien perdigones en la espalda que habrían sido percutados por un funcionario de la policía.<sup>86</sup> El INDH presentó un recurso de amparo. En un caso similar, la Corte de Apelaciones de Temuco acogió el recurso de amparo presentado por el INDH en favor de la familia mapuche Torres Toro perteneciente al Lof We Kuyen en Ercilla. En abril pasado, efectivos de Carabineros ingresaron violentamente a la comunidad y dispararon con una escopeta antidisturbios contra un niño de 14 años, quien recibió perdigones en su pierna izquierda. La sentencia señala que “el tribunal establece además que las experiencias traumáticas para los niños y niñas de ver a sus familiares detenidos, de ellos mismos ser trasladados en vehículos policiales y la exposición a situaciones de violencia, implican la vivencia de una situación amenazante provocada por la acción de agentes del Estado.”<sup>87</sup>

El 10 de junio de 2017 los jóvenes mapuche Luis Marileo Cariqueo y Patricio González fueron asesinados, en Ercilla, por el ex sargento de Carabineros Ignacio Gallegos Pereira, quien supuestamente repelía un asalto. El caso cobró notoriedad por la historia de Luis Marileo, quien había sido uno de los menores de edad imputado por Ley Antiterrorista en el caso Peaje Quino y que luego, había sido absuelto en 2009. Aquí terminaba, de manera dramática, la historia de un niño marcado desde su nacimiento por el conflicto y la violencia. Las noticias de la prensa y las declaraciones de las autoridades jamás mencionaron la sentencia de la Corte IDH y solo se refirieron al amplio “prontuario policial” de Luis Marileo.<sup>88</sup>

85 Bío Bío.cl: “Corte Suprema acogió recurso de amparo para Lorenza Cayuhan”, 1 de diciembre 2016.

86 The Clinic.cl: “La historia del joven mapuche acribillado por la espalda en Curaco. Los sueños truncados de Brandon Hernández Huentecol”, 30 de enero 2017.

87 INDH, “Corte de Temuco acoge amparo a favor de niño mapuche baleado por carabineros”, 21 de junio 2017.

88 Bío Bío.cl: “Asalto a carabinero (r) en La Araucanía: El amplio prontuario de los asaltantes abatidos”, 11 de junio 2017.

## CONCLUSIONES

En este capítulo hemos intentado realizar una panorámica general del momento actual de la relación de los pueblos indígenas con el Estado de Chile, en especial del mapuche, en atención a los estándares de derechos humanos en la materia. Nos referimos al derecho a la autodeterminación, a los territorios y recursos naturales, a ser consultados y al derecho de igualdad y no discriminación ante la justicia.

En términos generales, podemos señalar que los avances en los últimos años han sido poco significativos; no se aprecia un interés real en dirigirse hacia la solución de los conflictos presentados y no podemos vislumbrar que en el corto plazo puedan existir cambios al respecto.

Los anuncios de la presidenta Michelle Bachelet, en junio de 2017, respecto a lo que se denominó Plan Araucanía, nos parecen insuficientes y profundamente tardíos. Es muy difícil pensar que existirán cambios respecto a la vulneración de los derechos de autodeterminación y a los territorios y recursos naturales; así como en cuanto a los problemas de que adolece el actual sistema de consulta, y a la grave situación de violencia y discriminación que se vive en el sur del país. Se requiere, a nuestro juicio, una verdadera voluntad política para tomar las medidas necesarias y urgentes que permitan iniciar un diálogo respetuoso, fructífero y constructivo entre los involucrados en este conflicto, y que tenga aparejada la intención real de realizar los cambios para lograr el respeto y la adecuación a los estándares internacionales sobre derechos de los pueblos indígenas.

## RECOMENDACIONES

1. Generar una instancia de diálogo mayor, con la participación de todos los involucrados y en condiciones de igualdad, para discutir y acordar una nueva relación entre los pueblos indígenas y el Estado de Chile, que incluya reconocimiento constitucional, territorios, recursos naturales, autodeterminación, consentimiento, reparación a la injusticias del pasado, entre otras materias, de acuerdo a los estándares del derecho internacional de los derechos humanos.
2. Tomar acciones urgentes para modificar, conforme a lo señalado en el *Informe 2013*, la Ley Antiterrorista de manera que se adecúe a los estándares del debido proceso y el derecho a la no discriminación. Mientras ello no suceda, dejar de aplicar dicha ley en casos relacionados con la demanda mapuche.
3. Tomar medidas para terminar con la violencia y los abusos policiales denunciados contra comunidades, familias y niños mapuche en el sur del país.

4. Tomar las medidas necesarias para garantizar que los proyectos de ley, que se encuentran actualmente en trámite, respeten el derecho a la autodeterminación y que su elaboración sea realizada previa consulta a los pueblos interesados.
5. Modificar, con el consentimiento y acuerdo de los pueblos indígenas, los sistemas actuales de restitución de territorios de tal forma que se se cumpla con los estándares internacionales de los derechos de los pueblos indígenas.
6. Modificar, previa consulta a los pueblos indígenas, los Decretos Supremos 66 y 40 que regulan los procesos de consulta indígena, cuyos contenidos incumplen los estándares internacionales en la materia.
7. Sistematizar y publicar de manera transparente los sistemas de información sobre pueblos indígenas en temas como catastros de tierras y aguas, procesos de consultas realizadas, entre otras materias relevantes.

**LAS FALLAS EN EL  
CONTROL DE LA  
ACCIÓN POLICIAL:  
EL CASO DE LA  
VIOLENCIA POLICIAL  
EN LA POBLACIÓN  
LA LEGUA<sup>1</sup>**

1 Capítulo elaborado por Gonzalo García-Campo, Juan Pablo Delgado y Pascual Cortés con la colaboración de las ayudantes Elizabeth Salas, Grisel Fernández y Cecilia Ulloa.



## SÍNTESIS

A contar del año 2001, la población La Legua –y especialmente el sector de Legua Emergencia– ha sido intervenida por el Estado. Anunciada como una política destinada a combatir la violencia asociada al narcotráfico, durante más de 15 años la intervención se ha caracterizado por su ambigüedad y falta de transparencia. Al mismo tiempo, a su alero la presencia de funcionarios de Carabineros de Chile en La Legua ha sido permanente y masiva. En este marco, la violencia policial en contra de las y los habitantes de la población se ha vuelto recurrente, constituyendo una violación a sus derechos fundamentales.

Este capítulo describe los patrones de violencia que han tenido lugar en la población, contrastándolos con los estándares internacionales reguladores de la función policial. Luego, se pregunta por los arreglos institucionales que permiten o favorecen la perpetuación de esta violencia, deteniéndose en los mecanismos internos de control de la actividad policial, es decir, en las estructuras que tiene Carabineros de Chile para controlar la actividad de sus funcionarios. Se critica la deficitaria regulación de estos mecanismos, dando cuenta de su insuficiencia para ejercer un control efectivo de la actividad de los funcionarios policiales.

*PALABRAS CLAVE: Intervención estatal, violencia policial, La Legua, mecanismos de control de Carabineros de Chile.*



## INTRODUCCIÓN

A la fecha de publicación de este *Informe* se habrán cumplido 16 años desde el inicio del Plan de Intervención en La Legua, una política pública que, como se verá, está marcada por un manejo ambiguo, por la vaguedad de las competencias de las instituciones a cargo de su conducción y, a ojos de las pobladoras y pobladores, por su marcado carácter policial.

Desde que en 2001 el entonces Subsecretario del Interior proclamara que “en Chile no hay un Estado dentro de otro Estado”, y anunciara que La Legua sería intervenida para enfrentar la violencia local asociada al narcotráfico, la presencia policial se ha vuelto parte del paisaje cotidiano de la población, especialmente en el sector de Legua Emergencia. Allí es posible observar que la violencia ejercida por funcionarios de la policía (en especial de Carabineros de Chile) ha devenido en un fenómeno recurrente que permite hablar de la existencia de un patrón de violencia policial, constitutivo de violaciones a los derechos humanos.

El objetivo central de este trabajo es describir dicho patrón y alertar sobre las estructuras institucionales que permiten perpetuarlo. Lo que sucede en La Legua, como tendremos ocasión de observar, constituye una violación de derechos fundamentales y una anomalía en un régimen democrático y es una señal de que hay instituciones o regulaciones deficitarias. En este trabajo nos centraremos en los déficits que presentan los mecanismos de control de la actividad policial existentes al interior de la misma institución, doctrinariamente conocidos como “mecanismos internos de control”, que debiesen jugar un rol importante en la prevención y sanción de los hechos de violencia cometidos por funcionarios policiales. Lamentablemente, veremos que dichos mecanismos internos, en nuestro país, se han revelado ineficaces y han contribuido, más bien, a mantener la impunidad y a perpetuar la ocurrencia de los hechos de violencia.

Aunque este artículo se aboca exclusivamente al estudio de la realidad de la población La Legua, existen elementos que permiten afirmar que la violencia policial es un fenómeno que debe ser estudiado a nivel nacional, tanto por su recurrencia como por lo que ella revela acerca de

los déficits institucionales de Carabineros de Chile. En tal sentido, un capítulo del *Informe 2012* advertía que “diversos organismos internacionales han recomendado al Estado de Chile adoptar medidas concretas en torno al tema [de la violencia policial]”.<sup>2</sup> De manera más específica, ese *Informe* recordaba la especial preocupación de algunos organismos internacionales en lo referido a la violencia cometida en contra de personas pertenecientes a grupos vulnerables. El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en 2007, conminó al Estado de Chile a “tomar medidas inmediatas y eficaces para poner fin a esos abusos, vigilar, investigar y cuando proceda, enjuiciar y sancionar a los funcionarios de la policía que cometan actos de malos tratos *en contra de grupos vulnerables*”.<sup>3</sup>

El mismo estudio daba cuenta, por otra parte, de que la violencia policial había sido analizada en Chile a propósito de contextos específicos, como la protesta social y el conflicto del Estado chileno con el pueblo mapuche en La Araucanía. Adicionalmente, indicaba que uno de los contextos en que el fenómeno era recurrente, pero no había sido estudiado, era el de “las poblaciones verdaderamente sitiadas por la policía militarizada”.<sup>4</sup> La Legua es la primera población en haber sufrido este tipo de intervención, y la que lo ha padecido por más tiempo.

Este capítulo comienza introduciendo, en términos generales, la realidad de la población La Legua, con especial énfasis en Legua Emergencia. A través de un breve recorrido por su historia, se busca mostrar cómo ha estado cruzada por la marginación social y por la intervención del Estado, en distintas formas. La mirada se centra en tres momentos: la fundación de la población, la dictadura militar y el inicio del Plan de Intervención. Puesto que el fenómeno estudiado por este capítulo se encuentra situado en un espacio determinado –y no estudia, en cambio, la violencia policial a nivel nacional–, parece importante que se tenga un conocimiento, al menos general, de dicho lugar de Santiago.

En segundo lugar, se presenta la evolución que ha tenido el Plan de Intervención desde su origen. Someramente, se revisan sus distintas denominaciones y cómo las instituciones a cargo del mismo han actuado de forma errática y confusa en su conducción. Un rasgo que pretende evidenciar esta descripción es que el Plan de Intervención (con sus distintas denominaciones, en sus diferentes etapas) ha sido, ante todo, policial. La poca claridad de las instituciones estatales a cargo de la intervención se torna, entonces, especialmente compleja, pues el actuar

2 Centro de Derechos Humanos UDP, *Informe Anual de Derechos Humanos 2012*, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2012, p. 255.

3 Comité de Derechos Humanos, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes con arreglo al Artículo 40 del Pacto, 17 abril 2007, Observaciones finales (Chile). Citado en *Ibíd.* (énfasis añadido).

4 *Ibíd.*, p. 272.

de la policía –en cuanto se trata del órgano del Estado que se encuentra legitimado para utilizar la fuerza– debiese estar especialmente vigilado y supervisado. Es necesario preguntarse, entonces, si el Estado de Chile cumple con los estándares internacionales que regulan el uso de la fuerza por parte de la policía. La respuesta, se puede anticipar desde ya, es negativa. A este examen se aboca la tercera parte del capítulo.

La cuarta sección describe el patrón de violencia ejercido por Carabineros de Chile que ha tenido lugar en la población. El análisis comprende casos que han tenido lugar a contar de 2010 y permite abarcar el universo de casos que ha podido recopilar el Comité de Defensa y Promoción de Derechos Humanos de La Legua.

En quinto lugar, se examinan los arreglos institucionales que permiten la perpetuación del patrón de violencia policial descrito. El examen se centra en las estructuras de control existentes al interior de Carabineros de Chile.

Finalmente, se exponen las conclusiones y se proponen algunas recomendaciones que dicen relación con los déficits institucionales tratados en el punto anterior.

## **1. BREVE DESCRIPCIÓN HISTÓRICA DE LA LEGUA**

Lo que habitualmente se conoce como La Legua comprende, en realidad, tres espacios distintos que son aledaños, pero tienen historias radicalmente diferentes: nos referimos a la Legua Vieja, Nueva La Legua y Legua Emergencia. Este capítulo centra su estudio en Legua Emergencia, pues es ahí donde se concentra prácticamente la totalidad de denuncias de violencia policial con que se ha trabajado. Por otra parte, Legua Emergencia es, de los tres espacios indicados, el que presenta mayores índices de vulnerabilidad y exclusión. Su densidad poblacional comparada con la de las “otras Leguas”, constituye un primer indicio a este respecto. En conjunto, según un informe del Instituto Nacional de Derechos Humanos, en los tres espacios habitan cerca de 14.000 personas. De ellas, poco más del 45% vive en Legua Nueva (6.000 personas, aproximadamente), cerca del 34% en Legua Emergencia (poco menos de 5.000 personas) y alrededor de un 20% habita en Legua Vieja (poco menos de 3.000 personas). Legua Emergencia presenta una densidad de 328,7 habitantes por hectárea, mientras que, en el otro extremo, la densidad de Legua Vieja alcanza los 101 habitantes por hectárea.<sup>5</sup> Por otra parte, un estudio de la Fundación San

5 Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Estudio de caso. Violencia policial en La Legua*, Santiago, 2015, p. 10.

Carlos de Maipo, realizado en 2014, mostró que en La Legua prácticamente un 75% de las y los habitantes posee Ficha de Protección Social. En Legua Vieja el porcentaje alcanza el 82%, mientras en Legua Emergencia llega al 91%.<sup>6</sup>

Como muestran los trabajos de Álvarez,<sup>7</sup> Legua Emergencia es un lugar que desde su origen ha estado marcado, por un lado, por la marginación social de sus habitantes y, por el otro, por la intervención del Estado. Su fundación puede situarse hacia 1950, cuando a ese espacio llegaron hombres y mujeres que provenían, casi en su totalidad, de otros lugares de Santiago, donde carecían de las condiciones mínimas de higiene y salubridad, como las poblaciones “El Pino Alto”, “El Pino Bajo”, “O’Higgins” y “Colo Colo”, entre otras. Llegaron al lugar alentados por la promesa del Estado de que se trataba de viviendas “de emergencia”, que habitarían solo temporalmente, a la espera de recibir casas definitivas. De esta promesa incumplida, que aún espera respuesta, proviene el nombre de la población.

Décadas más tarde, la represión dictatorial se haría sentir con especial crudeza sobre La Legua: además de los cerca de cincuenta pobladores asesinados,<sup>8</sup> fue la segunda población más allanada durante el período, luego de La Victoria, ubicada en la comuna de Pedro Aguirre Cerda. Mientras La Legua fue objeto de 10 allanamientos, en La Victoria se llevaron a cabo 16.<sup>9</sup> Estas estadísticas se refieren a la totalidad de La Legua pero, siendo las “tres Leguas” espacios pequeños y aledaños, dan debida cuenta de lo que significó la dictadura para las y los habitantes de Legua Emergencia. Una caracterización general permitiría afirmar que Legua Vieja y Nueva La Legua fueron lugares donde existió mayor actividad de resistencia a la dictadura, mientras que en Legua Emergencia se llevaron a cabo “razzias” antidelictuales, es decir, operativos que focalizaban la represión en personas con antecedentes penales o que realizaban actividades delictivas.<sup>10</sup>

La década del 90, con la llegada a la democracia y el inicio de la transición, vio crecer el tráfico de drogas en la población, fenómeno que se repitió en otras poblaciones que durante los años de oscuridad dictatorial

6 Fundación San Carlos del Maipo-FSCM, “*Estudio Iniciativa Legua*” diseño de un modelo de intervención territorial focalizada en base a la cosecha participativa de los alcances de Iniciativa Legua. Informe de Resultados, Santiago, 2014, p. 20.

7 Paulo Álvarez, *Vidas intervenidas. La población Legua Emergencia (1949–2010)*, Tesis para optar al grado de magíster, Santiago, Universidad Academia de Humanismo Cristiano, 2010; y Paulo Álvarez, *Legua Emergencia. Una historia de dignidad y lucha*, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2014.

8 Paulo Álvarez, *op. cit.*, 2010, p. 72.

9 Tai Lin, *Desarmar el laberinto. Violencia, estructura física e intervención en Legua Emergencia*, Santiago, RIL Editores, 2016, p. 86.

10 *Ibid.*

habían ofrecido más resistencia a la represión y mayores dosis de organización política. Fue así como el tráfico de drogas comenzó a ser parte habitual del paisaje de poblaciones como La Victoria, La Legua y Yungay.<sup>11</sup>

En el caso de Legua Emergencia, durante estos años se consolidó el poder de “El Perilla”, apodo de Manuel Fuentes Cancino, quien llegó a ser el narcotraficante más importante de la población. Fue él quien expandió los alcances del narcotráfico en la población, involucrando a un número importante de pobladores y pobladoras, algunos de los cuales ya se encontraban desde antes vinculados a actividades ilícitas (los conocidos “choros”), y otros que no habían tenido relación alguna con actividades ilegales. Fue durante este tiempo cuando el espacio público en la población comenzó a vivir un lento proceso de degradación.<sup>12</sup>

Fuentes Cancino fue detenido en 1999, dejando un “vacío de poder” al interior de los grupos ligados al narcotráfico que hizo recrudecer la violencia. El tiempo transcurrido entre el fin de la dictadura y el inicio del Plan de Intervención puede ser descrito, en suma, como una época de crecimiento del narcotráfico y de recrudecimiento de la violencia en la población, que presentaba su panorama más desolador con niñas, niños, jóvenes y adultos “dedicados las 24 horas del día al consumo de drogas hasta quedar absolutamente desnudos ante cualquier tipo de protección, incluso perdiendo la vida.”<sup>13</sup>

## 2. EL PLAN DE INTERVENCIÓN: BREVE CRÓNICA DE UNA POLÍTICA ERRÁTICA

El 23 de septiembre de 2001, como mencionamos en la introducción, se anunció públicamente que La Legua sería intervenida por el Estado, con el fin de contener la violencia desatada por el narcotráfico. A contar de entonces, lo que las y los pobladores de La Legua comenzaron a percibir fue que el lugar se llenaba, cada vez más, de efectivos de Carabineros. Esto ocurría con especial intensidad en Legua Emergencia. Lamentablemente, se trataba de la única cara del Estado que aumentaba su presencia en la población, pues en otros ámbitos, como el urbanístico o el educacional, no parecían haber grandes cambios: el Estado se volvía a hacer presente en la población, pero solo a través de

11 El sacerdote Ronaldo Muñoz señaló, en un libro póstumo de entrevistas, que a la población Yungay (en la comuna de La Granja) “la pasta base llegó masivamente, y también a muchas poblaciones del gran Santiago en el invierno del 91. Después supimos, por experiencia directa de la Yungay y datos de otros lados, que había sido traída del norte, entre otros, por la policía de investigaciones”. Cristián Moreno y Enrique Venegas, *Conversaciones con Ronaldo Muñoz*, Santiago, Fundación Coudrin de la Congregación de los Sagrados Corazones, 2010, p. 203.

12 Tai Lin, *op. cit.*, p. 90.

13 Paulo Álvarez, *op. cit.*, 2010, p. 86.

Carabineros de Chile. Esta situación llevó, en 2009, a Paulo Álvarez Bravo, poblador de Legua Emergencia, a solicitar información al Ministerio del Interior para, entre otras cosas, esclarecer sus objetivos, fases de implementación, organismos o autoridades responsables, evaluaciones y datos concretos. La respuesta, enviada a través de la Subsecretaría del Interior, solamente se refirió a proyectos sociales llevados a cabo en el sector, ninguno de los cuales hacía mención a algún plan de seguridad ni explicaba formalmente la presencia policial. La respuesta insuficiente motivó que, el 20 de enero de 2010, Paulo Álvarez presentara un amparo de acceso a la información pública ante el Consejo para la Transparencia (CPLT, en adelante) en contra de la Subsecretaría del Interior, fundado en que la información era incompleta.

En la audiencia pública que se realizó en el marco del amparo, el representante de la Subsecretaría negó la existencia de algún Plan de Intervención en La Legua y, todavía más, señaló que el plan era en realidad un «nombre de fantasía» empleado para referirse a un conjunto de políticas desarrolladas en la población. En su decisión sobre el caso, el CPLT hizo ver que la respuesta del Ministerio del Interior era insuficiente, pues bastaba una somera revisión en la prensa para darse cuenta que las mismas autoridades se referían al Plan de Intervención, aludió a la importancia que tenía la rendición de cuentas, y que esta se hiciera de manera proactiva, y ordenó al Ministerio del Interior que proporcionara al recurrente todos los antecedentes que tuviera sobre el Plan de Intervención.<sup>14</sup>

No obstante, a pesar de lo prescrito por el CPLT, durante los años siguientes el discurso y el accionar del Ministerio del Interior siguieron siendo erráticos y confusos. En la prensa es posible ver cómo se refirió al Plan de Intervención con al menos cinco nombres diferentes, entre los que cabe recordar el “Plan La Legua”,<sup>15</sup> “Plan de Recuperación de La Legua”,<sup>16</sup> “Plan de Recuperación de Orden y Seguridad en La Legua Emergencia”<sup>17</sup> e “Iniciativa La Legua”.<sup>18</sup> Al mismo tiempo, al ser consultado por medio de los conductos formales, siguió dando cuenta de la inexistencia de algún tipo de planificación en materia de

14 Consejo para la Transparencia. Decisión Amparo Rol C39-10, 20 de agosto de 2010, especialmente Considerandos 10º y siguientes.

15 *La Tercera*: “Plan La Legua busca transformar el barrio con obras urbanas y sociales”, 23 de octubre del 2011 y *Qué Pasa*, “La Emisaria en La Legua”, 6 de septiembre del 2012.

16 Biobío Chile.cl: “Acuerdan plan para la recuperación de La Legua”, 2 de abril del 2011.

17 Ministerio del Interior (nota de prensa), “Ministro Hinzpeter inspeccionó resultados de la Operación de Inteligencia en La Legua Emergencia y lanzó segunda etapa de Plan de Recuperación de Orden y Seguridad”.

18 *La Tercera*: “Las historias y dificultades tras la remodelación de la población La Legua”, 9 de junio del 2013. Véase también: SENDA (nota de prensa), “Organizaciones sociales analizan avances del plan de recuperación de La Legua”, 21 de noviembre del 2011.

seguridad. En respuesta evacuada en agosto de 2013, ante una solicitud de información,<sup>19</sup> la Subsecretaría de Prevención del Delito,<sup>20</sup> por medio de oficio N° 1889, se refirió a los ejes de la iniciativa, sin mencionar el trabajo en materia de seguridad. Respecto del rol de Carabineros, se limitó a indicar que dicha institución participa de la Iniciativa La Legua a través del diseño e implementación del Servicio Focalizado La Legua, a cargo de la Prefectura Oriente, agregando que corresponde a los uniformados “la recuperación del orden público en el territorio (...) facilitando la ejecución de distintos programas sociales”.

Al responder sobre la existencia de algún tipo de evaluación, el citado oficio señaló que, en el entendido de que el programa databa del año 2011, “no es factible técnicamente contar con evaluaciones de resultados”. Por último, en 2014, en el marco de una acción de amparo interpuesta por el Comité DDHH La Legua y la Oficina Especializada en Derechos Humanos de la Corporación de Asistencia Judicial, tanto el Ministerio del Interior como Carabineros de Chile volvieron a negar la existencia de un plan de intervención.<sup>21</sup>

Un significativo esfuerzo de sistematización de lo que habían sido las políticas de seguridad implementadas en La Legua desde 2001 fue realizado por el Instituto Nacional de Derechos Humanos en un informe de 2015. En ese análisis, mediante una recopilación de documentos, entrevistas y solicitudes de información se consiguió dar un primer esbozo sobre cómo La Legua había sido objeto de distintas políticas públicas respecto de los llamados “barrios críticos”. Caben aquí el programa “Barrio Seguro”, el programa comunal “Comuna Segura-Compromiso 100”, los “Planes Comunales de Seguridad Pública” y el “Programa Barrio en Paz Residencial”, todos ejecutados en distintos periodos entre 2001 y 2014 y que habrían comprendido de alguna manera a la población La Legua.<sup>22</sup> En paralelo, a partir de 2011, la llamada “Iniciativa Legua” se constituiría desde el gobierno central en una instancia coordinadora de la diversidad de planes y programas que se implementaban en el territorio legüino. Los distintos programas ejecutados en la Legua, sin importar la repartición de dependencia o el área de trabajo, estaban, por tanto, siendo coordinados por “Iniciativa Legua”, que dependía directamente de la Subsecretaría de Prevención del Delito del Ministerio del Interior y Seguridad Pública.<sup>23</sup>

19 Solicitud de Información N° AB091C0000001.

20 Instancia creada en 2011, por medio de la ley N° 20.502, que creó el Ministerio del Interior y Seguridad Pública.

21 Corte de Apelaciones de San Miguel, *Nelson Caucoto Pereira, Franz Moller Morris, Rodrigo Godoy Araya, en favor de Paulo Álvarez Bravo contra Ministerio del Interior y Seguridad Pública*, 4 de septiembre de 2014.

22 Instituto Nacional de Derechos Humanos, *op. cit.*, pp. 13-15.

23 *Ibid.*, p. 15.

A pesar de haberse entregado la información reseñada, el mismo informe del INDH da cuenta de la persistente falta de definición de las políticas del Estado en La Legua, así como de las críticas que las organizaciones locales han hecho a la Iniciativa Legua. Por otra parte, el informe revela las deficiencias en lo que respecta a fijación de metas, indicadores de resultados o parámetros que permitan evaluar la “Iniciativa Legua”.<sup>24</sup>

Recién el 2016 se produciría una mayor claridad sobre las políticas de seguridad que operaron durante quince años en la población La Legua. Dos hitos merecen ser destacados aquí.

El primero ocurrió en mayo de 2016. En una actividad académica realizada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, el entonces subsecretario de Prevención del Delito, Antonio Frey, señaló respecto de La Legua:

Existe una cantidad impresionante de recursos invertidos en un lugar sin saber para qué. El gobierno anterior invirtió veinticinco mil millones en un espacio de cuatro años. Entonces el Plan La Legua o Iniciativa La Legua no era un plan y tampoco lo viene siendo en este gobierno.

Asimismo, refiriéndose a las gestiones del actual Gobierno, agregó lo siguiente:

(...) de manera muy improvisada lo que estoy tratando de hacer, ahora que vamos a transferir los recursos a la Intendencia, es establecer una línea base (...) para ver hacia dónde nos queremos mover. Y establecernos metas para poder tener una rendición de cuentas posterior.<sup>25</sup>

Pero particularmente relevante para aclarar lo que ha ocurrido, y continúa ocurriendo en La Legua, fue la creación en la Cámara de Diputados de una Comisión Especial Investigadora sobre intervenciones sociales y policiales en barrios críticos, que sesionó por primera vez en noviembre de 2016.<sup>26</sup>

En la primera sesión de esa comisión, realizada el 23 de noviembre de 2016, el subsecretario de Prevención del Delito dio cuenta de las

24 *Ibíd.*, p. 16.

25 Las citas completas, así como el video de la intervención del subsecretario, se pueden encontrar en el blog del Comité de Defensa y Promoción de Derechos Humanos de La Legua en su entrada titulada “*Subsecretario de Prevención del Delito niega la existencia de un plan de intervención en La Legua*”, de fecha 6 de junio de 2016.

26 El nombre oficial de la comisión es “Comisión especial investigadora de los actos de Gobierno vinculados a intervenciones sociales y policiales en barrios críticos entre 2001 y 2015, y la actuación de Carabineros e Investigaciones y las Subsecretarías de Interior y Prevención del Delito.”

acciones estatales llevadas a cabo en los denominados “barrios críticos” o “barrios de alta complejidad”, entre ellos, La Legua. En dicha instancia se aclaró que fue, justamente, en 2001, que se inició la política estatal de intervención en once barrios, incluida La Legua, en el marco del programa Barrio Seguro, cuyo periodo de vigencia se sitúa entre los años 2001 y 2007. El presupuesto de dicho programa fue de \$2.853.722.742 entre 2001 y 2005 y de \$2.165.000.000, aproximadamente, entre 2006 y 2007. Luego, agregó el subsecretario, La Legua habría sido objeto de intervención a través de la llamada Iniciativa La Legua, programa operativo entre los años 2011 y 2015, cuyo gasto alcanzó la suma de 21.000.000.000 de pesos, aproximadamente.

Respecto de las evaluaciones de lo que fue la Iniciativa La Legua, se aclaró ante la Comisión Especial Investigadora que solamente existe una evaluación, realizada por la Fundación San Carlos de Maipo, cuyo balance, en palabras del subsecretario, “no es lo positivo que pretendieron sus autores”. Efectivamente, entre sus conclusiones, el informe de evaluación señala, derechamente, que “no existen avances en torno al objetivo central de la iniciativa: disminuir la violencia en el territorio”.<sup>27</sup>

Acerca del fenómeno de la violencia propiamente tal, el mismo informe agregó que:

(...) a pesar de que la presencia policial en el barrio es considerada por algunos actores como un avance, esto no se ha constituido como un elemento que contribuya a disminuir la violencia, y por el contrario, se ha configurado un entorno que se percibe de maltrato hacia las y los vecinos de La Legua. Se recomienda por tanto explorar y evaluar estrategias más cercanas al concepto de policía comunitaria, que ningún actor percibe que se exprese en el territorio. Así también, se recomienda una coordinación permanente entre la policía y otras entidades que ejercen control o sanción del delito como son el Ministerio Público, Gendarmería, o el Ministerio de Justicia.<sup>28</sup>

En la actualidad, según se informó también ante la Comisión Especial Investigadora, La Legua estaría incluida dentro de la cobertura de los Planes Integrales de Barrios de Alta Complejidad, que operará a través de unidades radicadas en la Intendencia y que actualmente comprende las poblaciones La Legua, de la comuna de San Joaquín, y a la población Bajos de Mena, en la comuna de Puente Alto. Tanto la población El Castillo, de la comuna de La Pintana, como la población Parinacota, de la comuna de Quilicura, pasarían a ser objeto de intervención a

27 Fundación San Carlos de Maipo, *op. cit.*, p. 110.

28 *Ibid.*

través de este programa. De este modo, la acción estatal sería traspasada del Ministerio del Interior a las intendencias, lo que, en el caso de La Legua y Bajos de Mena, ya se ha hecho mediante resoluciones exentas que materializan un traspaso de recursos.<sup>29</sup>

De este modo, a quince años del inicio de la intervención estatal en La Legua, es posible observar que no existe un actuar consistente por parte del Estado. Un fenómeno como el descrito es complejo en cualquier política pública, pero lo es especialmente en una como el “Plan de Intervención”, pues incide directamente en la vigencia de los derechos fundamentales de la ciudadanía; en este caso, de las y los habitantes de La Legua y, especialmente, de Legua Emergencia.

Lo que aumenta la complejidad del fenómeno en estudio es que mientras desde las instituciones estatales se observa falta de claridad y ambigüedad en la conducción de la intervención, para los pobladores y pobladoras no hay duda de que ha existido una intervención del Estado en la población. Así lo refleja la presencia de 72 funcionarios (y, muy escasamente, funcionarias) armados de Carabineros apostados diariamente en 6 esquinas de Legua Emergencia,<sup>30</sup> la cual ha incidido en la cotidianidad del lugar, siendo percibida en sí misma como algo violento.<sup>31</sup>

Como veremos en este estudio, es particularmente complejo que se desplieguen acciones policiales de la magnitud de las que han tenido lugar en La Legua sin que existan estrictos mecanismos de control sobre las mismas. En nuestro país, Carabineros es una de las instituciones autorizadas para hacer uso de la fuerza. Una labor que tiene tal incidencia en los derechos fundamentales de la ciudadanía debe estar estrictamente regulada y vigilada, pues, de lo contrario, se arriesga seriamente la vigencia de dichos derechos. Lamentablemente, en nuestro país no existen los dispositivos institucionales que aseguren dicha fiscalización. La situación es especialmente crítica, como se insistirá a lo largo de este capítulo, cuando se mira a las estructuras institucionales propias de Carabineros de Chile, es decir, a lo que doctrinariamente se conoce como mecanismos internos de control, pues estos parecen tener una efectividad casi nula, como demuestran la serie de denuncias administrativas que se han interpuesto por hechos de violencia acaecidos en la población La Legua.

29 Se trata de la Resolución Exenta SPD N° 868 de 15 de febrero del 2016, que traspasa \$213.466.652 y la Resolución SPD N° 04 de 10 de mayo de 2016, que traspasa \$1.840.000.000.

30 Instituto Nacional de Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 20.

31 *Ibid.*, p. 38.

### 3. ESTÁNDARES INTERNACIONALES APLICABLES A LA FUNCIÓN POLICIAL

Todos los funcionarios públicos que ejercen una función al interior de un Estado que ha suscrito instrumentos internacionales de protección de derechos humanos deben actuar conforme a las obligaciones contenidas en estos. De dicho deber no están exentos los cuerpos policiales.

Los estándares internacionales relevantes en esta materia comprenden todas las normas que consagran derechos fundamentales que se vuelven críticos en la relación entre el ciudadano y las fuerzas policiales, como son el derecho a la vida, integridad física y psíquica, libertad personal, debido proceso y presunción de inocencia.<sup>32</sup> Asimismo, abarcan un conjunto de estándares, criterios y orientaciones contenidos en instrumentos del denominado *soft law*, donde son especialmente importantes por su influencia en los cuerpos policiales de todo el mundo, el “Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley”<sup>33</sup> y los “Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley”,<sup>34</sup> ambos de la Organización de Naciones Unidas. A los ya mencionados se pueden añadir otros instrumentos, como las “Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos”<sup>35</sup> y el “Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión”.<sup>36</sup>

- 32 Estos son derechos de amplia protección internacional, tanto en el Sistema Universal de Derechos Humanos, a través del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), como en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, de la mano de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Así, el derecho a la vida es protegido en los arts. 6 del PIDCP y 4 CADH, el derecho a la integridad física y psíquica en los arts. 7 PIDCP y 5 CADH, la libertad personal en los arts. 9 PIDCP y 7 CADH, y el debido proceso y la presunción de inocencia en los arts. 14 PIDCP y 8 CADH. Además, en lo relativo a grupos vulnerados, se debe hacer referencia a disposiciones de la Regla de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, adoptada por la Asamblea General, Res. 45/113, de fecha 14 de diciembre de 1990.
- 33 Organización de Naciones Unidas, *Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley*, adoptado por la Asamblea General en su resolución 34/169, de 17 de diciembre de 1979.
- 34 Organización de Naciones Unidas, *Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley*, adoptados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba), del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990.
- 35 Organización de Naciones Unidas, *Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos*, adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus Resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.
- 36 Organización de Naciones Unidas, *Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión*, adoptados por la Asamblea General en su Resolución 43/173, del 9 de diciembre de 1988.

Si bien los Estados tienen el deber indiscutido de velar por la seguridad y el orden público, deben asegurarse de que dicho objetivo sea perseguido respetando las obligaciones impuestas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Esto tiene implicancias tanto para el ordenamiento jurídico interno como para las prácticas de las instituciones dedicadas al resguardo del orden y la seguridad.

La idea anterior aparece desarrollada por los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Desde sus primeros pronunciamientos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido a aquella tensión que se produce entre la preservación de la seguridad y el respeto de los derechos humanos. Es así como la Corte ha señalado que “[e]stá más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad. Tampoco puede discutirse que toda sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico. Pero, por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan ser los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana.”<sup>37</sup> En otros pronunciamientos, ha indicado que el Estado, al buscar garantizar su seguridad y mantener el orden público, debe “realizar sus acciones dentro de los límites y conforme a los procedimientos que permiten preservar tanto la seguridad pública como los derechos fundamentales de la persona humana.”<sup>38</sup> La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por su lado, ha sostenido que las políticas de seguridad ciudadana deben siempre “incorporar los estándares de derechos humanos como guía y a la vez como límite infranqueable para las intervenciones del Estado”,<sup>39</sup> agregando que los principios internacionales de derechos humanos deben permear tanto el diseño, la implementación como la evaluación de las políticas de seguridad ciudadana.<sup>40</sup>

37 Corte IDH, *Velásquez Rodríguez contra Honduras*, 29 de julio de 1988, párr. 154. El mismo pronunciamiento o uno de muy similares términos se encuentra también en: Corte IDH, *Godínez Cruz contra Honduras*, 20 de enero de 1989, párr. 162; Corte IDH, *Castillo Petruzzi y otros contra Perú*, 30 de mayo de 1999, párr. 204; Corte IDH, *Durand y Ugarte contra Perú*, 16 de agosto de 2000, párr. 69.

38 Corte IDH, *Castillo Petruzzi y otros contra Perú*, 30 de mayo de 1999, párr. 89 y 204; Corte IDH, *Durand y Ugarte contra Perú*, 16 de agosto de 2000, párr. 69; Corte IDH, *Bámaca Velásquez contra Guatemala*, 25 de noviembre de 2000, párr. 143; Corte IDH, *Bulacio contra Argentina*, 18 de septiembre de 2003, párr. 124.

39 CIDH, *Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos*. Washington DC, Organización de Estados Americanos, 2009, párr. 50.

40 *Ibid.*, párr. 51.

### 3.1. Límites al uso de la fuerza

De acuerdo a los estándares de derechos humanos, sobre todo aquellos desarrollados por los instrumentos arriba citados de Naciones Unidas, los principios que deben guiar el uso de la fuerza son los de legalidad, necesidad y proporcionalidad. Estos principios han permeado, en general, las regulaciones de uso de la fuerza en distintos países y son expresamente recogidos en las directrices internas de Carabineros de Chile.<sup>41</sup>

Los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad deben ser observados en todo tipo de actuación policial que importe una tensión con los derechos humanos de las personas. En términos generales, se entiende que la legalidad supone el estricto apego a las normas que regulan las actuaciones policiales, lo que en concreto se materializa en cuán apegadas a la normativa vigente se encuentran las conductas policiales en materia de realización de controles de identidad, hipótesis de flagrancia, y ejercicio de facultades de registro personal, entre otras.

Por otra parte, la necesidad sugiere que la fuerza es siempre el último recurso frente a la resistencia de quien es objeto de un procedimiento. Así, y a modo meramente ejemplar, queda excluido el uso de armas de fuego salvo en casos extremos.<sup>42</sup>

Por último, en lo referido al principio de proporcionalidad, este exige respetar un equilibrio entre el grado de resistencia o agresión sufrida por un funcionario y la intensidad de la fuerza desplegada. En concreto, no se espera que la función policial carezca de eficiencia en la legítima función de prevención del delito. Lo que se busca es establecer una regla de comportamiento para una institución que posee la facultad de portar instrumentos disuasivos (armas) que no deben ser utilizados a todo evento y sin reflexión alguna respecto a los contextos en que se usan.

El respeto de los derechos humanos y la observancia de estos principios tienen consecuencias para el actuar policial en sus labores preventivas y de investigación. Así, deben respetarse garantías desde las primeras etapas de la investigación y a lo largo de todo el proceso judicial, como el principio de objetividad en la investigación, el de presunción de inocencia, de indemnidad del domicilio, seguridad individual y libertad de reunión. A su vez, existen manifestaciones concretas que ilustran en qué situaciones deben utilizarse estos criterios para actuar conforme a los estándares requeridos: la obtención de evidencias debe ampararse en decisiones fundadas y con perspectiva de la

41 Estos son los principios que inspiran el modelo para el uso de la fuerza de Carabineros de Chile, según consta en la Circular N° 1756 de la Dirección General, del 13 de marzo de 2013.

42 Artículo 3 del *Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley*, adoptado por la Asamblea General en su resolución 34/169, del 17 de diciembre de 1979.

menor afectación posible a los derechos de las personas involucradas; se debe entender estrictamente prohibida la tortura así como la utilización de mecanismos que constituyan tratos crueles, inhumanos o degradantes;<sup>43</sup> la declaración de un presunto responsable debe llevarse a cabo con respeto a su derecho a guardar silencio, asistido por un abogado e informado de los cargos que se le imputan; las restricciones que se impongan a las reuniones han de basarse en las normas del derecho nacional y no deben ir más allá— de lo necesario para asegurar la paz y el orden.

### **3.2. Responsabilidad y mecanismos de control**

El uso de la fuerza por parte de funcionarios encargados de hacer cumplir la ley debe ir acompañado por un sistema de responsabilidad y de mecanismos de control. Ambos elementos son fundamentales para evitar el uso arbitrario de la fuerza y, junto con eso, resguardar los derechos fundamentales de las personas que son objeto de actuaciones policiales.

Se debe tener presente que la responsabilidad por el uso de la fuerza, con infracción de las normas que la regulan, o empleada de forma arbitraria, recae no solo en el agente que actuó— de tal manera, sino también en los funcionarios superiores que dieron órdenes ilícitas o que no intervinieron cuando tenían conocimiento, o debían haberlo tenido, de que uno de sus subordinados recurriría al uso ilegal de la fuerza.<sup>44</sup> Adicionalmente, de acuerdo a los estándares de Naciones Unidas, las órdenes ilícitas no pueden esgrimirse como excusa si los agentes tuvieron una oportunidad razonable de negarse a cumplirlas.<sup>45</sup>

El apropiado uso de la fuerza exige también, respecto de los mandos superiores, el control operacional inmediato de situaciones complejas y la formulación de las instrucciones apropiadas para los procedimientos. Esto requiere que las jefaturas tengan en consideración a qué grupos de personas se afectará con la medida de fuerza: menores de edad, personas con movilidad reducida, mujeres embarazadas, entre otras. Es claro para las diversas normas establecidas en los instrumentos internacionales que existe un deber positivo de actuar en caso

43 Artículos 5 y 6 del *Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley*.

44 Organización de Naciones Unidas, *Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley*, adoptados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, Principio N° 24.

45 *Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley*, Principio N° 26. Y en lo pertinente el artículo 6 de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, adoptada por la Asamblea General en su resolución 47/133, de fecha 18 de diciembre de 1992.

de que existan irregularidades vinculadas al uso desproporcionado de la fuerza por parte de las policías.<sup>46</sup> A los superiores, en especial, les cabe tomar conocimiento de las actividades de sus subordinados y, además, si corresponde, iniciar las respectivas investigaciones administrativas.<sup>47</sup>

Junto con los sistemas de responsabilidad, los mecanismos de control aparecen como una necesidad ineludible para efectos de sujetar el actuar policial a los límites que le imponen la Constitución, la ley y los estándares internacionales aplicables. La literatura suele clasificar los mecanismos de control entre aquellos que están dentro de la institución policial (mecanismos internos) y aquellos que están fuera de ella (mecanismos externos).<sup>48-49</sup> Un típico mecanismo de control interno de la policía lo representa el régimen disciplinario interno de la institución y las sanciones disciplinarias ordenadas por un superior jerárquico (por ejemplo, dar de baja a un funcionario, amonestarlo en su hoja de vida, entre otras), mientras que un típico control externo es aquel que ejercen los jueces sobre la policía.

Si bien no hay instrumentos internacionales vinculantes que se refieran a los mecanismos de control interno de las entidades policiales, sí existen ciertos principios y recomendaciones que entregan algunos criterios a seguir para efectos de resguardar los derechos de las víctimas de abuso y garantizar que los procedimientos sean capaces de dar cuenta de la especial posición en la que se encuentran dichas personas en relación con la institución policial.

Así, por ejemplo, el documento “Normativa y Práctica de los Derechos Humanos para la Policía”, elaborado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, señala<sup>50</sup> que es necesario que los países cuenten con “mecanismos eficaces para garantizar la disciplina interna y el control externo, así como una supervisión eficaz de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley”. Asimismo, indica que deberán establecerse “mecanismos para recibir y tramitar las denuncias presentadas por los ciudadanos contra

46 Artículo 8 del *Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley*.

47 Cabe recordar que, a nivel de legislación nacional, el Código de Justicia Militar establece en sus artículos 2, 211 y 214 la responsabilidad del superior por delitos cometidos en virtud de una orden, además del deber que se le impone de ejercer facultades disciplinarias.

48 Aunque se ahondará en esta materia más adelante, cabe decir, desde ya, que la teoría de los mecanismos de control se remonta hasta los albores del constitucionalismo, donde se comenzó a distinguir entre mecanismos de control internos y externos, como parte de la conocida doctrina de los frenos y contrapesos.

49 David Bayley, *Patterns of Policing*, New Jersey, Rutgers University Press, 1985, p. 160.

50 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Normativa y Práctica de los Derechos Humanos para la Policía*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2003, pp. 91 y siguientes.

los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley” y que las investigaciones deberán ser “rápidas, competentes, exhaustivas e imparciales”. Respecto de las investigaciones se establecen deberes de proactividad para la institución, señalando, entre otros aspectos, que “se procurará identificar a las víctimas, recuperar y conservar las pruebas, descubrir posibles testigos, averiguar la causa, la forma, el lugar y el momento del delito e identificar y capturar a los autores.”

Junto con lo anterior, es relevante destacar los criterios que provee la “Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder”<sup>51</sup> de Naciones Unidas. Ese documento señala expresamente que se deberá facilitar la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas, enumerando una serie de condiciones mínimas para alcanzar dicho objetivo, las que resultan también aplicables a los procedimientos disciplinarios internos de las entidades policiales:

- a) Informando a las víctimas de su papel y del alcance, el desarrollo cronológico y la marcha de las actuaciones, así como de la decisión de sus causas, especialmente cuando se trate de delitos graves y cuando hayan solicitado esa información;
- b) Permitiendo que las opiniones y preocupaciones de las víctimas sean presentadas y examinadas en etapas apropiadas de las actuaciones siempre que estén en juego sus intereses, sin perjuicio del acusado y de acuerdo con el sistema nacional de justicia penal correspondiente;
- c) Prestando asistencia apropiada a las víctimas durante todo el proceso judicial;
- d) Adoptando medidas para minimizar las molestias causadas a las víctimas, proteger su intimidad, en caso necesario, y garantizar su seguridad, así como la de sus familiares y la de los testigos en su favor, contra todo acto de intimidación y represalia;
- e) Evitando demoras innecesarias en la resolución de las causas y en la ejecución de los mandamientos o decretos que concedan indemnizaciones a las víctimas.

Es importante tener en cuenta estos principios, ya que guían la construcción de mecanismos de control disciplinario eficaces, con capacidad de abordar situaciones de abuso, que aseguren una adecuada

51 Organización de las Naciones Unidas, *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder*, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 40/34, del 29 de noviembre de 1985.

transparencia y participación de las víctimas, y que consideren la situación de desventaja y miedo a represalias que suele estar asociada a todo hecho de violencia policial. Como se verá, existe una importante distancia entre estos criterios generales y la regulación interna de Carabineros de Chile.

#### 4. PATRONES DE VIOLENCIA POLICIAL Y RESPUESTAS INSTITUCIONALES

##### 4.1. Aspectos generales

Para efectos de realizar una descripción de lo que entendemos como una realidad instalada de violencia policial en La Legua, este capítulo ha acudido a las denuncias recibidas por el Comité DDHH desde su creación y que fueron recientemente sistematizadas en un trabajo conjunto entre el Comité y la Clínica de Acciones de Interés Público y Derechos Humanos UDP.<sup>52</sup>

Debe decirse, desde ya, que los casos que se exponen a continuación se presentan como una muestra, sin pretensiones de abarcar el fenómeno de manera exhaustiva. Esto se debe, por una parte, a las limitaciones propias del Comité DDHH en tanto pequeña organización local con importantes carencias materiales, lo que dificulta la documentación de las situaciones de violencia en términos absolutos. Por otra parte, se suman el miedo y los distintos obstáculos que enfrentan las víctimas de violencia, que muchas veces las inhiben de realizar denuncias formales. De este modo, lo que se ofrece es un estudio de casos que pretende provocar una reflexión en torno a ciertos arreglos institucionales. Esto no obsta que la muestra que se expone hable de un universo eventualmente mayor de hechos de violencia. Esa posibilidad se ve reforzada si se atiende a otras cifras e información, como las provenientes del Instituto Nacional de Derechos Humanos, el Ministerio Público<sup>53</sup> y Carabineros de Chile, a las que se hará referencia.

Desde su creación, el Comité DDHH La Legua ha recibido un total de treinta y seis denuncias de violencia policial en las cuales la víctima es un habitante de la población La Legua, generalmente del sector de Legua Emergencia. La ocurrencia de los hechos que motivan las denuncias se distribuyen entre los años 2006 y 2016.

52 Clínica de Acciones de Interés Público y Derechos Humanos UDP & Comité de Defensa y Promoción de Derechos Humanos de La Legua, *A quince años de intervención estatal: violencia policial en La Legua*. Santiago, J&P, 2017.

53 El Ministerio Público informó ante una petición por transparencia mediante Memorandum DER N° 73/2017, con fecha 25 de mayo de 2017, firmada por el director ejecutivo regional de la Fiscalía Metropolitana Sur.

**Tabla 1: Cantidad total de casos y distribución por años**

Año	Casos	Porcentaje del total de casos
2006	2	5,88%
2007	0	0
2008	0	0
2009	1	2,94%
2010	2	5,88%
2011	7	20,58%
2012	1	2,94%
2013	2	5,88%
2014	4	11,76%
2015	12	35,29%
2016	3	8,82%
<b>Total</b>	<b>34</b>	<b>100%</b>

En cuanto a la institución denunciada, casi la totalidad de los casos involucran a funcionarios de Carabineros, lo que se explica por el hecho de que la intervención policial permanente a la que se encuentra sometida la población La Legua consiste, ante todo, en una mayor presencia de miembros de dicha institución.

**Tabla 2: Casos según institución involucrada**

Institución	Casos	Porcentaje
Carabineros de Chile	31	86,11%
Policía de Investigaciones	5	3,89%

\*Al sumar los casos desglosados por policías, la cifra alcanza treinta y seis, siendo que el universo de casos analizados fue de treinta y cuatro. Esto se explica porque en dos casos hubo funcionarios de ambas instituciones involucrados.

