

INFORME ANUAL SOBRE DERECHOS HUMANOS EN CHILE 2019



CENTRO DE DERECHOS
HUMANOS **udp**

FACULTAD DE DERECHO

**INFORME
ANUAL
SOBRE
DERECHOS
HUMANOS
EN CHILE
2019**

INFORME ANUAL SOBRE DERECHOS HUMANOS EN CHILE 2019
VV.AA.

Primera edición: noviembre de 2019
ISBN 978-956-314-453-6

Universidad Diego Portales
Facultad de Derecho
Av. República 105
Teléfono (56-2) 2676 2601
Santiago de Chile
www.derecho.udp.cl

Editor general: Francisca Vargas Rivas
Diseño: Mg Estudio

Impreso en Chile por Salesianos Impresores S.A.



Licencia Creative Commons: Atribución – NoComercial – CompartirIgual: Los artículos de este libro 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
2019**

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



ÍNDICE

Presentación:

| | |
|---|---|
| Avances y desafíos para el respeto, promoción y protección de los derechos humanos en Chile | 9 |
|---|---|

PRIMERA PARTE: ACTUALIDAD 2018-2019

| | |
|---|-----|
| Memoria en tiempos de cólera: Verdad, justicia, reparaciones y garantías de no repetición por los crímenes de la dictadura chilena. | 23 |
| Derechos de las personas LGBTI. Avances y deudas pendientes en tiempos contradictorios. | 133 |
| Derechos humanos de los pueblos indígenas en Chile. | 157 |
| Derechos de las personas migrantes, solicitantes de asilo y refugiadas. ¿Procedimientos Ordenados, Seguros y Regulares? Medidas administrativas en migración y asilo bajo los estándares de los derechos humanos. | 193 |
| Derechos humanos de niños, niñas y adolescentes. Infancia primero: Lo prometido es deuda. | 245 |
| Derecho a la educación. Proyecto de admisión ¿justa? Análisis a la luz de los estándares internacionales de derechos humanos en materia de educación. | 299 |
| Derechos humanos de las mujeres. La violencia en línea contra las mujeres. | 329 |
| Derechos Laborales. Empleo desprotegido en Chile. | 367 |

SEGUNDA PARTE: INVESTIGACIONES EN DERECHOS HUMANOS

| | |
|--|-----|
| Disparidades y barreras de acceso a la salud mental en personas LGBTI+: el derecho a una atención culturalmente competente. | 397 |
| Las personas privadas de libertad y el acceso a prestaciones de salud en las cárceles chilenas | 447 |
| Estado de la Información sobre calidad de aire en Chile | 491 |
| La institucionalidad de Derechos Humanos en Chile: el Instituto Nacional de Derechos Humanos, la Subsecretaría de Derechos Humanos, y la política exterior chilena | 533 |
| Biografías autoras y autores informe 2019 | 593 |

AVANCES Y DESAFÍOS PARA EL RESPETO, PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN CHILE

Presentamos el decimoséptimo *Informe Anual sobre Derechos Humanos* 2019 que busca analizar transversalmente la situación de los derechos humanos en Chile desde un punto de vista crítico y constructivo, buscando ser un aporte a la comunidad para mejorar el respeto, la promoción y protección de los derechos humanos en el país. Este *Informe* se preparaba mientras Chile recibía, en enero de 2019, 266 recomendaciones en el marco del Tercer Examen Periódico Universal (EPU) ante el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, aceptando, finalmente, en junio de este año, 211 de dichas recomendaciones. Para el cumplimiento de las obligaciones internacionales que Chile ha suscrito voluntariamente, 101 Estados hicieron recomendaciones. Chile tomó nota de 37 recomendaciones y rechazó 18 de ellas, una cifra nunca antes vista de no aceptaciones. En la última revisión, el país solo había rechazado 4 recomendaciones. Vemos con preocupación esta rendición de cuentas del Ejecutivo ante la comunidad internacional, pues se advierte una negativa ante materias relativas al uso de la violencia contra manifestantes, contra los medios de comunicación, y respecto a la proporcionalidad del uso de fuerza pública que se aplica en el marco del conflicto social con el pueblo mapuche. En este sentido, el gobierno rechazó luchar contra la xenofobia así como garantizar una aplicación no discriminatoria de la Ley Antiterrorista. Incluso se negó a aceptar algunas recomendaciones, aduciendo que sería el Congreso el órgano responsable de cumplirlas, desconociendo, de esta manera, el principio de unidad de todos los poderes del Estado que rige de acuerdo al derecho internacional.

Este *Informe*, tal como se plantea en una declaración de organizaciones de la sociedad civil que reaccionaron ante el rechazo de las recomendaciones,¹ hace énfasis en la continua vigencia de las

1 Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile: Observaciones a respuesta de Chile a EPU 2019. 4 de julio de 2019.

obligaciones que Chile adquirió mediante la ratificación de tratados internacionales y, del mismo modo que en *Informes* anteriores, analiza la situación de los derechos humanos en el país a la luz de los estándares internacionales en esta materia. Los capítulos del presente *Informe* revelan que aquellos ámbitos de nuestros DDHH donde se rechazaron las recomendaciones son los que mayor preocupación provocan, dadas las violaciones de esos derechos, o la falta de debida diligencia en su prevención y persecución, por parte del Estado de Chile.

Nos encontramos, entonces, en un escenario en que podemos apreciar avances en ciertos temas; en otros no hallamos progresos significativos y en algunos, derechamente, vemos un claro retroceso. Para evidenciar aquello, nuestro *Informe* cuenta con cuatro capítulos de investigación –que muestran problemas sistémicos con datos hasta ahora inéditos– y ocho de actualidad que dan cuenta de hechos ocurridos en el periodo que abarca desde el segundo semestre de 2018 hasta agosto de 2019. En los capítulos de investigación en derechos humanos, autoras y autores analizan en profundidad temas relevantes para la completa protección de los derechos humanos de todas las personas en Chile. Por su parte, en los capítulos de actualidad se examinan nuevamente temáticas básicas que han sido tratadas en ediciones anteriores, como son la justicia transicional, los derechos humanos de las personas LGBTI, de los pueblos indígenas; de las mujeres, de niños, niñas y adolescentes; de personas migrantes y refugiadas; el derecho a la educación y los derechos laborales. En todos esos ámbitos se analizan los avances y desafíos existentes en la actualidad.

A lo largo del *Informe*, presentamos nuestra contribución relativa a tres líneas de preocupación: la institucionalidad de los DDHH, la violencia, especialmente la ejercida contra grupos vulnerables; y la discriminación estructural. Explicaremos a continuación por qué creemos que reflejan aspectos muy necesarios y urgentes de reformar. Además, presentamos un estudio sobre acceso a la información ambiental, de relevancia y actualidad a las puertas de la COP25 que se realizará en Chile y en el marco de la cual se esperan compromisos significativos, en particular por parte del gobierno huésped.

En ese contexto, hemos querido destacar la institucionalidad de promoción y protección de los derechos humanos, analizando los roles de organismos como la Subsecretaría de Derechos Humanos y el Instituto Nacional de Derechos Humanos. Ambas instituciones son fundamentales para la protección y promoción de los derechos humanos, y desde su independencia y mandato técnico, resultan de la mayor relevancia en un contexto en que las violaciones de los derechos humanos, tanto en Chile como en otros países de la región, se tienden, a veces, a justificar por parte de ciertos discursos políticos contingentes. A diez años de la creación del Instituto Nacional de Derechos Humanos, valoramos su aporte a lo

largo del tiempo, pero vemos con preocupación los distintos momentos de crisis institucional que ha vivido. Por diversas razones, la conformación y elección de quienes dirigen la institución parece estar diseñada desde una lógica que no tiene como foco principal el irrestricto respeto por los derechos humanos, sino los equilibrios políticos o, derechamente, el objetivo de minimizar la visibilidad de ciertas violaciones.

Esta no es la primera vez que nos detenemos a analizar la institucionalidad de derechos humanos, ya que en los *Informes* de los años 2008, 2010 y 2016 hemos revisado el progreso y los desafíos en esta temática. Claramente, en 2019 el panorama que presentan las instituciones es más completo que en años anteriores y se encuentra a años luz en comparación con 2008. No obstante, en la actualidad, el funcionamiento, las orientaciones e interpretaciones del derecho internacional de los derechos humanos se ha debilitado por razones extranormativas que tienen como base, en forma implícita, las resistencias culturales que llevan a eludir ciertos temas y/o a evitar las consecuencias para los Estados del incumplimiento de sus obligaciones. El discurso antiderechos, la denominada “ideología de género”, perspectiva ligada a grupos religiosos, y la proliferación de discursos xenófobos se expresan de manera preocupante en Chile y se dan en un contexto continental donde han surgido algunos discursos nacionalistas que reivindican la soberanía nacional, cuestionando el rol de los órganos internacionales de derechos humanos.

Ante este escenario, es especialmente importante poner la mirada en la política exterior chilena en materia de derechos humanos que, tal como lo concluye este *Informe*, ha seguido una trayectoria zigzagueante. Dependiendo de las afinidades políticas o los intereses económicos, Chile ha puesto el acento en la denuncia de las violaciones a los derechos humanos en países como Venezuela, o las ha minimizado en relación a países como Brasil o China.

VIOLENCIA CONTRA GRUPOS VULNERABLES

La violencia estructural que se observa afecta con mayor fuerza a ciertos grupos y es la expresión más cruda de la discriminación estructural. Las personas de las comunidades de sexualidades discriminadas y subordinadas, y ciertamente los pueblos originarios –en especial los mapuche en las regiones de la Araucanía y del Biobío–, y las mujeres son víctimas de la violencia, cuya situación este *Informe* destaca en capítulos específicos. La violencia contra otros grupos, como las personas migrantes que sufren racismo y xenofobia de manera verbal, económica y física, y las personas privadas de libertad, la tratamos en capítulos que abarcan aspectos más diversos en relación a los derechos humanos de estos grupos en situación de vulnerabilidad.

La violencia contra las personas de la comunidad LGBTI, lamentablemente, resalta en el capítulo pertinente de este *Informe* 2019. La

homo, lesbo y transfobia se traducen en ataques y agresiones físicas, bullying, suicidio, y en una sensación de inseguridad por parte de las personas pertenecientes a este grupo. El capítulo “Avances y deudas pendientes en tiempos contradictorios” precisamente nos llama la atención en cuanto a la violencia que lleva al suicidio, como lo refleja la carta póstuma de Matías de la Fuente, quien se suicidó debido a la discriminación y violencia sufrida. El capítulo da cuenta de tres asesinatos de hombres gay y –sobre la base al Informe Anual de Movilh–² de un considerable número de agresiones físicas a integrantes de esta comunidad. Esta violencia puede expresarse de muchas maneras: desde el homicidio, como en el caso de la mujer lesbiana Nicole Saavedra, el ataque lesbofóbico a Carolina Torres, que la tuvo al borde de la muerte,³ hasta la violencia en línea contra las mujeres, todos aspectos abordados en el capítulo de la autora Gloria Maira sobre los derechos humanos de las mujeres. En este sentido, es urgente que se persigan los crímenes de odio –no es suficiente la tipificación penal de la que disponemos hasta ahora– y que se realicen modificaciones a la Ley Antidiscriminación. El propio Estado, a través de todos sus agentes, debe avanzar hacia un verdadero reconocimiento y protección de las personas LGBTI, basado en un cambio cultural y se debe proporcionar una clara señal estatal contra discursos e ideologías que justifican o normalizan la discriminación hacia las personas LGBTI. Asimismo, el Estado tiene una obligación en relación a todas las mujeres, para prevenir eficazmente el femicidio y otras formas de violencia misógina, ya sea verbal, psicológica, económica o física.

Expresiones de esta violencia, como el acoso en lugares públicos o a través de las redes sociales, y los femicidios contra la diversidad de mujeres, son problemáticas que no decrecen, pese a la alta visibilidad pública que han adquirido en los últimos tiempos. Nos volvemos a encontrar con las mismas trabas con que tropiezan otras comunidades: falta de información, de regulación y de políticas públicas integrales al respecto, así como debilidades en el acceso a la justicia.

Siguiendo con la violencia estructural, la violencia prevalente contra el pueblo mapuche queda descarnadamente al descubierto frente a la opinión pública nacional e internacional con el caso de Lorenza Cayuán, comunera mapuche privada de libertad que dio a luz engrillada, y con la muerte del comunero mapuche Camilo Catrillanca a manos de efectivos de Carabineros que intentaron encubrir el hecho. El *Informe 2018* no alcanzó a cubrir este caso, pero –si tomamos como referencia los hechos reportados en ese *Informe*– podemos darnos cuenta de que

2 Movilh, XVII Informe Anual de Derechos Humanos, 2019.

3 Chilevisión.cl: “Fractura de cráneo y hemorragia interna: joven lesbiana está grave tras sufrir violenta agresión homofóbica”. 15 de febrero 2019.

el enfoque existente, en relación al pueblo mapuche, sigue siendo el de la seguridad pública, sin tomar en cuenta debidamente las restricciones al uso de la fuerza; y que continúa siendo una deuda el reconocimiento constitucional a nuestros pueblos indígenas y a sus territorios. Esta situación, afecta negativamente no solo al pueblo mapuche, sino a todos los habitantes de la Región de la Araucanía. Los grandes desafíos, en esta materia, seguirán siendo el derecho al territorio, la consulta previa y el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas. Las comunidades indígenas de Chile, han planteado sus demandas vinculándolas al derecho a la tierra, la explotación de los recursos naturales y el agua; todos temas que han sido desatendidos en forma sistemática por el Estado. Así, no será solo la demanda de la tierra lo relevante, sino también la protección de los derechos de las comunidades, desde la óptica del medio ambiente y el desarrollo sustentable bajo el paradigma de la protección de los derechos humanos. Con todo, es necesario que el Estado se haga cargo de los derechos de las personas indígenas, dejando atrás la visión de seguridad nacional y avanzando hacia el reconocimiento, la comprensión, el entendimiento y la construcción de condiciones de vida pacíficas y plenas para ellos y ellas en conjunto con el resto de la sociedad.

DISCRIMINACIÓN ESTRUCTURAL: AVANCES Y DESAFÍOS

La violencia es la punta del iceberg de una discriminación estructural que invisibiliza y, por lo mismo, niega las necesidades específicas de ciertos grupos, como la diversidad sexual, que no se encuentran en la misma posición para ejercer y gozar sus derechos en comparación al resto de las personas. Así, Del Pino, Martínez y Tomicic se refieren al derecho al acceso a servicios de salud mental culturalmente competentes, que obligan al aparato del Estado a satisfacer el núcleo del derecho a la salud. Los autores nos muestran cómo queda aún un gran camino por recorrer para lograr un efectivo apoyo a las personas LGBTI+ bajo los estándares de derechos humanos, en cuanto a accesibilidad y aceptabilidad de los servicios de salud, espacios donde este grupo de personas sufre discriminación directa e indirecta. Estos avances, que deben venir desde el Estado, tienen que expresarse en un desarrollo a nivel cotidiano, precisamente en la capacitación, regulación y fiscalización de los prestadores del sistema de salud mental en Chile.

Sin embargo, estas violaciones en materia de violencia y el derecho a la salud de las personas LGBTI+ no restan valor a los avances que, también, se observan en el periodo que cubre este *Informe*. Así, en materia de identidad de género, la Ley 21.120, publicada el 10 de diciembre de 2018, cuyo objeto es regular los procedimientos para acceder a la rectificación de la partida de nacimiento de una persona en lo relativo a su sexo y nombre, cuando dicha partida no se corresponda o no

sea congruente con su identidad de género, constituye un hito para la comunidad trans. El reglamento fue publicado en agosto de 2019 y entrará en vigencia al final de 2019, asegurando que el acompañamiento y los servicios que deban prestarse para niños, niñas y adolescentes trans en materia de salud sean congruentes con el espíritu de la ley, debiendo acreditarse los profesionales que realicen tales tareas. Finalmente, representa un importante avance para la demanda de la comunidad LGTBI por sus derechos humanos la aprobación de la adopción homoparental, por parte de la Cámara de Diputados, que se suma al acuerdo de solución amistosa ante la CIDH. Este último se alcanzó luego de la presentación del caso de una familia homoparental, pero cuyo sentido era promover cambios relativos al reconocimiento pleno de las familias homoparentales y poner también en el tapete del debate público la persistente invisibilización social de las madres lesbianas.

En materia de los derechos de las mujeres, constituye un avance la discusión en la tramitación de leyes que pretenden proteger de manera más integral a todas las mujeres, tales como el proyecto sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia (Boletín 11.077-07) y la reforma al delito de femicidio para incluir no solo al cónyuge o conviviente, sino también a la persona con que la víctima hubiera tenido una relación afectiva haya o no existido convivencia (Boletín 11.970-34). Sin embargo, las leyes se prueban a través de su implementación, al igual que las políticas públicas sobre el tema, para verificar si se están abordando de manera integral las causas estructurales que ocasionan las vulneraciones a los derechos mencionados.

Así, resulta preocupante, que la Ley 21.030 sobre la despenalización del aborto en tres causales muestre importantes barreras para el acceso a los servicios. El elevado número de médicos, a lo largo del país, que se declaran objetores en los servicios públicos y la apertura incondicionada de la objeción de conciencia institucional a los privados, muestran la falta de reconocimiento a los derechos de las mujeres en toda su amplitud. A esto se suma que siete de las 18 recomendaciones sobre este tema, realizadas en el marco del Examen Periódico Universal, EPU, fueron rechazadas por Chile.

Otro foco de discriminación estructural lo observamos en relación a las personas migrantes, especialmente, las afro-descendientes. El mundo ha transitado por rápidos flujos migratorios ocasionados por desastres naturales, guerras, conflictos políticos, o pobreza, lo que ha obligado a las personas a dejar sus países de origen. Chile se sitúa en un continente donde, durante 2018 y 2019, millones de personas se han visto obligadas a migrar y buscar asilo en países vecinos. Especialmente la situación en Venezuela, donde se violan sistemáticamente los derechos humanos, ha generado preocupación en América del Sur, y las Naciones Unidas estiman

que, por ejemplo, Colombia en 2020 contará con 1.5 millones de migrantes y refugiados venezolanos. Frente a este panorama han surgido eslóganes políticos que crean ambientes propicios para la xenofobia, al identificar al otro —el extranjero— como una persona problemática y amenazante, recreando la imagen de un antisocial extranjero. En ese contexto se generan manifestaciones, no vistas antes, como la llamada Marcha por Chile, organizada por el Partido Social Patriota, contrario a la migración, que se llevó a cabo al cierre de este *Informe*. Esta organización rechaza lo que denomina las políticas “globalistas” de la ONU y repudia el proyecto de nueva ley migratoria impulsada por el gobierno.⁴ Este proyecto ha sido ampliamente criticado por la sociedad civil, pero el motivo que tiene esta agrupación política para hacerlo es distinto, ya que más allá de los cambios legales, ve a la migración como un fenómeno negativo. Al respecto, el Estado tiene una obligación internacional de prevenir que los privados vulneren los derechos humanos, y esto abarca, en especial, el discurso de odio y su prevención.

En relación con lo anterior, la actual administración del presidente Sebastián Piñera, bajo el concepto de “ordenar la casa”, ha realizado una serie de cambios en materia administrativa y en la práctica del procesamiento de visas. Lamentablemente, no se ha logrado el objetivo propuesto, sino, por el contrario, se ha contribuido a estigmatizar a la población migrante y han aumentado los ingresos clandestinos al país de personas en situación de vulnerabilidad. En este periodo, pudimos observar un plan de retorno asistido con un sesgo de una política racializada, y además ver cómo el gobierno entrega mensajes equívocos: por una parte, muestra su preocupación respecto a los derechos humanos en Venezuela y, por otra, ha restringido arbitrariamente las solicitudes de asilo para personas que han llegado a Chile, precisamente debido a la crisis sociopolítica en ese país, y les ha impuesto un visado consular de turismo que ha provocado situaciones de alta vulnerabilidad. Por otra parte, felicitamos la creación de un sistema de citas online (versus las antiguas filas afuera del Departamento de Extranjería), pero hacemos hincapié en las falencias que este sistema aún tiene y la vulneración a los derechos que provoca, a veces, en las personas migrantes.

Con independencia de la mayor o menor cobertura mediática del tema, la infancia ha sido una materia de preocupación constante en nuestros *Informes*. A pesar de la adopción de distintas leyes en los últimos años, y la creación de una Defensoría para la Niñez, Chile mantiene una deuda gigante con sus niños y niñas y así lo muestra este *Informe*. Se observan avances, como la aprobación de la Ley de

4 Radio UChile: “Intendencia Metropolitana autoriza marcha anti inmigrantes para este sábado”. 6 de septiembre de 2019.

imprescriptibilidad de delitos sexuales contra menores de edad, así como la puesta en marcha del sistema de entrevistas videograbadas y otras medidas respecto de niños y niñas víctimas de delitos sexuales. Sin embargo, ello contrasta con las dilaciones en la tramitación y aprobación de otras leyes primordiales en la materia y las problemáticas existentes en lo que se refiere a la adopción, al derecho a ser oído de niños y niñas, y las respuestas de Chile ante las recomendaciones del Comité de Derechos del Niño. En esto último, especialmente, las recomendaciones que apuntan a la implementación de los cambios requeridos para el sistema residencial, incluyendo una visión de género, y la falta de avances en la tramitación del proyecto de ley sobre protección integral de la infancia, entre otras.

En cuanto al derecho a la educación de niñas, niños y adolescentes, el *Informe* constata efectos positivos como la disminución de la discriminación indirecta por razones socio-económicas, fruto de la implementación de la Ley 20.845 sobre inclusión escolar. Sin embargo, el sistema de admisión que propuso el Ejecutivo al Parlamento llamado “proyecto de admisión justa”, resulta inadecuado, a la luz de los estándares internacionales, pues fomentaría la discriminación indirecta de niños y niñas en su ingreso al sistema escolar y no avanza en el acceso a la educación. Aunque el proyecto de ley en específico fue rechazado por la Cámara de Diputados y no sigue en tramitación, el capítulo muestra que las enmiendas al sistema actual no pueden consistir en la reintroducción de criterios de mérito —por su efecto de discriminación indirecta—, sino que debieran apuntar a extender las garantías de no discriminación a los colegios de educación privada, en virtud de la obligación internacional del Estado de proteger a todos los niños y niñas contra la discriminación.

Otras de las deudas pendientes dice relación con un grupo humano muy olvidado en nuestra sociedad: las personas privadas de libertad. Ante un discurso centrado en el combate a la delincuencia, fácilmente se olvida que pese a la privación de libertad, las y los internos tienen derecho a la protección de sus derechos, máxime si están bajo la tutela del Estado. En este sentido, el capítulo sobre la situación carcelaria revela los problemas en el acceso a prestaciones de salud adecuadas, en el tiempo requerido, para las personas privadas de libertad. Se han podido constatar casos lamentables como el de Marcos Valdés Araneda, quien falleció tras un diagnóstico tardío en el Hospital Penitenciario, o el de Lorenza Cayuhán, comunera mapuche que tuvo que dar a luz con grilletes, o el reciente caso de una interna del Penal de Concepción, quien sufrió la falta de atención

y la violencia obstétrica durante el parto.⁵ Estas son algunas de las violaciones más visibles, pero, en ningún caso, excepciones, ya que la evidencia recabada en este *Informe* muestra que el problema del acceso a la salud para las personas privadas de libertad es sistémico y constituye una violación de obligaciones básicas relacionadas con este derecho.

La precarización del trabajo en Chile y las condiciones de dignidad se ven vulneradas en situaciones cotidianas que no siempre cuestionamos y que analizamos en este *Informe*, como en el caso del trabajo desprotegido. Las aplicaciones como *Uber* para transportarse o para recibir comida, o servicios de entrega a domicilio de productos a través de repartidores, no nos alarman, porque en principio facilitan aspectos de nuestra vida cotidiana. Sin embargo, basta detenerse en las condiciones laborales y en la ausencia de protección de estos trabajadores y trabajadoras para comprender que ellos y ellas tienen trabajos precarizados, que no cuentan con la protección laboral mínima, que sería inherente a un contrato de trabajo. Así, las personas asumen, obligadas por necesidad, todos los riesgos de las labores que desempeñan: desde los accidentes laborales hasta el no pago de los servicios por los cuales han sido llamados. Otros trabajadores que se han movilizado han mostrado otra cara de la precarización. Es el caso de los trabajadores portuarios eventuales, quienes tienen unos contratos de trabajo muy especiales, normalmente de una duración total de siete horas y media, que son contrato y finiquito al mismo tiempo, y no responden a los estándares de protección laboral que exige el derecho internacional aceptado por Chile. Nos parece que las cifras indican que el fenómeno del trabajo precarizado afecta mayoritariamente a personas de nivel socio-económico modesto y, por lo tanto, la falta de regulación laboral en estos sectores constituye, además, una discriminación indirecta que el Estado debiera enfrentar.

Finalmente, el *Informe* revisa en qué medida las políticas públicas están preparadas para enfrentar la contaminación de aire. En la antecámara de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático (COP25) a realizarse en Santiago de Chile, este tema nos pareció particularmente pertinente de abordar. Mientras en *Informes* anteriores analizamos las crisis ambientales que experimentan en forma sistemática las comunidades de Puchuncaví y Quintero, donde las condiciones de vida y la salud de sus habitantes se encuentran afectadas gravemente por la contaminación del aire, la tierra y las zonas costeras, en esta oportunidad nos preguntamos por la calidad del aire en nuestro país

5 Corte de Apelaciones de Concepción, Instituto Nacional de Derechos Humanos con Hospital Regional Guillermo Grant Benavente de Concepción, rol 8642-2019, 13 de septiembre de 2019.

desde un punto de vista del acceso a la información, en cuanto a su disponibilidad, calidad y validez. Así, Hervé y Schönsteiner concluyen que, en muchas localidades de nuestro país –no solamente en las zonas afectadas por discriminación en materia de justicia ambiental– se evidencia una falta de información que impide tomar decisiones de políticas públicas adecuadas con el objetivo de proteger el derecho a la salud de las personas. Las deficiencias en el derecho al acceso a la información ambiental son sistémicas y afectan la posibilidad de la participación de ciudadanos y ciudadanas en relación al derecho de vivir en un medioambiente sano, así como también a incidir en las medidas para mitigar los efectos adversos del cambio climático en nuestro entorno.

LAS DEUDAS PENDIENTES DEL PASADO

Han transcurrido más de 46 años desde el golpe de Estado de 1973, y por más de 29 años, desde la recuperación democrática en 1990, los avances en materia de verdad y justicia han sido lentos, aunque se le haya reconocido a Chile el haber avanzado en justicia transicional. Este año ha sido particularmente simbólico. Por una parte, porque desde el Ejecutivo no hubo reconocimiento de la fecha conmemorativa del 11 de septiembre. Y por otra, el gobierno reaccionó rechazando la alusión del Presidente de Brasil, Jair Bolsonaro, al asesinato del padre de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos, Michelle Bachelet,⁶ agregando, a la vez, que “toda persona tiene derecho a tener su propio juicio histórico sobre los Gobiernos que tuvimos en Chile en la década de los 70 y los 80”.⁷

De manera más estructural, el capítulo sobre justicia transicional de este *Informe* muestra que hay deudas graves en materia de reparaciones para asegurar derechos económicos, sociales y culturales a los familiares de detenidos-desaparecidos y ejecutados políticos, y a los y las sobrevivientes de prisión política y tortura. Así, el proceso de justicia transicional en Chile mantiene deudas, porque no se ha ocupado de la violencia cultural y estructural que aún existe en torno a la temática, y hace falta hacerse cargo de los costos sociales y económicos heredados de la dictadura. Por lo mismo, preocupa que Chile todavía no haya implementado todas las recomendaciones que se le han hecho por órganos internacionales en materia de justicia transicional. Lamentamos también que, por primera vez en nueve ediciones del capítulo de justicia transicional en el *Informe*, el Estado no se hizo cargo de ninguna de las recomendaciones que hicimos el año pasado.

El rol de la sociedad civil y de la academia, vinculado a la promoción y protección de los derechos humanos, es advertir los logros y felicitarlos

6 France24: “Piñera repudia las palabras de Bolsonaro sobre Bachelet”. 5 de septiembre de 2019.

7 Cooperativa: “Piñera: No comparto la alusión de Bolsonaro respecto a Bachelet y su padre”. 4 de septiembre de 2019.

y, de la misma manera, llamar la atención sobre los desafíos y las deudas pendientes, teniendo como estándar el derecho internacional de los derechos humanos. La ausencia de una mirada crítica frente a la política pública, las actuaciones del Poder Judicial y, en general, sobre el quehacer de los agentes del Estado no permite que se enmiende el rumbo. Esperamos que este *Informe* sea una contribución para rectificar esa tendencia.

Este *Informe* no sería posible sin la colaboración de muchas personas en la elaboración de sus capítulos, por cierto del equipo del Observatorio de Justicia Transicional que encabeza la profesora Cath Collins, junto a Daniela Accatino, Francisco Bustos, Boris Hau, Andrea Ordóñez, Francisco Ugás, Loreto López; las y los colaboradoras/es temáticos, Karen Cea, Bernardita García, Karinna Fernández, María José Jorquera, Natalia Labbé, y Daniela Méndez, y los ayudantes Felipe Álvarez, Nadia Marchant y Elisa Franco en el capítulo “Memoria en tiempos de cólera: Verdad, justicia, reparaciones y garantías de no repetición por los crímenes de la dictadura chilena”. A nuestros colegas Sebastián Del Pino, Claudio Martínez y Alemka Tomicic, estos últimos profesores de la Facultad de Psicología de la Universidad Diego Portales, por la preparación de la investigación “Disparidades y barreras de acceso a la salud mental en personas LGBTI+: el derecho a una atención culturalmente competente” y a sus ayudantes Sebastián Sandoval y Valeria Álvarez. Al profesor Tomás Vial y los y las ayudantes David de Vera, Nicole Parra, Sebastián Gajardo y Nicolás Pérez en la elaboración del capítulo sobre derechos de las personas LGBTI “Avances y deudas pendientes en tiempos contradictorios”. Además, a Alberto Coddou, de la Universidad Austral de Chile, que junto con sus ayudantes Mariana Sandoval y Cristián Fuentes, preparó el capítulo “La institucionalidad de Derechos Humanos en Chile: el Instituto Nacional de Derechos Humanos, la Subsecretaría de Derechos Humanos, y la política exterior chilena”. Agradecemos también a Antonia Rivas –y sus ayudantes Camila Durán, Felipe Puelma y Gonzalo Mellado– por la preparación del capítulo “Derechos humanos de los pueblos indígenas en Chile”. A Claudia Charles y Fernanda Gutiérrez, ambas del equipo de la Clínica Jurídica de Migrantes y Refugiados de nuestra Facultad, y los y las ayudantes Claudia Céspedes, Camila Huenuqueo, Ignacio Fuentes y Natalia Araya, en el capítulo sobre derechos de las personas migrantes, solicitantes de asilo y refugiadas, titulado: “¿Procedimientos ordenados, seguros y regulares? Medidas administrativas en migración y asilo bajo los estándares de los derechos humanos”. A su vez, a las profesoras Paula Correa y Ester Valenzuela, y a la ayudante Daniela Inostroza, en el capítulo sobre derechos humanos de niños, niñas y adolescentes: “Infancia primero: Lo prometido es deuda”. A los profesores Miguel Órdenes y Liliana Ramos de la Facultad de Educación, con la colaboración de la profesora Judith Schönsteiner, por la elaboración del capítulo sobre derecho a la educación, titulado “Proyecto

de admisión ¿justa? Análisis a la luz de los estándares internacionales de derechos humanos en materia de educación”, así como a los/as ayudantes Manuel Sepúlveda, Victoria Godoy y Víctor Fuentes. A Gloria Maira y las ayudantes Ayleen Valencia, Catalina Arancibia, Javiera Miranda y Rocío Campos, por el capítulo sobre derechos humanos de las mujeres: “La violencia en línea contra las mujeres”. Agradecemos a la profesora Karla Varas, de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, quien preparó, junto a los ayudantes Andrés Moreno e Ives Tapia, el capítulo “Empleo desprotegido en Chile”. Al profesor Eduardo Alcaíno, quien, junto a los y las ayudantes Camila Jara, Javiera Alberti, Marcela Vilches y Nicolás Espinoza, escribió el capítulo sobre “Las personas privadas de libertad y el acceso a prestaciones de salud en las cárceles chilenas”. Por último, igualmente, a la profesora Dominique Hervé quien, en conjunto con la profesora Judith Schönsteiner, prepararon el capítulo relativo al “Estado de la Información sobre calidad de aire en Chile” junto a los y las ayudantes Carri Lezaeta, Roxana Núñez, Matías Barraza y Franco Contreras.

Apreciamos especialmente que este *Informe*, tal como en años anteriores, cuente con trabajo interdisciplinario, posible gracias a la colaboración de académicos y académicas de la Facultad de Educación⁸ y Psicología⁹ de la Universidad Diego Portales. Además, nos complace, en particular, poder contar con colegas de la Universidad Austral,¹⁰ de la Universidad Andrés Bello¹¹ y de la Universidad Católica de Valparaíso,¹² como autores y autoras que han escrito para el presente *Informe*.

Este *Informe* cuenta, además, con el valioso y acucioso trabajo de Vicente Parrini como editor de estilo, Sonia Kuzmanic en la corrección de pruebas, y el apoyo de Carmen Gloria Álvarez, asistente del Centro de Derechos Humanos, así como de Daniela Inostroza, Jorge Romo y el equipo de comunicaciones UDP en la difusión. A todos y todas agradecemos cordialmente.

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

Francisca Vargas Rivas
Editora Informe Anual De Derechos Humanos UDP

8 Liliانا Ramos y Miguel Órdenes.

9 Claudio Martínez y Alemka Tomicic.

10 Alberto Coddou.

11 Tomás Vial.

12 Karla Varas.

**PRIMERA PARTE:
ACTUALIDAD 2018 - 2019**

LA MEMORIA EN LOS TIEMPOS DEL CÓLERA: VERDAD, JUSTICIA, REPARACIONES, Y GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN POR LOS CRÍMENES DE LA DICTADURA CHILENA¹

- 1 Capítulo preparado por Cath Collins y las y los colaboradores del Observatorio de Justicia Transicional de la UDP (en adelante, Observatorio). El Observatorio realiza, desde 2009, un permanente análisis interdisciplinario en materia de verdad, justicia, reparaciones y memoria por violaciones masivas a los derechos humanos ocurridas en Chile durante la dictadura cívico-militar de 1973 a 1990. Participaron en el presente capítulo, ad honorem, las y los investigadores Daniela Accatino, Francisco Bustos, Boris Hau, Loreto López, Andrea Ordóñez, Francisco Ugás; las y los colaboradores temáticos, Karen Cea, Karinna Fernández, Bernadita García, María José Jorquera, Natalia Labbé, y Daniela Méndez; y como ayudantes, Felipe Álvarez, Elisa Franco y Nadia Marchant. La coordinación, redacción y edición general estuvo a cargo de Cath Collins, catedrática de justicia de transición de la Universidad de Ulster, Reino Unido, y directora del Observatorio. Agradecemos a todas las personas, organizaciones e instituciones que colaboraron con entrevistas e información, y a Open Society Foundations, organización que apoya la línea de investigación que informa la sección sobre búsqueda de personas detenidas-desaparecidas. Dedicamos esta edición a la memoria de Pepe Aldunate, S.J. 1917-2019.

SÍNTESIS

Por noveno año consecutivo, el capítulo sobre verdad, justicia, reparaciones y garantías de no-repetición, que siempre abre este Informe, ha sido preparado por el Observatorio de Justicia Transicional, un proyecto de investigación continua, de la Universidad Diego Portales, que nació a fines de 2008. En algo más de una década de existencia, el Observatorio ha publicado más de medio centenar de boletines, así como otros numerosos documentos de análisis, fruto de una investigación permanente y de un diálogo activo con actores claves relevantes, tanto dentro del país como a lo largo de la región latinoamericana. En esta década, hemos observado y acompañado una evolución general de estandartes y de conceptualización dentro del campo de la justicia transicional. Dicho campo ha tendido a ampliar tanto sus parámetros de temporalización como el ámbito de sus preocupaciones, abarcando cada vez con mayor frecuencia, no solamente las manifestaciones inmediatas, sino también los efectos perniciosos más duraderos de las catástrofes humanas, sociales e incluso medioambientales provocadas por la violencia política, y/o las graves violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario. La trayectoria chilena en justicia transicional suele registrar un marcado contraste frente a estos horizontes expansivos, al menos en lo que a medidas oficiales respecta, con esfuerzos notables y repetidos por circunscribir el ámbito temporal y/o temático de las reivindicaciones de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición que surjan o que sean atendidas. No obstante, la resiliencia, insistencia, y periódica nueva irrupción de esta agenda demuestran, una y otra vez, la imperecedera vigencia de estos temas. Sus efectos no se circunscriben solamente a las generaciones más visible o directamente afectadas, sino que, además, subyacen muchas de las fisuras sociales, políticas y económicas de hoy. En este capítulo prestamos particular atención a las dimensiones económicas, sociales y culturales del legado vivo de la dictadura, así como a los múltiples desafíos sin saldar en materia de reparación. Lo hacemos

en tiempos en que se hacen cada vez más manifiestas las consecuencias negativas y peligrosas para la convivencia, de discursos públicos beligerantes, despreocupados de la verdad y/o padecientes de una amnesia selectiva ante nuestra historia reciente.

INTRODUCCIÓN

El saliente Relator Especial de la ONU sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición publicó, en 2017, un estudio mundial sobre justicia transicional como concepto y como práctica.² Señaló, entre los logros de casi cuatro décadas de práctica y reflexión, el haber ampliado nuestra noción de “justicia” para entender la imperante necesidad de abarcar, en igual medida que la justicia penal, la verdad, las reparaciones (incluyendo indemnización civil), y las garantías de no repetición. Celebró también, el paulatino reconocimiento de que la verdad es un derecho de la sociedad entera, no un bien privado que solamente puede ser exigido por víctimas, familiares o sobrevivientes. Relevó, asimismo, el hecho de habernos dado cuenta de que la participación de víctimas y sus familiares, además de ser una exigencia ética y moral, es también un *sine qua non* para conseguir éxito y eficacia: reconocimiento que debería redundar en su inclusión en el diseño y la operación, no solamente en la evaluación, de políticas o acciones públicas en justicia transicional. Llamó a valorar intervenciones que prometen “cambiar disposiciones culturales y personales”, y resaltó la “potencialidad preventiva” de medidas que fortalecen la sociedad civil. Lamentó, por otra parte, “una tendencia muy extendida, de parte de los gobiernos... de entablar relaciones de desconfianza, o incluso antagónicas, con la sociedad civil”.³ Todas estas observaciones interpelan con fuerza a la trayectoria y experiencia chilena actual en materia de justicia transicional. Como veremos abajo, han estado demasiado presentes la insularidad y el aislamiento de las dimensiones de la justicia transicional entre sí; la tendencia a anular o abandonar, silenciosamente, medidas —o énfasis— alguna vez prometidas o anunciadas, y el hábito de erigir, y celosamente defender,

2 A/HRC/36/50/Add.1, ONU, *Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición acerca de su estudio mundial sobre la justicia de transición*, 7 de agosto de 2017. Su autor es Pablo de Greiff. Traducción realizada por el Observatorio del texto oficial original en inglés.

3 Toda cita textual tomada de A/HRC/36/50/Add.1, ONU, op. cit.

una muralla entre lo estatal y lo ciudadano. Todos esos defectos siguen impidiendo la realización plena, incluso de la potencial que tienen, las medidas ya existentes y los espacios alguna vez conquistados. Por otra parte, nos hemos cegado a la necesidad de un cambio transversal –cultural y personal– que llama a abandonar los antagonismos estériles. De lo contrario, existe un real peligro de que el actual escenario regional e internacional exacerbe la violencia verbal y simbólica que, con demasiada frecuencia, caracteriza nuestros necesarios debates sobre el pasado reciente, y su continua manifestación y representación en el presente.

Por otra parte, y también con clara resonancia particular para Chile, un reciente informe del nuevo Relator Especial de la ONU en la misma materia, ha señalado la importancia de que la justicia transicional brinde atención a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC).⁴ Esta orientación, producto en parte del deseo de identificar mecanismos de prevención de nuevos conflictos y/o quiebres institucionales, se suma a varios otros pronunciamientos similares emanados desde Naciones Unidas. Ya en el año 2006, la oficina del alto comisionado de la ONU para los Derechos Humanos venía señalando que la justicia transicional debe apoyar la transformación de sociedades oprimidas en sociedades libres, enfrentando las graves violaciones de los DESC.⁵ Asimismo, en 2010, la Nota orientativa sobre el enfoque de las Naciones Unidas a la justicia de transición, recomendó a los Estados “garantizar que los procesos y mecanismos de la justicia transicional tomen en consideración las causas profundas de un conflicto o un gobierno represivo y combatan las violaciones que se cometan de todos los derechos, incluidos los DESC”.⁶ Pese a estos llamados, y a pesar de haber sufrido una de las experiencias de violencia autoritaria más marcadamente regresiva en materia de igualdad, la justicia transicional en Chile sigue marginando los DESC. Según la experta Naomi Roht-Arriaza, Chile se destaca mundialmente por tres características de su pre y post transición: primero, haber sido el “niño símbolo” de la noción de que la supresión violenta de costos sociales era servicial o incluso necesaria para la transformación (liberalización) económica; segundo, la mentira oficial de que dicha transformación se habría realizado sin corrupción y saqueo a gran escala; y tercero, “el silencio sobre el tema de complicidad del sector privado... y la forma en que las políticas económicas contribuyeron a la debacle de los

4 A/73/336, ONU, *Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación, y las garantías de no-repetición*, 23 de agosto de 2018. El Informe es autoría de Fabián Salvioli, quien reemplazó, a partir del 1 de mayo de 2018, al saliente relator Pablo de Greiff, quien cumplía dos periodos de mandato.

5 Louise Arbour, “Economic and Social Justice for Societies in Transition”, *Center for Human Rights and Global Justice*, Working Paper 10, 2006.

6 ONU, *Guidance note of the Secretary-General. United Nations Approach to Transitional Justice*, 2010. Traducción nuestra.

derechos humanos”.⁷ Los procesos chilenos de justicia transicional hasta el momento –en particular, los oficialmente refrendados– se han centrado más bien en develar la violencia física del régimen y la afectación a derechos civiles y políticos. Falta prestar mayor atención a la violencia cultural y la violencia estructural que aún subsisten, cuya subsanación o mitigación son vitales para cualquier transición verdaderamente transformadora.⁸ Por ello, a efectos de aportar a la construcción de una verdad pública que contemple todos los derechos que fueron vulnerados, la presente edición de nuestro *Informe* pone especial énfasis en estas materias. Realizamos un análisis sintético de las principales acciones oficiales en justicia transicional en Chile, evaluadas desde la mirada de los DESC. Correlativamente, hacemos mención a las serias y masivas violaciones a estos derechos cometidas en dictadura y relegadas o invisibilizadas a lo largo de los años. En la sección 3.5.5, además, se resumen los principales argumentos de un reciente y exhaustivo estudio nacional relevante.

1. TEMAS PROMINENTES

Marco Normativo y balance general

1.1.1 Examen Periódico Universal y otros exámenes de Chile ante el Sistema Universal

En enero de 2019, Chile rindió su tercer Examen Periódico Universal (EPU) ante el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. La delegación de Chile, encabezada por la subsecretaria de Derechos Humanos, Lorena Recabarren, reunió altos representantes de los tres poderes del Estado. Los Estados participantes dialogaron con la delegación chilena en base a un informe oficial, informes “sombra”, preparados por organizaciones de la sociedad civil, y un informe complementario preparado por el Instituto Nacional de Derechos Humanos, INDH. Los resultados recogieron 266 recomendaciones realizadas a Chile por los Estados participantes.⁹ Los Estados que rinden examen suelen responder “aceptando” o “anotando” cada recomendación, donde ‘anotar’ connota objetar, corregir o derechamente no reconocer

7 Naomi Roht-Arriaza, “La tardía centralidad de la dimensión económica en la justicia transicional”, en Bohoslavsky y otros (eds.), *Complicidad económica con la dictadura chilena: Un país desigual a la fuerza*, Santiago, LOM, 2019, pp. 47 y 48.

8 Johan Galtung, *Tras la violencia, 3R: reconstrucción, reconciliación, resolución. Afrontando los efectos visibles e invisibles de la guerra y la violencia*, Bilbao, Red Gernika, 1998. En Chile, la Fundación Sol ha investigado la violencia estructural que legó la dictadura, mencionando, precisamente, las reformas a los sistemas de educación, salud, y seguridad social. Fundación Sol: “La violencia estructural y cotidiana a 40 años del Golpe: los 11 pilares dictatoriales que sostienen el modelo”, 12 de septiembre de 2013.

9 Plasmados en A/HRC/41/6, ONU, *Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal: Chile*, 2 de abril de 2019. Cada recomendación representa solamente la posición del Estado, o Estados, que la formula.

lo manifestado.¹⁰ Chile aceptó 211 recomendaciones, anotó parcial o completamente a 37 más, y no aceptó o no consideró a 18. Estas últimas incluyen algunas que Chile declinó a considerar por ser “emitidas por representantes de un régimen [Venezuela] cuya legitimidad no es reconocida por el gobierno de Chile”.¹¹ Un comentario nacional, formulado por varias organizaciones de DDHH y publicado por la Universidad de Chile, observó que, con ello, Chile aceptó un 10% menos de las recomendaciones que en su último examen, en 2014.¹²

Desde una perspectiva de garantías de no-repetición, en estricto rigor todas las recomendaciones son relevantes para la justicia transicional, en cuanto velen por mejorar la protección a los derechos humanos. No obstante, si nos limitamos a las que hacen referencia explícita o manifiesta, a la agenda de verdad, justicia y reparaciones por crímenes de la dictadura, un primer grupo de recomendaciones (Nos. 125.2 y 125.3) instan a ratificar la Convención de imprescriptibilidad de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, de 1968. Ante ellas, el Estado “tomó nota”, argumentando que no puede comprometer una fecha de cumplimiento por depender de la aprobación del Congreso Nacional. Ante ello, hay que recordar la respuesta colectiva publicada por la Universidad de Chile, en la que se señala que el Estado actúa como uno solo ante los organismos internacionales, por lo cual “no puede excusar el cumplimiento de sus obligaciones internacionales alegando que ello depende de alguno de los órganos que lo integran.”¹³ Un proyecto ley –Boletín 1265-10– para la mencionada ratificación ha estado en trámite desde hace una década y media, pero se encuentra sin urgencia (desde 2014). Las recomendaciones 125.21 a 125.24, todas aceptadas, emplazan a la implementación y/o aplicación del Plan Nacional de DDHH, prometido e incluso publicado por la administración anterior, pero aparentemente aún sin vigencia actual en el país.¹⁴ El Estado “tomó nota” ante recomendación 125.52 –que lo insta a “considerar derogar el Decreto Ley de Amnistía”–, aduciendo que la Corte Suprema lo “ha dejado sin aplicación”. No mencionó que este cambio interpretativo es perfectamente reversible, ni que la Corte Interamericana de DDHH y diversos otros organismos internacionales han reiterado la misma recomendación.

10 En el primer ciclo de la EPU, se permitía además “rechazar”; opción que luego fue retirada por estimar que los Estados que han optado por formar parte del sistema universal de protección y promoción de los DDHH no pueden renegar de las obligaciones inherentes a ello.

11 A/HRC/41/6/Add.1, op.cit., p. 41.

12 “Observaciones a respuesta de Chile a EPU 2019”, declaración publicada en el sitio web del Centro de DDHH de la Universidad de Chile, 4 de julio de 2019, <http://www.uchile.cl/noticias/155353/observaciones-a-respuesta-de-chile-a-epu-2019>.

13 “Observaciones a respuesta de Chile a EPU 2019”, op.cit.

14 Ver abajo, sección 3.6.1.

Las recomendaciones 125.83 y 125.84, que urgen juicio y sanciones proporcionales por los crímenes de la dictadura, fueron aceptadas. También lo fue la recomendación 123.85, que plantea “seguir abordando” la justicia transicional en el país. Sin embargo, ante recomendación 125.82 –establecimiento de un mecanismo permanente para reconocer el derecho pleno de las víctimas a reparación– el Estado se limita a “tomar nota”, manifestando su “intención de continuar con la implementación de las medidas... establecidas” (párr. 22). En los hechos, contar con un mecanismo o ente rector permanente, que no solo administre medidas existentes, sino que también las mejore, y califique nuevos casos, es una necesidad urgente. Además, es una de las promesas oficialistas anteriores de las que se ha tomado creciente distancia desde 2018, como detallamos a continuación. Chile anotó parcialmente la recomendación 125.85, objetando la aseveración de que muchas víctimas o familiares “aún no han recibido la reparación apropiada”,¹⁵ por considerarla incompatible con “el esfuerzo realizado por Chile para avanzar” (párr. 37). Aquella objeción confunde esfuerzos con resultados, ya que es evidente que lo realizado no está a la altura de lo requerido.¹⁶

La recomendación 125.81 urge porque se mantenga la investigación de las desapariciones aún no aclaradas y se persista en el diálogo con el Grupo de Trabajo de la ONU en la materia. Chile “toma nota”, sin aceptar, argumentando que “el ordenamiento jurídico hoy contempla mecanismos que permiten realizar una investigación pronta, imparcial y efectiva de denuncias de desaparición forzada” (A/HRC/41/6 Add.1 párr. 21). No se explicita que la tipificación de desaparición forzada, como delito autónomo es una obligación que el derecho internacional vigente impone, y que ha estado en segundo trámite constitucional, desde agosto de 2017, sin ser dotado nunca de urgencia por el Ejecutivo. Dicho proyecto, iniciado en 2014, tipificaría la desaparición forzada como crimen común, aplicable en casos como los de José Huenante, José Vergara o Hugo Arispe, que constituyen desaparición forzada sin ascender a la sistematicidad que los convertiría en crímenes de lesa humanidad.¹⁷ La desaparición forzada en tanto crimen de lesa humanidad, está contemplado y tipificado (si bien de modo notoriamente

15 Traducción del Observatorio, frase original citada en inglés.

16 Ver sección 5 del presente *Informe*, y secciones análogas de ediciones anteriores.

17 A esos tres casos, generalmente señalados como los únicos hasta hoy conocidos de desaparición forzada ocurrida en democracia, el Comité contra la Desaparición Forzada de la ONU, y el INDH, hacen alusión a un posible cuarto caso, el de Ricardo Harex, así como a recientes denuncias de “adopciones irregulares” cometidas durante y post dictadura. Ver sección 1.3.

deficiente) en la Ley 20.357, de 2009.¹⁸ No obstante, dicha Ley no aplica en casos contemporáneos que no revisten el carácter de lesa humanidad, mientras que para los casos de tiempos de dictadura su uso está excluido, siguiendo la práctica adoptada por el Estatuto de Roma de 1998, en relación a la no-retroactividad.

Chile presentó, además, dos informes temáticos ante el Sistema Universal: en materia de tortura, en julio de 2018, y sobre desaparición forzada, en abril de 2019 (sobre ello, ver sección 1.3). El primero fue presentado ante el Comité contra la Tortura de la ONU (en adelante, CAT) en julio de 2018, con tres años de retraso. Las observaciones finales del CAT subrayaron que diversas recomendaciones anteriores, señaladas como prioritarias, aún no han sido aceptadas o plenamente implementadas.¹⁹ Ellas incluyen la derogación del artículo 19.992, que establece el ‘secreto Valech’; la nulificación legislativa de los efectos del (aún vigente) Decreto Ley de Amnistía de 1978; una instancia de calificación permanente de víctimas y sobrevivientes, y la mejora de medidas de reparación. Tanto el CAT como el INDH observaron que, si bien la Ley 20.968 ha introducido una definición mejorada de “tortura” a los arts. 150A y 150B del Código Penal –que históricamente ni siquiera usaban el término “tortura”–, las penas contempladas todavía no se ajustan a la gravedad del crimen.²⁰ El CAT celebró el hecho de que el Poder Judicial, actualmente, reconozca la compatibilidad de reparación administrativa e indemnización civil, y la imprescriptibilidad civil de la tortura en tanto crimen de lesa humanidad. La imprescriptibilidad en materia civil, sostenida hoy por mayoría en la Sala Penal de la Corte Suprema, fue avalada también por la Corte IDH, a fines del 2018 en el caso *Ordenes Guerra*.²¹ Actualmente se encuentra vigente (admitida) ante la Comisión Interamericana de DDHH, CIDH, otra petición, en materia similar, interpuesta por familiares de una víctima de desaparición forzada.²²

El CAT instó, a su vez, a que se derogue por completo la prescripción de la tortura, cométase o no en un contexto de crimen de lesa

18 Las deficiencias incluyen una alusión a una duración de “largo tiempo”, en circunstancias de que la jurisprudencia internacional rechaza la fijación de plazos mínimos (ver, *inter alia*, CED/C/10/D/1/2013, ONU, dictamen del Comité contra la Desaparición Forzada de la ONU en *Yrusta versus Argentina*).

19 CAT/C/CHL/CO/R.6, *Observaciones Finales sobre el sexto informe periódico de Chile*, aprobado el 9 de agosto de 2018, párr. 9.

20 CAT/C/CHL/CO/R.6, ONU, op. cit., e INDH, Informe Complementario, op.cit. párr. 4.

21 Corte IDH, *Caso Ordenes Guerra y Otros versus Chile*, Sentencia Fondo, Reparaciones y Costas. 29 de noviembre de 2018. Ver también secciones 1.2.2 y 3.1, a continuación.

22 CIDH, Informe No. 5/19, *Petición 1560-08. Admisibilidad. Juan Paredes Barrientos y Familia versus Chile*. 31 de enero de 2019.

humanidad.²³ También comentó que el Estado había proporcionado “escasa información” sobre juicios actuales, sus resultados y el cumplimiento efectivo de las penas impuestas. Aquella escasez es exacerbada, a juicio del Observatorio, por el hecho de que el principal ente fuera del Poder Judicial que impulsa la persecución penal de crímenes de lesa humanidad –la Unidad Programa de DDHH– solamente actúa en casos de desaparición o ejecución, y además hace años dejó de producir datos que permitan el monitoreo de ellos. El CAT llamó, además, a fortalecer medidas preventivas, entre ellas, principalmente, el Mecanismo Nacional de Prevención que requiere el Protocolo Optativo firmado por Chile. Ocho meses más tarde, el 25 de abril de 2019, se aprobó la Ley 21.154, designando al INDH como mecanismo nacional de prevención.

1.1.2 Justicia transicional en Chile desde una óptica DESC

El régimen cívico-militar chileno cometió graves violaciones tanto a los derechos civiles y políticos, como a los llamados derechos económicos, sociales y culturales (en adelante, DESC). Respecto de estos últimos, el modelo económico impuesto aparejó medidas regresivas en educación, salud y seguridad social. Asimismo, se vulneraron abiertamente el derecho a la huelga y el derecho a la libertad sindical, mediante su prohibición. Se vivieron, además, despidos masivos injustificados, cláusulas discriminatorias en la prestación de servicios sociales, desalojos forzosos y censura de expresiones culturales (incluyendo el acoso y arresto de escritores y artistas, y la quema de libros).²⁴ Con ello, se desconocieron de la peor manera, las obligaciones de respeto y realización progresiva de los DESC adquiridas por el Estado antes del golpe militar de 1973.²⁵ No obstante, al examinar las iniciativas chilenas en justicia transicional desde la óptica de los DESC, se evidencia el desconocimiento de dichas violaciones, o su marginalización, planteándolas como meras cuestiones de contexto, o como consecuencias colaterales del régimen. En el mejor de los casos, se observan algunas acciones de reparación ante vulneraciones de algunos DESC, pero en general, sin duda alguna, la respuesta ha sido inadecuada ante la dimensión del daño.

23 CAT/C/CHL/CO/R.6, ONU, op.cit., párr. 11. El mismo punto fue enfatizado por el INDH en su Informe Complementario, 18 de junio de 2018, párrs. 7 y 8, donde se observa que los plazos de prescripción establecidos por la Ley 20.968 son de solamente cinco a 10 años.

24 ONU, Resolución de la Asamblea General (AG) No. 34/179, 7 de febrero de 1980, 4.d; Resolución AG No. 46/161, 4 de diciembre de 1986 9.k; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR) E/C.12/1988/4, Reporte del 2do Período de Sesiones (Chile), 8-25 de febrero de 1988, párrs. 202, 206.

25 A la fecha del golpe, el Estado de Chile había suscrito y ratificado el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Sin embargo, el instrumento no fue publicado en el Diario Oficial hasta el último año de la dictadura, mediante Decreto 326/1989, del 27 de mayo de 1989.

La Comisión Rettig, por ejemplo, si bien señaló expresamente la indivisibilidad e interdependencia de los DDHH, también reconoció que su mandato se limitó a considerar la violación del derecho a la vida y a la integridad física.²⁶ Tanto el Informe Rettig como el de la primera Comisión Valech, hicieron caso omiso de violaciones como el desalojo forzoso de poblaciones completas, o ventas masivas de terrenos forestales, muchas veces realizadas en tierras indígenas.²⁷ La intervención de los sindicatos y la eliminación o censura de medios de comunicación y mallas curriculares aparecen como meras consecuencias de, o medios para, la violación de derechos civiles y políticos.²⁸ El limitado mandato de las comisiones de la verdad dio pie, así, a una narrativa parcial del pasado, centrada en la violencia física y relativizando o ignorando la violencia cultural y estructural. Si bien la Comisión Rettig reconoció que la crisis que precedió al golpe tuvo raíces socio-económicas, señaló que la exploración a fondo de ellas estaba fuera de su alcance.²⁹ Se perdió, así, la oportunidad de examinar las dinámicas que permitieron una polarización de la sociedad que empezó antes del golpe, y fue exacerbada y profundizada después de ello.

Pese a su visión limitada en materia de DESC, las comisiones de la verdad chilenas sí fueron capaces de reconocer el impacto de graves violaciones físicas en la calidad y proyecto de vida de víctimas directas y su entorno: consecuencias catastróficas en salud física y mental, pérdida de empleos, vivienda, estudios, etc. En razón de ello, se recomendaron algunas formas de reparaciones con efecto positivo en los DESC, entre ellas, ciertos derechos en pensiones, seguridad social, apoyo en salud y becas de estudio.³⁰ No obstante, en la dimensión judicial de la justicia transicional, también se observa la exclusión de la consideración directa o indirecta de los DESC. No se conoce, a la fecha, sentencia judicial alguna que se refiera directamente a violaciones a los DESC durante la dictadura. Aquello es producto en parte del mismo énfasis, ya mencionado, puesto en la violencia física, sumado a la renuencia del Estado, en general, a asumir sus deberes ex officio en la persecución penal de violaciones graves. Pero, también se condice con la limitada

26 Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, *Informe Rettig*, 1991, Volumen I, Tomo I, Segunda Parte, Capítulo II, A.1.

27 Decreto Ley 701/1974, licitó desalojos forzosos: los terrenos apropiados fueron vendidos o incluso entregados a personal militar (El Mostrador: "Investigación revela el real valor simbólico de la Villa San Luis" 2 de agosto de 2018). El impacto diferencial de prácticas dictatoriales en comunidades indígenas, y su conexión con actuales conflictos y prácticas represivas en el sur del país, no han sido suficientemente investigados.

28 *Informe Rettig*, ibíd., Volumen I, Tomo I, Segunda Parte, Capítulo II, A.3.b.1. b.3; Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura, *Informe Valech*, 2004, Capítulo III, pp.184-185, Capítulo IV p. 207, Capítulos V-VIII, pp. 239-503.

29 *Informe Rettig*, ibíd., Vol. I, Tomo I, Segunda Parte, Capítulo I, 27.

30 *Informe Rettig*, op.cit., Vol. I, Tomo II, Cuarta Parte, Capítulo I, D y Capítulo II, B, C, D; *Informe Valech*, op.cit., Capítulos VIII y IX.

justiciabilidad de los DESC en Chile, en general, y las concepciones estrechas en la teoría jurídica sobre su exigibilidad.³¹

En el ámbito de las reformas institucionales, componente esencial de las garantías de no-repetición, la ausencia de un enfoque DESC también es palpable. La dictadura impuso un fuerte sistema normativo, institucional, constitucional y económico, materializado en medidas regresivas y discriminatorias, tales como la desregulación del trabajo, la eliminación de derechos colectivos, el debilitamiento de protecciones laborales, y la ‘reforma’ (privatización) de muchas prestaciones en salud, seguridad social y educación.³² Pese a ello, las administraciones post-dictatoriales se han orientado al mantenimiento de tal sistema, introduciendo solo modificaciones menores.³³ Las pocas reformas estructurales realizadas han sido impulsadas, en gran parte, por reivindicaciones de los movimientos sociales. La naturaleza fragmentaria y esporádica de los cambios resultantes, está lejos de constituir el quiebre profundo, que algunos han pregonado o profetizado, con el ‘modelo’ de crecimiento implementado durante la dictadura.³⁴

Las iniciativas de reparación, con todas sus deficiencias, son las que han dado mayor cabida a los DESC. Permiten el acceso de ciertos grupos de sobrevivientes y familiares a determinados servicios en salud, vivienda, y educación,³⁵ y responden, en parte, a daños ocasionados, por despidos injustificados y otras violaciones a los DESC, a través de la parcial restitución de cotizaciones previsionales.³⁶ Algunos individuos, sindicatos y partidos políticos que sufrieron requisición de bienes o propiedades, fueron restituidos y/o compensados.³⁷ No obstante, estas medidas llegan a una proporción muy pequeña de las personas cuyos derechos DESC fueron vulnerados, reportando además ‘beneficios’ bastante modestos. Derechos a restitución o reparación colectiva, reconocidos en otros contextos como el de Perú, no figuran entre las medidas chilenas. De hecho, en uno de los pocos casos en que la

31 La falta de justiciabilidad de DESC en Chile ha sido criticada por el CESCR: E/C.12/CHL/CO/4, CESCR, Concluding Observations-Chile, 6 de julio de 2015, párr. C.

32 DL 2756/1979; DL 3500/1980; Decreto con Fuerza de Ley N°3/1981; Ley 18620; Ley 18962; y ver *Informe* 2015.

33 Kirsten Sehnbruch y Peter Siavelis (eds.), *El Balance: Política y políticas de la Concertación 1990-2010*, Santiago, Catalonia, 2014.

34 Ver, por ejemplo, Alberto Mayol, *El derrumbe del modelo*, Santiago, LOM, 2013; o Fernando Atria y otros, *El otro modelo*, Santiago, Debate, 2013.

35 Leyes 19.123; 19.287; Ley 19.992, y ver Observatorio de Justicia Transicional, *Tabla leyes y medidas de reparación en Chile*, 2011, disponible a través de www.derechoshumanos.udp.cl.

36 Leyes 19.234, 19.582, y 19.881, sobre derechos previsionales de personas exoneradas por motivos políticos.

37 Ley 19.568: “dispone la restitución o indemnización por bienes confiscados y adquiridos por el Estado a través de los Decretos Leyes N°s 12, 77 y 133, de 1973; 1.697, de 1977, y 2.346, de 1978.”

afectación de derechos tuvo un claro carácter colectivo –la confiscación de terrenos a los, así llamados, “exonerados de tierra”–, la respuesta reparatoria del Estado tuvo un carácter exclusivamente individualizado y pecuniario (una pensión personal).

Se ha visto un avance parcial, desde 2014, en el ámbito de tribunales, con un creciente reconocimiento del derecho a reparación por vía judicial del daño moral, y de la compatibilidad de demandas civiles con medidas de reparación administrativa. Sin embargo, como hemos observado, la judicialización en Chile gira casi exclusivamente en torno a individuos sujetos a ejecución, desaparición o tortura. Por tanto, no revierte, sino que reproduce o incluso acentúa, un enfoque que pone el énfasis en la vulneración de la integridad física o psíquica. A la vez, es regresivo en el sentido de favorecer a quienes cuentan con mayores recursos tangibles e intangibles para acceder al sistema de justicia. Esta última desigualdad es acentuada por el hecho de que la (ahora) Unidad Programa de DDHH, única instancia estatal facultada para ofrecer asesoría jurídica especializada, no aborda acción alguna (civil o penal) en relación a sobrevivientes, y se resta de apoyar aristas civiles o demandas civiles en causas por víctimas desaparecidas o asesinadas. A mayor abundamiento, el Consejo de Defensa del Estado toma parte activa en relación a la indemnización civil, pero ejerciendo una oposición implacable al reconocimiento de dicho derecho (ver *infra* sección 5, Reparaciones). Tanto la indemnización civil, como la mayoría de las medidas administrativas aquí mencionadas, consisten además en transferencias económicas directas (asignaciones monetarias) o indirectas (becas para costear matriculas de estudios, o reposición de cotizaciones perdidas). Dicha tendencia invita a las personas a cuantificar daños, y/o a salir al mercado a comprar servicios o bienes necesarios para paliar los efectos de la vulneración de sus derechos por parte del Estado represor. En ese sentido, son medidas que encarnan un espíritu mercantil, individualista, y/o privatizante, que para muchos es asociado, justamente, con el proyecto social dictatorial.

La categorización de algunas de las medidas hasta ahora señaladas como ‘reparaciones’ debe además ser cuestionada, debido a que, como hemos señalado en *Informes* anteriores, las reparaciones *strictu sensu* deben contener una cuota explícita de reconocimiento de lo sucedido y de la responsabilidad del Estado en ello. Asimismo, deben ofrecer al derechohabiente algo distinto de, y adicional a, lo que ya le correspondía mediante la garantía de otros derechos fundamentales. Este requisito de especificidad implica que no es del todo lícito, por ejemplo, contabilizar como reparación la provisión de servicios de salud adecuados a las necesidades de determinada población usuaria (sea o no una población cuyas necesidades son producto de vulneraciones de sus derechos humanos). La introducción de gratuidad en educación superior para ciertos sectores socioeconómicos, tampoco sustituye o

hace redundante la preocupación por restaurar proyectos de vida, que fue el motivo del establecimiento de becas de estudio para familiares Rettig o sobrevivientes Valech.

En suma, al analizar las deudas morales y sociales que la justicia transicional chilena debe buscar saldar desde la óptica de los DESC, debemos partir de la observación de que la sociedad chilena, como un todo, sufrió una larga y amplia vulneración de sus DESC. En la actualidad, las consecuencias de esta vulneración son vividas por millones de chilenos en la forma de profundas inequidades en acceso a la salud y en exiguos montos de pensiones.³⁸ Un estudio reciente, basado en miles de oficios secretos, da fe también de una transformación autoritarizante de la educación escolar, realizada entre 1979 y 1990.³⁹ Pese a esta afectación generalizada, la justicia transicional en Chile ha trazado una marcada dicotomía entre “víctimas” y “sociedad”, en virtud de la cual la lucha llevada a cabo por familiares y sobrevivientes es percibida, por muchos, como un proceso ajeno y privado, y no como una necesaria reacción ante el quiebre de un pacto social que afectó a todos y todas.⁴⁰ También se observa cómo la racionalidad neoliberal, basada en el *homo economicus*, ha permeado la configuración de las medidas existentes: en materia de reparaciones, ha predominado una lógica de mercado. Las transferencias monetarias, si bien son necesarias, no responden a las dimensiones simbólicas y de reconocimiento inherentes a una reparación plena. Por su parte, la reparación por vía judicial sufre de las mismas desigualdades que afectan el acceso a la justicia en general. Además, y a diferencia del ejercicio de acciones penales, el Estado sigue activamente oponiéndose a las demandas civiles generadas. Finalmente, y quizás más grave, la racionalidad económica —que relega consideraciones a la equidad y el bien común, a segundo plano— ha socavado la calidad de una democracia que es resultado de una transición pactada que, a casi tres décadas de su inicio, ha dado paso a una sociedad con serios déficits de equidad social.

38 Según una encuesta realizada por el INDH, indagando sobre los derechos que, a juicio de la población encuestada, hoy más se vulneran, los derechos a la salud y a una jubilación y pensión digna, fueron los más mencionados, concentrando un 20,7% y un 16,8% de las respuestas, respectivamente. (Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Resultados de la IV Encuesta Nacional de Derechos Humanos 2018*, noviembre 2018). Según la Fundación Sol, a julio de 2015, el monto promedio de las pensiones pagadas por las AFP (Retiro Programado) era de CLP128.696 mensuales. El 91% de las pensiones de vejez pagadas por las AFP eran menores a CLP150.519 mensuales.

39 Mauricio Weibel, “Prácticas sociales genocidas: La transformación de la educación escolar chilena entre los años 1979 y 1990”. *Revista Austral de Ciencias Sociales*, (36), 2019, pp. 251-274.

40 Ver Daniela Accatino, “¿Por qué no a la impunidad? Una mirada desde las teorías comunicativas al papel de la persecución penal en la justicia de transición”, *Política Criminal*, 14(27), 2019, pp.14-64.

1.2 Temas prominentes en 2018-2019

1.2.1 Estudio de mortalidad en sobrevivientes

Un importante estudio sobre mortalidad entre personas sobrevivientes de tortura y prisión política en Chile, financiado por el Fondo Nacional de investigación y desarrollo en salud de Conicyt, fue realizado en 2017-18. El equipo de investigación, de la Universidad de Chile, fue liderado por la psicóloga María José Jorquera, del departamento de atención primaria y salud familiar de la Facultad de Medicina, junto con los psiquiatras Carlos Madariaga y Rubén Alvarado, de la Escuela de Salud Pública Dr. S. Allende Gossens. El proyecto buscaba dar respuesta a inquietudes surgidas entre agrupaciones de sobrevivientes y familiares; profesionales de salud del Programa de Reparación y Atención en Salud, PRAIS, y las ONG dedicadas al procesamiento del trauma social, quienes compartían la percepción de una frecuencia de morbilidad y mortalidad inusualmente alta entre este segmento de población, comparado con sus pares. A ello se suman descubrimientos recientes en las neurociencias, que sugieren un aumento en las tasas de mortalidad entre personas afectadas por estrés crónico.⁴¹ Siendo que la tortura es una expresión paradigmática del trauma psicosocial derivado de experiencias extremas vividas durante la dictadura, el equipo analizó tasas de mortalidad entre las 38.254 personas reconocidas por el Estado, en las “nóminas Valech”, como sobrevivientes de tortura y prisión política. Se estableció un perfil de mortalidad identificando a las patologías más prevalentes, para diseñar líneas de acción con el fin de mejorar procesos de prevención o gestión del riesgo entre los grupos definidos como vulnerables. El estudio promete generar, por primera vez, información detallada sobre la esperanza de vida de las y los sobrevivientes de prisión política y tortura en Chile. La investigación se encuentra en fase final de análisis estadístico, próxima a ser publicada. Ya se han realizado presentaciones conjuntas con organizaciones de sobrevivientes, ante colegios profesionales relevantes, equipos PRAIS, etc.

1.2.2 Indemnizaciones civiles

Diversos tratados internacionales vigentes en Chile, así como normas de *ius cogens*, establecen que víctimas de violaciones graves, masivas y sistemáticas de los DDHH tienen el derecho a la reparación, generando en los Estados el correlativo deber de proveerla. Algunas convenciones internacionales explicitan, además, que la reparación debe contemplar diversos componentes: restitución, indemnización, satisfacción, rehabilitación, y garantías de no repetición. También se establece que

41 La literatura sugiere una prevalencia elevada de patologías incluyendo cáncer, el infarto agudo del miocardio, los accidentes cerebrovasculares, las infecciones respiratorias, la depresión, el alcoholismo y el suicidio.

la reparación debe ser justa, adecuada y rápida. Normas de *soft law*, dimanadas especialmente del Sistema universal de protección de los DDHH, desarrollan el contenido del derecho, reiterando y definiendo estándares. Estos incluyen, además de los ya indicados, que la reparación sea efectiva, que promueva la justicia y que sea proporcional a la gravedad del daño sufrido. Asimismo, se establece que los Estados que integran el Sistema universal de protección de los DDHH deben otorgar reparación a las víctimas de conductas atribuibles al Estado, que constituyan violaciones manifiestas de las normas internacionales.⁴² De ello se desprende que la reparación no es un beneficio, sino un derecho, y que existe un mandato de optimización dirigido al Estado y los poderes públicos, orientado a la satisfacción y la eficacia. Surge una obligación compleja con el correlativo derecho del cual son titulares las víctimas.⁴³

Aquí nos enfocamos a la indemnización como un componente de la reparación. Según la Asamblea General de la ONU, “[la indemnización] ha de concederse, de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, por todos los perjuicios económicamente evaluables que sean consecuencia de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o de violaciones graves del derecho internacional humanitario, tales como los siguientes: a) El daño físico o mental; b) la pérdida de oportunidades, en particular las de empleo, educación y prestaciones sociales; c) los daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante; d) los perjuicios morales; e) los gastos de asistencia jurídica o de expertos, medicamentos y servicios médicos y servicios psicológicos y sociales”.⁴⁴

Entonces, la indemnización debe cumplir la función de resarcir no solo la afectación que estos crímenes generan de los derechos civiles y políticos, sino también de los DESC. Como hemos visto arriba, esta segunda dimensión generalmente ha sido desatendida por el Estado de Chile. En este sentido, la indemnización es una vía jurídica y judicial de

42 ONU AG Resolución 60/147, de 2005, “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”. Ver también Corte IDH, *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni versus Nicaragua*, sentencia de 31 de agosto de 2001, serie C No. 79, párr. 163; *Cesti Hurtado versus Perú*: Reparaciones, sentencia de 31 de mayo de 2001, serie C No. 78, párr. 32; y “Niños de la Calle” (*Villagrán Morales y otros*) versus Guatemala, Reparaciones: sentencia de 26 de mayo de 2001, serie C No. 77, párr. 59.

43 ONU AG Resolución 60/147, de 2005, Principio VII, señala en su numeral 11: “Entre los recursos contra las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y las violaciones graves del derecho internacional humanitario figuran los siguientes derechos de la víctima, conforme a lo previsto en el derecho internacional: (...) b) Reparación adecuada, efectiva y rápida del daño sufrido; (...)”.

44 ONU AG Resolución 60/147, de 2005, op.cit., Principio IX.20.

extremada relevancia, y debe subsanar, al menos en parte, los déficits o vacíos dejados por las medidas administrativas. En los últimos años, la justicia doméstica ha resuelto numerosas demandas civiles, dirigidas en contra del Fisco de Chile, exigiendo la indemnización del daño moral causado a familiares de víctimas ejecutadas y desaparecidas, así como a personas sobrevivientes. La jurisprudencia nacional ha evolucionado desde una primera etapa en que se solía rechazar demandas civiles invocándose la excepción de la prescripción extintiva de la acción civil. En tiempos más recientes, han primado pronunciamientos acogiendo las demandas, en atención a los principios internacionales relevantes y desechando las defensas planteadas por el Consejo de Defensa del Estado, CDE, que detenta la representación del Fisco ante los tribunales. La Corte Suprema, en particular su segunda sala (Sala Penal), ha jugado un rol fundamental en este cambio, desde que, en 2014, empezó a conocer la totalidad de las demandas de indemnización que han llegado al Máximo Tribunal.⁴⁵

En el caso *Órdenes Guerra y otros versus Chile*, la Corte IDH declaró, en noviembre de 2018, que Chile había vulnerado los derechos a la protección judicial y a las garantías judiciales de siete grupos de familiares de personas desaparecidas o ejecutadas, al rechazar las acciones civiles que estos interpusieron, declarándolas prescritas según los plazos establecidos en el Código Civil chileno. En su escrito de contestación, previo a la sentencia (en febrero de 2018), el Estado de Chile reconoció su responsabilidad, invocando, *inter alia*, los criterios jurisprudenciales hoy explicitados en los fallos de la Corte Suprema. Al reconocer y valorar esta concordancia entre las partes, la Corte IDH consideró que había cesado la controversia jurídica, procediendo directamente a determinar las medidas de reparación adecuadas. No obstante, el CDE ha continuado oponiéndose al reconocimiento, en tribunales, del derecho a la reparación por vía judicial. Invoca el argumento de que el daño causado ya ha sido plenamente reparado mediante pensiones y otras medidas administrativas, tanto pecuniarias como simbólicas, y asevera incompatibilidad entre estas medidas y las reparaciones definidas judicialmente. Ante ello, la Corte Suprema ha reconocido, más bien, el carácter complementario de las formas de reparación, aceptando que el otorgamiento de pensiones no impide interponer una demanda

45 Sobre la evolución jurisprudencial, véase: Observatorio de Justicia Transicional, *Principales hitos jurisprudenciales, judiciales y legislativos en causas de DDHH en Chile 1990-2019*. Santiago, Universidad Diego Portales, 2019.

indemnizatoria del daño moral.⁴⁶ A lo anterior, se agregan los argumentos consagrados en el artículo 24 de la Ley 19.123; y el artículo 4º de la Ley 19.992.⁴⁷

La determinación de montos indemnizatorios entregados por vía judicial, en general, queda a criterio de los juzgadores. Según el fallo *Órdenes Guerra*, los criterios empleados para fijar las cuantías son “los lazos de parentesco y las calidades en que personalmente cada uno de los afectados [familiares] sufrió las agresiones, vejaciones y torturas a que fueron sometidos [...]”. Se explicita que, por la naturaleza netamente subjetiva del daño moral, no pueden aplicarse las mismas reglas utilizadas para determinar daños materiales. Más bien, el daño moral “queda enteramente entregado a la regulación prudencial de los jueces, tomando en consideración aspectos como las circunstancias en que se produjo y todas aquellas que influyeron en la intensidad del dolor y sufrimiento experimentado (...) no podría ser de otro modo porque materialmente es difícil, sino imposible, medir con exactitud la intensidad del sufrimiento que provoca la muerte o intento de homicidio de un familiar en tan repudiables circunstancias”.⁴⁸ En relación a demandas formuladas por sobrevivientes, la judicatura doméstica toma en cuenta el dolor, el sufrimiento y la angustia que afectó a la persona, y la forma en que se produjeron estas vulneraciones.⁴⁹

En términos generales, el cambio de criterio de la Corte Suprema, a partir de 2014, ha producido un aumento de demandas de indemnización en casos en que, previamente, se ha resuelto una causa penal sin presentar, a la vez, una demanda civil. También, se han visto casos en que distintos parientes de una misma persona victimizada

46 Según la Corte Suprema: “la alegación del Fisco de Chile de declarar improcedente la indemnización que se ha demandado en razón de que los actores obtuvieron pensiones de reparación (...) contradice lo dispuesto en la normativa internacional (...) la que no puede ser incumplida en función de otros preceptos de derecho patrio. La reglamentación invocada por el Fisco –que sólo establece un sistema de pensiones asistenciales– no contempla incompatibilidad alguna con las indemnizaciones que aquí se persiguen y no es procedente suponer que ella se dictó para reparar todo daño moral inferido a las víctimas de atentados a los derechos humanos, ya que se trata de formas distintas de reparación.” Corte Suprema, Segunda Sala, Rol. 173-2016, 20 de junio de 2016.