Asimismo, en los casos recibidos se relatan situaciones de abuso que se dan en distintos contextos. Este asunto es relevante para analizar los patrones de violencia policial que han ocurrido en La Legua durante el proceso de intervención. Considerar el contexto en que ocurren los casos también dice algo sobre las instituciones jurídicas que están detrás de las distintas situaciones de abuso.

**Tabla 3: Distribución de casos según contexto de ocurrencia**

Contexto	Casos	Porcentaje
Sin justificación	11	32,35%
Allanamiento	9	26,47%
Control de identidad	5	14,70%
Otros	9	26,47%

Como fue indicado más arriba, junto con estas cifras es importante tener en cuenta cierta información proveniente del Instituto Nacional de Derechos Humanos, el Ministerio Público y Carabineros de Chile. Esta información podría sugerir que el universo de situaciones de violencia es mayor que el conocido por el Comité.

Por una parte, en el ya citado informe del Instituto Nacional de Derechos Humanos, que se construyó sobre la base de un conjunto de entrevistas, se realizó un análisis de “Percepciones de abusos y denuncias de violencia policial.”<sup>54</sup> En base a la información proveída por los habitantes entrevistados, el INDH realizó una descripción de patrones de abuso y violencia en distintos contextos. A ellos se hará referencia, en lo que sea pertinente, a la hora de describir los patrones que este capítulo identifica.

Otras cifras a tener en cuenta son las proporcionadas por Carabineros de Chile. Lamentablemente, se trata de información muy gruesa e incompleta. A pesar de haberse solicitado el registro de denuncias administrativas por abuso de autoridad o procedimientos disciplinarios impulsados de oficio por la misma razón, respecto de hechos ocurridos en La Legua entre 2001 y 2017,<sup>55</sup> solo se entregaron registros de los años 2015 a 2017. Según la información entregada,<sup>56</sup> para este periodo de tres años se registra un total de 19 denuncias, correspondiendo quince al año 2015, tres al 2016 y una al 2017. Respecto del estado de tramitación de estas denuncias, nueve se encuentran en tramitación, nueve han sido desestimadas y en un caso se aplicó una sanción disciplinaria.

A partir de las cifras entregadas por el Ministerio Público<sup>57</sup> a través de la Fiscalía Metropolitana Sur, fue posible acceder a datos relativos al número de delitos funcionarios cometidos por funcionarios policiales en el territorio que comprende La Legua.<sup>58</sup> En la respuesta se indicó que desde el 2005 al 2017 se investigaron 46 causas por diferentes delitos funcionarios que incluyen cohecho, falsificación de instrumento público, soborno y obstrucción a la investigación. Más de un aspecto de los datos entregados, y de las omisiones en los mismos, parece interesante. En primer lugar, es llamativo que el mayor número de causas lo constituyan aquellas en las que se investigan hechos constitutivos del

54 Instituto Nacional de Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 38 y ss.

55 Solicitud de información AD009W0036697, realizada el día 27 de marzo de 2017.

56 Respuesta N° 36697 de 11 de mayo de 2017, suscrita por el coronel Pedro Duguett Aroca.

57 Debe dejarse constancia de la buena disposición a colaborar con este estudio, entregando la información disponible de parte de la Fiscalía Regional Metropolitana Sur.

58 Se indicó en la respectiva solicitud al Ministerio Público que circunscribiera la búsqueda a hechos ocurridos en el perímetro delimitado por las avenidas Carlos Valdovinos por el norte; Santa Rosa por el poniente; a Salvador Allende por el sur y Las Industrias por el oriente.

delito de cohecho. Esto podría abonar la hipótesis, sostenida reiteradamente por pobladores y pobladoras, de la existencia de complicidad informal con el narcotráfico. En segundo lugar, llama la atención que no se haya iniciado ninguna causa para investigar hechos de violencia en contra de las y los habitantes de la población.

**Tabla 4: Investigaciones Ministerio Público**

DELITO	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	Total general
Cohecho			3		1	3	5	2	1	1	4	2	2	24
Falsificación o uso malicioso de Doc. Pub.	1	3		1	1		1	2	1	3	1	3	1	18
Obstrucción investigación por fiscal o asistente										1				1
Soborno persona natural		1		1									1	3
Total general	1	4	3	2	2	3	6	4	2	5	5	5	4	46

## 4.2. Patrones identificados

### 4.2.1. Casos de abuso sin justificación

En casi un tercio de los casos registrados por el Comité, los hechos de violencia han sido llevados a cabo sin que exista un contexto que justifique la interacción de la víctima con el funcionario policial acusado de cometer actos de violencia. Con esto queremos decir que no se trata de personas cuyo tránsito ha sido interrumpido para efectuar un control de identidad o que se haya producido un allanamiento al hogar, entre otras posibles situaciones.

Los hechos propios de este patrón, que incluyen agresiones físicas a adultos y a menores de edad, hostigamientos y apremios ilegítimos, son especialmente desconcertantes para las víctimas, pues la conducta del funcionario policial en cuestión no tiene ningún fundamento. Bien podría decirse que estos hechos son los que representan de manera más nítida un aprovechamiento de la posición de poder de parte de los funcionarios policiales y, en contrapartida, de la situación de vulnerabilidad de la víctima.

#### 4.2.2. Violencia en allanamientos sin orden judicial

Poco más de un veinticinco por ciento de los casos de violencia policial conocidos por el Comité han tenido lugar en el contexto de allanamientos, figura que el Código Procesal Penal denomina “entrada y registro”.

Lo que muestran los casos ocurridos en La Legua es que los allanamientos en viviendas particulares se realizan, usualmente, sin contar con la autorización respectiva, y sin que concurren las causales que permitan a los funcionarios eximirse del cumplimiento de esta regla.<sup>59</sup> Se trata, además, de hechos de considerable violencia en que los daños materiales suelen ser severos, relacionados con la destrucción del mobiliario del hogar allanado.

Hechos recurrentes de este patrón incluyen allanamientos violentos, donde los policías hacen ingreso sin orden judicial al domicilio, sin explicar si acaso concurre alguna causal excepcional que los habilite para proceder de ese modo, registrando el hogar y aplicando, ante la más mínima resistencia, niveles de fuerza desproporcionada y gases lacrimógenos al interior del inmueble. Dos casos, ocurridos durante 2015 en el Pasaje Álvaro Sánchez Pinzón, se ajustaron a esta descripción y fueron denunciados por el Comité DDHH La Legua. Uno de esos casos fue objeto de una sentencia favorable de la Corte Suprema, en sede de apelación de un recurso de amparo, declarándose ilegal el procedimiento realizado por Carabineros de Chile.<sup>60</sup>

En el estudio del INDH también se consigna como un patrón los abusos cometidos en el marco de allanamientos. Si bien se indica que, de acuerdo a los entrevistados, ha disminuido la cantidad de detenciones masivas y allanamientos múltiples, “continúan siendo hechos violentos cuando ocurren.”<sup>61</sup>

#### 4.2.3. Controles de identidad como antesala a situaciones de abuso

La cantidad de controles de identidad registrados por el Comité no representa una proporción tan alta como la evidenciada durante los

59 Según el Código Procesal Penal, cuerpo normativo que regula esta materia, las causas por las cuales los funcionarios policiales pueden eximirse de contar con autorización para entrar en un recinto de acceso privado son muy restringidas. Solo podrán hacerlo “cuando las llamadas de auxilio de personas que se encontraren en el interior u otros signos evidentes indicaren que en el recinto se está cometiendo un delito”, o bien cuando “exista algún indicio de que se está procediendo a la destrucción de objetos o documentos, de cualquier clase, que pudiesen haber servido o haber estado destinados a la comisión de un hecho constitutivo de delito, o aquellos que de éste provinieren”.

60 Corte Suprema, *Katherine Venegas Fuentes contra Carabineros de Chile*, 13 de enero de 2016.

61 Instituto Nacional de Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 43.

primeros años de la intervención. No obstante, en un trabajo anterior,<sup>62</sup> que sirve de antecedente a este capítulo, se registraron diecisiete denuncias de controles de identidad, cifra considerablemente más alta que la consignada aquí. Esto se debe a que, para dicho trabajo, se consideraron testimonios y denuncias anteriores a la creación del Comité. Adicionalmente, es importante tener en cuenta que el abuso policial en el marco de controles de identidad es uno de los patrones identificados por el INDH en su informe de 2015, donde se indica que “casi todas las personas de organizaciones comunitarias y habitantes han vivido un control de este tipo. La percepción es que estos controles son arbitrarios, pues se controlaría a las personas que habitan/trabajan ahí y no a las personas que trafican droga.”<sup>63</sup>

Habiendo hecho la precisión anterior, lo cierto es que la práctica del control de identidad sigue siendo una de las situaciones comunes en que los pobladores y pobladoras se encuentran expuestos a ser víctimas de arbitrariedad policial. Los casos analizados muestran que los controles de identidad se practican sin mayor cuidado por respetar la legalidad vigente. Los funcionarios no parecieran preocuparse por cumplir los requisitos que la ley establece ni por ofrecer algún tipo de explicación a quienes son objeto de estos controles.

Los hechos denunciados en esta categoría incluyen controles de identidad realizados con violencia física y desnudamiento del controlado, registros corporales, malos tratos, intimidación con armas de fuego e intentos de “cargar” al controlado con droga. Entre los testimonios recogidos por el INDH también se destacan situaciones de este tipo, dándole especial énfasis a situaciones abusivas de registros corporales.<sup>64</sup>

#### **4.2.4. Amenaza de “cargar” con droga**

A diferencia de los patrones recién analizados, este no representa un “contexto” en que ocurren los hechos de violencia, sino una conducta llevada a cabo por funcionarios de Carabineros que se repite, frecuentemente, en el trato que tienen con pobladores y pobladoras de Legua Emergencia.

La amenaza de la que aquí se habla, que coincide con la noción de “implantación de evidencia”, consiste en que los funcionarios policiales amenazan a un poblador o pobladora con acusarlo de estar portando droga y así imputarle la comisión de un delito. En la población,

62 Pascual Cortés y Gonzalo García-Campo, *Violencia policial y violaciones de derechos humanos en la Población La Legua de Santiago de Chile. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales*, Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2014, p. 84.

63 Instituto Nacional de Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 42.

64 *Ibid.*, p. 42-43.

esto constituye una de las amenazas más graves, pues no solo implica, como decíamos, verse ligado a la comisión de un hecho delictual, sino también ser vinculado al mundo del narcotráfico, del que muchos pobladores y pobladoras prefieren mantenerse completamente distanciados.

La amenaza de cargar a alguien muestra, además, de un modo especialmente nítido, la asimetría de poder existente entre el funcionario policial y el poblador o pobladora. En al menos un sexto de los casos conocidos por el Comité, existen denuncias de pobladores o pobladoras de haber recibido amenazas de ser acusados de portar droga.

En otros casos la amenaza se realiza en el marco de un operativo policial, ya sea un control de identidad, vehicular o un allanamiento. La amenaza de “cargar” pareciera cumplir la función de anular toda posibilidad de la persona de denunciar el haber sido víctima de violencia policial, pues le queda al funcionario la alternativa de argüir que, en realidad, todo el operativo se justificó porque se perseguía a alguien que, efectivamente, estaba cometiendo un delito.

Este también es uno de los patrones identificados por el INDH. Así, su informe se refiere a distintas personas que “[f]rente al abuso policial o el sentimiento de que un procedimiento no está en regla (...) prefieren no contradecir a la autoridad policial. Sienten que si se oponen al procedimiento, serían vistas como sospechosas de alguna ilegalidad, existiendo el peligro de que les implanten evidencia”.

#### **4.2.5. Ocultamiento de la identidad de los funcionarios**

Un patrón común, que se repite prácticamente en la totalidad de las denuncias por hechos de violencia policial en La Legua, consiste en que los carabineros no portan de forma visible su identificación.

Esto representa un serio desmedro para las posibilidades de los pobladores y pobladoras de denunciar hechos de violencia, pues al momento de efectuar la denuncia no existe claridad respecto a quién es el sujeto imputado. El problema se agrava si se considera que, en La Legua, como ha reconocido el informe del Instituto Nacional de Derechos Humanos, hay “distintas unidades policiales en terreno.”<sup>65</sup>

Desde el punto de vista de los pobladores y pobladoras que se relacionan diariamente con los carabineros presentes en la población, la visibilidad de su identificación es una garantía, en cuanto, como decíamos, permite a las víctimas buscar respuestas institucionales ante estos hechos. El ocultamiento de la identificación constituye, entonces, no solo una falta a un deber funcionario sino que, además, un grave obstáculo al acceso a la justicia.

65 Instituto Nacional de Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 19 y siguientes.

### 4.3. Casos judicializados

Ante los hechos de violencia policial denunciados por pobladores y pobladoras de La Legua, se han incoado distintas acciones en tribunales, que a continuación se muestran en detalle:

**Tabla 5: Tipo de acción judicial y resultado**

N.º	Tipo de acción	Resultado
1	Proceso penal	Juzgado aprobó decisión de la Fiscalía de no perseverar en la investigación.
2	Proceso penal	Sentencia condenatoria que decretó una pena remitida para los funcionarios involucrados.
3	Proceso penal	Proceso terminado por acuerdo reparatorio.
4	Recurso de amparo ante Corte de Apelaciones de San Miguel	Desfavorable
5	Recurso de amparo ante Corte de Apelaciones de San Miguel	Desfavorable
6	Recurso de amparo ante Corte de Apelaciones de San Miguel	Desfavorable
7	Recurso de apelación por sentencia dictada en recurso de amparo	Desfavorable
8	Recurso de apelación por sentencia dictada en recurso de amparo	Favorable
9	Demanda por indemnización de perjuicios en tribunal con competencia civil	Proceso en curso

Cuando empleamos el término “judicialización” lo hacemos en un sentido laxo, es decir, referido a los procedimientos sustanciados en distintos tribunales, ya sea en aquellos con competencia penal ordinaria, en la Corte de Apelaciones o en tribunales con competencia civil. Como muestra la tabla, los resultados son disímiles, y presentan indicios acerca de los factores que hacen más o menos probable la obtención de una sentencia que sea favorable a la víctima.

Tres de los casos judicializados merecen ser destacados, haciendo una breve referencia a ellos.<sup>66</sup>

El primero, que terminó con condenas a los funcionarios de Carabineros involucrados, es el tristemente célebre caso de Juan Berríos Urra, persona con discapacidad y en situación de calle que fue víctima de sucesivos hechos de violencia por parte de funcionarios de Carabineros, en diversas ocasiones durante 2010. Los sucesos fueron

<sup>66</sup> Una referencia más extensa a estos y otros casos, en Clínica de Acciones de Interés Público, *op. cit.*, pp. 60-67.

conocidos porque hacia el final de dicho año un canal de televisión exhibió las imágenes que uno de los funcionarios había filmado con su celular, el que luego extravió y terminó, junto con las imágenes, en manos de la prensa.

El caso fue conocido por el 12° Juzgado de Garantía de Santiago, luego de que la Corte Suprema dirimiera una contienda de competencia y resolviera que sería aquel el tribunal competente, y no los tribunales militares como había planteado, entre otros, la Fiscalía. Las sentencias, de noviembre de 2014 y julio de 2016, ambas del 12° Juzgado de Garantía, condenaron a una serie de funcionarios por los delitos de detención ilegal, de tormentos y apremios ilegítimos. Las penas, no obstante, fueron todas remitidas.

Los otros dos casos revisten características similares: ambos se produjeron en el marco de un allanamiento realizado sin orden judicial y ocurrieron en el Pasaje Álvaro Sánchez Pinzón de Legua Emergencia, el primero en septiembre de 2015 y el segundo en diciembre del mismo año. El caso ocurrido en septiembre se produjo a raíz de un allanamiento realizado en la mitad de la noche, conducido por ocho funcionarios que redujeron al dueño de casa y destruyeron buena parte del mobiliario, amenazando a quienes se encontraban en el hogar, entre ellos dos menores de edad, de trece y catorce años. Ante los reclamos y resistencia de la familia y vecinos, los funcionarios policiales lanzaron dos bombas lacrimógenas, una dentro y otra en la entrada del hogar. La Corte de Apelaciones, con el solo mérito del informe de Carabineros —que sostuvo haber hecho ingreso al domicilio para detener a una persona que habría portado un arma en la vía pública— rechazó el recurso,<sup>67</sup> sin tomar en cuenta otros antecedentes ni evaluar la proporcionalidad en el uso de la fuerza, ni siquiera el hecho indiscutido de que los efectivos policiales lanzaron bombas lacrimógenas dentro del domicilio con dos menores de edad en su interior.

El segundo de estos casos tuvo mejor suerte. Se trató del allanamiento realizado al hogar de la profesora Katherine Venegas, sin orden judicial, haciendo uso de la fuerza física y de bombas lacrimógenas, sin que se ofreciera nunca una justificación para realizar el procedimiento por parte de los funcionarios involucrados en el operativo. La institución negó ante la Corte de Apelaciones de San Miguel la ocurrencia misma del hecho, a pesar de existir un video y distintos testimonios de vecinos que lo confirmaban. La decisión de la Corte de Apelaciones de San Miguel, que rechazó la acción de amparo presentada, fue revocada por

67 Corte de Apelaciones de San Miguel, *Katherine Venegas Fuentes contra Carabineros de Chile*, 3 de diciembre de 2015.

la Corte Suprema.<sup>68</sup> Esta última declaró que el actuar de los funcionarios de Carabineros había sido ilegal y arbitrario, reprochando que la institución haya negado en un principio la existencia del allanamiento, reconociéndolo solo cuando el caso llegó ante el máximo tribunal, sin que haya quedado registro de la diligencia y sin que se haya informado al Ministerio Público.

Cabe mencionar que respecto de ambos casos fue presentada, en noviembre de 2016, una demanda civil, patrocinada por la Clínica de Acciones de Interés Público y Derechos Humanos en contra del Fisco.

#### 4.4. Interposición de denuncias administrativas

Respecto de varios casos, el Comité DDHH La Legua ha interpuesto denuncias administrativas en la Oficina de Información, Reclamos y Sugerencias de Carabineros. Lo que se ha buscado en dichos casos es que opere el régimen disciplinario de la institución, esto es, que se lleve a cabo una investigación interna con miras a establecer si acaso los funcionarios involucrados se apartaron de sus estándares de conducta, incurriendo en una falta disciplinaria.

**Tabla 6: Denuncias administrativas y resultados**

Resultado de la denuncia	Número	Porcentaje
Resultado favorable	0	0
Sin comunicación de respuesta	3	21,42%
Terminación por desistimiento de la víctima	1	7,14%
Investigación en curso	1	7,14%
Resultado desfavorable	9	64,28%
Total	14	100%

Habiéndose interpuesto catorce denuncias administrativas, llama la atención que no haya existido ningún resultado favorable y que en más de un 60% de los casos se desestimara toda responsabilidad de los funcionarios por los hechos denunciados.

Acerca de la forma de sustanciar estos procedimientos, es notorio que, en general, no se observan estándares mínimos de un debido proceso, como, por ejemplo, informar a las partes de las etapas del procedimiento o respecto de las diligencias realizadas. En prácticamente todos los casos, la única información que el Comité y las víctimas han recibido ha sido la respuesta que comunica el fin de la investigación,

68 Corte Suprema, *Katherine Venegas Fuentes contra Carabineros de Chile*, 13 de enero de 2016.

por no haberse acreditado los hechos denunciados ni la participación de algún funcionario policial.

Lo más grave, en este ámbito, no es solo la sistemática carencia de resultados positivos, sino la total falta de transparencia de los procesos investigativos. La participación de las víctimas pareciera quedar sujeta a la decisión del funcionario que conduce la investigación.<sup>69</sup>

Sumado a lo anterior, se han observado problemas en casos en que son las propias víctimas las que concurren de manera inmediata a interponer un reclamo en la 50° Comisaría de San Joaquín que, también debiera tener como consecuencia la tramitación de un procedimiento disciplinario interno. En un caso de 2014, el padre de un joven brutalmente agredido por carabineros, concurrió inmediatamente después a la 50° Comisaría de San Joaquín a interponer un reclamo. Consultada recientemente la institución acerca del destino de dicho reclamo, se constató que no figura registro alguno del hecho ni los denunciados.<sup>70</sup> Una situación similar vivió la profesora Katherine Venegas cuando concurrió, minutos después del allanamiento realizado en su domicilio sin orden judicial ni explicaciones de ningún tipo, a interponer un reclamo por dicho procedimiento, pero, sobre todo, por la sustracción de dinero de su hogar. La respuesta de los funcionarios de turno fue que no era posible interponer un reclamo en una comisaría denunciando el robo cometido por funcionarios de Carabineros de Chile. No fue sino hasta que concurrió un abogado del Comité DDHH La Legua que se accedió a recibir el reclamo.

En síntesis, aunque poco se puede decir sobre el razonamiento que subyace a las resoluciones de las que se tiene conocimiento, sí se observa un patrón en el hecho de que no existen resultados favorables a los denunciados y que todos los procedimientos están marcados por el secretismo. Las prácticas al tramitar las denuncias también hablan de que no existe un real interés institucional en Carabineros por hacer de estos procedimientos un control efectivo del actuar policial.

69 A modo de ejemplo de la arbitrariedad con que se conduce la investigación, en un reclamo ingresado en julio del 2016 por el Comité, en representación de la víctima de un allanamiento ilegal, a esta se la citó a declarar por medio de una notificación que se practicó el día anterior entre las 00:30 y la 01:00 a. m. Otros aspectos claves, como las posibilidades de la víctima de contribuir con medios de prueba a la investigación, tampoco son regulados.

70 La información fue solicitada presencialmente en la Oficina de Informaciones, Reclamos y Sugerencias de Carabineros de Chile el día 7 de diciembre del 2016.

## 5. DEFICIENCIAS EN LOS MECANISMOS DE CONTROL INTERNO DE CARABINEROS

Esclarecer cada una de las razones que explican y permiten la perpetuación de un patrón de violencia policial como el que ocurre en La Legua supone un esfuerzo que sin duda desborda las posibilidades de este trabajo, pues dice relación con factores como la pobreza, la exclusión y marginación de beneficios sociales y las redes informales que genera el narcotráfico, entre otros factores.

Múltiples son también los arreglos institucionales y las disposiciones legales que contribuyen a que la violencia policial haya devenido en parte del paisaje cotidiano de la población. En lo que sigue solo enunciamos algunos de ellos, para analizar con mayor profundidad el rol que han jugado los mecanismos de control interno de Carabineros de Chile, pues, como hemos visto, han resultado totalmente ineficientes para responder a los hechos de violencia ocurridos en La Legua, lo cual resulta indicativo de un déficit en su configuración.

El problema más profundo del que pareciera dar cuenta la regulación de los mecanismos de control interno de Carabineros es el de un déficit democrático en el modo en que se regula la función policial en Chile. La policía, en tanto órgano de la Administración del Estado, debe sujetarse a reglas democráticas de control, transparencia, rendición de cuentas, entre otras materias. La tendencia contraria, es decir, a sustraerse de estándares democráticos, ha llevado, en la literatura extranjera, a hablar de una situación de “excepcionalismo democrático de la policía.”<sup>71</sup> Para que esta situación sea superada no solo debe regularse el control *ex post facto* de la actividad policial (como el control judicial para la exclusión de pruebas, similar a lo que hace el artículo 276 de nuestro Código Procesal Penal), sino también el diseño de las políticas y procedimientos policiales, factores que deben someterse a procesos democráticos transparentes, que generen reglas de público conocimiento.<sup>72</sup>

Otra razón para analizar detenidamente los mecanismos de control interno de Carabineros es que, al observar los arreglos institucionales, se puede trascender el ámbito de los casos particulares. El análisis de dichos mecanismos de control permite preguntarse por aspectos relevantes para la democracia, como son, entre otros, el control de la actividad de quienes se encuentran legitimados para ejercer la fuerza y el modo en que se distribuye el poder al interior de las instituciones del Estado.

Por cierto, existen otros arreglos institucionales a los que también resultaría importante atender, como, por ejemplo, la forma en que se estructura

71 Barry Friedman y María Ponomarenko, “Democratic Policing”, *New York University Law Review*, 90(6), 2015, pp. 1837 y ss.

72 *Ibid.*, p. 1832.

en nuestro país la relación entre la autoridad civil y la policía y la autonomía institucional de que se dota a Carabineros. La opción por analizar detenidamente los mecanismos de control interno de Carabineros se sustenta en que su regulación y estructura parece tener incidencia directa en la perpetuación de la violencia policial en La Legua. Como hemos visto en este estudio, al momento de buscar las víctimas una respuesta, dichos mecanismos se han mostrado totalmente ineficientes, lo cual lleva a preguntarse por los déficits en su regulación que posibilitan este fenómeno.

### **5.1. La importancia de los mecanismos internos de control**

Hace más de quince años un estudio del investigador Claudio Fuentes advertía acerca de la falta de atención hacia el control de la legalidad de la actividad policial y sobre el alto grado de autonomía operativa con que contaba Carabineros. Esto, en casos de denuncia de violencia policial, se traducían en una carencia casi total de información acerca de los resultados de investigaciones administrativas, generando “incertidumbre respecto de su accionar”. De este modo, una de las conclusiones de Fuentes, que sirve de punto de partida para el análisis aquí emprendido, indicaba lo siguiente: “Quizá los mecanismos internos son eficientes, pero –al menos en forma pública– no conocemos ni sus criterios, ni la cantidad de casos que se estudian, ni los resultados de dichas investigaciones.”<sup>73</sup>

La situación no parece haber variado sustancialmente, desde aquel estudio de Fuentes, como lo demuestran los casos de violencia policial ocurridos en La Legua.

Siendo importante la coexistencia de mecanismos de control tanto internos como externos, cabe preguntarse si acaso es posible afirmar la conveniencia de uno por sobre el otro. En la doctrina no existe una respuesta clara al respecto. Se acepta, más bien, que cada mecanismo tiene fortalezas y debilidades particulares y que, en un esquema óptimo, las funciones que ambos desarrollan deberían complementarse. Adicionalmente, se considera la relevancia del contexto local: existen países que permiten prever una mayor efectividad de los mecanismos internos (por ejemplo, Estados en que se encuentre debidamente consolidada la cultura democrática de la policía); otros, en cambio, pueden hacer más conveniente la operación de los mecanismos externos (ahí donde, por ejemplo, prevalece una cultura de autonomía de la policía, serán los Tribunales de Justicia los llamados a desempeñar un rol fundamental en el control de la actividad policial).

De lo que existen pocas dudas en la doctrina es que no se puede prescindir de mecanismos internos que estén dotados de algún grado de efectividad. Dados los delicados y cruciales poderes que se le suelen

73 Claudio Fuentes, *Denuncias por actos de violencia policial*, Santiago, FLACSO, 2001, p. 64.

reconocer a la policía (como la posibilidad de privar a los individuos de su libertad, o la de ejercer la fuerza en contra de ellos), es fundamental contar con mecanismos de impugnación que permitan ejercer un control efectivo de su actuación. Para algunos autores es parte de las exigencias nucleares de un sistema de *accountability* democrático.<sup>74</sup>

A pesar de los matices aquí reseñados, existen autores que sostienen las ventajas que presentarían los mecanismos internos de control por sobre los mecanismos externos. Para Bayley, aquellos tienen al menos tres ventajas que resulta importante mencionar. En primer lugar, el control interno cuenta con mayor y mejor información que el control externo. En segundo lugar, el control interno puede ser más completo y extenso. En tercer lugar, el control interno puede llegar a ser más variado, preciso y con mejor capacidad de distinguir situaciones que el control externo.<sup>75</sup> La raíz común de todas estas ventajas, como se colige de lo planteado por Bayley, se encuentra en la ubicación de la instancia de control que, al estar radicada al interior de la institución, tiene un mejor conocimiento de las particularidades de la labor policial y de la relación de sus funcionarios y funcionarias con la ciudadanía.

## **5.2. El deficitario funcionamiento de los mecanismos internos de control en casos de violencia en La Legua**

El devenir que han seguido las denuncias administrativas por violencia policial en La Legua da cuenta de la prácticamente nula eficacia de los mecanismos internos de control de Carabineros de Chile. El primer aspecto que llama la atención es que la totalidad de las denuncias administrativas presentadas han recibido respuestas negativas, es decir, en todos los casos se ha descartado la presunta responsabilidad de funcionarias o funcionarios de la institución. El dato anterior hace al menos dudar de uno de los más generales estándares que, según lo revisado en el punto 3.2 de este capítulo, debería satisfacer todo mecanismo de control interno, esto es, ser eficaz.

De todas formas, aún más grave que la persistencia de resultados negativos parece ser el modo en que se lleva adelante el procedimiento investigativo, el cual carece de mínimos estándares de transparencia. Esto, también, está claramente reñido con los estándares que fueron revisados más arriba. La víctima prácticamente no recibe información alguna ni tiene instancias claras de participación. O, si las tiene, se le comunican de forma abrupta, dificultando más que posibilitando su participación, como ocurrió a una residente en Legua Emergencia, a cuyo hogar llegaron dos

74 Trevor Jones, Tim Newburn y David Smith, "Policing and the Idea of Democracy", *British Journal of Criminology* 36(2), 1996 p. 196.

75 David Bayley, *op. cit.*, pp. 177-178.

funcionarios policiales cerca de las 12 de la noche, para informarle que debía concurrir a declarar durante la mañana del día siguiente.<sup>76</sup>

Un caso en particular evidencia cuán deficitario llega a ser el funcionamiento de las investigaciones administrativas llevadas a cabo por Carabineros. Hemos ya citado el allanamiento realizado por funcionarios de la institución en el pasaje Álvaro Sánchez Pinzón el 27 de noviembre de 2015. Este hecho motivó que la víctima, patrocinada por el Comité DDHH de La Legua, interpusiera un recurso de amparo que, luego de ser rechazado por la Corte de Apelaciones de San Miguel, fue acogido de forma unánime por la Segunda Sala de la Corte Suprema. Pocos meses después de que la Corte dictara la sentencia, la víctima recibió la notificación del resultado de la investigación administrativa de Carabineros,<sup>77</sup> en la que se desechaba la acusación, señalando que no se había podido comprobar la ocurrencia de los hechos, pues “se carece de toda prueba que permita aportar mayores antecedentes que puedan dotar de sustento a los hechos que fundan su presentación”. La respuesta reconocía que si bien existía “una grabación audiovisual del ingreso del personal policial a su domicilio, esta no permite establecer la secuencia de una agresión y retiro de dinero de su propiedad, en los términos reclamados, sino solamente pueden apreciarse insultos y amenazas contra los funcionarios de Carabineros que intervinieron en el procedimiento policial”. El extracto citado era el único fundamento que contenía la resolución. Dos cosas, al menos, llaman la atención de esta respuesta. En primer término, que con los mismos hechos que Carabineros tuvo a la vista, la Corte Suprema afirmó la ilegalidad del actuar de Carabineros, lo que permitía esperar que la institución policial procediera con un mayor grado de diligencia que el observado. En segundo lugar, y en estricta relación con lo anterior, que si el personal a cargo de la investigación estimó que la prueba ofrecida por la víctima no era suficiente, podría haber adoptado una actitud de mayor proactividad, buscando otros medios de prueba, contrastando testimonios, etc.<sup>78</sup> Dada la notoria asimetría entre el poder de la parte denunciante y el de la institución denunciada, es esta última la que se encuentra en mejor posición para recabar diversos medios de prueba, la que cuenta con la información de los funcionarios presentes en el lugar el día de ocurrencia de los hechos, la que, en suma, tiene los mejores elementos a su disposición para determinar los hechos ocurridos y la responsabilidad que le cupo en ellos a los funcionarios de la institución. Nada de

76 Reclamo N° 0024966 – 2016.

77 Respuesta RR N° 19730-2015, suscrita por el teniente coronel Eduardo Carreño Sánchez.

78 Como se señalará en el punto siguiente, la inexistencia de deberes de proactividad es también un problema contenido en la regulación interna de la institución de Carabineros de Chile.

eso hizo Carabineros en este caso. Por el contrario, se limitó a analizar un solo medio de prueba y a resolver en conformidad con este, arrojando la investigación el resultado recién citado.

### **5.3. La deficiente (o casi inexistente) regulación de los mecanismos internos de control de Carabineros**

El inadecuado funcionamiento de los mecanismos de control interno puede deberse a distintas razones. No obstante, hay deficiencias en la propia regulación de estos mecanismos que interesa destacar aquí y que podrían explicar, a nuestro juicio, parte importante del problema. Esto supone fijar la mirada en dos reglamentos que se ocupan de esta materia: por una parte, el Reglamento de Disciplina de Carabineros y, por otra, el Reglamento de Sumarios Administrativos Internos.

El Reglamento de Disciplina de Carabineros (D.S. N° 900 del Ministerio del Interior de 1967) contiene todas aquellas transgresiones a los estándares de conducta de sus funcionarios, que no alcanzan a constituir delito.<sup>79</sup> En el título V del Reglamento se encuentran reguladas las faltas que pueden cometer los funcionarios y funcionarias de la institución. Mientras que la regulación de las faltas que afectan intereses propios de la institución (como su prestigio, la subordinación del funcionario, el compañerismo o la reserva en asuntos de servicio, entre otros) es minuciosa, la regulación de las faltas en contra de civiles es notoriamente exigua. La única norma pertinente al respecto es el artículo 22 N° 5, referido al abuso de autoridad, transcrito a continuación:

Art. 22 n.° 5. De abuso de autoridad. Se considerarán comprendidas entre ellas: toda extralimitación de atribuciones, ya sea contra los subalternos o contra el público, y todo hecho que pueda calificarse como abuso de funciones, siempre que no alcance a constituir delito.

La norma se encuentra redactada en términos notablemente amplios, sancionando “toda extralimitación de atribuciones” y “todo hecho que pueda calificarse de abuso de funciones”, sin entregar estándares objetivos que permitan evaluar si los hechos constituyen tal abuso o extralimitación. El problema se agrava al tener en cuenta que los contextos en que Carabineros actúa son muy disímiles entre sí, cuestión que la norma no diferencia.

Adicionalmente, la norma asimila enteramente los hechos constitutivos de abuso o extralimitación que pueden cometerse “contra los subalternos o contra el público”, sin diferenciar dos tipos de relaciones que

79 El artículo 2° del Reglamento de Disciplina de Carabineros dispone: “Para los efectos de este Reglamento, se entenderá por falta toda acción u omisión en que incurra el personal y que, sin alcanzar a constituir delito, lo aparte del cumplimiento de sus deberes profesionales o morales”.

son radicalmente distintas. Los posibles abusos contra los subalternos se dan en una relación marcada por la jerarquía, y su regulación busca proteger bienes jurídicos que dicen relación con la propia institución. En cambio, los posibles abusos contra civiles se dan en el contexto de una relación en que esas personas, titulares de derechos fundamentales, interactúan con los representantes del Estado, quienes se encuentran legitimados para usar la fuerza, lo que les impone un especial deber de no transgredir las facultades que la ley les entrega.

El Reglamento de Sumarios Administrativos (D.S. N° 118 del Ministerio de Defensa Nacional, 1982), por su parte, también presenta deficiencias importantes, sobre todo si se considera la función específica de Carabineros y el tipo de interacciones que sostiene con la ciudadanía, donde su legitimación para el uso de la fuerza, que produce una permanente tensión con los derechos fundamentales, se vuelve crítica. Desde esta óptica, ocupan una posición distinta al resto de los funcionarios y funcionarias del Estado y su reglamentación interna debe ser capaz de dar cuenta de dicha especificidad. Es por eso que los estándares internacionales, a los que se hiciera referencia en el punto 3.2 de este capítulo, instan al diseño de mecanismos de control interno que consagren deberes de proactividad para la institución a la hora de investigar una denuncia. Del mismo modo, como también se revisó, se insta a los Estados a adecuar los procedimientos administrativos a las necesidades de las víctimas, lo que se traduce en condiciones específicas en materia de entrega de información, transparencia, asistencia, protección de víctimas, entre otras.

Un examen crítico del Reglamento de Sumarios Administrativos muestra que se trata de un instrumento que está lejos de cumplir con el estándar requerido. Estamos ante un cuerpo normativo que, en términos generales, dificulta la participación de quienes han sido víctimas de hechos de violencia por parte de Carabineros. Desde un inicio, llama la atención que en la definición de lo que constituye un Sumario Administrativo no haya ninguna referencia a la entidad de los hechos que pueden ser investigados. Su artículo 1° señala que un Sumario Administrativo es “el conjunto de diligencias y actuaciones tendientes a la comprobación por vía administrativa, de hechos determinados y trascendentes, cuando haya dudas en las circunstancias o estos resulten poco evidentes, con el objeto de establecer responsabilidades o de acreditar causales originarias de algún derecho”. Descontando la confusa redacción de la definición, es llamativo que los hechos que puedan ser objeto de investigación solo sean calificados como “determinados y trascendentes”, sin que exista ninguna distinción, por ejemplo, acerca de cuáles son, en concreto, los hechos que pueden ser investigados. No reviste la misma gravedad que se trate de una infracción a deberes propios de la institución, como el respeto a un superior jerárquico, o que se esté en presencia de un hecho que puede

constituir una infracción a un derecho fundamental. Esta omisión en la definición del artículo inicial del Reglamento es indicativa de un rasgo que atraviesa todo este cuerpo normativo: se trata de una regulación poco deferente, cuando no derechamente hostil, hacia la víctima que denuncia algún hecho para hacer valer la responsabilidad administrativa de un funcionario o funcionaria de la institución.

Una muestra de la poca deferencia que existe hacia la víctima podemos encontrarla en el artículo 11, que establece lo siguiente “[c]ada vez que una persona presente reclamos contra el personal de Carabineros que hayan de dar motivo a la instrucción de un Sumario, en el acta respectiva, debe constar la circunstancia de habersele advertido que, de establecerse la falsedad de éste, el denunciado recurrirá a la Justicia Ordinaria, para el ejercicio de las acciones legales que correspondan en derecho”. Es llamativo que quien recibe a la víctima que presenta un reclamo contra el personal de Carabineros no tiene ningún otro deber de información para con ella. Lo único que ha de comunicarle es la circunstancia regulada en el artículo transcrito. Es difícil no pensar en el carácter disuasivo de una norma como esta.

La poca regulación de la información que ha de entregarse a la persona que ha interpuesto el reclamo acerca del curso del sumario es otro aspecto que puede ser calificado de deficitario. Dado que se trata de una parte del proceso (como reconoce el mismo Reglamento, en su artículo 2º), su derecho de acceder al expediente y de tomar conocimiento de los avances del procedimiento, debiesen estar claramente establecidos. Pero nada de ello contiene la regulación. Por el contrario, su artículo 27 dispone que “[l]as actuaciones del sumario son reservadas y solo tendrá derecho a informarse de ellas, el Jefe que ordenó su instrucción y los superiores directos del Fiscal”. Acto seguido, su inciso segundo permite al fiscal “autorizar al inculpado para que tome conocimiento de aquellas diligencias que se relacionen con cualquier derecho que trate de ejercer, siempre que con ello no se entorpezca la investigación”. Del acceso de la víctima a la información, nada se dice. Tampoco existe una norma que sirva de contrapeso al artículo 27, omitiendo lo que debiera ser una garantía de la parte reclamante, en orden a poder conocer un proceso que ella misma ha incoado. Es plausible afirmar que existen razones que fundamentan el secreto del expediente, pero esto debiese balancearse con otro derecho de primera importancia, como es la posibilidad de acceder al contenido del procedimiento.

Un segundo nivel en que el Reglamento de Sumarios Administrativos puede ser criticado tiene que ver con el hecho de que se trata de una regulación que no considera en ningún aspecto la situación de indefensión y vulnerabilidad en que puede encontrarse quien ha sido víctima de violencia policial. El Reglamento de Sumarios Administrativos podría contribuir a contrarrestar esta indefensión otorgando facilidades

procedimentales a quienes interponen reclamos contra los funcionarios y funcionarias de la institución, colaborando en la superación de la asimetría existente entre las víctimas de violencia policial y los funcionarios que han cometido el hecho de violencia. Lamentablemente, nada de esto encontramos en el Reglamento. Por el contrario, existen disposiciones que parecieran apuntar a disuadir a la víctima de interponer reclamos, como la parte final del artículo 22, que dispone que “[l]as denuncias o reclamos irresponsables deben ser desechados de plano”.

La regulación de los medios de prueba es también indicativa acerca de la ausencia de facilidades para quienes interponen un reclamo. La persona que ha sido víctima de violencia policial difícilmente podrá contar con los medios probatorios adecuados para acreditar la existencia de los hechos o la responsabilidad de los involucrados en los mismos. La regulación debiese dar respuesta a esta realidad ofreciendo facilidades para obtener los medios probatorios que sustentan el reclamo. Pero lo que encontramos en el Reglamento dista de este estándar, y más bien tiende a otorgar un mayor valor a lo que sostengan los funcionarios de la institución. Así, los artículos 44 a 46 regulan el valor probatorio de los instrumentos públicos, estableciendo que, si cumplen ciertos requisitos, estos constituyen plena prueba “en cuanto al hecho de haber sido otorgados, de sus fechas y de que las partes han hecho las declaraciones en ellos consignadas”. Aunque el contenido de la norma no varía en demasía de la regla general establecida en el derecho procesal chileno (estipulada en el artículo 1.700 del Código Civil), lo que resulta complejo es que no contemple medidas que den cuenta de la indefensión en que se halla la víctima de violencia policial, regulando, por ejemplo, las condiciones en que ha de ser tomada una declaración para que pueda acreditarse el hecho de haberse efectivamente realizado. Una dificultad similar encontramos en la regulación de la prueba testimonial del artículo 52, que otorga valor de plena prueba a la “deposición de dos o más testigos oculares, que merezcan fe, que estén absolutamente de acuerdo sobre el hecho y sus accidentes”. Esta norma permite, por ejemplo, que ante un hecho de violencia policial la declaración de la víctima sea contradicha por otros dos funcionarios que, si bien no directamente involucrados, estuvieron presentes cuando los hechos tuvieron lugar. En un territorio como La Legua, donde los funcionarios policiales son numerosos, una regla de este talante parece ser efectiva en garantizar la impunidad de los agresores, pues ante su testimonio nada puede hacer la víctima de los hechos de violencia. Finalmente, en el inciso final del artículo 55, que regula los informes técnicos y de peritos, se establece que “en caso de lesiones, prevalecerán los informes expedidos por los médicos de Carabineros”. No es difícil dimensionar el peligro que entraña esta norma si se considera que el denunciante puede ser un particular que sufrió lesiones

en manos de Carabineros. O la citada norma jamás tuvo en mente esa posibilidad, regulando únicamente relaciones entre uniformados, o es derechamente una regla malintencionada. En cualquiera de los casos, el problema es sumamente grave.

La revisión de estos dos reglamentos muestra que es necesario, por una parte, avanzar hacia una tipificación adecuada de las distintas formas que adopta el abuso de autoridad, lo que puede aumentar la eficacia de estas normas como guía de conducta de los funcionarios policiales. Por otra parte, en el aspecto procedimental es necesario avanzar hacia una regulación que se haga cargo de la especificidad de la relación entre Carabineros y particulares, que incorpore estándares de transparencia y que introduzca mecanismos de corrección a la asimetría entre particulares y policías. Como hemos visto en la descripción de las denuncias administrativas interpuestas luego de hechos de violencia ocurridos en La Legua, las investigaciones son totalmente opacas; muchas veces las víctimas solo se enteran del resultado de las mismas sin recibir ninguna información durante el procedimiento, sin saber siquiera quién sustanció dicha investigación y con una tendencia casi absoluta hacia el rechazo de los reclamos.

## CONCLUSIONES

Mediante este capítulo se ha intentado mostrar, en primer término, cómo han operado las políticas de seguridad en el territorio que comprende la población La Legua, sosteniendo que la intervención policial allí implementada no ha sido propiamente un plan, por carecer de objetivos claros, responsables y de evaluaciones periódicas.

En segundo lugar, se ha sostenido que la intervención policial implementada en La Legua, hace ya más de quince años, ha traído aparejada no hechos aislados de abuso, sino que derechamente un patrón de violencia policial, especialmente focalizado en el sector de Legua Emergencia. Se ha mostrado cómo los hechos de violencia adoptan formas que se reiteran, ocurriendo muy frecuentemente al margen de todo procedimiento establecido en la ley. Al intentar denunciar estos hechos a través de mecanismos de control *ex post*, esto es, judicializando casos e interponiendo denuncias administrativas ante la misma institución de Carabineros de Chile, el panorama ha demostrado ser poco alentador. El problema más claro aparece en los mecanismos de control interno de Carabineros de Chile, donde la tramitación no es transparente, es poco deferente con las víctimas denunciantes y tiende, casi invariablemente, al cierre de las investigaciones sin imposición de sanciones de ningún tipo.

Finalmente, se ha intentado explicar cómo los patrones observados pueden verse perpetuados debido a las características de ciertos arreglos institucionales. En este aspecto, parece especialmente claro que

los deficientes mecanismos de control interno de Carabineros de Chile contribuyen a mantener realidades de violencia como la que se ha instalado en La Legua. Esto hace urgente una revisión de sus reglamentos internos, que presentan serias deficiencias, junto con una discusión profunda respecto a cómo sujetar a la institución de Carabineros de Chile a estándares democráticos de control.

Los problemas estudiados muestran con particular claridad que las responsabilidades trascienden por mucho las de algún gobierno en particular. Es por eso que el desafío que se presenta, para abordar la violencia policial instalada en la población La Legua, es un desafío para el Estado en su conjunto como garante de los derechos humanos de todas las personas. En ese contexto deben entenderse las recomendaciones que se formulan a continuación y que podrían considerarse como guías de acción para resolver un problema que es mucho más profundo y se radica, finalmente, en la histórica exclusión y precarización de las condiciones de vida de un territorio.

#### **RECOMENDACIONES**

1. Es necesario promover un debate profundo en torno a los mecanismos democráticos de control de la institución de Carabineros de Chile, incluyendo sus reglamentos internos. Cualquier reforma en este sentido, como la que se ha esbozado recientemente a propósito de las investigaciones de fraudes financieros en la institución, debiese considerar los mecanismos mediante los cuales se previene y se responde por hechos de abuso contra civiles.
2. De persistir en la idea de mantener algún plan de seguridad respecto de la población La Legua, este debiese responder a objetivos claros, siendo imperativa la participación de los y las habitantes del sector en su definición, así como una rendición de cuentas periódica de los resultados. En cualquier caso, debe tenerse en consideración que un plan basado en la presencia policial no ha demostrado ser capaz de solucionar el problema que motivó la intervención en sus inicios.
3. Hasta que no se produzca una reforma a los mecanismos de control de Carabineros de Chile, deben optimizarse los actualmente existentes, garantizando el derecho al acceso a la justicia, en su dimensión judicial y administrativa, de eventuales víctimas de hechos de violencia policial.
4. Finalmente, es urgente desarrollar acciones de prevención de la ocurrencia de hechos de abuso policial. En esta tarea resulta particularmente relevante la formación en derechos humanos de las fuerzas policiales, el apego a los estándares internacionales que rigen la función policial y la estricta observancia de la normativa vigente que regula las distintas actuaciones policiales en nuestro país.



## **INCLUSIÓN DE ESTUDIANTES MIGRANTES EN EL SISTEMA ESCOLAR CHILENO: DESAFÍOS PENDIENTES<sup>1</sup>**

*—¿Y cuándo llegaste a Chile?*

*— En 2012, el 8 de octubre*

*—¿Echas de menos tu país?*

*—Yo no recuerdo nada*

*—¿Pero piensas a veces, te acuerdas de algo?*

*—De mi otra casa no más... había mucha vegetación, mucho árbol...<sup>2</sup>*

- 1 Capítulo elaborado por Pilar Muñoz y Liliana Ramos, con la colaboración de Sofía Andrade, Cristián Fuentes, Francisca González y Camila Jara.
- 2 Fragmento de conversación entre investigadora y niña migrante de la escuela Ricardo Latcham.



## SÍNTESIS

El capítulo analiza la consistencia de las políticas chilenas respecto de los estándares internacionales de derechos humanos relativos a la educación de estudiantes migrantes. La conclusión es que se dan una serie de situaciones de discriminación indirecta, entre ellas: políticas de inserción escolar que aún no aseguran el acceso al 100% de los beneficios del sistema escolar para estudiantes migrantes; ausencia de orientaciones a nivel de gestión escolar y de aula para trabajar en contextos de diversidad cultural y lingüística; carencia de programas o apoyos que permitan superar las barreras del aprendizaje y la limitada participación que experimentan los estudiantes migrantes en el sistema escolar, producto de sus diferencias culturales y lingüísticas. Lo anterior —sumado a la existencia de una Constitución Política que no reconoce la educación como un derecho de los niños, niñas y adolescentes, y a la ausencia de una ley migratoria basada en un enfoque de derechos e interculturalidad— da cuenta de un panorama negativo en cuanto al cumplimiento de los estándares internacionales de derechos humanos en la materia.



## INTRODUCCIÓN

Este capítulo se propone indagar respecto de la forma en que se aborda el derecho a la educación de niñas y niños migrantes en el sistema escolar chileno. Sus objetivos son: dar a conocer los estándares internacionales de Derechos Humanos sobre la educación de niñas y niños migrantes; revisar las políticas chilenas a la luz de estos estándares; reconocer los desafíos del sistema escolar chileno para hacer efectivo el derecho a la educación de estudiantes migrantes; y proponer recomendaciones para avanzar en esta materia.

Para contextualizar, se entregará información relevante derivada de la Encuesta CASEN 2015,<sup>3</sup> del Observatorio Niñez y Adolescencia,<sup>4</sup> del Ministerio de Educación (Mineduc) y de la Superintendencia de Educación. De acuerdo a la Encuesta CASEN 2015, la población inmigrante en Chile ha aumentado de manera progresiva y alcanzó al 2015 las 465.319 personas, lo que corresponde a un 2,7% de la población total del país. El 69% de esta población habita en la Región Metropolitana; el 13,2% en las regiones de Tarapacá y Antofagasta; el 7,8% en Coquimbo y Valparaíso; y el resto se distribuye en las demás regiones del país. Respecto del origen de la población inmigrante, el 33,3% proviene de Perú; el 13,8% de Colombia; el 15% de Argentina; el 7,4% de Bolivia; el 4,8% de Ecuador; el 10,1% del resto de América Latina y El Caribe más México; y el 15,6% de otros continentes. El 12,9% de la población total de inmigrantes corresponde a niñas y niños de 0 a 14 años.

3 Encuesta de Caracterización Socioeconómica Nacional 2015.

4 Infancia Cuenta en Chile 2016. Cuarto Informe del Observatorio Niñez y Adolescencia. Cabe señalar que el Observatorio Niñez y Adolescencia, creado en 2012, está conformado por organizaciones del mundo académico y de la sociedad civil, entre las que se encuentra el programa Diplomado Niñez y Políticas Públicas de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Chile, la Corporación Asociación Chilena Pro Naciones Unidas, la Fundación Marista para la Solidaridad Internacional y la Fundación Pléyades (<http://www.xn--observatorioniez-kub.cl/>)

Considerando los datos de la Encuesta CASEN 2015, el Observatorio Niñez y Adolescencia<sup>5</sup> concluyó que el 40% de los migrantes menores de 18 años se encuentra en la categoría de pobreza multidimensional, que incluye variables de educación, salud, vivienda y entorno, trabajo y seguridad social, y redes y cohesión social. Cabe señalar que el promedio nacional de pobreza multidimensional alcanza el 22%, lo que demuestra que la población de niñas y niños migrantes está en un estado más vulnerable que el resto.

Por otra parte, en base a información del Mineduc, en Chile existe una matrícula de alrededor de 75.000 estudiantes migrantes en el sistema escolar, de los cuales cerca de 24.000 se encuentran en situación migratoria irregular.<sup>6</sup> Esta realidad acarrea una serie de dificultades para hacer efectivo el derecho a la educación, las que serán analizadas en el cuerpo de este capítulo. En este sentido, un estudio presentado en noviembre de 2016 por la Superintendencia de Educación, relativo a la inclusión educativa de estudiantes migrantes, identificó las siguientes barreras: (i) dificultad de estudiantes migrantes para acceder a beneficios del sistema educativo por situación irregular y falta de documentación; (ii) falta de comprensión de la interculturalidad y la inclusión en el ámbito educativo y (iii) la ausencia de herramientas metodológicas y de flexibilidad curricular para valorar la diversidad en el aula.<sup>7</sup> Como se analizará más adelante, todas estas barreras impiden en la actualidad avanzar en la construcción de un sistema educativo que respete el derecho a la educación de estudiantes migrantes.

Para la realización de este capítulo, fueron entrevistadas y entrevistados: representantes de organizaciones de la sociedad civil dedicadas a la temática migrante; equipos directivos, docentes y asistentes de la educación de dos escuelas básicas municipalizadas con alta matrícula de estudiantes migrantes; apoderados y estudiantes de nacionalidad haitiana pertenecientes a una escuela básica municipal; profesionales de la Coordinación Inclusión y Diversidad de la División de Educación General del Mineduc; el jefe del Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública; y expertos en la temática. También se revisaron estudios recientes, documentos legales, bases curriculares vigentes de la asignatura de Historia, Geografía y Ciencias Sociales, específicamente en los ejes de historia y geografía; y noticias relativas a la educación de estudiantes migrantes publicadas durante el último año. Finalmente, se solicitó

5 *Ibíd.*

6 Minuta Coordinación Migrante Mineduc, del 18 de mayo de 2017.

7 Superintendencia de Educación. 2016. Niños y niñas migrantes: trayectorias de inclusión educativa en escuelas de la Región Metropolitana.

información vía Ley de Transparencia al Ministerio de Educación y a la Superintendencia de Educación.

## **1. ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS EN RELACIÓN A LA EDUCACIÓN DE NIÑAS Y NIÑOS MIGRANTES**

Los estándares internacionales en materia de derecho a la educación de niñas y niños migrantes se desprenden de la Convención de Derechos del Niño, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares y de la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial. Estos estándares se especifican, además, en las observaciones generales que se hacen frente a la aplicación de estos instrumentos de derecho internacional.

La Convención de Derechos del Niño (CDN),<sup>8</sup> ratificada por Chile en 1990, consagra la educación como un derecho de todo niño y niña, cuyo ejercicio en condiciones de igualdad de oportunidades supone la existencia de una educación primaria obligatoria y gratuita. La Convención establece, además, el derecho de participar de una educación que respete la identidad cultural de niños y niñas, al proponer como objetivo el “Inculcar al niño, el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya”.<sup>9</sup> Sobre este punto, la Observación General N°1 del Comité de Derechos del Niño puntualiza que en esta disposición “se reconoce la necesidad de un enfoque equilibrado de la educación que permita conciliar valores distintos por medio del diálogo y el respeto a la diferencias”. La Observación plantea que “los niños pueden ejercer una función singular superando muchas diferencias que han mantenido separados a grupos de personas a lo largo de la historia”.<sup>10</sup>

Además, el Comité de Derechos del Niño, en su Observación General N° 6, señala que la educación debe impartirse a todo niño sin importar su edad y que se deben entregar certificados que comprueben la educación recibida. Puntualiza, asimismo, que la educación debe respetar la identidad cultural de los niños y niñas, intentando cultivar su lengua materna.<sup>11</sup>

8 Convención de los Derechos del Niño.

9 Convención de los Derechos del Niño. Art. 29.

10 Observación General N° 1. Comité de Derechos del Niño.

11 Comité de Derechos del Niño. Observación General N° 6.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC),<sup>12</sup> suscrito por Chile en 1969, señala que la educación “debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos”.<sup>13</sup> En su artículo 2, establece que los Estados partes deben garantizar el ejercicio de los derechos, incluyendo la educación, “sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.<sup>14</sup> La Observación General N°13 del Comité DESC señala que la prohibición de discriminación “no está supeditada ni a una implantación gradual ni a la disponibilidad de recursos”, sino que “se aplica plena e inmediatamente a todos los aspectos de la educación y abarca todos los motivos de discriminación rechazados internacionalmente”.<sup>15</sup> Por su parte, la Observación General N°20 del Comité DESC, referida a la no discriminación, plantea que “además de abstenerse de discriminar, los Estados partes, deben adoptar medidas concretas, deliberadas y específicas para asegurar la erradicación de cualquier tipo de discriminación en el ejercicio de los derechos recogidos en el Pacto”. Se establece, también, que quienes integren alguna de las categorías afectadas por uno o más motivos prohibidos de discriminación (raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, entre otros) deben participar en los procesos de toma de decisión de estas medidas.<sup>16</sup>

En lo relativo al acceso a la educación, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, ratificada por Chile en 2005, señala textualmente que “todos los hijos de trabajadores migratorios gozarán del derecho fundamental de acceso a la educación en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado de que se trate. El acceso de los hijos de trabajadores migratorios a las instituciones de enseñanza preescolar o las escuelas públicas no podrá denegarse ni limitarse a causa de la situación irregular en lo que respecta a la permanencia o al empleo de cualquiera de los padres, ni del carácter irregular de la permanencia del hijo en el Estado de empleo”.<sup>17</sup> La Observación General N°2 desarrollada por el Comité de Protección

12 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

13 *Ibid.*, Artículo 13.

14 *Ibid.*, Art. 2.

15 Comité DESC, Observación General N° 13.

16 *Ibid.*, Observación General N°20.

17 Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.

de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, dispone que el derecho a la educación debe ser garantizado a todos los niños migrantes, independientemente de su situación migratoria. Con respecto a los distintos tipos de discriminación de las que pueden ser víctimas los estudiantes migrantes, el Comité señala que el Estado debe tomar e implementar todas las medidas, políticas y programas necesarios para eliminar la discriminación en el sistema escolar y prevenir la segregación de los estudiantes. El Comité establece que “El principio de igualdad de trato exige a los Estados partes eliminar toda discriminación contra los niños migrantes en sus sistemas educativos. Por lo tanto, los Estados partes deben evitar la segregación escolar y la aplicación de normas de trato distintas a los hijos de los trabajadores migratorios, y eliminar todas las formas de discriminación contra los hijos de los trabajadores migratorios en las aulas. Los Estados partes también deben asegurarse de que existan programas, políticas y mecanismos eficaces para prevenir la discriminación de estos niños.”<sup>18</sup>

De igual manera, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas la formas de Discriminación Racial, ratificada por Chile en 1971, insta a los Estados partes a prohibir y eliminar la discriminación racial y a garantizar el derecho a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, en lo que se refiere al goce de una serie de derechos que incluyen el derecho a la educación y la formación profesional.<sup>19</sup>

En síntesis, los estándares de derecho internacional sobre la educación de niñas y niños migrantes, y que se desprenden de los instrumentos anteriormente citados, se sintetizan en: (i) el acceso a la educación pre-escolar y primaria obligatoria y gratuita, sin discriminación por la situación migratoria del niño o niña o de sus padres, o por la situación laboral de estos, o por otros motivos prohibidos de discriminación; (ii) la participación en una educación que respete la identidad cultural de las y los niños, lo que incluye su idioma y valores; y (iii) la participación en una educación que propicie la tolerancia y amistad entre grupos humanos diversos en cuanto a nacionalidad, raza, etnia o religión. Estas obligaciones implican deberes positivos del Estado, en relación a prevenir las situaciones de discriminación, particularmente la indirecta que se produce al no contemplar las diferencias a fin de satisfacer efectivamente los derechos reconocidos. Sobre este punto, la Observación General 20 del Comité de Derechos

18 Observación General 2, sobre los derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares, 28 de agosto del 2003.

19 Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial.

Económicos, Sociales y Culturales establece las diferencias entre la discriminación directa e indirecta:

Hay discriminación directa cuando un individuo recibe un trato menos favorable que otro en situación similar por alguna causa relacionada con uno de los motivos prohibidos de discriminación, por ejemplo, cuando la contratación para puestos en instituciones educativas o culturales se basa en las opiniones políticas de los solicitantes de empleo o los empleados. También constituyen discriminación directa aquellos actos u omisiones que causen perjuicio y se basen en alguno de los motivos prohibidos de discriminación cuando no exista una situación similar comparable (por ejemplo, en el caso de una embarazada).

La discriminación indirecta hace referencia a leyes, políticas o prácticas en apariencia neutras pero que influyen de manera desproporcionada en los derechos del Pacto afectados por los motivos prohibidos de discriminación. Por ejemplo, exigir una partida de nacimiento para poder matricularse en una escuela puede ser una forma de discriminar a las minorías étnicas o a los no nacionales que no posean, o a quienes se hayan denegado, esas partidas.<sup>20</sup>

## **2. POLÍTICAS NACIONALES EN RELACIÓN A LA EDUCACIÓN DE ESTUDIANTES MIGRANTES**

*“El tema migratorio se ha ido expandiendo en la administración, pero en educación: nada. Lo único que ha habido en educación, es una respuesta administrativa al tema del acceso, que es nada.”* (Rodrigo Sandoval, Jefe del Departamento de Extranjería y Migración)<sup>21</sup>

La Constitución Política chilena, heredada de la dictadura militar, define la educación como un derecho y deber preferente de los padres, y establece que el Estado debe otorgar especial protección al ejercicio de ese derecho. Asimismo, señala que es deber de la comunidad “contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la educación”.<sup>22</sup> Si bien es cierto que se plantea la obligatoriedad de la educación desde el segundo nivel de transición de la educación parvularia hasta la educación media, la Constitución Política no concibe la educación como un derecho de

20 Observación General 20, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

21 Entrevista realizada el 4 de mayo de 2017. Cabe señalar que, en el período de edición de este informe, Rodrigo Sandoval renunció a su cargo como Jefe de Extranjería y Migración.

22 Constitución Política de la República de Chile. Cap. III, Art. 19-10°.

los niños, niñas y adolescentes que deba ser garantizado por el Estado, ni tampoco como un sistema que deba respetar la identidad cultural de las o los niños o propiciar la tolerancia entre grupos humanos diversos. Por lo tanto, no se ajusta a los estándares internacionales relativos al derecho a la educación para ningún niño o niña, ni, en especial, para las y los estudiantes migrantes.

Poco después del golpe de Estado de 1973, la junta militar de la época instauró el Decreto Ley 1094, conocido como Ley de Extranjería,<sup>23</sup> vigente hasta la actualidad. Este decreto no hace referencia al derecho a la educación de estudiantes migrantes, ni a ningún otro derecho social. En este sentido, es un decreto ley que no responde a los estándares de derechos humanos establecidos a nivel internacional. Frente a esta situación, el actual gobierno se ha comprometido a presentar un proyecto de ley de migraciones, pero hasta la fecha, y a pesar de las reiteradas oportunidades en que se ha anunciado su presentación, aún no ha sido ingresado al Congreso. Al respecto, en su última cuenta pública, la Presidenta Bachelet anunció que durante el segundo semestre se enviará un proyecto de ley “que adapte la legislación a la nueva realidad migratoria”.<sup>24</sup>

Cabe señalar que, en 2015, la presidenta presentó un documento oficial con los lineamientos e instrucciones para el diseño de una política nacional migratoria basada en un enfoque transversal de derechos humanos y de género, y en el principio de no discriminación y consideración de grupos vulnerables, entre otros ejes.<sup>25</sup> Respecto del derecho a la educación, el instructivo presidencial propuso “garantizar a niños, niñas y adolescentes de familias migrantes, el acceso, permanencia y progreso en su trayectoria educativa, en igualdad de condiciones, con independencia de su nacionalidad, origen o situación migratoria”.<sup>26</sup> Sin embargo, en el reciente anuncio presidencial no se mencionó que la nueva ley deba responder a un enfoque de derechos humanos.

A nivel propiamente educativo, la Ley General de Educación<sup>27</sup> declara enmarcarse en el respeto y valoración de los derechos humanos, de las libertades fundamentales y de la diversidad multicultural, entre otros elementos.<sup>28</sup> En su artículo 3º, esta ley describe sus principios fundantes, algunos de los cuales responden claramente a los estándares de derecho internacional en materia de educación y niñas/os migrantes, a saber: (i) el

23 Decreto Ley 1094.

24 Cuenta Pública Presidencial de Michelle Bachelet, 1 de junio de 2017.

25 Instructivo Presidencial N°5. 2015. Lineamientos e Instrucciones para la Política Nacional Migratoria.

26 *Ibid.*

27 Ley 20.370: Ley General de Educación.

28 Ley 20.370. Art. 2.

principio de equidad, que se focaliza en las oportunidades de aprendizaje de grupos que requieran apoyo especial; (ii) el principio de diversidad, que promueve el respeto por la diversidad cultural, religiosa y social de las poblaciones atendidas; (iii) el principio de integración, que propicia la incorporación al sistema escolar de estudiantes de diversas condiciones sociales, étnicas, religiosas, económicas y culturales; y (iv) el principio de interculturalidad, que reconoce y valora la especificidad cultural y de origen de los individuos, considerando su cosmovisión, lengua e historia. Se asocia a este último principio el planteamiento respecto de la elaboración de adecuaciones curriculares para necesidades educacionales específicas, “tales como las que se creen en el marco de la interculturalidad”.<sup>29</sup>

Por su parte, la Ley 20.845,<sup>30</sup> conocida como Ley de Inclusión Escolar, se sustenta en los principios de integración e inclusión e insta al sistema educativo a eliminar todas las formas de discriminación arbitraria que obstaculicen el aprendizaje y participación de las y los estudiantes, y plantea que “el sistema propiciará que los establecimientos educativos sean un lugar de encuentro entre los y las estudiantes de distintas condiciones socioeconómicas, culturales, étnicas, de género, de nacionalidad o de religión”.<sup>31</sup>

Cabe destacar que, en noviembre de 2016, emanó un Ordinario de la Subsecretaría de Educación, que actualizó las instrucciones relativas al ingreso, permanencia y ejercicio de derechos de estudiantes migrantes en los establecimientos educacionales que cuentan con reconocimiento oficial.<sup>32</sup> Esta actualización se realizó en base a un documento similar de 2005 y consideró los ejes planteados por la Presidenta de la República sobre lineamientos e instrucciones para el diseño de una política nacional migratoria en 2015.<sup>33</sup> Entre los aspectos más relevantes de este instructivo se encuentran: (i) el cambio del conocido “Rut 100”, número provisorio para matricular a niñas y niños migrantes en situación irregular, por el IPE (Identificador Provisorio Escolar), que constituye un número único que podrá utilizar un estudiante en su trayectoria escolar, aunque se cambie de establecimiento educativo, hasta que regularice su situación migratoria; (ii) aspectos sobre la matrícula, reconocimiento y validación de estudios, proceso que debiera incorporar al equipo docente del establecimiento escolar si es que el estudiante migrante requiere rendir exámenes; y (iii)

29 Ley General de Educación. Art. 23.

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

31 Ley 20.845. Art. 3°.

32 Ordinario N° 02/00894, del 7 de noviembre de 2016. Mineduc.

33 Instructivo Presidencial N°5. 2015. Lineamientos e Instrucciones para la Política Nacional Migratoria.

aspectos de la certificación e inclusión escolar, esto último relativo a: los derechos de alimentación, textos, pase y seguro escolar; derecho a la participación en centros de padres, de alumnos o Consejo Escolar, flexibilidad en el uso del uniforme y en el sistema de evaluación.

En cuanto al Ordinario descrito en el párrafo anterior, Rodrigo Sandoval, Jefe del Departamento de Extranjería y Migración, plantea que el Estado no está preparado para dar una respuesta adecuada a las demandas que impone la temática migrante: “es preocupante que una cuestión tan incidente en el futuro se gestione de una forma tan instintiva”.<sup>34</sup> Para Sandoval “todo se hace espontáneamente, casuísticamente y reactivamente, por ejemplo, el Rut 100 se diseñó como una respuesta a una situación específica que impedía que los estudiantes migrantes pudieran acceder al sistema escolar, sin embargo, es una medida amparada en una ley que no considera la complejidad del fenómeno migratorio, el que implica ir más allá de la resolución de situaciones administrativas, para hacerse cargo de las necesidades de integración y cooperación con los países de los cuales provienen los migrantes”.<sup>35</sup>

Como se puede apreciar, a nivel constitucional no existe un reconocimiento de la educación como un derecho de todos los niños, niñas y adolescentes; de la multiculturalidad constitutiva de la nación; ni la comprensión de la educación como un fenómeno que debe atender y responder a la diversidad cultural de la población escolar. Tampoco se cuenta con una legislación migratoria que garantice el acceso, permanencia y egreso del sistema escolar desde un enfoque de derechos. En términos específicos, se han implementado políticas, como el “Rut 100” o el Identificador Provisorio Escolar, a fin de favorecer el acceso al sistema escolar de estudiantes migrantes en situación irregular, pero no se han impulsado políticas que orienten al sistema hacia un enfoque de interculturalidad, lo que implicaría una revisión del currículo nacional, de la formación de profesores a nivel de pregrado y en formación continua, entre otros aspectos.

### **3. DESAFÍOS DE LA EDUCACIÓN DE ESTUDIANTES MIGRANTES DESDE UN ENFOQUE DE DERECHOS**

#### **Acceso al sistema escolar y sus beneficios**

De acuerdo a la información obtenida en el desarrollo de este capítulo, no existen dificultades en el ingreso inicial al sistema escolar de niñas y niños migrantes, sin embargo, las barreras se encuentran a la hora de acceder a beneficios de la Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas (Junaeb) o

34 Entrevista realizada el 4 de mayo de 2017.

35 *Ibid.*

para ser beneficiario de la Ley de Subvención Escolar Preferencial. En este contexto, Chile no está cumpliendo con el derecho a la educación en términos de un acceso integral, que dé garantías de ausencia de discriminación, ya que se observan ejemplos de discriminación indirecta al no poder, muchos niños y niñas migrantes, acceder a beneficios por falta de documentación que avale la regularización de sus situaciones migratorias.

Patricia Loredó,<sup>36</sup> psicóloga de nacionalidad peruana, directora ejecutiva de la Corporación Colectivo Sin Fronteras señala que el Estado ha implementado acciones de acogida a estudiantes migrantes, sobre todo al disminuir el costo de las visas. Sin embargo, con relación a los estudiantes en situación migratoria irregular, sostiene que el cambio del “Rut 100” al Identificador Provisorio Escolar (IPE) no asegura que los estudiantes puedan acceder a los beneficios de la Junaeb y que, desde su visión, todos los niños y niñas migrantes debieran tener su cédula de identidad y acceder a los derechos sociales como educación y salud. Sobre este aspecto, Andrés Soffia,<sup>37</sup> coordinador de la Unidad de Inclusión y Participación Ciudadana del Mineduc, plantea que en la actualidad los estudiantes a quienes se ha asignado un IPE pueden acceder a cuatro de los diecisiete beneficios de la Junaeb de manera regular, entre estos, la alimentación, textos escolares y computadores del programa “Me conecto para aprender”. Los beneficios a los que no pueden acceder son los que dependen de la Ficha de Protección de Hogares del Ministerio de Desarrollo Social, que requiere la existencia del RUN (Rol Único Nacional) y cédula de identidad.

Para enfrentar lo descrito en el párrafo anterior, Andrés Soffia<sup>38</sup> informa sobre la reciente conformación de una mesa entre los ministerios del Interior, Justicia y Educación, con el fin de generar un mecanismo para otorgar visa, RUN definitivo y cédula de identidad a los estudiantes en situación irregular o cuyos padres se encuentran en esta condición. Esta iniciativa, denominada “Chile te recibe”, responde a un proyecto piloto diseñado para seis escuelas del país, cinco de la Región Metropolitana y una en Iquique, que comenzó a ejecutarse en terreno en junio de este año. Se espera que las y los estudiantes en situación migratoria irregular adquieran sus RUN definitivos, entre junio y julio de este año, para poder gestionar sus cédulas de identidad. Luego de evaluar los resultados de este proyecto piloto, se decidirá sobre la posibilidad de ampliar su cobertura a todo el país.<sup>39</sup>

36 Entrevista realizada el 13 de abril de 2017.

37 Entrevista realizada el 6 de junio de 2017.

38 *Ibíd.*

39 El 26 de julio del presente año, la Presidenta Bachelet anunció la creación de este programa. De acuerdo a la información entregada solo se requiere que el niño, niña o adolescente presente un certificado de nacimiento legalizado, para luego acceder a la visa y cédula de identidad. Esto independientemente de la situación migratoria de los padres (<http://www.recoleta.cl/plan-chile-te-recibe-visas-gratuitas-para-ninos-migrantes/>).

De acuerdo a información entregada por Mineduc,<sup>40</sup> la posibilidad de contar con RUN y cédula de identidad permitiría a todos los y las estudiantes en situación migratoria irregular: (i) postular a la permanencia definitiva y, en caso de obtenerla, acceder a la gratuidad en la educación superior, si cumple con los requisitos; (ii) renovar la visa de estudiante presentando el certificado de alumno regular del año en curso; (iii) acreditar la condición de estudiante prioritario, si cumple con los requisitos, con el fin de que la escuela reciba beneficios de la Ley de Subvención Escolar Preferencial (SEP), cuestión que hasta la fecha no ocurre para el caso de estudiantes migrantes en situación irregular.

Cabe señalar que, desde 2015, el Departamento de Extranjería y Migración, junto con algunos municipios de la Región Metropolitana, Arica y Antofagasta, comenzó a implementar el programa “Escuela somos todos”, con el objetivo de orientar y ayudar a familias migrantes a realizar los trámites para la regularización de sus antecedentes. Si bien, gracias a este programa se ha logrado avanzar en procesos de regularización, de acuerdo a Andrés Soffia,<sup>41</sup> su implementación ha dependido de la voluntad política de los alcaldes y de los recursos disponibles de los municipios, no constituyendo una política garantizada por el Estado; a diferencia de lo anterior, según el profesional, el programa “Chile te recibe” no depende de los municipios, sino que su implementación se enmarca en la acción de tres ministerios, lo que la sitúa como una eventual política de Estado.

### 3.1 El proceso educativo de estudiantes migrantes

*“Aun cuando estamos abriendo las puertas de nuestras escuelas, estamos excluyendo curricularmente, hay un desconocimiento de la realidad de cada uno de los niños y niñas que vienen a formar parte de las aulas de nuestro país”.* (Lorena González)<sup>42</sup>

Una vez que las y los estudiantes acceden al sistema escolar, la pregunta es cómo abordan las comunidades educativas, desde la gestión escolar y de aula, la diversidad cultural de las niñas y niños migrantes y sus familias. Esta cuestión es relevante si se considera que, entre 2013 y 2016, se produjeron 73 denuncias a la Superintendencia de Educación por discriminación racial o ser inmigrante, y que estas denuncias se han ido incrementando año tras año.<sup>43</sup>

40 Minuta Coordinación Migrante Mineduc del 18 de mayo de 2017.

41 Entrevista realizada el 6 de junio de 2017.

42 Entrevista realizada el 19 de junio de 2017.

43 Información entregada por la Superintendencia de Educación por Ley de Transparencia.

Si bien las políticas educativas actuales apuntan a la no selección y a la apertura de las escuelas a la diversidad, en las escuelas analizadas para la elaboración de este capítulo se evidencia que las comunidades escolares no asumen la presencia de estudiantes y familias migrantes como una oportunidad para abrirse a la diversidad y comprender la educación desde un enfoque intercultural. En las escuelas estudiadas, se evidencia que las familias chilenas con las extranjeras no establecen una comunicación fluida sustentada en el respeto mutuo. Lorena González, directora de la escuela E-50 República de Israel de la Municipalidad de Santiago, con una matrícula de un 35% de estudiantes migrantes, sostiene que no ha sido fácil la valoración de las familias chilenas hacia la presencia de estudiantes migrantes: “hay un grupo de papás que opina que el colegio se echó a perder porque nosotros tenemos niños que son extranjeros”.<sup>44</sup> Además, la directora señala que no existen, desde el municipio o desde el Estado, orientaciones a las escuelas para favorecer la integración social de familias migrantes, función que se asume desde la voluntad o capacidad de gestión que los establecimientos escolares posean. Por su parte, Sonia Osses,<sup>45</sup> directora de la Escuela Municipal Ricardo Latcham de la comuna de Pedro Aguirre Cerda, con una alta concentración de estudiantes haitianos, sostiene que la relación con los apoderados se ve interferida por dos barreras: el idioma y los horarios de trabajo, lo que les impide participar activamente en las reuniones u otras actividades en que son requeridos.

A nivel de docentes, Lorena González plantea que tampoco ha sido fácil el proceso de incorporación de estudiantes migrantes, ya que se atribuye la disminución de resultados de aprendizaje a la progresiva presencia de estos alumnos en la escuela. La directora alude también a la falta de formación del profesorado: “El cuerpo docente no estaba preparado, desde la perspectiva de la capacitación y el perfeccionamiento”,<sup>46</sup> lo que ha implicado, según relata Lorena González, invertir fuertemente en procesos de sensibilización y búsqueda de nuevos profesionales con perspectivas más amplias sobre el tema. En el caso del establecimiento Ricardo Latcham, su directora Sonia Osses plantea que tampoco fue fácil para la escuela iniciar este proceso debido a la barrera del idioma: “Esos niños no tenían un mes en Chile y los incorporaron al sistema escolar sin saber el idioma”.<sup>47</sup> Al inicio, los profesores se comunicaban solo por señas, y al no comprender el idioma, los estudiantes comenzaron a presentar problemas conductuales.

44 Entrevista realizada el 19 de junio de 2017.

45 Entrevista realizada el 2 de mayo de 2017.

46 *Ibíd.*

47 Entrevista realizada el 2 de mayo de 2017.

Ahora bien, a partir de la gestión directiva, el apoyo del equipo docente y de los mismos estudiantes, la escuela Ricardo Latcham ha implementado las siguientes medidas de apoyo: un programa de alfabetización a cargo de la profesora responsable de la biblioteca del establecimiento; la contratación de una persona haitiana como asistente de aula, lo que ha favorecido la comunicación, especialmente con los niños y niñas; y el trabajo de pares entre niños con mayor manejo del idioma y quienes recién lo están adquiriendo. En el caso de la escuela República de Israel, se ha desarrollado un trabajo de apoyo curricular para fortalecer la valoración de la diversidad de distintas culturas en el aula, y se realiza anualmente una actividad denominada “Encuentro de dos mundos”, en que participan y se involucran las familias migrantes dando a conocer aspectos de su cultura, como música, baile y comidas. Se advierte que estas iniciativas han dependido de la visión y voluntad de las y los profesionales de las escuelas, quienes declaran la ausencia de orientaciones ministeriales para hacer efectivo el derecho a la educación de las niñas y niños migrantes.

A nivel específicamente curricular, Lorena González plantea que si bien se ha avanzado en el desarrollo de algunas políticas migratorias, aún falta un estudio profundo del currículum y de cómo se están abordando los planes y programas de estudio. Para la directora, esta es una falencia a nivel nacional: “Seguimos incorporando en el currículo fechas como el 21 de mayo en donde se coloca la disputa entre Chile y Perú, en circunstancias que en la comuna de Santiago, por ejemplo, hay una cantidad importante de estudiantes que son peruanos”.<sup>48</sup> Lo mismo señala Sonia Osses: “Se han cambiado las bases curriculares sin pensar en todos estos estudiantes migrantes que están llegando: ecuatorianos, peruanos, colombianos”.<sup>49</sup>

Sobre este aspecto, María José Encina, docente curricularista de la escuela República de Israel, plantea que se deberían modificar los objetivos curriculares y contextualizarlos a la nueva realidad de la población escolar: “no mirarlos solo desde una mirada chilena”;<sup>50</sup> por ejemplo, en el área de lenguaje, incorporar literatura de los países originarios de las niñas y niños migrantes. Su aporte, como parte del equipo técnico pedagógico de la escuela, ha sido apoyar a los docentes de aula, contextualizando los objetivos de aprendizaje a la diversidad de los niños y niñas.<sup>51</sup> Sin embargo, Lorena González puntualiza que la labor docente en estos contextos ha sido la de “artesanos de la improvisación”, ya que no se cuenta con políticas públicas que

48 *Ibíd.*

49 Entrevista realizada el 2 de mayo de 2017.

50 Entrevista realizada el 26 de mayo de 2017.

51 *Ibíd.*

específicamente establezcan la forma de trabajar y la mirada transversal que se debe tener en ambientes de diversidad cultural a nivel escolar.<sup>52</sup> Por su parte, Sonia Osses<sup>53</sup> plantea que la escuela que dirige no es intercultural, sino que multicultural, ya que prima una lógica de asimilación: “Nosotros estamos solo metiéndole todo lo nuestro, pero no nos hacemos cargo de su cultura; ellos están asimilando el idioma, tienen que aprenderse el currículum, aprenden todo lo que es historia de Chile, pero de ellos no”.<sup>54</sup> A juicio de la directora no existe una preocupación desde el Estado para que las niñas y niños migrantes no pierdan su cultura y su lengua; al respecto, señala que debería otorgarse recursos a las escuelas para contar con asistentes de aula que manejen el idioma y la cultura.<sup>55</sup>

Una revisión de las bases curriculares de la asignatura de Historia, Geografía y Ciencias Sociales en los ejes disciplinares de Historia y Geografía de primero a sexto básico,<sup>56</sup> realizada por las autoras de este capítulo, revela que la mayoría de los objetivos de aprendizaje están concebidos para estudiantes de nacionalidad chilena. En sus contenidos específicos y redacción se aprecia la falta de reconocimiento de que quienes deben aprender estos objetivos pueden ser estudiantes de otras culturas, ya sea de pueblos originarios o migrantes. Cabe señalar que se decidió abordar esta asignatura y ejes por tratarse de contenidos temáticos fundamentales para la construcción de la identidad y sentimiento de pertenencia de los seres humanos.

La tabla 1 muestra la cantidad de objetivos de aprendizaje propuestos para cada nivel en el eje de Historia, desagregando el número de objetivos no asociados a conocimientos sobre Chile; el número de objetivos asociados a conocimientos sobre Chile; y el número de objetivos que reconocen la eventual diversidad de nacionalidades en el aula, es decir que, en su formulación, abren oportunidades para la expresión de la diversidad cultural, sin necesidad de tener que ser adaptados para ello o contextualizados. Para cada caso, se indican los objetivos de acuerdo a la numeración de las mismas bases.

52 Entrevista realizada el 26 de mayo de 2017.

53 Entrevista realizada el 2 de mayo de 2017.

54 *Ibíd.*

55 *Ibíd.*

56 Bases Curriculares Historia, Geografía y Ciencias Sociales, 2012.

**Tabla 1: Análisis Eje de Historia de la asignatura Historia, Geografía y Ciencias Sociales-Bases Curriculares 2012**

Curso	N° total de objetivos de aprendizaje	N° de objetivos no asociados a conocimientos sobre Chile.	N° de objetivos asociados a conocimientos sobre Chile.	N° de objetivos que reconocen la eventual diversidad de nacionalidades presentes en el aula.
1° básico	7	2 (1-2)	3 (5-6-7)	2 (3-4)
2° básico	5	0	5 (1-2-3-4-5)	0
3° básico	5	5 (1-2-3-4-5)	0	0
4° básico	5	5 (1-2-3-4-5)	0	0
5° básico	8	3 (1-3-4)	5 (2-5-6-7-8)	0
6° básico	9	0	9 (1-2-3-4-5-6-7-8-9)	0
Total de objetivos	39	15	22	2

Como se puede apreciar en la tabla 1, 22 de los 39 objetivos planteados para el eje de Historia se refieren a contenidos específicos de Chile, 15 contienen objetivos no asociados a Chile, y solo dos están redactados de manera que se reconoce la eventual diversidad de nacionalidades presentes en el aula. Estos últimos dos objetivos son: “Registrar y comunicar información sobre elementos que forman parte de su identidad personal (nombre, fecha de nacimiento, lugar de procedencia, ascendencias, gustos, intereses, amigos y otros) para reconocer sus características individuales”<sup>57</sup> y “obtener y comunicar aspectos de la historia de su familia y sus características, como costumbres, tradiciones, ritos, fiestas, recuerdos y roles que desempeñan los distintos miembros de su grupo familiar, mediante la formulación de preguntas a adultos de su entorno cercano”.<sup>58</sup> En tercero básico, todos los objetivos apuntan al conocimiento de civilizaciones de la antigüedad (Grecia y Roma); en cuarto básico, todos los objetivos se refieren a las civilizaciones americanas (maya, azteca e inca), por lo que con una planificación pedagógica contextualizada, podrían identificarse aspectos que conecten con la historia de países como México, Honduras, Perú, Ecuador o Colombia, lo que podría beneficiar a estudiantes de estas nacionalidades que estén en estos cursos. Ahora bien, tal como

57 Bases Curriculares Historia, Geografía y Ciencias Sociales. Primero Básico, Objetivo de aprendizaje 3.

58 *Ibid.*, Objetivo de aprendizaje 4.

están formulados los objetivos de aprendizaje, esta contextualización no está asegurada, ya que implicaría modificar el conocimiento puesto en juego en los objetivos de aprendizaje.

La tabla 2 muestra la cantidad de objetivos de aprendizaje propuestos para cada nivel en el eje de Geografía, desagregando el número de objetivos no asociados a conocimientos sobre Chile; el número de objetivos asociados a conocimientos sobre Chile; y el número de objetivos que reconocen la eventual diversidad de nacionalidades presentes en el aula. Para cada caso, se indican los objetivos de acuerdo a la numeración de las mismas bases.

**Tabla N° 2: Análisis Eje de Geografía de la asignatura Historia, Geografía y Ciencias Sociales- Bases Curriculares 2012**

Curso	N° total de objetivos de aprendizaje	N° de objetivos no asociados a conocimientos sobre Chile.	N° de objetivos asociados a conocimientos sobre Chile.	N° de objetivos que reconocen la eventual diversidad de nacionalidades presentes en el aula.
1° básico	5	1 (8)	4 (9-10-11-12)	0
2° básico	6	1 (6)	5 (7-8-9-10-11)	0
3° básico	5	5 (1-2-3-4-5)	0	0
4° básico	5	5 (1-2-3-4-5)	0	0
5° básico	4	2 (11-12)	2 (9-10)	0
6° básico	5	0	5 (10-11-12-13-14)	0
Total de objetivos	30	14	16	0

En el eje de Geografía se observa una situación similar al eje de Historia. De los 30 objetivos de aprendizaje de las Bases Curriculares, 16 se asocian a conocimientos sobre Chile o la localidad en que se habita, que está en Chile en el caso de los migrantes. En este caso no existen objetivos que reconozcan la posible diversidad de nacionalidades presentes en el aula.

Para el académico e investigador Renato Gazmuri, de la Universidad Diego Portales, el currículum de esta asignatura, particularmente las bases curriculares de 1° a 6° básico, está teñido de una visión conservadora, con un enfoque orientado a la adscripción a una identidad nacional, que prescribe una gran cantidad de contenidos a memorizar por parte de las y los estudiantes, lo que dificulta cualquier tipo de

contextualización: “Es un currículum poco amable para cualquiera y particularmente para el inmigrante”.<sup>59</sup> El académico señala que las propuestas contemporáneas de la enseñanza de la historia, geografía y ciencias sociales plantean que su objetivo fundamental no es la absorción de un relato nacional, sino que los niños tengan herramientas para comprender la sociedad, que valoren el orden democrático y los derechos humanos, lo que es bastante más amable para un sistema escolar que integre a estudiantes migrantes. En un contexto así, se espera que los niños comprendan “que ellos mismos tienen una historia, que su familia tiene una historia, que la comunidad tiene una historia, que habitan un espacio, y desde ahí, acercarse a las Ciencias Sociales para darle categorías a esa comprensión, pero no en la absorción de un relato nacional, sino que entregando herramientas de comprensión de la sociedad”.<sup>60</sup>

Marcelo Fontecilla,<sup>61</sup> profesional de la Coordinación de Inclusión del Mineduc, plantea que desde el Ministerio se están generando orientaciones técnicas dirigidas al trabajo de las escuelas, a partir de la elaboración de un documento que constituye una bajada de otro anterior sobre la construcción de comunidades educativas inclusivas. Se espera que en julio del presente año la Unidad cuente con una primera versión de este documento. Además, para encaminar el trabajo de aula, se proponen elaborar orientaciones a partir de un estudio solicitado a Unesco en que identificarán buenas experiencias de interculturalidad, que van más allá de la existencia de estudiantes indígenas o migrantes, ya que en todas las escuelas se requiere “gestionar el diálogo de saberes entre lo que los estudiantes traen y lo que la escuela hace”.<sup>62</sup> En este sentido, Marcelo Fontecilla señala que el Mineduc se encuentra trabajando en un enfoque de comprensión de la interculturalidad que implica un nuevo relato basado en una perspectiva más amplia. El documento de orientaciones al aula se estima que estaría disponible a fines de 2017 o principios del próximo año.

Con relación al asunto de la lengua, en el desarrollo de este capítulo se identificó la ausencia de disposiciones para que estudiantes migrantes, hablantes de español, comprendan el español de Chile: “No entienden lo que leen, no porque no sepan leer, sino porque los niños no entienden nuestro chileno”.<sup>63</sup> Respecto de estudiantes cuya primera lengua no es el español, Lorena González hace notar la ausencia de políticas que permitan implementar acciones de inserción lingüística con las comunidades migrantes, para favorecer la inclusión

59 *Ibíd.*

60 Entrevista realizada el 16 de junio de 2017.

61 Entrevista realizada el 6 de junio de 2017.

62 *Ibíd.*

63 *Ibíd.*

posterior en los colegios. Esta situación constituye una forma de discriminación indirecta. Sobre este asunto, Patricia Loredo<sup>64</sup> propone que se implementen aulas de acogida sectoriales, ya que la población migrante se concentra en regiones y comunas específicas, con el fin de promover la inserción lingüística.

## CONCLUSIONES

Chile no cuenta con un cuerpo legal consistente con los estándares de derechos humanos relativos a la educación de estudiantes migrantes. La Constitución Política no reconoce: la educación como un derecho de todos los niños, niñas y adolescentes; la multiculturalidad constitutiva de la nación; ni la comprensión de la educación como un fenómeno que debe considerar la diversidad cultural de la población escolar. Tampoco se cuenta con una legislación migratoria que garantice el acceso, permanencia y egreso del sistema escolar de estudiantes migrantes desde un enfoque de derechos. Se han implementado políticas que han facilitado el ingreso al sistema escolar y que declaran un enfoque intercultural y de derechos en la educación de estudiantes migrantes, pero que no garantizan su acceso en igualdad de oportunidades a todos los beneficios del sistema educativo, lo que constituye discriminación indirecta.

Por otra parte, se hace evidente la ausencia de responsabilidad del Estado de Chile para generar mecanismos que aseguren una permanencia de estudiantes migrantes en el sistema escolar, respetando su diversidad cultural y evitando procesos discriminatorios. Esto se observa en que: (i) los establecimientos escolares no cuentan con orientaciones a nivel de gestión escolar y de aula para abordar la inclusión de las y los estudiantes migrantes y sus familias, aunque el Ministerio de Educación se encuentra trabajando en estas orientaciones y se espera contar con ellas durante el segundo semestre del presente año o a inicios de 2018; (ii) las bases curriculares vigentes, específicamente las de Historia, Geografía y Ciencias Sociales, en los ejes de Historia y Geografía, están sustentadas en un enfoque tradicional y conservador, con una mayoría de objetivos de aprendizaje que hacen referencia a la historia o al territorio chileno, no reconociendo los escenarios de multiculturalidad presentes en las aulas; (iii) a nivel institucional, el país no cuenta con programas o apoyos que permitan superar las barreras al aprendizaje y la limitada participación que experimentan estudiantes migrantes en el sistema escolar, producto de sus diferencias culturales y lingüísticas: por ejemplo, se podrían diseñar programas

64 Entrevista realizada el 13 de abril de 2017.

para formar asistentes de aula con enfoque intercultural o centros que promuevan la inserción lingüística de estudiantes y familias que no hablan español.

Todas estas condiciones constituyen formas de discriminación indirecta desde el Estado de Chile.

## **RECOMENDACIONES**

A partir de las conclusiones del presente capítulo, se proponen las siguientes recomendaciones:

1. Promover un cambio constitucional para reconocer el derecho a la educación de niñas, niños y adolescentes, en el contexto de una nación multicultural.
2. Asegurar en el presente gobierno la tramitación de una ley de migración con un enfoque de derechos e intercultural, que garantice el derecho a la educación de estudiantes migrantes.
3. Asegurar que, a la brevedad el Ministerio de Educación publique las orientaciones para promover una gestión de aula y escuela sustentada en un enfoque de educación intercultural.
4. 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.
5. 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, con el fin de asegurar en las escuelas iniciativas que contribuyan a preservar la cultura y lengua de las niñas y niños migrantes.
6. Iniciar un proceso de reformulación de las bases curriculares, particularmente en 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.



# **EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA CIVIL EN CHILE<sup>1</sup>**

- 1 Capítulo elaborado por Macarena Vargas y Ricardo Lillo. Este trabajo contó con la colaboración de Claudio Fuentes, profesor Facultad de Derecho Universidad Diego Portales. Agradecemos también la participación de los siguientes alumnos: Giselle Carter, Ignacio Fuentes, Gabriela González y Daniela Soto.



## **SÍNTESIS**

El acceso a la justicia es un derecho fundamental que exige a los Estados garantizar que todos los ciudadanos que así lo requieran puedan recurrir al sistema de justicia y obtener una respuesta efectiva a una necesidad legal, normalmente asociada a la resolución de un conflicto o disputa de relevancia jurídica. Sin embargo, en nuestro país, por razones de diversa índole, una serie de asuntos de alta prevalencia entre la población, y que potencialmente no deberían representar mayor complejidad para el sistema, no logran ser conocidos por parte de la justicia ordinaria. Ello representa una seria limitación al derecho de acceso a la justicia y, en consecuencia, un incumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado. Caracterizar este tipo de conflictos y analizar el nivel de cumplimiento de aquellos estándares fijados por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos al respecto, es el objetivo del trabajo que a continuación se presenta.

*PALABRAS CLAVE: acceso a la justicia, justicia civil, necesidades legales insatisfechas.*



## INTRODUCCIÓN

En los *Informes* de los años 2007, 2008 y 2010, se han destinado capítulos para analizar el cumplimiento de los estándares desarrollados en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en materia de acceso a la justicia. En cada uno de ellos se han analizado diversos aspectos del sistema de justicia para brindar un estudio acabado no solo de los estándares normativos, sino también de su funcionamiento concreto.

En el *Informe 2007* se examinó la entonces reciente reforma a la justicia de familia, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 19.968 que creó, en 2005, los Tribunales de Familia. En ese artículo se llamó la atención sobre diversos problemas en su implementación, los que más tarde dieron origen a la elaboración de una serie de mejoras normativas.<sup>2</sup>

En el capítulo del año 2008, junto con desarrollar conceptualmente el acceso a la justicia como un derecho humano fundamental, se analizaron los diversos mecanismos nacionales para brindar asistencia jurídica gratuita. Se señalaba que las corporaciones de asistencia judicial, los abogados de turno y el privilegio de pobreza, por razones técnicas, operativas y de financiamiento, no permitían dar pleno cumplimiento a las normas internacionales y constitucionales. Se destacaba, también, la irrupción de figuras como la Defensa Penal Pública y las Oficinas de Defensa Laboral (ODL) que, aunque permitieron aumentar los niveles de acceso a sectores desaventajados, dejaban en evidencia importantes desigualdades en la cobertura y calidad de sus servicios.<sup>3</sup>

Finalmente, en el *Informe 2010* se evaluó el cumplimiento de estándares internacionales en materia de acceso a la justicia para mujeres

2 *Informe 2007*, pp. 137 a 159. Para mayor información, véase también: Ministerio de Justicia, *Antecedentes Generales Ley 20.286*, 2013; Pedro García, "Herramientas de Gestión Judicial para los Juzgados de Familia", *Revista de Derecho (Universidad Católica de la Santísima Concepción)*, Vol. 1, N° 25, 2012, pp.155-181.

3 *Informe 2008*, pp. 175 a 206.

víctimas de violencia doméstica. Como se señalaba en dicha oportunidad, para la adecuada protección de los derechos de las afectadas no basta solo con la existencia de una ley, sino que es necesario que se produzca un real acceso a la justicia, permitiendo a las víctimas obtener una respuesta estatal pronta y eficaz.<sup>4</sup>

En el actual *Informe*, hemos querido revisitar los estándares internacionales en la materia para analizar qué tipo de avances y/o retrocesos ha experimentado el Estado chileno en el cumplimiento de sus obligaciones. Nos centraremos en un aspecto específico y poco explorado en nuestro país: el nivel de acceso al sistema de justicia civil. Entendemos por justicia civil en un sentido amplio, la provisión de servicios legales para casos civiles, cuyo conocimiento hoy se encuentra radicado principalmente en los tribunales de letras con competencia en lo civil y, en alguna medida, en los juzgados de policía local.

Nos interesa abordar esta área pues, desde hace años, se viene denunciando que la justicia civil se encuentra cooptada por grandes empresas como la banca y el *retail* que persiguen la cobranza de sus créditos, mientras los casos donde se discuten controversias de ciudadanos comunes y corrientes –como un problema de arriendo– representan una bajísima proporción de la carga de trabajo de los tribunales civiles. Algo similar ocurre en la justicia de policía local: se encuentra saturada, principalmente, por causas de infracción a la ley del tránsito y no pago del peaje electrónico (TAG), mientras que los problemas que afectan a los consumidores –una de las materias de competencia de estos tribunales– no alcanzan siquiera al 1,0% del total de causas ingresadas.

A ello hay que añadir que existe una amplia gama de conflictos de baja complejidad y poca cuantía que no encuentran hoy en la justicia civil una respuesta ágil y accesible. Nos referimos, por ejemplo, a conflictos cotidianos –lo que se ha denominado pequeñas causas– como problemas por productos defectuosos, cobro de bajos montos de dinero o conflictos de convivencia vecinal, para cuyos involucrados el acceso a la justicia se ve lejano y costoso, principalmente por el tiempo y dinero que ello demanda y porque los procedimientos judiciales, por lo general, no son sensibles o no recogen las particularidades de este tipo de asuntos. Así, por ejemplo, es probable que quien se vea afectado por un problema de filtración de agua proveniente de la casa vecina lo pensará dos veces antes de acudir a un tribunal a ejercer las acciones legales que la ley le franquea. Esta omisión se produce porque acudir al sistema de justicia implica iniciar un procedimiento que, por regla general, un ciudadano de a pie desconoce;

4 *Informe 2010*, pp. 183 a 212.

porque, además, en la mayoría de los casos requiere de asesoría letrada si desea tener éxito en su demanda, y significará, asimismo, disponer de tiempo para hacer algunas gestiones o asistir al tribunal en caso de audiencias u otras comparecencias. Lo señalado opera –qué duda cabe– como un poderoso desincentivo para acudir al sistema de justicia formal.

¿Qué sucede entonces con este tipo de conflictos? ¿Encuentran solución en el sistema de justicia formal o quedan irresueltos? ¿Qué ha hecho el Estado chileno en los últimos años para abordar este tipo de controversias y cumplir con los estándares internacionales en esta materia? ¿Cumple los estándares internacionales de acceso a la justicia un sistema que conoce principalmente del cobro de deudas de grandes empresas, infracciones de tránsito y de cobro de peajes?

En este capítulo queremos analizar algunas de las iniciativas implementadas en los últimos años, así como algunas propuestas de reformas, con el fin de evaluar de qué manera nuestro país se ha hecho cargo de los problemas de acceso a la justicia civil.

Veremos que los datos existentes muestran un panorama desolador. No solo hay una gran cantidad de necesidades legales insatisfechas en materia civil, sino que además el Estado en estos últimos años –habiendo tenido oportunidades de hacer algunas reformas o plantear propuestas de cambios– no ha explorado la posibilidad de incorporar nuevos procedimientos o instituciones procesales que se hagan cargo de estas necesidades. Por el contrario, la única experiencia de carácter estatal implementada en esta materia, las Unidades de Justicia Vecinal impulsadas por el Ministerio de Justicia en 2011, han sido recientemente disueltas.

En este capítulo, en primer lugar, se analizan los estándares internacionales en materia de acceso a la justicia, desarrollados en el sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos y, también, en el sistema universal y el europeo. En segundo lugar, y a partir de estudios efectuados desde los años noventa en adelante, se realiza un diagnóstico sobre las principales necesidades legales que plantean los ciudadanos y los caminos que siguen para resolverlas. En tercer lugar, se analiza el proyecto piloto de Unidades de Justicia Vecinal y el proyecto de ley de reforma a la justicia civil presentado, en 2012, al Congreso Nacional. Finaliza este capítulo con algunas conclusiones y recomendaciones.