47 Según Ley 19.123, Art. 24: “La pensión de reparación será compatible con cualquiera otra, de cualquier carácter, de que goce o que pudiere corresponder al respectivo beneficiario.

Será, asimismo, compatible con cualquier otro beneficio de seguridad social establecido en las leyes”. Según Ley 19.992, Art. 4: “(...) la pensión otorgada por esta ley será compatible con cualquiera otra, de cualquier carácter, de que goce o que pudiere corresponder al respectivo beneficiario, incluidas las pensiones asistenciales del Decreto Ley N° 869, de 1975. Será, asimismo, compatible con cualquier otro beneficio de seguridad social establecido en las leyes”.

48 Corte IDH. *Caso Órdenes Guerra y otros versus Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de noviembre de 2018. Serie C No. 372, párr. 122.

49 Corte Suprema Rol. 20.362-2018, 15 de enero de 2019.

demandan la reparación en momentos diferentes, generando varias sentencias finales. Un ejemplo lo constituye el caso de Rodolfo González Pérez, un conscripto detenido-desaparecido en 1974, con tan solo 19 años, por ayudar a presos políticos mientras estuvo de guardia en el Hospital Militar. El caso penal por su desaparición fue resuelto en 2015, reconociendo además el derecho a reparación a una hermana de Rodolfo.⁵⁰ Luego, fueron presentadas y acogidas tres demandas civiles más, en diferentes fechas, por otros hermanos.⁵¹ A su vez, el cambio de criterio de 2014 deja en desventaja a quienes vieron resueltas sus demandas civiles antes del cambio: tiempos en que aún se invocaba la prescripción de la acción civil. En estos casos, las personas afectadas no pueden interponer nuevas demandas, debido a que la cosa juzgada lo impide. Tal es el caso, por ejemplo, de los familiares de Juan Paredes Barrientos, quienes interpusieron un recurso ante la Corte IDH. Ello porque su demanda civil, interpuesta en 1997, fue denegada por la Corte Suprema en 2007, a pesar de haber sido acogida en primera y segunda instancia. La respuesta desfavorable final fue producto de un recurso de casación presentado por el CDE. No podemos sino seguir objetando que, tanto en ese caso como en los actuales, e incluso luego del fallo de la Corte IDH *Órdenes Guerra versus Chile*, el CDE siga ‘defendiendo’ los intereses del Estado de una manera tan cuestionable (ver también sección 5.1.1, a continuación).

1.2.3 Situación de sobrevivientes

La vergonzosa desatención a los derechos de sobrevivientes de prisión política, tortura, exilio y otras numerosas graves violaciones a los DDHH ha sido un tema de constante preocupación en este *Informe*. En el presente periodo, así como en anteriores, las esperanzas de que la creación de la Subsecretaría de DDHH se tradujera en una respuesta nueva, asegurando por fin la garantía de los derechos de las y los sobrevivientes, no han sido cumplidas. Un ejemplo de esta desatención se puede apreciar en un oficio enviado al Presidente de la Cámara de Diputados, por el ministro de Justicia y DDHH, el 11 de abril de 2019. La misiva confirma que su cartera “no ha elaborado, ni tiene como iniciativa” el reingreso de un proyecto –enviado por la administración saliente y retirado por la entrante– de bono económico único para personas calificadas por las Comisiones Valech.⁵² El bono ya en sí representa una respuesta inadecuada a una agenda de diez puntos

50 Corte Suprema, Rol. 22.343-2014, 26 de febrero de 2015.

51 Corte Suprema, Rol. 8105-2018, 13 de junio de 2018; Rol 29.463-2018, 26 de marzo de 2019; Rol. 31.766-2018, 28 de mayo de 2019.

52 Ordinario N° 2213, del ministro Hernán Larraín Fernández a Iván Flores García, Presidente de la Cámara de Diputados, fechada el 11 de abril de 2019, en respuesta a oficio 2098, del 22 de enero de 2019.

que agrupaciones de expresos políticos llevan años planteando ante las autoridades. Una Mesa de alto nivel convocada en 2015 produjo acuerdos en la materia, ante cuyo incumplimiento el entonces representante del Alto Comisionado para los DDHH de la ONU (ACNUDH) hizo representaciones ante la Presidenta de la República, de la época, el 29 de septiembre de 2017. Su carta nunca recibió respuesta, situación que ha motivado, durante el periodo del presente *Informe*, nuevas gestiones para que se insista con la comunicación.

En el mismo oficio ya citado, el ministro reporta que “sin perjuicio de nuestro interés” en establecer un mecanismo de calificación permanente –medida recomendada por múltiples entes nacionales e internacionales– “por ahora no hay avances a informar”. Si bien señala que se habría avanzado en contactar a quienes nunca habían ejercido los derechos que su calificación en Valech confiere, las demás medidas mencionadas en el oficio refieren a reparación simbólica genérica (monumentos y memoriales); gestiones meramente informativas (sobre subsidios a vivienda), y a una supuesta profundización en la búsqueda de la justicia. El ejemplo ofrecido para mostrar avances en esto último, es la modernización del sistema informático de la Unidad Programa de DDHH, cuya asesoría jurídica, así como su trabajo jurídico propio, excluye a sobrevivientes.

En tanto, y como siempre, las distintas asociaciones y agrupaciones de sobrevivientes han sido activas y propositivas en actuar en defensa de sus derechos. Sometieron informes alternativos a los exámenes de Chile ante el Sistema Universal, arriba mencionados, y se incorporaron más asociaciones a la Mesa Coordinadora y Comando Unitario, las cuales dialogan permanentemente con todas las bancadas políticas y hacen representaciones ante comisiones legislativas relevantes. Asimismo, determinaron comparecer ante el Tribunal Constitucional para opinar sobre el proyecto ley de libertad condicional (ver abajo). También se han seguido reuniendo con el INDH para manifestarse sobre el acceso judicial al contenido de los archivos Valech. El trabajo positivo realizado en convenio con el Registro Civil, comentado en el *Informe 2018*, sigue dando frutos, si bien ha arrojado la estadística perturbadora de que la cuarta parte de las personas alguna vez calificadas como sobrevivientes Valech, ya han fallecido. Es decir, un número equivalente a la nómina completa de reconocimientos efectuados en 2011 por Valech II.

1.3 Desaparición forzada

1.3.1 Examen de Chile ante el Comité contra la Desaparición Forzada

Los días 9 y 10 de abril de 2019, Chile rindió examen ante el Comité contra la Desaparición Forzada de la ONU, (en adelante, Comité DF o Comité), en base a un informe presentado con cinco años de retraso. El INDH presentó un informe complementario, e informes alternativos

fueron enviados por organizaciones de la sociedad civil y por dos abogados litigantes.⁵³ El contundente informe oficial, recepcionado por el Comité DF el 30 de noviembre de 2018, mencionó un largo catálogo de proyectos de ley que, según el Estado, demostraban que se camina hacia un cumplimiento cada vez más completo con la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.⁵⁴ No obstante, tanto el informe complementario del INDH como los informes alternativos, señalan que la mayor parte de dichos proyectos –inter alia, Boletines 9748-07 (imprescriptibilidad e inamnistiabilidad de crímenes de guerra y de lesa humanidad); 9773-07 (‘adecuación’ de amnistía y otras disposiciones); 10883-17 (acceso judicial pleno y directo a los antecedentes de las Comisiones Valech); 9958-17 (prohibición de eliminación de documentación del Ministerio de Defensa, las FFAA y las fuerzas de orden y seguridad pública); y Boletín 9818-17 (tipificación como crimen común de desaparición forzada)– llevan entre cuatro o cinco años en tramitación. La mayor parte están sin movimiento reciente, mientras que los últimos dos mencionados fueron introducidos por mociones parlamentarias, sin contar nunca con urgencia desde el Ejecutivo. No se entiende la aseveración, en el Informe del Estado, de que los Boletines 9748-07 y 9773-07 “han sido priorizados por el [Programa de Gobierno] y están dentro de la cartera de proyectos priorizados por la [Subsecretaría de DDHH]”, siendo que a ambos, más bien, se les bajó el nivel de urgencia de suma a simple, en 2015.⁵⁵ La mención, a renglón seguido (párr.84), de que “fue presentado” un proyecto ley para ratificar la Convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad podría interpretarse como alusión a alguna iniciativa reciente. Pero dicha interpretación sería errónea, cada vez que el mencionado proyecto, Boletín 1265-10, fue presentado en 1994. Su movimiento más reciente, en 2004, consistió en retirarle la “urgencia suma” que ostentó durante apenas tres semanas.

El Informe del Estado sugiere que el derecho/ deber de participación plena se halla satisfecho por haber “facilitado” un encuentro entre un experto internacional y algunas agrupaciones, en febrero de 2017, además de “presentar” el informe a dichas agrupaciones una vez elaborado. El informe complementario del INDH señala, correctamente, que esas

53 Francisco Bustos y Francisco Ugás, ambos colaboradores del Observatorio (si bien su informe alternativo fue realizado a título personal). El Observatorio participó en un Informe alternativo colectivo, realizado por una docena de organizaciones de la sociedad civil.

54 CED/C/CHL/1, ONU, *Informe que Chile debía presentar en 2012* [sic.] (en adelante, Informe del Estado), publicado por la ONU el 6 de febrero de 2018.

55 Informe del Estado, párr. 83.

actividades son absolutamente insuficientes para cumplir dicho fin.⁵⁶ Se asevera en el informe estatal que la tipificación contenida en la Ley 20.537 “adecua” la legislación interna al Estatuto de Roma, sin advertir las deficiencias y omisiones que tiene la misma, con respecto a los deberes convencionales (principalmente, al introducir un parámetro de tiempo y al no disponer agravantes u otras protecciones para grupos de especial vulnerabilidad. Ambas deficiencias son saldadas en el Boletín 9819-17, mencionado arriba, aprobado en la Cámara de Diputados hace dos años, pero sin movimiento posterior). El informe reconoce el origen no-estatal de dicho proyecto, que surgió gracias a presión social, pero asevera que ahora es “parte de la agenda legislativa” de la Subsecretaría de DDHH. Se mencionan, como ejemplos de “gestiones” para promover su pronta aprobación, el “seguimiento” y la presentación de “observaciones” durante periodos de modificación del texto hasta su redacción actual.⁵⁷ En ausencia de una tipificación adecuada, el Informe del Estado ofrece un listado de ‘otras figuras penales’ que se sugieren “similares” y aplicables a las desapariciones forzadas practicadas por la dictadura. Ese listado incluye, a admisión del propio Estado, múltiples figuras inadecuadas y de baja penalidad, ninguna de las cuales se hace cargo del elemento de denegación de información que es constitutivo de desaparición forzada como delito autónomo.

Además, con posterioridad a la presentación del Informe estatal, pero antes de su discusión ante el Comité, el Ejecutivo introdujo, en diciembre de 2018, un proyecto ley que permitiría beneficios no-diferenciados a condenados por crímenes de lesa humanidad (Boletín 12345-07). El Tribunal Constitucional, por su parte, objetó un elemento de otro proyecto, ahora ley, que procuraba endurecer los requisitos para concesión de la libertad condicional a esa misma clase de perpetradores.⁵⁸ Ambos hechos complejizan el cumplimiento del deber estatal de aplicar sanciones proporcionales, un deber que el Comité subrayó, expresando su preocupación ante la actual concesión de atenuantes, prescripción gradual, libertad vigilada, etc. El Comité DF exhortó al Estado a que más bien garantice que perpetradores “sean siempre sancionados con penas apropiadas que tengan en cuenta la extrema gravedad del delito”.⁵⁹ Otras recomendaciones del Comité incluyen la consecución de acceso

56 INDH, Informe Complementario al Comité contra las Desapariciones Forzadas de Naciones Unidas, Primer Informe Periódico del Estado de Chile, aprobado por el Consejo del INDH 11 de marzo de 2019.

57 CED/C/CHL/1 op.cit., párr. 39, n.35. Las observaciones del Comité DF exigen, en contraste, que el Estado derechamente “acelere” el procedimiento de tipificación, (CED/C/CHL/CO/1, ONU, *Observaciones finales sobre el Informe presentado por Chile versión inicial*. 18 de abril de 2019).

58 El proyecto, en forma modificado, se transformó en Ley 21.124, del 18 de enero de 2019. Ver abajo.

59 CED/C/CHL/CO/1, op. cit., párrs. 10 y 11.

judicial a los ‘archivos Valech’, en atención a su posible relevancia para resolver desapariciones forzadas; formación específica y regular a operadores judiciales y policiales sobre la Convención; y reparación plena, incluyendo acceso a la verdad e indemnización, a toda persona que haya sufrido perjuicio directo.⁶⁰ El Comité reconoció avances en los tribunales en reconocer, mayoritariamente, la imprescriptibilidad de acciones civiles y la inaplicación del DL de Amnistía, pero advierte los peligros de la reversibilidad de ambas interpretaciones si no se legisla en el mismo sentido. También “lament[ó]” que el Estado haya informado que crear una comisión permanente de calificación –largamente prometida y muchas veces recomendada– “no representa una prioridad”.⁶¹ Exhortó al Estado a ampliar la figura de “ausente por razón de desaparición forzada” para casos contemporáneos. Asimismo, lo conminó a intensificar sus esfuerzos de búsqueda, generando participación efectiva y protegiendo proactivamente sitios “donde se sospecha que pueda haber restos humanos de personas desaparecidas.”⁶²

En relación a la exhortación de intensificar esfuerzos de búsqueda, el Informe del Estado hace alusión en varias oportunidades al “Equipo de Investigación y Búsqueda” que declara haber creado, en 2017, al interior de la Unidad Programa de DDHH. También reconoce que es a la Subsecretaría de DDHH, de la cual depende la mencionada Unidad, a quien le corresponde formular políticas públicas en la materia.⁶³ Menciona que “por ahora” la búsqueda se encuentra anclada a procesos judiciales (párr.173), y que la Subsecretaría procura establecer “una institucionalidad administrativa que apoye la búsqueda” (párr. 174). Aquello podría alentar esperanzas de que el Plan Nacional de Búsqueda alguna vez prometido, pueda ser materializado, haciendo realidad en Chile la modalidad administrativa de búsqueda que países como Perú y El Salvador han logrado establecer para complementar la persecución penal. No obstante, ello no se condice con lo más recientemente informado desde la Subsecretaría al Observatorio, donde se da a entender que no se creará dicho Plan y que el papel del Equipo de investigación y búsqueda será el de tomar “acciones” que auxilien a los órganos jurisdiccionales y/o el trabajo jurídico de la misma Unidad.⁶⁴ El informe estatal menciona, además, a la Unidad Programa como parte de las medidas tomadas por el Estado para “prestar todo el auxilio posible a los familiares de víctimas de DF en la tarea de averiguar su

60 *Ibid.*, párrs. 17, 21, 23, 25.

61 CED/C/CHL/CO/1, *op. cit.*, párr. 24.

62 *Ibid.*, párrs. 28 y 29.

63 CED/C/CHL/1. *op.cit.*, párr. 50.

64 Reunión presencial y comunicación escrita del 21 de junio de 2019, comunicaciones electrónicas posteriores (15 y 31 de julio de 2019).

suerte y localización”.⁶⁵ Esta aseveración claramente no se condice con las percepciones de las agrupaciones que participaron en informes alternativos ante el Comité. Además, arriesga reducir el deber del Estado al de auxiliar a terceros frente a un problema privado, cuando es más bien un deber tanto jurídico como moral, que el mismo Estado responsable de las desapariciones responda por su aberrante conducta anterior, independientemente de que cada persona tenga, o no, familiares aún vivos que ansían respuestas.

1.3.2 Búsqueda, identificación y restitución de personas detenidas-desaparecidas

La Unidad de Derechos Humanos del Servicio Médico Legal informó, a solicitud del Observatorio, de un total de 307 identificaciones validadas (es decir, refrendadas por tribunales y aceptadas como definitivas) realizadas por o en asociación con el Servicio, entre 1990 y junio de 2019.⁶⁶ Este universo incluye tres personas, halladas en el Patio 29 del Cementerio General de Santiago, que no aparecen entre las víctimas de desaparición o ejecución calificadas por las Comisiones Rettig y Valech II. Son entonces 304 las personas reconocidas por el Estado como víctimas ausentes (de un total de 3.216 personas ejecutadas o desaparecidas), que cuentan con una identificación válida vigente.⁶⁷ Entre ellas, figuran 155 personas inicialmente calificadas como detenidos-desaparecidos, así como 149 personas calificadas como ejecutados políticos “sin entrega de restos”.⁶⁸ De las 304 personas, cinco fueron identificadas en Argentina: tres, en calidad de fallecidas, las otras dos como niños apropiados, quienes recuperaron su identidad siendo

65 Informe del Estado, párr. 173.

66 La Unidad es una nueva instancia que agrupa el trabajo de la Unidad Especializada de Identificación Forense, UEIF, y otras partes del Servicio, ver abajo, sección 3.6.2. Cabe señalar que son los tribunales quienes se pronuncian definitivamente en materia de identificación, basados en informes producidos por el SML.

67 La cifra utilizada como total (3.216) ha sido generada por el Observatorio, intentando rectificar y actualizar las nóminas estatales iniciales con datos posteriores (tales como la aparición con vida, en 2008, de German Cofré). Tanto el INDH como el espacio de memorias Londres 38, en sus respectivos informes ante el Comité DF de la ONU, observan que las cifras de personas calificadas, halladas, y/o identificadas, hoy varían según la fuente utilizada. Aquello es otra poderosa razón para insistir en la consolidación de un registro oficial único, transparente y actualizado.

68 Esta última categoría es una construcción histórica bastante particular usada casi exclusivamente en Chile. La diferenciación entre estas personas y las personas “detenidas-desaparecidas” se hace en base a que el fallecimiento de la persona habría sido constatado a la fecha de su muerte y/o en los primeros años de la transición, a pesar de no haberse ubicado o recuperado sus restos. Un ejemplo de esto lo constituyen las personas cuya muerte fue constatada e incluso a veces certificada por la dictadura, pero que fueron inhumadas en forma masiva o anónima en cementerios u otros lugares, en ocasiones sin informar a la familia –la cual entonces daba por desaparecido a su ser querido– o bien informándole, pero negándole mayor información o la posibilidad de sepultar, dignamente, a su pariente.

adultos. Entonces, son 299 las víctimas calificadas que han sido identificadas en Chile. 182 de ellas fueron identificadas utilizando técnicas de ADN mitocondrial (15 personas) o nuclear (167 personas). Otras 116 de ellas fueron identificadas en base a métodos tradicionales, y una por resolución judicial.

El SML señaló que, si bien su labor presenta múltiples desafíos técnicos, lo que más ha impedido la generación de hallazgos nuevos (el último relevante fue en 2006) han sido factores eminentemente humanos: “el pacto de silencio establecido y mantenido por los perpetradores”, y los actos deliberados de encubrimiento o destrucción de restos (Operación Retiro de Televisores y otros).⁶⁹ Aquello subraya, primero, que la búsqueda no es solamente una tarea técnica, ni tampoco solo jurídica o judicial; y segundo, que el daño social causado por la desaparición forzada no puede resolverse exclusivamente con la búsqueda. Más bien, requiere de mayores y adicionales políticas públicas, orientadas a revelar mayores cuotas de verdad, reparar algunos de los daños perennes y nuevos causados, e implementar esfuerzos reales de no repetición. Aquello implicaría, entre otras cosas, romper con el secretismo que actualmente impera en relación al cumplimiento de penas privativas de libertad.⁷⁰

De todos modos, en relación a la actual modalidad de búsqueda en Chile, liderada por la judicatura, es positivo observar el nuevo impulso que a fines de 2018 se dio a la Mesa Intersectorial, una instancia que reúne a las principales instituciones estatales que auxilian al Poder Judicial en la búsqueda e identificación dentro del contexto de persecución penal. La iniciativa nació en 2015-16, producto de un proyecto impulsada por miembros de la UEIF en asociación con la Universidad de Ulster.⁷¹ Pasando después a ser convocada por el Poder Judicial, la instancia procuraba la capacitación mutua y la posibilidad de compartir información para mejorar la respuesta y asesoría que el Registro Civil, la PDI, Carabineros, el entonces Programa de DDHH y otros entes relevantes ofrecen ante requerimientos judiciales y/o hallazgos de restos. Durante 2017-18 pasó por un periodo de receso *de facto*, mientras que una propuesta de protocolo que la Mesa había generado, fuera examinada por los respectivos servicios. El 19 de diciembre de 2018, y nuevamente el 6 de marzo de 2019, la Mesa sesionó para retomar el texto del protocolo, recogiendo modificaciones propuestas por los distintos servicios involucrados. El 19 de junio de 2019 se realizó, en dependencias de la Corte Suprema y con la presencia de invitados

69 Fuente: Información escrita proporcionada por la Unidad de Derechos Humanos del SML al Observatorio.

70 La mantención y suministro de registros de personas detenidas es señalada en la Convención Internacional respectiva como un deber estatal.

71 Proyecto Newton-Picarte, cofinanciado por el SML y el British Council, 2015-16.

de agrupaciones de familiares y de la academia, la recopilación de observaciones realizadas por las y los ministros en visita que investigan causas de DDHH. Entendemos que, sujeta a la incorporación de dichas observaciones al texto actual por parte de la Subsecretaría de Derechos Humanos, partícipe de la instancia, se aprobaría y se activaría el protocolo.

Cabe señalar que dicho protocolo, y el valioso trabajo que representa y augura, está orientado a mejorar aspectos de la actual modalidad de búsqueda judicial. Ni ello, ni la Mesa que le dio origen, tienen la pretensión ni las facultades para abordar los demás deberes y necesidades señalados arriba, ni de generar *a motu proprio* nuevas iniciativas o estrategias de búsqueda. La Mesa tampoco contempla, en su actual configuración, la permanente participación desde la sociedad civil que los estándares internacionales requieren, y cuya ausencia ha sido repetidamente señalada como una de las principales deficiencias en la respuesta actual del Estado de Chile.⁷² Otra deficiencia es, sin duda, la carencia de una figura que tipifique la desaparición forzada como un crimen común. Es relevante recordar que dicho delito también contempla la penalización del ocultamiento o retención de información relevante, incluso por parte de quien no haya participado en el inicio de la desaparición.⁷³

Durante el periodo del presente *Informe* (julio de 2018 a junio de 2019, inclusive) se realizaron cuatro nuevas identificaciones de víctimas calificadas por el Estado como detenidos-desaparecidos (DD), más dos identificaciones de víctimas que fueron calificadas como ejecutados políticos (EP), a pesar de que sus restos no habían sido hallados y/o restituidos.⁷⁴ A la fecha de cierre de edición (agosto de 2019), los restos de cinco de estas seis personas habían sido restituidos a sus familiares. Las personas entregadas fueron Pedro Segundo Pedreros Ferreira (obrero de 48 años, detenido-desaparecido en Chihuahua, desde

72 Ver, respecto del requerimiento general, Doc. CED/C/7, Principios rectores para la búsqueda de personas desaparecidas, adoptados por el Comité contra la desaparición forzada e involuntaria de la ONU, en sesión el 16 de abril de 2019, en cuya preparación participó Cath Collins. Respecto del señalamiento de deficiencias en materia de participación en Chile, ver arriba, sección 1.3.1.

73 El ocultamiento de información y/o restos ya ha sido motivo en Chile de un procesamiento, dictado en 2015, contra un contratista quien habría hallado restos posiblemente pertenecientes a Ruperto Oriol Torres, detenido-desaparecido, durante obras en un retén de Carabineros. El hombre fue acusado de haber vuelto a esconder los restos, para evitar la paralización de las obras y las posibles pérdidas económicas asociadas. El procesamiento fue luego revocado y Ruperto sigue desaparecido.

74 En el caso de José Pávez Espinoza, por ejemplo, a pesar de haber sido identificado correctamente por el entonces Instituto Médico Legal en la fecha de su muerte (octubre de 1973), fue enterrado como NN en el Patio 29 del Cementerio General, sin que su familia fuera notificada de su deceso. Recién en 1991, al revisar los registros de autopsias realizadas durante la dictadura, se les notificó, pero sin recuperar sus restos.

octubre de 1973); Pedro Segundo Opazo Parra, ejecutado político a sus 39 años; José Fernando Pavez Espinoza, ejecutado político a sus 30 años; Abelardo (“Jecho”) Quinteros Miranda, militante de la Juventud Comunista (JJCC) detenido-desaparecido a los 21 años junto con su hermano Eduardo, ejecutado político, y Sergio Alberto Gajardo Hidalgo, un joven de 15 años, quien fue desaparecido el día después del golpe de Estado, al intentar llevar pan a la casa de su hermana. Luis Horacio Soto Silva, detenido-desaparecido a sus 19 años, aún espera su descanso definitivo. Todas las mencionadas personas, salvo Pedro Pedreros, fueron inhumadas durante la dictadura en el Patio 29 como “NN”. Si bien algunos no habían sido identificados, en otros casos las autoridades ocultaban de sus familias la noticia de su muerte. A partir de 1991, cuando los registros de autopsia practicados por el Instituto Médico Legal durante la dictadura fueron revisados, se pudo constatar la muerte de algunas de estas víctimas sin poder, en ese momento, recuperar o individualizar fehacientemente sus restos. Es así como algunos llegaron a ser consignados por la Comisión Rettig como ejecutados políticos, aún en ausencia de sus restos.

Un total de 19 ceremonias de entrega fueron realizadas por la Unidad Especial de Identificación Forense (UEIF) del Servicio Médico Legal, entre julio de 2018 y principios de agosto de 2019. Una de las 19 ceremonias correspondía a un nonato, de apellido Soto Troncoso, identificado durante una investigación por adopciones ilegales. Las otras incluyeron las cinco personas ya mencionadas, más (en 2018): Archivaldo Morales Villanueva; Nicomedes Correa Rodríguez; Félix Figueras Ubach; Armando Castro Contreras; Manuel Catalán Paillal; José Ananías Zapata Carrasco y Víctor Ortega Cuevas. En lo que va del 2019: Sergio Flores Durán; Rene Claudio Carrasco Maldonado; Rudy Vidal Pereira; Guido Quintanilla Palominos, Ricardo Ruiz Rodríguez, y restos fragmentados no identificados, asociados al caso Chihúio.⁷⁵ Consultado respecto de las prácticas que se han ido generando en este tipo de hallazgos (de restos fragmentarios, no-identificables con las técnicas científicas actuales), la Unidad nos confirmó que se realizan cuidadosas discusiones y reflexiones con las agrupaciones más cercanas al caso, y el o la ministro/a responsable, antes de determinar cómo proceder. En cuatro sitios, se ha procedido a hacer descansar los restos en los memoriales allí erigidos (Calama, Chihúio, Lonquén y Paine), con las Agrupaciones asumiendo el papel de la familia para asegurar una recepción digna. Se resguardan los registros científicos pertinentes, ante la posibilidad de que futuros avances permitan obtener las

75 Fuente: Información escrita proporcionada por la Unidad de DDHH del SML Observatorio, op. cit. Agradecemos, como siempre, la amable colaboración de Marisol Intriago y todo el equipo de la Unidad.

anheladas certezas. Han surgido también, situaciones en que familias que han recuperado un ser querido, indican su deseo de no repetir nuevamente el ciclo en el caso de que se dieran identificaciones posteriores de nuevos fragmentos de restos. Cada caso se resuelve en forma individual, procurando siempre velar por la dignidad de la persona y por un trato reparatorio con sus deudos. Los restos que aún permanecen en la custodia del Servicio, son resguardados bajo condiciones del máximo cuidado y seguridad.⁷⁶

1.3.3 Más allá de lo forense: asumiendo la catástrofe social y política de la desaparición forzada

Los avances que podrían permitir la identificación de restos ya recuperados, y la selección de un lugar de descanso final apropiado, no necesariamente requieren de nuevos descubrimientos científicos: aún existen 300 víctimas ausentes calificadas (DD o EP) respecto de las cuales no hay muestras de referencia. Estas muestras, suministradas por parientes biológicos, podrían permitir la identificación de nuevos hallazgos, así como de algunos restos ya hallados y custodiados. Por ello es imperativo retomar periódicamente, las campañas públicas y publicitarias que procuran motivar a las personas indicadas para acercarse al SML a donar muestras. La internacionalización de la represión, a través de la conspiración criminal interestatal que significó el Plan Cóndor, también hace necesario compartir información y buscar cruces con los demás países del Cono Sur.⁷⁷ Ello supone esfuerzos y atribuciones que escapan el ámbito de competencia del SML, que, en estas materias, trabaja como ente auxiliador a la justicia. En países como Argentina, ha sido el gobierno de turno –independiente de su color político– el que ha asumido el rol de visibilizar y transformar en una meta social colectiva la recolección de muestras y la búsqueda de las personas desaparecidas. Esto constituye uno más de los múltiples desafíos urgentes que podrían ser atendidos por una entidad nacional de búsqueda, asumiendo los numerosos deberes cívicos, administrativos, reparatorios, preventivos y simbólicos que la convenciones internacionales y regionales, suscritas por Chile, exigen.

76 En esta situación se encuentran, por ejemplo, algunos fragmentos óseos hallados en Fuerte Arteaga que no pudieron ser identificados en las últimas pericias realizadas, dado que, en ese caso, no existe un memorial donde se les podría inhumar con la debida ceremonia.

77 El Informe del Estado presentado al Comité Contra la Desaparición Forzada en 2017, hace referencia genérica a memorándum de entendimiento con Brasil, Argentina, y Uruguay (celebrados en 2014), y con MERCOSUR, pero sin dar detalles sobre de qué manera, si es que ha habido alguna, hayan operado eficazmente para ubicación o identificación de personas detenidas desaparecidas. CED/C/CHL/1, op.cit., párrs. 119 y 120.

En ese sentido, hace falta no solamente redoblar los esfuerzos forenses y judiciales, sino comprender y asumir la magnitud de la tarea de reconocer y mitigar la catástrofe social que representa la práctica de desaparición forzada. A modo de ejemplo, la mantención de registros actualizados de personas detenidas, y la provisión de acceso a ellos a quien tenga un legítimo interés en conocerlos, es uno de los deberes de no repetición consagrados en las normas internacionales. También lo son, la tipificación del delito de desaparición forzada y la actualización de otras leyes conexas.⁷⁸ Estas materias le competen a Gendarmería, a los poderes colegisladores y a otras instituciones administrativas del Estado. Se requiere, entonces, una política pública que identifica y asume los distintos tipos de ruptura que la desaparición produce en el tejido social y familiar y que concreta, además, el derecho a participación. Es por ello particularmente decepcionante, que la promesa de un Plan Nacional de Búsqueda –implicando un ente ejecutor donde se podrían radicar estos deberes internacionales incumplidos– parece haberse desvanecido.

2. VERDAD

2.1 Marco normativo

Como comentamos en la Introducción, hoy se encuentra enunciado un derecho a la verdad que no es inherente solo a las víctimas y sus familiares, ni tampoco se satisface por la realización de una comisión de la verdad, ni siquiera por una serie de procesos judiciales. Más bien significa, y requiere, que víctimas, familiares y el público en general, puedan buscar y recibir información sobre violaciones graves que comprende el desenlace y la ubicación actual de víctimas aún desaparecidas, pero también, el proceso sistemático de su autorización, planificación y comisión. Los deberes estatales correspondientes incluyen establecer instituciones, mecanismos y procedimientos para recabar esta información y hacerla pública. El ya citado informe del Relator temático de la ONU enfatiza, además, la especial importancia de estas medidas en sociedades post-autoritarias, para superar el secretismo y las mentiras oficiales cuidadosamente construidas por esos regímenes.⁷⁹ En Chile aún prevalece, por contraste, una cultura muy arraigada de ocultar, retener, o resguardar celosamente información que debe ser pública. Así, no tan solo se incumple el deber de proactividad, sino que se obliga una y otra vez, a ciudadanas, ciudadanos y organizaciones sociales, a

78 Por ejemplo, la modificación de la Ley de Divorcio, para que contemple 'ausencia por razón de desaparición forzada' como causal de disolución del vínculo matrimonial.

79 A/HRC/36/50/Add.1, ONU, op.cit., sección III.

insistir a través de tortuosos procesos burocráticos para hacer valer sus derechos. Ante prácticas que no resisten escrutinio público, se prefiere fortalecer el secretismo, en vez de cambiar esa práctica. El resultado final de tanta insistencia ante los tribunales para obligar a la entrega de información podría ser leído en clave positiva, ya que la práctica judicial hoy suele respaldar el principio de acceso a información. Sin embargo, habla también del fracaso en la instalación de una cultura de transparencia. Si existiese esa cultura sería innecesario o redundante, presentar tantos recursos ante el Consejo para la Transparencia, y/o a tribunales. En tanto, otros hechos acaecidos durante el periodo levantan interrogantes sobre los deberes de veracidad que les competen a entes privados, tales como los medios de comunicación (ver sección 2.3).

2.2 Indultos presidenciales: transparencia y exención de toma de razón

En el *Informe 2018* analizamos la figura del indulto presidencial, específicamente el trámite de toma de razón por la Contraloría. Dicha diligencia impidió, en aquella ocasión, que el indulto solicitado por el perpetrador René Cardemil surtiera efecto antes de su fallecimiento. A continuación, se dispuso la exención temporaria de este trámite de control. La Resolución N° 13/18, del 11 de mayo de 2018, disponía que la Contraloría no ejercería la mencionada potestad, sobre actos administrativos que conceden indultos, hasta el 15 de mayo de 2019. A pocos días de su vencimiento, la medida fue prorrogada durante un mes y medio más (Resolución N° 12/19, 6 de mayo de 2019). Dicha medida, junto con acelerar el proceso de concesión de un indulto, remueve una de las vías de supervisión (y, por tanto, posible impugnación) del mismo.

Otra vía de supervisión y monitoreo social de la figura del indulto, es el conocimiento público del uso que de ella se hace. En pro de ese principio de publicidad, el 18 de julio de 2018 se presentó un amparo ante el Consejo para la Transparencia (CPLT), denunciando que la Subsecretaría de Justicia del Ministerio de Justicia y DDHH no había publicado el indulto concedido a Cardemil.⁸⁰ El amparo argumenta la importancia de conocer estas resoluciones de indulto, pues solo conociendo su motivación sería posible impugnar, en el caso de que fuera necesario, cualquier concesión indebida.⁸¹ El CPLT acogió el reclamo,

80 Ley 20.285, Sobre Acceso a la Información Pública dispone que órganos de la administración estatal deberán mantener cierta información disponible en forma permanente en su sitio web. Se incluyen “[l]os actos y resoluciones que tengan efectos sobre terceros” (art. 7, letra g) –en este caso, tanto sobre el indultado, como sobre la sociedad toda que se ve afectada.

81 Existen precedentes regionales cercanos, tales como el caso del indulto concedido en Perú a fines de 2017 a Alberto Fujimori, revocado en 2018 por ilegalidad.

estableciéndose que todos los indultos deben publicarse (sin importar el delito), con nombre y fundamentos, solamente resguardando datos sensibles.⁸² Esta resolución fue objeto de un reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones de Santiago, reclamando, entre otras cosas, el “derecho al olvido”. La Tercera Sala de dicha Corte rechazó el reclamo, resolviendo que el CPLT había actuado dentro de su mandato, respetando el “principio de divisibilidad de la información” (vale decir, ordenando entregar información pública, pero eliminando datos personales y sensibles), agregando que la reserva completa de la identidad de un beneficiado del indulto “desnaturaliza la institución pues, por esencia, es personalísimo”.⁸³ La Sala comparte el argumento del CPLT de que el indulto solo remite o conmuta la pena, sin quitar al indultado su carácter de condenado. Agrega la Corte que “[n]o está demás considerar, (...) que no es pertinente que la concesión de un beneficio tan singular como el indulto, de discutible procedencia en el sistema republicano que nos rige y por ello de carácter tan excepcional, se lo dote aún de mayor excepcionalidad dándole un carácter secreto que no se justifica”.⁸⁴ De esta manera, se estableció que la información sobre indultos concedidos debería publicarse, en este caso, dentro de un plazo de 10 días. Pasado dicho plazo, el CPLT tuvo que notificar a la Subsecretaría de Justicia por incumplimiento, recordándole de las sanciones aplicables, para que recién se lograra su publicación en el portal de transparencia activa de dicha Subsecretaría.⁸⁵

2.3 Sentencias de protección: contra el diario La Tercera, por información falsa, y a favor de una hija natural para hacer valer el reconocimiento de su filiación

En abril de 2019, la Corte de Apelaciones de Santiago acogió un recurso de protección que ordenó al diario *La Tercera* rectificar la falsa información que publicó el 2 de octubre de 1973, en la que se hablaba de la “ejecución” de Jorge Oyarzún Escobar y Juan Escobar Camus, quienes supuestamente habrían atacado con disparos una población militar. En fallo unánime, la Primera Sala acogió la acción cautelar presentada por Paola Oyarzún Escobar, hija y sobrina de los supuestos “subversivos”. El caso fue investigado por el ministro Hernán Crisosto quien logró, en 2016, establecer que Jorge y Juan fueron víctimas de un crimen de lesa humanidad. La rectificación fue solicitada por la familia en 2018, sin respuesta de parte del diario. El fallo reciente declara “...

82 CPLT. Amparo Rol. C3210-18, 9 de octubre de 2018.

83 CA Santiago. Rol. 474-2018 (contencioso administrativo). *Ministerio de Justicia y DDHH con CPLT*. 12 de junio de 2019, considerando 3º.

84 *Ibíd.*

85 Oficio no. 001275, Directora de Fiscalización (s) del Consejo para la Transparencia al Sr. Subsecretario de Justicia, 9 de julio de 2019.

que la empresa periodística Copesa S.A. debe proceder a través de su diario La Tercera, a publicar la rectificación que le fue requerida ... en los términos que le fue solicitada; esto es, con pública disculpa y en el mismo tenor de la publicación de 1973, con la misma extensión y visibilidad.”⁸⁶

En la misma fecha, la Corte Suprema acogió un recurso de protección presentado por el INDH, ordenando al Registro Civil inscribir como hija de filiación no-matrimonial a Tamara Lagos, hija de Mario Lagos Rodríguez, este último, ejecutado por agentes de la CNI en 1984. Tamara nació unos meses después del asesinato de su padre. En una sentencia de 1993, los tribunales le habían reconocido la calidad de hija de Mario Lagos para efectos de reparación administrativa.⁸⁷ No obstante, el recurso argumentaba que el Registro Civil no había considerado como era debido dicha calidad. La Corte de Apelaciones de Santiago inicialmente rechazó la acción, argumentando que la sentencia del 1993 no ordenaba la subinscripción requerida y que el Registro no tendría facultades legales para practicar inscripciones sin una determinación judicial explícita. La Tercera Sala de la Corte Suprema, en cambio, determinó en etapa de apelación que la inscripción debía practicarse y que, además, independiente de la fecha del nacimiento de una persona o de su inscripción o subinscripción, ya no se debían usar las categorías de “hijo/a natural” e “hijo/a ilegítimo/a”. Ello porque la Ley 19.585, de 2004, abolió esa diferenciación, estableciendo más bien la terminología de hijo/a de filiación “matrimonial” o “no-matrimonial”, quienes además disfrutaban de los mismos derechos. A pesar de que la nueva ley es posterior a los hechos en cuestión, se consideró, por unanimidad, que la nueva terminología y el trato asociado debían ser respetados, en atención al principio de igualdad ante la ley: “(...) [el Registro Civil] rechaza practicar la subinscripción correspondiente, lo que se traduce en una discriminación que va más allá de las diferencias que contempla la ley y, por consiguiente, en una afectación de la garantía contemplada en el numeral 2° del artículo 19 de la Constitución Política de la

86 Rol 84.116-2018, 12 de abril de 2019. Con fecha 17 de septiembre la Corte Suprema confirmó la sentencia en cuanto a la obligación de rectificación en el mismo tenor, extensión y visibilidad, pero sin la obligación de disculpa pública: Rol 11.044-2019, 17 de septiembre de 2019

87 La Corte declaró a Tamara hija “ilegítima” de su padre, para los efectos de reconocer su derecho a una pensión de reparación. Sin embargo, 25 años más tarde, le fue denegada la participación en una demanda civil, al considerar que no estaba establecida su filiación. El Ministro Aldana dictó sentencia de primera instancia por el homicidio de Mario Lagos (y otras víctimas) el 4 de mayo de 2018 (Rol. 11-2009). En la arista civil de la causa, el ministro estimó que ni Tamara ni su madre pudieron acreditar su legitimación activa (la necesaria relación que debe existir entre reclamantes que solicitan la actuación de la justicia, y la situación que denuncian).

República, esto es, la igualdad ante la ley respecto de la recurrente”. (Rol. 2.771-2019, 12 de abril de 2019).

2.4 Impasse legislativo sobre el “secreto Valech” continúa: INDH aporta antecedentes a titulares y, dentro de los parámetros de la ley existente, a tribunales

El malogrado proceso de legislación *post hoc* que procuraba imponer un embargo de 50 años sobre el uso o conocimiento de los antecedentes recopilados por las Comisiones Valech, sigue pasándole la cuenta a Chile, como hemos visto arriba, al analizar los exámenes rendidos ante el sistema universal de los DDHH durante el periodo. Agradecemos que el INDH, custodio legal de la documentación, proveyera al Observatorio de un completísimo resumen de las disposiciones legales vigentes, sus esfuerzos como Instituto para aclarar y operacionalizarlas, y el estado actual de las cosas.⁸⁸ Las disposiciones legales y acciones subsecuentes han sido tratadas en *Informes* anteriores, y en los informes anuales del mismo INDH. En referencia a la situación actual, se nos comunicó que el trabajo de custodia y preservación de documentación, iniciado en 2014, continúa a través un sistema informático “aislado” –es decir, cuyos dispositivos no están vinculados al sistema interno general de la institución– y con estrictos controles de acceso por parte del personal de la institución. El procesamiento de preservación física y respaldo digitalizado había llegado, a fines de mayo de 2019, a cubrir un tercio de los fondos documentales totales (22.551 carpetas procesadas). Además, como ya hemos informado, a partir de septiembre de 2016 se empezó a entregar a titulares –es decir, a quienes postularon a cualquier iteración de la Comisión Valech, fuesen o no, finalmente calificados– toda la documentación contenida en las carpetas respectivas.⁸⁹ En esta categoría, al 31 de mayo de 2019, se ha entregado un total de 1.831 carpetas a personas naturales. La mayor parte –1.156– de las solicitudes emanaron de postulantes a Valech I; las 675 restantes, de postulantes a Valech II. Cerca del 28% del total de solicitudes (506 de 1.831) emanó de personas no-calificadas, quienes constituyen 43,5% de las y los postulantes totales.⁹⁰

En relación a solicitudes realizadas por tribunales, la interpretación actual de la situación legal, ratificada por Contraloría en 2014, es que

88 Comunicación escrita “Situación Archivo Valech y Otros”, enviada por el INDH, 14 de junio de 2019, en respuesta a consultas del Observatorio.

89 Hasta entonces, se entregaba solamente aquella porción de la carpeta que había sido proporcionada por el o la titular, más otros documentos que podrían considerarse públicos, reservando otra documentación. Hoy, solamente se reservan o se tarjan contenidos que podrían vulnerar los derechos de otros declarantes u otras personas víctimas de violaciones.

90 Cifras propias, producidas desde información oficial. Los porcentajes de postulantes calificados fueron 79,4%, en Valech I, pero tan solo 30,8%, en Valech II.

sobre Valech I aún pesa una prohibición absoluta, vigente hasta el 2054. Sobre Valech II, respecto del cual Contraloría se restó de pronunciarse, el INDH ha optado por entregar directamente información cuando es solicitada, mediante oficio, desde los tribunales. Se entrega, indistintamente, información respecto de personas calificadas o no, y además se examinan las fichas de la ex Colonia Dignidad (también depositadas en el INDH), agregando cualquier información pertinente. Entre 2016 y mediados de 2019, el INDH había contestado 186 oficios del Poder Judicial. De ellos, 62 no pudieron ser cumplidos por referirse a personas postulantes a Valech I; 13 debieron ser contestados en forma nula por no contar con la información; y ocho correspondían más bien a personas calificadas por Rettig (cuyos archivos hoy son manejados por la Unidad Programa de DDHH). Entonces solamente en el 55,4% de los casos fue posible suministrar todo o parte de lo solicitado.⁹¹ Las respuestas positivas dieron lugar a la entrega de 974 carpetas Valech II. Casi 65% de ellas se referían a individuos no-calificados, lo cual subraya una vez más la imperante necesidad de contar con una entidad administrativa capaz de rectificar omisiones previas en calificaciones, en el caso por ejemplo de que la investigación judicial subsecuente determina que la persona sí cuenta con el estatus necesario.

2.5 Prensa revela nombres de empleados civiles de la CNI incorporados al Ejército

En enero de 2019, CNN Chile informó los nombres de 1.119 agentes no-uniformados de la Central Nacional de Informaciones (CNI), ente de inteligencia y represión que reemplazó a la DINA, quienes fueron incorporados a las filas regulares del Ejército por orden directa de Augusto Pinochet, un mes antes de que Patricio Aylwin asumiera como presidente de la República. La mayoría de los exagentes pasó en forma directa a la Dirección de Inteligencia del Ejército (DINE), sin concursos, sorteos, ni capacitación para sus nuevas funciones. Pese a que ya han pasado casi tres décadas, y que varios de los exfuncionarios ya han fallecido, repetidas activaciones de la Ley de Transparencia no habían logrado el acceso a la nómina por vías regulares. El canal de televisión CNN Chile filtró una copia del listado, averiguando además que nueve de las personas mencionadas seguían en servicio activo, a fines de 2018. El ministro de Defensa, junto con reconocer que tanto la CNI como la DINA fueron organismos de represión absolutamente inaceptables e injustificables, aseveró que en el transcurso de 2019 los nueve funcionarios mencionados se irían del Ejército. Cabe recordar, al respecto,

91 Los oficios contestados solamente en parte solicitaban información sobre personas postulantes a Valech I y Valech II: solo se pudo responder a aquellos que corresponden a Valech II.

que en el pasado se ha dado una práctica de posterior recontractación en labores de asesoría a personas jubiladas y/o removidas de las FFAA por asociación con violaciones a los DDHH.

3. JUSTICIA

3.1 Sistema Interamericano de DDHH

Algunos acontecimientos relacionados con la Comisión y la Corte Interamericana de DDHH han sido comentados en otras secciones del presente *Informe*. Cabe agregar aquí que el fallo de diciembre de 2018, en el caso *Órdenes Guerra versus Chile*, constituye la cuarta sentencia de la Corte IDH, señalando vulneraciones de parte del Estado de Chile de sus responsabilidades convencionales libremente aceptadas. Las sentencias números dos y tres (García Lucero, de 2013, y Maldonado, de 2015) han sido cumplidas al menos en relación a lo ordenado a favor de los peticionarios directos, si bien en ambos casos sigue siendo desaprovechada la oportunidad de extender el principio a situaciones similares, utilizando las sentencias para mejorar políticas públicas. En el caso *García Lucero*, por ejemplo, se ha ignorado la mención que el fallo relevante hace, de que la investigación y persecución penal de la tortura son responsabilidades ex officio que recaen sobre el Estado, no sobre las y los sobrevivientes. En relación a la sentencia Maldonado, que exigía disponer de un mecanismo que permita restitución a todos los espuriamente condenados, han sido los sobrevivientes o sus familiares quienes han tenido que iniciar la revisión de cada caso. Un nuevo ejemplo se dio el 27 de mayo de 2019, cuando la Corte Suprema aceptó anular sentencias dictadas por Consejos de Guerra de Antofagasta y Pisagua en 1974.⁹² En relación a Órdenes Guerra, el Poder Judicial ya había hecho su parte cambiando, incluso antes de la sentencia, su práctica en relación a la imprescriptibilidad de la acción civil. Ahora falta revertir la injusticia relativa sufrida por quienes vieron negados sus derechos a reparación por vía judicial, antes del cambio de criterio. Se debe, además, legislar en los términos señalados en el fallo (ver sección 1.2.2). Es en referencia al caso *Almonacid*, de 2006, donde se percibe el mayor incumplimiento y el de más larga data: la anulación por legislación de la vigencia y efectos del Decreto Ley de Amnistía de 1978. La exigencia ha sido reiterada en el fallo García Lucero, así como en buena parte de las interacciones recientes del Estado con el Sistema Universal (ver sección 1.1.1).

Además de una segunda acción relacionada con denegación de indemnización civil (en relación al caso de Juan Paredes Barrientos), tenemos entendido que existirían por lo menos dos acciones más contra

92 Corte Suprema, Roles 8.745-2018 y 15.074-2018.

el Estado de Chile en preparación o tramitación ante la Comisión: una, relativa a la concesión de libertades condicionales a perpetradores, y otra, interpuesta por una sobreviviente. Ante estas y múltiples otras denuncias que Chile tiene pendientes ante el sistema regional de DDHH, el gobierno tomó la decisión, descrita en la prensa como algo “inédito”, de nombrar un agregado a su misión en Washington específicamente para velar por las causas ante la Comisión. Tres meses antes, en abril, el gobierno firmó una carta cuestionando la instancia, resaltando el principio de “subsidiariedad” e instando a evitar “invadir” esferas de competencia. La carta, firmada, además, por Argentina, Brasil, Colombia y Paraguay, suscitó polémica, siendo ampliamente interpretada como un intento de debilitamiento de la CIDH. En tanto, la Corte IDH, que recibe causas no-resueltas ante la CIDH en que se estima que *prima facie* podría existir vulneración de la Convención Americana, recibió en febrero de 2019 el caso de Daniel Urrutia, un juez chileno sancionado por la Corte Suprema por remitir un informe académico criticando el actuar judicial durante la dictadura.⁹³ El caso sigue en trámite.

3.2 Tribunales nacionales

Cuadro 1. Número de sentencias emitidas por la Sala Penal de la Corte Suprema entre julio de 2010 y junio de 2019, en causas por violaciones a derechos humanos en tiempos de dictadura, en nueve 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 ^x |
| Julio 2017 - junio 2018 | 37 ^x |
| Julio 2018 - junio 2019 | 44° |

* Uno de ellos solamente respecto a responsabilidades civiles.

** Cuatro de ellos solamente respecto a responsabilidades civiles.

° 16 de ellos solamente respecto a responsabilidades civiles.

^x Seis de ellos solamente respecto a responsabilidades civiles.

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

93 Caso 12.995, *Daniel Urrutia Laubreaux versus Chile*, remitido el 1 de febrero de 2019.

Cuadro 2. Detalle de las 44 sentencias de la Corte Suprema emitidas entre julio de 2018 y junio de 2019 (inclusive) en causas por violaciones a derechos humanos en tiempos de dictadura.

| Causa | Fecha fallo | Rol |
|--|-------------|----------------|
| Indemnización civil José Emiliano Cuevas Cuevas, detenido desaparecido. | 5.07.2018 | Rol 1013-2018 |
| Secuestro calificado de Luis Eduardo Durán Rivas (episodio Operación Colombo). | 6.07.2018 | Rol 38682-2017 |
| Homicidio simple de Macarena Torres Tello. | 9.07.2018 | Rol 37770-2017 |
| Secuestro calificado de Gervasio Huaiquil Calviqueo. | 25.07.2018 | Rol 44633-2017 |
| Secuestro calificado de Pedro Vergara Inostroza. | 25.07.2018 | Rol 35736-2017 |
| Secuestro calificado de María Cristina López Stewart (episodio Operación Colombo). | 7.08.2018 | Rol 84785-2016 |
| Secuestro calificado de Álvaro Modesto Vallejos Villagrán. | 7.08.2018 | Rol 19127-2017 |
| Homicidio calificado de José Domingo Quiroz Opazo. | 7.08.2018 | Rol 33750-2017 |
| Homicidio calificado de Iván Alfredo Quinteros Martínez. | 7.08.2018 | Rol 41554-2017 |
| Homicidio calificado de Arturo Alejandro Navarrete Leiva. | 9.08.2018 | Rol 40774-2017 |
| Secuestro calificado de Jorge Arturo Grez Aburto (episodio Operación Colombo). | 14.08.2018 | Rol 45911-2016 |
| Delito de aplicación de tormentos con resultado de muerte de Héctor Fernando Velásquez Molina. | 16.08.2018 | Rol 3382-2018 |
| Secuestro calificado de Arturo Barría Araneda (episodio Operación Colombo). | 24.08.2018 | Rol 34185-2017 |
| Indemnización civil José Gregorio Araneda Riquelme, ejecutado político. | 28.08.2018 | Rol 762-2018 |
| Secuestro calificado de matrimonio Bernardo Araya Zulueta y María Flores Araya, caso Calle Conferencia. | 5.09.2018 | Rol 36332-2017 |
| Delito de ejecución de actos de violencia sobre un detenido destinados a obtener su declaración causándole la muerte de Jorge Alejandro Cabedo Aguilera. | 6.09.2018 | Rol 34579-2017 |
| Delito de apremios ilegítimos con resultado de muerte de José Victorino Martínez Rojas. | 24.09.2018 | Rol 16914-2018 |

| | | |
|--|------------|----------------|
| Indemnización civil Juan Antonio Ruz Díaz, ejecutado político. | 24.09.2018 | Rol 17010-2018 |
| Indemnización civil Luis Jorge Almonacid Dumez, detenido desaparecido. | 26.09.2018 | Rol 19069-2018 |
| Secuestro calificado de Sergio Arturo Flores Ponce (episodio Operación Colombo). | 26.09.2018 | Rol 36731-2017 |
| Indemnización civil Héctor Roberto Rodríguez Cárcamo, detenido desaparecido. | 27.09.2018 | Rol 14903-2018 |
| Indemnización civil Atiliano Hernández Hernández, ex preso político sobreviviente. | 28.09.2018 | Rol 19301-2018 |
| Caso fusilados: homicidio calificado de Jorge Eduardo Oyarzún Escobar, Juan Joaquín Escobar Camus y José Sergio Muñoz González. | 4.10.2018 | Rol 43113-2017 |
| Homicidio calificado y secuestro de Blanca Marina Carrasco Peña, ejecutada política. | 16.10.2018 | Rol 43142-2017 |
| Delito de secuestro calificado causando grave daño de Eva Eugenia Palominos Rojas y Patricia del Carmen Zúñiga Barrios, ex presas políticas sobrevivientes. | 22.10.2018 | Rol 40168-2017 |
| Homicidio calificado de Claudio Rodríguez Muñoz. | 23.10.2018 | Rol 1376-2018 |
| Caso Academia de Guerra Aérea: secuestro calificado de José Luis Baeza Cruces, homicidio calificado de Alfonso Carreño Díaz y el secuestro de 11 presos políticos sobrevivientes: Rosa Barrera Pérez, Jacinto Nazal Quiroz, Agueda Jara Avaca, Jorge Montes Moraga (ex senador del Partido Comunista), Guillermo Teiller del Valle, Magdalena Contreras Weise, Rosa María Montes Miranda, Diana Montes Miranda, María Josefina Miranda Tejas, José Canales Pérez y Guillermina Fresia Cervantes. | 5.11.2018 | Rol 39628-2017 |
| Homicidio simple de José Espinoza Santic. | 22.11.2018 | Rol 1231-2018 |
| Homicidio calificado de Marcelino Marchandon Valenzuela. | 7.12.2018 | Rol 4080-2018 |
| Secuestro calificado de Félix Edmundo Lebrecht Díaz-Pinto (sobreviviente de Operación Colombo). | 13.12.2018 | Rol 38766-2017 |
| Indemnización civil Jorge Bernabé Yáñez Olave, detenido desaparecido. | 26.12.2018 | Rol 15298-2018 |
| Indemnización civil Carlos Luis Cubillos Gálvez, detenido desaparecido. | 31.12.2018 | Rol 29454-2018 |
| Indemnización civil Carlos Bastías Kessi, ex preso político sobreviviente. | 21.01.2019 | Rol 20362-2018 |

| | | |
|--|------------|----------------|
| Homicidio simple de Sergio Ramírez Peña. | 24.01.2019 | Rol 43531-2017 |
| Homicidio calificado de José Hernán Carrasco Vásquez. | 18.02.2019 | Rol 4567-2018 |
| Indemnización civil Newton Morales Saavedra, detenido desaparecido. | 20.02.2019 | Rol 12636-2018 |
| Indemnización civil II, Juan de Dios Salinas Salinas, detenido desaparecido | 22.02.2019 | Rol 12715-2018 |
| Indemnización civil caso ejecutados fundo Chihuío. | 7.03.2019 | Rol 29251-2018 |
| Homicidio calificado de Miguel Estol Mery. | 25.03.2019 | Rol 34392-2016 |
| Indemnización civil II, Rodolfo Valentín González Pérez, detenido desaparecido. | 26.03.2019 | Rol 29463-2018 |
| Indemnización civil José Julián Peña Maltés, detenido desaparecido. | 1.04.2019 | Rol 29944-2018 |
| Homicidio simple de Gabriel Salinas Martínez. | 19.05.2019 | Rol 4568-2018 |
| Indemnización civil Mario Morris Barrios, ejecutado político. | 23.05.2019 | Rol 31605-2018 |
| Indemnización civil III, Rodolfo Valentín González Pérez, detenido desaparecido. | 28.05.2019 | Rol 31766-2018 |

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

3.2.1 Ministras y ministros en visita y coordinación de causas DDHH

Durante el periodo del presente *Informe*, el ministro Ricardo Blanco asumió la labor de coordinación en causas de DDHH que le fueron asignadas en mayo de 2018, en reemplazo del ministro Sergio Muñoz. El ministro Blanco determinó seguir desarrollando las bases ya sentadas hacia una institucionalidad que tendrá proyección en el tiempo y cuyo funcionamiento podrá perdurar independientemente de la rotación en la coordinación de las causas. Para ello, bajo el alero de la existente Dirección de Estudios de la Corte Suprema, se elaboró un plan de trabajo para 2019, aprobado por el Pleno el 13 de mayo de ese año.⁹⁴ Liderada por el abogado Cristián Sánchez, la nueva oficina, denominada Coordinación nacional en causas de derechos humanos, seguirá perfeccionando una plataforma informática, asociada a una base de datos poblada con datos sobre causas terminadas así como de las aún vigentes. El sistema, una vez plenamente operativo, permitirá alertar a

94 Documento Coordinación Nacional Causas Derechos Humanos del Poder Judicial, Modelo de Trabajo 2019, copia archivada con el Observatorio.

las y los ministras/os en visita sobre duplicaciones de hechos, testigos o acusados, facilitando así la acumulación de causas y/o una mayor potenciación de información y testimonios.

La oficina también es concebida como un eje para coordinar los esfuerzos no solamente de las y los ministras/os en visita, sino también de las agencias auxiliadoras de la justicia. En ese sentido se prevé, por ejemplo, que la mencionada plataforma sea capaz de alertar a las y los ministras/os si algún imputado faltase a una hora agendada para evaluación en el SML. Fue muy bienvenida, además, la inédita iniciativa de convocar a representantes de algunas asociaciones de familiares y de la academia, para participar en parte de una reunión entre ministros y agencias auxiliadoras, en junio de 2019. En respuesta a inquietudes sobre la lenta tramitación de causas, expresadas en aquella oportunidad y otras, se anunció, el 6 de agosto, una serie de medidas acordadas por el Pleno de la Corte Suprema en base a un informe del ministro Blanco. Las medidas buscan agilizar el transitar de las causas de DDHH por las Cortes de Apelaciones, asignándoles un seguimiento diferenciado, designando un/a relator/a de turno en cada Corte, quien velará por su correcta y ágil tramitación, y estableciendo un lugar “preferente” para ellas en la tabla. Asimismo, se disponen cautelas especiales para evitar que inhabilitaciones de parte de integrantes de los tribunales de alza, aplacen de manera indebida la vista de causas.⁹⁵ Abogados litigantes consultados por el Observatorio opinaron favorablemente sobre las medidas, resaltando en particular la que insta a resolver inhabilitaciones en un plazo breve y la que impide que las cortes instruyan trámites una vez que una causa haya sido puesta en tabla.

Las medidas son consonantes con la intención de que el trabajo de la oficina de coordinación permita detectar y ayudar a superar los “cuellos de botella” que siguen impidiendo o ralentizando la resolución final de causas que llevan décadas en tramitación. Para ello, se pretenden armonizar los criterios con los cuales las y los ministras/os en visita reportan a la oficina los avances en sus labores; así como agregar al mapeo de causas en tramitación los datos completos de su paso por segunda instancia y/o casación. Aquello permitiría conocer los tiempos medianos y promedios que las causas demoran en los distintos niveles, así como potencialmente identificar diferencias en la celeridad de actuación de Cortes de Apelaciones en diversas jurisdicciones geográficas. Si bien dichas diferencias tienen muchas razones atendibles, incluyendo variaciones en la complejidad y alcance de las distintas causas, estos análisis pueden servir, primero, para corroborar que las diferencias observadas se deben a motivos de índole estrictamente técnico y, segundo, para

95 Corte Suprema de Justicia, Resolución AD 1253-2019, 6 de agosto de 2019.

diseñar posibles estrategias de refuerzo. Al mismo tiempo, ha de considerar temas comunes como el de la notificación adecuada de sentencias condenatorias. Si bien existe un principio de publicidad que debe cumplirse es, por ejemplo, contraproducente con la eficacia de la justicia si se notifica y publica una sentencia antes de que se hayan dispuesto las medidas necesarias para evitar la fuga de algún condenado.

Algunas de las demoras que afectan las causas de DDHH son poco susceptibles a soluciones administrativas, ya que tienen sus raíces en el contenido de las leyes imperantes. El requisito del examen de facultades mentales a imputados, combinado con el hecho de que la normativa existente no contempla la “subcontratación” de dichas evaluaciones a terceros en el caso de falta de capacidad en el SML, es un ejemplo concreto de un problema que requeriría de reformas legales. Otro ejemplo, es la actual ausencia de un sistema de supervisión de cumplimiento de penas, que ha sido objeto de numerosas y repetidas representaciones de parte del Poder Judicial ante distintas administraciones. No obstante, el ministro Blanco, y posteriormente su oficina de coordinación, han afirmado su intención de requerir y poner en debido conocimiento público, información sobre el estado de cumplimiento de las penas impuestas en casos de crímenes de lesa humanidad (información cuya publicación o comunicación nos ha sido permanentemente negada por otras instituciones y oficinas estatales).

La primera línea de la respuesta de los tribunales a la deuda histórica en materia de justicia descansa hoy en manos de trece ministras y ministros en visita, quienes sustancian casi 1.500 causas vigentes, en todas las jurisdicciones del país (ver abajo, sección 3.2.4, para mayor detalle sobre las causas). Si bien existe una percepción generalizada de que el ministro Carrozza –hoy candidato a la Corte Suprema– es quien más causas DDHH sustancia, en los hechos, al 30 de abril de 2019, el ministro Arancibia, de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, tenía a su cargo 443 causas, 409 de ellas en estado de sumario (investigación activa); mientras que el ministro Carrozza instruía 295 causas, un número similar a las que lleva la ministra Cifuentes, en San Miguel (280). Les seguía el ministro Mesa (Temuco, cubriendo también causas de Valdivia, Puerto Montt, y Coyhaique), con 205 causas en total.⁹⁶ Si bien la cifra bruta de causas llevadas esconde grandes variaciones en su envergadura y complejidad, los otros tres ministros mencionados también cuentan con una mayor proporción de sus causas aún en el estado activo de sumario (más de tres cuartos, en cada caso, comparado con un 55% en el caso del ministro Carrozza). Cada uno de las y los ministras y ministros mencionados cuenta con dedicación exclusiva hasta fines de 2019 (renovable). La mencionada condición es compartida

96 Fuente: Oficina de Coordinación Nacional DDHH del Poder Judicial.

además por el ministro Vicente Hormazábal, quien sustancia un total de 80 causas, 70 de ellas en etapa sumario en la Corte de Apelaciones de La Serena. El ministro Aldana, de la Corte de Concepción, es al parecer el único de las y los ministras/os que sigue aún una estricta y limitada definición de ‘causas DDHH’, conociendo solamente causas de desapariciones forzadas o ejecuciones extrajudiciales. Por tanto, su trabajo ha estado complementado por la ministra Yolanda Méndez, designada el 1 de agosto de 2018 por la Corte Suprema, para investigar querrelas interpuestas por sobrevivientes, principalmente por tortura y detención ilegal.⁹⁷ Una observación final respecto de las causas que las y los ministras/os consideran cuando reportan a la Coordinación Nacional sus labores en causas de DDHH, es que el listado de carátulas o figuras informadas incluye dos (“atentado terrorista contra una autoridad política con resultado de muerte”, y “secuestro terrorista”) que –tanto por su fecha de comisión, como por su autoría no-estatal– no calzan con la definición estricta mencionada arriba.⁹⁸

3.2.2 Cambios legislativos relevantes relativos a cumplimiento de penas: Ley sobre libertad condicional, proyecto de ley para sustituir penas privativas de libertad

Analizamos, en el *Informe 2018*, la polémica ocasionada por concesiones de libertad condicional que produjeron la excarcelación anticipada de cinco perpetradores de crímenes de lesa humanidad, desestimándose informes psicosociales desfavorables presentados ante la Comisión de Libertad Condicional de los recintos penales respectivos. Para fundamentar las concesiones, la Corte Suprema favoreció una presunción de automaticidad y concibió el beneficio más bien como un derecho. Un fallido intento de acusación constitucional contra los ministros responsables provocó descargas de los ministros acusados, entre las cuales se sostuvo que, de existir falta o abandono de deberes, aquello recaería no el Poder Judicial sino en los colegisladores. Esto último en alusión a la ausencia de esfuerzos legislativos serios para actualizar o reemplazar el actual régimen de libertad condicional, claramente obsoleto (establecido en 1925, por el Decreto Ley 321).

97 Pleno de la Corte Suprema, Resolución AD-739-2010, 1 de agosto de 2018. Si bien la redacción de la resolución es algo ambigua, se entiende además que la ministra debe investigar adopciones irregulares y/o sustracción de menores ocurridas durante la dictadura, siempre que hayan afectado a mujeres presas políticas. (Similares crímenes sin conexión evidente con el contexto de violencia política, corresponderían más bien a las jurisdicciones ordinarias respectivas).

98 Se trata del asesinato de Jaime Guzmán y el secuestro (sobrevivido) de Cristian Edwards, ambos cometidos en 1991 por miembros del Frente Patriótico Manuel Rodríguez. Mauricio Hernández Norambuena fue extraditado desde Brasil, el 21 de agosto de 2019, para seguir cumpliendo condena en Chile por ambos crímenes.

En respuesta, se volvió a activar la tramitación de un proyecto de ley ya existente: Boletín 10.696-07, introducido por moción parlamentaria en 2016. El proyecto procuraba reemplazar el DL 321 con un texto nuevo que, en su versión inicial, no hacía referencia específica alguna a graves violaciones a los DDHH ni a sus perpetradores. Una primera indicación, presentada por el diputado Hugo Gutiérrez y otros parlamentarios, en octubre de 2016, buscaba derechamente prohibir la concesión de libertad condicional en esos casos. Sin embargo, no se aceptó dicha prohibición. El Ejecutivo sometió otra propuesta de indicaciones a la comisión parlamentaria mixta que estudiaba el proyecto, orientadas a adecuar el texto a los principios consagrados en el Estatuto de Roma.⁹⁹ La Comisión no aceptó todas las indicaciones propuestas por el Ejecutivo, modificó otras e introdujo algunas nuevas. El 14 de octubre de 2018, propuso un texto estableciendo tres requisitos especiales en relación a perpetradores de crímenes de lesa humanidad. Aquellos eran, en esencia, haber cumplido más de dos tercios de la pena; haber colaborado sustancialmente para resolver el delito en cuestión u otros similares, y “haber manifestado su arrepentimiento mediante una declaración pública”.¹⁰⁰

El tercer requisito fue objetado por algunos parlamentarios de derecha, quienes estimaron que vulneraba la libertad de conciencia. Se expresaba también reserva a la noción de requerir el reconocimiento del delito, por su posible afectación al derecho de no autoinculparse. No obstante, el texto fue aprobado en la Cámara Baja, por un margen relativamente estrecho (72 votos a 63), el 20 de noviembre de 2018. En seguida, y faltando aún la firma del Presidente para que el texto aprobado se convirtiera en ley, se presentó un requerimiento ante el Tribunal Constitucional, TC (tribunal que ostenta, por ahora, la facultad de control preventivo de preceptos legales). Ante esta situación, actores del mundo de los DDHH solicitaron al TC realizar audiencias públicas antes de llegar a una determinación (solicitud que puede ser realizada en cualquier materia ante el TC, pero no es automáticamente concedida). Aceptada la solicitud por parte del TC, se fijó una fecha para audiencias. Aproximadamente 17 actores postularon para participar, tanto de sectores a favor como en contra de los aspectos cuestionados del texto. El 19 de diciembre de 2018 se celebraron las audiencias. Participaron, *inter alia*, la bancada del Partido Socialista, Sofía Prats (hija del general de Ejército asesinado por la dictadura), personeros de la derecha, un abogado defensor de perpetradores, y diversas agrupaciones

99 Que si bien no prohíbe la concesión de beneficios, establece consideraciones especiales.

100 Boletín 10.696-07, versión disponible a través de la herramienta Historia de la Ley del sitio web de la Biblioteca Nacional del Congreso: <https://www.bcn.cl/historiadelailey>.

de DDHH. El ejercicio participativo, y la diversidad de agrupaciones DDHH que comparecieron, debe valorarse positivamente en cuanto demuestra una creciente disposición dentro de dichas agrupaciones a ser proactivas en asuntos legislativos y jurídicos. En los hechos, el TC declaró inconstitucional el requisito de arrepentimiento público, que fue suprimido del texto final de la ley. Se conservó el requisito de colaboración eficaz y/o reconocimiento de los crímenes. Así, el texto se transformó en la Ley 21.124, vigente desde el 18 de enero de 2019.

En junio de 2018, el gobierno anunció la presentación de un proyecto ley, descrito como humanitario, cuyos objetivos incluían, según fuentes de prensa, “redefinir los indultos presidenciales para que estos sean determinados por el Poder Judicial”.¹⁰¹ Según la misma fuente, el ministro de Justicia señaló que “nuestra voluntad, más que de seguir otorgando estos indultos, es generar (...) una ley, que permita a través de un proceso judicial poder definir quién, cómo y cuándo pueden acogerse a esta situación de grave enfermedad terminal o una situación de invalidez total”.¹⁰² El anuncio se concretó a fines del 2018, justamente después de que la Cámara de Diputados aprobara la modificación al DL 321, arriba mencionado. Así, el 28 de diciembre de 2018, Mensaje Presidencial N° 212-366, ingresó al Senado el Boletín 12.345-07, proyecto ley que “Regula la sustitución de penas privativas de libertad por razones humanitarias para personas que indica”. Se propone modificar el Código Procesal Penal y el Código de Procedimiento Penal, velando por la dignidad de las personas privadas de libertad. Propone que dichas personas puedan solicitar la sustitución de su encarcelamiento por la reclusión domiciliaria total, en tres circunstancias: enfermedad en fase terminal, menoscabo físico grave e irrecuperable que provoque dependencia severa y, teniendo 75 años de edad o más, haber completado cierta parte de su pena. El Mensaje enumera diversos mensajes y mociones previos que habían pretendido regular la misma materia, y señala que el proyecto se fundamenta en “el respeto y protección de los derechos humanos”, “uno de los fundamentos y bases de nuestra institucionalidad y del derecho internacional de los derechos humanos”. Cita, entre sus bases, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 10.1); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 5.2); los Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; y el Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de

101 Radio Cooperativa: “Ley humanitaria: el proyecto del Gobierno que reabre polémica sobre indulto”. 26 de junio de 2018.

102 Radio Cooperativa, op.cit. La frase “estos indultos” hace referencia a tres indultos concedidos por el presidente Pinera a principios de 2018, uno de ellos al exagente René Cardemil.

detención o prisión, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Resolución 43/173, el 9 de diciembre de 1988. Señala que, si bien los textos señalados ya competen y comprometen al Estado chileno, “existe un vacío en nuestra legislación”.¹⁰³

A mayor abundamiento, el proyecto argumenta que las penas privativas de libertad difícilmente cumplen sus propósitos con condenados de las características descritas, al perder sentido o dificultarse, la participación de personas condenadas en los programas de reinserción social. También cita el principio de igualdad ante la ley, que faculta la adopción de medidas especiales para proteger los derechos de determinados colectivos. El traslado de responsabilidades hacia el Poder Judicial se justifica observando que, siendo los tribunales los entes competentes para hacer ejecutar lo juzgado, correspondería que conozcan las cuestiones que se susciten durante el cumplimiento de una pena. Las condiciones propuestas para la sustitución de la privación de libertad son:

i) Condenados diagnosticados con una enfermedad en fase terminal: se hace referencia al “derecho a vivir con dignidad hasta el momento de la muerte”, reconocido en el artículo 16 de la Ley N° 20.584, que dispone “el derecho a los cuidados paliativos que les permitan hacer más soportables los efectos de la enfermedad [y] a la compañía de sus familiares y personas a cuyo cuidado esté ...” Según el mensaje, ello “pondría de manifiesto la necesidad de que en la fase terminal (...) las personas, puedan cumplir la pena en su propio domicilio”.¹⁰⁴

ii) Condenados con un menoscabo físico grave e irrecuperable que provoque una dependencia severa: el proyecto ley señala que la actual legislación solamente refiere a condenados que caen en enajenación mental durante la ejecución de la sentencia, sin considerar quienes pierdan autonomía física. Así, propone que se pueda solicitar libertad condicional en cualquiera de tres situaciones: menoscabo físico grave e irrecuperable, dependencia severa, y/o una relación de causalidad entre ambas.

iii) Condenados de 75 años o más de edad, habiendo cumplido a lo menos la mitad de su condena original: el proyecto alude al “derecho a vivir con dignidad en la vejez, reconocido por el artículo 6° de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores”; al artículo 5 de la misma, que mandata enfoques específicos para personas en condición de vulnerabilidad, mencionando entre ellas, las personas privadas de libertad. Agrega que el artículo 13 de la Convención mandata “medidas alternativas respecto

103 Citas textuales del Proyecto de Ley Boletín 12.345-07, versión ingresada el 28 de diciembre de 2018.

104 Mensaje Presidencial N° 212-366, op.cit.

a la privación de libertad.” El proyecto asevera que “las mínimas condiciones de humanidad (...) [requieren] evitar que estas personas convivan en un ambiente que pueda acelerar su deterioro físico, psíquico y social”.¹⁰⁵ Se fundamenta en legislaciones penales y procesales comparadas, además del DIDH. De todos modos, propone como requisito copulativo a la edad mínima mencionada, el haber cumplido la mitad de su condena o, en el caso de presidio perpetuo o presidio perpetuo calificado, un mínimo de 20 o 40 años, respectivamente.

De convertirse en ley, cualquier condenado que cumple con el perfil puede hacer una solicitud al tribunal, organismo que “pedirá informe psicológico y social a Gendarmería de Chile, el que deberá contener una opinión técnica en relación a los factores de riesgo de reincidencia de la persona interesada” (proyecto artículo 468 bis(i)). Quienes postulan en base a enfermedad terminal o menoscabo físico deben obtener un informe del SML (art. 468 bis (ii)). Para que se conceda el beneficio, dichos informes deberán respaldar “un pronóstico fatal, en un tiempo próximo” o bien “un padecimiento permanente y sin posibilidades de rehabilitación”.

La Comisión de derechos humanos, nacionalidad y ciudadanía de la legislatura (en adelante, “Comisión de DDHH”) solicitó, en enero del 2019, el parecer de la Corte Suprema. La Corte respondió que la actualización de las mencionadas disposiciones constituye una deuda históricamente muy pendiente.¹⁰⁶ A la vez expresó preocupaciones, incluyendo el hecho de que no se especifica cuál tribunal u órgano jurisdiccional ejercerá las facultades, lo cual subraya una vez más, la necesidad de crear la figura de jueces de ejecución de la pena.¹⁰⁷ Se apunta a la imprecisión de los términos “enfermedad terminal” y deceso en un tiempo “próximo”, y se advierte la poca conveniencia de confiar las evaluaciones al SML sin resolver el notorio retraso que ya se tiene en la entrega de informes. Los ministros Muñoz, Dahm y Silva Cancino estimaron que la concesión del beneficio debe de ser facultativo, pero no obligatorio, y que cualquier legislación eventual debería leerse a la luz de otras convenciones internacionales ratificadas por Chile, aludiendo en particular al artículo 110 del Estatuto de Roma.¹⁰⁸

A partir de marzo de 2019, la Comisión de DDHH empezó a realizar

105 Boletín 12.345-07, op.cit.

106 Corte Suprema, Cuenta Oficio N° 22-2019, considerando decimotercero. 7 de febrero de 2019.

107 *Ibid.*, considerando decimoquinto.

108 Artículo que menciona condicionantes y cuidados especiales para la concesión de beneficios a criminales de lesa humanidad.

audiencias sobre la materia.¹⁰⁹ En representación del Poder Ejecutivo, la subsecretaria de DDHH, Lorena Recabarren, sostuvo que: “una preocupación primordial de este Gobierno es garantizar el respeto de los derechos humanos y la dignidad de todas las personas, así como también avanzar hacia una sociedad más compasiva y humanitaria”.¹¹⁰ Consultada sobre el universo de personas reclusas que, por edad, serían *prima facie* beneficiadas por el proyecto en su formulación actual, la subsecretaria señaló que se trataría de unas 107 personas, casi dos tercios de ellas (69) perpetradores de crímenes de lesa humanidad. Respecto de los criterios de enfermedad terminal y/o dependencia física, estimó que entre 15 y 22 personas calificarían en esa condición, sin distinguir entre criminales de lesa humanidad y otros condenados.¹¹¹ El proyecto se encuentra aún en primer trámite constitucional, sin urgencia.