## **1. ESTÁNDARES INTERNACIONALES EN MATERIA DE ACCESO A LA JUSTICIA**

El acceso a la justicia, como derecho fundamental, resulta esencial para el correcto funcionamiento de un Estado democrático de derecho, pues

sirve para garantizar y hacer efectivos los demás derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. Tal como señalan Cappelletti y Garth, si bien ha habido una importante ampliación de los derechos sustantivos con el objeto de crear sociedades más igualitarias y justas, hoy el desafío es cómo hacer efectivos esos derechos.<sup>5</sup>

Aunque existen diferencias al momento de delimitar conceptualmente el acceso a la justicia, suelen incluirse dentro de este concepto diversas dimensiones: la posibilidad de llegar al sistema judicial contando con la representación de un abogado; de obtener un pronunciamiento judicial en un tiempo prudencial; de conocer los derechos y los medios para poder ejercerlos y de contar con asistencia jurídica gratuita para los sectores más desaventajados, entre otras.<sup>6</sup>

Más allá de las dificultades dogmáticas para definir el concepto de acceso a la justicia, pareciera que lo relevante es que, tanto a nivel internacional (sistema universal,<sup>7</sup> interamericano<sup>8</sup> y europeo)<sup>9</sup> como a nivel nacional,<sup>10</sup> se reconoce que se trata de un derecho humano y como tal entraña obligaciones positivas y negativas para los Estados.<sup>11</sup> Existen dos formas de comprender este derecho. En un sentido estricto, el acceso a la justicia es entendido como "...la capacidad para acudir a los tribunales y obtener una resolución justa sobre un conflicto o disputa...".<sup>12</sup> Otra óptica propone una mirada amplia, en virtud de la cual los Estados tienen la obligación de garantizar no solo la posibilidad efectiva de acceder a los tribunales (acceso al

- 5 Mauro Cappelletti y Bryant Garth, *El acceso a la justicia, la tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 59.
- 6 Haydée Birgin y Beatriz Kohe, "El acceso a la justicia como derecho", en Haydée Birgin y Beatriz Kohe, comp., *Acceso a la Justicia como garantía de igualdad, Instituciones, actores y experiencias comparadas*, Buenos Aires, Biblos, 2006, pág. 20.
- 7 Véase: Asamblea General de las Naciones Unidas, *La extrema pobreza y los derechos humanos. Informe de la Relatora Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos*, A/67/278, 2012, p. 4.
- 8 Véase: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales e Instituto de Estudios Judiciales, *Manual Autoformativo sobre Acceso a la Justicia y Derechos Humanos en Chile*, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2010.
- 9 Véase: Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *Handbook on European Law Relating to Access to Justice*, Luxemburgo, Consejo de Europa, 2016.
- 10 Gonzalo García y Pablo Contreras, "El Derecho a la Tutela Judicial y al Debido Proceso en la Jurisprudencia", *Estudios Constitucionales*, Año 11, N° 2, 2013, pp. 229-282, p. 246.
- 11 Recalcamos este punto porque no ha sido siempre así. Por ejemplo, en el ámbito del Consejo de Europa, en el caso *Golder vs. United Kingdom* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, uno de los argumentos del Gobierno era negar la existencia de ese derecho dentro del artículo 6° del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Golder vs. United Kingdom*, 21 de febrero de 1975, párr. 22.
- 12 Santos Pastor, *Análisis Económico de la Justicia y Reforma Judicial*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2006, p. 417.

proceso en un sentido estricto), sino también a otro tipo de dispositivos que permitan a las partes resolver sus conflictos en forma directa y colaborativa, como es el caso de la mediación, la negociación, o la conciliación. En este sentido amplio, se incluye también la noción de una protección o tutela judicial efectiva<sup>13</sup> que asegure a los ciudadanos la posibilidad de obtener una respuesta congruente sobre el fondo del asunto planteado y que, en caso de ser favorable, sea susceptible de ser efectivamente cumplida.<sup>14</sup>

El acceso a la justicia, entonces, no es solo el poder acceder a los tribunales: es el acceso a un remedio eficaz para un problema tutelado por el derecho. En este sentido, una política de acceso a la justicia implica crear o fortalecer toda instancia, estatal o comunitaria, centralizada o descentralizada, que coadyuve a garantizar el ejercicio de los derechos y que sea capaz de dar respuesta a las demandas de las personas, en especial de aquellas más desfavorecidas.<sup>15</sup>

Asumir una visión amplia del acceso a la justicia tiene dos importantes implicancias. Por una parte, el estudio de políticas públicas orientadas a mejorar el acceso a la justicia no puede estar restringido solo a observar lo que sucede en el ámbito judicial exclusivamente (es decir, el Poder Judicial), sino que desde la esfera estatal importará también observar los mecanismos y políticas impulsados por el Ejecutivo a través de proyectos pilotos, reformas de ley u otro tipo de iniciativas. Por otra parte, esta noción obliga a estudiar más allá del estricto ámbito estatal, dando una mirada a las prácticas y mecanismos comunitarios que posibilitan o mejoran el acceso a la justicia (como en aquellos casos donde las comunidades han mantenido sus mecanismos tradicionales de ejercer justicia, que se combinan con los mecanismos estatales) y también a las iniciativas impulsadas por sectores no estatales, como las organizaciones de la sociedad civil, universidades u otras instancias educativas. El estudio de las experiencias generadas en estos ámbitos puede ofrecer una visión comprensiva y más rica, en términos de contenido, de la situación en materia de acceso a la justicia en un país.

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el acceso a la justicia se ha comprendido fundamentalmente a partir de los artículos

13 Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *Handbook on European Law Relating to Access to Justice*, Luxemburgo, Consejo de Europa, 2016, p. 16.

14 Así lo ha interpretado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre todo respecto del artículo 25 de la Convención. Véase: Cecilia Medina, *The American Convention on Human Rights. Crucial Rights and Their Theory and Practice*, Reino Unido, Intersentia, 2016, p. 365.

15 PNUD, *Manual de Políticas Públicas para el Acceso a la Justicia. América Latina y el Caribe*, Buenos Aires, Ediciones del Instituto, 2005, p.14.

8.1. y 25 del Pacto San José de Costa Rica.<sup>16-17</sup> De esta manera, se exige a los Estados no solo otorgar una serie de garantías judiciales mínimas para la determinación de derechos y obligaciones a través de instituciones y procedimientos que cumplan los requerimientos expresados en el artículo 8, sino también proveer a los individuos los medios necesarios para poder acceder a dichos procedimientos e instituciones.<sup>18</sup>

Ello se observa con claridad en el caso *Claude Reyes vs. Chile* donde la Corte IDH señala que “el recurso efectivo del artículo 25 de la Convención debe tramitarse conforme a las normas del debido proceso establecidas en el artículo 8.1 de la misma, todo ello dentro de la obligación general, a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (artículo 1.1).”<sup>19</sup> Recalca, además, como ha sido parte de la jurisprudencia de los últimos años, que no basta con que los recursos existan formalmente, sino que los mismos deben tener efectividad, pues la garantía consagrada en el artículo 25 constituye un pilar básico de un estado de Derecho.<sup>20</sup>

De este modo, el derecho de acceso a la justicia supone acceder a un proceso judicial con las debidas garantías y debe aplicarse sin discriminación alguna, según ha sido entendido por la Corte IDH respecto, por ejemplo, a casos de expulsiones administrativas de migrantes o de solicitudes de asilo.<sup>21</sup>

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la CIDH) ha señalado que los Estados tienen la obligación de remover aquellos obstáculos que impidan o limiten el acceso a la justicia

16 El Artículo 8.1. de la Convención señala: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.”

17 El Artículo 25 de la Convención señala:

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

18 Cecilia Medina, *op. cit.*, p. 246.

19 Corte IDH, *Claude Reyes y otros vs. Chile*, 19 de septiembre de 2006, párr. 127.

20 *Ibíd.*, párr. 131.

21 Cecilia Medina, *op. cit.*, p. 247.

producto de la posición socioeconómica de las personas. Para ello, ha venido reconociendo que factores como los costos del proceso, la ubicación geográfica de los tribunales, o ciertas situaciones estructurales de desigualdad pueden afectar la posibilidad de acceder a la justicia y ocasionar la consecuente violación de este derecho fundamental. En estos casos, la CIDH ha destacado que contar, entre otros mecanismos, con la provisión de asistencia jurídica gratuita bajo ciertas condiciones, con el fortalecimiento de dispositivos comunitarios y la provisión de información sobre los derechos, son fórmulas adecuadas para asegurar el derecho de acceso a la justicia.<sup>22</sup>

En esta dirección, en el caso *Cantos vs. Argentina*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que "...los Estados no deben interponer trabas a las personas que acudan a los jueces o tribunales en busca de que sus derechos sean determinados o protegidos. Cualquier norma o medida del orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales, y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria al precitado artículo 8.1 de la Convención".<sup>23</sup>

Por otro lado, se trata que los Estados no interpongan barreras o trabas directas o indirectas, de *iure o de facto*, para que los individuos accedan al sistema de justicia. Por ejemplo, en el caso *Fernández Ortega vs. México*, la Corte IDH consideró vulnerado el derecho de acceso a la justicia de la víctima al no haber contado esta, inicialmente, con un intérprete provisto por el Estado a fin de presentar su denuncia ni tampoco recibir en su idioma información sobre las actuaciones derivadas de su querrela. Todo lo anterior, en los momentos preliminares del procedimiento, implicó un trato que no consideró la situación de vulnerabilidad de la señora Fernández Ortega, basada en su idioma y etnicidad, implicando un menoscabo injustificado en su derecho de acceder a la justicia.<sup>24</sup>

La Corte IDH también se ha pronunciado sobre las restricciones que los Estados pueden imponer en esta materia. Al respecto, señala que los Estados pueden limitar este derecho, pero dicha limitación debe guardar una relación de proporcionalidad entre los medios empleados y el propósito buscado por la restricción, y que, además, no implique la denegación total de este derecho.<sup>25</sup> En este sentido, señaló en el caso *Cantos vs Argentina*, antes mencionado que "...[c]ualquier

22 CIDH, *El Acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II.129, Doc. 4, 7 septiembre 2007, pág. 2.

23 Corte IDH, *Cantos vs. Argentina*, 28 de noviembre de 2002, párr. 50.

24 Corte IDH, *Fernández Ortega y Otros vs. México*, 30 de agosto de 2010, párr.201.

25 Cecilia Medina, *op. cit.*, p. 250.

norma o medida del orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales, y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria al precitado artículo 8.1 de la Convención”.

Por su parte, en el marco del Consejo de Europa y, fundamentalmente gracias a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, Tribunal EDH), se suele señalar que el acceso a la justicia se debe entender en un sentido amplio. Así, abarcaría no solo el acceso a tribunales o a mecanismos alternativos de resolución de conflictos, sino también el derecho a obtener una reparación o tutela efectiva en el caso de determinarse que los derechos de un individuo han sido violados. Mediante esta concepción, la aplicación del derecho de acceso a la justicia alcanzará a diversas materias, permitiendo a los individuos recibir protección contra vulneraciones a sus derechos fundamentales, reparar ilícitos civiles, responsabilizar al Poder Ejecutivo y defenderse a través de procedimientos penales. Así, se le caracteriza como un importante elemento del Estado de Derecho que atraviesa los más diversos ámbitos.<sup>26</sup>

Ahora bien, es importante señalar que las contravenciones al derecho de acceso a la justicia no solo pueden provenir de disposiciones legales que la transgredan, *sino también las prácticas de hecho* pueden constituir violaciones a los derechos consagrados.<sup>27</sup> En el Caso *Airey vs. Irlanda* se destaca que lo relevante es que el acceso –en los términos del artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, el Convenio)– debe ser *efectivo* o no ilusorio.<sup>28</sup> Se argumentó que el derecho de acceso, en este caso en particular en que se discutía si la asistencia jurídica gratuita obligatoria pertenecía solo al ámbito penal o si se debía extender también a otras materias, no implicaría que el Estado debería prestarse en todos y cada uno de los asuntos civiles, sino solo en aquellos casos en que las circunstancias lo ameriten como indispensable para un *acceso efectivo* al tribunal. Lo precedente, ya sea porque la representación legal en ámbitos civiles sea exigida por el derecho interno o como consecuencia de la complejidad del procedimiento o del caso.<sup>29</sup>

26 Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *Handbook on European Law Relating to Access to Justice*, Luxemburgo, Consejo de Europa, 2016, p. 16.

27 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Golder vs. United Kingdom*, 21 de febrero de 1975, párr. 26.

28 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Airey vs. Irlanda*, 9 de octubre de 1979, párr. 24.

29 *Ibid.*, párr. 26. Este argumento sería profundizado en fallos posteriores: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *McVicar vs. United Kingdom*, 7 de mayo de 2002; *P.C and S vs. United Kingdom*, 16 de julio de 2002; *Steel & Morris vs. United Kingdom*, 15 de febrero de 2005.

En este mismo sentido se ha pronunciado el Comité de Derechos Humanos, en el ámbito del sistema universal de protección de los DDHH, reconociendo que la vulneración de este derecho puede producirse *de iure* o *de facto*. Se prohíbe también toda restricción relativa al acceso a los tribunales y cortes de justicia que no esté basada en derecho y que no pueda justificarse con fundamentos objetivos y razonables. La garantía se infringe si a determinadas personas se les impide entablar una acción contra cualquier otra por razones como raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición.<sup>30</sup>

Para la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea el concepto amplio de acceso a la justicia se vincularía con dos elementos centrales: el derecho a un juicio justo (o a un debido proceso) y a una tutela efectiva (en inglés, *effective remedy*). El primero de estos elementos se encontraría en el artículo 6 del Convenio y el segundo, la provisión de un recurso o mecanismo de reparación efectivo, en el artículo 13 del mismo instrumento internacional.

De este modo, el acceso a la justicia comprende, en primer lugar, la existencia de tribunales competentes para conocer del asunto en cuestión, disponibilidad de traducción, asistencia jurídica y acceso a la información. Implica, en segundo lugar, hacerse cargo de la ubicación geográfica de los individuos si es que ello impide una efectiva participación de los ciudadanos.<sup>31</sup> En otras palabras, los Estados estarán obligados a proveer un mecanismo que haga que el acceso a tribunales sea efectivo y no meramente ilusorio, como ha dicho reiteradamente el Tribunal EDH.

Ahora, más allá del deber de eliminación o la no imposición de barreras u obstáculos que impidan que el individuo pueda llegar a los tribunales, el acceso a la justicia busca también garantizar que, una vez que el asunto es llevado a las instancias correspondientes sea procesado mediante ciertos estándares mínimos que se traducen en el debido proceso y, luego, que las condiciones que se creen para la protección de los derechos no sean solo formales, sino efectivas en la práctica.<sup>32</sup>

Esta visión integradora de ambos derechos se ve claramente reflejada en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la

30 Comité de Derechos Humanos, *Observación General N° 32, Artículo 14. El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia*, CCPR/C/GC/32, 23 de agosto de 2007, párr. 9.

31 Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *Handbook on European Law Relating to Access to Justice*, Luxemburgo, Consejo de Europa, 2016, p. 25. Véase, por ejemplo: CEPEJ, *Guidelines on the Creation of Judicial Maps to Support Access to Justice within a Quality Judicial System*, 2013.

32 Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *Handbook on European Law Relating to Access to Justice*, Luxemburgo, Consejo de Europa, 2016, p.48.

Unión Europea.<sup>33</sup> En el marco de la Unión Europea, se ha señalado que la garantía de la tutela judicial efectiva implica una obligación, para los Estados miembros, de asegurar una protección efectiva de los derechos de los individuos en las diversas áreas cubiertas por la Unión. Esto se basaría en los principios de efectividad y equivalencia. El primero implicaría que el derecho doméstico no haga imposible o excesivamente complejo el goce de los derechos y, el segundo, requiere que las condiciones de las demandas surgidas del derecho de la Unión Europea no sean menos favorables que las acciones equivalentes o similares de derecho interno.<sup>34</sup>

## **2. NECESIDADES LEGALES Y ACCESO A LA JUSTICIA. ¿QUÉ DICEN LOS ESTUDIOS?**

La evaluación del cumplimiento de los estándares internacionales en materia de acceso a la justicia en Chile exige, primero que todo, conocer cuáles son las necesidades legales que tiene la ciudadanía, qué problemas son los más frecuentes y qué caminos seguir para resolverlos.

Ello implica analizar los estudios que se han realizado en esta materia, para lo cual en este acápite se registran los datos más importantes de investigaciones efectuadas en dos períodos, uno inmediatamente después del regreso a la democracia en Chile, es decir, durante la década de los noventa y, el otro, en los últimos diez años.

### **2.1. El diagnóstico de los años noventa**

Con el retorno a la democracia comenzó un profundo proceso de reforma a la justicia en nuestro país en las más diversas materias. Aun cuando el foco principal estuvo en el área penal, debido a las graves deficiencias y contradicciones con las obligaciones contraídas por Chile en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, los problemas de acceso a la justicia fueron también fuente de preocupación.

Sin embargo, esta preocupación se concentró casi exclusivamente en una de las dimensiones del acceso a la justicia: la necesidad de eliminar

33 Artículo 47. Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial. Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva, respetando las condiciones establecidas en el presente artículo. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar. Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes, siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia.

34 Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Mohamed Aziz vs. Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)*, 14 de marzo de 2013, párr. 50.

las barreras de carácter socioeconómico que limitan el acceso de los grupos más vulnerables. Los estudios realizados y las iniciativas planteadas se centraron principalmente en los mecanismos para proveer asistencia jurídica gratuita a los más pobres.<sup>35</sup>

Una serie de investigaciones de carácter empírico fueron realizadas en esa década, los que, en general, dieron cuenta de la mala percepción y desconfianza de la ciudadanía hacia el sistema de justicia, fundamentalmente porque este no era accesible ni respondía a las necesidades legales de las y los ciudadanos.<sup>36</sup>

Uno de los análisis más relevantes fue realizado por el Centro de Estudios Públicos en 1991, donde se identificó una percepción negativa de la justicia.<sup>37</sup> Si bien la mayor parte de esta apreciación se refiere a la falta de eficiencia del sistema penal de la época, la idea que la justicia favorece principalmente a grandes empresas era otro factor que incidía en esta imagen negativa, pues estas compañías serían las que utilizarían mayormente el sistema.<sup>38</sup>

Las investigaciones de Jorge Correa y Luis Barros, realizadas en 1993 y 1997, respectivamente, daban cuenta que la opinión respecto de la justicia era mayoritariamente negativa, 82,8% en 1993 y 88% en 1997, dando como motivos la lentitud, la ineficiencia y el carácter discriminatorio de la justicia en contra de los pobres.<sup>39</sup>

En relación a las necesidades legales, el estudio de 1993 muestra que fuera de los problemas de carácter penal (que sumaban el 46,8%), *los problemas de tipo civil constituyeron el segundo grupo más importante con un 24,5%*. Dentro de esta área, aquellos más relevantes eran los préstamos de dinero sin devolución (20,7%) y el engaño al comprar productos o contratar servicios (15,7%). Por su parte, los asuntos laborales representaban el 16,2%, siendo los más destacados la falta de contrato y/o pago de imposiciones cuando se trabaja de forma dependiente, con

35 La verdad es que ya en los años 60 es posible observar la preocupación del sector académico y judicial por la falta de acceso a la justicia, particularmente de los sectores pobres. Sobre estos desarrollos, véase: Franz Vandeschueren y Enrique Oviedo (ed.), *Acceso de los Pobres a la Justicia*, Santiago, Ediciones Sur, 1995, p. 117.

36 Para un detalle de los estudios realizados en la década de 1990 sobre el acceso a la justicia en Chile, véase: Cristián Riego y Ricardo Lillo, "¿Qué se ha dicho sobre el funcionamiento de la justicia civil en Chile? Aportes para la reforma", *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 25, 2015, pp. 9-54.

37 Eugenio Valenzuela (coord.), *Proposiciones para la reforma judicial*, Santiago, Centro de Estudios Públicos, 1991.

38 Eugenio Valenzuela (coord.), *Proposiciones para la reforma judicial*, Santiago, Centro de Estudios Públicos, 1991, p. 60. Véase también: Marco Lillo (ed.), *Asistencia legal en América Latina*, Santiago, CDJ/CPU, 1996, pp. 76 y 77.

39 Jorge Correa Sutil y Luis Barros, *Justicia y marginalidad, percepción de los pobres*, Santiago, Corporación de Promoción Universitaria, 1993, p.23; Luis Barros, *Opiniones de los sectores populares urbanos en torno a la justicia*, Santiago, Centro de Desarrollo Jurídico Judicial, Corporación de Promoción Universitaria, 1997, p. 19.

un 22% de ese total, y el despido injustificado y sin desahucio, con un 17%. Finalmente, los temas de familia ocupaban un 12,5% del total de problemas legales, y dentro de esta materia los principales eran la custodia de los hijos (10,7%) y las pensiones alimenticias (11,9%).<sup>40</sup>

En relación con los caminos seguidos para resolver estas necesidades, algo más de la mitad (55,2%) de quienes registraron haber tenido problemas legales declaró haber denunciado, fuese personalmente o por medio de algún familiar. El 44,8% restante manifestó, sin embargo, no haber hecho denuncia alguna.<sup>41</sup> Esto ocurría principalmente en los asuntos no penales. Los problemas legales de familia –que mostraban también una alta tasa de ingreso al sistema de justicia formal (46,9% de los ocurridos)– se referían principalmente a casos de pensión alimenticia, uno de los pocos asuntos que, en esa época, no requería del patrocinio obligatorio de un abogado para accionar. Por su parte, los temas laborales representan una alta proporción de las demandas o denuncias ante las autoridades, aunque dirigidas, fundamentalmente, a la Dirección del Trabajo y no a tribunales. Por último, aquellas necesidades legales de carácter estrictamente civil, tenían una tasa de denuncia o de presentación a tribunales inferior al 10%.<sup>42</sup>

En la investigación realizada en 1997 se observa que los problemas civiles pasaron a constituir los de mayor prevalencia con porcentajes muy superiores a los del estudio anterior. Así, por ejemplo, un 49,3% de los encuestados dijo tener problemas como consumidores y un 47% dijo ser acreedor de deudas impagas.<sup>43</sup>

Otro estudio, realizado en 1995, mostraba que el grueso de las causas ingresadas a los juzgados civiles no revestían un carácter jurisdiccional, es decir, no existía un conflicto sometido al conocimiento del tribunal, sino que se trataba más bien de asuntos donde los jueces realizaban gestiones de naturaleza administrativa<sup>44</sup> vinculadas, principalmente, a materias de orden comercial.<sup>45</sup> Por otra parte, se agregaba que la ubicación física de los juzgados, sobre todo en las grandes ciudades, muy distanciados de los lugares de habitación de los sectores de escasos recursos (generalmente ubicados en la periferia), generaba un impedimento material y económico para llegar a ellos.<sup>46</sup>

40 Correa y Barros, *op. cit.*, p. 72.

41 Correa y Barros, *op. cit.*, p. 73.

42 Vandeschueren y Oviedo, *op. cit.*, pp. 140-141.

43 Barros, *op. cit.*, pp. 30-31. Para un análisis de los diversos estudios en esta materia, véase: Riego y Lillo, *op. cit.*, pp. 9-54.

44 Vargas y Correa, *op. cit.*, p. 40 y siguientes.

45 Vandeschueren y Oviedo, *op. cit.*, p. 139.

46 Vandeschueren y Oviedo, *op. cit.*, p. 148.

Otro aspecto considerado en aquella época, fue el funcionamiento de la justicia civil. Estudios de los años 90 ya caracterizaban los procedimientos civiles como altamente formales, por ser escriturados en casi todas sus etapas, por existir muy poca intermediación quedando la mayoría de las decisiones en manos de funcionarios inferiores y por un excesivo y siempre demoroso recurso a la segunda instancia.<sup>47</sup> Trámites que se suponía serían orales, como el llamado a conciliación u otros dentro del procedimiento sumario, habrían devenido en un formalismo más del proceso.<sup>48</sup>

## **2.2. El diagnóstico del nuevo milenio. Nuevas cifras, mismos hallazgos**

A partir del 2000, no es fácil encontrar estudios sobre acceso a la justicia en nuestro medio, probablemente porque la puesta en marcha de reformas procesales –en ámbitos tan diversos como el penal (2000), de familia (2005) y laboral (2007)– orientaron las investigaciones empíricas hacia la obtención de información sobre sus resultados.

En materia de acceso a la justicia, destaca la Encuesta Nacional de Necesidades Jurídicas y Acceso a Justicia realizado en 2015 por el Ministerio de Justicia, que contó con un universo de 4 mil casos (hombres y mujeres mayores de 18 años) seleccionados aleatoriamente de manera proporcional en las distintas regiones del país. En ese estudio se entendió como necesidades legales insatisfechas aquellas situaciones que se refieren a un derecho que se encuentra en conflicto producto del choque de intereses entre dos o más partes o bien situaciones en que la gente percibe que sus derechos son o podrían ser vulnerados por terceros, tanto privados como, incluso, por el propio Estado.<sup>49</sup>

Los datos muestran que del total de encuestados, el 44,5% declaró que tuvo algún tipo de necesidad jurídica en el último año. Esta cifra es relevante si se piensa que al menos 4 de cada 10 personas en Chile se encuentran en esta situación y que pueden haber requerido información legal, asesoría jurídica o representación judicial. Incluso podría tratarse de personas que de haber tenido la oportunidad estarían dispuestas a acudir a mecanismos negociados de resolución de conflictos, pues necesitaban atención en los ámbitos que se señalan en el cuadro que sigue a continuación.<sup>50</sup>

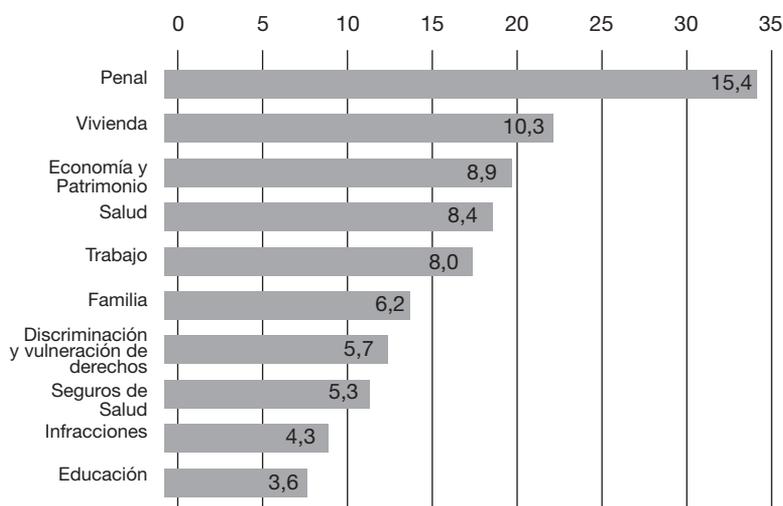
47 Por ejemplo: Carlos Cerda, *Duración del procedimiento civil ordinario en los juzgados de Santiago*, Santiago, FONDECYT, 1992; Carlos Cerda, *Duración del procedimiento civil sumario en los juzgados de Santiago*. Santiago, 1993. Para un análisis de los diversos estudios sobre la duración de los procedimientos civiles realizados en esa época, véase: Riego y Lillo, *op. cit.*, pp. 9-54.

48 Vargas y Correa, *op. cit.*, p. 39.

49 Ministerio de Justicia, *Informe Final, Encuesta Nacional de Necesidades Jurídicas y Acceso a la Justicia*, Santiago, Gfk Adimark, 2015, p. 7.

50 Ministerio de Justicia, *Informe, op. cit.*, p. 27.

**Cuadro 1: Población con necesidades jurídicas durante 2014.**



Fuente: *Ministerio de Justicia, Informe Final, Encuesta Nacional de Necesidades Jurídicas y Acceso a la Justicia, Santiago, Gfk Adimark, 2015, p. 30.*

Además del ámbito penal, que ocupó un 34,6% del total de necesidades legales declaradas por los encuestados,<sup>51</sup> las principales necesidades jurídicas en materia civil se dan en temas de vivienda (22,5%), economía y patrimonio (20%) y salud (18,9%). Le siguen los problemas sobre temas de trabajo (17,9%), familia (14%), discriminación y vulneración de derechos (12,8%), seguros de salud (11,8%) y educación (8,1%). Por supuesto, un mismo individuo podía declarar más de una necesidad legal insatisfecha y en diversas materias.<sup>52</sup>

Dichas necesidades no se presentan de manera homogénea dentro de la población, sino que es posible ver diferencias según variables segmentadoras. Así, en cuanto a la zona de residencia, las urbanas poseen mayor prevalencia de necesidades legales que las zonas rurales. En relación a la edad, es posible observar una mayor ocurrencia de necesidades jurídicas en la población adulto joven y menor en los adultos mayores. En cuanto al grupo socioeconómico, a menor grupo socioeconómico disminuye el reconocimiento de necesidades jurídicas. La escolaridad también es una variable a considerar, ya que hay un menor nivel de reconocimiento entre quienes presentan más bajo nivel de escolaridad. La pertenencia a pueblos originarios también incide, en tanto quienes declaran pertenecer a ellos poseen un mayor reconocimiento de

51 *Ibid.*, p. 30.

52 *Ibid.*, p. 30.

necesidades jurídicas; y, por último, la actividad laboral, ya que quienes trabajan poseen un mayor porcentaje de necesidades jurídicas declaradas que aquellos que no pertenecen al mundo del trabajo remunerado. En relación al sexo de los encuestados, no existen diferencias estadísticamente significativas (45% de hombres y el 44% de mujeres afirmó lo mismo), salvo respecto de ciertas necesidades jurídicas.<sup>53</sup>

En términos de duración, las necesidades legales declaradas en promedio tenían una antigüedad de, aproximadamente, un año y medio (549 días), siendo más prolongadas las relativas a materias de familia y economía y patrimonio. Estos resultados pueden complementarse con la proporción de casos solucionados, un 37%, mientras que aquellos no resueltos representaban un 62% del total de casos registrados, gran parte de los cuales se encontraba vigente y en espera de resolución.<sup>54</sup>

Finalmente, en términos de las acciones tomadas por los encuestados, se destaca la heterogeneidad de los caminos seguidos. Los cursos de acción que muestran una mayor prevalencia, en términos generales, son casos en que las personas conversaron con los involucrados (38%) y aquellos en que no se hizo nada (31%), es decir, de personas que no acudieron a ninguna vía formal para resolver sus problemas, sino que intentaron una salida colaborativa o derechamente dejaron el asunto sin resolver. Respecto de las personas que sí se acercaron al sistema de justicia formal, se observa que un 17% interpuso una denuncia, un 7% pidió consejo legal, un 7% demandó y un 3% acudió a un método colaborativo.<sup>55</sup>

En síntesis, es posible sostener que alrededor de un 50% de los encuestados tiene o ha tenido una necesidad legal, según la definición antes señalada, que esos requerimientos en promedio tienen una duración de un año y medio y que poco más de un tercio de las personas consultadas (34%) acude al sistema de justicia formal en busca de una solución. Lo más grave es que, cualquiera sea el camino seguido, un 62% de los encuestados sostiene que el problema o situación no se ha resuelto.

Desde el lado de la oferta, es decir, desde la respuesta del sistema de justicia civil a las necesidades de los usuarios, un estudio de 2011 (realizado con datos del 2009) elaborado por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (en adelante, CEJA), representativo para la jurisdicción de Santiago, daba cuenta de dos aspectos medulares.

53 Ministerio de Justicia, *Informe op. cit.*, p. 32 y siguientes. Respecto a las necesidades jurídicas por sexo, se señala que las áreas con diferencias significativamente mayores para las mujeres son "salud" con un 10% contra un 7% de los hombres, familia con un 8% contra un 4% de los hombres, "discriminación y vulneración de derechos" con un 7% contra un 5% de los hombres y "educación" con un 5% contra un 3% de los hombres (p. 38).

54 *Ibid.*, p. 75.

55 *Ibid.*, p. 79.

El primero de ellos dice relación con la composición de los litigios que llegan a los juzgados civiles. El estudio muestra que el 96,4% de las causas terminadas en el año 2009 eran ejecutivas. De ellas, un 30% correspondía a gestiones preparatorias de la vía ejecutiva y un 61% a procesos de ejecución propiamente tales.<sup>56</sup>

Ello significa que el porcentaje de causas correspondientes a juicios ordinarios y sumarios no supera al 5% del total de causas ingresadas.<sup>57</sup> En efecto, el estudio muestra que el procedimiento ordinario tiene una prevalencia ínfima dentro del tipo de ingresos en tribunales civiles (1,46%). Por su parte, el procedimiento sumario, diseñado precisamente para brindar una solución rápida a través de un procedimiento sencillo y verbal, según señala la ley, ocupa una proporción aún menor (0,98%) del total de causas ingresadas., tal como se observa en la siguiente tabla.<sup>58</sup>

**Tabla 1 Causas terminadas por tipo de procedimiento (2009)**

Procedimiento	2009
Ejecutivo (y gestiones preparatorias)	96,45%
Ordinario	1,46%
Sumario	0,98%
Otros	1,11%
Total	100%

Fuente: CEJA.<sup>59</sup>

Pero lo más llamativo de estas cifras es la escasa proporción de causas ejecutivas efectivamente terminadas. No más de un 8% llegan a una sentencia definitiva, concentrándose el grueso de las causales de término en las denominadas salidas tempranas, esto es, casos en que la demanda ejecutiva ni siquiera llega a notificarse. Esto se explica principalmente por la normativa tributaria vigente que exige a los acreedores para declarar incobrable una deuda haber requerido judicialmente de pago al deudor.<sup>60</sup> La forma de término de los procedimientos ejecutivos se puede apreciar en el siguiente cuadro.<sup>61</sup>

56 Macarena Vargas, "Reflexiones en Torno a la Figura del Oficial de Ejecución", en: Francisco Javier Leturia (ed.), *Justicia Civil y Comercial: Una Reforma ¿Cercana?*, Santiago, Ediciones LYD, 2011, pp. 471-488, p. 479.

57 *Ibid.*, pp. 471-488, p. 479.

58 Centro de Estudios de Justicia de las Américas, *Estudio de análisis de trayectoria de las causas civiles en los Tribunales Civiles de Santiago. Informe Final*, Santiago, Ministerio de Justicia, 2011, p. 15.

59 *Ibid.*, *op. cit.*, p. 17.

60 *Ibid.*, *op. cit.* p. 15.

61 *Ibid.*, p. 28.

**Tabla 2 Causas ejecutivas por tipo de término (2009)**

Tipo de término	Total ejecutivo	% respecto al total	% acumulado
Téngase por no presentada la demanda	644.166	82,8%	82,8%
Demanda sin movimiento	77.913	10,0%	92,8%
No da curso a la demanda	26.543	3,4%	96,2%
Retiro de demanda	11.917	1,5%	97,7%
Pago de crédito	9.906	1,3%	99,0%
Sentencia definitiva	2.829	0,4%	99,4%

Fuente: CEJA<sup>62</sup>

Datos recientes, obtenidos del Poder Judicial,<sup>63</sup> muestran una tendencia similar en términos de la proporción de causas ejecutivas, esta vez sobre el total del universo ingresado en la jurisdicción de Santiago, a varios años del estudio del CEJA. Gran parte de las causas ingresadas en el sistema de justicia civil, siguen siendo de tipo ejecutivas y/o gestiones preparatorias.

**Tabla 3 Total de ingresos civiles en jurisdicción de Santiago (2014-2016)**

Procedimiento	2014	2015	2016
Ejecutivo (y gestiones preparatorias)	93,4%	88,75%	93,92%
Ordinario	4,88%	9,71%	4,38%
Sumario	1,68%	1,47 %	1,51%
Otros	0,04%	0,07%	0,19
<b>Total</b>	<b>100%</b>	<b>100%</b>	<b>100%</b>

Fuente: Elaboración propia en base a datos obtenidos del Poder Judicial.

Ahora, el problema no es solo el tipo de causas ingresadas, sino quienes son los litigantes en ellas. En este sentido, en el estudio del CEJA se observa que los ejecutantes son mayoritariamente personas jurídicas del sector terciario, mientras los ejecutados son principalmente personas naturales.<sup>64</sup> Lo mismo ocurre en el procedimiento ordinario, donde la gran mayoría de los demandantes eran personas jurídicas mientras que los demandados eran fundamentalmente personas naturales.<sup>65</sup> Los litigantes del procedimiento sumario, en cambio, rompen la tendencia antes señalada, pues tanto demandantes como demandados son en su mayoría personas naturales, aunque, como vemos, representan una proporción ínfima del sistema.<sup>66</sup>

62 *Ibid.*, p. 28.

63 Requerimiento de información en poder del autor. Agradecemos la respuesta obtenida de parte de la Unidad de Estadística e Informática del Poder Judicial.

64 Centro de Estudios de Justicia, *op. cit.*, p. 67.

65 *Ibid.*, p. 63.

66 *Ibid.*, pp. 65-66.

### 3. ¿QUÉ HA PASADO EN LOS ÚLTIMOS AÑOS?

Frente a los datos antes presentados, surgen interrogantes respecto de las acciones tomadas por el Estado chileno para hacer frente a este conjunto de necesidades legales insatisfechas. Tomando como punto de referencia lo analizado en el *Informe 2008*, podemos decir que, casi diez años después, el panorama legal y constitucional sobre acceso a la justicia en nuestro país no ha cambiado mucho.

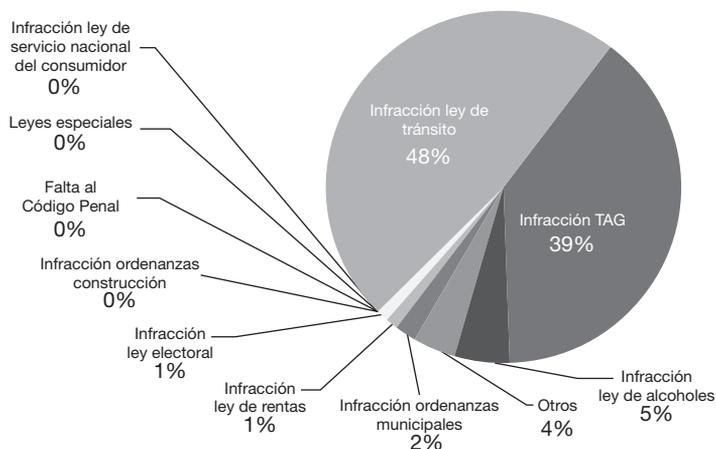
En efecto, no se han llevado a cabo reformas legales destinadas a paliar el déficit en la oferta estatal, ya sea a través de modificaciones procesales funcionales u orgánicas, ni se han introducido cambios en la provisión de mecanismos de asistencia jurídica gratuita, área típicamente abordada cuando se intenta mejorar los niveles de acceso a la justicia.

Una mirada global muestra que la justicia civil se mantiene prácticamente igual. Se conservan los mismos procedimientos y los mismos modelos orgánicos sin distinción respecto al tipo de conflicto que se conocen. De acuerdo a la normativa vigente los conflictos vecinales o de baja complejidad y cuantía son conocidos por los Juzgados de Policía Local (también JPL) sin embargo, los datos muestran otra cosa.

La información respecto a los asuntos que ingresan en esta sede son elocuentes en este sentido. De acuerdo a datos del INE, a nivel nacional han ingresado 5.221.157 causas. Aproximadamente, el 53,6% (2.796.311) en los JPL corresponden a la jurisdicción de la Corte de Apelaciones de Santiago. De estas causas, el 48% son por infracciones a la ley del tránsito, 38,9% por infracción del TAG, un 4,6% por infracción a la Ley de Alcoholes, solo por nombrar algunas de las más relevantes en términos del ingreso.<sup>67</sup> Luego, ¿qué característica comparten estas causas? Se trata de ilícitos denunciados por instituciones públicas, por ejemplo, las policías, o por grandes empresas (como las concesionarias de autopistas urbanas en la Región Metropolitana). Bajo estas circunstancias, difícilmente se podría decir que estos juzgados cumplen entonces un rol de protección para la satisfacción de las necesidades legales de la ciudadanía, sino, más bien, para otro tipo de actores. Por el contrario, cuando los ciudadanos acuden lo hacen, por lo general, en calidad de infractores denunciados. Por supuesto, en este punto surge la necesidad de una mayor investigación empírica en la materia para testear esta hipótesis, pero al menos, estas grandes cifras nos permiten esbozar esta idea.

67 Instituto Nacional de Estadísticas, *Justicia. Informe Anual 2014*, Santiago, 2015, pp. 103-107.

## Ilustración 2: Ingresos en Juzgados de Policía Local 2014.



Fuente: Instituto Nacional de Estadísticas.<sup>68</sup>

Por su parte, los procedimientos aplicables tanto en los tribunales de letras con competencia en lo civil como en los JPL comparten algunas características comunes, son escritos y altamente mediatizados por los funcionarios judiciales.

Este último punto es central. Hay suficientes antecedentes que provienen de experiencias del mundo comparado,<sup>69</sup> que muestran que para ampliar el acceso a la justicia de la ciudadanía en este ámbito es necesario contar con procedimientos flexibles, que no requieran abogados (pero donde los ciudadanos cuenten con una importante asistencia para preparar sus casos) que establezca, al menos, una audiencia donde un juez pueda extraer la información que requiera de los litigantes legos.

El problema es que el procedimiento regulado actualmente para los JPL, al menos en su funcionamiento práctico, no pareciera ser una alternativa que pueda brindar, razonablemente, un tratamiento adecuado para este tipo de asuntos. Puede que si lo sean para lo infraccional, pero claramente no lo es para los conflictos cotidianos.

No parece lógico, entonces, dejar que estos asuntos se sometan a un procedimiento eminentemente escrito y formalista. Si bien en el caso de los JPL no se requiere de un abogado en algunas materias (como los relativos a la Ley de Protección del Consumidor), la falta

<sup>68</sup> *Ibíd.*, p. 118.

<sup>69</sup> Por ejemplo, los Small Claims Courts de California. Al respecto, véase: Ricardo Lillo, "Access to Justice and Small Claims Courts: Supporting Latin American Civil Reforms through Empirical Research in Los Angeles County, California", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 43 N° 3, 2016, pp. 955-986.

de información, la manera en que la prueba es rendida ante un delegado del juez (un proveedor o actuario); sin la debida intermediación y garantías que proporciona un juicio oral, en la práctica hace que sí se requiera de un profesional a cargo. El problema es que, sumando los honorarios de un abogado, más las notificaciones, considerando el tiempo invertido en tramitar un caso, resulta que el beneficio esperado no supera de ninguna manera los costos asociados. Esto termina, entonces, por desincentivar el acceso a la justicia de policía local por parte de los ciudadanos comunes y corrientes.

A ello hay que añadir que, pese al auge que en los últimos años han experimentado los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, por ejemplo, en materia de familia<sup>70</sup> o daños en salud,<sup>71</sup> ellos no han sido incorporados en los procedimientos de policía local. Con excepción de la conciliación judicial que existe en nuestro ordenamiento jurídico desde tiempos inmemoriales, la mediación, la negociación u otras fórmulas autocompositivas, no se contemplan dichos mecanismos en ninguna etapa del proceso judicial ni en forma previa a este, salvo por medio de instancias voluntarias y extra judiciales, como la mediación financiera que ofrece el Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC).<sup>72</sup>

Por otra parte, desde la óptica de la asistencia jurídica gratuita, la oferta estatal permanece intacta. Se mantienen las Corporaciones de Asistencia Judicial, con los mismos objetivos, la misma orgánica y la misma distribución territorial desde su creación. En lo medular no han sufrido cambios estructurales, pese a varios anteproyectos y proyectos de ley que han intentado modificarlas. Con todo, es justo reconocer que en algunas áreas han diversificado sus servicios, incorporando, por ejemplo, desde hace ya un par de décadas, mecanismos alternativos de resolución de controversias. Se mantienen también incólumes, aunque con dudas acerca de su eficacia, las figuras del abogado de turno y el privilegio de pobreza.

En un escenario prácticamente estático como el descrito, se observan dos iniciativas que abren (o abrieron) una ventana de oportunidad para la mejora del acceso a la justicia en nuestro país. Nos referimos, por una parte, al proyecto piloto de las Unidades de Justicia Vecinal

70 Artículo 106 de la Ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia, publicada en Diario Oficial el 30 de agosto de 2004, modificada por la Ley 20.286, publicada en el Diario Oficial el 15 de septiembre de 2008.

71 Artículo 43 de la Ley 19.966 sobre Régimen de Garantías en Salud, publicada en el Diario oficial el 30 de septiembre de 2004. Véase también: Reglamento de mediación por reclamos en contra de prestadores institucionales públicos de salud o sus funcionarios y prestadores privados de salud N° 47. 1 de febrero de 2005.

72 Artículo 55 N° 3 y siguientes de la Ley 20.555 que modifica Ley N° 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores para dotar de atribuciones en materias financieras, entre otras, al Servicio Nacional del Consumidor, publicada en el Diario Oficial el 5 de diciembre de 2011.

y al proyecto de ley de Nuevo Código Procesal Civil 2012,<sup>73</sup> ambas iniciativas impulsadas por el Ministerio de Justicia durante el gobierno del presidente Sebastián Piñera. A continuación se analiza brevemente cada una de ellas.

### 3.1. Las Unidades de Justicia Vecinal

Las Unidades de Justicia Vecinal (en adelante, UJV) fueron diseñadas siguiendo la experiencia norteamericana de los Tribunales Multipuertas,<sup>74</sup> con el fin de ofrecer a los ciudadanos un espacio donde acceder a diversas alternativas –adjudicativas, autocompositivas y de orientación legal– para la solución de conflictos vecinales y comunitarios.

La mecánica era la siguiente. Una vez ingresado un caso o requerimiento a la UJV, un equipo interdisciplinario de profesionales procedía al análisis de las alternativas más adecuadas para la solución del conflicto planteado y luego asesoraban a la o las parte(s) sobre la vía de solución seleccionada, explicando sus características y posibles resultados.<sup>75</sup> Dependiendo de la elección, las partes entonces podían acceder a información y asesoría jurídica, mediación, conciliación, arbitraje y, en caso de ser necesario, a representación judicial ante los tribunales de Policía Local de la comuna, a través de los profesionales de la Corporación de Asistencia Judicial de la Región Metropolitana.

A esta oferta de mecanismos de solución se sumaba un trabajo en red con los programas y servicios locales sociales y un proceso de seguimiento, acuerdos y cumplimientos.<sup>76</sup> Es importante señalar que, pese a seguir de cerca al modelo de Tribunales Multipuertas, las UJV no contemplaron en su diseño orgánico una instancia judicial de adjudicación de derechos.<sup>77</sup>

Este proyecto piloto fue objeto de múltiples evaluaciones sobre los más diversos aspectos, destacándose, por ejemplo, el tipo de mecanismo más utilizado y de conflictos que llegaron a su conocimiento. Un estudio realizado en 2012 muestra que las UJV conocían una amplia gama de conflictos, siendo de mayor prevalencia los casos de arrendamiento, copropiedad inmobiliaria y ruidos molestos y, entre los mecanismos ofrecidos, la mediación destacaba como el más utilizado.<sup>78</sup> Los datos mostraron que los mecanismos autocompositivos en algunas comunas tuvieron una tasa de acuerdos cercana al 80%.<sup>79</sup>

73 Para un relato sobre el proceso de creación e implementación de este proyecto, ver: Riego y Lillo, *op. cit.*, pp. 385-417.

74 Para una descripción de los Tribunales Multi puertas, véase: Riego y Lillo, *op. cit.*, pp. 385-417.

75 Riego y Lillo, *op. cit.*, pp. 10-11.

76 HOLOS-UDP, *Estudio de evaluación del procesos del estudio práctico de las Unidades de Justicia Vecinal*, Santiago, 2012, pp. 34-39.

77 Riego y Lillo, *op. cit.*, pp. 404-405.

78 HOLOS-UDP, *op. cit.*, p. 74.

79 *Ibid.*, pp. 186-196.

Por su parte, el estudio realizado por la Dirección de Presupuestos del Ministerio de Hacienda, en 2013, evaluó positivamente el modelo de las UJV. Sostuvo que este modelo era coherente con la recomendación del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) en esta materia, toda vez que la oferta de distintas alternativas de resolución de conflictos permitía acercar la justicia a las personas. Dichos resultados confirmaron la hipótesis que para conflictos de baja complejidad y cuantía, como lo son los conflictos vecinales y comunitarios, las personas están dispuestas a participar en este tipo de instancias previas antes de acudir al sistema judicial.<sup>80</sup>

Al inicio del proyecto se crearon 4 UJV en las comunas de Paine, Cerrillos, Macul y Renca, las que más tarde aumentaron su rango de cobertura territorial recibiendo casos y consultas de otras comunas de la Región Metropolitana. En su etapa final las UJV fueron integradas dentro de la oferta de servicios de la Corporación de Asistencia Judicial de la Región Metropolitana.

Si bien el modelo de las UJV era perfectible, ellas constituyeron un serio esfuerzo del Estado chileno de dar cumplimiento a los estándares internacionales en materia de acceso a la justicia para asuntos de baja complejidad y cuantía, de una manera innovadora y multidimensional. Se atrevieron a ampliar la oferta de tutela de los derechos de las personas a través de mecanismos adjudicativos y alternativos, incluyeron en su modelo el apoyo y orientación legal para sus usuarios y propiciaron la construcción de una red de servicios sociales a nivel local.<sup>81</sup>

Sin embargo, el trabajo y la experiencia acumulada en los cinco años de funcionamiento de estas unidades no fueron suficientes para convencer al Ejecutivo de mantenerlas e incluso ampliarlas. En marzo de este año el Ministerio de Justicia puso término al proyecto piloto de las UJV.

### **3.2. La reforma a la justicia civil**

A partir del 2005 comienza a gestarse el proceso que daría origen al proyecto de ley de Nuevo Código Procesal Civil (en adelante, proyecto de ley NCPC), cuyo objetivo central sería cambiar la cara de la justicia civil.<sup>82</sup> Esta propuesta legislativa fue presentada, en 2009, durante el primer gobierno de la presidenta Michelle Bachelet<sup>83</sup> y luego retirada,

80 Ministerio de Hacienda, *Informe Final Estudio Práctico de Unidades de Justicia Vecinal*, Santiago, 2013.

81 El Mercurio Legal: "Acceso a la justicia y pequeñas causas: la muerte de las Unidades de Justicia Vecinal", 23 de enero de 2017.

82 Ministerio de Justicia, *Proyecto de Ley de Nuevo Código Procesal Civil, Mensaje Presidencial N° 432-359*, Santiago, 2012.

83 Proyecto ingresado el 16 de junio de 2009 a la Cámara de Diputados, Boletín N° 6567-07.

revisada y vuelta a presentar el año 2012 bajo el gobierno del presidente Sebastián Piñera.<sup>84</sup> Ese mismo año se inicia la discusión parlamentaria, la que sin embargo, desde 2014, se encuentra paralizada.

En el Mensaje Presidencial que acompañó la última versión del proyecto de ley, se señalaba que la reforma a la justicia civil se llevaría a cabo respondiendo a una visión de política pública en pos de un cambio sistémico e integral destinado a mejorar el acceso a la justicia de todos los ciudadanos. Así, se señalaba que: “Los chilenos y chilenas necesitan mejores y eficientes herramientas para la solución de sus conflictos civiles y comerciales, permitiendo la garantía efectiva de los derechos, la defensa de los intereses de las personas en condiciones de igualdad y con posibilidades de un real acceso a la justicia”.<sup>85</sup>

La nueva propuesta inspirada en los principios de oralidad, publicidad e intermediación y basada en la realización de una o más audiencias constituyen, sin duda, un importante avance procesal. Sin embargo, los procedimientos e instituciones que el proyecto de ley de NCPC contiene no fueron pensados para hacerse cargo de los problemas de acceso a la justicia que la ciudadanía enfrenta en la práctica cotidiana.