Desde la perspectiva de estándares internacionales, el proyecto aborda dos temáticas: derechos de las personas privadas de libertad, y obligaciones respecto a la adecuada sanción a crímenes de lesa humanidad, hoy considerada una norma imperativa del derecho internacional. El Estatuto de Roma, por otra parte, aunque no contempla la figura de libertad condicional, considera reducciones de sentencias, con requisitos que incluyen la colaboración efectiva del perpetrador, además de cambios significativos en su salud u otras circunstancias.¹¹² La Regla 223 agrega que el condenado debe haber demostrado “disociación” de su crimen, y ordena a los jueces ponderar tanto la posibilidad de reinserción social, como el efecto potencialmente negativo que su liberación puede provocar en la sociedad, en las víctimas y/o los familiares de víctimas desaparecidas o fallecidas. Entonces, en opinión de la CPI, “la obligación de sancionar los delitos de lesa humanidad no es, en principio, incompatible con la reducción de la pena, [o...] la concesión de alternativas a la reclusión [...] sus requisitos especiales ponen en evidencia la tensión entre la reinserción del condenado y su dignidad, por un lado, y los derechos de las víctimas y la paz social por el otro”.¹¹³ Aquello sugiere la necesidad de requisitos diferenciados en casos de crímenes de lesa humanidad, cosa que el actual proyecto no

109 Entre ellos, la Fundación Paz Ciudadana, la Defensoría Penal Pública, la Corporación Estadio Nacional Memoria Nacional ex Prisioneros Políticos, la Corporación de Familiares de Ex Prisioneros Políticos Fallecidos, Dra. Claudia Cárdenas de la Universidad de Chile, la Fundación Jaime Guzmán, y la Agrupación de Familiares de Ejecutados Políticos (AFEP).

110 Exposición oral de la subsecretaria ante la Comisión, disponible en Tvsenado.cl: “Proyecto de Ley Humanitaria”. 18 de marzo de 2019.

111 Id.

112 Estatuto de Roma, Art. 110.

113 Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Asesoría Técnica Parlamentaria “Alternativas a la reclusión por razones humanitarias: derecho internacional y legislación extranjera. Con especial atención a la cuestión de los condenados por delitos de lesa humanidad”. Abril, 2019, p. 6.

contempla, tal como observaron la Defensoría Penal Pública y la AFEP ante la Comisión de DDHH. La AFEP sugirió incorporar tres requisitos: la obligación de informar sobre el paradero de víctimas, en caso de condenados por secuestro (desaparición forzada); cooperación sustancial tanto en la investigación como en la ejecución de la sentencia, y arrepentimiento, no solo respecto de los crímenes por los cuales fue condenado, sino por su contexto, a saber, las graves, masivas y sistemáticas violaciones a los DDHH perpetradas en Chile entre 1973 y 1990 (evitando así, la apología pública, negación o trivialización flagrante de crímenes de lesa humanidad).

3.2.3.1 Tendencias generales históricas en fallos causas DDHH en la Corte Suprema

Tabla A: Causas DDHH del periodo de la dictadura en que han recibido sentencia definitiva en los tribunales superiores chilenos, entre 1995 y 30 de junio de 2019.

| | |
|---------------------------------|------------|
| Número total de causas por tipo | 426 causas |
| Causas por indemnización civil. | 61 |
| Causas penales. | 365 |

Tabla B: Clases de victimización abordadas por las causas penales DDHH finalizadas entre 1995 y 30 de junio de 2019.

| | |
|--|------------|
| Número total de causas penales | 365 causas |
| Casos de detenidos desaparecidos. | 163 |
| Casos de ejecutados. | 159 |
| Casos mixtos ejecutados, detenidos desaparecidos y/o sobrevivientes. | 22 |
| Casos de torturas y otros crímenes contra sobrevivientes. | 18 |
| Casos solamente por asociación ilícita.* | 1 |
| Casos solamente por exhumación ilegal.* | 1 |
| Casos ley de control de armas.* | 1 |

* Los casos clasificados en otras filas de la tabla pueden también incluir condenas por estos delitos. Para efectos de esta tabla, se califica según el tipo penal más gravoso mencionado en cada fallo.

Tabla C: Números de víctimas ausentes y sobrevivientes representados en causas penales DDHH finalizadas entre 1995 y 30 de junio de 2019.

| | |
|--|-----|
| Número total de víctimas ausentes (DD y EP) representados. | 747 |
| Personas detenidas desaparecidas. | 369 |
| Personas ejecutadas. | 378 |
| Número total de sobrevivientes representados. | 221 |

Tabla D: Porcentajes de mujeres representadas en las causas penales terminadas entre 1995 y junio de 2019, por tipo de caso.

| Número total de personas, número de mujeres | Porcentaje del total que son mujeres |
|---|--|
| Víctimas ausentes DD y EP: total 747 personas, 56 de ellas, mujeres. | 7.5% del total de víctimas ausentes con causa penal terminada. |
| Víctimas ausentes DD: 369 personas, 31 son mujeres. | 8.4% del total de DD con causa penal terminada. |
| Víctimas ausentes EP: 378 personas, 25 son mujeres. | 6.6% del total de EP con causa penal terminada |
| Sobrevivientes: 221 personas con sentencia penal final, 73 son mujeres. | 33 % de sobrevivientes de tortura con causa penal terminada |

Fuentes: Elaboración propia, con datos de Comisiones de la Verdad, fallos judiciales, registros del Observatorio, y datos suministrados por el Poder Judicial.

En el *Informe 2018* presentamos, por primera vez, cifras que permiten medir el alcance de las sentencias finalizadas en los tribunales nacionales, desde el final de la dictadura, como proporción dentro del universo de víctimas y sobrevivientes actualmente reconocidos. Aquí presentamos una actualización de aquellos datos –integrando las 44 sentencias finales dictadas por la Corte Suprema en causas DDHH durante el período estadístico del presente *Informe* (julio de 2018 a junio de 2019)– detallada en el cuadro 2, además de algunas actualizaciones de datos históricos realizadas gracias a la información proporcionada por el Poder Judicial en enero de 2019.

Según los registros actuales del Observatorio, entre 1995 y el 30 de junio de 2019, se han dictado un total de 426 sentencias finales en causas por crímenes de lesa humanidad cometidos durante la dictadura: 365 abordando materias penales y/o civiles, y 61 respecto de demandas

civiles solamente.¹¹⁴ Las 426 sentencias comprenden, principalmente, causas falladas en la Sala Penal de la Corte Suprema. No obstante, incluyen también, algunas (pocas) demandas civiles finalizadas en su Sala Constitucional, más otro grupo, aún más pequeño, de causas penales en que no hubo casación, por cuanto la sentencia de la Corte de Apelaciones respectiva constituye la sentencia definitiva.¹¹⁵ Las 365 sentencias finales penales de las que tenemos registro hacen referencia a un total de 747 víctimas ausentes (369 detenidos-desaparecidos, DD, y 378 ejecutados políticos, EP); más un total de 221 personas sobrevivientes.

Si representamos estos totales como proporción de los universos de víctimas ausentes y sobrevivientes oficialmente reconocidos por el Estado de Chile, 163 de los 365 fallos penales dicen relación con crímenes cometidos contra personas DD, 159 a víctimas EP, y 22 a casos mixtos (DD, EP y/o sobrevivientes). En tanto, son 18 las causas penales por torturas y otros delitos cometidos exclusivamente contra personas sobrevivientes.¹¹⁶ Las y los sobrevivientes que han presentado querellas criminales por tortura u otros crímenes, dando origen a causas ahora resueltas en última instancia, son 221 personas. Por tanto, se han dado sentencias penales finales por los crímenes cometidos contra cerca del 23,2% de las personas reconocidas actualmente por el Estado como desaparecidas o ejecutadas.¹¹⁷ Aquello constituye un aumento del 1,1% con respecto de igual fecha del 2018, consistente con el total de 29 personas DD o EP representadas en los fallos penales finales del periodo actual. En cambio, solamente el 0,58% de las y los 38.254 sobrevivientes reconocidos por 'Valech I' y 'Valech II' han visto sentencias finales emitidas en sus causas penales y/o demandas civiles.¹¹⁸ Persiste, por tanto, la abrumadora diferencia entre víctimas ausentes y sobrevivientes, en relación a los niveles de satisfacción de su derecho a

114 Es decir, demandas sin una arista penal asociada. El detalle de la mayor parte de las sentencias penales puede consultarse en www.expedientesdelarepresion.cl.

115 En relación a estas últimas dos categorías, pueden existir omisiones o pérdida de datos históricos en el registro, un margen de error que permanentemente buscamos reducir o eliminar. Las causas terminadas en la Sala Constitucional de la CSJ son aquellas demandas civiles que fueron resueltas antes del 21 de diciembre de 2014, fecha desde la cual, por disposición del Pleno de la Corte, pasaron a ser conocidas por la Sala Penal.

116 Las tres causas penales terminadas no incluidas en este desglose representan causas sin nombres de víctimas específicas asociadas (asociación ilícita, exhumación ilegal, y vulneración de ley de control de armas).

117 Calculado sobre un total de personas DD y EP de 3.216 [cálculo del Observatorio sobre la base de Rettig (1991) CNRR (1996) y Valech II (2011), con ajustes posteriores]. En cambio, la suma simple de los registros oficiales mencionados, sin ajuste, es de 3.225 personas. En cualquiera de los dos casos, el porcentaje con causa resuelta no baja de 23,1% ni asciende a más de 23,2%. Ver *Informe 2018* para mayor detalle sobre las bases de estos cálculos.

118 Representando un incremento del 0,08% con respecto a la cifra reportada en el *Informe 2018*.

la justicia penal.¹¹⁹ La iniciativa estatal que podría revertir dicho desequilibrio, cumpliendo a su vez con el deber del Estado señalado en el fallo García Lucero de la Corte IDH, no se ha materializado. Ello, porque la Unidad Programa de DDHH sigue sin ampliar su mandato al respecto, mientras que la denuncia por torturas sobrevividas interpuesta por la entonces subsecretaria de DDHH, en las últimas horas de la administración saliente (marzo de 2018), no cuenta con seguimiento oficial alguno externo al Poder Judicial.¹²⁰

Si analizamos por sexo, son 31 las mujeres DD representadas en los fallos penales terminados por 369 personas detenidas desaparecidas. Son 25 las mujeres EP, representadas en las causas por 378 personas ejecutadas, terminadas en lo penal. En total, hay 56 mujeres entre las víctimas ausentes con casos penales terminados (7,5% del total de 747 víctimas DD y EP). Aquella proporción es relativamente consistente con el desglose por sexo reportado por las comisiones de la verdad respectivas.¹²¹ En tanto, 73 mujeres sobrevivientes de tortura y otros crímenes han obtenido sentencias penales contra perpetradores, constituyendo un 33% del total de 221 sobrevivientes con un caso penal terminado. Aquello claramente supera las proporciones representadas en Valech I (aproximadamente, 12,5% de cuyas personas calificadas eran mujeres) y Valech II (aproximadamente 16,1%).¹²² Este dato sugiere que las mujeres sobrevivientes son más propensas que sus pares masculinos a iniciar acciones penales, lo cual va acompañado por un particular énfasis en hacer manifiesta la violencia sexual que fue cometida desproporcionadamente, si bien no exclusivamente, contra mujeres presas políticas. Claramente, se requiere mucha mayor atención analítica al tema de género que lo que estos cálculos iniciales por sexo representan. Lo ideal es que formara parte de un enfoque de género transversal, muy enfatizado en la normativa internacional, que ha estado notoriamente ausente de las acciones oficiales en justicia transicional en Chile.

119 De momento, excluimos las demandas civiles de este cálculo para minimizar las posibilidades de distorsión por doble conteo, dado que una proporción substancial de demandas civiles son subsecuentes a un fallo penal inicial respecto de la misma persona. Esto se da particularmente en casos de DD o EP, en que hay una tendencia creciente de múltiples demandas interpuestas por diversos familiares (ver sección 1.2.2). En relación a sobrevivientes, quienes han encontrado históricamente mayores obstáculos para iniciar procesos penales exitosos, a veces se halla acción civil sin acción penal previa. Seguiremos monitoreando esta situación para efectos de presentaciones cuantitativas a futuro.

120 Ver sección 3.6.1

121 Rettig (1991), por ejemplo, reportó 94% de hombres y 6% de mujeres entre las víctimas calificadas.

122 Fuente: Informe 'Valech II', desgloses por sexo. La aproximación se debe a que las cifras oficiales que aparecen en la tabla publicada no son consistentes entre sí.

3.2.3.2 Tendencias jurisprudenciales en los fallos recientes de la Corte Suprema

Las 44 sentencias finales del periodo mantienen la línea jurisprudencial asentada en negar la aplicabilidad de la prescripción y del DL de Amnistía de 1978 a delitos de lesa humanidad. Los fallos del periodo consolidan, además, la extensión de la imprescriptibilidad también a la acción civil, dando curso a peticiones de indemnización por daño moral derivado de los mismos hechos. Las 33 sentencias, en total, que resolvieron sobre responsabilidad civil reconocen tanto la imprescriptibilidad de la acción civil, como su compatibilidad con el ejercicio del derecho a reparaciones administrativas.¹²³ En varios casos, la Corte revocó aplicaciones de prescripción en el ámbito civil por tribunales inferiores. Por regla general, se trata además de decisiones unánimes en la sala correspondiente (Sala Penal). En los casos aislados de emisión de votos disidentes, estos fueron emitidos por abogadas o abogados integrantes, no por los ministros titulares de la sala. Cinco de las 33 causas que resuelven, exclusivamente o en parte, sobre responsabilidades civiles corresponden a acciones interpuestas por personas sobrevivientes. Las restantes fueron iniciadas por familiares de víctimas desaparecidas o ejecutadas.

La calificación de los hechos como delito de lesa humanidad fue objeto de controversia en dos causas del periodo. En la primera, la Corte Suprema confirmó el sobreseimiento definitivo por prescripción.¹²⁴ Se trata de Macarena Torres Tello, una niña de seis años muerta el 23 de mayo de 1989 por impacto de un arma de fuego durante un enfrentamiento entre Carabineros y civiles que intentaban asaltar un local comercial. La Corte estimó que la muerte de Macarena fue un delito común, a pesar de que fue calificada por la Comisión Rettig como víctima de la violencia política. Por tanto, no se consideró como crimen de lesa humanidad por la ausencia de “un contexto de persecución política dirigida en contra de opositores al régimen de facto”. La Corte aludió, además, a que la investigación habría descartado que el proyectil recuperado del cuerpo de Macarena correspondiera a un arma de fuego del tipo asignada a Carabineros. En el segundo caso cuya calificación como delito de lesa humanidad fue controvertido por la defensa, la Corte terminó afirmándola. Se trata del asesinato de Gabriel Salinas Martínez, detenido en Cunco el 31 de agosto de 1975 por supuesta

123 Las 33 incluyen tanto los fallos en causas “mixtas”, que comprenden una arista penal y una arista civil, como los que resolvieron exclusivamente demandas civiles. Además, una sentencia en una causa que dispuso solamente absoluciones ordenó, sin embargo, el pago de la indemnización impuesta al Fisco, por estar acreditada la participación de un agente del Estado (el agente, condenado en segunda instancia, falleció antes de que la causa llegara a la Corte Suprema).

124 Rol. 37.770-17, 9 de julio de 2018.

participación en un robo de herramientas. Gabriel murió baleado por el Carabinero Mario Osvaldo Rodríguez Canario, luego de que Rodríguez lo amenazó para que confesara. En esta oportunidad, la Corte Suprema confirmó la calidad de crimen de lesa humanidad “porque las autoridades y el contexto jurídico-político y la jurisdicción militar de la época favorecieron la impunidad y la indefensión y se favoreció la eliminación de las personas invisibles o no deseables”.¹²⁵ El mencionado caso es, sin embargo, uno de los tres del período en que la Corte concedió la prescripción gradual, reduciendo la pena a una cuantía lo suficientemente baja para que al condenado se le concediera el beneficio de la libertad vigilada (pena no privativa de libertad).

Con respecto a los tipos penales que aparecen en las sentencias, se aplicó la figura del secuestro calificado en tres causas de personas sobrevivientes. La Corte Suprema confirmó, de ese modo, la pertinencia de la estrategia impulsada por las y los querellantes, dirigida a representar de manera más completa –en el limitado marco de las figuras penales previstas por el Código Penal vigente en el momento de los hechos– tanto la extrema gravedad de la violencia represiva sufrida por sobrevivientes, como la diversidad de sus manifestaciones. Ello apunta a lograr una respuesta penal más proporcional que la que resulta de la sola aplicación del delito de “apremios ilegítimos”, bajo el cual la privación ilegal y arbitraria de libertad a manos de agentes del terrorismo de Estado, queda encubierta como mera “detención”. Una línea semejante de decisión se observa en el caso de un ejecutado político, José Hernán Carrasco Vásquez: la Corte Suprema confirmó la aplicación conjunta de los tipos penales de secuestro simple y homicidio calificado. De esta manera, se empieza a dejar atrás una criticable tendencia, de parte de ministras y ministros en visita, así como de tribunales superiores, de limitarse a condenar por el tipo penal considerado más gravoso.

El delito de secuestro calificado, generalmente aplicado a casos de detenidos-desaparecidos, es el que siguió produciendo las penas de más elevada cuantía. Se observaron, en cambio, penalidades más variables –aunque en general mayores a diez años de presidio– a condenados por homicidio calificado. Cabe destacar, además, que se elevó tendencialmente el número de sentencias imponiendo penas privativas de libertad de cumplimiento efectivo: solamente en tres casos, se concedieron penas alternativas. Aunque globalmente se tiende, entonces, a la aplicación de sanciones más proporcionales a la gravedad de los hechos, preocupa el retorno de la concesión de la prescripción gradual: la Corte aplicó o confirmó esta figura en tres causas, con la consiguiente reducción sustancial de las penas.

125 Corte Suprema, Rol.4568-2018, 19 de mayo de 2019.

Si bien sigue primando la tesis de que la prescripción gradual es inadmisibles en casos de delitos de lesa humanidad, por las mismas razones por las que no procede la concesión de la prescripción propiamente tal, esas decisiones han sido acordadas siempre en el presente período por mayoría, con el voto disidente de uno o dos ministros y/o abogados integrantes. Queda de manifiesto, entonces, la fragilidad de la posición respecto de la inadmisibilidad, y su dependencia de la integración de la Sala Penal de la Corte Suprema. Tras la jubilación del ministro Juica, quien siempre la sostuvo, son tres los ministros actualmente adscritos a esa sala que favorecen más bien la concesión de la prescripción gradual. Sin embargo, sus posiciones no son exactamente equivalentes. Mientras los ministros Cisternas y Dolmestch consideran obligatoria su concesión, justificando así, la revocación de sentencias de Cortes de Apelaciones que no la conceden, el ministro Künsemüller opina que la aplicación de la prescripción gradual es discrecional, conforme al criterio de las y los jueces de instancia. En esta materia también el rol de las y los abogadas/os integrantes resulta decisivo: en los tres casos indicados el voto de uno de ellos ha terminado inclinando la balanza a favor de la prescripción gradual.¹²⁶ Aquello subraya lo vital que puede resultar la postura de quienes suplen las ausencias de ministras o ministros titulares de las salas del máximo tribunal. Por ello, es preocupante la propuesta de reemplazar la figura del abogado/a integrante por ministras/os del Tribunal Constitucional, referida en una pauta general de posibles reformas judiciales a impulsar por el actual ministro de Justicia.¹²⁷ Ello, dado la posición notoriamente aún más regresiva de sus actuales integrantes en muchas materias relevantes para causas de DDHH (ver sección 3.2.5.1).

En cuanto a los resultados finales en materia de condenas penales, tres causas del período terminaron con la absolución de todos los acusados. En una, la Corte estimó que concurría la eximente de legítima defensa. En las otras dos, se consideró en primera o en segunda instancia, que no existían suficientes pruebas de la participación de los acusados en los delitos. Por otra parte, entre las condenas firmes del período, cabe destacar la pena de presidio efectivo a Rosa Ramos Hernández, convirtiéndola en la segunda exagente mujer que cumple pena de cárcel en Chile por crímenes de lesa humanidad. Es interesante poner de relieve, en materia de resultados finales, que la Corte Suprema tiende a mantener tanto las condenas como las absoluciones determinadas por

126 Respectivamente: Jorge Lagos Gatica, Juan Manuel Muñoz Prado y Antonio Rojas Cabos. Los abogados integrantes María Cristina Gallardo y Ricardo Abuabud Dagach también se ha manifestado, en disidencias, a favor de la aplicación de la prescripción gradual, aunque su voto hasta ahora no ha sido decisivo.

127 *La Tercera*: "La otra reforma judicial postergada: el fin de los abogados integrantes". 22 de junio de 2019.

Cortes de Apelaciones. Solamente en una causa se anuló una sentencia de la Corte de Apelaciones, condenando a algunos de los agentes que habían sido antes absueltos. Y solo en dos casos más la Corte de Justicia acogió recursos de casación para absolver a acusados condenados en primera y segunda instancia (los dos casos son el ya mencionado, en que se aceptó la tesis de legítima defensa, más otro, en que la Corte resolvió que no concurrían los requisitos jurídicos necesarios para condenar como coautor).¹²⁸

Los reveses más significativos, en términos de absolución de exagentes inicialmente condenados, han ocurrido más bien a nivel de Cortes de Apelaciones, siendo generalmente refrendadas por la Corte Suprema. A modo de ejemplo, se pueden citar cinco episodios de la causa “Operación Colombo” terminados en el presente periodo, que entre ellos representan 132 (86%) de las 154 absoluciones ratificadas en el Máximo Tribunal en esos 12 meses. Esta tendencia, ya visible en 2017-18 y por tanto comentado en el *Informe 2018*, dice relación con la interpretación que la Corte Suprema hace del limitado control que puede ejercer sobre decisiones de tribunales inferiores, respecto de la determinación de los hechos probados. Cabe señalar, al respecto, una cierta asimetría observada en algunos fallos entre el tratamiento de las absoluciones, comparado con el que se le da a las condenas. En el caso de las condenas, cuando los abogados defensores de perpetradores alegan una supuesta falta de fundamentación de la participación de sus clientes en los hechos, la Corte tiende a analizar, en detalle, las pruebas en que las sentencias inferiores basan sus atribuciones de responsabilidad. En cambio, en el caso de las absoluciones, en varias sentencias la Corte se muestra más bien deferente ante la convicción formulada por el o la juzgador/a inicial. Para hacerlo, asume una interpretación fuertemente discrecional de la referencia que el artículo 456 bis del Código de Procedimiento Penal (CPP) hace a la “convicción” necesaria para condenar. Entiende que, cualesquiera sean los antecedentes probatorios —en particular, independientemente del número y la calidad de los indicios que pudieran servir como base de presunciones judiciales, de acuerdo al artículo 488 del CPP— es legítimo que el o la juzgador/a absuelva, si no ha llegado al convencimiento subjetivo de la culpabilidad del acusado. No somete, entonces, la fundamentación de las decisiones de exculpar, a un examen igualmente riguroso que el que practica cuando ratifica condenas. Especialmente ilustrativa de esta tendencia es la sentencia dictada en la causa Episodio Jorge Oyarzún Escobar y otros (Rol. 43.113-2017). En ella, se confirmó la absolución, por la Corte de Apelaciones, de dos conscriptos a quienes la sentencia de primera

128 Respectivamente, Roles 1376-2018, 18 de octubre de 2018, y 84785-2016, 6 de agosto de 2018.

instancia imputaba participación en el fusilamiento de tres víctimas. La Corte Suprema argumentó que “la ausencia de convicción para condenar no precisa de las exigencias formales que los impugnantes echan en falta, pues la extensión del fallo en tal evento, se aparta de los requerimientos que la ley demanda a la sentencia condenatoria”. Afortunadamente hay algunas sentencias de la Corte Suprema en las que se reconoce que, también en el caso de las absoluciones, la exigencia de fundamentación constituye una garantía frente a la arbitrariedad.

Otro hecho significativo de este período es la organización por la Corte Suprema de un seminario, donde sometió a discusión pública su jurisprudencia sobre las violaciones de DDHH ocurridas durante la dictadura. El seminario “Poder Judicial y Derechos Humanos: labor y proyección”, realizado en el Salón de Pleno de la Corte Suprema, el 16 de enero de 2019, comenzó con una cuenta del ministro Lamberto Cisternas sobre el rol de la Corte Suprema en materia de justicia transicional. Ofreció una completa reseña sobre las 447 sentencias penales y civiles firmes que la Corte da por dictadas, entre 2002 y 2018, en causas de delitos de lesa humanidad, así como sobre los procesos en actual tramitación.¹²⁹ La exposición fue comentada por el abogado de DDHH, Nelson Caucoto, y por Daniela Accatino, de la Universidad Austral de Chile. Fue seguida por un intercambio de preguntas y respuestas con el público. En su intervención, Nelson Caucoto remarcó lo “inédito” de la presentación de este balance por la Corte Suprema, destacando, por una parte, la asunción institucional de posiciones jurisprudenciales antes aún controvertidas y, por otra, el ejercicio de transparencia y comunicación con la ciudadanía. Apuntando a lo mismo, el Presidente de la Corte Suprema, ministro Haroldo Brito, sostuvo que: “Chile (...) ha dado pasos relevantes al sancionar penalmente las infracciones a los derechos humanos, constituyéndose en un ejemplo para avanzar en justicia y paz social. Conscientes que la jurisdicción debe vincularse con la ciudadanía, hoy la recibimos para dar cuenta y, también, para conocer su entendimiento de lo que la judicatura realiza a estos respectos”. Es de esperar que la merecida satisfacción institucional por el camino recorrido sirva para fortalecer y preservar un estatuto coherente, que no admita pasos regresivos como la concesión automática de beneficios intrapenitenciarios o el retorno de la prescripción gradual. Solo así, el Poder Judicial podría mantener su posición como el poder de Estado que más ha hecho, últimamente, ante las obligaciones

129 Las diferencias entre las cifras ofrecidas por diversas fuentes, entre ellas, el Observatorio, se deben, generalmente, a prácticas definicionales diferentes (sobre si incluir o no, por ejemplo, resoluciones exclusivamente en materia civil; causas por crímenes fuera del marco temporal de la dictadura, pero claramente conexos a ella, como el caso Berrios, entre otros). El Observatorio dialoga activamente con la Coordinación Nacional de DDHH del Poder Judicial para transparentar dichas materias.

internacionales y morales que el país tiene en esta materia. Chile es hoy uno de los países que más experiencia tiene en judicializar crímenes de derecho internacional en tribunales domésticos. Todo apunta a que por fin se empieza a apreciar institucionalmente el significado y envergadura del desafío que los tribunales chilenos siguen enfrentando, y de la suma importancia que su respuesta tiene para el prestigio y honra de un poder de Estado que fue históricamente condescendiente con la represión dictatorial.

3.2.4. Tendencias generales en justicia penal

El Poder Judicial informó que, al 30 de abril de 2019, existía un total de 1.459 causas penales por crímenes contra los DDHH en tramitación.¹³⁰ 1.114 de ellas se encontraban en estado de sumario, 114 en plenario, con 227 causas falladas al menos en primera instancia, pero sin ejecutoriarse (habiendo aún posibles apelaciones o casaciones pendientes), a cargo de 13 ministras o ministros en visita, siete de ellas/os para Santiago (ver arriba). Los datos suministrados demuestran algunos patrones interesantes, aunque no permiten calcular con exactitud cuántas personas desaparecidas, ejecutadas y/o sobrevivientes están representadas en las causas.¹³¹ Es, además, de suma importancia la iniciativa que ha llevado a la producción de los mencionados datos y que pretende, a futuro, consolidar y hacer públicos tanto los datos aquí citados como la información sobre cuántas y cuáles penas privativas de libertad están siendo activamente cumplidas. Aquella información, que ha sido negada en repetidas ocasiones por otros organismos, es efectivamente de interés público, materializando la función comunicativa de la justicia penal, y constituyendo uno de los garantes de confianza pública en el sistema de justicia y el Estado de derecho.

La información actual demuestra una clara diversificación de los tipos penales asociados con estas causas, dentro de una misma causa y en el universo total de causas. El primero de esos fenómenos—la aparición de múltiples figuras o tipos penales dentro de una misma causa— tiene una doble explicación. Se debe, en parte, a una mayor tendencia a que se investigue, dentro de una misma causa, los crímenes cometidos contra

130 Informe suministrado al Observatorio el 28 de junio de 2019, bajo referencia IDECS 1805-42, por la Coordinación Nacional Derechos Humanos del Departamento de Estudios de la Corte Suprema, a instrucción del ministro Ricardo Blanco. La cifra contabiliza causas vigentes, en cualquier estado de tramitación activa, excluyendo solamente las que tienen sentencia de término ejecutoriada, así como las archivadas, acumuladas, o sobreseídas. Agradecemos al ministro Blanco, así como de modo especial a Cristian Sánchez y su equipo, por su valiosa colaboración en la producción, interpretación y perfeccionamiento de estos datos, a lo largo de varias reuniones sostenidas con representantes del Observatorio.

131 Se acordó el inicio de una recopilación de datos permitiendo el mencionado cálculo, que será por tanto reportado en Boletines futuros del Observatorio y/o en la próxima iteración del presente *Informe*.

víctimas de distintos tipos de represión (personas desaparecidas, ejecutadas, y también sobrevivientes, por ejemplo). Otra parte de la diversificación se debe a la profundización de una tendencia, ya comentada en *Informes* anteriores, de judicializar una mayor proporción de los crímenes graves que fueron en realidad cometidos contra determinada persona victimizada. Así, se avanza hacia un abordaje más completo de las prácticas aberrantes cometidas por el terror estatal, dejando atrás una visión inicial más simplista en que se asociaba a las personas detenidas desaparecidas con el delito de secuestro, a las personas ejecutadas con homicidio y a las personas sobrevivientes con tortura, este último, además, utilizando los tipos penales vigentes a la época, todos muy insatisfactorios.

Hoy, en cambio, son 49 los diferentes tipos de delito que se investigan, y/o por los que se procesan, en las 1.459 causas abiertas. Dentro del listado hay aproximadamente una docena de rúbricas identificables, desde versiones de homicidio hasta falso testimonio, delitos relacionados con lesiones físicas y figuras vinculadas con la sustracción de menores. El listado incluye múltiples menciones de figuras tales como: “aplicación de tormentos con resultado de muerte” (mencionado en relación a un total de 11 víctimas); detención ilegal (mencionado en relación a 432 víctimas, casi siempre en asociación con otros delitos tales como tortura, homicidio, o secuestro); e inhumación ilegal (mencionado en relación a 139 víctimas). Las frecuentes menciones de “asociación ilícita”, así como de detención ilegal y privación arbitraria o ilegal de libertad, subrayan la profunda falacia que supone pretender seguir revistiendo de la más mínima legitimidad las acciones de los servicios de inteligencia y fuerzas de orden de la época. Es llamativo que, a pesar de una creciente conciencia de la frecuencia y suma gravedad de la violencia sexual ejercida como estrategia de represión, se menciona violación solamente respecto de 12 individuos (existiendo, además, una causa cuya carátula incluye ‘abusos deshonestos’ y una querrela por aborto forzado). Cabe señalar, no obstante, que los datos mencionados proceden de un barrido general de carátulas de causas en distintas etapas de tramitación activa. Para poder llegar a conclusiones fundadas sobre el trato o la importancia que determinadas/os ministras y ministros, o el sistema de justicia en general, le atribuyen a ciertos delitos, sería necesario hacer un seguimiento temporal a un grupo de causas en el tiempo, desde la querrela a la sentencia ejecutoriada. Solamente de este modo se podría apreciar, por ejemplo, si existen variaciones significativas entre los crímenes que un/a querellante denuncia, y los que se incluyen en la formalización, procesamiento y/o condena de algún eventual responsable.¹³²

132 Este tipo de análisis es parcialmente facilitado por registros de causas terminadas, tales como el que ha sido creado por la Universidad Austral de Chile (www.archivosdelarepresion.cl). Sin embargo, para completar el análisis se requeriría considerar, además de los fallos de cada instancia, las querellas, peticiones de procesamiento, y demás hitos significativos dentro del expediente judicial de cada causa.

Dos figuras particularmente llamativas –que aparecen en el registro solamente a nivel de denuncia o querrela (es decir, que no han sido incluidas aún en ningún procesamiento o sentencia)– son “genocidio” (mencionado en relación a 27 víctimas) y “aborto forzado” (mencionado en relación a una sobreviviente). La sobreviviente es Haydee Oberreuter, protagonista de una causa penal anterior, que resultó en condenas no privativas de libertad contra los exintegrantes de la Armada que la secuestraron y torturaron, ocasionándole la pérdida del hijo que gestaba en el momento de su detención. La inclusión de esta nueva figura, junto a las de asociación ilícita y secuestro, permite iniciar una nueva investigación cada vez que se trata de delitos distintos, por cuanto no aplica la condición de cosa juzgada. Similar principio es el que ha sido aducido por querellantes relacionados con Londres 38, Espacio de Memorias, al querellar por homicidio, en relación a personas cuya desaparición ya ha sido investigada y/o sancionada bajo la figura del secuestro. En lo que al genocidio se refiere, no está claro que la práctica represiva chilena calce dentro de tal concepto como está actualmente definido y tipificado en el derecho internacional, donde la intención de destruir o erradicar a determinados grupos en base a sus características, no incluye mención de grupos de índole político o ideológico. En Argentina, donde el término es utilizado con mayor frecuencia y deliberación por la comunidad de derechos humanos, se aplican similares consideraciones, si bien se han hecho esfuerzos para desarrollar nuevas concepciones del concepto genocidio, que no tengan la mencionada limitante.¹³³

Frente a estos nuevos tipos penales, los abogados defensores de perpetradores han llegado tan bajo como para aseverar, en un argumento oral, que el delito de exhumación ilegal o no se configura, o bien no calza dentro de la denominación de crimen de lesa humanidad que es necesario para superar amnistía y prescripción. Aquello porque, según su lógica perversa, los restos humanos profanados al ser abandonados, ocultados o removidos por agentes, ya no merecerían el calificativo de humanos, siendo más bien meros “objetos”.¹³⁴

Un problema cada vez más frecuente y perjudicial para la resolución final de causas, es el excesivo retardo en la realización de exámenes para evaluar las facultades mentales de los exagentes juzgados, y/o para evacuar los respectivos informes. Dichas evaluaciones, realizadas por el SML, son necesarias según el artículo 349 del Código de

133 El principal referente es Daniel Feierstein, cuyas obras relevantes incluyen el libro *El genocidio como práctica social*, Fondo de Cultura Social y Económico, 2007.

134 Fuente: reporte de un abogado querellante sobre argumentos proferidos en un alegato oral, realizado en marzo de 2019, en relación a un episodio del caso *Caravana de la Muerte*. Nombre reservado a petición de la fuente.

Procedimiento Penal.¹³⁵ La causa rol 2.182-98, episodio “Conferencia II”, instruida por el ministro Miguel Vázquez, se encuentra ante la Corte de Apelaciones de Santiago, desde el 12 de junio de 2017, bajo el rol de ingreso 829-2017. Durante febrero de 2018, la Corte requirió, de manera “urgentísima”, exámenes a un total de 19 victimarios condenados en primera instancia. El SML agendó las evaluaciones para marzo y agosto de 2018, es decir, hasta seis meses después de emitida la instrucción judicial que las calificó como urgentísimas. Luego, por problemas de falta de personal, ciertas evaluaciones debieron postergarse aún más, debido a que algunos de los peritos designados tuvieron que presentarse en un juicio oral. Durante el tiempo en que la causa no pudo ser conocida por la Corte de Apelaciones, fallecieron dos condenados, antes de que se ejecutaran las sentencias en su contra.

En la medida en que estos problemas contribuyen al retardo en el juzgamiento de victimarios, operan a favor de la impunidad. Los atrasos excesivos han sido representados por la Corte Suprema al Poder Legislativo, como consta, por ejemplo, en el Oficio 29-2018, del 8 de febrero de 2018, en que el presidente del Máximo Tribunal indica al presidente del Senado: “(...) reconociendo el rol científico y especialización del Servicio Médico Legal, es un hecho público y notorio que no posee actualmente los medios humanos y técnicos necesarios para satisfacer las exigencias que ha de alcanzar; en el ámbito jurisdiccional nos consta que es habitual otorgar hora para peritajes para muchos meses después del ingreso de la orden judicial”.¹³⁶ Esta misma problemática fue denunciada a la Comisión de derechos humanos y pueblos originarios de la Cámara de Diputados, por los abogados de DDHH Nelson Caucoto y Francisco Ugás, requiriéndose la citación a una sesión especial del ministro de Justicia y DDHH, el ministro de Hacienda, y el Servicio Médico Legal, para que dieran explicaciones fundadas, rindieran cuenta de la suficiencia o insuficiencia del presupuesto asignado al SML, especialmente a su Unidad de Salud Mental; e informaran detalladamente acerca de medidas tomadas o por tomar, para solucionar el problema. La Comisión citó para una sesión, celebrada el 20 de enero, al ministro de Justicia y DDHH, Hernán Larraín; al director del SML, Dr. Jorge Rubio; y a los abogados denunciantes. Desgraciadamente, no asistió ninguna de las autoridades citadas. El 4 de marzo de 2019, se convocó a una nueva sesión, a la cual asistió solamente el director del SML. Informó, *inter alia*, que los 24 concursos internos, abiertos entre 2013 y 2018 para contratar peritos psiquiatras,

135 “El inculpado o encausado será sometido a examen mental siempre que se le atribuya algún delito que la ley sancione con presidio o reclusión mayor en grado máximo u otra superior; [o] cuando fuere sordomudo o mayor de setenta años (...).”

136 Corte Suprema, Oficio 29-2018, 8 de febrero de 2018, fundamento segundo.

tuvieron que ser declarados desiertos, por falta de postulaciones. Además, indicó que existían más de 1.024 pericias de esta naturaleza (en diversos tipos de causa, no solamente en causas DDHH) pendientes de ejecución: 611 en la Región Metropolitana y 413 en otras regiones del país.

La solución a esta grave problemática, desgraciadamente, se observa lejana. Pareciera hacer falta un reconocimiento por parte de las autoridades políticas, de lo serio y gravoso del problema.

Asimismo se percibe una falta de voluntad política en orden a atenderlo y superarlo.

3.2.5 Causas de DDHH ante el Tribunal Constitucional

El período muestra una disminución del uso o, al menos, de la utilidad del Tribunal Constitucional como mecanismo de impunidad, práctica denunciada en los *Informes* 2016, 2017 y 2018. Allí, detallamos el reiterado, y poco fundamentado, uso de acciones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de parte de abogados defensores de perpetradores, y la proclividad del Tribunal a dejar paralizadas las respectivas causas. Comparando la situación actual, con la descrita en el *Informe* 2018 –cuando múltiples causas, incluso las de una zona jurisdiccional completa (Chillán) se hallaban paralizadas– se percibe, sin duda, una notoria mejora. Si bien algunos de las y los ministras y ministros del TC se muestran aún muy favorables a los argumentos esgrimidos por los perpetradores, y aunque las demoras ocasionadas por el TC han seguido suscitando cuestionamientos, la mayoría de los requerimientos pendientes desde el periodo anterior fueron resueltos y rechazados, permitiendo retomar la sustanciación normal de las respectivas causas.¹³⁷ Los nuevos requerimientos ingresados fueron resueltos, en su mayoría, dentro de un plazo más razonable, incluso, a veces, sin suspensión de las causas afectadas. Por tanto, a principios de julio de 2019, quedaban apenas dos causas de DDHH ante el TC.¹³⁸ Sin embargo, en julio y en los primeros días de agosto, se sumaban a ellos cuatro ingresos nuevos. Tres fueron ligados al caso del homicidio calificado de Carmelo Soria, deducido por los condenados Jaime Lepe Orellana y Sergio Cea Cienfuegos.¹³⁹ El otro fue presentado por la defensa de Óscar Podlech Michaud, en cuatro causas en que se encuentra imputado.¹⁴⁰

137 El Presidente de la Corte Suprema aludió a cuestionamientos al TC desde la sociedad civil, autoridades políticas y judiciales y órganos colegisladores, en su discurso de inauguración del año judicial, 1 de marzo de 2019.