Si bien el proyecto de ley de NCPC modifica sustancialmente la estructura de los procedimientos y los unifica en solo dos de naturaleza declarativa general –con excepción de algunos especiales–, todos ellos mantienen la misma lógica actual sin que se observen cambios en algunos aspectos claves para facilitar la comprensión del sistema judicial por parte de los usuarios o para otorgar mayor ductibilidad y agilidad a los procedimientos.<sup>86</sup> En efecto, salvo el caso del procedimiento monitorio, la propuesta no regula procedimientos simples, rápidos y amigables para aquellos casos cotidianos que reemplacen a los actualmente vigentes, los que resultan muy costosos en términos de tiempos, costos de oportunidad y valor monetario, más aún tomando en consideración la exigencia de representación profesional en todas las circunstancias.

No se contemplan tampoco, en forma previa o extrajudicial, mecanismos alternativos de resolución de conflictos, con excepción de la conciliación intraprocesal que mantiene las mismas características que la regulación actualmente vigente, a pesar, como ya se ha dicho, de la masiva inclusión que estos mecanismos han experimentado en los últimos años.

Uno de los procedimientos especiales que se propone –con el objetivo declarado de ampliar el acceso a la justicia– es el denominado

84 Proyecto ingresado el 13 de marzo de 2012 a la Cámara de Diputados, Boletín N° 8197-07.

85 Ministerio de Justicia, *Proyecto de Ley de Nuevo Código Procesal Civil, Mensaje Presidencial N° 432-359*, Santiago, 2012, p. 11.

86 *Ibid.*, p. 20.

procedimiento monitorio que tiene por objeto el cobro de deudas cuando no provengan de un título ejecutivo perfecto o no se encuentren documentadas. Si bien este procedimiento cumple una importante finalidad en tanto permite obtener un título ejecutivo en forma rápida y sencilla,<sup>87</sup> solo se hace cargo de un tipo de asuntos que afecta a un tipo muy específico de usuarios.

Todo lo anterior resulta sorprendente si se piensa que, durante la tramitación parlamentaria de este proyecto de ley el proyecto piloto de las UJV se ejecutaba por el propio Ministerio de Justicia.

## CONCLUSIONES

Una concepción amplia de acceso a la justicia –como la que se ha propuesto en estas páginas– va más allá de la sola provisión de procedimientos e instancias judiciales de resolución de conflictos. Supone integrar dentro de la oferta estatal, además del acceso a un proceso judicial, mecanismos alternativos de resolución de conflictos, dispositivos de información y orientación legal y el uso de tecnologías de la información, por mencionar algunas formas de expandir el derecho de acceso a la justicia. Supone también dejar de circunscribirlo a la provisión de asistencia jurídica gratuita por parte del Estado y utilizar para su evaluación una mirada comprensiva de las distintas dimensiones que este comprende.

Un examen acerca del panorama nacional muestra que, pese a la enorme cantidad de reformas procesales que nuestro ordenamiento jurídico ha experimentado en estos últimos años, el acceso a la justicia sigue siendo una asignatura pendiente. Desde el retorno a la democracia, todos los gobiernos que han estado en el poder –cualquiera sea su color político– si bien han desarrollado iniciativas y proyectos de distinto tipo, no han podido aminorar los problemas de acceso a la justicia de ciudadanos que buscan resolver conflictos civiles simples y cotidianos. Los esfuerzos se han centrado en mejorar los mecanismos de asistencia jurídica gratuita para eliminar las barreras socioeconómicas que limitan el ejercicio de este derecho –uno de los estándares exigidos internacionalmente–, pero no se ven cambios legales o institucionales que permitan concluir que estos obstáculos hayan disminuido de manera significativa.

Tampoco han podido dar solución a la saturación de los tribunales civiles, producto de la cobranza judicial de grandes empresas que copan la agenda judicial, ni de los Juzgados de Policía Local que sufren

87 El recurso extraordinario y la ejecución civil no fueron aprobados por la Cámara de Diputados, a solicitud del ministro de Justicia de ese entonces, José Antonio Gómez, quien solicitó su rechazo. Cámara de Diputados, *Sesión 21a.*, 7 de mayo de 2014, p. 16.

problema similar con ocasión de las infracciones de tránsito y el cobro del TAG. Un sistema que se encuentra virtualmente capturado por empresas y personas jurídicas en calidad de demandantes deja poco espacio para conflictos cotidianos y de baja monta que afectan a grandes sectores de la población, principalmente personas naturales. Ello pugna con uno de los estándares desarrollados por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos que exige a los Estados contar con mecanismos efectivos, no teóricos ni ilusorios, que permitan a todos los ciudadanos el goce pleno de este derecho. Los procedimientos y las instituciones existen, de eso no hay duda, pero si quisiéramos dar cabida efectiva a los conflictos cotidianos en los tribunales con competencia en lo civil, debiéramos diseñar procedimientos simples y flexibles, utilizar un sistema de formularios para presentar demandas y prescindir en algunos casos de la asistencia letrada. Claro que ello podría traer aparejado una explosión de la demanda imposible de procesar sin cambios estructurales. Una justicia civil colmada de juicios de cobranza no puede materialmente –aunque quisiera– hacerse cargo de nuevas tipologías de conflictos.

A ello se suma una escasa oferta de soluciones amistosas que, a juzgar por los resultados del proyecto piloto de las Unidades de Justicia Vecinal, muestran tener un enorme potencial tanto en términos de resultados como de duración de sus procesos y pueden operar como opciones previas al proceso judicial. Tal como ha señalado la jurisprudencia internacional de derechos humanos, los mecanismos alternativos de resolución de controversias hacen parte del derecho de acceso a la justicia en un sentido amplio, pero en nuestro medio brillan por su ausencia y tampoco se contemplaron en la reforma a la justicia civil de los últimos años. Lo mismo se puede decir de los dispositivos comunitarios que ofrecen información y orientación de derechos, como los centros municipales o locales, que podrían actuar como un puente entre las demandas de los ciudadanos y el sistema de justicia formal, aliviando con ello la carga de los tribunales y acercando la justicia a las personas de una manera más amigable y menos rígida.

Este panorama resulta preocupante si se toman en consideración los estudios recientes que muestran la existencia de un alto porcentaje de necesidades legales no penales insatisfechas (65.4%) y que en la gran mayoría de los casos los afectados no acuden al sistema de justicia formal en busca de información, orientación o una alternativa de solución (66%), con excepción de los casos de familia.

La Reforma a la Justicia Civil de 2012 pudo haber sido una excelente opción para hacerse cargo de este tipo de conflictos. Podrían haberse regulado procedimientos simples y flexibles para las pequeñas causas, que contemplaran una fuerte dosis de incentivos para la utilización de

mecanismos alternativos y contaran con el apoyo de sistemas de información y orientación legal de fácil acceso para los ciudadanos. Hasta el momento estas problemáticas no se consideran en el proyecto de ley de nuevo Código Procesal Civil, pero ello no quita que en el futuro –de retomarse nuevamente la discusión parlamentaria– estos tópicos puedan ser incluidos.

No obstante, todo indica que el proyecto de ley de nuevo Código Procesal Civil fue pensado desde la lógica de la creación de nuevas instituciones procesales, pero sin tomar en cuenta los elementos de política pública que este requiere para mejorar el acceso a la justicia. Por ejemplo, se echa de menos un análisis de las necesidades legales que la población enfrenta en este ámbito, las que debieran ser, justamente, su justificación y fundamento.

## **RECOMENDACIONES**

1. Reactivar el impulso por la reforma a la justicia civil ordinaria, incluyendo procedimientos sencillos para pequeñas reclamaciones que sean de su competencia.
2. Incorporar medios alternativos de resolución de conflictos a la par y de manera coordinada con el proceso judicial en la justicia civil y de policía local.
3. Reformar el procedimiento ante los Juzgados de Policía Local, tomando en cuenta la experiencia de oralidad de otras reformas, pero con un enfoque en flexibilidad y simpleza.
4. Considerar la comparecencia personal con mecanismos de asistencia adecuados para la preparación de litigantes ante reclamaciones pequeñas.
5. Diseñar mecanismos para la ejecución y cobranza de deudas que permitan descongestionar los tribunales civiles de este tipo de causas.
6. Incorporar tecnologías de la información bajo una lógica y terminología sencilla para mejorar el conocimiento de los derechos y sus formas de ejercicio por parte de ciudadanos comunes y corrientes.

## **PRIVACIDAD: LA VIGILANCIA EN ESPACIOS PÚBLICOS<sup>1</sup>**

- 1 Capítulo redactado por Domingo Lovera, que contó con la valiosa colaboración de los alumnos Mariela Córdova y Kurt Scheel. El autor está especialmente agradecido por su iniciativa y el ánimo en las tareas encomendadas.



## SÍNTESIS

El presente capítulo ofrece un acercamiento inicial a la protección de la privacidad en el derecho internacional de los derechos humanos. El análisis se centra en un fenómeno que amenaza con extenderse: las actividades de vigilancia y control que un puñado de municipios ha iniciado a efectos de, según han dicho sus autoridades, prevenir/controlar de mejor manera el delito. Estos municipios han instalado cámaras de vigilancia en globos aerostáticos y drones, que captan “a granel” un sinnúmero de actividades habituales llevadas a cabo por personas identificadas o identificables. Bajo la premisa de que *el que nada hace nada teme* y de que el espacio público se ofrece al Estado y sus organismos como campo abierto a su intromisión, la vida de miles de personas es constantemente monitoreada.

Como se advertirá en este capítulo, ello se debe, en parte importante, al débil marco legal en el que operan las municipalidades —aunque lo mismo ocurre con respecto a otras instancias de videovigilancia—, así como al escaso control al que esas actividades de vigilancia son sometidas. Incluso cuando lo son, se encuentran con instancias judiciales o administrativas que han estado dispuestas a leer el conflicto en un marco legal débil, con aún mayor flexibilidad.

Lo descrito atenta contra los estándares del derecho internacional de los derechos humanos. Como se expone a continuación, en el derecho internacional de los derechos humanos, las actividades de intromisión estatal deben estar sujetas a un estricto escrutinio de legalidad y se demanda a los Estados la regulación detallada y acotada de las mismas. Además, se exige que los Estados justifiquen adecuadamente la necesidad de esa medida en una sociedad democrática y que dispongan, en todo caso, de un organismo independiente capaz de vigilar el respeto a los derechos de las personas. Este capítulo concluye que el Estado de Chile se encuentra al debe en cada uno de esos ámbitos.

*PALABRAS CLAVES: vida privada, privacidad, cámaras de vigilancia, drones.*



## INTRODUCCIÓN

Hasta hace poco tiempo, la idea de privacidad era equiparada con las de seclusión, soledad y propiedad privada. Hoy, la idea de privacidad se ha expandido: no solo supone que las personas estamos dotadas de un cierto campo de inmunidad donde el Estado y terceros no pueden inmiscuirse arbitrariamente (y que incluye un cierto espacio de soberanía decisonal), sino que ha avanzado a incorporar otras esferas, desligadas del espacio específico donde circula información, y donde dicha información y su dominio es lo que define el ámbito de protección del derecho.

De esta forma, la privacidad incluye hoy una serie de variables que van configurando la expectativa de privacidad con la que las personas esperamos movernos: espacios, tipos de relaciones, así como la información, conductas y situaciones en que estamos involucradas.<sup>2</sup> Incluso las actividades que las personas desarrollan en espacios públicos puedan estar cubiertas de una expectativa razonable de privacidad, en la medida que esa información –qué lugares visitamos, con quiénes nos juntamos, qué hábitos desplegamos, etc.– es crucial para nuestra autodeterminación: define la forma en que soberanamente nos presentamos a los y las demás, así como el tipo de relaciones que trabajamos con ellos y ellas.

Hoy, el avance de la tecnología hace que esa autodeterminación informativa se vea seriamente afectada y, en especial, la privacidad condicionada. El Estado lleva adelante una serie de prácticas que se inmiscuyen en esos espacios de autodeterminación informativa y que pueden afectar –a veces de modo definitivo– la vida y actividades de las personas. Entre los años 2015 y 2017 se ha conocido una serie de iniciativas que son especialmente sensibles en este sentido. Algunas municipalidades –animadas, según han afirmado, por el combate contra la delincuencia– han comenzado a implementar sistemas de vigilancia por medio de cámaras situadas en globos aerostáticos y drones.

2 Manuel José Cepeda, "Privacy", Michel Rosenfeld y Andrés Sajó (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 971-5.

¿Han considerado esas prácticas el derecho a la privacidad de las personas cuyas imágenes, actividades, relaciones y hábitos son captados a diario por esos sistemas de vigilancia? La respuesta rápida de nuestras autoridades ha sido la de recurrir a una conocida expresión: el que nada hace, nada teme. ¿Qué problema debiera tener la persona que no anda por las calles cometiendo delitos –prosigue la idea– de ser captada por los sistemas de vigilancia que a diario se despliegan? La interpretación democrática de esa expresión (así como de las facultades estatales que la acompañan), sin embargo, debe llevarnos a las conclusiones opuestas. Justamente porque las personas nada han hecho es que esperan razonablemente que sus derechos, entre ellos la privacidad, no sean perturbados: porque nada han hecho las personas tienen expectativas altas de no ser objetos de vigilancia.

Por supuesto, nada de lo anterior equivale a demandar, sin más, el fin de las actividades de vigilancia del Estado –las caricaturas frente a críticas como las que acá se proponen abundan–. Pero sí, cosa distinta, a preguntarse por las condiciones en que estas actividades se desarrollan. ¿Cuáles son las fuentes legales, en caso de haberlas, que habilitan esas actividades? ¿Cuáles son las regulaciones a las que están sujetas? ¿Qué ocurre con la información que se recopila? ¿Cuáles son los usos que se le da a esa información? ¿Quién tiene acceso a esa información? ¿Dónde se almacena? ¿Por cuánto tiempo?

Todas estas son preguntas, al tiempo que demandas de regulación, razonables que pueden formularse a partir de los estándares del derecho internacional de los derechos humanos. Este capítulo –el primero sobre privacidad en la historia del *Informe*– ofrece una mirada inicial al respecto. Para ello, primero comienza identificando la recepción de la privacidad en los instrumentos internacionales de derechos humanos y algunos problemas a los que ha dado lugar esa recepción. Enseguida, ofrece una sistematización de las condiciones o requisitos que los Estados deben satisfacer a efectos de desarrollar actividades (intromisiones) que, *prima facie*, serían problemáticas para la privacidad. Por último, se analiza el caso puntual de los sistemas de vigilancia a través de globos aerostáticos y drones, advirtiendo los vacíos legales de regulación en que se despliegan.

## **1. PRIVACIDAD: RECEPCIÓN Y PROBLEMAS**

La relevancia de la privacidad en el derecho internacional de los derechos humanos puede comenzar apenas a dibujarse a medida que vamos anotando su recepción en los diversos instrumentos que lo componen. La primera parte de esta sección (1.1) repasa, brevemente, esa recepción. La segunda parte (1.2) anota algunos problemas que afectan, con especial fuerza, la delimitación del contenido de la privacidad. Se

advertirán, solo de manera introductoria, los diferentes acercamientos a la privacidad y se dirá cuál es el que este capítulo privilegia.

### 1.1. Los instrumentos

En términos generales, los instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos, el “International Bill of Rights”, como se le denomina,<sup>3</sup> reconocen el derecho a la vida privada o privacidad. Ocurre así en instrumentos de alcance general como, por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH). Así, el art. 12 de la DUDH dispone:

Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

El art. 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), por su parte, afirma:

Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

Agrega, enseguida, que las personas tienen derecho a la protección de la ley contra esos ataques.<sup>4</sup> A nivel de instrumentos regionales, la privacidad también ha sido ampliamente recibida. El art. 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), a propósito de la protección de la honra y la intimidad, sostiene que:

Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

El art. 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) asegura a todas las personas el “derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.” Agrega, en seguida,

3 Louis Henkin y otros, *Human Rights* (2ª ed.), Nueva York, Foundation Press-Thomson Reuters, 2009, p. 215.

4 Es cierto que, al menos en términos explícitos, el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales nada dispone sobre el derecho a la privacidad. Pero varias de sus disposiciones incluyen, dentro del manojito de posiciones jurídicas que protegen, algunas relativas a la vida privada. Ocurre así, por ejemplo, con el derecho a una vivienda digna, el que, entre otras cosas, debe asegurar privacidad para la vida individual y familiar. Gillian MacNaughton, “Beyond a Minimum Threshold: The Right to Social Equality”, Lanse Minkler (ed.), *The State of Economic and Social Human Rights. A Global Overview*, Nueva York, Cambridge University Press, 2013, p. 283.

las condiciones conforme a las que la autoridad podrá regular el derecho.<sup>5</sup> El art. 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), a su turno, indica:

Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones.

Agrega, enseguida, que toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal (art. 8.1), añadiendo, en su artículo 8.2, que:

Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que le conciernan y a obtener su rectificación.

La privacidad también ha sido recogida en algunos instrumentos que abordan los derechos de colectivos específicos, como la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) que, en su art. 16.1, recurre a un lenguaje similar al del PIDCP y la CADH:

Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación.

Nota aparte merecen la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI) y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPCD). En el caso de la DNUDPI, el art. 12.1 reconoce el derecho de los pueblos indígenas a:

manifestar, practicar, desarrollar y enseñar sus tradiciones, costumbres y ceremonias espirituales y religiosas; a mantener y proteger sus lugares religiosos y culturales y a acceder a ellos privadamente (...)

Este es un reconocimiento que contiene algunas particularidades. Primero, porque se trata de un derecho de titularidad colectiva. Segundo, porque, tratándose de un derecho reconocido para poder hacer efectiva la protección de su integridad cultural, pareciera estar atado a una variante –como veremos luego, no se trata de la única– espacial

5 Esto, en el art. 8.2 CEDH, cuyo análisis reservamos a efectos de la sistematización de los estándares del derecho internacional, más abajo.

de la privacidad (la referida a lugares religiosos y culturales). Sin embargo, debe allegarse una comprensión amplia del mismo derecho que incluye, además, el control libre de intromisiones indebidas sobre sus tradiciones, costumbres y ceremonias.<sup>6</sup>

Ahora bien, mirando a la CDPCD, se advierte que se ha recogido una versión más detallada, pero todavía abierta a la interpretación dinámica propia del derecho internacional, del derecho a la vida privada. Bajo el título “Respeto de la privacidad”, el art. 22 dispone que:

1. Ninguna persona con discapacidad, independientemente de cuál sea su lugar de residencia o su modalidad de convivencia, será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, familia, hogar, correspondencia o cualquier otro tipo de comunicación, o de agresiones ilícitas contra su honor y su reputación. Las personas con discapacidad tendrán derecho a ser protegidas por la ley frente a dichas injerencias o agresiones.
2. Los Estados Partes protegerán la privacidad de la información personal y relativa a la salud y a la rehabilitación de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás.

Esta fórmula de reconocimiento es crucial para personas que, encontrándose en condiciones de residencia, se ven muchas veces expuestas a intromisiones lesivas de su privacidad. Pero, por supuesto, esta protección trasciende las condiciones de internación para amparar a las personas en situación de discapacidad siempre, cualquiera sea el lugar donde viven.<sup>7</sup>

Finalmente, no está demás advertir que el reconocimiento de la privacidad en la mirada constitucional comparada es prácticamente unánime en las constituciones posteriores a 1990, mientras en las anteriores es un derecho desarrollado y ya asentado, jurisprudencialmente.<sup>8</sup>

6 Jatindra Kumar Das, *Human Rights Law and Practice*, Delhi, PHI Learning, 2016, p. 443. Lo anterior, no obstante este tipo de reclamos suele encuadrarse, más que como un asunto de privacidad, como uno de autodeterminación. Johanna Gibson, “Community Rights to Culture: The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples”, en Stephen Allen y Alexandra Xanthaki (eds.), *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2011, pp. 436-7.

7 Valentina Della Fina, “Article 22 [Respect for Privacy]”, en Valentina Della Fina y otros, (eds.), *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities. A Commentary*, Cham, Springer, 2017, pp. 403-4.

8 Manuel José Cepeda, “Privacy”, op. cit., p. 967. Vale la pena advertir que, a diferencia de lo que suele ser la regla general del reconocimiento de derechos en el derecho internacional de los derechos humanos, donde ese reconocimiento sigue a las recepciones domésticas, en el caso de la privacidad el camino fue el inverso. Oliver Diggelmann y Maria Nicole Cleis, “How the Right to Privacy Became a Human Right”, *Human Rights Law Review*, 14, 2014, pp. 441-2.

## 1.2 ¿Qué es la privacidad?

Esta pregunta se ofrece acá solo como una manera de abordar las diferentes concepciones que se han utilizado para delimitar el contenido de la privacidad. En efecto, uno de los principales problemas que afectan al derecho a la privacidad, como acertadamente ha señalado Solove, es que se trata de un concepto confuso. Lo anterior, principalmente, por su vaguedad, para lo que basta echar un vistazo a las disposiciones recién identificadas.<sup>9</sup> ¿Qué acercamientos se han utilizado para abordarla? Un reciente trabajo –quizá uno de los más comprensivos y disponible en Chile al respecto– los identifica del siguiente modo.<sup>10</sup> Una primera aproximación consiste en vincular la privacidad atendiendo “aquello que las normas y las cortes protegen cuando la invocan”, lo que permite identificar, se afirma, “cuerpo, objetos, lugares”.<sup>11</sup> En general, se trata de una estrategia que busca identificar aquello que distingue y singulariza a la privacidad de otros derechos.<sup>12</sup> Un segundo acercamiento consiste en definirla a partir de ideas o conceptos “asociados con ella ... secreto, tranquilidad autonomía”.<sup>13</sup> Un tercer acercamiento consiste en identificar “tipos de conducta o acciones que vulneran la privacidad”.<sup>14</sup>

En vez de aventurarse en la difícil tarea de exponer la (siempre controvertida) esencia de algún concepto, cuestión que suele hacerse, además, en abstracto, este último acercamiento elabora una idea pragmática, histórica y culturalmente contextualizada, que permite identificar prácticas que deseamos proteger frente a intromisiones y perturbaciones que se desarrollan a partir de otras actividades (principalmente, aunque no exclusivamente, estatales). De este modo, “cuando protegemos la privacidad”, cuidamos esas prácticas frente a “perturbaciones” indeseadas.<sup>15</sup> En otras palabras, se trata de identificar una serie de actividades que se inmiscuyen en la privacidad y que, por eso mismo, “son dañinas o problemáticas” –de lo que no se sigue, desde luego, que todas esas actividades gatillen siempre una reparación legal–.<sup>16</sup> A diferencia del primer enfoque, que termina asumiendo que la privacidad es una sola siempre y en todo lugar, y del segundo, que inevitablemente diluye la privacidad en otras consideraciones, el tercer acercamiento construye la privacidad “desde abajo”, identificando los diferentes tipos de perturbaciones

9 Daniel J. Solove, *Understanding Privacy*, Cambridge, Harvard University Press, 2008, p. 1.

10 Rodolfo Figueroa, *Privacidad*, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2014.

11 *Ibíd.*, p. 107.

12 Daniel J. Solove, “Conceptualizing Privacy”, *California Law Review*, 90, 2002, p. 1095.

13 Figueroa, *op. cit.*, p. 107.

14 *Ibíd.*

15 Solove, “Conceptualizing Privacy”, *op. cit.*, p. 1092-3.

16 Solove, *Understanding Privacy*, *op. cit.*, pp. 8-10.

que invaden ciertas actividades haciéndolas imposibles, alterándolas gravemente y/o inhibiendo a los agentes de desarrollarlas.<sup>17</sup> Este es el enfoque que se privilegia en este capítulo, sin que esto signifique, por lo que se dirá a continuación, prescindir absolutamente de los otros acercamientos.

Ello, porque, si uno se pregunta cuál es el enfoque que se ha adoptado en el derecho internacional de los derechos humanos, podrá advertir que se ha privilegiado un acercamiento casuístico, y hasta cierto punto inagotable,<sup>18</sup> orientado a identificar los espacios (no solo físicos), objetos y cuerpos que la privacidad protege. Así, se ha dicho que la privacidad protege el control sobre el cuerpo, incluyendo decisiones relativas al cambio de nombre y otras vinculadas a la autonomía personal (tanto las relativas a la procedencia cultural como a la orientación sexual); que opera como una herramienta de salvaguarda de la inmunidad de las comunicaciones, incluidas las telefónicas y de correspondencia, frente a intromisiones indebidas; que ampara a las personas frente a revisiones, sea corporales o de sus domicilios, restringiéndolas a situaciones acotadas (como el levantamiento de evidencia en la persecución de delitos) o, en cualquier caso, sometién-dolas a controles (como los judiciales) que impidan su procedencia discrecional; y que prohíbe, salvo en caso de circunstancias bastante acotadas (como las antes descritas), la vigilancia, la interceptación de conversaciones y la captación de las mismas.<sup>19</sup>

La Observación General No. 16 del Comité de Derechos Humanos –sobre la que volveremos con más detalle en la siguiente sección– también adoptó un acercamiento similar.<sup>20</sup> Así, señaló que:

El cumplimiento del artículo 17 exige que la integridad y el carácter confidencial de la correspondencia estén protegidos de jure y de facto. La correspondencia debe ser entregada al destinatario sin ser interceptada ni abierta o leída de otro modo. Debe prohibirse la vigilancia, por medios electrónicos o de otra índole, la intervención de las comunicaciones telefónicas, telegráficas o de otro tipo, así como la intervención y grabación de conversaciones. Los registros en el domicilio de una persona deben limitarse a la búsqueda de pruebas necesarias y no debe permitirse que constituyan un hostigamiento. Por lo que respecta

17 *Ibid.*, pp. 8-9.

18 Michael O'Flaherty, "Sexual orientation and gender identity", en Daniel Moeckli y otros (eds.), *International Human Rights Law* (2ª ed.), Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 306.

19 David Weissbrodt y Connie de la Vega, *International Human Rights Law. An introduction*, Filadelfia, University of Pennsylvania Press, 2007, p. 67.

20 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 16, Artículo 17 (Derecho a la intimidad), U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, 8 de abril de 1988.

al registro personal y corporal, deben tomarse medidas eficaces para garantizar que esos registros se lleven a cabo de manera compatible con la dignidad de la persona registrada. Las personas sometidas a registro corporal por funcionarios del Estado o por personal médico que actúe a instancias del Estado serán examinadas sólo por personas de su mismo sexo.<sup>21</sup>

Indicó, además, que la información personal disponible en “computadoras, bancos de datos y otros dispositivos” también eran parte de la esfera privada de las personas.<sup>22</sup>

## 2. LOS ESTÁNDARES DEL DERECHO INTERNACIONAL

Ahora bien, sería un error concluir que el acercamiento desde el derecho internacional se agota, exclusivamente, en la recopilación casuística de espacios, cuerpos y objetos protegidos por la privacidad. En efecto, si se presta atención a lo que acá denominaremos estándares del derecho internacional de los derechos humanos, veremos que las pautas procedimentales que se han venido configurando permiten un acercamiento mucho más contextual a los problemas y lesiones a la privacidad, en línea con lo sugerido en la sección 1.2. Así, para efectos de este trabajo los estándares del derecho internacional apuntan a la configuración de las condiciones que habilitan la intervención estatal. Dicho de otro modo –y advirtiendo, como se dijo antes, que no toda actividad problemática para la privacidad gatilla su protección legal–, en esta sección se expondrán los requisitos que los Estados deben satisfacer para poder desarrollar prácticas y actividades sin infringir la privacidad, esto es, dentro del marco del derecho internacional al que se han comprometido autónomamente.

¿Qué requisitos deben satisfacer las actividades y prácticas estatales que, siendo, *prima facie*, intromisiones en la esfera de privacidad de las personas, se encuentran permitidas por el derecho internacional de los derechos humanos? Una de las primeras referencias específicas al respecto se encuentra, aunque de modo todavía poco sistematizado, en la Observación General No. 16, adoptada a propósito del art. 17 PIDCP.<sup>23</sup> Allí, se ha indicado que las intromisiones en la intimidad

21 *Ibíd*, párr. 8.

22 *Ibíd*, párr. 10.

23 Como se verá, se trata de un régimen regular que estructura las limitaciones y regulaciones de derechos en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos en un triple sentido: las limitaciones deben estar establecidas en una ley, deben perseguir fines legítimos en una sociedad democrática y encontrarse acotadas. Olivier De Schutter, *International Human Rights Law. Cases, Materials, Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011 (reprin.), pp. 288-93.

de las personas requieren, en primer lugar, habilitación legal.<sup>24</sup> Desde luego que no basta con satisfacer el requerimiento formal, pues, en el contexto de las regulaciones del PIDCP, las regulaciones legales “debe[n] conformarse a las disposiciones, propósitos y objetivos del Pacto”.<sup>25</sup> Ello quiere decir que las intromisiones en la privacidad de las personas deben estar reguladas en una ley y, además, satisfacer un cierto estándar material: deben perseguir un fin legítimo –típicamente, serán aceptables solo aquellas intromisiones que puedan justificarse como necesarias en una sociedad democrática–<sup>26</sup> y respetar los demás criterios que cada disposición contemple como fines aptos para la regulación de los derechos. Desde luego, las cláusulas de limitación o regulación de los derechos no pueden ser utilizadas para afectar al propio derecho.

Ahora bien, no basta apuntar a objetivos deseables o legítimos como razones suficientes para garantizar la inmunidad de la medida. En rigor, la responsabilidad de los Estados es la de mostrar cómo es que esas medidas en particular se encuentran conectadas con el fin que persiguen (conexión racional). Y, en caso de tratarse de medidas que afecten derechos humanos, debe, además, demostrarse que son “estrictamente necesarias” para poder satisfacer el fin legítimo.<sup>27</sup>

En tercer lugar, “se deben especificar con detalle las circunstancias precisas en que podrán autorizarse” injerencias en la vida privada de las personas.<sup>28</sup> De allí que las habilitaciones para las regulaciones de los derechos deban interpretarse en sentido estricto, evitando regulaciones vagas, delegaciones amplias y no sujetas a control posterior. Lo mismo corre para efectos de la configuración de bancos de datos o información personal, los que también deberán estar establecidos por ley.

Finalmente, a las condiciones regulares que el derecho internacional de los derechos humanos establece para las limitaciones de derechos, debe agregarse una consideración especial en el ámbito del derecho a la privacidad: la autodeterminación informativa, a saber, la posibilidad de acceder, revisar y demandar la actualización,

24 *Ibid.*, párr. 3.

25 *Ibid.*

26 Philip Alston y Ryan Goodman, *International Human Rights. The successor to International Human Rights in Context: Law, Politics and Morals*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 160. En palabras de la propia observación:

“Como todas las personas viven en sociedad, la protección de la vida privada es por necesidad relativa. Sin embargo, las autoridades públicas competentes sólo deben pedir aquella información relativa a la vida privada de las personas cuyo conocimiento resulte indispensable para los intereses de la sociedad en el sentido que tienen con arreglo al Pacto. En consecuencia, el Comité recomienda que los Estados señalen en sus informes las leyes y reglamentos que regulan las injerencias autorizadas en la vida privada” (párr. 7).

27 De Schutter, *International Human Rights Law, op. cit.*, pp. 313-4.

28 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 16, párr. 8.

rectificación o eliminación de datos personales, sea que estos estén contenidos en bancos de datos públicos o privados. Así, la observación dispone:

Para que la protección de la vida privada sea lo más eficaz posible, toda persona debe tener el derecho de verificar si hay datos personales suyos almacenados en archivos automáticos de datos y, en caso afirmativo, de obtener información inteligible sobre cuáles son esos datos y con qué fin se han almacenado. Asimismo, toda persona debe poder verificar qué autoridades públicas o qué particulares u organismos privados controlan o pueden controlar esos archivos. Si esos archivos contienen datos personales incorrectos o se han compilado o elaborado en contravención de las disposiciones legales, toda persona debe tener derecho a pedir su rectificación o eliminación.<sup>29</sup>

A nivel regional, ha sido la Relatoría Especial para Libertad de Expresión la que ha ofrecido una mirada a estos estándares. Inicialmente lo hizo en su Informe Anual 2001,<sup>30</sup> donde sostuvo que la vida privada se encontraba protegida por la CADH y que debía cuidarse que sus regulaciones satisfagan las exigencias del derecho internacional de los derechos humanos, a saber:

dictarse en conformidad con leyes legítimas y su contenido y finalidad deben atender el bien común y ser armonizadas sin limitar indebidamente el derecho a la libertad de expresión en la búsqueda y publicidad de información de interés público, entre otros.<sup>31</sup>

Del mismo modo, ese reporte abordó la situación del derecho de *habeas data* en la región. Sin embargo, y por razones obvias —a fin de cuentas, se trata de la Relatoría para la Libertad de Expresión—, se le trató con un acercamiento limitado, confiriéndole un lugar secundario. En un continente acertadamente preocupado por la protección de la libertad de expresión, como ahora, los informes de la Relatoría se han acercado a la privacidad a efectos de advertir cómo ella posee un umbral más bajo de protección tratándose de funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones. Ello explica que el análisis del *habeas data* no se haya incluido como una manifestación del derecho a la autodeterminación informativa, sino que en el contexto de las acciones de acceso a la información encaminadas a dotar de mayor transparencia

29 *Ibíd.*, párr. 10.

30 Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Informe Anual 2001, <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/informes/anales.asp>

31 *Ibíd.*, párr. 33.

al funcionamiento de los Estados de la región.<sup>32</sup> La contraposición, así, se ha trabado entre libertad de expresión y control político, de una parte, y las defensas que han enarbolado las autoridades, entre ellas el respeto a la privacidad, a efectos de escamotear el control ciudadano. Ese acercamiento, sin embargo, como se viene advirtiendo, es insuficiente para abordar las actividades y prácticas estatales que constituyen intromisiones en la esfera protegida de las personas.

Informes posteriores no han abordado sistemáticamente esta cuestión, aunque arrojan algunas luces acerca de otras esferas. A propósito de su informe sobre ciberseguridad, la Relatoría ha manifestado que el respeto a la libertad de expresión demanda la protección de la privacidad.<sup>33</sup> De este modo, llama a los Estados a proteger el anonimato e intimidad de las personas de modo de permitirles una participación libre de amedrentamientos en la esfera pública.<sup>34</sup> Por supuesto que el anonimato no debe garantizarse para ejecutar fines contrarios a la CADH (como la difusión de pornografía infantil). Pero de ello no se sigue que las autoridades no deban respetar las condiciones que les permitan moverse dentro de los parámetros autorizados. En resumen, el Estado tiene la obligación de establecer regímenes legales de protección de datos personales, regulando su almacenamiento (incluida su eliminación y uso para fines contrarios a los tratados), uso y transferencia,<sup>35</sup> así como asegurar el derecho de las personas a acceder, revisar y solicitar la modificación, en su caso, de su información personal en manos del Estado.<sup>36</sup>

Más recientemente, la Relatoría ha instado a los Estados a avanzar en políticas públicas orientadas a eliminar el tratamiento de datos personales o, en su defecto, a reducirlo solo para casos en que se encuentren legitimados o autorizados por la persona afectada.<sup>37</sup> En estos últimos casos, los Estados deben respetar importantes condiciones:

- 1) que los datos no se utilicen para fines distintos a los denunciados, 2) que el mantenimiento y almacenamiento de datos se haga conforme a dichos fines y solo durante el plazo informado y consentido, y 3) que los datos sean compartidos o difundidos sólo en las condiciones y para los fines consentidos e informados.<sup>38</sup>

32 La crítica se encuentra adecuadamente tratada en Pedro Anguita, *La Protección de datos personales y el derecho a la vida privada. Régimen jurídico, jurisprudencia y derecho comparado*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007, pp. 82-3.

33 Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Informe Anual 2013, <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/informes/anales.asp>, párr. 130.

34 *Ibid.*, párrs. 133-5.

35 *Ibid.*, párrs. 138-9.

36 *Ibid.*, párr. 140.

37 Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Informe Anual 2016, <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/informes/anales.asp>, párr. 205.

38 *Ibid.*, párr. 206.

La vigilancia masiva de las comunicaciones cibernéticas, en sí “una injerencia en la privacidad de las personas”, debe, por ello, someterse a las condiciones antes identificadas (legalidad, persecución de un fin legítimo, racionalidad medio-fin, necesidad, excepcionalidad, carácter taxativo y estricto de las autorizaciones).<sup>39</sup>

Otro lugar donde conviene mirar en búsqueda de estos estándares es en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH). En *Tristán Donoso*,<sup>40</sup> la Corte decidió sobre la denuncia de interceptación y divulgación de una conversación entre un abogado y su cliente. La Corte indicó que, si bien el derecho a la vida privada no era absoluto, las injerencias en ese ámbito estaban sujetas a un estricto estándar de procedencia en línea con lo que acá se ha venido afirmando: debían estar previstas en una ley, perseguir un fin legítimo y “cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, es decir, deben ser necesarias en una sociedad democrática”.<sup>41</sup> La divulgación de la información, por su parte, fue también evaluada en tanto injerencia y, por lo mismo, objeto de escrutinio en los mismos términos antes citados. Por lo tanto, la injerencia solo sería compatible con la CADH si estaba autorizada en una ley (en sentido formal y material).

En el *Caso Escher*,<sup>42</sup> la Corte IDH, pronunciándose sobre la interceptación, captación y divulgación de conversaciones privadas por parte del Estado de Brasil, reiteró estas consideraciones. La Corte debía decidir acaso la intromisión denunciada era abusiva o arbitraria en los términos del artículo 11.2 de la CADH. Para ello, afirmó que debería evaluar si acaso esas injerencias estaban previstas en la ley, perseguían un fin legítimo y eran idóneas, necesarias y proporcionales.<sup>43</sup> Con respecto a la legalidad, sostuvo que era necesario que el instrumento que autorizaba las injerencias fuera una ley tanto en sentido material como formal. Además, las circunstancias y condiciones en que se autorizaban las injerencias debían encontrarse claramente establecidas, con suficiente detalle y precisión.<sup>44</sup> El robusto contenido que la Corte IDH confiere al estándar de legalidad es relevante porque, en caso de no respetarse –como ocurrió en *Escher*– estima que no debe proseguir al análisis de las demás etapas.

39 *Ibíd*, párrs. 213-26.

40 Corte IDH, *Tristán Donoso vs. Panamá*, 27 de enero de 2009.

41 *Ibíd*, párr. 56.

42 Corte IDH, *Escher y otros vs. Brasil*, 6 de julio de 2009.

43 *Ibíd*, párr. 129.

44 *Ibíd*, párrs. 130-1.

La Corte IDH ha tenido también ocasión de abordar estos estándares a propósito de la violencia sexual,<sup>45</sup> las relaciones entre libertad de expresión y vida privada,<sup>46</sup> la autonomía sexual y personal,<sup>47</sup> y las relaciones entre privacidad y el desarrollo de la propia personalidad y aspiraciones.<sup>48</sup>

A nivel europeo, es el propio CEDH el que establece las condiciones que habilitan la intervención de la autoridad. Así, el art. 8.2 CEDH dispone que:

- 45 Corte IDH, *Fernández Ortega y otros vs. México*, 30 de agosto de 2010. Donde, principalmente sobre la base de una concepción espacial, sostuvo que:  
*la protección de la vida privada, la vida familiar y el domicilio implica el reconocimiento de que existe un ámbito personal que debe estar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública. En este sentido, el domicilio y la vida privada y familiar se encuentran intrínsecamente ligados, ya que el domicilio se convierte en un espacio en el cual se puede desarrollar libremente la vida privada y la vida familiar (párr. 157).*  
*El ingreso a ese espacio, sin autorización legal o consentimiento de sus habitantes, constituye una "injerencia arbitraria y abusiva en su domicilio" (párr. 159).*
- 46 Corte IDH, *Fontevicchia y Dámico vs. Argentina*, 29 de noviembre de 2011. Allí, sostuvo que el Estado tiene deberes negativos –de no intromisión arbitraria– y positivos –de adoptar medidas destinadas a asegurar el derecho– con respecto a la vida privada (párr. 49). Respecto a la articulación entre libertad e expresión y vida privada, razonó que:  
*la Corte debe encontrar un equilibrio entre la vida privada y la libertad de expresión que, sin ser absolutos, son dos derechos fundamentales garantizados en la Convención Americana y de la mayor importancia en una sociedad democrática. El Tribunal recuerda que el ejercicio de cada derecho fundamental tiene que hacerse con respeto y salvaguarda de los demás derechos fundamentales (párr. 50).*
- 47 Corte IDH, *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, 24 de febrero de 2012. Sostuvo así en su párr. 161:  
*La vida privada es un concepto amplio que no es susceptible de definiciones exhaustivas y comprende, entre otros ámbitos protegidos, la vida sexual y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos. Es decir, la vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo y cuándo decide proyectar a los demás.*
- 48 Corte IDH, *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, 28 de noviembre de 2012. Allí, la Corte sostuvo en términos elocuentes que:  
*El ámbito de protección del derecho a la vida privada ha sido interpretado en términos amplios por los tribunales internacionales de derechos humanos, al señalar que va más allá del derecho a la privacidad. La protección a la vida privada abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales. El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior. La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona. La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás, y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad. Además, la Corte ha señalado que la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. Teniendo en cuenta todo lo anterior, la Corte considera que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, en el presente caso, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico (párr. 143).*

No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

Así, parte importante de las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) ha girado en torno a la delimitación de estas condiciones. En primer lugar, resulta claro que, en el contexto europeo, al igual que en el regional, las obligaciones estatales incluyen tanto deberes de abstención (obligaciones negativas) como obligaciones positivas: la de establecer un sistema efectivo que permita asegurar la vida privada de individuos y sus familias.<sup>49</sup>

Con respecto a los estándares propiamente tales, el TEDH ha señalado que las injerencias deben estar autorizadas por ley, expresión que cubre tanto legislación escrita como no escrita.<sup>50</sup> Sin embargo, el criterio mismo de legalidad es complementado en diversos sentidos: para el sistema europeo de derechos humanos, una ley satisfice los estándares del CEDH si es que ella (i) es lo suficientemente accesible para los ciudadanos y ciudadanas, (ii) regula las hipótesis de interferencia con suficiente precisión “de modo de permitir a los ciudadanos regular su propia conducta”<sup>51</sup> e (iii) incorpora medidas efectivas de resguardo (por ejemplo, reglas sobre limitación temporal de las interferencias, precauciones precisas para evitar la apropiación de la información por terceras partes) que protejan a las personas frente a intromisiones arbitrarias.<sup>52</sup> Del mismo modo, ha dicho que las intromisiones, en especial tratándose de medidas secretas, deben ser claras y detalladas de modo de evitar la arbitrariedad.<sup>53</sup> Los Estados, además, deben mostrar que las interferencias satisfacen algunos de los objetivos listados en el artículo 8.2. Los objetivos mismos

49 Corte EDH, *Söderman vs. Sweden*, 12 de noviembre de 2013, párr. 78.

50 TEDH, *Case of the Sunday Times vs. The United Kingdom (No. 1)*, 26 de abril de 1979, párr. 47.

51 *Ibíd.*, párr. 49. Es lo que ocurriría en caso de que las regulaciones legales permitieran que las injerencias fuera secretas o desconocidas para los afectados. Así lo sostuvo el TEDH, *Liberty and Others vs. United Kingdom*, 1 de julio de 2008:

*It is not in dispute that the interference in question had a legal basis in sections 1-10 of the 1985 Act (see paragraphs 16-27 above). The applicants, however, contended that this law was not sufficiently detailed and precise to meet the “foreseeability” requirement of Article 8(2), given in particular that the nature of the “arrangements” made under section 6(1)(b) was not accessible to the public (párr. 60).*

52 Richard Clayton y Hugh Tomlinson, *Privacy and Freedom of Expression*, Oxford, Oxford University Press, 2010 (2ª ed.), pp. 118-9.

53 TEDH, *Weber and Saravia vs. Germany*, 29 de junio de 2006, párr. 93.

allí listados son bastante amplios, lo que ha ido acompañado de una práctica decisional del Tribunal que ha conferido amplio margen a los Estados a la hora de definir esos intereses. Sin embargo, él mismo suele enfatizar el deber de cuidado de los Estados en el ejercicio de poderes tan intrusivos.<sup>54</sup> Finalmente, si las medidas afectan derechos humanos, estas deben ser necesarias en una sociedad democrática. Si bien el TEDH ha sostenido que los Estados gozan de un amplio margen de apreciación para determinar cuándo está presente esa necesidad, ha indicado que la medida será necesaria mientras logre demostrarse que ella, interpretada de manera restringida, responde a un interés social acuciante y es proporcionada.<sup>55</sup> El Tribunal ha entendido que se satisface este estándar, también, si el Estado ha dispuesto de garantías suficientes y efectivas contra los abusos que se puedan cometer, medidas que deberán evaluarse dependiendo del caso concreto y que incluyen la evaluación de la naturaleza de las medidas, su duración, las bases y condiciones para poder ordenarlas, el tipo de autoridad competente para ordenarlas, implementarlas y supervisarlas, así como los tipos de resguardos.<sup>56</sup>

Todavía a nivel europeo –pero ahora en lo concerniente a la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea– el Tribunal Europeo de Justicia (en adelante TEJ) ha tenido oportunidad de referirse a la configuración de la protección de datos personales y las obligaciones que surgen para los Estados. En el conocido caso *Digital Rights Ireland*,<sup>57</sup> el TEJ sostuvo que las intromisiones en los derechos reconocidos en los artículos 7 y 8 de la CDFUE debían encontrarse establecidas por ley, respetar la esencia de los derechos y sujetarse al test de proporcionalidad.<sup>58</sup> De conformidad a este test, el TEJ evalúa si las medidas eran estrictamente necesarias. Así, por ejemplo, más recientemente ha sentenciado que los sistemas de recopilación masiva o indiscriminada de datos afectan decisivamente la proporcionalidad de las interferencias, en la medida que es tal la cantidad de información a la que se tiene acceso, que permite trazar conclusiones bastante precisas relativas a los hábitos, movimientos, lugares de visita y de permanencia de las personas. Sin duda –prosiguió el TEJ– existe la posibilidad de configurar perfiles sobre las personas construidos a partir de información especialmente sensible.<sup>59</sup>

54 Véase, en general, Alastair R. Mowbray, *Cases and Materials on the European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2007 (2ª ed.), pp. 591-3.

55 TEDH, *Sommer vs. Germany*, 27 de abril de 2017, párr. 55.

56 TEDH, *Weber and Saravia vs. Germany*, párr. 106.

57 TEJ, *Digital Rights Ireland*, 8 de abril de 2014.

58 *Ibid*, párr. 38.

59 TEJ, *Tele 2, Sverige AB v Post-och Telestyrelsen and Secretary of State for the Home Department v. Watson, Brice, and Lewis*, 21 de diciembre de 2016, párrs. 97-101.

Además, las limitaciones serán admitidas solo si satisfacen intereses generales reconocidos por la Unión Europea o son establecidas para proteger los derechos de los demás.<sup>60</sup> Si bien en ese mismo caso el TEJ sostuvo que la retención de datos era una intromisión relevante, ella no afectaba la esencia en sí del derecho cuando (como entonces) se establecían principios y mecanismos de resguardo y protección que regulan la actividad de los agentes recolectores.<sup>61</sup>

### 3. UN PROBLEMA: LAS CÁMARAS DE VIGILANCIA

Como se ha visto, aún a modo genérico, los Estados llevan adelante, y pueden desarrollar, una serie de actividades y prácticas que, en principio, podrían estar justificadas, siempre que no infrinjan las obligaciones que surgen del derecho internacional de los derechos humanos. Esta sección comienza (3.1) identificando cuáles son esas actividades a las que prestará atención este capítulo, a saber: la vigilancia en los espacios públicos por medio de cámaras situadas en globos aerostáticos y drones. Una vez presentadas y justificada la importancia de mirar a esas actividades —respecto de las que, como se verá, el propio derecho internacional de los derechos humanos ha llamado la atención— se avanzará a (3.2) la evaluación de la regulación legal de esas actividades en Chile.

#### 3.1. Privacidad y nuevas tecnologías

Como se ha señalado, la protección legal de la privacidad busca resguardarla frente a una variedad de actividades y prácticas que resultan problemáticas, dañinas o lesivas para ella. De todas esas actividades, este capítulo se enfocará en las que se encuentran vinculadas al uso de cámaras de vigilancia dispuestas en globos y drones que algunas municipalidades han comenzado a utilizar durante el último año.<sup>62</sup>

¿Por qué es esto relevante? Como se indicó en la introducción de este capítulo, las autoridades que promueven este tipo de medidas de vigilancia insisten en que si las personas no han hecho nada malo (cometer delitos, incurrir en faltas),<sup>63</sup> no tienen nada que ocultar; entonces

60 TEJ, *Digital Rights Ireland*, párr. 38.

61 *Ibíd.*, párr. 40.

62 El énfasis en el uso de las tecnologías, por lo tanto, deja afuera otras formas de recopilación de información que son igualmente dañinas para la privacidad, como la interrogación. Del mismo modo, el capítulo advertirá, principalmente al anotar la falta de regulación en medio de la que actúan los municipios, problemas derivados de esa captación como el procesamiento y diseminación de esa información.

63 *La Hora 20*: "Presentan recurso contra los drones de vigilancia", 23 de mayo de 2017. "Nuestra prioridad", afirmó el alcalde Las Condes, Joaquín Lavín, "es la seguridad de la comuna y además, quien nada hace, nada teme".

no deberían temer a la observación, incluso continua, del Estado. ¿Es cierto que no hay nada que temer? ¿No hay, fuera del interés estatal (legítimo) en el control de la delincuencia, otros intereses que debieran ser objeto de consideración? Lo primero que debiera anotarse, es que no es cierto que cuando las personas no han cometido delitos o faltas (“nada malo”) no tengan nada que ocultar. Pero más equivocado aún es creer que la privacidad es una herramienta a la que se recurre para esconder cosas malas (ilegales). De hecho, la mayor parte de las veces las personas reclaman privacidad para dejar al margen del conocimiento de terceras personas acciones que son completamente legales. Pero también —y esto conviene reiterarlo— se recurre a la privacidad para proteger actividades que no se han querido esconder (como el mismo hecho de salir a la calle) en lo absoluto.<sup>64</sup>

Enseguida, y en relación a esto último, debe enfatizarse que las personas son titulares del derecho a la privacidad también en el espacio público o espacios de libre acceso. Hasta cierto punto, la vida en el espacio público asegura (o aseguraba) un cierto grado de privacidad. No es que las personas no se vean unas a otras, pero sí que se proteja una relativa conciencia de que allí, afuera, en medio de la masa, es (o era) posible obtener ciertas cuotas de anonimato. Lo cierto es que, tanto en el derecho internacional de los derechos humanos,<sup>65</sup> como en el derecho constitucional comparado,<sup>66</sup> el espacio público no elimina las expectativas de privacidad de las personas. La privacidad, entonces, es más que una forma de secreto e involucra una gama variopinta de situaciones —algunas de las cuales demandan secreto, desde luego, pero sin agotar su contenido—.<sup>67</sup>

Estas ideas no son en absoluto ajenas a nuestra cultura jurídica. De hecho, no es posible afirmar descansando en la práctica constitucional nacional, que las personas, una vez situadas en el espacio público, carezcan de cualquier protección frente a las fotografías o grabaciones de terceras personas (mientras realizan, como se dijo antes, acciones completamente legales como tomar sol). Existe una variedad de casos vinculados al uso comercial de la imagen de personas, no solamente famosas, cuyos rostros han sido utilizados sin su consentimiento. Esos

64 Daniel Solove, *Nothing to Hide: The False Tradeoff between Privacy and Security*, New Haven y Londres, Yale University Press, 2011, pp. 23-7.