138 Roles 6805 (13 de junio de 2019) y 6985 (10 de julio de 2019).

139 Se trata de tres acciones presentadas el 25 de julio del presente, roles 7102 (admitida a trámite), y los roles 7103 y 7104 declarados derechamente inadmisibles.

140 Rol 7142. Su admisión a trámite se encuentra pendiente.

3.2.5.1 Causas resueltas o ingresadas ante el TC, julio 2018-junio 2019

De las 24 causas que habían sido ingresadas al TC durante el período estadístico comprendido en el *Informe* 2018, 18 quedaban pendientes de resolución al término del mencionado período (junio de 2018).¹⁴¹ Entre julio de 2018 y la fecha de cierre de la presente edición, todas ellas fueron resueltas. Catorce de las 18 fueron rechazadas en todas sus partes.¹⁴² En tres más, los requerimientos fueron acogidos parcialmente.¹⁴³ En un solo caso, el requerimiento fue acogido en todas sus partes.¹⁴⁴ Los requerimientos acogidos en forma parcial se dirigieron a la norma del artículo 205 del Código de Procedimiento Penal, CdPP, que se refiere a la forma en que el juez o la jueza interroga a los testigos durante la fase de sumario. Por último, aquel requerimiento acogido en su totalidad se refirió al artículo 78 del CdPP, en una causa sobre prisión política y tortura. En los hechos, empero, estos requerimientos acogidos no han tenido efectos prácticos sobre el estado de las causas afectadas, o porque el defensor contaba ya con conocimiento del sumario, o porque las diligencias de declaración de testigos ya habían ocurrido. Esto reafirma la sospecha de que la suspensión y consiguiente dilación de las causas es el verdadero objetivo que los imputados persiguen.

Durante el período estadístico estrictamente correspondiente al *Informe* 2019, (julio de 2018 a junio de 2019, inclusive) se presentaron 15 nuevas acciones de inaplicabilidad, de las cuales dos fueron declaradas derechamente inadmisibles.¹⁴⁵ De las 13 acciones restantes, 10 fueron rechazadas, nueve de ellas en resoluciones contundentes. Su tramitación demoró entre cuatro y cinco meses entre presentación y rechazo (salvo el caso 5952-19-INA, que demoró casi ocho meses, aunque con solamente cuatro meses de suspensión de la causa respectiva).¹⁴⁶ La tramitación relativamente rápida de la mayoría coincidió con el período

141 Otras seis habiendo sido ya rechazadas por manifiesta falta de fundamento. Ver *Informe* 2018.

142 Roles 3669-17-INA (5-4); 3699-17-INA (5-4); 3929-17-INA (5-4); 3948 (5-3 y 4-4); 3996-17-INA (5-3); 4180-17-INA (8-0); 4210-17-INA (5-3 y 4-4); 4223-18-INA (5-3, y 4-4); 4256-18-INA (6-3); 4512-18-INA (6-2 y 4-4); 4627-18-INA (6-3); 4703-18-INA (8-2 y 7-3); 4807-18-INA (9-0); y 4871-18-INA (7-3), donde INA denota inaplicabilidad.

143 Roles 3649-17-INA; 4390-18-INA; 4391-18-INA, todos rechazados en general (votación 5-4), acogiendo únicamente el requerimiento respecto del artículo 205 del CdPP, en la expresión “y secretamente” (a propósito de la interrogación de testigos).

144 Rol 3681 (votación 6-3).

145 Las 15 son: Roles 5189-18-INA; 5192-18-INA; 5193-18-INA; 5194-18-INA; 5195-18-INA; 5436-18-INA; 5438-18-INA; 5439-18-INA; 5440-18-INA; 5504-18-INA; 5765-18-INA; 5952-19-INA; 6805-19-INA; 5812-18-INA, y 6447-19-INA. Las dos últimas mencionadas son las que fueron rechazadas inmediatamente.

146 Roles 5189-18-INA (8-2); 5192-18-INA, 5193-18-INA, 5194-18-INA, 5195-18-INA (estas últimas, con votación 9-0); 5436-18-INA, 5438-18-INA, 5439-18-INA, 5440-18-INA (las cuatro últimas con votación 8-1); 5765-18-INA (5-5, con el voto del presidente siendo entonces decisorio), y 5952-19-INA (rechazado 5-4 el 8 de agosto de 2019).

de feriado legal del presidente del Tribunal.¹⁴⁷ En la undécima acción, Rol 5504, se desistió por haber fallecido quien la presentó. La única que queda aún por resolver fue interpuesta a mediados de junio, en el proceso en que el ministro Mario Carroza investiga la destrucción de archivos del Ejército.¹⁴⁸ La causa se encuentra suspendida mientras sigue pendiente la resolución del requerimiento. Por último, con posterioridad al período estricto de nuestro análisis, en julio de 2019 se dedujo un requerimiento respecto de normas relativas a libertad condicional (los artículos 9º y 3 bis del D.L. 321 reformado), en el caso del exagente de la CNI Rodrigo Pérez Martínez (rol 6985), que fue admitido a trámite con suspensión de la causa. Entre fines de julio y agosto, además, se ingresaron cuatro recursos más, declarándose dos de ellos derechamente inadmisibles. A la fecha de cierre de edición, no se había pronunciado sobre la admisibilidad de los dos restantes, ni si procedería o no, en su caso, la suspensión de las causas respectivas. Así, a la fecha mencionada, solo existen dos procesos de DDHH paralizados por el TC: roles 6805 y 6985.

Durante el período del *Informe* actual ingresaron dos nuevos ministros al TC y se reconfiguraron sus salas. Terminado el período de la ministra Marisol Peña, de la Primera Sala, el 8 de junio de 2018, se produjo un traslado voluntario del presidente del TC, ministro Iván Aróstica, a dicha sala. Desde entonces, el ministro Aróstica ha asignado todas las causas de DDHH a esa misma sala, aprovechando la norma que radica en el presidente del TC la facultad de “distribuir de modo equitativo entre las dos salas del Tribunal, las causas que a ellas les corresponde conocer.”¹⁴⁹ Este hecho genera casi indefectiblemente la suspensión temporal de las causas que las acciones buscan impugnar, gracias a que la primera sala cuenta con una mayoría relativa de tres ministros (de cinco) quienes votan consistentemente en ese sentido. Se trata de los ministros Aróstica, Vásquez y Romero. Últimamente, los mismos ministros han extendido un trato similar a causas vinculadas a corrupción en el Ejército, que han sido objeto de acciones de la misma índole. De todos modos, como se ha comentado arriba, los resultados negativos de dichas suspensiones fueron parcialmente amortiguados

147 Durante el mismo período, el presidente (s) del Tribunal asignó Rol 5952-19-INA a la Segunda Sala, siendo por tanto el único caso ingresado durante el período de este *Informe* asignado a dicha Sala.

148 CA Santiago, Rol. 1775-2017.

149 Artículo 8º, letra b de la Ley Orgánica del Tribunal. Los ingresos son: Roles 4960-18-INA (período Informe 2018); 5189-18-INA; 5192-18-INA; 5193-18-INA; 5194-18-INA; 5195-18-INA; 5436-18-INA; 5438-18-INA; 5439-18-INA; 5440-18-INA; 5504-18-INA; 5765-18-INA; 5812-18-INA; 6447-19-INA; 6805-19-INA 6985-19-INA; 7102-19-INA; 7103-19-CAA (Constitucionalidad de Auto Acordado), 7104-19-CAA, y 7142 (estos últimos cinco, de julio y agosto de 2019: es decir, fuera del período estricto de cobertura estadística del presente *Informe*).

por el logro de una mayor celeridad que antes en la resolución –usualmente, con rechazo– de las acciones por parte del Pleno del TC.

También es dable destacar que, a raíz del cuestionamiento por el retraso producido en la tramitación de causas, la Segunda Sala del TC accedió a dejar sin efecto la suspensión del procedimiento en las diez causas de DDHH que le tocaba resolver. (Las causas habían sido asignadas a la Segunda Sala antes de que surtiera efecto la decisión –no explicitada– de dirigir nuevos ingresos relacionados con causas DDHH a la Primera Sala).¹⁵⁰ Aquellas decisiones permitieron a la justicia ordinaria continuar con la tramitación de esas diez causas mientras el TC resolvía el fondo de los requerimientos. Todos estos factores posibilitaron la mencionada mejora general que es, no obstante, puntual y reversible dada la configuración del TC y las claras posiciones personales de sus miembros en estos temas. A fines de agosto de 2019, se producirá el cambio, por rotación, de la presidencia del TC. Asumirá como presidente la ministra María Luisa Brahm. Elegida por votación del Pleno, es considerada como liberal en temas valóricos. Ha votado consistentemente para rechazar los planteamientos de los perpetradores de violaciones a los DDHH.

3.2.5.2 El caso Eduardo Frei Montalva

Uno de los requerimientos mencionados arriba fue presentado el 28 de agosto de 2018, en el proceso por el asesinato del expresidente Frei. La defensa del exmédico de la DINA Pedro Valdivia dedujo una acción de inaplicabilidad, cuestionando los artículos 456 bis, 459, 464, 472, 473, 481, 482, 484, 497, 500 y 501 del CdPP. En ella, se cuestionaban originalmente el estándar de prueba (art. 456 bis), reglas sobre valoración de la evidencia (arts. 459 a 497), y otras reglas sobre la forma de las sentencias, en especial su contenido (artículo 500) y la obligación de que la sentencia criminal indique si el acusado ha sido condenado o absuelto (artículo 501). Se alegó, además, que el ministro Madrid, quien instruye la causa, no sería un juez imparcial y que, a pesar de aquello, estas reglas le habrían permitido dictar sentencia. Se fijaron alegatos sobre admisibilidad para el 26 de septiembre de 2018. Era la primera vez, desde fines de 2017, que el TC fijaba audiencias sobre la admisibilidad de un requerimiento,¹⁵¹ algo que es bienvenido porque dicha fase permite identificar y eliminar requerimientos implausibles, evitando, así, llevar discusiones poco serias al pleno del TC. Haberse

150 Con fecha 18.07.2018 se dejó sin efecto la suspensión en el proceso rol 4703-18-INA, el 06.08.2018 en los roles 3649-17-INA, 3669-17-INA, 3699-17-INA. Por último, el 24.09.2018 se reactivaron los procesos 4210-17-INA; 4223-18-INA; 4390-18-INA; 4391-18-INA; y 4627-18-INA.

151 La última ocasión anterior fue el 28 de noviembre de 2017, en Roles 3948 (Bautista van Schouwen y Patricio Munita) y 3996 (Operación Cóndor).

saltado ese paso de consideración de admisibilidad de los requerimientos en múltiples causas de DDHH, vistas en 2018, provocó el retraso innecesario de muchas de ellas. Finalmente, el 27 de septiembre, el requerimiento fue declarado admisible por mayoría (3 a 2), únicamente respecto de los artículos 481, 482 y 484 del CdPP.¹⁵²

Luego, y por primera vez en procesos por DDHH, el Presidente de la República y los presidentes del Senado y de la Cámara de Diputados hicieron uso de la atribución del artículo 98 de la Ley Orgánica Constitucional del TC. Ello permite a los órganos colegisladores formular observaciones a requerimientos que sean declarados admisibles. Las observaciones de Presidente Piñera criticaron el contenido de la acción e instaron por su rechazo. Se respaldó la aplicación del CdPP a la causa, manifestando que ello constituía, justamente, “el debido proceso ‘legalmente tramitado’” que el requerimiento alegaba ausente. También se comentó que el requerimiento no expresó en qué forma la aplicación de los preceptos legales cuestionados habrían producido las supuestas infracciones constitucionales alegadas. Se instó por la pronta resolución del requerimiento.¹⁵³ El presidente del Senado, Carlos Montes, y su homólogo en la Cámara de Diputados, Jaime Mulet, también instaron por el rechazo de la acción.¹⁵⁴

La sentencia de fondo del TC, por mayoría, estuvo por rechazar el requerimiento por no señalar ni justificar pormenorizadamente cómo resultarían contrarios a la Constitución los artículos impugnados (considerando Vigésimocuarto). También se reprochó que, durante la vista de la causa ante el pleno, el requirente “modificó sustancialmente el planteamiento de inaplicabilidad contenido en su acción” transformándolo en un alegato por falta de defensa jurídica en las etapas iniciales del juicio (considerando Vigésimoquinto).¹⁵⁵ El voto de minoría de los ministros Aróstica y Vásquez reafirma su posición, cuestionada en *Informes* anteriores, de que el procedimiento penal antiguo supuestamente no establecería “las garantías de un proceso justo y racional”.¹⁵⁶ No obstante, no se ofrece argumento alguno en este sentido. Por último, existe una prevención del ministro Romero que afirma la incompatibilidad de estas reglas con la Constitución, pero alude a defectos de formalización del requerimiento.

152 Voto de mayoría de los ministros Aróstica, Romero y Vásquez, con disidencia del ministro Hernández y la ministra Silva, quienes fundamentaron su rechazo.

153 Presidencia de la República. Formula observaciones que indica. 18 de octubre de 2018, fojas 592-594. siguientes.

154 Presidencia del Senado. Formula observaciones. 22 de octubre de 2018, fojas 624-628; Presidencia de la Cámara de Diputados. Formula observaciones. 26 de octubre de 2018, fojas 650-656.

155 TC. Sentencia de fondo Rol 5189-2018, 9 de enero de 2019.

156 *Ibíd.*, voto de minoría de los ministros Aróstica y Vásquez.

3.2.5.3 Causas del ministro Mesa Latorre: litigación seriada ante el TC

En el *Informe* 2018, observamos que muchos requerimientos de inaplicabilidad parecían copiados en su fundamentación jurídica, lo cual está claramente reñido con la idea de la inaplicabilidad como un control que previene los efectos contrarios a la Constitución que pueda tener una norma en el caso concreto.¹⁵⁷ A fines de 2018, esta misma tendencia a la presentación de requerimientos ‘tipo’ o estándar, comenzó a verse en las causas instruidas por el ministro Álvaro Mesa, de la Corte de Apelaciones de Temuco.¹⁵⁸ A continuación, analizamos los recursos resueltos o ingresados durante el periodo que pertenecen a aquella jurisdicción.

El 31 de mayo de 2018, se presentó una acción sobre la causa por los homicidios calificados de Luis Cotal y Gustavo Rioseco. La acción iba en contra de las reglas orgánicas del Código Orgánico de Tribunales (COT) vigentes a 1973, que establecían juzgados del crimen en la zona; y aquellas que daban competencia a las cortes de apelaciones para decretar visitas de sus ministros. Aunque la acción fue rechazada por unanimidad (9-0) en el TC, su tramitación mantuvo el proceso paralizado por casi cuatro meses.¹⁵⁹ Ello parece haberle dado ideas a defensores de otros imputados en la misma causa. El 24 de agosto de 2018, uno de dichos abogados defensores presentó cuatro inaplicabilidades: una en el mismo juicio, tres en otras causas sustanciadas por el ministro Mesa.¹⁶⁰ Todos los recursos impugnaban el artículo 8° de la Ley 19.519 y el artículo 483 del CdPP, ambos referidos a la coexistencia de dos sistemas procesales; así como también los artículos 45 y 561 del COT vigentes a 1973. En fase de admisibilidad, la Primera Sala del TC estuvo por declarar admisibles las acciones, al menos respecto de los artículos del COT. La decisión adoptada, por mayoría, con los votos de los ministros Aróstica, Vásquez y Romero, resolvió, además, suspender los procedimientos.¹⁶¹

En paralelo, el mismo defensor, en las mismas cuatro causas, con fecha 12 de octubre de 2018, presentó cuatro nuevas acciones de inaplicabilidad, respecto del artículo 78 inciso primero del Código de

157 Jaime Bassa, “El Tribunal Constitucional”, en Bassa y otros, *La Constitución chilena. Una revisión crítica a su práctica política*. Santiago, LOM, 2015.

158 Conforme a la redistribución de causas dispuesta por la Corte Suprema en enero de 2017, el mismo ministro tiene, además, competencia en los procesos de DDHH correspondientes a las Cortes de Valdivia y Puerto Montt.

159 TC. Rol 4807-2018. Sentencia de fondo del 25 de octubre de 2018.

160 Las tres causas adicionales fueron: el asesinato y tortura de Bernardo Nahuelcoy, Francisco Porma, Mauricio Huenucoy y Francisco Curamil (en estado de plenario, Rol 27.530-A); el asesinato de Domingo Obreque, en actual conocimiento de la Corte Suprema (Rol 5235-2018); y los homicidios calificados de Pedro Muñoz y Eliseo Jara (Rol 57.067).

161 Los ministros Hernández y Silva votaron por inadmisibilidad.

Procedimiento Penal. Los recursos, prácticamente idénticos en redacción, atacaron el secreto del sumario, pese a que en ninguno de los cuatro procesos dicho secreto estaba vigente (en dos casos, la defensa gozaba de conocimiento del sumario; en el tercero, el juicio estaba en fase de plenario, donde no rige dicha limitante; mientras que en el cuarto caso –Domingo Obreque, ante la Corte Suprema– tampoco rige el secreto). No obstante, todas las acciones fueron declaradas admisibles, por mayoría de 3 a 2, con los votos de mayoría de siempre. El uso de un solo patrón de requerimiento, ante casos tan distintos, en etapas de tramitación tan disímiles, parece reafirmar el carácter puramente dilatorio de las acciones desde la perspectiva de los abogados defensores que las levantaron. Con fecha 16 de enero de 2019, el presidente (s) del TC, Gonzalo García, dispuso la vista conjunta de ambos grupos de requerimientos (vale decir, los cuatro formulados en agosto respecto de reglas del COT, y los cuatro adicionales por el artículo 78 CdPP) en dos audiencias sucesivas, para ser conocidos por el pleno del TC el 16 de enero de 2019. A esta vista conjunta de causas ni siquiera concurrió la parte recurrente.

El TC razonó en el primer grupo de casos,¹⁶² que las normas alegadas ni siquiera son aquellas que entregan conocimiento a los ministros en visita y se refirió al carácter extremadamente genérico del reclamo, llegando a un nivel de litigación en serie donde un letrado es capaz de paralizar muchos procesos con un mismo escrito, pese a las diferencias factuales y estado procesal de las mismas. El primer grupo de recursos era tan defectuoso que el fallo, conocido el 24 de enero, lo rechazó por unanimidad (9-0).¹⁶³ La sentencia realizó también un reproche a la Primera Sala, dando cuenta de que la decisión de rechazar por motivos formales pudo haber sido adoptada por dicha Sala (considerando Noveno). En tanto, los recursos casi idénticos que habían sido interpuestos en octubre de 2018, impugnando el secreto del sumario, fueron rechazados por mayoría (8-1), el 6 de marzo de 2019. Las razones fueron que en el caso concreto el secreto alegado no producía efectos, y que pudieron y debieron haberse ejercido, durante la tramitación regular de las causas referidas, los medios oportunos y pertinentes del Código de Procedimiento Penal para reclamar por los vicios denunciados.

3.2.5.4 El Caso Víctor Jara y Littré Quiroga: impugnación del Estatuto de Nuremberg

Otro de los 14 requerimientos detallados arriba, interpuestos durante periodo del *Informe*, fue deducido, a mediados de abril de 2019, en

162 Roles 5192, 5193, 5194 y 5195.

163 TC. Roles 5192 (acumulados 5193, 5194 y 5195). Sentencia de 24.01.2019. El fallo, con todo, contiene una prevención del ministro Vásquez (concurriendo al resultado, pero argumentando la aplicabilidad de las normas del Código Procesal Penal, siguiendo lo dicho en los roles 2991 y 3216).

relación a la causa por los homicidios de Víctor Jara y Littré Quiroga. La acción, presentada por la defensa de Edwin Dimter, condenado en primera instancia, versaba en contra del Estatuto del Tribunal Militar Internacional (TMI) de Nuremberg.¹⁶⁴ En efecto, un *obiter dicta* de la sentencia del ministro Miguel Vásquez cita dicho Estatuto como una de las fuentes de la norma de *ius cogens* relativa a la imprescriptibilidad de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra. No obstante, el requerimiento presenta diversos problemas. Además de ser extremadamente genérico, atribuía al mencionado Estatuto –erróneamente– la supuesta condición de “precepto legal” vigente en Chile. La acción, que suscitó preocupación en la opinión pública, fue declarada inadmisibles por unanimidad, el 31 de mayo de 2019.

En la declaración se emitieron dos prevenciones (vale decir votos que concurren a la decisión, pero en base de argumentos no compartidos por la mayoría) que ameritan mención. La primera, y más preocupante, fue planteada por los ministros Aróstica, Vásquez y Romero. Señalan que la decisión de no admitir la acción obedeció a “aspectos formales” y la “falta de un desarrollo claro en el requerimiento”, agregando “[p]ero eso no obsta a desconocer las deficiencias observadas en la argumentación de la decisión del asunto sometido al juzgamiento criminal, especialmente en lo relativo a la fundamentación basada en un instrumento internacional desarrollado en tiempos pretéritos, (...) y más aún en un contexto procesal penal latamente cuestionado en su constitucionalidad, tanto a nivel de doctrina como por la propia jurisprudencia constitucional e incluso a nivel internacional (caso Palma Salamanca)” (considerando Noveno).¹⁶⁵ Luego se observa que “en la labor de juzgamiento de causas de esta naturaleza, no debieran quedar espacios abiertos que permitan cuestionar la imparcialidad de quien desarrolla la labor de juzgar [...]”, pues “[e]l cumplimiento de este deber de imparcialidad obliga a una mayor rigurosidad y cuidado de las argumentaciones” (considerando Décimo).¹⁶⁶ En esta prevención, entonces, los ministros realizan una crítica al juzgamiento de los crímenes de lesa humanidad, entendiendo que el mismo se fundaría en el Estatuto del TMI de Nuremberg, lo cual no es cierto. Cuestionan, de paso, la fundamentación de la sentencia condenatoria en el caso Víctor Jara y Littré Quiroga. Esto, sumado a otras actuaciones descritas, parece confirmar que los mencionados ministros tienden a apoyar a la posición de los acusados, sea cual sea la alegación presentada, y sin atender con la debida acuciosidad ni a los tratados internacionales,

164 Rol 6447-19-INA.

165 TC. Sentencia de inadmisibilidad. Rol 6447-19-INA, 31 de mayo de 2019, Prevención de los ministros Aróstica, Romero y Vásquez, considerando 9º.

166 *Ibid.*, considerando 10º.

ni a limitaciones que establece la propia Constitución a la acción de inaplicabilidad.

Una segunda prevención, de los ministros Hernández y Silva, reconoce que la normativa impugnada no es un precepto legal. También da cuenta de que el Estatuto del TMI “sólo ha sido utilizado como uno más entre varios factores” para calificar los hechos como crímenes de lesa humanidad (considerando Tercero),¹⁶⁷ dando cuenta que lo que el requirente realmente pretende es impugnar una resolución judicial, en lo referente a la calificación de un hecho como crimen de lesa humanidad (considerando quinto). Señalan, además, que la acción carecía de fundamento plausible por su carácter abstracto (considerando décimo).

3.2.6 Constitucionalidad de reglas de prueba

Como se aprecia en las secciones anteriores, entre los argumentos que han encontrado eco en votos de minoría al interior del Tribunal Constitucional, se encuentran aquellos que impugnan la constitucionalidad de la aplicación de las reglas del Código de Procedimiento Penal (CdPP) referentes a la valoración de la prueba. Se intenta, así, dar sustento jurídico a la alegación, comúnmente proferida por quienes defienden o justifican a perpetradores, de que han sido condenados sobre la base de pruebas insuficientes. Dicho argumento descansa en afirmar, primero, que el CdPP prevé un sistema de prueba legal que predetermina el valor atribuible a los diversos medios de prueba; segundo, que, al hacerlo, el CdPP vulneraría el principio de libre apreciación de la prueba; tercero, que dicha apreciación constituye un elemento necesario de un proceso racional y justo. El mismo razonamiento es aplicado, luego, a distintas reglas probatorias dispuestas en el CdPP: especialmente al artículo 488 que regula la construcción de presunciones judiciales, fijando requisitos a los indicios que pueden servirles de base; y a los artículos 481 y 482 que regulan el valor probatorio de la confesión. Los votos de mayoría emitidos por el TC que han rechazado estos planteamientos niegan, correctamente, que la libertad en la valoración de la prueba sea un principio constitucional exigido por el debido proceso. Ponen de relieve, además, cómo las disposiciones específicas impugnadas de hecho imponen resguardos y garantías de fiabilidad y solidez. Por tanto, dichas disposiciones abogan por un proceso justo, siendo semejantes a las disposiciones que debieran aplicarse en un sistema de libre valoración racional o sana crítica.

Paradójicamente, los votos de minoría favorables al acogimiento de las impugnaciones se han fundado en argumentos incluso contradictorios

167 TC. Sentencia de inadmisibilidad, Rol 6447-19-INA, 31 de mayo de 2019, prevención de los ministros Hernández y Silva, considerando 3°.

con los que sostienen los procesados o condenados. Han sostenido, por ejemplo, que el problema residiría más bien en las atribuciones que esas disposiciones entregarían al juez para “valorar subjetivamente” las pruebas, quedando la apreciación de su valor “al fuero interno del juzgador, desde que al Código le es suficiente su íntima e inefable convicción”.¹⁶⁸ Este argumento resulta doblemente falaz. Por una parte, porque desconoce que las reglas probatorias del CdPP requieren que la convicción condenatoria se justifique mediante pruebas que satisfagan los requisitos legales. Y, por otra parte, porque ignora que la regla de cierre de la arquitectura probatoria del CdPP, el artículo 456 bis, reconoce al juez libertad para absolver, aunque un medio de prueba cumpla las exigencias para ser estimado como plena prueba, si hay otras razones para dudar de la existencia del delito o de la participación del acusado. Como hemos visto arriba, en la sección 3.2.3, es justamente esta libertad para absolver la que ha tendido a ser interpretada en términos subjetivistas y ampliamente discrecionales, limitando las competencias de control de la Corte sobre su justificación. En cambio, las fundamentaciones de las condenas sí han sido sometidas a examen.

3.3 Casos nacionales connotados: Paine, caso “quemados” y caso Frei

En los días inmediatamente posteriores al golpe de Estado, Carabineros y civiles en la comunidad rural de Paine ejecutaron o hicieron desaparecer a 70 hombres. El camionero Juan Luzoro encabezó un grupo de civiles que colaboraron activamente en el transporte y ejecución de las víctimas. En el episodio conocido como “Paine-Collipeumo”, 5 personas fueron fusiladas y sus cuerpos arrojados a un canal. Solo uno de ellos sobrevivió. La sentencia de primera instancia, dictada el 31 de marzo de 2016, calificó los hechos como homicidio calificado por alevosía, constitutivo de crímenes de lesa humanidad.¹⁶⁹ Luzoro fue condenado, en calidad de autor, a la pena de 20 años de presidio mayor. La sentencia fue ratificada por la Corte Suprema, transformando a Luzoro en el primer civil no-agente, condenado a pena de cárcel por crímenes de lesa humanidad.¹⁷⁰ Actualmente, se encuentra preso en Colina I. Un análisis de la causa y sus implicancias fue publicada, en 2018, en el Anuario de DDHH de la Universidad de Chile.¹⁷¹

El 21 de marzo de 2019, el Ministro Mario Carroza dictó sentencia de primera instancia en la causa rol 143-2013, denominada episodio

168 Respectivamente, Tribunal Constitucional, Sentencia Rol 4210-17, 2 de enero de 2019, considerando XV y Sentencia Rol 4627-18, del 11 de diciembre de 2018.

169 Sentencia dictada por la ministra Cifuentes, de la Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol. 04-2002 Bis.

170 Corte Suprema, Rol. 1.568-2017, 16 de noviembre de 2017.

171 Francisco Jara Bustos y Francisco Ugás Tapia, “Caso Paine, episodio Collipeumo, contra Juan Francisco Luzoro Montenegro: el primer civil condenado por crímenes contra la humanidad en Chile”. *Anuario de Derechos Humanos*, (14), Santiago, Universidad de Chile, 2018, pp. 167-179.

“Quemados”, que investiga el homicidio de Rodrigo Rojas De Negri y el homicidio frustrado de Carmen Gloria Quintana Arancibia. Ambos fueron rociados con bencina y luego quemados por integrantes de patrullas militares el 2 de julio de 1986, durante una protesta nacional. Tras el horroroso ataque, las víctimas fueron abandonados a 21 km. del lugar del crimen. Rodrigo falleció con quemaduras de 2º y 3º grado en el 65% de la superficie de su cuerpo. Carmen Gloria sobrevivió con quemaduras en el 62% de su cuerpo, incluyendo extensas quemaduras faciales. El caso fue visto, durante la dictadura, primero, por la justicia civil y, luego, por la justicia militar. En agosto de 1989, el Segundo Juzgado Militar de Santiago condenó a Pedro Fernández Dittus por el cuasidelito de homicidio y lesiones graves, a apenas 300 días de reclusión, pena remitida. En apelación, en enero de 1991, la Corte Marcial absolvió a Fernández Dittus por las lesiones causadas a Carmen Gloria Quintana, decisión ratificada en 1994 por la Corte Suprema, al declarar inadmisibile una casación dirigida en su contra. En un proceso paralelo, la misma Corte Suprema –integrada, entre otros, por el ex Auditor General del Ejército Fernando Torres Silva, hoy preso por crímenes de lesa humanidad– dictó sentencia, el 14 de diciembre de 1994, confirmando la sentencia de primera instancia, en que Fernández Dittus había sido condenado como autor del cuasidelito de lesiones graves a Carmen Gloria Quintana y del cuasidelito de homicidio de Rodrigo Rojas. La pena total fue de apenas 600 días (pena privativa de libertad).

En la nueva investigación se pudo establecer, en parte por el testimonio de un exconscripto, que intervinieron más agentes, tanto en el crimen mismo como en favorecer la impunidad, posteriormente. La nueva sentencia inicial condenó a Julio Castañer González, Iván Figueroa Canobra y Nelson Medina Gálvez a 10 años de presidio, como autores del homicidio calificado consumado de Rodrigo Rojas y del homicidio calificado frustrado de Carmen Gloria Quintana; y a Luis Zúñiga González, Jorge Astorga Espinoza, Francisco Vásquez Vergara, Leonardo Riquelme Alarcón, Walter Lara Gutiérrez, Juan González Carrasco, Pedro Franco Rivas y Sergio Hernández Ávila a 3 años y 1 día, como cómplices. Dos agentes más fueron absueltos. Uno de ellos fue Fernández Dittus, respecto de quien se pronunció la excepción de cosa juzgada, pese a reconocer que la investigación inicial no respetó las mínimas garantías de imparcialidad. El caso está actualmente pendiente ante la Corte de Apelaciones de Santiago. La Agrupación de Familiares de Ejecutados Políticos, parte en la causa, ha encargado la producción de un informe en derecho sobre la aplicación de cosa juzgada.¹⁷²

172 Cabe señalar que, en 2010, la Corte Suprema desconoció los resultados de un proceso similar, seguido en los tribunales militares por el asesinato de los hermanos Vergara Toledo, declarándolo un mero “simulacro de justicia” (Rol. 7.089-2009).

El 30 de enero de 2019, el ministro Alejandro Madrid dictó una sentencia que oficialmente establece que la muerte del ex Presidente Eduardo Frei Montalva fue un homicidio. Condenó al médico Patricio Silva Garín a diez años de presidio, como autor de su muerte; y a Raúl Lillo Gutiérrez, agente civil de la CNI, y Luis Alberto Becerra Arancibia, chofer de Frei (e informante de la CNI), a siete años como coautores. El médico Pedro Samuel Valdivia Soto fue condenado a cinco años como cómplice, y los médicos forenses Helmar Egon Rosenberg Gómez y Sergio González Bombardiere a tres años como encubridores. Solamente Rosenberg y González recibieron sentencias remitidas, las demás, son privativas de libertad. El fallo se basó en diversos peritajes para concluir que el ex mandatario fue expuesto a talio y mostaza sulfúrica, afectando sus defensas y favoreciendo su muerte por un cuadro séptico. Aquello fue además provocado por una segunda cirugía “de alto riesgo” (...) “la cual no aparece justificada médicamente”.¹⁷³ La sentencia, además, relata un cúmulo de circunstancias anormales en torno a la hospitalización del exmandatario, corroborando la hipótesis de acciones dolosas dirigidas a provocar su muerte. Dadas las expectativas suscitadas por la larga investigación, así como las diversas informaciones parciales de prensa sobre antecedentes y pericias, la sentencia causó controversia. Si bien es habitual que los círculos cercanos a los perpetradores critiquen los fallos judiciales en causas de DDHH, en este caso las dudas parecen haber sido más intensas y extendidas, también entre sectores cercanos al expresidente. Más allá de los motivos puntuales, esta situación invita a reflexionar sobre la dificultad que enfrentan los procesos tramitados en el antiguo sistema escrito e inquisitivo, para incidir en la construcción de una verdad compartida y pública. Ante la inexistencia de una audiencia de juicio en que las pruebas y los argumentos que las articulan deben ser expuestos en forma oral y pública, solamente se cuenta con largas sentencias escritas, difíciles de leer y digerir. En este caso la sentencia consiste en 811 páginas, más de 600 de ellas dedicadas a enumerar y describir las 406 pruebas consideradas relevantes. Constituye un desafío para el propio Poder Judicial, y también para la academia, mejorar la comunicabilidad tanto de los resultados de los procesos, como de las pruebas en que se fundan.

3.4 Causas con dimensión internacional: extradición de Adriana Rivas
Adriana Elcira Rivas González, alias “Chani”, es una exagente de la DINA, otrora secretaria de su director, Manuel Contreras. Su extradición ha sido solicitada por la justicia chilena desde 2014 ante las autoridades de Australia, donde tiene residencia. Rivas está procesada como coautora de los secuestros calificados (desapariciones forzadas) de siete personas, en dos episodios de la causa Calle Conferencia II.

173 Rol 7.981-B, Considerando XIX.

Se fugó en 2012, cuando gozaba de libertad provisional bajo fianza y con supuesto arraigo nacional. Una orden de aprehensión emitida en marzo de 2012, reiterada en agosto de 2012, la declaró en rebeldía ante la justicia y suspendió temporalmente las causas en su contra. La Policía de Investigaciones, PDI, logró establecer que estaba en Australia, gatillando el despacho, en agosto de 2013, de una orden de captura internacional. En septiembre de 2013, su estancia en Australia se hizo pública y notoria por una entrevista televisiva, difundida por el medio SBS de Australia, en que justificó el uso de la tortura para quebrantar a las personas, y relató cómo había sido ayudada a escapar de Chile, vía Argentina, rumbo a Australia. Recién en febrero de 2019, fue detenida por la policía australiana. En junio del mismo año, le fue denegada una solicitud de libertad provisional bajo fianza. A la fecha de cierre de edición, aún se esperaba la resolución definitiva sobre su extradición a Chile para ser juzgada.

3.5 Agentes (victimarios)

3.5.1 Presos: acceso a datos sobre números, edades y lugares de reclusión

Desde hace más de dos años, el Observatorio no ha recibido información sobre el número y estatus de personas condenadas y reclusas por crímenes de lesa humanidad, desde ninguna de las fuentes oficiales que en su momento nos suministraban dichos datos (la principal entre ellas, el Programa, ahora Unidad Programa de DDHH). Diversas organizaciones e individuos, que incluyen a la periodista Pascale Bonnefoy y el espacio de memorias Londres 38, han tenido que luchar constantemente, mediante demoras y repetitivas representaciones ante el Consejo de Transparencia—todas ellas, apeladas por Gendarmería ante tribunales— para conseguir los listados de presos, que suelen además estar ya fenecidos. En el ejemplo más reciente, el 28 de marzo de 2019, el Consejo para la Transparencia, CPLT, falló parcialmente a favor de un amparo interpuesto por la directora de Londres 38 contra Gendarmería de Chile. Aunque la decisión apoyó la privacidad de datos respecto de quienes ya hayan cumplido una condena, observó que, en lo que se refiere a personas actualmente reclusas, la misma Constitución de la República dispone que los “encargados de las prisiones no pueden recibir en ellas a nadie en calidad de arrestado o detenido, procesado o preso, sin dejar constancia de la orden correspondiente, emanada de autoridad que tenga facultad legal, en un registro que será público”.¹⁷⁴ También declaró como de interés público, el que “se divulgue si aquellas personas que han sido condenadas por resolución de un tribunal de la República, a penas privativas de libertad por los delitos que han

174 Artículo 19, N° 7, letra (d) de la Constitución, citado en CPLT. Decisión Amparo Rol. C4086-18, 28 de marzo de 2019, Considerando 5°.

perpetrado, se encuentran, efectivamente, cumpliendo aquellas”. Rechazó, así, el argumento de Gendarmería que sostuvo que la negativa de 120 reos recluidos en Punta Peuco, a quienes Gendarmería habría consultado, bastaba como base para denegar la información. El fallo observa además que, en al menos tres oportunidades anteriores, se han emitido decisiones similares.¹⁷⁵ Explicitó también que las edades de los recluidos son relevantes y deben ser entregadas, por cuanto permiten un control sobre la correcta concesión de beneficios.

De paso, el Consejo hace mención de diversos fallos judiciales respaldando la misma posición, en particular, el de la Corte de Apelaciones de Santiago que falló una vez más en el mismo sentido, al mes siguiente. La Corte Suprema, por su parte, declaró inadmisibles un recurso de queja deducido por Gendarmería en la materia, si bien las razones del rechazo fueron de forma y no de fondo.¹⁷⁶ Aun cuando la nueva Oficina de Coordinación Nacional DDHH del Poder Judicial también ha señalado que, a su parecer, los datos sobre quienes cumplen penas privativas por crímenes de lesa humanidad son en principio de interés público, en cuanto permiten a la sociedad confiar en la eficacia de la justicia penal, de momento tampoco están en condiciones de incluirlos entre la información que producen. Consultada sobre lo mismo, la Subsecretaría de DDHH, bajo cuyo alero ahora funciona la Unidad Programa de DDHH, se limitó a decir que “en esta ocasión no se emitirá respuesta”.¹⁷⁷ En relación a la información detallada sobre causas y sus resultados que en algún momento el Programa producía, se nos comunicó que cuando se encuentre en funciones un nuevo sistema informático “se evaluará la mejor manera de publicar la información que corresponda”.¹⁷⁸ De momento, la página web de la instancia solamente ofrece una serie de informes, cubriendo el periodo del 28 de octubre de 2016 al 14 de marzo de 2017. Los informes consisten en vínculos http que remiten a copias de los fallos judiciales de cada periodo, información que ya está disponible en la página del Poder Judicial. Se agrega un simple resumen noticioso con un formato de publicación que lo hace, además, ilegible desde muchos navegadores de uso común. Por tanto, no ofrece valor agregado a los boletines periódicamente publicados por FASIC, o bien por el mismo Observatorio. Por todo lo señalado, una vez más nos encontramos impedidos de suministrar información confiable sobre esta materia. Desde la perspectiva del derecho a la justicia y a la verdad, es inaceptable que tan importante información sea negada una y otra

175 Decisiones de amparo Rol C1415-11, resuelto el 15 de marzo de 2011; Rol C1214-14, resuelto el 15 de octubre de 2014; y C419-18, resuelto el 29 de mayo de 2018.