65 Clayton y Tomlinson, *Privacy and Freedom of Expression*, *op. cit.*, p. 93, 96-7; N.A. Moreham, “Privacy in Public Places”, *Cambridge Law Journal*, 65(3), 2006. Así, el TEDH sostuvo en *Hannover vs. Germany*, 24 de junio de 2004, que el derecho a la privacidad protege más allá del círculo íntimo, para alcanzar la integridad física y psicológica de las personas, incluidas una dimensión social y sus relaciones con otras personas; también Comisión de Venecia, *On video surveillance in public places by public authorities and the protection of human rights*, CDL-AD(2007) 014, 16-7 de marzo de 2007, párrs. 24-5.

66 Manuel José Cepeda, “Privacy”, *op. cit.*, p. 971-2.

67 Solove, *Nothing to Hide*, *op. cit.*, p. 27.

casos han sido resueltos a favor de la privacidad (como la facultad constitucionalmente protegida, pero inevitablemente mercantil, de poder decidir cómo “invertir” con su propia imagen), aun cuando las imágenes han sido captadas en espacios públicos.<sup>68</sup> Sin embargo, un razonamiento similar se ha mantenido para situaciones que no involucran el valor comercial de los cuerpos.<sup>69</sup> Lo mismo ha ocurrido a nivel de control de constitucionalidad<sup>70</sup> y administrativo.<sup>71</sup>

¿Qué es, en particular, lo problemático de las actividades de monitoreo y vigilancia constante y masiva que desarrolla el Estado? Estas actividades son problemáticas en tanto pueden acarrear (nótese que el “pueden acarrear” es crucial a efectos de entender las recomendaciones que acompañan este capítulo) daños complejos para la privacidad de las personas.<sup>72</sup> La recopilación de información obtenida por medio de la vigilancia sin autorización de las personas, genera el malestar e incomodidad –cuando no ansiedad– de estar constantemente bajo control.<sup>73</sup>

Pero no solo eso. La cantidad de información que una vigilancia constante es capaz de producir, acompañada de su procesamiento (agregación), facilita los usos secundarios que se hace de esa

68 Pedro Anguita se refiere a este cúmulo de casos, acertadamente, como “derecho a la propia imagen y valor comercial”, en Pedro Anguita, “Jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la propia imagen y a la vida privada en Chile (1981-2004): un intento de sistematización”, Felipe González (ed.), *Libertad de Expresión en Chile*, Santiago, Universidad Diego Portales, 2006, pp. 377-93.

69 Véase el análisis de este desarrollo jurisprudencial en Gastón Gómez, *Derechos fundamentales y recurso de protección*, Santiago, Universidad Diego Portales, 2005, pp. 325-33 y Figueroa, *Privacidad*, op. cit., pp. 360-73.

70 Tribunal Constitucional, Sentencia Rol 1894, 12 de julio de 2011, citando a don Eduardo Novoa Monreal:

*Que la intimidad no sólo puede darse en los lugares más recónditos, sino que también se extiende, en algunas circunstancias, a determinados espacios públicos donde se ejecutan específicos actos con la inequívoca voluntad de sustraerlos a la observación ajena (considerando 23).*

71 Así, el Consejo para la Transparencia ha dicho que:

*resulta indudable que la garantía constitucional de la vida privada comprende también a las imágenes captadas por cualquier medio, como por ejemplo los globos aerostáticos instalados por la Municipalidad, y el tratamiento que de ellas pueda realizar la autoridad, como la entrega de dichas imágenes a un tercero, se encuentra limitado en función de la protección de este derecho (considerando 5).*

*la posibilidad de captar imágenes de personas en ámbitos públicos y otros exclusivamente privados y difundir dichas imágenes, sin poder contar con el consentimiento del titular, aparece como una afectación de los derechos de dichas las personas, en particular, el derecho a la imagen, a la privacidad e, incluso a la intimidad (considerando 6).*

Consejo para la Transparencia, Decisión Amparo Rol C2493-15, 26 de enero de 2016.

72 La taxonomía que acá se sigue ha sido tomada de Solove, *Understanding Privacy*, op. cit., pp. 101-70.

73 *Ibíd*, pp. 106-12. Desde luego que se trata de un malestar que trasciende la mera sensación personal y que puede terminar afectando el ejercicio de otros derechos, como la libertad de desplazamiento, cuando frente a estas formas de control social alteramos hábitos o desplazamientos –es decir cuando dejamos de hacer cosas que eran completamente legales–.

información –incluida la diseminación de información sensible y la extorsión del afectado–, permitiendo conectarla a sujetos específicos a los que pertenece. Ello permite, por caso, develar patrones (como hábitos) que, en principio, no hay razón para exponerlos a conocimiento estatal. Menos, desde luego, tratándose de actividades completamente lícitas. El TEJ, en el caso *Digital Rights*, lo sintetiza de esta acertada manera:

Los datos, tomados como un todo, permiten dibujar conclusiones bastante precisas relativas a la vida de las personas cuyos antecedentes han sido captados, tales como hábitos diarios, lugares permanentes o temporales de residencia, movimientos diarios y otros, las actividades desarrolladas, las relaciones sociales de esas personas y los ambientes sociales frecuentados por ellas.<sup>74</sup>

El TEDH, por su parte, ha sostenido, en sentido similar, que:

Hay un número relevante de elementos a ser considerados para determinar acaso la vida privada de una persona se ha afectado por medidas adoptadas fuera de su hogar o en sus instalaciones privadas. Mientras hay ocasiones en que las personas, con conocimiento o intencionalmente, toman lugar en actividades en el espacio público que saben que son o pueden ser grabadas o reportadas, la expectativa de privacidad de esas personas es un elemento relevante pero no concluyente (...) Consideraciones relativas a la privacidad pueden ser muy relevantes, sin embargo, tratándose de medidas de grabación sistemáticas o permanentes de los espacios públicos.<sup>75</sup>

Si la persona que nada hace, nada debe temer, entonces no debiera estar sujeta a sistemas de vigilancia que permiten que una cantidad relevante de información pueda serle vinculada de manera automática, revelando, así, información sensible. Todo lo anterior, además, con respecto a actividades que son perfectamente legales.<sup>76</sup>

¿Es esto relevante en el derecho internacional de los derechos humanos? Desde luego que sí. El desarrollo de la privacidad en el contexto de las nuevas tecnologías, las que están vinculadas no solo al uso de internet, sino que también a las nuevas herramientas con que cuentan los órganos estatales para efectos de llevar adelante actividades de vigilancia, indica que existe una preocupación especialmente sensible respecto a las formas en que los Estados se embarcan en actividades de

74 TEJ, *Digital Rights Ireland*, párr. 99.

75 TEDH, *Peck vs. United Kingdom*, 28 de enero de 2003, párr. 58 (citando *P.G. and J.H.*).

76 *Ibíd.*, p. 117.

recolección de información respecto de sus ciudadanos y ciudadanas, el tratamiento que se hace de esa información y los usos que se da a la misma.

De acuerdo al sistema universal de derechos humanos, los avances tecnológicos han conferido a los Estados importantes herramientas para embarcarse en procesos de vigilancia masiva y recopilación indiscriminada de datos personales de ciudadanos y ciudadanas.<sup>77</sup> Si bien se acepta que la tecnología puede transformarse en herramienta útil para la consecución de ciertos fines legítimos que los Estados pueden perseguir –como el enfrentamiento del terrorismo, que no es nuestro caso, o el control del delito –,<sup>78</sup> se enfatiza que esas actividades deben respetar los estándares del derecho internacional de los derechos humanos.

Específicamente tratándose de las actividades de vigilancia llevadas a cabo por los Estados,<sup>79</sup> se ha enfatizado que estos deben no solamente abstenerse de entrometerse en la privacidad de las personas, sino que, además, crear las condiciones adecuadas para prevenir tales violaciones.<sup>80</sup> ¿Qué condiciones? Una legislación adecuada de protección que se conforme a los estándares del derecho internacional, una revisión de los procedimientos internos y el establecimiento de un órgano independiente de supervisión, capaz de asegurar la adecuada transparencia y rendición de cuentas de las actividades de vigilancia estatal.<sup>81</sup>

En lo que respecta a la idea de legislación adecuada, se ha vuelto a insistir en la necesidad de regular las intromisiones por medio de leyes en sentido tanto formal como material. Del mismo modo, se rechazan las facultades de intromisión genéricas y se demandan medidas

77 Asamblea General de Naciones Unidas, *Resolution adopted by the General Assembly on 18 December 2013: The right to privacy in the digital age*, A/RES/68/167, 21 de enero de 2014; Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *El derecho a la privacidad en la era digital*, A/HRC/27/37, 30 de junio de 2014, párrs. 2-3; Consejo de Derechos Humanos, *The right to privacy in the digital age*, A/HRC/34/L.7/Rev.1, 22 de marzo de 2017.

78 Aunque debe anotarse que, en contextos de populismo penal y “psicología del miedo”, el recurso al control del delito como fin legítimo merece un escrutinio más estricto a efectos de evaluar la necesidad y proporcionalidad de las medidas. Consejo de Derechos Humanos, Joseph Cannataci, *Report of the Special Rapporteur on the right to privacy*, A/HRV/34/60, 24 de febrero de 2017, párr. 42 a., b.

79 El énfasis de las resoluciones e informes que ahora se identifican, pone el acento en las actividades de vigilancia, cuando no espionaje, cibernético. Como se verá, sin embargo, se reiteran las condiciones de legalidad, necesidad y proporcionalidad que se han identificado antes (en 2) y que, para estos efectos, son igualmente aplicables. Véase, a modo de ejemplo, la opinión de la Comisión de Venecia, *On video surveillance in public places*, *op. cit.*

80 Asamblea General de Naciones Unidas, *Resolution adopted by the General Assembly on 18 December 2013*, *op. cit.*, párr. 4 b); Consejo de Derechos Humanos, *The right to privacy in the digital age*, párr. 5.

81 Asamblea General de Naciones Unidas, *Resolution adopted by the General Assembly on 18 December 2013*, párr. 4 b) c) d).

necesarias y proporcionadas. Ello solo es posible (pero no suficiente) si las injerencias están establecidas en una ley “lo suficientemente accesible, clara y precisa para que una persona pueda leerla y saber quién está autorizado a realizar actividades de vigilancia ...”.<sup>82</sup> Finalmente, las medidas no deben lesionar los derechos en su esencia, estándar que es bastante complejo ya de satisfacer –indica el mismo informe– tratándose de programas de “vigilancia en masa o ‘a granel’ [los que] pueden considerarse arbitrarios, aunque persigan un objetivo legítimo ...”.<sup>83</sup>

¿Sugiere el derecho internacional –y este mismo capítulo, hacia sus conclusiones– que el Estado debe abdicar del uso de las tecnologías a efectos del control del delito y abandonar todo monitoreo? Por supuesto que no. Pero sí que esas actividades, precisamente por su grado de intromisión en la privacidad de las personas, se encuentren estrictamente reguladas y supervisadas. Una forma de satisfacer esa exigencia es ofreciendo a las personas medidas preventivas, garantías procesales y un esquema de supervisión efectiva.<sup>84</sup> Esto es relevante porque indica que no basta con que exista alguna fuente normativa genérica a la que se pueda echar mano para justificar las intromisiones (veremos que este es el caso de Chile), sino que es necesario que esas fuentes normativas –además de ser leyes en el sentido antes dicho– creen recursos e instituciones adecuadas para efectos de proteger los derechos de las personas.<sup>85</sup>

### 3.2 La situación de Chile: globos y drones

¿Cuál es la situación de Chile, a este respecto? Preocupante. ¿Cómo se encuentra el país frente al cumplimiento de esas obligaciones? Muy en deuda. En primer lugar, y en términos generales, Chile carece de una legislación vigorosa de protección a la privacidad de las personas. La ley actualmente vigente (Ley 19.628)<sup>86</sup> ha sido criticada, entre otras cosas, por establecer como regla general la publicidad de la información, carecer de un órgano adecuado para el amparo de la información personal

82 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *El derecho a la privacidad en la era digital*, op. cit., párrs. 21-3, 28-9.

83 *Ibid*, párr. 25. En efecto, se indica en el informe en cuestión que:

*Uno de los factores que deben considerarse al determinar la proporcionalidad es qué se hace con los datos a granel y quién puede acceder a ellos una vez recopilados. Muchos marcos nacionales carecen de “limitaciones de uso”, permitiendo así la recopilación de datos para un objetivo legítimo, pero su uso posterior para otros (párr. 27).*

El relator especial para el derecho a la privacidad, por su parte, se pregunta si acaso no será más proporcional frente a estas medidas de recopilación masivas la utilización de medidas acotadas. Consejo de Derechos Humanos, *Report of the Special Rapporteur on the Right to Privacy*, op. cit., párr. 42 c.

84 Consejo de Derechos Humanos, *The right to privacy in the digital age*, op. cit., párr. 5 f), g).

85 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *El derecho a la privacidad en la era digital*, op. cit., párr. 37

86 Sobre Protección de la Vida Privada.

y prescindir, en una serie amplísima de hipótesis, del consentimiento de las personas –los titulares de derechos fundamentales–.<sup>87</sup> Todavía en términos generales, la regulación misma de la videovigilancia en Chile ofrece vacíos importantes que han permitido su proliferación sin sujeción a los estándares mínimos de razonabilidad –del modo en que esos estándares se han desarrollado a nivel del Tribunal Constitucional, de la misma (aunque deficiente) Ley 19.628<sup>88</sup> y el derecho internacional de los derechos humanos–.

Veamos el caso en concreto que aborda este capítulo. Entre 2015 y 2017 varias municipalidades anunciaron e implementaron el uso de cámaras de vigilancia a través de globos aerostáticos o drones. Mientras se terminaba de redactar este capítulo, además, la Municipalidad de Las Condes anunciaba la implementación de cámaras de reconocimiento facial.<sup>89</sup> Un primer antecedente relevante a considerar, es la acción de protección que se presentó en contra de los municipios de Lo Barnechea y Las Condes apenas se puso en marcha el sistema de vigilancia con globos aerostáticos.<sup>90</sup> En ese recurso se reclamaba, entre otras, que esos sistemas de vigilancia bien podrían terminar invadiendo espacios privados y que, en general, su funcionamiento estaba en manos de empresas privadas.<sup>91</sup>

87 Véase, en términos generales, Anguita, *La Protección de Datos Personales*, op. cit., pp. 331-2. Como se dirá enseguida, esta ley confiere a los organismos públicos amplias facultades para efectos de crear bases de datos, al tiempo que las municipalidades –no obstante estar comprendidas bajo sus regulaciones– no suelen apuntar a aquella como una norma que gobierne sus actividades de vigilancia.

88 Por ejemplo, el sistema de videovigilancia en Chile se encuentra regulado por instrucciones internas de Carabineros de Chile y sobre la base de facultades normativas bastante débiles. Luis Cordero, "Videovigilancia e intervención administrativa: Las cuestiones de legitimidad", *Expansiva: en foco*, 137, 2008, pp. 10-12. Por lo demás, la misma regulación administrativa –contenida originalmente en una orden general reservada– carece de regulaciones adecuadas en lo relativo al respeto a la privacidad de las personas. Véase, en general, Patricio Palacios, *Análisis crítico del régimen jurídico de videovigilancia de las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública*, Tesis para optar al grado de Magíster con mención en Derecho Público, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2007. Con respecto a las cámaras de vigilancia de la denominada Unidad Operativa de Control de Tránsito, la normativa no regula la eliminación de la información por ellas captada. Sí existe, en cambio, regulación administrativa orientada a determinar los valores y cobros de la información que esas cámaras captan, en caso de que terceras personas deseen "darle un nuevo uso informativo para fines comerciales o como herramienta de servicio a la comunidad". Decreto 41, Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones-Subsecretaría de Transportes de 2005. Existen algunas innovaciones más recientes en lo relativo al uso de cámaras en la Ley 20.844, sobre Derechos y Deberes de Asistentes y Organizadores de Espectáculos de Fútbol Profesional.

89 *El Mercurio*: "Las Condes implementa cámaras con reconocimiento facial para detectar a delincuentes", 23 de junio de 2017, C1.

90 Como se dirá inmediatamente, las mismas municipalidades apuntan a la sentencia que decidió el recurso de protección como fuente normativa de sus atribuciones y reglamentación.

91 Los antecedentes están tomados de Corte Suprema, *Soffge Guemes, Stephanie y otros c/ Ilustre Municipalidad de Las Condes y otro*, 1 de junio de 2016.

En lo medular, la Corte sostuvo que la realización material de las funciones de las municipalidades en cuestión, a través de empresas privadas, en caso alguno implicaba una delegación de potestades.<sup>92</sup> En lo que respecta a la legalidad en general de los municipios, la Corte entendió –en contra de los estándares del derecho internacional antes descritos– que “es indiscutible que el apoyo y fomento a la seguridad ciudadana es, actualmente, una relevante función municipal”,<sup>93</sup> citando enseguida el artículo 4 letra j) de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades (LOCM). Dicho precepto dispone que las municipalidades podrán desarrollar funciones relacionadas con:

El desarrollo, implementación, evaluación, promoción, capacitación y apoyo de acciones de prevención social y situacional, la celebración de convenios con otras entidades públicas para la aplicación de planes de reinserción social y de asistencia a víctimas, así como también la adopción de medidas en el ámbito de la seguridad pública a nivel comunal, sin perjuicio de las funciones del Ministerio del Interior y Seguridad Pública y de las Fuerzas de Orden y Seguridad.

No hay, desde luego, evaluación de legalidad estricta (esto es, identificación de fuentes normativas que expresamente confieran la facultad), menos un escrutinio de la especificidad y proporcionalidad de las medidas. Fuera de estas referencias generales, el resto de la sentencia de la Corte Suprema se instala, prácticamente, en perfecta oposición al derecho internacional de los derechos humanos, los desarrollos del derecho constitucional comparado y la propia práctica constitucional doméstica. Así, cuestiona que en el espacio público exista una expectativa “mayor” de privacidad, salvo tratándose de ciertos ilícitos penales –contradiciendo su propio desarrollo al respecto–, mientras extiende autorización para el uso de cámaras de vigilancia por analogía, pues ya existen para otros supuestos legales sin suscitar “censura alguna”. Para concluir, emite –casi como si estuviera dictando un reglamento– lo que denomina un régimen de autorización en el que ordena (i) grabar solo en espacios públicos, (ii) para lo que un funcionario municipal deberá certificar que esta regla se respete. Además, (iii) dispone la destrucción cada 30 días de las grabaciones –salvo en caso de imágenes de delitos– y (iv) configura un régimen de acceso a la información para ciudadanos.<sup>94</sup>

92 *Ibíd*, considerando 6.

93 *Ibíd*, considerando 7.

94 Como acertadamente se ha indicado, este régimen es, en sí mismo, una forma de corroborar que se afectará la privacidad, incluida la de los espacios privados. Tomás Ramírez, “Nuevas tecnologías al servicio de la seguridad pública y su impacto en la privacidad: criterios de ponderación”, *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, 5, 2016, 71-2.

La sentencia en comento traza distinciones demasiado gruesas, al tiempo que descansa en un paradigma ya superado de la privacidad (como secreto). Si bien no hay dudas de que el Estado no se encuentra –ciertamente no cuando se trata del control del delito– en el mismo pie que un tercero particular (como los diarios que captaban imágenes de mujeres en playas, aduciendo que ellas se encontraban en espacios públicos), su posición está lejos de conferirle carta blanca a las actividades de monitoreo y vigilancia estatal, sobre todo si estas se construyen sobre la base de analogías y atribuciones genéricas.

Como resultado de ese recurso, y en parte a propósito de la discusión que las iniciativas en comento suscitaron, el Consejo para la Transparencia (CPLT) –advirtiendo el vacío en que operaban las municipalidades– emitió una serie de recomendaciones que buscan acotar el ejercicio de las actividades de vigilancia.<sup>95</sup> En términos generales, se trata de recomendaciones tributarias de la sentencia de la Corte Suprema. Al igual que esta, el CPLT entiende que el artículo 4 letra j) de la LOCM basta para conferir legalidad a la actividad de vigilancia de las municipalidades.<sup>96</sup> Ahora bien, a pesar de este reconocimiento genérico de atribuciones legales, el CPLT avanza al establecimiento de regulaciones a la captación y tratamiento de las imágenes, en mayor sintonía con el derecho internacional de los derechos humanos. En especial, recomienda límites respecto al uso de las imágenes, responsabilidad y seguridad por las mismas, disposición y control de los datos y acceso de las personas a las imágenes –entre otros derechos–.<sup>97</sup>

Volvamos a los estándares enunciados en la sección anterior. De conformidad a estos, las actividades estatales que se entrometen en la privacidad de las personas deben estar precisamente establecidas en una ley accesible a ellas; perseguir un fin legítimo; y ser necesarias (proporcionales y sin afectar la esencia del derecho) en una sociedad democrática. ¿Cuál es el caso de las municipalidades que se han embarcado, hasta ahora, en estas actividades de vigilancia? Para la preparación de este capítulo se presentaron solicitudes de acceso a la información ante los municipios de Las Condes, Lo Barnechea y Providencia. Todos municipios que han anunciado e implementado sus sistemas de vigilancia. Se solicitó, principalmente, identificación

95 Consejo para la Transparencia, *Formula recomendaciones respecto a la instalación de dispositivos de videovigilancia por parte de las municipalidades conforme a las disposiciones de la Ley N° 19.628*, Oficio N° 002309, 6 de marzo de 2017.

96 *Ibíd.*, párr. 4. Tampoco se preocupó de examinar la especificidad de las atribuciones ni proporcionalidad de las medidas en un par de amparos de acceso a la información que ha tenido ocasión de resolver. Como se dirá, esto se debe, en parte importante, a las funciones que desempeña el CPLT cuando resuelve esos amparos.

97 *Ibíd.*, párrs. 5-8.

de las fuentes normativas conforme a las que implementaban sus sistemas de cámaras y tratamiento de datos.<sup>98</sup> De manera más o menos concurrente, los municipios afirmaron que sus facultades legales se encuentran contenidas en: (i) el artículo 4 letra j) de la LOCM; (ii) la sentencia de la Corte Suprema antes señalada; y (iii) las recomendaciones del CPLT.<sup>99</sup>

Desde luego, y como se ha indicado en la sección anterior, las actividades de intromisión en la vida privada de las personas demandan algo más que una atribución genérica, como las funciones conferidas “en el ámbito de la seguridad pública a nivel comunal”. En efecto, las intromisiones deben estar establecidas expresamente (y no solo ser inferidas a partir de facultades generales) en la ley, ser específicas y ofrecer mecanismos adecuados de resguardo contra arbitrariedades de las autoridades involucradas. El mismo Tribunal Constitucional ha advertido en un par de ocasiones, de hecho, que la atribución discrecional a órganos del Estado para recabar datos y antecedentes, sin limitación, afecta el derecho a la privacidad.<sup>100</sup> Tan problemática es, sin embargo, la falta de definición respecto a los contornos de la facultad municipal, que, por lo menos en el caso del municipio de Las Condes, este decidió mover sus cámaras de los espacios públicos a condominios privados provocando una nueva discusión –y un nuevo recurso de protección cuya decisión permanecía pendiente al cierre de la edición de este capítulo–.

En lo que respecta a la sentencia de la Corte Suprema, debe anotarse que ella, en el mejor de los casos, gobierna la suerte de los municipios de Las Condes y Lo Barnechea. Pero carece de obligatoriedad para los demás municipios u órganos que se embarquen en estas actividades. Por lo demás, y frente a la ausencia de un órgano independiente de control –como se dirá enseguida–, ¿cómo se controlará que lo que la sentencia ordena en tanto régimen de autorización sea respetado? Ya es cuestionable que sea el mismo municipio el que debe cuidar que esto sea así –misma orientación que ofrece el CPLT, no obstante solicita conocer las innovaciones que

98 Las respuestas se encuentran contenidas en Municipalidad de Lo Barnechea, Oficio Adm. Municipal N° 186/2017, 20 de abril de 2017; Municipalidad de Las Condes, Oficio N° 334, 5 de mayo de 2017; Municipalidad de Providencia, Oficio N° 3764, 16 de mayo de 2017.

99 Aunque dichas recomendaciones fueron mencionadas solo por la Municipalidad de Providencia.

100 Tribunal Constitucional, Sentencia Rol 389, 28 de octubre de 2003. El Tribunal, adecuadamente, advierte que resulta crucial en su decisión la falta de resguardo para las personas, así como de elementos que orienten la actuación estatal: *sin trazar en la ley las pautas o parámetros, objetivos y controlables, que garanticen que el órgano administrativo pertinente se ha circunscrito a ellos, asumiendo la responsabilidad consecuente cuando los ha transgredido (considerando 25).*

las municipalidades ejecuten al respecto—. ¿Retiene jurisdicción la Corte Suprema con respecto al cumplimiento de estas directrices? Discutible, ¿por cuánto tiempo, bajo qué condiciones? Lo más probable es que las infracciones al ya deficiente régimen de autorización, si no se reclaman frente al propio agente municipal, deban alegarse por medio de un nuevo recurso de protección.<sup>101</sup>

¿Qué ocurre con las recomendaciones del CPLT? ¿Son suficientes a este respecto? Tampoco. El problema de las recomendaciones es, precisamente, que se trata de recomendaciones. Sin ir más lejos, en el oficio de respuestas de la Municipalidad de Providencia – las municipalidades de Las Condes y Lo Barnechea simplemente prescinden de ellas– se indicó que “se debe tener en consideración” esas recomendaciones. Son, por lo tanto, insuficientes para satisfacer los estándares de legalidad (en tanto obligatoriedad) desarrollados por el derecho internacional. De conformidad a estos estándares, como se ha indicado, la satisfacción de la legalidad no implica solo la posibilidad de poder apuntar a disposiciones legales que, de algún modo –como ocurre con la LOCM–, permitan inferir competencias estatales. Además, deben proveer medidas suficientes de salvaguarda y resguardo frente a los abusos de la autoridad, medidas que una simple recomendación –una suerte de recopilación de buenas prácticas– está lejos de alcanzar (máxime cuando el órgano de control dista de ser un órgano independiente, sino que es el propio municipio). Por otra parte, las recomendaciones, al reconocer competencias genéricas a las municipalidades, incurren en la misma falta de escrutinio de las atribuciones específicas que deben permitir a los órganos del Estado entrometerse en los que el mismo CPLT denomina como datos personales (y que, en virtud de su tratamiento, como se dirá luego, devienen en sensibles).

Resulta preocupante advertir la libertad con que se sienten (y actúan) las municipalidades en cuestión. Ninguna de las respuestas entregadas ante las consultas sobre el marco normativo que gobierna sus actividades de vigilancia incluyó la Ley 19.628.<sup>102</sup> Si bien esta ley es

101 Si el régimen legal se encuentra establecido, además, en los términos que la propia Corte Suprema ha trazado, entonces deberá demostrarse que la ilegalidad en que incurre la municipalidad arranca no del incumplimiento de obligaciones legales, sino de la falta de adecuación a un régimen de autorización establecido en otra sentencia de protección.

102 Los municipios, en cambio, si han recurrido a la Ley 19.628 a efectos de negar la entrega de información a particulares que han solicitado segmentos de grabaciones. En cualquier caso, se trata de un argumento a mayor abundamiento. Para los municipios la principal razón para negar esa información la constituye el posible entorpecimiento que podría causarse a la prevención, investigación y persecución de crímenes y delitos. En el caso de la Municipalidad de Lo Barnechea, sin embargo, el CPLT acertadamente rechazó la excusa, advirtiendo que aquella no había aportado antecedente alguno que demostrara cómo ello acontecería. Consejo para la Transparencia, Decisión Amparo Rol C2828-15, 28 de enero de 2016, considerando 6.

deficiente en términos de la protección de datos personales, como ya se ha indicado, ofrece algunas alternativas de control. En primer lugar, dispone que se entenderá por datos personales “los relativos a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables” (artículo 2 letra f). El profesor Anguita, comentando esta definición, indica que son datos personales “el nombre, edad, sexo, estado civil, profesión, domicilio, números de teléfonos”.<sup>103</sup> ¿Se incluye la imagen? En la medida que las cámaras captan la figura de personas “identificadas o identificables”, se trata, no cabe duda, de lo que la ley denomina “datos”.<sup>104</sup>

Sin embargo, la misma ley confiere a los organismos públicos una facultad genérica para crear bases de datos respecto a materias de su competencia (artículo 20), cláusulas que los propios órganos en cuestión –como vimos a propósito de las respuestas municipales– y los de control –a propósito de la sentencia de la Corte Suprema o algunas decisiones del CPLT–<sup>105</sup> han leído con bastante bondad, prestando escasa atención a los derechos de privacidad involucrados y a las exigencias que ello gatilla. Volvemos así a los problemas ya detectados. La normativa a la que echan mano las municipalidades para justificar sus competencias carece de la especificidad requerida por los estándares del derecho internacional de los derechos humanos. Este es un problema grave.

A mayor abundamiento, persisten dudas –todavía al amparo de la Ley 19.628– sobre el tratamiento que las municipalidades hacen de los datos recopilados. Primero, porque las municipalidades carecen de autorizaciones normativas específicas, como lo exige la ley, para proceder al tratamiento de los datos. Como se ha dicho antes, el tratamiento de datos recopilados “a granel” permite a los organismos públicos reconstruir perfiles y avanzar hacia la identificación de información que ya no solo es personal, sino que, en los términos de la Ley 19.628, sensible:

103 Anguita, *La Protección de datos personales*, op. cit., pp.294-5.

104 Así lo entiende Luis Cordero, aunque comentando las cámaras de videovigilancia policial. Cordero, “Videovigilancia e intervención administrativa”, op. cit., p. 20. También lo entendió así el CPLT en su oficio de recomendaciones a las municipalidades. Consejo para la Transparencia, *Formula recomendaciones respecto a la instalación de dispositivos de videovigilancia*, op. cit., párrs. 2 y 3.

105 Más abajo se indica que, en el caso del CPLT, es su propia posición orgánica la que conspira contra una mayor intervención.

tal es el caso de los hábitos (artículo 2 letra g).<sup>106</sup> Y tratándose de datos de este tipo, las exigencias de legalidad y especificidad debieran ser aún más estrictas, como lo son en la ley que principia prohibiendo el tratamiento de esta clase de datos.<sup>107</sup>

Finalmente, y en contraposición de los estándares del derecho internacional, Chile carece de un organismo especializado de supervigilancia del respeto de la privacidad de las personas. Ya se ha visto que tanto en la sentencia de la Corte Suprema, como en las recomendaciones del CPLT, de existir un órgano de control debe ser la propia municipalidad. Siguiendo la sentencia –recuérdese que, tanto para los municipios de Lo Barnechea como de Las Condes, las recomendaciones no figuran en su marco normativo–, las municipalidades indican que, transcurrido 30 días, la información se sobrescribe (en el caso de Lo Barnechea) o es destruida (en el caso de Las Condes).<sup>108</sup> Pero una cosa es lo que las municipalidades dicen que hacen, otra distinta –y esta es la garantía del derecho internacional– es que exista una normativa y un órgano independiente de supervisión que se encarga de cuidar que ello sea efectivamente así.

Es cierto que la Ley 20.285, sobre Acceso a la Información Pública, dispone que será misión del CPLT “velar por el adecuado cumplimiento de la ley N 19.628” (artículo 33 letra m) –en cuyo ejercicio dictó las recomendaciones antes identificadas–. Sin embargo, la actividad del CPLT a este respecto se juega –y esto no es responsabilidad del CPLT, precisamente– en la protección de datos personales en poder de organismos públicos y respecto de los que otros particulares requieran acceso. Fuera de las recomendaciones, que responden a situaciones más bien acotadas, el CPLT vela por el cumplimiento adecuado de la ley sobre datos personales en un contexto de acceso a la información y transparencia, lo que inevitablemente altera su acercamiento a las cuestiones

106 Los datos sensibles, dispone el precepto en cuestión, son:

*aquellos datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual.*

*Desde luego que el concepto mismo de datos sensibles puede leerse bajo el paradigma de privacidad (o intimidad, como dispone el precepto recién transcrito) como secreto, entendido como equivalente a espacio cerrado. Ello lo haría irrelevante para la discusión que acá se plantea.*

107 En la Ley 19.628, el tratamiento de datos sensibles se encuentra prohibido, a menos que una ley, el consentimiento del titular o el otorgamiento de beneficios de salud así lo permitan (artículo 10). No hay duda que la exigencia de legalidad debe interpretarse en sentido estricto, y no con la amplitud en que se ha leído la atribución genérica relativa al tratamiento de datos personales del artículo 20.

108 Salvo que las imágenes hayan detectado la ocurrencia de algún delito, en cuyo caso son entregadas a los “órganos judiciales competentes” –aunque probablemente está pensando en el Ministerio Público–. Municipalidad de Las Condes, Oficio N° 334.

sobre privacidad.<sup>109</sup> De este modo, no es un organismo adecuado de conformidad a los estándares del derecho internacional de los derechos humanos para la defensa de datos personales frente al Estado.<sup>110</sup>

## CONCLUSIONES

El derecho a la privacidad protege a las personas también en los espacios públicos. Sobre esto no hay duda en el derecho internacional de los derechos humanos y ha sido la conclusión del desarrollo sostenido de la jurisprudencia constitucional nacional (y comparada). De conformidad a los estándares del derecho internacional de los derechos humanos, sin embargo, la privacidad –como los demás derechos– no es absoluta. Puede estar sujeta a regulaciones que permitan actividades de intromisión estatal.

Estas regulaciones son admisibles solo en la medida que se encuentren establecidas por ley, estén justificadas en una sociedad democrática y se sometan a supervisión de un órgano independiente al que se le encomiende la protección de los derechos de las personas –con independencia del sistema de tribunales donde podrá buscarse reparación a las afectaciones–. El Estado de Chile, como se ha dicho en este capítulo, se encuentra al debe en esta materia. Si bien es cierto que la prevención y persecución del delito son fines legítimos que el Estado puede trazarse, esos propósitos no se pueden conseguir a cualquier costo.<sup>111</sup>

Las hipótesis de intromisión en la vida privada de las personas deben encontrarse establecidas en una ley, y sus condiciones de procedencia ser específicas y acotadas. Nada de eso ocurre en Chile. Las

109 Del mismo modo, si vale la pena el parangón, en que la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión procedió a acercarse al estudio de las acciones de *habeas data* desde la óptica de la transparencia y la rendición de cuentas (n. 31). Rajevic ha identificado, también, esa 'tensión' en que se debe mover el CPLT al momento de tener que resolver solicitudes de acceso a la información. Enrique Rajevic, "Protección de datos y transparencia en la administración pública chilena: Inevitable y deseable ponderación", *Expansiva: en foco*, p. 162, 2010.

110 Así, el Consejo para la Transparencia, en una decisión de amparo citada antes para mostrar cómo ha recogido la tesis de privacidad en el espacio público, rechazó una solicitud de información presentada por un particular respecto a un bloque de imágenes captadas por el sistema de globos aerostáticos de la Municipalidad de Las Condes. Para hacerlo, presentó importantes argumentos relativos a los estándares que el derecho internacional de los derechos humanos sobre privacidad, incluida la ausencia de normas lo suficientemente determinadas y específicas para permitir el acceso de terceras personas. Lo cierto es que esas normas tampoco permiten –ni de manera determinada ni específica– las facultades municipales para proceder a la captación y tratamiento de la información. Sin embargo, y a riesgo de ser majadero, debe insistirse en que el consejo no tutela vía amparos, porque no puede hacerlo, las captaciones de datos realizadas por órganos públicos ni su sustento (o la falta de este) normativo. Y eso es lo que lo hace insuficiente. Consejo para la Transparencia, Decisión Amparo Rol C2493-15.

111 Comisión IDH, *Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 57, 31 de diciembre de 2009, párrs. 169-81.

municipalidades han procedido a instalar cámaras de vigilancia en globos y drones que captan información “a granel” –probablemente una de las situaciones más preocupantes para el derecho internacional–, a partir de lecturas descuidadas de sus propias atribuciones. Chile tampoco cuenta con una instancia de protección de los datos personales de ciudadanos y ciudadanas. Las instancias (como los tribunales y el CPLT) que hoy tienen algo que decir, además, han sido igualmente benevolentes con las municipalidades a la hora de leer sus competencias.

Debe advertirse que las deudas del Estado de Chile en materia de vigilancia pública van más allá de la situación específica de las actividades de monitoreo municipal. Como se ha indicado a lo largo de este capítulo, parte importante de la preocupación que evidencia el estado actual de las regulaciones en Chile dice relación, precisamente, con la falta de observación de los estándares del derecho internacional de los derechos humanos. No se trata, entonces, de exigir la eliminación *a todo evento* de las actividades de vigilancia estatal, sino de someterlas a regulaciones estrictas cuando puedan afectar el ejercicio de derechos como la privacidad y otros (libertad de movimiento, libertad de expresión y reunión, por ejemplo) que se encuentran en íntima relación con ella.

En ese sentido, debe anotarse que el Gobierno de la Presidenta Bachelet ha enviado recientemente un proyecto de ley que actualiza la Ley 19.628 (sobre protección y tratamiento de datos personales y crea la agencia de Protección de Datos Personales).<sup>112</sup> Desde luego que no basta con la actualización de la legislación, sino que –lo que se viene acá señalando– de su adecuación a los estándares expuestos en este capítulo. Si bien el proyecto se presenta como una oportunidad para abordar sistemáticamente la regulación general o marco de las actividades de monitoreo y vigilancia de espacios públicos, el mismo guarda silencio al respecto. En lo que concierne estrictamente a este capítulo, ello es especialmente problemático si se anota que el proyecto insiste en conferir una autorización genérica a los organismos públicos para el tratamiento de datos que diga relación con “el cumplimiento de sus funciones legales” (artículo 20). Todavía más si se agrega que el proyecto dispone que el consentimiento del titular no será necesario para el tratamiento de datos cuando así lo autorice una ley (artículo 12 inciso 1) o la captación se haya realizado en fuentes de acceso público (artículo 13 letra a). En conjunto con la lectura amplísima que se ha hecho de la legislación vigente –incluso extendiendo autorizaciones por analogía, como en el caso de las municipalidades–, este proyecto, a este respecto, deja las cosas tal como están.<sup>113</sup>

112 Boletín N° 11.144-07.

113 O incluso peor. Esto, porque el proyecto deja el tratamiento de datos sensibles al margen de la necesidad de consentimiento de las personas cuando se trate de datos que el titular haya “hecho manifiestamente públicos” (artículo 16 letra a).

## RECOMENDACIONES

En este contexto, este capítulo concluye ofreciendo las siguientes recomendaciones:

1. La ausencia de regulaciones específicas en materia de vigilancia y monitoreo, no es sinónimo de autorización. Los municipios y otras entidades estatales debieran abstenerse de seguir implementando sus sistemas de vigilancia a través de cámaras situadas en globos y drones por ser actos ilegales y afectar desproporcionadamente la privacidad de las personas.
2. Se recomienda al Estado adecuar la legislación nacional en materia de privacidad a los estándares del derecho internacional de los derechos humanos, incluidas las actividades de vigilancia y monitoreo.
3. Es de suma importancia advertir que la atribución genérica de facultades intrusivas no satisface los estándares del derecho internacional. La regulación estricta de las actividades de intromisión del Estado, pasa, en primer término, por la actualización de la legislación en materia de protección de datos personales. El proyecto identificado antes, en los términos en que hoy se encuentra, no satisface esta exigencia.
4. Por eso mismo, es importante entender que el proyecto de ley debiera verse como una oportunidad no solo para que el Estado de Chile pueda alinearse con los estándares del derecho internacional a los que voluntariamente se ha sometido, sino que, también, para abrir espacios significativos a la intervención de la sociedad civil. Chile cuenta con organizaciones de la sociedad civil altamente capacitadas –como el caso de Derechos Digitales y Datos Protegidos– cuyo trabajo ha sido reconocido en la región. Su intervención debiera ser significativa.
5. El Estado también tiene una responsabilidad adicional en el contexto de la discusión de las reformas anunciadas. Recientemente, el informe del Relator Especial para el derecho a la privacidad, ha indicado que los Estados –y Chile no ha sido la excepción– han preferido jugar “la carta del miedo”, trabando así una oposición de suma cero entre privacidad, de una parte, y seguridad, de otra.<sup>114</sup> Anotando el contexto y oportunidad que abre el envío del proyecto de ley antes identificado, se recomienda al Estado no establecer oposiciones entre privacidad, de una parte, y seguridad, de otra, cotejando adecuadamente los distintos intereses y derechos en juego.

114 Consejo de Derechos Humanos, *Report of the Special Rapporteur on the right to privacy*, *op. cit.*, párr. 42.



## **DERECHOS DE LAS PERSONAS LGTBI EN CHILE: UNA EVALUACIÓN<sup>1</sup>**

- 1 Capítulo elaborado por Juan José Álvarez, Sebastián del Pino, María Belén Saavedra y Tomás Vial, con la colaboración de las alumnas de la Facultad de Derecho UDP Francisca Rojas, Mariana Sandoval, Natalia Muñoz y Daniela Inostroza y el alumno Javier Vera.



## SÍNTESIS

El capítulo analiza la situación de cómo el Estado chileno está cumpliendo (o no) sus obligaciones en materia de no discriminación, respecto al derecho a la vida privada y a tener familia, derecho a la identidad y a una educación no excluyente y segura en relación a las personas lesbianas, gay, transexuales, bisexuales e intersex (LGTBI). Para ello revisa la situación de las relaciones afectivas entre estas personas y su actual regulación en Chile, el no reconocimiento de la homoparentalidad en el país, la realidad de las personas trans y, finalmente, cómo el sistema educacional asegura a los niños, niñas y adolescentes LGTBI una educación libre de violencia. Se concluye que pese a algunos avances, como la dictación del Acuerdo de Unión Civil, aún falta mucho para que en Chile exista un cabal respeto de los derechos de las personas LGTBI, tanto en las normas como en las políticas públicas.

*PALABRA CLAVES: no discriminación, relaciones afectivas, homoparentalidad, personas trans, educación inclusiva, violencia escolar*



## INTRODUCCIÓN

En cada uno de los *Informes* pasados se ha ido abordando diversos aspectos de las múltiples realidades de las personas LGTBI en Chile: la homoparentalidad, los derechos de las personas trans y de las personas intersex, y el tratamiento de las relaciones de pareja, por solo mencionar algunos temas. Este capítulo busca recoger esas diversas temáticas y dar una visión general de la situación en que se encuentran al final del gobierno de la presidenta Bachelet, con el objetivo de evaluar lo avanzado en los últimos años y lo que aún está pendiente. Con ese propósito, la sección primera despliega los estándares de derechos humanos básicos que se aplican en relación a las personas LGTBI, también desarrollados en *Informes* anteriores; la sección segunda analiza el estado del reconocimiento y regulación de las relaciones afectivas entre personas del mismo sexo; la tercera, cómo se trata en Chile el derecho de las personas LGTBI a formar familia; la cuarta, la situación y derechos de las personas trans; y la quinta, la realidad en materia educacional relativa a la diversidad de orientación sexual, identidad de género y expresión de género. Se finaliza con algunas conclusiones y recomendaciones.

### 1. ESTÁNDARES DE DERECHOS HUMANOS APLICABLES A PERSONAS LGTBI

En anteriores *Informes*<sup>2</sup> relativos a personas LGTBI se han desarrollado los estándares de derechos humanos generalmente aplicables y que permiten juzgar si el Estado chileno cumple las obligaciones contraídas al respecto. En esta sección se resumirán los estándares más directamente aplicables a los temas de este capítulo, sin perjuicio de que también se aborden aspectos más específicos en las secciones correspondientes.

2 Ver en particular *Informes* 2013, 2014, 2016.

### 1.1. No discriminación por orientación sexual

La no discriminación como mandato general se encuentra contenida en numerosas convenciones ratificadas por Chile. Así, por ejemplo, en el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP, en adelante) se señala: “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.” Similar garantía se encuentra en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC, en adelante), en su artículo 2.2. Así también se consagra la no discriminación en los artículos 1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH, en adelante).

Debemos señalar, al igual que en ediciones anteriores, que estos cuerpos normativos no prohíben la discriminación por orientación sexual de manera expresa, sino que la jurisprudencia de sus cortes y la interpretación que los propios órganos de tratados le han entregado a la norma, dan cuenta de una evolución en la interpretación de las mismas en pos de la comunidad LGBTI. De esta forma lo interpretó la Corte IDH en el *caso Karen Atala*, señalando lo que sigue:

Los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el artículo primero número uno de la Convención americana, no son un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo. Por el contrario, la redacción de dicho artículo deja abierto los criterios con la inclusión del término “otra condición social” para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas. La expresión “cualquier otra condición social” del artículo 1.1 de la Convención debe ser interpretada por la Corte, en consecuencia, en la perspectiva de la opción más favorable a la persona y de la evolución de los derechos fundamentales en el derecho internacional contemporáneo.<sup>3</sup>

Y, a continuación, concluirá que:

Teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el

3 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*, 2012, párr. 52.

Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas (*supra* párrs.), la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual.<sup>4</sup>

Como estándares más recientes, tenemos la Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia, firmada por nuestro país en octubre de 2015. En el último capítulo del *Informe 2014*,<sup>5</sup> relacionado con homoparentalidad, lamentábamos que Chile aún no ratificara este instrumento, y continuamos con la misma preocupación. En su artículo 1° la convención expresamente reconoce como categoría de discriminación a la orientación sexual y la identidad de género. Así también los principios de Yogyakarta<sup>6</sup> establecen definiciones, derechos y garantías para la comunidad LGBTI, que han sido recogidos por los informes de la Relatoría LGBTI de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, en adelante) en sus informes de 2012 y de 2015.<sup>7</sup> De todo lo anterior es posible concluir, primero, que en nuestro ordenamiento jurídico existe un derecho a la igualdad y la no discriminación, segundo, que ese derecho incluye a las personas de la comunidad LGBTI y, tercero, que si se produce discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género, Chile estaría incumpliendo su deber de respeto y protección del derecho a no ser discriminado por estas categorías.

## 1.2. Vida privada

Tanto la CADH como el PIDCP contienen cláusulas que aseguran este derecho. Así, la primera, en su artículo 11, dispone:

Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad.

4 *Ibid.*, párr. 58.

5 *Informe 2014*.

6 Principios de Yogyakarta (2007). Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género.

7 Organización de los Estados Americanos. Informes Anuales.

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.
2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.
3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

El ámbito de las relaciones personales, afectivas y familiares se entiende habitualmente protegido por la garantía de la vida privada. Como ha señalado la Corte IDH, en el *caso Fernández Ortega y otros contra México*, de 2010, “el concepto de vida privada es un término amplio no susceptible de definiciones exhaustivas, pero que comprende, entre otros ámbitos protegidos, la vida sexual y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos”.<sup>8</sup> En *Artavia Murillo contra Costa Rica* (2012), relativo a la prohibición de sistemas de fertilización asistida, la Corte IDH sostiene en su considerando 143:

Además, la Corte ha señalado que la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. Teniendo en cuenta todo lo anterior, la Corte considera que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, en el presente caso, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico. [Notas omitidas].<sup>9</sup>

Por lo anterior, una intromisión o falta de igual protección en los aspectos referidos a las relaciones personales y afectivas, y entre ellas sin duda que están consideradas las filiales, constituye una infracción de los deberes de respeto y protección que el Estado debe asegurar a todos sus habitantes en materia de vida privada.

## **2. RECONOCIMIENTO LEGAL DE LOS AFECTOS ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO**

Una de las demandas más sentidas por gays y lesbianas es el reconocimiento de los afectos y los proyectos o consorcios de vida que se forman a partir de sus relaciones, incluyendo consecuencias personales,

8 Corte IDH, *Caso Fernández Ortega y otros contra México*, de 2010.

9 Corte IDH, *Caso Artavia Murillo contra Costa Rica*, párr. 143.

familiares y patrimoniales. Pasar de una situación de exclusión legal de los corolarios que se siguen de los afectos entre personas del mismo sexo a una de reconocimiento de aquellos, implica múltiples opciones para el legislador. Sin embargo, no todas se ajustan a los estándares en materia de derechos humanos. Una primera disyuntiva que el legislador debe resolver es si dicho reconocimiento pasará por ampliar el matrimonio a todas las parejas sin importar su orientación sexual, o si entiende que dicha demanda se satisface con la creación de un estatuto que regule la convivencia. En segundo término, el legislador deberá zanjar los alcances de la institución que decida abrir a las parejas del mismo sexo: por una parte, si se opta por una regulación de la convivencia, ¿su naturaleza será meramente patrimonial o alcanzará efectos personales y de familia?, y entre estos últimos, ¿cuáles?; y, por otra, en caso de reformar el matrimonio, ¿las parejas homosexuales tendrán los mismos derechos y deberes que las heterosexuales que deciden casarse, incluso respecto a la filiación?

Las respuestas a las interrogantes planteadas son complejas y suelen mostrar la concepción respecto de la diversidad sexual que posee quien las emite. Así, por ejemplo, mientras se tramitaba el proyecto de ley que crearía el Acuerdo de Vida en Pareja (AVP), presentado por el expresidente Sebastián Piñera,<sup>10</sup> el entonces senador Carlos Larraín (Renovación Nacional) afirmó que tal iniciativa iría “directamente contra la institución familiar, si se aprueba en la forma actual. Traerá muchos frutos amargos que tardan en madurar, pero que serán inevitables”.<sup>11</sup> El fallido aspirante a la presidencia de la república y senador en ejercicio, Manuel Ossandón (exmilitante de Renovación Nacional), durante la tramitación del AVP manifestó que, mientras fue candidato al Congreso en 2013, “estaba de acuerdo con que se deberían reconocer los derechos de las personas homosexuales y que podría existir un AVP entre esas personas. También dije que creía que era la solución para las personas heterosexuales, pero después de reflexionar, después de pensar y de conversar con mucha gente me di cuenta de que estaba equivocado y que un AVP no tenía ningún sentido”.<sup>12</sup>

Las opiniones respecto al matrimonio igualitario de quienes están actualmente en sitios de poder no son más auspiciosas que las

10 El proyecto de AVP fue ingresado al Congreso Nacional, por mensaje presidencial de Sebastián Piñera, el 17 de agosto de 2011. A pesar de ser un compromiso de campaña y parte de su programa de gobierno, su tramitación fue dilatada y el Ejecutivo omitió utilizar los recursos constitucionales y legales con que contaba para agilizar la total aprobación de la iniciativa antes de que terminara su mandato en marzo de 2014.

11 24 Horas.cl: “Carlos Larraín: ‘El AVP traerá muchos frutos amargos’”, 7 de enero de 2014.

12 Cooperativa.cl: “Ossandón y su rechazo al AVP: ‘Esto es un matrimonio disfrazado’”, 7 de octubre de 2014.

citadas recientemente. En junio de 2016, varios diputados y diputadas formalizaron un acuerdo transversal por el matrimonio igualitario. El objeto de este acuerdo era fusionar diversas mociones sobre la materia y posteriormente votar en general un proyecto de ley que abriera la institución conyugal a parejas del mismo sexo. Ante este hecho, el senador Ignacio Walker (Democracia Cristiana) afirmó: “Voy a defender mi posición, el matrimonio debe ser un contrato entre un hombre y una mujer, especialmente en un país en que ya tenemos un acuerdo de unión civil y que es para parejas homosexuales y heterosexuales”.<sup>13</sup>

El 15 de febrero de 2017 fue publicada en un medio electrónico una entrevista a la presidenta del Partido Regionalista Independiente y exvocera de Chile Vamos, Alejandra Bravo. Consultada sobre el apoyo que ciertos sectores de la Democracia Cristiana (su antiguo partido político) han dado a una posible aprobación del matrimonio entre personas del mismo sexo, contestó: “Por qué nosotros los heterosexuales tenemos que ceder y no podemos defender algo que es nuestro. Así como ellos defienden sus espacios y sus derechos, que yo los respeto, por qué nosotros tenemos que ceder en entregarles todo, por qué tendría que convertirse la sociedad en homosexual y dejar de ser heterosexual si nosotros ganamos el espacio”.<sup>14</sup>

Mientras se tramitaba el proyecto de AVP durante el gobierno de Piñera –que finalmente fue aprobado y mejorado durante el gobierno de la presidenta Bachelet, siendo llamado Acuerdo de Unión Civil (AUC)–,<sup>15</sup> los sectores conservadores se opusieron a esta iniciativa desestimando su necesidad o advirtiendo que traería consecuencias nocivas para la sociedad. Una vez aprobado, se apela a su existencia para afirmar que el matrimonio igualitario vendría a ser una figura superflua. En síntesis, estas actitudes refractarias a la igualdad de las personas de sexualidad diversa no se explican por una “ortodoxia” jurídica respecto a las instituciones que deben crearse o reformarse para proteger las relaciones afectivas entre personas del mismo sexo y sus consecuencias, sino que derechamente son una muestra palmaria de una visión deshumanizante de homosexuales y lesbianas que, en consecuencia, justifica un tratamiento diferenciado ante la ley. Es la lógica del “nosotros” –los normales, los heterosexuales– y “ellos” –los

13 La Tercera.cl: “División en la DC por acuerdo transversal de matrimonio gay”, 15 de junio de 2016.

14 El Dinamo.cl: “Alejandra Bravo, vocera Chile Vamos: ‘Homosexual es el que nace con cuerpo de hombre, pero siente como mujer’”, 15 de febrero de 2017.

15 Sobre las mejoras introducidas al proyecto sobre acuerdo de vida en pareja y que finalmente cristalizaron en la Ley 20.830 que crea el Acuerdo de Unión Civil, puede consultarse Álvarez y otros, “Derechos de la diversidad sexual 2015: avances y falencias”, *Informe 2015*, Universidad Diego Portales, pp. 369-373.

extraños, los homosexuales— los que merecen estar excluidos, en conformidad a los dichos de Alejandra Bravo.<sup>16</sup>

A continuación, se efectuará un examen crítico del funcionamiento de la Ley 20.830 que crea el AUC, poniendo énfasis en su correspondencia —o carencia de ella— con los estándares de derechos humanos en la materia. También se dará cuenta de los avances en torno a la aprobación del matrimonio igualitario, donde destacan dos hechos importantes: la promesa de campaña de la presidenta Bachelet de enviar al Congreso Nacional un proyecto de ley sobre la materia y el Acuerdo de Solución Amistosa adoptado entre el Estado y algunas parejas del mismo sexo que denunciaron, ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, discriminación arbitraria por haberseles negado la posibilidad de contraer matrimonio.

### **2.1. El Acuerdo de Unión Civil (AUC) y su aplicación**

El 21 de abril de 2015, fue publicada la Ley 20.830 que crea el AUC. Conforme al artículo 1° transitorio de esta normativa, empezaría a regir seis meses después de la fecha de su publicación, es decir, a partir del 22 de agosto de 2015. Según las cifras otorgadas por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, durante los primeros seis meses de implementación del AUC se celebraron 5.196 contratos de esta naturaleza en todo el país; de estos, 3.816 (73%) correspondieron a parejas de distinto sexo y 1.380 (27%), a parejas del mismo sexo.<sup>17</sup>

Durante el primer semestre de 2016, se celebraron 4.142 AUC en todo el país, de los cuales el 75% correspondió a parejas heterosexuales y el 24% a parejas del mismo sexo. Del total de AUC, la mayoría se celebró bajo el régimen patrimonial de comunidad de bienes (66%) y el restante 34% se acogió a la posibilidad de no pactar esta comunidad. Entre las parejas que decidieron pactar comunidad de bienes, el 72% correspondió a parejas heterosexuales, 15% a parejas de hombres y 13% a parejas de mujeres. Entre las parejas que no pactaron comunidad de bienes, el 86% correspondió a parejas heterosexuales, 9% a parejas masculinas y 5% a parejas femeninas.<sup>18</sup>

En el mismo período indicado anteriormente, se celebraron 34.789 matrimonios. De este total, el 53% optó por pactar sociedad conyugal,

16 Sobre este punto puede leerse más en Daniel Borrillo, *Homofobia*, Bellaterra, Barcelona, 2001. Este autor trata de demostrar que la homofobia en tanto “[...] actitud hostil respecto a los homosexuales, hombres o mujeres” comparte ciertos rasgos con la xenofobia, el racismo o el antisemitismo, ya que “[...] es una manifestación arbitraria que consiste en señalar al otro como contrario, inferior o anormal. Su irreductible diferencia le coloca al otro lado, fuera del universo común de los humanos.” (p. 13).

17 Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Cuenta pública 2015.

18 Servicio de Registro Civil e Identificación. Primer boletín de información semestral 2016, pp. 15, 18 y 20.

el 45% eligió el régimen de separación de bienes y solo el 2% se acogió al régimen de participación en gananciales.<sup>19</sup>

En el segundo semestre de 2016, se celebraron 3.110 AUC. El 79,2% de los contrayentes correspondió a parejas de distinto sexo; el 10,5% a parejas de mujeres; y el 10,4% a parejas de hombres. En este mismo lapso de tiempo, el porcentaje de las parejas que decidieron optar por la comunidad de bienes (61,4%) presenta una mayor prevalencia respecto de aquellas que pactaron separación de bienes (38,4%).<sup>20</sup>

También durante el segundo semestre de 2016, se registró un total de 29.637 inscripciones de matrimonio, realizadas tanto en Chile como en el extranjero (consulados).<sup>21</sup>

Entre enero y abril de 2017, se celebraron 2.105 AUC. De estos, 43,8% correspondió a parejas de distinto sexo; 43,9% a parejas de hombres; y 12,3% a parejas de mujeres. En este mismo lapso se inscribieron 25.063 matrimonios.<sup>22</sup>

Según estas cifras, se desmienten ciertos argumentos utilizados por quienes se oponían a la aprobación del AUC. El primero de ellos es que la consagración de un estatuto de regulación convivencial debilitaría al matrimonio, pues las parejas percibirían menos incentivos para contraerlo; incluso llegó a plantearse que esta figura legal quedara reservada exclusivamente a parejas del mismo sexo.

De acuerdo a las cifras reportadas por el Servicio de Registro Civil e Identificación, desde 1997 se percibe un descenso considerable en el número de matrimonios que se celebran en el país. Si en 1990 se celebraban más de 100.000 casamientos al año, en 1997 esa cifra se redujo a 80.000. El 2004 –año en que se publicó la nueva Ley de Matrimonio Civil, que introdujo la figura del divorcio vincular– se celebraron menos de 60.000 casamientos. A partir de 2011 se estabilizó el número de matrimonios superando los 60.000, en promedio anual, en el último sexenio.<sup>23</sup> Durante el segundo semestre de 2015, período en que entró en vigencia la Ley 20.830, tampoco se produjo un descenso en la cantidad de matrimonios celebrados. La misma situación se mantuvo durante los siguientes períodos, conforme a las cifras reportadas más arriba. Así, aunque el lapso de tiempo en que matrimonio y AUC han coexistido ha sido breve, puede concluirse preliminarmente que la introducción

19 *Ibíd.*, pp. 12 y 18.

20 Servicio de Registro Civil e Identificación (2017), datos entregados por requerimiento de acceso a la información pública. Número AK002T0001088, del 27 de abril, respondidos el 11 de mayo del presente.

21 *Ibíd.*

22 *Ibíd.*

23 Servicio de Registro Civil e Identificación. Primer boletín de información semestral 2016, pp. 15, 18 y 20.

de un nuevo estatuto de *conyugalidad* no ha afectado la demanda de matrimonio.

Varios senadores de la Unión Demócrata Independiente (UDI) durante la tramitación del proyecto, propusieron que el entonces AVP quedara restringido exclusivamente a parejas del mismo sexo.<sup>24</sup> Esta idea se relaciona con el argumento refutado en el párrafo anterior (el debilitamiento del matrimonio al introducir otra regulación semejante). En este sentido, el senador Hernán Larraín manifestó: “Sentimos que se ve debilitado el matrimonio, porque se hace un AVP para personas de distinto sexo. Para qué casarse si tengo AVP. No tiene sentido tener dos instituciones y dos estados civiles diferentes”.<sup>25</sup> La evidencia que se ha citado con antelación demuestra que mayoritariamente han sido las parejas heterosexuales quienes han celebrado el AUC, hecho que, sin embargo, no ha implicado una disminución en el número de matrimonios que normalmente se han celebrado desde el 2011 en adelante. La mayor proporción de AUC celebrados por parejas de distinto sexo se explica porque la orientación heterosexual es hegemónica. No obstante, este dato demuestra que el AUC diversificó nuestro derecho familiar, introduciendo una nueva alternativa para aquellas parejas de distinto sexo que por diversas razones, incluso ideológicas, no querían contraer matrimonio, y permitiendo que aquellas del mismo sexo que no pueden contraerlo, en razón de que se define legalmente como un contrato solemne entre un hombre y una mujer, tengan una opción para regular los efectos de su vida en común.<sup>26</sup>

De haber prosperado la idea de que el AUC fuera exclusivamente para parejas del mismo sexo, se habría consagrado una institución de características segregadoras. En este caso hipotético, el derecho a la igualdad de trato ante la ley –consagrado en varios tratados de derechos humanos tanto del sistema universal como interamericano ratificados por Chile– se habría visto lesionado. Aun cuando el AUC no establece barreras para su contratación relacionadas con la orientación sexual de los contrayentes, de acuerdo a lo que ya se ha explicado con antelación, sí establece diferencias respecto al ejercicio de la paternidad o maternidad conjunta por parte de convivientes civiles del mismo sexo, situación que fue indicada en el Informe 2015:

Sin restar mérito al avance que significa la aprobación de la Ley que crea el AUC, existen aspectos inquietantes que no están

24 *La Tercera*: “Senado despacha AVP y rechaza acotarlo sólo a homosexuales”, 8 de octubre de 2014.

25 *Ibid.*

26 Pablo Cornejo, Acuerdo de Unión Civil: una nueva regulación familiar. Charla Colegio de Abogados de Chile, 21 de julio de 2015.

resueltos por la Ley. Una inquietud central es saber qué sucede respecto a los hijos que son criados por parejas homosexuales. Puesto que el estatuto de la filiación opera con independencia del matrimonio, los convivientes civiles de distinto sexo que deseen tener hijos podrán ejercer sin ningún obstáculo la maternidad y la paternidad. Pero, fuera de establecer una norma respecto a la presunción de paternidad y mencionar al conviviente civil del padre o la madre, según corresponda, como sujetos hábiles para ejercer el cuidado personal de los hijos, la Ley 20.830 no resuelve las problemáticas derivadas de la crianza efectuada por dos madres o dos padres ni tampoco hace alguna referencia a la posibilidad de que estas parejas puedan adoptar.<sup>27</sup>

El AUC aunque mantiene ciertos enclaves de trato diferenciado entre parejas de distinto y mismo sexo, particularmente en lo relativo a la filiación, al menos desde el punto de vista de su definición, acceso y características de los principales elementos que lo componen, se trata de una institución doblemente igualitaria, ya que no establece restricciones para su celebración en virtud de la orientación sexual de los contrayentes y tampoco dispone roles de género entre los mismos, como sí sucede con el matrimonio.<sup>28</sup>

## **2.2. Matrimonio igualitario**

Ya que hasta la fecha la histórica demanda por matrimonio igualitario no ha sido satisfecha, sigue siendo objeto de preocupación por parte de las organizaciones de la diversidad sexual los principales aspirantes a la presidencia de la república, parlamentarios y opinión pública en general.

Un hecho que merece ser analizado, en directa relación con esta materia, es el Acuerdo de Solución Amistosa (ASA) firmado entre el Estado de Chile y el Movimiento de Liberación e Integración Homosexual (MOVILH) en representación de varias parejas homosexuales que habían solicitado hora para contraer matrimonio, o bien habían requerido la inscripción de uniones contraídas en el extranjero y que el Servicio de Registro Civil e Identificación no accedió a efectuar.<sup>29</sup> Ante la negativa de este organismo público, los solicitantes iniciaron acciones legales por discriminación arbitraria, las que no fueron

27 *Informe 2015*, p. 373.

28 Cornejo, *op. cit.*, p. 36.

29 Más antecedentes de estos casos pueden encontrarse en Sebastián Del Pino y Tomás Vial, "El Tribunal Constitucional y la homosexualidad: análisis de las sentencias roles 2435 y 2681, a la luz de su jurisprudencia anterior sobre discriminación por orientación sexual", *Anuario de Derecho Público*, Universidad Diego Portales, 2015, pp. 261-292.

acogidas por los tribunales nacionales. Al no lograr una solución jurídica interna, el 12 de mayo de 2012 las parejas homosexuales discriminadas presentaron una denuncia en contra del Estado de Chile ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En el marco del análisis de admisibilidad de esta denuncia, las partes manifestaron ante la CIDH su interés de llegar a un Acuerdo de Solución Amistosa y así evitar años de litigio internacional. A partir del 25 de noviembre de 2014, en el contexto de la visita de la Relatora Especial para Chile y los pueblos indígenas de la CIDH, Rose Marie Antoine, se inició un proceso que culminó con la firma del Acuerdo de Solución Amistosa, el 11 de junio de 2016.

Este acuerdo contiene varios aspectos, pero solo dos guardan relación directa con la materia específica que fue objeto de la denuncia presentada ante la CIDH. El primero de ellos alude al inicio de un proceso de discusión pública en torno al matrimonio igualitario que involucre a la sociedad civil y a las dos ramas colegislativas. El otro aspecto –y el más relevante– es el compromiso de ingresar a tramitación, dentro del primer semestre de 2017, un proyecto de ley sobre matrimonio para parejas del mismo sexo.

El primer aspecto mencionado se verificó el 20 de enero de 2017, en un acto celebrado en el Palacio de La Moneda, encabezado por la presidenta Bachelet. En la oportunidad la mandataria manifestó:

[...] hoy día nos reunimos para dar cumplimiento al acuerdo de solución amistosa que suscribimos con el MOVILH y, al mismo tiempo, para dar inicio –tal como establecimos– al proceso de discusión pública sobre el matrimonio igualitario. Un proceso al que está llamado a sumarse la sociedad civil, así como todos los poderes del Estado.

Chile reconoce así, formalmente, la necesidad que tenemos como país de seguir perfeccionando las bases institucionales y nuestra normativa para evitar todo tipo de discriminación en contra de las personas lesbianas, gays, bisexuales, transexuales e intersexuales.

Y nos comprometemos, como Estado, a impulsar una discusión pública participativa y abierta, que permita al país generar un proyecto satisfactorio de Matrimonio Igualitario, reconociendo a todas las personas los mismos derechos.

En cuanto al segundo aspecto, en la última cuenta pública del pasado 1 de junio en el Congreso Nacional, la presidenta Bachelet afirmó que “[d]urante el segundo semestre ingresaremos a este honorable Congreso un proyecto de ley de matrimonio igualitario, porque no puede ser que los prejuicios añejos sean más fuertes que el amor”. Al cierre de esta

edición del *Informe* se anunciaba, finalmente, el envío del proyecto al Parlamento.<sup>30</sup>

### 3. FAMILIA HOMOPARENTAL

Como ya se ha abordado en distintos *Informes*, el reconocimiento de la diversidad sexual en nuestro país está marcado por la precariedad. Lo anterior es especialmente cierto en el caso de la homoparentalidad, donde no nos encontramos solo con una afectación al derecho a la igualdad y no discriminación de las personas LGBTI, sino también a la privacidad de un grupo familiar y, quizás, al tema más sensible e invisibilizado de todos: la homoparentalidad también es un tema de derechos de niños, niñas y adolescentes.

Como ejemplo de esto, el 22 de octubre de 2014 se publicó la primera edición de *Nicolás tiene dos papás*, libro que cuenta la historia de un niño que proviene de una familia homoparental. Las críticas de los sectores más conservadores del país no se hicieron esperar: desde 12 recursos de protección en contra del libro y su reproducción en los colegios del país,<sup>31</sup> hasta frases célebres como la de la actual senadora Jaqueline Van Rysselberghe, quien señaló que el libro era “un descriterio”<sup>32</sup> o la ex directora de la Junta Nacional de Jardines Infantiles (JUNJI), Ximena Ossandón, quien dijo que el libro y su publicación eran “una retroexcavadora que entra en lo profundo de los valores”.<sup>33</sup> Además del caso *Atala*, el libro fue quizás el primer acercamiento de la sociedad al tema de la homoparentalidad como una realidad indesmentible.

Lo que escapa a las frases de estos representantes de la derecha, es que aunque en Chile la homoparentalidad sea una realidad desregulada, las parejas homosexuales –ya sea por deseo mutuo o por relaciones heterosexuales anteriores– tienen hijos y deseos de formar una familia que sea reconocida plenamente.

Ante la negativa de legislar en materias relativas al reconocimiento de la filiación o la adopción homoparental, las parejas homosexuales que escogen formar una familia y los NNA con quienes las conforman,

30 El Mercurio: “Mandataria firma hoy proyecto de matrimonio igualitario y DC pide debatirlo ‘todo el tiempo necesario’”, C2, 28 de agosto 2017.

31 Según la información en Movilh.cl se presentaron 12 recursos contra *Nicolás tiene dos papás*. De ellos 5 fueron declarados inadmisibles y 7 se tramitaron. De estos últimos, 2 fueron rechazados en la Corte de Apelaciones de Valparaíso, otro en Punta Arenas y un cuarto en Temuco. Un quinto recurso fue rechazado en el Tribunal Constitucional y dos en la Corte Suprema, 20 de mayo de 2015.

32 Soy Chile.cl: “Van Rysselberghe por libro ‘Nicolás tiene dos papás’ en los jardines: ‘me parece un desatino’”, 23 de octubre de 2014.

33 CNN Chile: “Ximena Ossandón abordó la polémica por cuento sobre diversidad sexual”, 23 de octubre 2014.

se encuentran actualmente en un manto de desprotección. Esta desprotección ha sido subsanada de manera muy parcial por las cortes del país, las que, ante impugnaciones particulares, han dado algunas luces respecto a un tema frente al cual aún no tenemos una respuesta real institucionalizada. Quizás, el avance más prometedor en esta materia sea el ya mencionado Acuerdo de Solución Amistosa firmado con el MOVILH,<sup>34</sup> cuyo cumplimiento en materia de reformas legales se encuentra pendiente y que analizaremos a cabalidad más adelante.

Para analizar esta materia, primero, revisaremos los estándares de derechos humanos provenientes del derecho internacional; luego analizaremos los escasos avances legislativos y de políticas públicas dentro del contexto nacional, para dar paso a una tercera sección sobre opinión y debate público, especialmente relevante en años de elecciones.

### **3.1. Contexto internacional: Estándares de derechos humanos**

Como ya hemos abordado en otras ediciones de este *Informe*,<sup>35</sup> existe una serie de convenciones internacionales –que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico a través del artículo 5 inciso 2 de nuestra Constitución Política–<sup>36</sup> que consagran diversos derechos afectados por el no reconocimiento de la homoparentalidad.

El derecho a establecer una familia se encuentra contenido en la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como en la Convención Americana (artículo 17). La primera señala, en su artículo 16, que:

1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio;
2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrán contraerse el matrimonio;
3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

Por su parte, el Comité de Derechos del Niño, de la Convención sobre los Derechos del Niño, en su Observación General 7,<sup>37</sup> de 2006, en su párrafo 15, afirma: “El Comité reconoce que ‘familia’ aquí se refiere a una variedad de estructuras que pueden ocuparse de la atención, el cuidado y el desarrollo de los niños pequeños y que incluyen a la familia nuclear, la familia ampliada y otras modalidades tradicionales

34 Acuerdo de Solución Amistosa. Caso P-946-12.

35 En particular, ver el *Informe 2014*.

36 Artículo 5, inciso 2°. Constitución Política de la República de Chile. Constitución 1980, Santiago, Chile.

37 Comité de Derechos del Niño, Observación General N° 7, 2005, p. 8.

y modernas de base comunitaria, siempre que sean acordes con los derechos y el interés superior del niño”. Sostiene, asimismo, en su párrafo 19: “El Comité observa que en la práctica los modelos familiares son variables y cambiantes en muchas regiones, al igual que la disponibilidad de redes no estructuradas de apoyo a los padres, y existe una tendencia global hacia una mayor diversidad en el tamaño de la familia, las funciones parentales y las estructuras para la crianza de los niños”.

En la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos nos encontramos expresamente con el reconocimiento de una familia homoparental en el caso *Atala contra Chile*. En él la peticionaria señala en su testimonio: “Éramos una familia absolutamente normal. Un niño, tres niñas, un gato, un perro, una perra, una casa, teníamos proyecto como familia. Teníamos sueños como familia”.<sup>38</sup> Así lo refuerza la propia corte al señalar, acto seguido, en su sentencia: “Por tanto, es visible que se había constituido un núcleo familiar que, al serlo, estaba protegido por los artículos 1.1.2 y 17.1 de la Convención Americana, pues existía una convivencia, un contacto frecuente, y una cercanía personal y afectiva entre la señora Atala, su pareja, su hijo mayor y las tres niñas. Lo anterior, sin perjuicio de que las niñas compartían otro entorno familiar con su padre”.<sup>39</sup>

Resulta evidente que el derecho a una familia homoparental se encuentra reconocido expresamente en los artículos 1.1.2 y 17.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

### **3.2. Contexto nacional: Legislación, proyectos de ley, jurisprudencia y el ASA (Acuerdo de Solución Amistosa)**

Dentro de nuestro sistema normativo existen diversas leyes que conforman el sistema de regulación de las relaciones de familia. Entre ellas encontramos la Ley 20.830, de Acuerdo de Unión Civil, la Ley 19.947, de Matrimonio Civil y la Ley 19.620, de Adopción de Menores.

En materias más específicas, para quienes desean conformar una familia existen normas que regulan las terapias y los mecanismos de reproducción asistida. Al respecto, la resolución exenta 1072, del Ministerio de Salud, que regula las normas aplicables para la fertilización in vitro señala: “El padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas”. La frase está extraída del actual artículo 182 del Código Civil, desconociendo por completo a las parejas del mismo sexo que deseen someterse a terapias de reproducción asistida.

38 Corte IDH, caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, 24 de febrero 2012, párr. 176.

39 *Ibid.*, párr. 177.

Existen, además, diversos proyectos de ley en discusión, entre los que destacamos el boletín 9778-18<sup>40</sup> que modifica el Código Civil con el fin de posibilitar el matrimonio igualitario, iniciativa parlamentaria presentada en 2014 por diputados de diversos sectores políticos, pero que se encuentra detenida en la Comisión de Familia y Adulto Mayor desde su ingreso a la Cámara de Diputados. Destacamos también el proyecto boletín 11100-11,<sup>41</sup> presentado por la Diputada Marcela Hernando, que ingresó en enero de 2017 al Congreso, y que “Fija normas sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad, para incorporar en ella información sobre tratamientos de infertilidad y fertilización asistida”. El proyecto modifica la ley que contiene las normas de regulación a la fertilidad incluyendo los mecanismos de fertilización asistida, señalando que “toda persona o pareja tiene el derecho a acceder y elegir, sin coacción alguna, los tratamientos de fertilización asistida, ya sean de complejidad baja, media, o alta, que ayuden a propender el desarrollo de una familia.”. El proyecto permite el acceso a las terapias sin distinción ni exclusión alguna al utilizar la voz “toda persona”, no obstante, nos preocupa que no existan condiciones especiales de protección ante la discriminación que podría ocurrir en el acceso a las terapias, por motivos de edad, orientación sexual o identidad de género, por nombrar algunas.

#### a) Jurisprudencia de Corte

Existen dos casos destacables en los que la jurisprudencia se ha manifestado respecto de la tuición homoparental. En primer lugar, el denominado “Caso Claudias”<sup>42</sup> en donde se demanda el derecho a que una niña de 10 años pueda ser reconocida por ambas madres, quienes componen su grupo familiar. En este caso, los tribunales han negado constantemente su acceso a la justicia y se prevé llegar a tribunales internacionales. Por el contrario, en una causa<sup>43</sup> vista por el Primer Juzgado de Familia de San Miguel se ordenó que la menor implicada quedase temporalmente a cargo de la ex pareja mujer de la madre biológica, quien la había cuidado, aproximadamente, por 5 años, luego de que la mujer la abandonase dejándole al cuidado de la niña. El tribunal

40 Modifica el Código Civil y la Ley de Matrimonio Civil, con el propósito de posibilitar el matrimonio igualitario. Boletín 9778-18. Cámara de Diputados. 10 de diciembre de 2014.

41 Modifica la Ley 20.418, que fija normas sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad, para incorporar en ella información sobre tratamientos de infertilidad y fertilización asistida. Boletín 11100-11. Cámara de Diputados. 19 de enero de 2017.

42 [Publímetro.cl: “Mujeres acusan a Tribunales de Familia: ‘No nos dejan ser madres’](#)”, 28 de mayo de 2015.

43 [La Tercera.cl: “Fallo de juzgado de familia abre el debate sobre la tuición homoparental”](#), 1 de marzo de 2016.

manifestó, que el hogar de la madre biológica era un peligro para la niña dada la “inestabilidad emocional y la conducta negligente de ésta”.

b) ASA (Acuerdo de Solución Amistosa)

Como se indicó antes, el Acuerdo de Solución Amistosa, firmado entre el Estado de Chile, los demandantes y el MOVILH, de junio del 2016, contiene 8 acuerdos claves<sup>44</sup> para arribar a la igualdad y otorgarles derechos plenos a las personas LGBTI. Entre esos acuerdos está el de reformar la legislación en materia de matrimonio, promover políticas de salud sexual y reproductiva enfocadas en las mujeres LBT, promover planes de estudios y programas educativos que incluyan a las personas LGBTI, incorporar a las parejas LGBTI y a las familias homoparentales en los estudios y estadísticas oficiales, entre otros. Respecto al reconocimiento del derecho de las personas LGTBI a formar familia el acuerdo expresamente señala que se establezca una mesa de trabajo entre la sociedad civil y el gobierno a fin de estudiar y promover cambios a la Ley 19.620, ley de adopciones con el propósito de permitir que parejas que hayan acordado el AUC puedan acceder a la adopción. El reciente envío del proyecto de matrimonio igualitario, que como se ha informado incluiría materias de filiación, adopción y fertilización asistida,<sup>45</sup> constituye un paso de gran importancia en el sentido de cumplir dicho acuerdo y de ir posibilitando un real reconocimiento de los derechos a la homoparentalidad en forma integral.

Por último, es también loable señalar que se encuentra en discusión, actualmente en el Congreso, un proyecto de ley, ingresado en abril de 2016, que “Regula el derecho de filiación de los hijos e hijas de parejas del mismo sexo.”<sup>46</sup> Dicho proyecto se encuentra en primer trámite constitucional, siendo discutido en la Comisión Especial encargada de tramitar los proyectos de ley relativos a niños, niñas y adolescentes.

### 3.3. Opinión y debate público

La homoparentalidad se ha tomado la palestra pública. Este fenómeno responde, principalmente, a los casos mediáticos como el caso Karen Atala, a las distintas solicitudes de reconocimiento de las propias organizaciones de la sociedad civil y al contexto social: en Chile cada vez es más relevante la concepción moral de cada candidato para otorgarle un voto. En un año de elecciones lo anterior es especialmente cierto y, por

44 Movilh.cl: “Histórico: Desde medidas en educación parvularia hasta adopción homoparental compromete el Estado chileno”, 8 de julio de 2016.

45 La Tercera: “Matrimonio igualitario definirá a padres como progenitores”, 6 de septiembre 2017.

46 Boletín N° 10625-07.

lo mismo, los diversos candidatos presidenciales se han pronunciado sobre la adopción homoparental.

Al respecto, la candidata del Frente Amplio, Beatriz Sánchez – así como quien fuera su contendor en la primaria del movimiento, Alberto Mayol–, se mostró partidaria de la adopción homoparental.<sup>47</sup> En relación al candidato de Chile Vamos, Sebastián Piñera, se ha generado una serie de inquietudes decantadas de los dichos contradictorios que ha manifestado el ex presidente. En un inicio, consideró que los tribunales tendrían la misión de determinar la mejor opción para los menores, sin marginar a las parejas homosexuales, asegurando que no se discriminaría por orientación sexual. Posteriormente, modificó sus dichos al aseverar que “lo que un niño necesita es una relación estable en la que existe un padre y una madre”.<sup>48</sup> A este respecto, el candidato Alejandro Guillier respondió argumentando que la familia chilena cambió y que hará todo lo posible para que ningún chileno se sienta discriminado.<sup>49</sup> Manuel José Ossandón, precandidato en las primarias de Chile Vamos, se ha mantenido en contra de la adopción homoparental, aludiendo al derecho de los niños “de tener un papá y una mamá”.<sup>50</sup> Por su parte, Carolina Goic, candidata presidencial de la DC, no ha mostrado una postura clara frente al tema, pero sí ha argumentado que el foco debe estar puesto en los niños y no en la situación de los padres.<sup>51</sup> El candidato de Evópoli, Felipe Kast, se ha mostrado a favor de la adopción homoparental, apelando a una maximización del bienestar del niño.<sup>52</sup> Por el contrario, José Antonio Kast, otro candidato de la derecha, se muestra reticente en esta esfera, propugnando el modelo de familia constituida por un hombre y una mujer.<sup>53</sup> Marco Enríquez-Ominami, candidato del PRO, ha mantenido su línea de apoyo a las personas homosexuales, sosteniendo tanto el matrimonio como la adopción entre parejas del mismo sexo.<sup>54</sup> Línea similar sigue la candidata Carola Canelo, mostrándose a favor de ambas iniciativas.<sup>55</sup> Por su parte, Tomás Jocelyn-Holt, el eventual candidato, no ha hecho mención a este tema recientemente sin embargo, en su candidatura pasada proponía la adopción para parejas del mismo

47 24 Horas.cl: “Debate del Frente Amplio. Mayol y Sánchez plantearon ejes programáticos en tibio enfrentamiento”. *El Informante*, 24 de mayo de 2017.

48 Tele13 Radio: Sebastián Piñera Echenique, 2 de mayo de 2017.

49 *La Tercera*: “Las posturas de los candidatos presidenciales sobre la adopción homoparental”, 25 de mayo de 2017.

50 *Ibíd.*

51 *Ibíd.*

52 *Ibíd.*

53 *Ibíd.*

54 *Ibíd.*

55 Carola Canelo. 12 de enero de 2017. Recuperado de su Facebook.

sexo. En lo que respecta a Franco Parisi, en su nueva campaña se ha mostrado contrario a las disposiciones de matrimonio igualitario, sin dar una opinión específica sobre homoparentalidad.<sup>56</sup>

En materia de encuestas y opinión pública, los resultados son alentadores respecto a la aceptación de los chilenos y chilenas sobre la adopción homoparental. Así lo demuestra el estudio número 107 CADEM,<sup>57</sup> en el cual, durante enero del 2016, el 41% de los y las encuestadas manifestaron estar de acuerdo con el derecho de las parejas homosexuales de adoptar un hijo o hija, llegando a un nivel muy similar a fines del 2014 y 2015, al alcanzar esa opción los 44 puntos porcentuales. Estos resultados se encuentran al alza respecto a lo arrojado a inicios del año 2014, cuando se llegó solo al 37%. Sin embargo, frente a la pregunta de si una pareja del mismo sexo puede cuidar a un niño tan bien como una pareja heterosexual, la encuesta CEP de abril-mayo de este año<sup>58</sup> evidenció una tendencia a poner en duda la capacidad de crianza de una pareja homosexual respecto a una pareja heterosexual. Así, a pesar del nivel de aprobación en materia de adopción, los prejuicios siguen estando presentes en la población.

A pesar de lo anterior, el mismo instrumento del CEP indica que un 38% estaría de acuerdo en que una pareja de mujeres homosexuales debe tener el mismo derecho a adoptar niños que una pareja heterosexual. A primera vista, es posible afirmar que existe un nivel no despreciable de apoyo respecto a sostener tanto la titularidad como el trato igualitario frente a parejas heterosexuales en un proceso de adopción. Una curiosidad de la encuesta es que la misma pregunta sobre una pareja de hombres homosexuales hace bajar el nivel de acuerdo en 4 puntos porcentuales, lo que nos lleva a develar una tendencia a reproducir la indisoluble asociación de roles de género –tanto a hombres como mujeres– de manera indisoluble a su orientación sexual, en virtud de la propensión natural de una mujer a mantenerse en el ámbito privado y a cargo de la crianza de los hijos.

Sin perjuicio de lo anterior, en relación a las preguntas como “¿Una pareja de hombres homosexuales debe tener el mismo derecho a adoptar niños que una pareja de heterosexuales?” y “¿Una pareja de mujeres homosexuales debe tener el mismo derecho a adoptar niños que una pareja heterosexual?”, la encuesta del CEP estableció un alza del 14% para quienes estaban de acuerdo, entre 2011 y 2017, mientras que respecto a la interrogante “¿Una pareja del mismo sexo puede criar a un

56 Los candidatos Eduardo Artés, Alejandro Navarro, Nicolás Shea, Marcel Claude y Roxana Miranda, no han mostrado una postura definida sobre el tema analizado.

57 Estudio Plaza Pública Cadem N°107. pp. 22-23. 1 de febrero de 2016.

58 Estudio Nacional de Opinión Pública abril-mayo 2017, N° 79, Centro de Estudios Públicos, pp. 30-31.

niño/a tan bien como una pareja heterosexual?” se dio un incremento del 11% para la respuesta afirmativa.

#### 4. LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS TRANS

##### 4.1. Desarrollos legislativos

###### 4.1.1. Proyecto de ley sobre identidad de género

Exceptuando el hito normativo que constituyó el 2012 la promulgación de la Ley 20.609, que establece medidas contra la discriminación –incorporando la noción de “orientación sexual” e “identidad de género” como categorías sospechosas en la definición del artículo 2–, hasta la fecha el proyecto de ley que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género (boletín N° 8924-07) es, probablemente, el impulso legislativo más significativo en materia de no discriminación por identidad de género y de reconocimiento estatal de los derechos de las personas trans e intersex.

Como se sabe, en mayo de 2013, el proyecto ingresó a primer trámite constitucional<sup>59</sup> en el Senado a partir de una moción parlamentaria, entonces patrocinada por las senadoras Lily Pérez y Ximena Rincón y los senadores Camilo Escalona, Ricardo Lagos W. y Juan Pablo Letelier. Esta iniciativa, redactada originalmente por la Organización de Transexuales por la Dignidad de la Diversidad (OTD) con el apoyo de la Fundación Iguales, se propuso establecer una acción específica para hacer efectivo el reconocimiento del derecho a la identidad de género de personas trans e intersex por medio del cambio de sexo, nombre e imagen registral en atención a la identidad de género autopercebida.

Luego de la aprobación de la idea de legislar en marzo de 2014 –y tras 14 períodos de indicaciones en la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía–, en junio de 2017 (fecha de cierre de este *Informe*) el Senado despachó el proyecto al segundo trámite constitucional en la Cámara de Diputados.

El texto aprobado por el Senado consta de cinco capítulos que dicen relación con la definición de identidad de género, los derechos que reconoce la ley y legitimación activa (artículos 1 a 4); el procedimiento general de cambio del sexo y nombre solicitado por una persona mayor de edad sin vínculo matrimonial (artículo 5); el procedimiento excepcional de cambio del sexo y nombre requerido por una persona mayor de edad con vínculo matrimonial (artículos 6 y 7); el procedimiento de modificación de los documentos de identificación en razón de la rectificación registral (artículos 8 a

59 Al respecto, ver *Informe 2013*.

11), y normas de adecuación de diversos cuerpos legales (artículos 12 y 14).

Uno de los aspectos más controvertidos durante la discusión legislativa del proyecto fue la eliminación, en la votación en la sala del Senado, de la posibilidad de que niños, niñas y adolescentes (NNA) trans e intersex accedan a la rectificación registral. Hasta antes de la votación en el Senado, el proyecto establecía la posibilidad de obtener el cambio de sexo, nombre e imagen registral a los niños y niñas que no hubieren cumplido los 14 años de edad. La solicitud de rectificación debía ser incoada ante un tribunal de familia por el padre, la madre, el representante legal o quien lo/a tenga legalmente bajo su cuidado personal, acompañando oportunamente los informes psicológicos, psiquiátricos y psicosociales correspondientes para tales efectos. Recibida la solicitud, el juez debía citar al niño o niña a una audiencia. Luego de oír al NNA, el juez debía pronunciarse sobre la admisibilidad de la solicitud, pudiendo siempre ordenar la realización de informes que no se hubieren acompañado para formar su convicción. Enseguida, debía ordenar la comparecencia del solicitante y el padre, madre, representante legal, o quien lo tenga legalmente a su cuidado, a una audiencia, dentro de la cual podían deducir oposición.

Tratándose de adolescentes, el proyecto consagraba este derecho a personas entre 14 y 18 años, para lo cual debían realizar una presentación personal ante el tribunal de familia respectivo, acompañando los antecedentes considerados pertinentes para fundar dicha solicitud. En caso de contar con el consentimiento de ambos padres, o en su defecto, del representante o quien lo tenga legalmente a su cuidado, la solicitud debía tramitarse ante el Registro Civil de acuerdo al régimen general propuesto por el proyecto de ley. En caso de no contar con el consentimiento de los padres, o bien del representante legal o quien lo tenga legalmente a su cuidado, la solicitud debía tramitarse conforme a un procedimiento especial ante el tribunal de familia respectivo.

Sin embargo, estas disposiciones fueron objeto de un conjunto de indicaciones ante la Comisión de Derechos Humanos, Ciudadanía y Nacionalidad del Senado por parte de la senadora Jacqueline Van Rysselberghe (UDI) y los senadores Andrés Allamand (RN) y Manuel José Ossandón (IND), con el fin de restringir el cambio de sexo y normas a personas que hayan alcanzado la mayoría de edad.

La senadora Van Rysselberghe sostuvo que “en la mayor parte de la legislación internacional, salvo Argentina, los menores de edad quedan excluidos de este tipo de leyes, porque está comprobado médicamente que más de un 85% de los casos de disforia de género se resuelven

espontáneamente cuando cumplen los dieciocho años de edad”.<sup>60</sup> En este sentido, agregó, además, que “la mayoría de las disforias de género se refieren después de la adolescencia, de manera que no resulta razonable que un joven de 14 o 15 años que está viviendo una situación de esta naturaleza pueda acceder al cambio de sexo sin asesoría de especialistas, porque claramente los papás van a querer que sea feliz, pero claramente el cambio de sexo no es la mejor solución”.

Por su parte, el senador Ossandón manifestó que “la mayoría de los especialistas médicos que asistieron a esta Comisión señalaron que existe un proceso de maduración y de cambios hormonales que dura hasta la mayoría de edad, por lo que el asunto no se traduce en una discusión en tener o no un derecho, puesto que se trata de un aspecto que científicamente está demostrado, que establece que la disforia de género se certifica después de los dieciocho años”.<sup>61</sup> En otro momento de su intervención sostuvo que “esto parte de la base que cada uno es lo que uno quiere ser y no lo que es. Yo creo que uno es lo que es no más. Otra cosa es que reconozcamos este problema y que hay personas que se sienten mujer, pero su sexo registral es distinto, y nadie les da trabajo y terminan en la prostitución, pero creo que en el caso de los niños se pueden cometer errores irreparables”.<sup>62</sup>

De esta manera, la discusión legislativa en torno a la rectificación registral de menores de edad muestra claramente la compleja realidad de las personas trans e intersex y nos permite comprender por qué los grupos activistas LGTBI y de derechos humanos insisten en la necesidad de establecer normas de reconocimiento que sostengan el derecho a la identidad de género. Actualmente los NNA trans e intersex están absolutamente desprovistos de un marco jurídico que los proteja de la situación de discriminación y violencia en la vida cotidiana. Pensemos, por ejemplo, en el estigma social por parte de compañeros y compañeras en la escuela, en la casa o en la comunidad; la marginalización y la exclusión en establecimientos educacionales y de salud; el abandono por parte de la familia y la comunidad; el *bullying* escolar y, la violencia física y sexual, incluyendo violaciones sexuales “correctivas”, todo lo cual afecta seriamente tanto la integridad y dignidad personal del NNA, como el pleno desarrollo de su personalidad desde la infancia.

Sobre el proyecto de ley, el ASA entre el Estado de Chile y el MOVILH, antes mencionado, incluye el compromiso de darle seguimiento

60 Senado. Nuevo segundo informe complementario del segundo informe de la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía, recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género, boletín N° 8.924-7, p. 8.

61 *Ibíd.*, p. 27.

62 T13.cl: “Ley de identidad de género: oposición lanza nueva ofensiva para impedir cambios de sexo en menores”, 24 de noviembre de 2016.

y de apoyar aquellas indicaciones que faciliten el procedimiento de cambio de sexo y de nombre registral.

En sintonía con el derecho internacional de los derechos humanos, el Estado chileno está obligado a promover, respetar y garantizar la identidad de género, orientación sexual y diversidad corporal de NNA gays, lesbianas, bisexuales, transgénero, transexuales e intersexuales, así como prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones de acuerdo con lo que establezca la ley. Al respecto, el Comité de los Derechos del Niño, en sus observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto a Chile –de 2015– expresó su preocupación por las limitaciones del derecho a la identidad de los NNA, trans e intersex, instando al Estado chileno a adoptar medidas legislativas, normativas y administrativas para que se reconozca el derecho a la identidad de estos grupos de personas. Asimismo, en su Observación general sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial<sup>63</sup> –de 2013–, el Comité interpretó el párrafo 1 del artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño en el sentido de que todo niño o niña tiene derecho a que se considere y se tenga en cuenta de manera primordial su interés superior en todas las medidas o decisiones que le afectan, incluyendo la identidad en lo referente al sexo, género y orientación sexual, conforme a lo establecido en el artículo 8 de la convención.

De igual modo, en su observación general sobre la efectividad de los derechos del niño durante de la adolescencia, de 2016,<sup>64</sup> el comité manifestó que los adolescentes tienen derecho a la libertad de opinión y a que se respete su integridad física y psicológica, su identidad de género, su autonomía progresiva a medida que avanza su edad y su capacidad de relacionarse con el mundo circundante. Le recomendó a los Estados miembros promulgar medidas legislativas que afirmen “el derecho del adolescente a asumir responsabilidades cada vez mayores en relación a las decisiones que afecten su vida”, estableciendo, consecuentemente, “límites mínimos de edad legal, compatibles con el derecho a la protección, el principio de interés superior y el respeto del desarrollo evolutivo del adolescente.”<sup>65</sup>

A este marco internacional se suma el proyecto de ley que establece un sistema de garantías de los derechos de la niñez (boletín N° 10315-8), actualmente en tramitación, que busca crear un sistema coordinado de dispositivos legales, institucionales, políticos y sociales orientados a garantizar la protección de los derechos de la niñez. En este sentido,

63 Comité de Derechos del Niño, Observación General N° 13, del 29 de mayo del 2013.

64 Comité de Derechos del Niño, Observación General N° 20, del 6 de diciembre del 2016.

65 *Ibid.*, párr. 39, p. 12.

el proyecto se propone establecer un marco legal que reconozca a los niños y niñas como sujetos de derecho, lo que implica “el derecho a que sus opiniones sean oídas y debidamente consideradas, de acuerdo con el desarrollo de sus facultades, en los procedimientos o actuaciones en que se decida sobre alguna cuestión particular cuya determinación pudiere afectar sus derechos o intereses, especialmente en el ámbito familiar, escolar, sanitario, comunitario, administrativo y judicial” (artículo 19).

Por otro lado, una rápida revisión del contexto latinoamericano nos permite advertir que varios países que han promulgado leyes que consagran el derecho a la identidad de género y el cambio de sexo, nombre e imagen registral, no establecen una inhabilidad legal respecto a los menores de edad. Así, por ejemplo, la Ley 26.743 de Argentina, de 2012, establece el derecho de toda persona a solicitar la rectificación registral del sexo y el cambio de nombre de pila e imagen cuando no coincidan con su identidad de género autopercebida (artículo 3), y tratándose de menores de edad la solicitud deberá ser incoada a través de sus representantes legales y con expresa conformidad del menor, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño o la niña (artículo 5). En sentido similar, la Ley 18.620 de Uruguay, de 2009, atribuye el derecho de toda persona a adecuar la mención registral de su nombre y sexo, sin establecer la mayoría de edad como requisito para acceder a este procedimiento ni el consentimiento de los padres o representantes legales del niño (artículo 2).

Lo que parece predominar, en Chile, en la discusión del proyecto de ley sobre identidad de género no es la opinión pública, sino la perspectiva de quienes confunden, por ignorancia o simple torpeza, la denominada “ideología de género” que sería contraria a ciertas “leyes de la naturaleza” —como señaló la senadora Van Rysselberghe en su primer discurso como presidenta de la UDI— con el carácter socialmente asignado, construido y variable del género.<sup>66</sup> Sin embargo, cabe señalar que este discurso no parece ser tributario de la senadora Van Rysselberghe, sino de la Fundación Jaime Guzmán ya que, en una monografía publicada en 2014 con el título *Ideología de género: ¿amenaza real al matrimonio y la familia?*, utiliza la expresión “ideología de género” para designar a aquellos estudios de género que conciben el sexo biológico como algo absolutamente independiente del género.<sup>67</sup> En este mismo sentido se han pronunciado los profesores Hernán Corral y Tomás Henríquez, quienes en un ensayo publicado en la Revista *Humanitas*

66 Cooperativa.cl: “Jacqueline Van Rysselberghe: ‘La ideología de género es contraria a la naturaleza humana’”, 7 de enero de 2017.

67 Fundación Jaime Guzmán, “Ideología de género. ¿Amenaza real al matrimonio y la familia?”, *Ideas & propuestas*, N° 149, 14 de mayo de 2014.

de la Universidad Católica de Chile, sostuvieron que la “ideología de género” comprende a todas aquellas teorías que van más allá de la diferenciación jurídica y social arbitraria entre los dos sexos y plantean que el género debe sustituir al sexo como elemento de identidad de las personas.<sup>68</sup>

Estas posturas rechazan la concepción de género como medio discursivo y cultural mediante el cual el sexo se estabiliza de manera pre-discursiva, anterior a la cultura. En efecto, niegan que el género sea contingente, variable y prescindible, de manera tal que la pareja categorial hombre/masculino pueda significar tanto un cuerpo de mujer como uno de hombre, y mujer/femenino, tanto uno de hombre como uno de mujer. La senadora Van Rysselberghe y el profesor Corral señalan que las identidades de género y sexuales responden únicamente a criterios estéticos susceptibles de ser verificados mediante un simple examen visual de los genitales al momento de nacer. Sin embargo, contrariamente a esta opinión, la realidad nos muestra un fenómeno absolutamente diferente, pues existen numerosas personas trans e intersex cuyas identidades son mucho más complejas que un simple análisis cromosómico y visual del cuerpo, y que son discriminados y socialmente excluidos por la imposibilidad de poder manifestar su identidad de género, expresión de género y/o diversidad corporal en las partidas de nacimiento. La negativa a ese reconocimiento constituye claramente una violación al derecho a la identidad y al derecho a no ser discriminado por esa identidad, tal como lo ha establecido la Corte IDH en *Karen Atala vs. Chile*.

Dicho sea de paso, los Principios de Yogyakarta consignan el respeto a la identidad de género, orientación sexual y características sexuales como aspectos fundamentales para la autodeterminación, dignidad y libertad de las personas, siendo un deber de los Estados adoptar las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole que garanticen las condiciones sociales y políticas para que el individuo pueda vivir y prosperar en atención a la identidad autopercibida (artículo 3).

## 4.2. ACTUACIONES DE TRIBUNALES

### 4.2.1. Evolución jurisprudencial en causas sobre cambio de nombre y sexo registral

Como fue planteado en el *Informe 2015*, el hecho de que hasta la fecha no podamos contar con una ley de identidad de género que reconozca los derechos a la identidad y personalidad jurídica de las personas trans e intersex, especialmente respecto de menores de edad, se traduce en

68 Hernán Corral y Tomás Henríquez, “Chile y la ‘ideología de género’: ¿enemigo imaginario y lejano?”, *Revista Humanitas*, N° 35, abril de 2017.

que muchas veces los jueces de primera instancia manifiestan sus imperativos morales y convicciones culturales en nombre de la ley, prescindiendo de las transformaciones sociales del significado mismo de persona según los estándares del derecho internacional de los derechos humanos. Pero, afortunadamente, en el último tiempo, hemos comenzado a asistir a los primeros indicios de una significativa inflexión jurisprudencial en lo relativo al reconocimiento legal de la identidad de género y autodeterminación sexual.