176 Se estimó que Gendarmería no cuenta con la personalidad jurídica propia necesaria para interponer ese tipo de recurso, debiendo ser más bien representado por el Consejo de Defensa del Estado. Corte Suprema. Rol. 11.560-2019. 20 de mayo de 2019.

177 Comunicación escrita suministrada en reunión presencial el 21 de junio de 2019.

178 Id.

vez, a pesar de numerosas decisiones respaldando su naturaleza pública. Agradecemos, por tanto, lo señalado por la Coordinación Nacional del Poder Judicial y exhortamos, también, a Gendarmería, así como a la Unidad Programa de DDHH, a asumir o retomar a la brevedad la publicación proactiva y periódica de dichos datos. Así, la comunidad nacional y el Sistema Universal de DDHH podrán confiar en el proceso de justicia doméstica chilena y ejercer el monitoreo que corresponde sobre su funcionamiento.

Un dato curioso es que, a pesar de las dificultades señaladas, a fines del 2018 apareció en el sitio web de la Cámara de Diputados, una copia íntegra de un informe solicitado al Ministerio de Justicia y DDHH por el diputado, UDI, Osvaldo Urrutia. El documento, acompañado por un memorándum entre el subsecretario de Justicia y el prosecretario de la Cámara de Diputados, consiste en tres anexos, en los cuales se proporciona información individualizada, incluso, sobre presos ya fallecidos. Cada página es encabezada con la frase “información reservada”. El anexo 1 señala tanto los nombres como los lugares de reclusión, cantidad y suma de condenas, fecha de ingreso y fecha proyectada de salida, fecha de posible postulación a beneficios intrapenitenciarios e, incluso, la última calificación de conducta dentro del penal, de un total de 174 condenados reclusos a la fecha de su producción (que no es explicitada, pero, se entiende, debe ser de julio de 2018).¹⁷⁹ El anexo 2 plasma los datos de 18 personas fallecidas mientras cumplían condena, y el anexo 3 detalla las 475 solicitudes de beneficios realizadas entre 2015 y 2017, señalando, en el caso, las razones de su denegación. De este modo, las acciones de un diputado abiertamente simpatizante con los condenados devinieron en la publicación de información que ellos mismos habían exhortado a mantener fuera del ámbito público.

En tanto, el 29 de octubre de 2018, el diario *La Tercera* dio a entender que la totalidad de las solicitudes de libertad condicional, en la más reciente vuelta de postulaciones, realizadas por los 33 condenados de Punta Peuco, fue rechazada. Ello, por “no estar corregidos ni rehabilitados (...), por cuanto los informes psicológicos evacuados establecen que los condenados no reconocen suficientemente el delito cometido.”¹⁸⁰ Las decisiones fueron las primeras conocidas luego de la polémica ocasionada por el llamado “Supremazo”, cuando la Sala Penal de la Corte Suprema acogió recursos de amparo interpuestos por siete condenados, deviniéndose en la posterior concesión de libertad condicional a cinco de los siete. Las decisiones, tomadas a fines de julio

179 Ord. N° 5081, con fecha 22 agosto de 2018, acompañado por tres anexos. Archivado por el Observatorio.

180 *La Tercera*: “No están corregidos para la vida en sociedad”: Niegan libertad condicional a los 33 reos de Punta Peuco que postulaban al beneficio”. 29 de octubre de 2018.

y principios de agosto de 2018, ocasionaron controversia nacional e internacional, provocando incluso un fallido intento de acusación constitucional (ver *Informe* 2018). Derivaron también en la introducción de la nueva Ley 21.124 que, a partir de enero de 2019, agrega requisitos adicionales para la concesión de libertad condicional a perpetradores de crímenes de lesa humanidad (ver arriba, Sección 3.2.2).

3.5.2 Sentencias condenatorias

Cuadro 3: Condenas y condenados en fallos definitivos por la Corte Suprema en causas por violaciones a los derechos humanos cometidas entre 1973 y 1990, comparados entre nueve periodos del Informe.

| | Julio 2010 – junio 2011 | Julio 2011 – junio 2012 | Julio 2012 – junio 2013 | Julio 2013 – junio 2014 | Julio 2014 – junio 2015 | Julio 2015 – junio 2016 | Julio 2016 – junio 2017 | Julio 2017 – junio 2018 | Julio 2018 – junio 2019 |
|---|----------------------------|----------------------------|----------------------------|----------------------------|----------------------------|----------------------------|----------------------------|----------------------------|----------------------------|
| Número de procesos finalizados en la Corte Suprema. | 23 | 18 | 4 | 12* | 44** | 58° | 55° | 37 ^x | 44° |
| Total de absoluciones. | 12 | 12 | 0 | 10 | 26 | 10 | 44 | 4 | 154 |
| Total de condenas. | 84 | 49 | 11 | 49 | 159 | 122 | 212 | 102 | 128 |
| Número de estas condenas imponiendo pena privativa de libertad. | 34 | 13 | 5 | 18 | 132 | 81 | 179 | 67 | 113 |
| Número de estas condenas permitiendo cumplimiento alternativo. | 50 | 36 | 6 | 31 | 27 | 41 | 33 | 35 | 15 |
| Total de agentes involucrados en estos procesos. | 64 | 48 | 11 | 53 | 103 | 98 | 155 | 78 | 281 |
| Número de estos agentes condenados en por lo menos una causa. | 52 | 40 | 11 | 43 | 73 | 88 | 127 | 68 | 77 |

* Uno de ellos solamente respecto a responsabilidades civiles.

** Cuatro de ellos solamente respecto a responsabilidades civiles.

° 16 de ellos solamente respecto a responsabilidades civiles.

^x Seis de ellos solamente respecto a responsabilidades civiles.

Una mirada a las condenas y condenados en las 28 causas penales finalizadas en el periodo demuestra que, a pesar de dos concesiones de prescripción gradual y el elevado total de absoluciones (superando, por primera vez, el total de condenas), el periodo también produjo una alta proporción de penas aflictivas. De la totalidad de las penas impuestas, el 88% fueron privativas de libertad, la mayor proporción en los nueve periodos para los que se ha producido el registro comparado. Tres cuartos de las causas vistas produjeron al menos una condena, mientras que en la mitad de las 28 causas todas las penas impuestas fueron privativas de libertad. No obstante, 10 causas terminaron sin ninguna pena privativa de libertad, la mitad de ellas por concesiones de cumplimiento alternativo y las otras cinco porque no se produjo condena alguna.

3.5.3 Agentes fallecidos y prófugos

Según fuentes de prensa, durante el periodo del presente *Informe* fallecieron, en calidad de condenados y/o reclusos, al menos siete perpetradores de crímenes de lesa humanidad. Se trata de: Altez España Risiere Del Prado, ex PDI y ex DINA, condenado por la desaparición de Antonio Patricio Soto Cerna; excoronel Sergio Carlos Arredondo, condenado por la Caravana de la Muerte; excarabinero Leonidas Bustos San Juan, de 87 años, condenado por el homicidio de pobladores de Quilicura; Armando Cabrera Aguilar, condenado a cadena perpetua por el asesinato de Tucapel Jiménez, entre otros delitos; exagente de la DINA Carlos López Tapia, condenado a más de 87 años de cárcel por 14 desapariciones y tres ejecuciones; excoronel de la FACH y miembro del Comando Conjunto Edgar Cevallos Jones, liberado por razones de salud de su condena por la tortura, con resultado de muerte, del general Alberto Bachelet, y excarabinero José Luis Guzmán Sandoval, condenado por el homicidio de Nicanor Moyano Valdés.

Durante el mismo periodo, fueron capturados cuatro exagentes prófugos: dos de ellos en Chile, dos en el extranjero. También se produjo, en junio de 2019, la detención, con proceso de extradición pendiente, de Adriana Rivas (ver arriba). Los dos condenados hallados en Chile fueron Juan Eduardo Rubilar Ottone, excoronel del Ejército, condenado por el homicidio de cuatro personas, capturado en Pucón en julio de 2018, y Demóstenes Cárdenas Saavedra, exagente de la DINA hallado en noviembre de 2018 luego de estar prófugo durante dos años. Este último fue condenado, en 2016, por la desaparición o secuestro de cuatro personas. En tanto, en julio de 2018, miembros de la Policía Federal de Argentina detuvieron en Mar del Plata a Sergio Francisco Jara Arancibia, condenado a firme en 2017 por dos homicidios. El 4 de junio de 2019 el exmilitar Walter Klug fue detenido en Italia. Está pendiente la decisión sobre su extradición a Chile, donde se encuentra condenado a 10 años por secuestro y homicidio. En mayo de 2019, Hartmut Hopp fue

liberado de cargos por la justicia alemana, dos años después de denegarse su extradición a Chile donde está condenado por abuso sexual de menores. La fiscalía alemana no halló suficientes elementos para procesarlo, ni por ese delito ni por las violaciones de DDHH de tiempos de dictadura, en que Hopp participó como brazo derecho del fallecido pedófilo Paul Schaefer, de Colonia Dignidad.

3.5.4 Denuncias de supuesto maltrato y persecución a perpetradores

El 5 de julio de 2019, la Contraloría publicó el informe de una investigación gatillada por una denuncia del ex diputado UDI Jorge Ulloa, conocido simpatizante de la dictadura. Ulloa había alegado irregularidades de Gendarmería en relación a beneficios carcelarios y traslados a hospital de los criminales de lesa humanidad recluidos en Punta Peuco. El informe halló vacíos en la provisión de talleres de reinserción social y en algunas tramitaciones administrativas, pero encontró infundadas, todas las alegaciones de vulneración al reglamento penitenciario en perjuicio de los internos.¹⁸¹ En tanto, en agosto de 2019, una de las auto-declaradas asociaciones de defensa de perpetradores –que se hace llamar “Observatorio Militar y Policial de DDHH”– se colgó de un discurso del Presidente de la Corte Suprema, pronunciado en una ceremonia de titulación de abogados, para lanzar un delirante ataque al proceso de justicia por crímenes de DDHH. Dicha asociación cuestionó, sin fundamentación, la “ética” del SML por emitir informes desfavorables a las pretensiones de impunidad de los agentes condenados, y acusó a las y los jueces de no aplicar las leyes vigentes. En particular, revivió una polémica vacía levantada, en 2017, contra el ministro Arancibia por ordenar la detención de un condenado que no se presentó en la fecha acordada a iniciar el cumplimiento de su sentencia. Resulta irónico que, para intentar respaldar sus infundadas acusaciones de “inhumanidad”, la asociación acompañó su comunicado de cartas e informes con detalles personales y médicos mucho más íntimos e intrusivos que aquellos que los propios reclusos desean mantener en reserva (ver sección 3.5.1, arriba).¹⁸²

3.5.5 Complicidad económica con la dictadura chilena

Durante el periodo del presente Informe, se publicó el libro *Complicidad económica con la dictadura chilena: Un país desigual a la fuerza*.¹⁸³ A continuación, sus coeditores resumen los principales argumentos planteados en el texto.

181 Contraloría General de la Republica, “Informe de Investigación Especial No 437-2017 Gendarmería de Chile sobre eventuales irregularidades - julio 2019”. 5 de julio de 2019.

182 Mensaje electrónico titulado “Humanizar la Profesión de Abogado”; que empezó a circular el 20 de agosto de 2019, acompañado por una carta al Pleno de la Corte Suprema y copias de informes médicos emitidos por el Ejército y el SML sobre una persona actualmente cumpliendo condena. Archivados por el Observatorio.

183 Juan Pablo Bohoslavsky y otros (eds.), *Complicidad económica con la dictadura chilena. Un país desigual a la fuerza*, Santiago, LOM, 2019.

El golpe militar, la consolidación de la dictadura pinochetista y las atrocidades perpetradas tuvieron entre sus principales propósitos crear las condiciones para implementar políticas económicas neoliberales.¹⁸⁴ La racionalidad de la dictadura fue eminentemente económica y por esta razón, corresponde incluir en la narrativa histórica la responsabilidad de los actores económicos, asunto que ha estado prácticamente ausente. La noción de cómplices económicos excede la corrupción y enriquecimiento ilícito de los que dio cuenta en el caso Riggs. Al hablar de complicidad se trata, más bien, de las contribuciones que hacen posible tornar más fácil o mejorar la eficiencia en la comisión de delitos.¹⁸⁵ Estas contribuciones pueden provenir tanto de empresas públicas como privadas, tal como lo demuestran el caso Pesquera Arauco¹⁸⁶ y el de LAN Chile.¹⁸⁷ Durante la dictadura, existió una amplia gama de conductas cómplices como, entre otras, requerir y colaborar en la represión y asesinato de opositores; prestar instalaciones y vehículos para torturar y hacer desaparecer; proveer asistencia financiera, manipular información periodística y desarrollar argumentos para justificar la represión. Asimismo, se asignaron recursos económicos para conquistar el apoyo de sectores poderosos a la dictadura, por medios que incluyeron políticas tributarias, industriales, forestales, extractivas, bancarias, urbanísticas, carcelarias, previsionales y monetarias, además de la privatización de empresas estatales. El denominador común de dichas políticas fue el beneficio económico otorgado a las élites y a empresas nacionales y extranjeras, aumentando la desigualdad en el país.

Una mirada más cercana a esas dinámicas –incluyendo, por ejemplo, la integración de altos cuadros técnicos al gobierno dictatorial por representantes de sectores empresariales– demuestra que es difícil identificar la dirección de las causalidades: ¿la dictadura otorgaba beneficios económicos a grupos empresariales para poder mantenerse en el poder; o dichos grupos apoyaban a las fuerzas golpistas (incluso antes del golpe) para que aplicaran esas mismas políticas? Esta interrogante nos puede llevar a repensar quién era cómplice de quién. La comisión de delitos económicos beneficiando a civiles y militares, fue una herramienta de asignación de recursos y compra de lealtades. Adicionalmente, existió un apoyo explícito a la dictadura de parte de ciertos grupos económicos, como las cámaras empresariales, acompañado del silencio frente a

184 Juan Pablo Bohoslavsky, "La complicidad en contexto: ¡Es la economía, estúpido!", en Bohoslavsky y otros (eds.), op.cit., pp. 25-43.

185 Comisión Internacional de Juristas, *Corporate Complicity and Legal Accountability*, Ginebra, vol. I, 2008, pp. 9.

186 Karinna Fernández y Magdalena Garcés, "Los casos de la Pesquera Arauco y Colonia Dignidad", en Bohoslavsky y otros (eds.), op. cit., pp. 389-404.

187 Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, Tomo 2, Santiago, 1996, pp. 722-7.

crímenes de lesa humanidad.¹⁸⁸ La complicidad de algunos medios de comunicación, *think tanks* y sectores del mundo académico se explica no solo por los alineamientos políticos e ideológicos, sino también por los beneficios materiales que recibían.¹⁸⁹

Esa dinámica micro tuvo un correlato macro. La radical transferencia de riqueza a favor de la clase empresarial, en detrimento de la trabajadora, se tradujo en un aumento brutal de la desigualdad. El descontento se contuvo con violencia estatal contra los representantes sindicales y un fuerte debilitamiento del poder de negociación colectiva, causando deterioro en las condiciones laborales.¹⁹⁰ En un contexto de restricción fiscal, los gastos en defensa y policía aumentaron del 14,9 % del sector público en 1969, al 23,3%, en 1982. Mientras tanto, el gasto social disminuyó.¹⁹¹ Aquello deja al descubierto la lógica aplicada al uso de los recursos estatales: sostener financieramente un aparato burocrático-represivo eficaz para permitir la implementación de políticas económicas que, por su naturaleza regresiva, generaban resistencia social y política.

Como hemos visto arriba (sección 1.1.2), la agenda chilena en materia de verdad, justicia, reparaciones y reformas institucionales se ha focalizado casi exclusivamente en los ‘delitos de sangre’. Aquel énfasis ha significado marginalizar el rol y posible responsabilidad de los cómplices económicos. El debate en torno a la racionalidad económica que latía en el pinochetismo ha estado restringido a casos muy puntuales, por ejemplo, a la corrupción practicada por el dictador y su familia. Si bien han existido avances en el enjuiciamiento de actores económicos por su responsabilidad en desapariciones y ejecuciones, tales como Francisco Luzoro, expresidente de dueños de camiones de Paine, o ejecutivos y funcionarios de la papelería CMPC, estas aún constituyen una respuesta aislada.

Una narrativa completa de la dictadura requiere considerar la responsabilidad de los cómplices económicos, el rol de las empresas y empresarios, y las políticas económicas impulsadas, trazando vínculos con la actual agenda de justicia social y preguntándonos hasta qué punto

188 Rodrigo Araya, “El apoyo de las cámaras empresariales a la dictadura”, en Bohoslavsky y otros, (eds.), op. cit., pp. 209-224.

189 Bohoslavsky, op. cit., p. 28.

190 Ángela Vergara y Peter Winn, “Los empresarios hacen lo que quieren: sindicatos y trabajadores bajo la dictadura de Pinochet”, y Daniela Marzi, “Derecho sindical: la antisindicalidad como triunfo neoliberal”, ambos en Bohoslavsky y otros (eds.), op. cit., pp. pp. 287-301 y 303-334.

191 Sobre gastos militares: Thomas Sheetz, “Gastos Militares en Chile, Perú y la Argentina”, *Desarrollo Económico* 25, 1985. Sobre gastos sociales: Jorge Marshall, “El Gasto Público en Chile 1969-1979”, *Colección Estudios CIEPLAN*, 51, 1981, p.18. Para los indicadores del mercado de trabajo y gasto público social entre 1970 y 1990, ver Javier Rodríguez, “Promover y asegurar la desigualdad: las consecuencias distributivas de la dictadura”, en Bohoslavsky y otros (eds.), op. cit., p. 187.

las políticas dictatoriales, y sus efectos, aún se reproducen en democracia. Aunque la rendición de cuentas es central para la consolidación de la justicia y la democracia, el debate debe exceder el estricto marco de responsabilidad legal. Aquello es especialmente cierto si se considera que la fisonomía del sistema político, económico y social actual fue, en muchos aspectos, delineada e impuesta por la dictadura. Así, el legado dictatorial aún hoy representa un lastre para la sociedad chilena, demostrando cómo pasado, presente y futuro se encuentran intrínsecamente conectados.¹⁹²

3.6 Actores e instituciones claves en justicia transicional

3.6.1. Unidad Programa de DDHH

En mayo de 2019, asumió el abogado Mauro Torres como nuevo jefe de la Unidad Programa de Derechos Humanos de la Subsecretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y DDHH. Se puso fin así a una situación que la entidad venía arrastrando desde principios de 2018, cuando la entonces secretaria ejecutiva del Programa fue suspendida, a la espera de la resolución de un sumario administrativo en su contra.¹⁹³ Si bien abogadas y abogados del equipo jurídico fungían como coordinadores del área jurídica y se instaló una jefatura subrogante, la situación claramente mermaba la proyección de la instancia y su capacidad de tomar determinaciones estratégicas. Quienes desde fuera del Estado seguimos de cerca la trayectoria de la justicia transicional en Chile, sin duda, extrañamos la comunicación fluida con la instancia y la difusión activa y pública de su actuar que había existido en otros tiempos. La resolución definitiva de la situación reasignó el cupo de planta que la profesional suspendida ocupaba, liberando así el espacio necesario para nombrar una persona nueva que encabezara el organismo. Esperamos que aquello permita a la Unidad recuperar su anterior posición de interlocutor visible, claro y cercano, para quienes desde el mundo de los DDHH abogan para que el Estado tome el protagonismo que le corresponde en materia de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición.

A principios de marzo de 2019, la Unidad Programa no compareció para alegar en apoyo de un procesamiento pedido por la misma instancia. Tratándose del procesamiento de un ex general (Bruno Villalobos, exdirector de Carabineros) el hecho fue ampliamente criticado por sectores de DDHH y por el diputado Miguel Cristi, más aún cuando, producto de la audiencia, la Corte de Apelaciones revocó el

192 Julio Pinto, "Chile actual: genealogía de un paraíso empresarial", en Bohoslavsky y otros (eds.), op. cit., pp. 455-475.

193 Dicha resolución se consumó en febrero de 2019, con apelaciones posteriores aún en curso. Independiente del resultado final, la profesional en cuestión no volverá a ser destinada a la Unidad.

procesamiento. Según versiones de prensa, la decisión de no alegar se consideraba justificada por la presencia de terceros que alegarían.¹⁹⁴ En los hechos, los terceros eran abogados patrocinados por familiares de la víctima, un estudiante torturado y asesinado en 1985. Equiparar el actuar de querellantes privados, con las acciones que al Estado le corresponde tomar frente a cualquier delito grave es improcedente, más aún tratándose de un crimen de lesa humanidad de persecución penal obligatoria. La fuerza de la actuación estatal en estas materias no reside simplemente en la consecución de determinado resultado o paso procesal, sino en la función comunicativa de señalar el repudio del cuerpo social, representado en el Estado, frente a lo perpetrado.

En junio de 2019, en respuesta a consultas formuladas para el presente *Informe*, y otras pendientes desde inicios del año, se sostuvo una reunión, y posterior comunicación por escrito, entre el Observatorio, la subsecretaria de DDHH, su jefe de gabinete, y el mencionado nuevo jefe de la Unidad Programa.¹⁹⁵ Se nos informó, *inter alia*, que de los tres profesionales sumados al equipo en 2017, en principio para fortalecer la búsqueda del destino final de detenidos desaparecidos (ver *Informe* 2017), uno de ellos está actualmente embarcado, más bien, en preparar un informe de todas las acciones realizadas por el Estado en materia de verdad, justicia y reparaciones desde 1990, cuya publicación está prevista para fines de 2019. Los otros dos no se encuentran preparando un Plan Nacional de Búsqueda, propuesta que ya no está en agenda, sino realizando un “conjunto de acciones” para apoyar las actividades de los tribunales en la materia, incluyendo la participación en la Mesa Interinstitucional descrita arriba. Respecto del plan marco (Plan Nacional de DDHH) que preveía la creación de un Plan de Búsqueda, se nos informó que no hay, ni nunca ha habido, un Plan Nacional de DDHH vigente. Se afirmó que, no obstante, se sigue trabajando hacia las mismas metas enumeradas en la versión publicada por la administración

194 El Mostrador: “Programa de DDHH del Ministerio de Justicia justifica ausencia en alegatos para mantener procesamiento a Villalobos porque pensaba que ‘otros irían’”. 7 de marzo de 2019.

195 Reunión presencial del 21 de junio de 2019, comunicación electrónica posterior del 15 de julio de 2019, con aclaración el 31 de julio de 2019.

anterior.¹⁹⁶ Se comunicó que si bien se sigue elaborando una nómina y cifra centralizada y actualizada de personas consideradas por el Estado como detenidos-desaparecidos “aún no se cuenta con la cifra actualizada”. Se nos remitió al Informe presentado ante el Comité respectivo de la ONU (ver arriba) para conocer la actual configuración de entidades, instancias y responsabilidades en la materia, confirmando que no se contempla la participación desde la sociedad civil, salvo en lo que se refiere a canalizar información al Poder Judicial, en forma directa o por intermedio de la Subsecretaría. Finalmente, se aseveró que “el Estado procura intensificar sus esfuerzos para la búsqueda de desaparecidos”, si bien, en ausencia de un Plan Nacional o instancia de participación, es difícil discernir en qué consistiría la mencionada intensificación.

Consultada sobre los principales avances del periodo, la subsecretaría hizo referencia a la consolidación del área de proyectos y memoriales (con la contratación de más personal), y a la solicitud de un nuevo sistema informático ya aludido, en construcción desde abril de 2019. En el área jurídica se informó que, a diciembre de 2018, la Unidad actuaba en un total de 817 procesos por un total de 1.469 víctimas, y que entre 2017 y abril de 2019, se habían financiado diligencias requeridas por ministros en visita por un monto total de CLP 530.170.000. Se intervino además para apoyar la mantención de un ítem del presupuesto del SML que permite labores de identificación. En relación a memoriales, se siguen ofreciendo fondos concursables (en que las organizaciones de la sociedad civil compiten para adjudicarse proyectos) en dos líneas: sitios de memoria y acciones culturales. En 2019 se adjudicaron 13 proyectos por un monto total de CLP 103.231.896. El área social, por su parte, continúa sus actividades de apoyo y atención a familiares.

En relación a sobrevivientes, se señaló que la Oficina de Exonerados Políticos “no está dentro de [las] competencias” de la Subsecretaría o del Ministerio de Justicia, sino del Ministerio del Interior y Seguridad Pública. Además, se reiteró la posición, enunciada en 2018, de que “el

196 En una reunión presencial en la Subsecretaría el 21 de junio de 2019, y mediante una comunicación escrita posterior, del 15 de julio de 2019, se nos informó que “no existe un Plan Nacional de DDHH vigente, ni nunca ha existido”, siendo que, a la versión publicada por la administración saliente, le habría faltado la toma de razón ante Contraloría, paso necesario para que el Decreto Presidencial respectivo tuviera vigencia plena. A la vez, se informó que la versión actualizada por la presente administración, tampoco ha pasado aún por el mencionado proceso. Sin embargo, se informó que ninguna de las metas u objetivos del Plan original ha sido modificada durante el proceso de actualización, y que se ha seguido trabajando en base a la anterior versión, en el intertanto, “actuando desde la buena fe”. (Fuente: comunicación escrita, op. cit.). Después de la fecha de cierre de la presente edición, se nos informó que el respectivo Decreto Supremo, n° 368 del 9 de julio de 2019, fue sometido a Contraloría el 5 de septiembre de 2019, y que se espera una resolución durante octubre. El texto enviado, disponible en https://planderechoshumanos.gob.cl/files/plan_v2.pdf, será analizado en próximas ediciones de nuestros informes y boletines.

mandato legal que rige el actuar de la UPDH no abarca esta población”, si bien no se explicita si la Subsecretaría en sí se entiende como sujeta a la misma limitación. Se señalaron “gestiones” para mejorar las listas de espera PRAIS, informar a dirigentes sobre las medidas existentes en subsidio a vivienda y descubrir “cuáles hijos de ex presos políticos tendrían acceso al sistema de gratuidad” en materia de educación superior. (Ya hemos expuesto, en sección 1.1.2, las razones por las que estimamos que la gratuidad no debe ser considerada como una medida de reparación). En relación a la denuncia por torturas interpuesta por Lorena Fries en su última semana en el puesto de subsecretaria, y firmada en calidad de tal, se nos sugirió consultar al Poder Judicial en atención a que “no fue la Subsecretaría, institucionalmente, la que presentó la denuncia” (comunicación electrónica recibida el 15 de julio de 2019). En respuesta a una petición de aclaración, se nos comunicó que “la presentación hecha por la ex subsecretaria fue en su rol de funcionaria pública, y no en su calidad de jefa de servicio, por tanto, no involucra la institucionalidad del servicio”. (Comunicación electrónica recibida el 31 de julio de 2019).

3.6.2 Servicio Médico Legal, SML

Las principales novedades en relación a búsqueda e identificación de personas detenidas-desaparecidas, uno de los ámbitos más significativos en que el SML aporta a la justicia transicional, están reportadas arriba, en la sección 1.3. Aquí, complementamos con otras noticias pertinentes. En febrero de 2019, se produjo una nueva reacomodación de las áreas de trabajo más directamente relacionados con DDHH dentro del servicio. Se creó la Unidad de Derechos Humanos del SML, bajo la dirección de Marisol Intriago, otrora coordinadora de la Unidad Especial de Identificación Forense (UEIF) del mismo servicio. La nueva Unidad incorpora la labor de la UEIF, que opera tanto en causas de DDHH del periodo de la dictadura como sobre crímenes complejos contemporáneos y desastres naturales; sumando, además, trabajos antes concentrados en otras partes del servicio. Ellos aplicaban un enfoque de derechos a políticas públicas y acciones del SML relacionadas con tortura, niños, adolescentes y mujeres, y trata de personas. El SML en general está trabajando para la creación de un Sistema Nacional de Identificación Forense, SNIF, y una red informática nacional que agilizará la estandarización y comunicación intrainstitucional de procesos periciales.

Bajo el alero de la nueva Unidad DDHH, las 35 personas que conforman el equipo multidisciplinario de la UEIF siguen coadyuvando a los órganos jurisdiccionales en todo lo relacionado con identificación de restos humanos, determinación de causas de muerte, etc. Durante el periodo del *Informe*, el equipo realizó un total de 16 intervenciones en

terreno en seis regiones del país, con fines variados: entre ellos, búsqueda y excavación, restitución e inhumación, y la recuperación de muestras de referencia póstumas de familiares fallecidos. Se practicaron, además, tres exhumaciones para corroborar causa de muerte y/o identidad de personas calificadas como ejecutadas políticas. Se siguió entrevistando a familiares y tomando muestras referenciales (un total de 73) para aportar al banco de perfiles genéticos que ya suma cerca de 5.000 muestras. Un trabajo silencioso, pero de gran envergadura consiste en responder ante reportes de posibles hallazgos. Aquello muchas veces implica salidas a terreno, con despliegues importantes de recursos y personal, para realizar acciones que suelen culminar en que lo hallado es de origen no-humano, o bien es de una fecha excluyente al periodo relevante. Este último fue el desenlace final de los restos custodiados en la sede de la AFDD de Santiago, y que hicieron noticia, brevemente, en mayo de 2018. Ingresados por orden judicial al SML, y luego periciados, se corroboró que se trataba efectivamente de restos humanos, pero que, por su data, correspondían a restos “patrimoniales” (muy anteriores a 1973).

El 2 de octubre de 2018, la Unidad presentó una cuenta de avances e hitos desde su creación en 2011, en un evento público que contó con la participación del coordinador forense de la Cruz Roja Internacional, Dr. Morris Tidball-Binz, un eminente experto internacional en este campo. El Dr. Binz enfatizó el gran interés que el trabajo del SML, en esta materia, suscita en el ámbito internacional y rindió homenaje al Dr. Patricio Bustos, quien tanto hizo, durante su tiempo a la cabeza del Servicio (2007 a 2016), para fortalecer el prestigio y respeto en el que la Unidad hoy cuenta. En la reseña escrita que la UEIF compartió en dicha oportunidad, se enfatizó una vez más la importancia de una financiación estable y adecuada para el trabajo técnico/ interno, pero, además, la imperiosa necesidad de realizar esfuerzos permanentes de coordinación interinstitucional. Se subrayó el llamado a constituir una instancia de calificación permanente, que podría reconocer de manera oficial, a personas ejecutadas y/o desaparecidas, hasta el momento no reconocidas como tales, que la Unidad ha ido descubriendo.¹⁹⁷ Posteriormente, la UEIF también señaló la importancia del entrenamiento de equipos forenses locales, y del intercambio permanente entre el Servicio y la academia nacional e internacional. Enfatizó, asimismo, la diversidad de su trabajo (búsqueda, recuperación, identificación y restitución, pero también, acompañamiento, concientización, recolección de muestras, y atención a reparación y garantías de no repetición).¹⁹⁸

197 Unidad Especial de Identificación Forense: Avances y Grandes Hitos en Derechos Humanos, 2011-2018, noviembre de 2018. Documento archivado por el Observatorio.

198 Fuente: respuestas escritas enviadas al Observatorio DDHH en junio de 2019, a consultas realizadas para fines del presente *Informe*.

3.6.3 Instituto Nacional de Derechos Humanos, INDH

Reportamos arriba (sección Verdad) los valiosos antecedentes suministrados por el INDH respecto de su trabajo con el archivo Valech. También, en la sección 1.1.1, nos referimos a los informes complementarios presentados como parte de los exámenes de Chile ante el Sistema Universal de los DDHH. El INDH también sigue activo en los casos de los llamados “detenidos-desaparecidos en democracia” y, en 2019, incluirá en su Informe Anual un análisis sobre la búsqueda de detenidos desaparecidos tanto contemporáneos, como de tiempos de la dictadura. Consultado por el Observatorio sobre el derecho de la sociedad a obtener información en relación al estatus de reclusión de condenados por crímenes de lesa humanidad, si bien el INDH no adoptó una posición oficial, reiteró diversos análisis, minutas y publicaciones en que ha abogado por una perspectiva de garantías de no repetición. En esos materiales se enfatizaría la importancia de que las penas sean proporcionales, y de que la comunidad pueda constatar su cumplimiento efectivo y la correcta concesión de cualquier beneficio aplicable.

El INDH ha experimentado una rotación inusitada de directores desde que, a inicios de 2018, Branislav Marelic transformó su remoción, de parte del consejo directivo, en una batalla jurídica. La controversia terminó en septiembre de 2018, cuando la Corte Suprema rechazó la acción en todas sus partes.¹⁹⁹ La ventilación pública de la polémica sin duda benefició a fuerzas políticas hostiles al Instituto y su misión. Estas, posteriormente, propusieron la incorporación de representantes policiales a su directiva, contra todo principio de autonomía—dispuesto en los Principios de París, que es el estándar internacional relevante en esta materia—, e incluso interpusieron un proyecto en la Cámara solicitando la remoción, a su vez, de quien había reemplazado a Marelic en el cargo.²⁰⁰ Finalmente, en julio de 2019, asumió Sergio Micco como el tercer director de la institución en 18 meses. Su mandato debería durar hasta 2022. Micco fue inmediatamente cuestionado en algunos sectores debido a su postura personal sobre el aborto. Es de esperar que la dirección de la instancia no se transforme en un campo de batalla política, dado que su misión trasciende la coyuntura política e incluye el monitoreo de acciones estatales. Requiere, por tanto, de estabilidad, legitimidad y autonomía. El órgano rector de la institución es, en todo caso, su consejo directivo, al que siguen perteneciendo ambos exdirectores. En tanto, desde una perspectiva de paridad de género es notable que, en su actual composición, el consejo directivo cuente con solamente tres mujeres entre sus 11 miembros.

199 Rol. 8135-2018, 24 de septiembre de 2018.

200 El Mostrador, “Crisis migratoria pone al INDH en la mira de la derecha”. 19 de julio de 2019.

4. GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN

Proyecto ley para asignatura de Memoria y DDHH en enseñanza básica y media

El 11 de octubre del 2018, la diputada Carmen Hertz ingresó un proyecto de ley para crear una asignatura obligatoria en enseñanza básica y media, denominada “Memoria y Derechos Humanos”. Su objetivo es “contribuir a la formación de las nuevas generaciones, para acercarlas al conocimiento de nuestra historia reciente y, en particular, del terrorismo de Estado y las sistemáticas violaciones a los Derechos Humanos ejecutadas por la Dictadura cívico militar”.²⁰¹ El proyecto contó con el apoyo de más de 50 académicos y profesores, manifestado a través de una carta abierta.²⁰²

El proyecto se encuentra en primera trámite constitucional en la Cámara de Diputados, cuya Comisión de derechos humanos y pueblos originarios emitió su primer informe el 9 de abril de 2019. Diputados del oficialismo cuestionaron el enfoque del proyecto respecto a la enseñanza de la historia reciente. Asimismo, algunos diputados, y el Departamento de Asesoría de la Biblioteca del Congreso Nacional (BCN), estimaron que la creación de asignaturas escolares sería una atribución exclusiva del Ejecutivo y de los órganos técnicos pertinentes. La Comisión llegó a dos acuerdos, por votación mayoritaria. En primer lugar, que se debe enfatizar la enseñanza de las violaciones cometidas durante la dictadura, basándose en los Informes Rettig y Valech. En segundo lugar, que esta enseñanza quedará circunscrita bajo la existente Ley 20.911, de 2016, que crea el Plan de formación ciudadana para los establecimientos educacionales reconocidos por el Estado.

Desde una perspectiva de justicia transicional, en particular de las garantías de no repetición, este proyecto debe ser valorado positivamente. Constituiría una materialización tardía de las recomendaciones de los Informes Rettig y Valech dirigidas a la consolidación de una cultura respetuosa de los derechos humanos, a través de la educación.²⁰³ Preocupa el rechazo, por parte de la Comisión, de las indicaciones 6, 7, 8 y 9, propuestas durante la discusión del texto. Las tres primeras señaladas hacían referencia a la integración de las mismas materias a los planes y programas de formación de las FFAA, Carabineros, PDI y Gendarmería. Dicho rechazo significa sin duda una oportunidad perdida para rectificar deficiencias y vacíos señalados por diversos órganos del Sistema Universal de DDHH.²⁰⁴

En tanto, la indicación número 9 sugería la incorporación al Decreto con Fuerza de Ley (DFL) N°1 de 1997 del Ministerio de

201 Texto de Boletín 12167-17.

202 Radio Uchile.cl: “Derechos Humanos, el contenido ausente en la educación chilena”. 13 de enero 2019.

203 Informe Rettig (1991), pág. 1291, e Informe Valech (2004), pág. 529.

204 Ver, a modo de ejemplo, sección 1.1.1.

Educación, de un enunciado normativo obligando a universidades que imparten la carrera de Pedagogía, a incluir un ramo de derechos humanos. Fue rechazado, a pesar de que el Informe Rettig señala que “la formación universitaria también debiera incorporar estas materias a sus currícula, en especial (...) en la formación de profesores”.²⁰⁵ Es de esperar que el proyecto prospere, aportando así a la formación de ciudadanas y ciudadanos informados, críticos y comprometidos con los principios democráticos, valores que todas las principales tiendas políticas nacionales han señalado como fundamentales para la convivencia nacional.

5. REPARACIÓN

5.1 Estado general de la política pública de reparación

En *Informes* anteriores, y en la sección 1.3, hemos hecho referencia al derecho a la reparación, la correlativa obligación que le recae al Estado en este sentido, y su consagración en numerosos instrumentos internacionales, algunos vinculantes. Asimismo, hemos analizado las acciones de reparación implementadas en Chile a la luz de dichas obligaciones, formulando recomendaciones orientadas a materializar la coherencia interna (entre una medida reparatoria y otra) y externa (entre reparaciones y las demás dimensiones de la justicia transicional) que el derecho internacional exige. Aquí prestamos particular atención a esta temática. Tomamos, como punto de partida, el reconocimiento de que la reparación es una de las dimensiones de la justicia transicional chilena que fue trabajada desde más temprano y, en algunos sentidos, de manera más completa.²⁰⁶ Sin embargo, una reparación verdadera exige que la entrega de prestaciones se acompañe de un mensaje que reconozca a familiares y sobrevivientes como sujetos de derechos; repudie las violaciones que les afectaron e intente recuperar la confianza de las personas vulneradas. Por tanto, el balance aquí realizado atiende a estos elementos. Durante mayo de 2019, el Observatorio solicitó información y reuniones de seguimiento a diversas instituciones estatales relevantes.²⁰⁷ Asimismo, nos reunimos con dirigentes de algunas agrupaciones de sobrevivientes y familiares.²⁰⁸ Con este objetivo, recurrimos a algunos exfuncionarios del Estado, a literatura secundaria y a la normativa relevante.