Los fallos de las cortes de apelaciones en que se revoca la decisión del tribunal de instancia, que denegaba la petición, para acoger la solicitud de rectificación de la inscripción registral en las partidas de nacimiento del Registro Civil, son abundantes. Por ejemplo, los roles 2541-2009, 3322-2012, 597-2013, 629-2013, 2848-2014, 4454-2015, 13001-2015, 181-2016, 189-2016 y 12104-2016 de la Corte de Apelaciones de Santiago; y los roles 949-2013 y 6809-2014, de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, etc. En un fallo relativamente reciente, la Corte de Santiago acogió un recurso de protección en que se solicitó el cambio de nombre y sexo registral de hombre a mujer por cuanto “el sexo masculino, sexo que si bien corresponde al biológico, no guarda coherencia con su identidad psicológica femenina que según los especialistas médicos exhibe, tratándose de una persona transexual con identidad femenina, heterosexual, en tratamiento de hormonoterapia, correspondiendo su aspecto físico, tono de voz, ademanes, y cabello a unos de tipo femenino”.<sup>69</sup>

En otro fallo relevante, la Corte de Santiago acogió un recurso de protección presentado por un individuo transgénero que solicitó el cambio de nombre y sexo registral, con la particularidad de que no había sido intervenido quirúrgicamente para readecuar corporalmente su identidad de mujer a hombre, a pesar de que había efectuado un tratamiento hormonal, mastectomía y otros procedimientos destinados a reforzar su inclusión social.<sup>70</sup> El tribunal de primera instancia había rechazado la solicitud por estimar que los documentos acompañados en el proceso (informes psiquiátricos y psicológicos, información sumaria de testigos, etc.) eran insuficientes para acreditar su nueva identidad masculina. Así, haciendo eco del razonamiento aducido por la Corte de Apelaciones de Iquique en la causa rol 496-2014, la corte decidió interpretar la Ley 4.808 sobre Registro Civil en el sentido de que aquella “impide la imposición de un nombre equívoco respecto del sexo, el que no puede limitarse a la simple observación genotípica, sino que debe corresponder a la

69 Corte de Apelaciones de Santiago, rol 3482-2016, 7 de noviembre de 2016, considerando 4°.

70 Corte de Apelaciones de Santiago, rol 12571-2015, 27 de enero de 2016.

identidad sexual del solicitante”.<sup>71</sup> Y consecuentemente con ello, estimó que “la solicitud que se ha planteado al tribunal aparece ajustada a las dos causales legales citadas respecto de la Ley 17.344, pues la persona que la formula no sólo ha sido conocida desde su adolescencia como hombre, sino que el hecho de ser reconocido como tal, con la contradicción evidente de su individualización oficial en la que figura como mujer, le provoca el consiguiente menoscabo moral y material, impide su realización personal, el libre desarrollo de su personalidad y lo afecta gravemente en su dignidad como ser humano.”<sup>72</sup>

En lo que se refiere a menores de edad, cabe mencionar la sentencia pronunciada por el Séptimo Juzgado Civil de Santiago que autorizó modificar el nombre y sexo de hombre a mujer de un niño de 5 años de edad, interpretando el artículo 31 de la Ley 4.808 de tal modo que, pese a que la norma establece que el nombre debe guardar una coherencia con el sexo, “no puede reducirse al examen visual de los genitales al momento de nacer pues, evidentemente, la sexualidad humana es mucho más compleja y requiere contemplar otro tipo de antecedentes que conforman la identidad del individuo, no debiendo ser determinante examen reducido a la genitalidad”. Cabría señalar que al cierre de este *Informe*, el director ejecutivo de la organización Comunidad y Justicia, el abogado Tomás Henríquez, dedujo una querrela criminal por el delito de prevaricación judicial en contra del secretario –en aquel entonces, juez suplente al momento de dictar la sentencia– del Séptimo Juzgado Civil de Santiago, por cuanto habría asumido sin mayor fundamento que la condición de transgénero de la niña es certera y permanente.<sup>73</sup>

Asimismo, en otro fallo reciente, la Tercera Sala de la Corte Suprema confirmó la sentencia de la Corte de Santiago que acogió un recurso de protección entablado por los padres de una niña transgénero de 5 años de edad en contra de la Clínica Alemana por haber rechazado arbitrariamente la modificación de su identidad en la ficha clínica.<sup>74</sup> En dicha oportunidad, el tribunal de alzada ordenó rectificar la identificación, en tanto que la decisión de la clínica de negarse a incorporar la nueva identidad fue “caprichosa” y “antojadiza”, ya que “el derecho al completo y total desarrollo de la personalidad va de la mano con un concepto

71 Corte de Apelaciones de Santiago, rol 12571-2015, 27 de enero de 2016, considerando 10°.

72 Corte de Apelaciones de Santiago, rol C-82-2015, 27 de enero de 2016, considerando 12°.

73 Séptimo Juzgado Civil de Santiago, rol V-53-2016, 22 de agosto de 2016.

74 Emol.cl: “El caso que enfrenta a un juez y una ONG por permitir el cambio de nombre y sexo de menor de 5 años”, 14 de mayo de 2015.

primordial que constituye la base de todos los principios y derechos que la Carta Fundamental y los tratados internacionales ratificados por nuestro país sobre la materia consagran, cual es el de la dignidad de la persona”.<sup>75</sup>

#### **4.3. Acceso a la salud**

El derecho a la salud es un derecho humano que se encuentra reconocido y garantizado en diversos instrumentos internacionales ratificados por Chile. Entre ellos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) reconoce el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, siendo obligación del Estado asegurar la plena efectividad de este derecho mediante la adopción de todas las medidas que permitan alcanzar este objetivo (artículo 12). Sin embargo, la ausencia de una asistencia sanitaria especializada es uno de los problemas más críticos que transgreden el derecho a la salud de las personas trans e intersex. A pesar de que el proyecto de ley sobre identidad de género aprobado por el Senado consagra la posibilidad de acceder a intervenciones de reasignación de género para modificar la apariencia o funciones corporales de aquellas personas que así lo definan (artículo 3), la mayoría no cuenta con la cobertura sanitaria ni los estándares de atención necesarios para satisfacer sus necesidades específicas de salud, o evita concurrir al sistema de salud para no experimentar exclusión, discriminación y violencia basadas en su identidad y/o expresión de género.

Desde que activistas y organizaciones trans lograron eliminar la transexualidad del Manual Diagnóstico y Estadístico de Enfermedades Mentales (DSM-5) elaborado por la Sociedad Americana de Psiquiatría (APA) en 2013 y, más recientemente, de la Clasificación Internacional de Enfermedades 11 (CIE-11) de la Organización Mundial de la Salud (OMS) –cuya publicación está programada para 2018–, el Ministerio de Salud ha comenzado lentamente a implementar guías clínicas y protocolos de actuación no-patologizantes de atención sanitaria respecto a personas trans e intersex.<sup>76</sup> En Chile, las recomendaciones sanitarias se iniciaron en septiembre de 2011, con la publicación de la denominada “Vía Clínica Trans” para la adecuación corporal en personas con incongruencia entre sexo físico e identidad de género y la Circular N° 34 que instruye la atención de personas

75 Corte de Apelaciones de Santiago, rol 35.539-2016, 6 de octubre de 2016, considerando 10°.

76 American Psychiatric Association (APA). *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (DSM-5)*, 2013, pp. 452-459; Organización Mundial de la Salud (OMS). *Boletín de la Organización Mundial de la Salud*, vol. 92, No. 9, septiembre de 2014, pp. 621-696.

trans y el fortalecimiento de la estrategia del Hospital Amigo a personas de la diversidad sexual en establecimientos de la red asistencial.<sup>77</sup>

La primera publicación tiene el propósito de identificar y adaptar estándares clínicos elaborados por la WPATH (en español, la Asociación Mundial Profesional para la Salud Transgénero) como referentes para la estructuración de las prestaciones asistenciales que reciben las personas trans y así poder proporcionar un sentimiento de comodidad con la identidad autopercibida, a través de tratamientos de salud mental y procedimientos hormonales y quirúrgicos. El segundo documento recomienda que todos los registros de la atención en salud deben contemplar el nombre legal de la persona y, adicionalmente, el nombre social con el cual dicha persona se identifica, tanto para la ficha clínica como para la solicitud de exámenes. Asimismo, recomienda que las hospitalizaciones se lleven a cabo en sectores de hombres, mujeres o camas de aislamiento de acuerdo con el aspecto externo de la persona sujeta a ser hospitalizada y la disponibilidad del establecimiento. Posteriormente, en junio de 2012, la Circular N° 21 reitera la instrucción sobre la atención de personas trans en la red asistencial, con el objeto de profundizar la atención primaria y de especialidades, para homogenizar la comunicación y el trato a las personas trans y de la diversidad sexual en los establecimientos de salud.<sup>78</sup>

Se suma a lo anterior, en noviembre de 2012, la Circular N° 1297 que instruye el cumplimiento de la Guía Técnica Pericial de Sexología Forense para casos de personas trans e intersex, que recomienda a todos los peritos, profesionales, técnicos y administrativos que ejecuten y/o colaboren en el peritaje en el Servicio Médico Legal, desarrollar sus actuaciones médicas respetando la dignidad de la persona periciada. En efecto, el instructivo dispone una serie de recomendaciones que deberán ser aplicadas en los exámenes físicos y psicológicos que se realicen; por ejemplo, tratar con el nombre social o nombre que la persona prefiera; explicar en qué consiste el reconocimiento y el examen físico, así como la documentación de imágenes fotográficas y/o videos, las consideraciones de la anamnesis realizada por el médico perito para reconocer el género con que se identifica la persona y una evaluación de sus antecedentes médicos, con especial referencia a posibles operaciones de readecuación corporal y tratamientos hormonales, entre otros aspectos.<sup>79</sup>

77 Ministerio de Salud. *Vía Clínica para la adecuación corporal en personas con incongruencia entre sexo físico e identidad de género*, Santiago, septiembre de 2011; Ministerio de Salud. *Circular N° 34 que instruye sobre la atención de personas trans y fortalecimiento de la estrategia de Hospital Amigo a personas de la diversidad sexual en establecimientos de la red asistencial*, Santiago, septiembre de 2011.

78 Ministerio de Salud. *Circular N° 21 que reitera instrucción sobre atención de personas trans en la red asistencial*, Santiago, junio de 2012.

79 Ministerio de Justicia. *Circular N° 1297 que instruye el cumplimiento de la Guía Técnica Pericial de Sexología Forense para casos de personas trans e intersex*, Santiago, noviembre de 2012.

Sin embargo, hasta la fecha estos documentos están todavía lejos de cumplir su cometido, primeramente por la falta de recursos disponibles para proporcionar intervenciones psicológicas, hormonales y/o quirúrgicas, capacitaciones en sensibilización para los proveedores de salud, así como el desconocimiento de los instructivos emitidos por el Ministerio de Salud en esta materia y la falta de información para defender y obtener el acceso a los servicios de salud. Así, por ejemplo, en mayo de 2016, el Movilh, junto con un grupo de usuarios trans, denunció la falta de fármacos disponibles para efectuar tratamientos de readecuación hormonal, así como la escasez de pabellones para llevar a cabo intervenciones quirúrgicas de readecuación corporal, tanto en el Hospital de Ancud como en el Hospital Carlos Van Buren de Valparaíso.<sup>80</sup> En septiembre de 2015, el Hospital Van Buren abrió el policlínico “Identidad de Género” con el objetivo de atender de forma integral y con un equipo interdisciplinario las necesidades específicas de la población trans, pero aludiendo a la falta de recursos y regulación administrativa, en agosto de 2016 el Servicio de Salud de Valparaíso canceló los tratamientos de readecuación hormonal de 50 personas.<sup>81</sup>

Sin perjuicio de lo anterior, en otras zonas del país se han hecho esfuerzos para proteger, garantizar y promover el respeto a la salud de las personas trans. Así, en septiembre de 2016, el Servicio de Salud del Biobío desarrolló la “Jornada de Transgénero y Salud en el Marco de la Diversidad”, dirigida a médicos especialistas, enfermeros y matronas, psicólogos, trabajadores sociales, terapeutas ocupacionales, kinesiólogos y nutricionistas a propósito de la implementación de un “Protocolo de Atención y Derivación para Usuarios/as Trans” elaborado por el Servicio de Salud de Talcahuano.<sup>82</sup> Este instructivo incorpora un enfoque despatologizador de la transexualidad para estandarizar el ingreso de las personas trans a la atención secundaria desde los establecimientos de la red asistencial, así como también fortalecer el cumplimiento de la Circular N° 21.

#### **4.4. Hechos graves de violencia**

Según el Informe Anual de Derechos Humanos del Movilh, 332 denuncias por actos de discriminación basados en la orientación sexual o la identidad de género fueron registrados en 2016: la cifra más alta del total de casos conocidos en los últimos 15 años. La mayoría se concentró en la categoría “exclusión institucional” (23,7%), seguida

80 UCV TV.cl: “Transexuales denuncian ante el Minsal escasez de hormonas en hospital Van Buren de Valparaíso”, 24 de mayo de 2016.

81 The Clinic.cl: “La batalla por el tratamiento hormonal de los transgénero en Valparaíso”, 7 de agosto de 2016.

82 Ministerio de Salud.cl: “Servicio de Salud Biobío realizó la primera jornada de Transgénero y Salud”, 20 de septiembre de 2016.

por la “comunitaria” (16,8%), las declaraciones homo y transfóbicas (14,4%); las agresiones físicas o verbales propinadas por desconocidos (12%), las movilizaciones de odio (11,1%), la laboral (10%), los abusos en espacios públicos o privados (5,7%), la educacional (3,9%), los asesinatos (1,2%), los atropellos policiales (0,9%) y los abusos en la cultura, medios y espectáculos (0,3%).<sup>83</sup>

En materia de actos de violencia –tanto física como psicológica– en contra de personas trans, es posible reportar numerosos episodios de crímenes de odio y transfobia. El 20 de mayo de 2016 fue asesinada Litzy Odalis Parrales, transgénero de nacionalidad ecuatoriana e integrante de un sindicato de mujeres trans extranjeras que, tras ejercer el comercio sexual, fue apuñalada en cuatro ocasiones por un taxista que la acusó de robarle su billetera. Litzy fue víctima de dos lesiones en la región cervical, una en la región dorsal derecha y una en la parte superior del glúteo derecho.<sup>84</sup> Asimismo, el 16 de febrero de 2016 fue asesinado el joven transformista Marcelo Lepe en la comuna de San Bernardo, tras haber recibido un disparo en el tórax a causa de su orientación sexual.<sup>85</sup>

Otro caso de connotación pública tuvo lugar el 2 de julio, cuando la activista del Colectivo Transgéneras por el Cambio, Marcela Sierra, fue golpeada con un bate de béisbol, lo cual le significó la pérdida de varias piezas dentales, así como lesiones graves en su cráneo y rostro.<sup>86</sup> A ello se suma la agresión, el 26 de agosto de 2016, a la activista transgénero Niki Reveau, quien fue intimidada y golpeada con puños, patadas y fierros cuando salía de su casa en Santiago Centro.<sup>87</sup>

Una situación similar puede observarse en los centros de reclusión. En febrero de 2017, el Movilh denunció la ocurrencia de actos de tortura y tratos crueles, inhumanos y degradantes por parte de funcionarios de Gendarmería en contra de internos trans al interior de la cárcel de Antofagasta.<sup>88</sup>

Por otro lado, es menester indicar algunas situaciones de agresión verbal o psicológica en contra de personas trans. El 2 de abril de 2016, el Movilh denunció a un médico del Hospital San Juan de Dios por negarse a atender a una mujer transexual en razón de su identidad de

83 Movilh. Informe Anual de Derechos Humanos: Hechos 2016, XV versión, marzo de 2017, pp. 32-33.

84 *La Cuarta*: “Taxista mató a transexual en Barrio Rojo”, 21 de mayo de 2016.

85 The Clinic.cl: “El asesinato de Marcelo Lepe, el joven transformista de San Bernardo”, 28 de febrero de 2016.

86 Chilevisión.cl: “Sernam evalúa querrela por ataque a mujer transexual”, 9 de julio de 2016.

87 El Mostrador.cl: “Candidata a concejal transexual fue agredida con puños, patadas y fierros”, 26 de agosto de 2016.

88 Publimetro.cl: “Gendarmería afirma que investigará torturas a recluso transgénero”, 24 de febrero de 2017.

género; según informó la prensa, el médico habría señalado: “yo no atiende a maricones porque son una lacra”.<sup>89</sup> El 13 de octubre de 2016, el Movilh denunció la situación de discriminación sufrida por una persona transexual en el Hospital Regional de Concepción, cuando tras un accidente automovilístico fue tratada permanentemente como hombre por parte del equipo médico, llegando incluso a ser hospitalizada en un sector reservado para el género masculino.<sup>90</sup> Y, por último, más recientemente, el 5 de marzo de 2017, el Movilh denunció la discriminación que sufrió una persona transexual cuando se le negó la venta de productos de maquillaje en un local comercial; de acuerdo con lo trascendido en la prensa, la vendedora le habría dicho: “no atiende a gente como tú.”<sup>91</sup>

## 5. EDUCACIÓN Y VIOLENCIA CONTRA NNA LGTBI

*“Yo pasé demasiadas penas dentro del liceo. Me discriminaron y no solo los alumnos, sino también los profesores. Estuve a punto de matarme y salté adelante gracias a mi polola, porque ni mi familia fue capaz de apoyarme...”*

*Joven lesbiana, 17 años.  
Región de Valparaíso<sup>92</sup>*

En el *Informe 2015*<sup>93</sup> se trató con detalle cómo el sistema educacional consideraba e incluía a la diversidad sexual y a las personas LGTBI por medio de la revisión del currículum escolar pertinente, las orientaciones del Ministerio de Educación sobre la temática y los estándares de formación inicial docente. La conclusión de esa revisión fue que, pese a los avances en política de convivencia realizados por el Ministerio de Educación, en los que sí se reconocía explícitamente la diversidad en materia de orientación e identidad de género, estos eran aún insuficientes, por la total falta de reconocimiento de la diversidad sexual, tanto en los programas oficiales como en los estándares de formación docente. Este capítulo no revisa si esa situación se ha modificado, pero al

89 Biobío.cl: “Movilh pidió sumario contra médico acusado de discriminar: “yo no atiende a maricones”, 2 de abril de 2016.

90 Terra.cl: “Movilh denuncia actos ilegales y homofóbicos en Hospital de Concepción”, 13 de octubre de 2016.

91 Emol.cl: “Movilh acusa a empresa Pre-Unic por acto discriminatorio contra transexual”, 5 marzo de 2017.

92 Todo Mejora, Encuesta Nacional de Clima Escolar en Chile 2016, p. 5.

93 Ver Pilar Muñoz y Liliانا Ramos, “Hablar de diversidad sexual también es hablar de educación inclusiva: discriminación por orientación sexual e identidad de género en la educación chilena”, *Informe 2015*.

menos en los medios de prensa no hay indicio alguno de que se hayan realizado tales cambios, por lo que es razonable, dada la previsible polémica que se produciría de haber sido intentado –basta solo observar la controversia a raíz de la publicación del libro *Nicolás tiene dos papás*–, asumir que ello no ha sucedido, por lo que el sistema educativo seguiría en grave falta en este aspecto esencial.

Esta sección se enfocará esencialmente en la situación actual en nuestro sistema educacional respecto de los niños, niñas y adolescentes (NNA) y su derecho a una educación segura, libre de violencia y acoso y que reconozca plenamente la diversidad sexual al interior de los planteles y proteja su integridad física y psíquica y salud mental. Para ello revisaremos los estándares internacionales relativos a la materia, para luego dar cuenta de la información que existe sobre esta realidad en Chile.

### **5.1. Estándares de DDHH relativos a violencia en el ámbito escolar**

El Comité de Derechos del Niño, en su Observación General N° 13, relativa al derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, precisa el contenido del artículo 19.1 de la Convención de Derechos del Niño, el que dispone que:

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

Para el comité, el término violencia incluye “toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual.”<sup>94</sup> Ante esta realidad, el comité recuerda que los Estados poseen las siguientes obligaciones especiales respecto a la violencia contra los NNA: “actuar con la debida diligencia, prevenir la violencia o las violaciones de los derechos humanos, proteger a los niños que han sido víctimas o testigos de violaciones de los derechos humanos, investigar y castigar a los culpables, y ofrecer vías de reparación de las violaciones de los derechos humanos.”<sup>95</sup> Para el comité la violencia contra los NNA “pone en grave peligro la supervivencia de los niños y su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y

94 OG 13, párr. 4.

95 *Ibid.*, párr. 5.

social.”. Para ese órgano “toda forma de violencia contra los niños es inaceptable, por leve que sea. Además, aclara que la expresión “toda forma de perjuicio o abuso físico o mental” no deja espacio para ningún grado de violencia legalizada contra los niños.”<sup>96</sup>

De acuerdo a la misma Observación, las formas de violencia que se pueden infligir a los NNA son amplias, estando varias de ellas presentes en el ámbito escolar, como veremos más adelante. De este modo, para el comité, entre otras, hay formas de violencia mental y física entre niños. Las más obvias son las físicas. Pero, probablemente, las más comunes son las mentales, que se definen como todo “maltrato psicológico, abuso mental, agresión verbal y maltrato y agresión emocional.”<sup>97</sup> Conviene transcribir la lista que de ellas hace el comité, pues permite apreciar la extensión de la violencia que se puede ejercer contra NNA LGTBI. Según la Observación, estas puede consistir en:

a) Toda forma de relación perjudicial persistente con el niño, como hacerle creer que no vale nada, que no es amado ni querido, que está en peligro o que solo sirve para satisfacer las necesidades de otros.

b) Asustar al niño, aterrorizarlo y amenazarlo; explotarlo y corromperlo; desdenarlo y rechazarlo; aislarlo, ignorarlo y discriminarlo.

c) Desatender sus necesidades afectivas, su salud mental y sus necesidades médicas y educativas.

d) Insultarlo, injurarlo, humillarlo, menospreciarlo, ridiculizarlo y herir sus sentimientos.

e) Exponerlo a la violencia doméstica.

f) Someterlo a un régimen de incomunicación o aislamiento o a condiciones de detención humillantes o degradantes.

g) Someterlo a la intimidación y las novatadas<sup>98</sup> de adultos o de otros niños, en particular por medio de tecnologías de la información y las telecomunicaciones (TIC) como los teléfonos móviles o Internet (la práctica llamada “acoso cibernético”).<sup>99</sup>

Para el comité la obligación de los Estados dispuesta en el artículo 19 de la Convención de Derechos del Niño en relación a adoptar todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, es imperativa “no dejando margen a la discreción de

96 *Ibíd.*, párr. 17.

97 *Ibíd.*, párr. 21.

98 Según la OG, Las “novatadas” son vejámenes rituales y otros actos de hostigamiento, violencia o humillación a que una persona se ve obligada a someterse para ser admitida en un grupo.

99 *Ibíd.*, párr. 21.

los Estados parte”. Por consiguiente, los Estados parte tienen la obligación estricta de “adoptar todas las medidas apropiadas.”<sup>100</sup>

La gravedad de la situación de violencia contra NNA LGTBI llevó, el 2015, a una declaración conjunta del Comité de Derechos del Niño, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Relatora Especial de Derechos de Defensores y Defensoras de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, y el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa, señalando, en lo relativo al ámbito de la educación, que: “Niños y niñas LGBT sufren de acoso escolar a manos de sus compañeros o compañeras, y maestros o maestras lo cual conlleva a la deserción escolar. Incluso a algunos se les niega el ingreso escolar, o son expulsados y expulsadas de sus escuelas debido a su orientación sexual o identidad de género real o percibida.”<sup>101</sup>

Ese mismo año la Comisión Interamericana, en su estudio sobre la violencia en contra de las personas LGTBI,<sup>102</sup> incluyó una sección relativa a la violencia contra NNA. Ella parte haciendo notar que la jurisprudencia de la Corte IDH ha señalado que “las violaciones de derechos humanos de las que son víctimas niños, niñas y adolescentes son particularmente graves.”<sup>103</sup> La comisión agrega que para determinar las obligaciones con respecto a NNA de la Convención Americana ella debe ser interpretada a la luz de la Convención de Derechos del Niño y de otras declaraciones de las Naciones Unidas, así como de las decisiones del Comité de Derechos del Niño.<sup>104</sup>

La comisión señala que “En virtud del derecho internacional de los derechos humanos, los Estados deben supervisar la prestación de servicios de interés público, como la salud o la educación, cuando esos servicios son prestados por entidades privadas”. Como tal, los Estados tienen un deber especial de proteger la vida y la integridad de las personas a través de la regulación y supervisión de estos servicios, independientemente de que la entidad que presta el servicio sea pública o privada, ya que “bajo la Convención Americana los supuestos de responsabilidad internacional comprenden los actos de las entidades privadas que estén actuando con capacidad estatal, así como actos de terceros, cuando el Estado falta a su deber de regularlos y fiscalizarlos”. Además, la CIDH ha establecido que esta obligación de

100 Observación General 13, párr. 37.

101 Declaración conjunta “Ante discriminación y vulneración de sus derechos, jóvenes LGTB e intersex necesitan reconocimiento y protección”, 13 de mayo 2015.

102 CIDH, Violencia contra Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex en América, 2015.

103 *Ibid.*, párr. 301, citando jurisprudencia de la Corte IDH, entre otros los casos *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, sentencia del 8 de septiembre de 2005, serie C No. 130, párr. 134 y “*Niños de la Calle*” (*Villagrán Morales y otros*) *Vs. Guatemala*, sentencia del 19 de noviembre de 1999, serie C No. 64, párr. 146.

104 *Ibid.*, párr. 304.

supervisión tiene “una importancia fundamental cuando se trata de supervisar los servicios que brindan instituciones públicas o privadas que tienen a su cargo la protección, guarda, cuidado y educación de las niñas y los niños.”<sup>105</sup>

La comisión hace notar que “El acoso o matoneo escolar (*bullying*) es un tipo específico de violencia que tiene lugar en los entornos educativos”<sup>106</sup> y que “los niños y las niñas que son LGBT o que son percibidos como LGBT sufren mayores niveles de victimización como grupo y están expuestos a un riesgo mayor de ser acosados por otros niños en la escuela”,<sup>107</sup> señalando que “el acoso escolar puede entorpecer severamente numerosos derechos, como el derecho a la educación, el derecho a la libertad de expresión, y el derecho a la igualdad y a la no discriminación. Por encima de todo, el acoso escolar puede lesionar el bienestar psicológico y la salud mental de la víctima. El acoso escolar severo y persistente ha llevado a niños y niñas LGBT al suicidio.”<sup>108</sup> Sobre estos hechos y sus graves consecuencias para el pleno respeto y garantía de los derechos de las NNA LGTBI, la comisión recuerda que “los Estados tienen la obligación de generar mecanismos eficaces para prevenir y sancionar los hechos de violencia que tienen como víctimas a niñas, niños y adolescentes, tanto en el ámbito doméstico, como en el sistema educativo.”<sup>109</sup> Para ello deben tomar, entre otras, las siguientes medidas: “la erradicación de planes de estudios en las escuelas con información sesgada, no-científica o incorrecta que estigmatice orientaciones sexuales e identidades de género diversas; la supervisión y control de los reglamentos escolares que discriminan contra estudiantes LGBT; la implementación de políticas integrales para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra niños y niñas LGBT, sin importar dónde ocurra; la implementación de medidas especiales para la documentación y producción de datos relacionados con la violencia contra niños y niñas basada en su orientación sexual e identidad de género real o percibida; el establecimiento de mecanismos de denuncia eficaces y la realización de investigaciones con la debida diligencia, en relación a los casos de violencia contra niños y niñas LGBT ejercida en sus casas o en la escuela; entrenamiento de las instituciones estatales encargadas de supervisar el bienestar de los niños y las niñas para que puedan identificar el abuso y la violencia relacionados con la orientación sexual e identidad de género contra niños en los hogares, y puedan proveer medidas apropiadas para protegerlos de dicha violencia; y la adopción de campañas públicas de sensibilización en las que aparezcan

105 *Ibid.*, párr. 308, notas omitidas.

106 *Ibid.*, párr. 317.

107 *Ibid.*, párr. 318.

108 *Ibid.*, párr. 324, notas omitidas.

109 *Ibid.*, párr. 329.

niños y niñas LGBT y familias diversas para promover el respeto y la aceptación de esta diversidad.”<sup>110</sup>

## 5.2. Situación nacional

Respecto a la realidad en el sistema escolar chileno en relación a la violencia en contra de niños, niñas y adolescentes LGTBI, no parece haber estudios sistemáticos que den cuenta de la extensión y grado en que ella se produce.<sup>111</sup> Sí entrega luces<sup>112</sup> la Encuesta Nacional de Clima Escolar 2016 de la organización de la sociedad civil Todo Mejora, respondida por 424 estudiantes.<sup>113</sup> La encuesta “retrata niveles altos y alarmantes de abuso verbal y físico, bajos niveles de respuestas en las familias y las instituciones educativas, lo que deriva, finalmente, en la creación de entornos no seguros para muchos estudiantes LGBT, dando como resultados un rendimiento disminuido, ausentismo y deserción escolar, así como también un aumento en los niveles de depresión y la sensación de no pertenecer a las instituciones escolares.”<sup>114</sup> Las cifras que la encuesta presenta respaldan estas aseveraciones. Un 70% de los estudiantes señaló sentirse inseguro en su escuela en razón de su orientación sexual, un 94,8% escuchó comentarios LGBT-fóbicos (ej.: “maricón,” “marica,” “fleto,” “gay,” “torta,” y “machorra”), un 59,9% escuchó comentarios LGBT-fóbicos por parte del personal de la escuela, un 66,4% de los y las estudiantes LGBT declaró haber oído comentarios negativos sobre personas trans. Consecuente con este clima, el 62,9% reporta que fue acosado verbalmente debido a su orientación sexual y un 59,9% fue acosado de manera verbal debido a su expresión de género.<sup>115</sup> Más grave aún, un 29,1% de los y las estudiantes LGBT indicaron que fueron agredidos/as físicamente en la escuela debido a su orientación sexual y un 28,6% fue atacado corporalmente debido a su expresión de género. Por otra parte, un 31,4% reporta que fue acosado sexualmente.<sup>116</sup> En forma preocupante, un 40,4% de los y las estudiantes no declararon los incidentes de abuso o ataque físico al personal del establecimiento escolar, pero de aquellos/as que sí reportaron incidentes (59,6%), solo un 27,3% declaró que la intervención del

110 *Ibíd.*, párr. 330.

111 Ministerio de Educación, *Orientaciones para la inclusión de las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex en el sistema educativo chileno*, abril 2017, p. 29.

112 La encuesta es clara en señalar sus propias limitaciones metodológicas como muestra, pues fue desarrollada en internet, en base a estudiantes que se sentían identificados como LGTBI u otras orientaciones y que poseían alguna aproximación a los temas. Ver Encuesta, p. 67.

113 Ver *Todomejora.org*.

114 Encuesta, p. 9.

115 *Ibíd.*, p. 15.

116 *Ibíd.*, p. 15.

personal fue muy efectiva. Lo anterior parece consistente con otro dato que contiene la encuesta, en el cual el 59,4% de los estudiantes señala que en su escuela no existe o no está seguro de que exista una política o código sobre acoso, y respecto a los que señalan que sí hay una política de acoso, un 29% dijo que en ella no está incluida la orientación sexual o expresión de género.<sup>117</sup>

Desde el punto de vista del Estado, las únicas cifras que podrían tener relación con la realidad mostrada en esa encuesta son las contenidas en el Reporte Anual de Denuncias que emite la Superintendencia de Educación.<sup>118</sup> En lo relativo al año 2016 en él se señala que de las 11.129 denuncias recibidas el año 2016, el 40,7% fue por maltrato a estudiantes, con 4.504 denuncias, lo que, se indica, ha sido consistente a través de los años.<sup>119</sup> En materia de discriminación, fueron 708 las denuncias, aproximadamente el 6% del total. De esa cifra, la mitad fue por denuncias de discriminación por síndrome de déficit atencional (46,5%), seguidas por discriminación por incapacidad física e/o intelectual (16,3%). Solo se recibieron 23 denuncias por discriminación por orientación sexual y 3 por género. Estos números, en particular los relativos a discriminación por orientación sexual e identidad de género, pueden parecer contradictorios con las cifras indicadas en la encuesta antes referida, pero, incluso tomando en consideración las limitaciones metodológicas de aquella, las cifras de denuncia que muestra el Reporte Anual pueden ser engañosas, por algunos factores a considerar. Primero, que en la página de denuncia que presenta la Superintendencia,<sup>120</sup> solo en el caso de denuncias por discriminación se abre la opción de discriminación por orientación sexual o identidad de género. Ello no ocurre en los casos de maltrato a estudiantes o de agresión sexual, por lo que es posible que exista una cifra de casos que estén invisibilizados. Segundo, la falta general de protocolos contra los abusos y, más específicamente con criterios de orientación sexual e identidad de género, en los establecimientos, puede explicar porque niños, niñas y jóvenes LGTBI y los espacios educacionales, simplemente no poseen las herramientas ni el conocimiento como para detectar y procesar casos de abuso por esas causales.

Al respecto, los establecimientos deben poseer un reglamento de convivencia interna, que es uno de los componentes del Reglamento de Convivencia Escolar. Esta exigencia viene dada por la actual legislación

117 *Ibid.*, p. 57.

118 Superintendencia de Educación, Estadísticas de denuncias. Reporte anual 2016 (en [supereduc.cl](http://supereduc.cl)).

119 *Ibid.*, p. 10.

120 <http://denuncias.supereduc.cl/memberpages/denuncias/denuncias.aspx>

educacional,<sup>121</sup> siendo un requisito para impetrar la subvención escolar. Sin embargo, no existe norma de carácter obligatorio que directamente obligue a esos reglamentos a considerar de alguna forma a los estudiantes LGTBI,<sup>122</sup> ni tampoco hay estudios, conocidos al menos, que muestren que ello suceda. La única y limitada excepción, como veremos, es el instructivo respecto a estudiantes trans dictado por la Superintendencia.

Sin perjuicio de lo anterior, un importante paso en la dirección correcta lo constituyen las Orientaciones para la revisión de los reglamentos de convivencia escolar, de abril de 2016 –actualizadas según la Ley de Inclusión Escolar– emitidas por el Ministerio de Educación. En ellas se dispone que ahora estos reglamentos deben “Eliminar todas las formas de discriminación arbitraria que impidan el aprendizaje y participación de los estudiantes. Entre ellas, las que impidan la valoración positiva de la diversidad, en un marco de reconocimiento y respeto de los derechos humanos de los estudiantes LGTBI (Lesbianas, Gays, Bisexuales, Transexuales, Intersexuales), discapacitados, pueblos indígenas y migrantes, entre otros.”<sup>123</sup> En la misma línea, en abril de este año el Ministerio de Educación en conjunto con la Superintendencia de Educación presentó dos documentos de importancia para avanzar hacia una educación más inclusiva y libre de violencia, tal como lo ha definido el Comité de Derechos del Niño. El primero fue el instructivo a los establecimientos sobre derechos de los niños, niñas y estudiantes trans.<sup>124</sup> Este precisa las obligaciones en materia de estándares de DDHH y la legislación nacional vigente respecto a los NNA trans, estableciendo específicas obligaciones sobre el reconocimiento de su identidad de género. La importancia de esta norma es que, a diferencia de las orientaciones que emanan del ministerio, ella es de carácter obligatorio para los establecimientos y, por consiguiente, objeto de eventual sanción por la Superintendencia. Sin embargo, este instructivo fue objeto de al menos dos recursos de protección ante la Corte de Apelaciones de Concepción,<sup>125</sup> y otro ante la Corte de Apelaciones de Antofagasta,<sup>126</sup> argumentándose que el instructivo afectaba la integridad física y psíquica de los niños no trans y su libertad de conciencia,

121 [Art. 6. Letra d) DFL No. 2. 20/08/98. Texto refundido del DFL No. 2 /1996. Sobre Subvención] y también la Ley General de Educación, artículo 46, letra f)

122 Señalamos directamente y en forma explícita pues, sin duda, que existen orientaciones emanadas del Ministerio en esta materia y además, la normativa antidiscriminación, la Ley 20.609, también se aplica.

123 Ministerio de Educación. *Orientaciones para la revisión de los Reglamentos de convivencia escolar*, de abril de 2016, p. 10.

124 Superintendencia de Educación, circular N° 768, del 27 de abril 2017 (en *convivenciaescolar.cl*)

125 Los roles 3303-2017 y 3302-2017

126 Roles 1679-2017.

entre otras razones. A la fecha de cierre este *Informe* aún no estaban resueltas estas acciones.

El segundo texto, emitido por el ministerio, son las Orientaciones para la inclusión de las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex. Contiene interesantes sugerencias para velar por el resguardo de los derechos de los NNA LGTBI en el contexto escolar, proponiendo actividades y criterios para los diversos actores de la comunidad estudiantil. Con ello se va creando un clima de reconocimiento e inclusión, una de las medidas relevantes para evitar el acoso y violencia contra NNA LGTBI. Por otra parte, el ASA también contiene disposiciones que obligan al Estado en materia educacional, en concreto, que el plan de Formación Ciudadana y el Programa de Sexualidad, Afectividad y Género, así como las cartillas y protocolos sobre inclusión y no discriminación, incluyan contenidos que aborden la diversidad sexual, debiendo estas medidas estudiarse el 2016 y aplicarse el 2017.

Sin perjuicio de estos esfuerzos y avances, la realidad educacional chilena, en cuanto a tomar medidas preventivas y de reconocimiento de la diversidad en lo atinente a la orientación sexual e identidad de género, aún está al debe. Por de pronto, no se sabe en qué medida las orientaciones en materia de convivencia, y las instrucciones que ha dado la superintendencia y el ministerio, son aplicadas y desarrolladas en los miles de establecimientos educacionales. Además, pueden ser fácilmente revocadas –al ser simples instrucciones u orientaciones– o simplemente desconocidas en la práctica.

## **CONCLUSIONES**

El panorama al final del gobierno de la presidenta Bachelet en lo relativo al igual reconocimiento y protección de los derechos de las personas LGTBI, es de luces y sombras. En materia de reconocimiento de las relaciones afectivas, sin duda que un importante paso, histórico en verdad, fue la publicación e implementación efectiva de la Ley de Acuerdo de Unión Civil. Por primera vez en la historia de Chile se da reconocimiento y protección a las relaciones afectivas de las personas del mismo sexo, dentro de ese régimen, en un pie de igualdad con las personas de distinto sexo. Las miles de parejas, hombres y mujeres, que han celebrado estos acuerdos –sancionados por el Estado y con las relevantes consecuencias jurídicas que ellos traen, entre ellas, un estatus y estado civil público y regulado– representan un hito en cómo el Estado, el derecho y la sociedad respeta y protege a sus habitantes LGTBI. En esa misma dirección, es preciso celebrar el envío del proyecto de matrimonio igualitario que, aunque tardío, representa ya un cumplimiento de obligaciones internacionales en el marco del Acuerdo de Solución

Amistosa ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Su aprobación será, al menos dentro de las relaciones afectivas, la culminación de un largo proceso que se inició en 1999 con la despenalización parcial –hay que decirlo– de las relaciones homosexuales entre adultos: parcial porque aún está vigente la discriminatoria norma del artículo 365 del Código Penal.

De acuerdo a lo anunciado, asunto que no ha podido ser objeto de análisis por la fecha de cierre de este *Informe*, ese proyecto incluiría normas relativas a filiación, adopción y fertilización asistida, con un régimen de plena igualdad con las parejas de sexo opuesto. De ser así, se daría un importante paso en la protección de la familia homoparental y, también, del derecho de los niños y niñas que han sido fruto de esas parejas, o de uno de sus integrantes, de una igual protección de la ley. Pero, dada la tardía presentación del proyecto, a fines de la actual administración, es poco probable su pronta aprobación en el Congreso Nacional. Se requerirá de un gran esfuerzo de la sociedad civil organizada, los centros de estudios y los parlamentarios partidarios del proyecto para lograr su transformación en ley de la república.

El panorama final es más sombrío en lo que respecta al reconocimiento del derecho a la identidad de género de las personas trans en Chile, tras cuatro años de tramitación del proyecto de ley que lo permite y regula, en una sola de las cámaras del Congreso. Su omisión es causa de graves violaciones a los derechos de estas personas, con efectos profundos en el ejercicio de su derecho a la salud, educación, trabajo y libertad personal. La obstinada obstrucción al avance del proyecto, por medio de centenares de indicaciones, y la objeción al reconocimiento del derecho de NNA trans a su identidad de género, representan graves infracciones a ese derecho, contrarias a las obligaciones que posee el Estado chileno de no discriminar por identidad, como expresamente lo declara la Corte Interamericana en el caso *Atala vs. Chile*.

Una educación libre de violencia y que asegure un entorno en el cual NNA LGTBI puedan desenvolverse libres y seguras y donde la comunidad educacional reconozca y celebre la diversidad de orientación e identidad de género, es aún lejana. Los avances en materia de orientaciones e instrucciones emitidas por el Ministerio de Educación y la Superintendencia de Educación son frágiles y reversibles, sin que tampoco haya conocimiento del grado de implementación de aquellas. Si se suma a lo anterior, como se analizó en el *Informe 2015*, la falta de reconocimiento de esa diversidad en los programas oficiales que aplican los establecimientos, se configura un panorama de negación y desprotección que solo causa –y continuará causando– graves violaciones a quienes son más vulnerables y necesitados de la protección del Estado: los niños, niñas y adolescentes gays, lesbianas, bisexuales, trans e intersex.

## RECOMENDACIONES

En base a las conclusiones anteriores se recomienda al Estado lo siguiente:

1. Una pronta aprobación de la Ley de Identidad de Género, que permita, por medio de un procedimiento administrativo expedito, el cambio de nombre y sexo registral sin necesidad de exámenes médicos, reconociéndose también plenamente el derecho a la identidad de los NNA.
2. Aprobar el proyecto de matrimonio igualitario que contemple filiación, dando cumplimiento al Acuerdo de Solución Amistosa alcanzado con el Movilh, que reconozca la igualdad de condiciones entre parejas del mismo y distinto sexo.
3. En materia de adopciones, hacer mención expresa al reconocimiento de personas LGBTI como posibles adoptantes, sin efectuar ninguna distinción o diferenciación con sus pares heterosexuales.
4. Ingresar un proyecto que asegure a todas las personas, sin importar su orientación sexual o identidad de género, igual acceso a las técnicas y terapias de reproducción asistida.
5. En materia educacional, modificar los programas y las prácticas educacionales con el fin de dar efectivo reconocimiento a la diversidad de orientación sexual, identidad y expresión de género en el ámbito escolar y asegurar el cumplimiento de los instructivos y orientaciones que aseguran ese reconocimiento, como asimismo investigar y sancionar efectivamente los actos de violencia contra personas LGTBI en ese ámbito.



## BIOGRAFÍAS AUTORES INFORME 2017

### **Alcaino, Eduardo**

Abogado y magíster en Ciencias Jurídicas, Universidad de Stanford. Profesor part-time de Derecho de la UDP. Anteriormente se desempeñaba como investigador y Coordinador del Programa de Reformas Procesales y Litigación. Ha trabajado especialmente en el estudio del sistema de justicia criminal, especializándose en temas de persecución penal, funcionamiento y organización de policías y fiscales tanto en Chile como en América Latina.

### **Álvarez, Juan José**

Abogado UDP. Ayudante e investigador en el área Género y Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la UDP.

### **Collins, Cath**

Magíster y doctora en Ciencia Política de las universidades de Cambridge y Londres. Catedrática en justicia transicional en la Universidad de Ulster, Irlanda del Norte. Directora académica del Observatorio de Justicia Transicional (ex Observatorio de Derechos Humanos) de la UDP, que estudia desde 2008 los procesos de verdad, justicia y memoria en Chile, relacionados con el legado de la dictadura cívico militar. Ha investigado y publicado, desde 2000, sobre el legado y manejo judicial de crímenes de lesa humanidad de tiempos de dictadura en Chile, El Salvador y el resto de la región latinoamericana. En 2012 y 2013, en representación del Observatorio, fue cofundadora de la Red Latinoamericana de Justicia Transicional. Entre 2005 y 2006, fue la responsable regional para América Latina del *think tank* británico Chatham House. Su libro más reciente es *La política de la memoria en Chile de Pinochet a Bachelet* (Santiago: UDP, 2014), coeditado con Katherine Hite y Alfredo Joignant.

### **Cortés, Pascual**

Abogado, Licenciado en Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad de Chile. Miembro del Comité de Defensa y Promoción de Derechos

Humanos de La Legua, co redactor del libro *A quince años de intervención: violencia policial en La Legua*.

**Del Pino, Sebastián**

Abogado, licenciado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica y magíster en Pensamiento Contemporáneo de la Universidad Diego Portales. Actualmente se desempeña como profesor ayudante de la Clínica de Acciones de Interés Público y Derechos Humanos, ayudante *senior* del Programa de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales; y como investigador en la Unidad de Estudios del Instituto Nacional de Derechos Humanos.

**Delgado, Juan Pablo**

Abogado, magíster en Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad Diego Portales. Actualmente, se desempeña como ayudante de la Clínica de Interés Público y Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, y como abogado litigante en el Programa de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia en causas por graves violaciones a los derechos humanos ocurridas en la dictadura militar. Con anterioridad le ha correspondido colaborar en el Observatorio de Justicia Transicional y asesorar a organizaciones en materia de crímenes internacionales.

**De la Maza Vent, Camila**

Abogada, licenciada en Ciencias Sociales y Jurídicas de la UDP, magíster en Derecho Internacional de los Derechos Humanos, de la misma casa de estudios, y diplomada en Mujeres y Derechos Humanos de la Universidad de Chile. Actualmente, trabaja como abogada asesora en Corporación Opción en materias de incidencia, redes y seguimiento legislativo.

**García-Campo, Gonzalo**

Abogado, licenciado en Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad de Chile. Miembro del Comité de Defensa y Promoción de Derechos Humanos de La Legua, co redactor del libro *A quince años de intervención estatal: violencia policial en La Legua*.

**Lovera, Domingo**

Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Diego Portales (2002), LL.M. Columbia University (2007, Human Rights Fellow-Harlan Fiske Stone Scholar), Ph.D. Osgoode Hall Law School (2017). Actualmente es profesor asistente en la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, donde enseña en los cursos de pre y posgrado,

e investigador del Programa de Derecho Público de la misma casa de estudios. Su investigación se centra en el derecho a la protesta, derechos sociales y derechos constitucionales de niños, niñas y adolescentes.

**Lillo, Cristián**

Abogado, licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Diego Portales y LL.M. (Master of Laws) en Public Interest Law and Policy de la Universidad de California, Los Angeles (UCLA). Candidato a doctor de la Facultad de Derecho UDP y estudiante del programa Doctor of Juridical Science (S.J.D.) de UCLA. Desde 2014 se desempeña como profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, como miembro del Departamento de Derecho Procesal y, en la actualidad, como investigador asociado del Programa de Reformas Procesales y Litigación de dicha casa de estudios.

**Muñoz Hardoy, María del Pilar**

Profesora de Educación General Básica, magíster en Gestión y Evaluación. Fue directora de la carrera de Pedagogía en Educación Básica de la UDP y, actualmente, se desempeña como secretaria de Estudios en la misma facultad. Docente del curso Derechos humanos y ciudadanía para las carreras de Educación Básica, Pedagogía en Inglés y Educación Parvularia. Fundadora del Colectivo Pedagógico en Derechos Humanos, que desarrolla investigación y publicaciones sobre la formación docente y la memoria histórica.

**Ramos Abadie, Liliana**

Profesora de Educación Diferencial, magíster en Antropología y Desarrollo. Directora de la carrera de Pedagogía en Educación Diferencial con mención en Desarrollo Cognitivo de la UDP. Cuenta con amplia experiencia profesional en el ámbito de la inclusión de estudiantes con discapacidad en la educación común. Además, se ha desarrollado como académica en las temáticas de necesidades educativas especiales y educación inclusiva. Es coautora del libro *El viaje hacia la diferencia: La escuela inclusiva*, (Santiago, Ediciones SM, 2013).

**Rivas, Antonia**

Abogada, licenciada en Ciencias Sociales y Jurídicas de la UDP y doctora en Antropología Sociocultural de la Universidad de California, Berkeley. Se ha desempeñado como abogada y asesora en asuntos indígenas para el gobierno de Chile (Ministerio de Obras Públicas y Ministerio de Desarrollo Social), en la Comisión de Desarrollo de Isla de Pascua (CODEIPA) y en proyectos de diversas organizaciones no gubernamentales. Actualmente, desarrolla su labor investigativa y

docente sobre temas relacionados con la antropología del derecho, territorialidad indígena, derecho ancestral o tradicional, derechos humanos con especial énfasis en los pueblos rapanui y mapuche.

**Saavedra, María Belén**

Abogada, licenciada en Ciencias Sociales y Jurídicas de la UDP. Ayudante de la misma casa de Estudios y profesora del Magíster de Gestión y Políticas Públicas de la Universidad de Chile. Presidenta de la sección chilena de Amnistía Internacional. Actualmente, trabaja como abogada de la unidad de Reformas Legales del Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género.

**Schönsteiner, Judith**

Profesora asociada de la Facultad de Derecho, UDP. Doctorada en Derecho; magíster en Derecho Internacional de Derechos Humanos por la Universidad de Essex, Inglaterra; y magíster en Ciencia Política por la Universidad Johannes Gutenberg, de Mainz, Alemania. Ha trabajado como investigadora del Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Essex. Realizó una práctica y fue consultora externa del Centro para la Justicia y el Derecho Internacional, CEJIL. Es socia del Essex Business and Human Rights Project. Dicta el curso “Derecho internacional público” y coordina el área de Empresas y derechos humanos, creada en 2010 del Centro de Derechos Humanos de la UDP.

**Perret, Sabrina**

Abogada y magíster en Derecho penal y procesal penal UDP. Su área de especialización es el derecho penal, específicamente el derecho internacional penal y la imputación de responsabilidad en contextos organizados. Actualmente cursa su doctorado en la Universidad Diego Portales y la Humboldt Universität de Berlín.

**Soto Delgado, Pablo**

Abogado. profesor de Derecho Administrativo y doctorando en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

**Vargas, Macarena**

Abogada, licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Diego Portales (UDP) y magister en Gestión y Políticas Públicas de la Universidad de Chile. Candidata a doctora de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (PUCV). Profesora investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, en la actualidad es Directora del Departamento de Derecho Procesal de dicha casa de estudios.

**Vial, Tomás**

Abogado, PUC; magíster en Derechos Humanos, Universidad de Notre Dame, EEUU; magíster en Derecho Público, mención Derecho Constitucional, PUC; doctor en Derecho, University College London (UCL). Ha trabajado como asesor jurídico de la Subsecretaría de Guerra del Ministerio de Defensa; asesor jurídico en la División Jurídica del Ministerio Secretaría General de la Presidencia y jefe del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Andrés Bello. Actualmente, es investigador del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la UDP, editor de su *Informe Anual de Derechos Humanos* y profesor de Derecho Constitucional.