205 Informe Rettig (1991), pág. 530.

206 *Informe* 2011, sección 1.6.

207 Se cursaron solicitudes al Instituto de Previsión Social, IPS; al Ministerio de Educación, al Programa de Atención Integral en Salud, PRAIS; a la Oficina de Exonerados Políticos, y a la Subsecretaría de Derechos Humanos.

208 Puntualmente, con Haydee Oberreuter, miembro del Comando Unitario de ex Prisioneros Políticos y Familiares, y Alicia Lira, Presidenta de la Agrupación de Familiares de Ejecutados Políticos, AFEP.

5.1.1 La(s) puerta(s) de acceso a reparaciones y las dificultades que presentan

Los mecanismos de acceso a las medidas contempladas son un aspecto fundamental de una política de reparación. En Chile, las dos comisiones de la verdad –Rettig y Valech, en sus dos iteraciones– se han ido convirtiendo, con el tiempo, en la principal, o incluso la única puerta de entrada, para ciertas reparaciones administrativas. Sin embargo, dichas comisiones han tenido una existencia temporal acotada, junto con controversias sobre el margen de error en sus calificaciones, así como las limitaciones y omisiones de sus mandatos. Ello ha significado, en la práctica, la denegación de derechos a un número desconocido, pero claramente significativo, de sobrevivientes y familiares. También ha imposibilitado que el Estado reconozca, administrativamente, nuevas víctimas que el proceso judicial ha ido revelando. El reconocimiento parcial de estas serias limitaciones motivó la apertura de una segunda iteración, en 2011, de la Comisión Valech. Pero el carácter también temporalmente limitado de esta, así como la ausencia de un mecanismo de reconsideración de casos no-reconocidos, amplificó presiones para crear una comisión calificadora permanente. El Plan Nacional de DDHH publicado por la saliente administración en 2017, hablaba de crear tal comisión.²⁰⁹ La misma meta fue mencionada por el ministro de Justicia y Derechos Humanos de la nueva administración, en una interpelación realizada el 6 de junio de 2018. Sin embargo, a la fecha de cierre de esta edición, la introducción de un Plan Nacional de DDHH vigente seguía pendiente y no existía señal alguna de que la mentada comisión se hiciera realidad.

Las comisiones de verdad ya realizadas se limitaron, además, en lo que a calificación de casos individuales se refiere, a personas desaparecidas, ejecutadas y sujetas a prisión política y/o tortura. Medidas de reparación introducidas con anterioridad o en forma paralela, establecieron requisitos de acceso *sui generis*. En relación a personas exiliadas, por ejemplo, la Ley 18.994, de 1990, creó la Oficina Nacional de Retorno dirigida a aquellas personas exiliadas por motivos políticos que deseaban retornar a Chile. No obstante, la misma ley que creó la instancia dispuso que ella cesara sus funciones el 20 de septiembre de 1994. Entonces, las medidas dispuestas –principalmente, exenciones aduaneras y algunas previsiones educacionales– fueron restringidas de facto a quienes lograron concretar su deseo de retornar durante dicho periodo. Subsecuente y actualmente, no existe institución estatal alguna diseñada para apoyar a personas exiliadas y sus descendientes. El

209“Promover la creación de una Comisión Calificadora Permanente para el esclarecimiento de todas las violaciones a los derechos humanos cometidas durante la dictadura (ejecución política, desaparición forzada y tortura)”, Primer Plan Nacional de Derechos Humanos, Gobierno de Chile, 2017. p.24.

surgimiento en tiempos recientes de una “Agrupación de Hijos e Hijas del Exilio”, mencionada en el *Informe* 2018, es la señal más clara de que aún existen, en esta temática, múltiples necesidades sin atender.

En cuanto a exoneradas y exonerados políticos, el marco normativo está integrado por tres leyes especiales. La Ley 19.234, de 1993, estableció algunas medidas reparatorias para quienes fueron despedidos de su trabajo, injustificadamente, por motivos políticos.²¹⁰ Dichas personas tenían que acreditarse ante la Oficina de Exonerados Políticos, OEP, dependiente del entonces Ministerio del Interior, dentro de un plazo inicial de tan solo un año.²¹¹ En atención, *inter alia*, a lo absolutamente inadecuado que había resultado fijar un plazo tan perentorio, dos leyes posteriores abrieron nuevos periodos de 12 meses (Ley 19.582, de 1998, y Ley 19.881, de 2003). Durante estos tres periodos se recibieron 257.624 solicitudes individuales.²¹² Siendo que la OEP se encuentra cerrada a nuevas postulaciones desde el 2004, lleva una década y media dedicada solamente a calificar y administrar dichas postulaciones. En 2011, se reportaban aproximadamente 157.000 calificadas, con 93.000 aún en espera.²¹³ En 2015, la entonces presidenta Bachelet hizo referencia a la posterior resolución de algo más de un diez por ciento de los casos pendientes.²¹⁴ No hemos hallado mención posterior del trabajo de la Oficina en las cuentas públicas sectoriales del Ministerio respectivo, ni en las cuentas públicas presidenciales. Para el presente *Informe*, requerimos tal información a la Jefatura Nacional de la OEP. Se informó que, a exactamente 15 años del cierre del último plazo de presentación de solicitudes, aún existen miles de casos pendientes de resolución definitiva. Específicamente, se informó que 158.778 solicitudes habían sido calificadas, 19.468 declaradas inadmisibles, 2.954 rechazadas, y 76.424 aún esperaban ser calificadas. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que los programas de reparación deberían garantizar “el derecho a contar con una decisión fundada, la publicidad de la actuación administrativa, el derecho al plazo razonable y el derecho a la revisión judicial de las decisiones administrativas”.²¹⁵ En el caso de

210 En algunos casos, las medidas implican transferencias monetarias. En otros, solamente se restituyen cotizaciones previsionales perdidas, o bien, no había implicancia financiera alguna. Disponible desde www.derechoshumanos.udp.cl.

211 Ley 19.234, art. 7º, inciso primero.

212 Cifras informadas por la OEP al Observatorio de Justicia Transicional, junio de 2019.

213 Cifras aproximadas suministradas por el entonces director de la Oficina de Exonerados Políticos, reportadas en el *Informe* 2012, p. 45.

214 Mensaje Presidencial de 21 de mayo de 2015, de Michelle Bachelet.

215 OEA/Ser/L/V/II.131 Doc. 1, CIDH. Lineamientos principales para una política integral de reparaciones. 19 febrero de 2008, punto Nº 10. Si bien el citado documento apunta a Colombia, queda claro que los principios subyacentes son considerados como generales, citándose, a su vez, OEA/Ser. L/V/II.129, Informe sobre el acceso a la justicia como garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de septiembre de 2007.

las y los denunciantes cuyos casos aún quedan por resolver, la espera ha excedido, a todas luces, un plazo razonable.

Cabe señalar que la OEP informó de un nuevo plan de trabajo con el fin de conseguir los antecedentes necesarios para resolver sus casos restantes. Se han creado canales para intercambio de datos con el Instituto de Previsión Social y el Servicio Agrícola y Ganadero, SAG (relevantes para acreditar la vinculación laboral y/o la vinculación con determinadas tierras, de las y los solicitantes). La Oficina también informa de nuevas iniciativas para comunicarse con las y los solicitantes, a través de cartas dando a conocer el estado del procedimiento y/o informando de decisiones tomadas. La prolongada indefinición que las nuevas medidas buscan remediar obedece a la carencia de un procedimiento reglado para la calificación de solicitudes. Ante el aparente vacío legal, cabría aplicar la normativa general en materia de procedimientos administrativos. Como no se ha hecho así, el proceso de calificación ha sufrido de falta de transparencia y de ausencia de debido proceso en sede administrativa.²¹⁶ Ante esa situación estructuralmente insatisfactoria, junto con encomiar los esfuerzos criteriosos de la jefatura de turno, se ha de lamentar la notoria ausencia de una política integral dirigida a resolver el problema de fondo.²¹⁷ Otro tema digno de mención en relación a la OEP fue advertido por la Corte IDH en el caso *García Lucero versus Chile*: los antecedentes de postulación a la OEP incluyen numerosos relatos detallando graves violaciones, que incluyen secuestro y torturas cometidas por agentes estatales. En pro de la anhelada coherencia externa entre medidas de reparación y otras dimensiones de la justicia transicional, se deben evaluar proactivamente estos relatos para discernir su posible relevancia judicial. Es llamativo, por tanto, que aquello al parecer nunca ha sucedido, ni por propuesta de las autoridades administrativas, ni por requerimiento de la judicatura. Los antecedentes no están sujetos a ningún embargo o ley de secreto como el que actualmente obstaculiza el acceso a los archivos Valech.

Retomando el tema del acceso a reparaciones, en términos generales, el Estado tiene el deber de promover condiciones de igualdad y una entrega efectiva de las medidas dispuestas. El reconocimiento del derecho a pensiones, a becas educativas, a bonos y otras medidas, es de suma valía; no obstante, no asegura el goce efectivo de los mencionados derechos de parte de sus titulares. Existen barreras de acceso que

216 Debilidades que sin duda contribuyeron a irregularidades, descubiertas en 2008, que incluían calificaciones indebidas. Su destape fue instrumentalizado para cuestionar la integridad de la totalidad de las y los postulantes. (Ver *Informes* 2012 y 2013).

217 Ausencia acentuada, a juicio del Observatorio, por la continuada dependencia administrativa de la OEP del Ministerio del Interior y Seguridad Pública. Su traslado a la Subsecretaría de Derechos Humanos sería notoriamente más coherente con sus fines y naturaleza.

incluyen el desconocimiento, la desconfianza o el temor, y los costos asociados a determinados trámites. Aquello exige acciones adicionales de parte del Estado para hacer de la reparación una realidad. A modo de ejemplo, podemos considerar la entrega efectiva de pensiones de reparación a expresos políticos calificados, de los cuales alrededor de la cuarta parte ya han fallecido. De acuerdo con información del Comando unitario de ex prisioneros políticos y familiares, del universo total de 38.254 personas sobrevivientes reconocidas por las Comisiones Valech I y Valech II, a abril de 2016, se habrían entregado pensiones a 34.705 personas. De ellas, 26.663 estaban con pagos vigentes, mientras que, respecto de 467 individuos, nunca nadie ha ejercido el derecho correspondiente. Vale decir, 467 pensiones otorgadas no han sido cobradas ni por sus titulares ni por sus cónyuges supervivientes.²¹⁸ Al respecto, Haydee Oberreuter, dirigente del mencionado Comando, nos informó acerca de las acciones tomadas para informar a las y los derechohabientes y, en su caso, ayudarles a realizar los trámites necesarios.²¹⁹ Esto ha implicado una gran labor dirigida a identificar y contactar a las personas titulares de los derechos. En el camino, se han ido configurando círculos virtuosos de colaboración con entes estatales, tales como el Registro Civil, ejemplificando buenas prácticas en participación y en trabajo coordinado entre la sociedad civil organizada y el Estado.²²⁰ No obstante, la labor del Comando es por su naturaleza absolutamente voluntaria. No dispone de los recursos ni de las potestades de los entes estatales, en los cuales, en realidad, recae la responsabilidad.

En lo particular, el IPS es el organismo que asume los desembolsos en materia de reparaciones económicas de carácter administrativo. El Comando pidió al IPS individualizar a las personas que no habían recibido nunca su pensión de reparación, y explicar qué medidas había tomado para ubicarles. Ante la negativa del IPS, el Comando tuvo que recurrir al Consejo para la Transparencia para recibir la información solicitada. Trascendió que, por fin, se ha empezado a contactar a las mencionadas personas.²²¹ Aquel desenlace acentúa el sinsentido que encierra el haberse negado a la petición del Comando. Cuando existen coincidencias de metas entre la administración pública y las organizaciones especializadas, debe ser de sentido común que el Estado no solo acepte, sino que propicie sumar esfuerzos. Aquello, además de mejorar

218 Datos entregados por el IPS al Comando Unitario. Entre las muchas particularidades de las medidas de reparación en Chile figura el inexplicable sesgo de género que dispone que solamente cónyuges femeninos –es decir, viudas– pueden heredar la “pensión Valech” después del fallecimiento del titular original del derecho.

219 Entrevista con el Observatorio, 9 de junio de 2019, y ver *Informe* 2018.

220 Ver *Informe* 2018.

221 Según informó, en una reunión el 10 de junio de 2019, Patricio Coronado, director del IPS.

la eficacia de la labor estatal, haría efectivo el derecho de participación, reconocido en relación a todas las dimensiones de la justicia transicional, que requiere que sobrevivientes y familiares “se conviertan en sujetos activos y no solo en objeto de las medidas”.²²² Es importante, además, que el Estado procure siempre realizar sus deberes en materia de justicia transicional del modo más reparatorio y sensible posible. Siendo que, en el caso particular, el Comando Unitario tiene una relación más cercana con las y los sobrevivientes de prisión política y tortura, las acciones requeridas pueden resultar más efectivas y apropiadas, en múltiples sentidos, si se trabaja conjuntamente.²²³ Por ello, si bien se puede celebrar que el IPS haya empezado a ser más proactivo en garantizar el goce efectivo del derecho a la reparación, también corresponde exhortar a esta institución y otras, a perder su aparente miedo a la colaboración con entes no-estatales, creando espacios de trabajo en conjunto.

Al evaluar el potencial de la vía judicial como un canal alternativo para hacer efectivo el reconocimiento de responsabilidad estatal, y el resarcimiento que conlleva, debemos observar, primero, que dicha vía judicial no debe considerarse excluyente del uso de la vía administrativa. Es decir, el haber accedido a algún programa administrativo de reparación no impide que se realice una demanda civil ante tribunales, dada la distinta naturaleza del daño que es tratado en uno y en el otro caso. Esta posición es hoy compartida mayoritariamente por la Sala Penal de la Corte Suprema, siendo incluso reconocida por el Estado de Chile ante la Corte IDH, en el caso *Órdenes Guerra*. No obstante, existen notorias brechas de acceso en relación a la vía judicial. Aunque muchas de estas brechas son endémicas al acceso a la justicia en general, se encuentran potencialmente exacerbadas por los efectos mismos de las graves violaciones al crear, por ejemplo, rupturas de proyectos de vida y la ausencia de personas sustentadoras del hogar. Ambas dinámicas pueden dañar la trayectoria socioeconómica de una familia y de sus integrantes, tanto a mediano como a largo plazo.²²⁴ La interposición de demandas civiles ante el Poder Judicial conlleva ciertos costos (pagos de notificaciones receptoriales y actuaciones notariales, así como, a veces, honorarios de abogados). Solventar estos costos no está al alcance

222 Paula Saffon y Viviana Tacha, *La participación en las medidas de la justicia transicional. Un estudio comparado*, Bogotá, Centro de Estudios de Derechos, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2018, pp. 85.

223 A/69/518, ONU, *Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación, y las garantías de no repetición*, 2014.

224 Esta es una de las razones por las que muchos sobrevivientes viven como una ofensa la sugerencia de que la gratuidad en educación superior –tendiente a favorecer estratos socioeconómicos más bajos– vendría a hacer redundante la necesidad de reparaciones en la forma de becas de estudio. En palabras de uno: “nos empobrecieron, y ahora nos dicen ‘ser pobre es su reparación.’”

de toda persona sobreviviente o familiar. Asimismo, el acceso al sistema judicial supone cierto nivel de conocimiento sobre los derechos que uno tiene y las acciones que puede interponer para exigirlos. La vía judicial suele ser más asequible para quien cuenta con mayores niveles de educación formal y/o recursos económicos; favoreciendo así al ya (relativamente) favorecido/a. Por lo anterior, el Estado debe otorgar asistencia para asegurar la efectividad del derecho al acceso igualitario a la justicia, sea civil o penal. La ampliación del mandato de la Unidad Programa de DDHH podría constituir un primer paso.²²⁵ Dicha ampliación debería, primero, mandar a la Unidad para actuar jurídicamente sobre crímenes cometidos contra sobrevivientes y, segundo, permitir a sus abogados litigantes apoyar la arista civil de las causas penales en las que actúa.

De todos modos, una exigencia mínima –ya muchas veces propuesta– sería que el Estado de Chile desistiera de oponerse al resarcimiento de familiares y sobrevivientes, a través del accionar del Consejo de Defensa del Estado, CDE. Sigue siendo rutinario, aún después del reconocimiento de responsabilidad hecho por el Estado en el caso *Órdenes Guerra*, que abogados del CDE comparezcan ante tribunales alegando prescripción y/o excepción de pago en relación con la indemnización civil.²²⁶ De paso, se utilizan frases que minimizan o relativizan el sufrimiento de quienes fueron violentados por el mismo Estado, aludiendo, por ejemplo, a montos “excesivos”.²²⁷ También se ha insistido en que los sobrevivientes “deben considerarse plenamente reparados”. La frase fue pronunciada en un alegato oral en un caso por tortura, aludiendo, como fundamento, al supuesto accionar de la Unidad Programa de DDHH a favor de sobrevivientes: accionar que no existe.²²⁸ Este proceder no solo resulta incoherente y contradictorio con las obligaciones internacionales del Estado, sino que constituye un nuevo agravio para las víctimas y sobrevivientes que acuden a los tribunales. Eliana Largo Vera, hermana de un detenido-desaparecido, escribió recientemente al consejo del CDE para manifestar la profunda afectación que para ella significó que el CDE usara los términos “excesivo” y “carente de fundamento”

225 Aparece también en la versión original del Plan Nacional de DDHH, publicado en 2017.

226 Durante el periodo, el CDE ha intentado invocar la prescripción ante tribunales civiles, en causas que incluyen Roles C-7564-2019 y C-9565-2018, del 2° Juzgado Civil de Santiago; C-5701-2019, del 5° Juzgado Civil de Santiago; y Roles 2813-2019, 4352-2019, y 3576-2019 de la Corte de Apelaciones de Santiago.

227 En dos recursos recientes, el CDE ha tildado a los montos pedidos por demandantes como “excesivos y carentes de fundamento”: Rol. 143-2013, episodio ‘Quemados’; y Rol. C-37.023-2017, demanda civil por la desaparición y muerte de Luis Alejandro Largo Vera.

228 Fuente: alegato en abril de 2016, presenciado por la directora del Observatorio.

en relación a su demanda civil.²²⁹ En respuesta, la Presidenta del CDE se limitó a indicar que la actuación “guarda relación con las labores de defensa fiscal de rigor, que la ley encomienda a dicho Organismo”, siendo los que “en Derecho corresponden a la defensa estatal”.²³⁰ La respuesta no manifestó los fundamentos jurídicos, ni de hecho, de los calificativos “excesivo” o “carente de fundamento”. Es efectivo que el CDE desempeña una labor de defensa del Estado, pero esta debe basarse en el ordenamiento jurídico pertinente, que incluye la Constitución y las leyes y tratados internacionales vigentes en y para Chile. Su actuación en estas causas aparece desprovista no solamente de razones jurídicas y argumentos sólidos, sino de cualquier indicación de que el CDE se entiende como parte de un Estado con deberes en justicia transicional, que incluyen un trato dignificante a personas violentadas.

5.1.2 La exigencia de coherencia interna y externa de la política de reparación

No existe en Chile una entidad coordinadora capaz de garantizar que las acciones estatales en reparaciones se interrelacionen entre sí, ni de canalizar la comunicación entre el Estado, sobrevivientes y familiares. Pensiones, becas de estudio, bonos y otras medidas son administradas por diversos organismos de manera fragmentada, impidiendo un enfoque garantista, íntegro y verdaderamente reparatorio.²³¹ Las medidas no se hacen cargo de múltiples victimizaciones, ni tampoco acompañan a las personas afectadas a lo largo de su ciclo vital. La casi total ausencia de canales de retroalimentación, evaluación y participación, impide, además, que se tomen medidas correctivas.²³² Existe la percepción entre familiares y sobrevivientes de que las medidas son “migajas” ofrecidas para apaciguar sus demandas, mientras que organizaciones de sobrevivientes reportan haber sido informadas de que sus reivindicaciones no son una prioridad para el gobierno de turno.²³³ La falta de un ente rector especializado es perfectamente subsanable dentro de la institucionalidad existente, en particular, desde la creación, en 2017, de una Subsecretaría

229 Términos empleados por el CDE en una apelación ante el Primer Juzgado Civil de Santiago, causa Rol No. C-37023-2017, 28 de enero de 2019.

230 Comunicación del 17 de abril de 2019, firmada por María Eugenia Manaud Tapia, presidente del CDE, dirigida a Eliana Largo Vera.

231 La Comisión Asesora Presidencial sobre el Sistema de Pensiones, “Comisión Bravo”, señala como, en la relación entre pensiones reparatorias y el Pilar Solidario, dichas pensiones pierden su especificidad como derecho reparatorio. Comisión asesora presidencial sobre el sistema de pensiones, “Informe final”, 2015, pp. 144.

232 PRAIS es uno de los pocos programas relevantes que cuenta con retroalimentación a través de Comités de Usuarios.

233 Palabras expresadas por la Coordinadora de la mesa nacional unitaria de sobrevivientes de prisión política y tortura, en un evento público realizado en el exCongreso de la República, el 1 de julio de 2019.

de DDHH, cuyas funciones incluyen: “[p]romover la elaboración de políticas, planes y programas en materia de derechos humanos”; y elaborar un Plan Anual de DDHH que incluye, “[l]a promoción de la investigación, sanción y reparación de los crímenes de lesa humanidad”.²³⁴

Esta falta de coherencia interna también se observa en relación a la coherencia externa con otras dimensiones de la justicia transicional. Un ejemplo paradigmático es la Ley 19.992, que, a la par de establecer reparación para sobrevivientes de prisión política y tortura, impuso un embargo de 50 años sobre sus antecedentes, dificultando la consecución de verdad y justicia. Otro, es la ya mencionada práctica de apoyar la persecución penal de perpetradores de crímenes de lesa humanidad, mientras que se rechazan las responsabilidades civiles derivadas. El efecto global de lo anterior es desvirtuar la naturaleza misma de las medidas dispuestas y su efecto reparador, en circunstancias en que el Estado debería tener el mayor cuidado en eliminar contradicciones, vacíos y nuevos agravios.

5.2 Reparaciones a los exonerados de tierras: un ejemplo de lógicas monetizantes

Pese a que la dictadura privó arbitrariamente de sus tierras a miles de campesinos, el Estado post-dictatorial no dio una respuesta integral al despojo generalizado de las y los llamados “exonerados de tierra”.²³⁵ La persistencia en el Poder Legislativo de enclaves autoritarios, altamente resistentes a cualquier redistribución de tierras, dificultó la devolución de las tierras perdidas. En su lugar, se dispusieron pensiones de gracia presidenciales. Así, a través del Instituto de Desarrollo Agropecuario, INDAP, se otorgó pensiones a 3.574 campesinos a lo largo de los tres siguientes periodos presidenciales.²³⁶ Si bien es loable que se haya buscado alguna forma de dar respuesta, desde la perspectiva de hoy fue insuficiente disponer pensiones monetarias como respuesta a las múltiples vulneraciones cometidas. En particular, la respuesta desestimó reivindicaciones formuladas por los mismos campesinos quienes, tanto antes como después de la transición, exigieron la constitución de un fondo de tierras.²³⁷ Así, el Estado hizo caso omiso a los estándares internacionales que hablan de *restitutio in integrum* como manera

234 Ley 20.885, de 2016, que crea la Subsecretaría de DDHH.

235 El Decreto Ley 208, de 1973 excluyó a aproximadamente 5.000 anteriores dirigentes de la reforma agraria, de la asignación de tierras. Según Faiguembaum, este decreto, sumado a nuevas políticas agrícolas, despojó a entre 33.000 y 50.000 familias campesinas. Sergio Faiguembaum, *Toda una vida. Historia de INDAP y los campesinos (1962-2017)*, Santiago, INDAP y FAO, 2017.

236 La gran mayoría (2.999) durante la presidencia de Eduardo Frei Ruiz-Tagle. Entrevista con Liliana Barría, exdirigente del INDAP.

237 Elizabeth Lira y Brian Loveman, *Políticas de reparación. Chile 1990-2004*, Santiago, LOM, 2005, pp. 349-372.

preferente de reparación. Las recientes acciones de campesinos y obreros asociados con el antiguo Complejo Forestal y Maderero de Panguipulli dejan de manifiesto la gran deuda que el Estado aún tiene con este universo de personas afectadas.²³⁸

5.3 Reparaciones simbólicas

Quienes interponen acciones civiles en tribunales, no siempre exigen reparación monetaria. En relación a Colonia Dignidad, por ejemplo, se ha intentado recurrir a los tribunales para impulsar reparación simbólica. En mayo de 2015, la arista civil de una causa por desaparición, inicialmente, dispuso lo solicitado por agrupaciones querellantes, al ordenar la creación de un Museo de Memoria en el predio, así como la protección, señalización y documentación de sus fosas comunes y sitios de tortura. Desafortunadamente, tanto la Corte de Apelaciones como la Corte Suprema dio lugar a la oposición del CDE, quien alegó la “falta de legitimación activa” de las entidades demandantes (la “Corporación Parque por la Paz Villa Grimaldi” y la “Asociación por la Memoria y los Derechos Humanos, Colonia Dignidad”).²³⁹

Más recientemente, se destaca la acción interpuesta por Paulina Veloso, cónyuge del detenido-desaparecido Alexei Jaccard, víctima del Plan Cóndor. La acción exigía la búsqueda de los restos de su marido; la prohibición de homenajes en lugares públicos a los perpetradores directos y altos mandos responsables; y la publicación en un medio nacional de la sentencia. Asimismo, exigía la creación, financiación y mantención de actos memorializantes consistentes en el mejoramiento de espacios públicos verdes, la creación de una biblioteca en materia de DDHH en las escuelas a las que la víctima asistió, y la disposición de una beca en la universidad pública donde estudió. El CDE se opuso a todo, argumentando que la demandante ya había sido reparada y que la acción estaría prescrita. En su sentencia del 21 de septiembre de 2018, el Ministro Carroza rechazó lo planteado por el CDE.²⁴⁰ No obstante, el ministro estimó que no tendría potestad para disponer de recursos en relación a aquellas exigencias de reparación simbólica que significarían gastos mediante la Ley de Presupuesto; y consideró que otras de las acciones solicitadas serían de competencia exclusiva de municipalidades u otras entidades.²⁴¹ Concluyó que “si bien, este sentenciador

238 El 21 de junio de 2019, ex trabajadores se tomaron la ruta entre Llifén y Maihue, en protesta contra denegaciones de acceso por nuevos dueños de tierras enajenadas por la dictadura y luego privatizadas. El 1 de julio de 2019 representantes de siete agrupaciones, reuniendo más de 3.000 personas, expusieron ante la Comisión de Derechos Humanos del Senado.

239 Rol 2.182-1998, episodio Villa Baviera-Álvaro Modesto Vallejos Villagrán, sentencia de primera instancia, 7 de mayo de 2015; Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 1.051-2015, 10 de abril de 2017; Corte Suprema, Rol 19.127-2017, 7 de agosto de 2018.

240 Rol 2.182-1998, considerando 186, en relación a los fundamentos 179 a 180 primero.

241 *Ibid.*, fundamentos 186 a 193.

no puede imponer como carga al Estado de Chile, que efectúe cada una de las pretensiones de la demandante civil, en los términos en que ella las formula, por exceder el ámbito de competencia, sí puede realizar recomendaciones y reconocer la existencia de otro tipo de reparaciones, diversas de la pecuniaria, por lo que las alegaciones del demandado se acogerán parcialmente”.²⁴² Dicha acogida parcial significó aceptar la petición de publicar un extracto de la sentencia, designando como medio el portal web del Poder Judicial, y exhortar al Estado a cumplir lo dispuesto en el DNL-912, “Reglamento de Servicio de Guarnición de las Fuerzas Armadas”.²⁴³

Si bien resulta novedoso el contenido de esta demanda civil, es plenamente concordante con lo que la Comisión y Corte IDH, y otros órganos del sistema universal, exigen o sugieren a los Estados en relación a sus obligaciones de reparación. Nuevamente, entonces, la postura inflexible del CDE resulta anómala y criticable. A juicio del Observatorio, la sentencia final desperdicia parcialmente una oportunidad ofrecida al Poder Judicial para aplicar los estándares internacionales de reparación en el ámbito interno. Las medidas solicitadas no se apartaban, en esencia, de acciones que otras sedes de aplicación del derecho internacional han ordenado en casos concretos (inclusive tocantes a la situación chilena). También existen experiencias análogas, entre ellas en Colombia, en las que tribunales domésticos han ordenado la publicación de sentencias, la ubicación de placas conmemorativas y el ofrecimiento de disculpas públicas. Si bien es cierto, como principio general, que ningún sentenciador ni ninguna sentenciadora puede o debe entrometerse en asuntos propios del Ejecutivo y Legislativo, también lo es que cada vez que un tribunal ordena el pago de una indemnización como reparación, está disponiendo de recursos contemplados en la Ley de Presupuesto. Debe considerarse, además, que la satisfacción y las garantías de no repetición, a la que las medidas solicitadas claramente apuntan, son componentes de la reparación a la que el Estado se encuentra obligado.²⁴⁴

Otra acción judicial destacable, por su componente de reparación simbólica, es el recurso de protección interpuesto por el INDH en favor de Tamara Lagos Castro (ver sección 3.3 Casos nacionales connotados). En este caso, pese al resultado finalmente favorable —en que la Corte Suprema reconoció la importancia que tiene, para Tamara, que el Estado reconozca que ella es hija de la víctima ejecutada Mario Lagos Rodríguez— no se citó como fundamento el derecho internacional relativo a reparación.²⁴⁵

242 *Ibid.*, fundamento 191.

243 Cuyo artículo 155, letra (g), prohíbe la rendición de honores fúnebres a personal de las FFAA “condenado(s) por sentencia ejecutoriada a pena aflictiva”.

244 ONU AG Resolución 60/147, de 2005, “Principios y directrices básicos”, op. cit., Principio IX.

245 Si bien se hizo alusión al derecho a la identidad personal establecido en los artículos 7 y 8, ambos de la Convención sobre los Derechos del Niño.

6. MEMORIA

6.1 Memorialización y homenaje popular a grandes defensores de los DDHH

En agosto de 2018 se inauguró, en Santiago, un mural en honor a Ana González Recabarren. Ana, miembro de la Agrupación de Familiares de Detenidos Desaparecidos, AFDD, y cara pública de la campaña del SML para recolección de muestras de ADN, era familiar de cuatro personas detenidas desaparecidas en dictadura: su esposo, Manuel Recabarren, sus dos hijos, Manuel Guillermo y Luis Emilio, y su nuera Nalvia Rosa Mena, embarazada al momento de su desaparición. En el mismo mes de agosto, falleció a sus 93 años don Andrés Aylwin, destacado abogado defensor de los DDHH y exparlamentario. Fue velado en la sede del ex-Congreso en Santiago, ocasión en que familiares de muchas de las causas que don Andrés representó, le rindieron sentidos homenajes. A fines de enero de 2019 falleció Elena Muñoz, conocida como la “Purísima de Lonquén”, activista, esposa y madre de cinco de los desaparecidos cuyos cuerpos fueron encontrados, en 1978, en los Hornos de Lonquén. En febrero de 2019, a los 86 años, falleció Violeta Zúñiga Peralta, valiente integrante de la AFDD, conocida por su interpretación de la “cueca sola”, bailada en protesta por la desaparición, desde 1976, de su marido Pedro Silva, secuestrado por la DINA. En junio de 2019, se inauguró un mural al Dr. Patricio Bustos, ex director del SML, muy respetado, *inter alia*, por sus esfuerzos para restaurar la confianza de familiares en el proceso de identificación. El Dr. Bustos, sobreviviente de la Villa Grimaldi y otrora militante del MIR, también fue homenajeado en un acto en la Villa en las mismas fechas. Son muchos/as más los y las familiares, sobrevivientes y defensores de los DDHH que se nos van sin ver justicia ni verdad plena en las causas a las que dedicaron sus vidas. No podemos mencionar aquí a cada uno por su nombre, pero su pérdida empobrece a toda la comunidad de DDHH y a la sociedad entera, a la vez que nos recuerda la imperante necesidad de avanzar con mayor rapidez en generar respuestas y soluciones para quienes ya han esperado demasiado.

6.2 Debate público, veracidad y defensa de valores democráticos

El campo de la memoria puede considerarse, a la vez, un lugar de reparación simbólica y una herramienta para la no-repetición. Constituye también, un terreno en permanente disputa. El agravio a lugares de memoria es una de las expresiones más públicas del negacionismo de graves violaciones y del odio hacia quienes las conmemoran. Estos atentados físicos están asociados a una proliferación de grupos y colectivos, muchos de tinte neofascista, que reivindican la dictadura e incluso celebran sus crímenes. Esta tendencia puede apreciarse en redes

sociales y páginas webs desde las cuales estos grupos predicán sus mensajes de odio. Si bien la regulación de espacios virtuales es desafiante, la experiencia de otros países demuestra que es posible desenmascarar a quienes procuran escudarse en el ciber-anonimato para violentar física o psicológicamente a otros, o incitar a que terceros lo hagan.

En tanto, es importante que las autoridades, así como el resto de la sociedad, envíen señales claras y consistentes sobre lo inaceptable de esos mensajes y los contravalores que los inspiran. Nos incumbe a todos considerar con sobriedad y seriedad, los límites de lo que queremos permitir y permitirnos en nombre del debate de ideas. En ese sentido, podría considerarse cuando menos desafortunada la difusión de supuestos “programas de debate” que procuran generar polémica, sin velar por la comprobación de hechos, la veracidad de las aseveraciones presentadas, o sus reverberaciones posteriores. En octubre de 2018, el programa de televisión “Mentiras Verdaderas” optó por confrontar a Daniel Jadué y José Antonio Kast. Para acentuar el aire de circo romano ya creado, se agregaron leyendas en pantalla denominando al encuentro el “round más esperado”. En el programa también participó la diputada de Renovación Nacional, Camila Flores, quien sumó a su triste récord de pronunciamientos públicos ineptos e infundados, la imputación al Partido Comunista de haber perpetrado masacres durante el gobierno de la Unidad Popular, y el definir a la Brigada muralista Ramona Parra como un grupo “extremista” (sic.). Aseveró, incluso, que “según recortes de prensa” la reconocida abogada defensora de DDHH Carmen Hertz, habría llamado a “matar gente” durante la dictadura. Esta falsedad le valió el anuncio de una querrela por difamación por parte de la diputada, cuyo marido, Carlos Berger, fue asesinado por la Caravana de la Muerte. En mayo de 2019, el programa Estado Nacional optó por confrontar a la diputada Hertz con Mauricio Rojas, quien en agosto de 2018 se vio obligado a renunciar como Ministro de Cultura –luego de apenas un fin de semana en el puesto– por haber tildado de ‘montaje’ al Museo de la Memoria y los DDHH, en un libro publicado con anterioridad. Luego del programa se lanzaron virulentos ataques en redes sociales contra la diputada, acentuados después de una agresión verbal proferida contra ella y dos parlamentarias más, durante una comisión legislativa por el diputado RN, René Manuel García, quien luego agredió físicamente a un periodista. En tiempos de creciente incivildad y mendacidad en la esfera pública y la política internacional, es menester que nuestros representantes democráticos, así como los medios de comunicación, obren responsablemente en el foro público, sobre todo en el mismo Parlamento que se supone sede y garante de la democracia.

En tanto, la regulación de expresiones que rindan homenaje a personas asociadas con la dictadura y sus crímenes, no ha visto mayores

avances. Si bien la Cámara de Diputados aprobó, en 2017, un proyecto de acuerdo solicitando el retiro del espacio público de monumentos que exalten a miembros de las juntas militares (ver *Informe* 2018), ello no se ha concretado en una medida jurídica. Por otra parte, también en 2017, por iniciativa del Ejecutivo, fue ingresado al Parlamento un proyecto de ley, Boletín 11.424-17, para tipificar el delito de incitación a la violencia. El proyecto retiraría un artículo de la existente Ley sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo, de 2001, aboliendo la especial sanción que ella establece, en su art. 31, contra “medio[s] de comunicación social que realizare publicaciones o transmisiones destinadas a promover odio u hostilidad”. El argumento aducido para ello es que la prohibición establecida por el nuevo proyecto aplicaría tanto a los medios como a cualquier otro infractor, “dejando en un plano de igualdad con el resto de las personas a los y las profesionales de los medios de comunicación”.²⁴⁶ A simple vista, este argumento no se hace cargo del mayor alcance social, peso, y por tanto poder, que tienen los medios en comparación con las personas naturales. El año 2018, una sesión de la Comisión de derechos humanos y pueblos originarios de la Cámara de Diputados logró incluir en el mencionado proyecto, como conducta penalizada, el negacionismo sobre los crímenes de lesa humanidad consignados en los informes de las comisiones de la verdad en Chile, aunque diputados de la bancada de derecha, Chile Vamos, incluyeron indicaciones que limitarían el efecto sancionatorio del artículo.²⁴⁷ De todos modos el proyecto se encuentra en primer trámite constitucional, sin urgencia.

6.3 Agravios a espacios de memoria: expresión material de negacionismo y odio

Durante el periodo, han seguido ocurriendo ataques y agravios a sitios de memoria y lugares de conmemoración. Son 27 los exrecintos de detención y tortura que han sido declarados monumentos nacionales en Chile, desde 1990, a solicitud de organizaciones y colectivos de la sociedad civil. Además, han sido emplazados cientos de monumentos y memoriales a víctimas, sobrevivientes, opositores a la dictadura, y/o defensores de los DDHH. Estos, en virtud de su localización en el espacio público, generalmente se encuentran protegidos por la Ley 17.288 en la categoría de Monumento Público. No obstante, varios de ellos han sufrido agravios que dan cuenta del rechazo que aún persiste, o incluso florece, ante la verdad histórica del terrorismo de Estado. En

246 Mensaje presidencial N° 115-365, del 4 de septiembre de 2017, acompañado el ingreso del Boletín 11.424-17.

247 Agregando como condicionante: “...siempre que dicha incitación perturbe el orden público, o bien impida, obstruya, o restrinja de forma ilegítima el ejercicio de un derecho por parte del o los ofendidos.”

Santiago, el autodenominado “Movimiento Social Patriota” atacó en dos oportunidades al Parque por la Paz Villa Grimaldi, en agosto de 2018 y enero de 2019. El sitio de memoria de José Domingo Cañas sufrió daños y la deposición de excremento humano en sus dependencias, en agosto 2018, y un intento de robo en marzo de 2019. En abril de 2019, se atacó con pintura la placa en Estación Central que marca el lugar donde Carmen Gloria Quintana y Rodrigo Rojas De Negri fueron quemados vivos por una patrulla militar en 1986. En mayo de 2019, un memorial en homenaje a los detenidos desaparecidos de la ciudad de Antofagasta fue agredido con la frase “Pinochet vivo”, ataque similar al ocurrido en Valparaíso en abril de 2018 (ver *Informe* 2018).

Los ex recintos de detención transformados en sitios de memoria son de propiedad pública. Es por tanto muy importante que las autoridades públicas respondan con firmeza y celeridad ante intentos de destruir lo que es hoy patrimonio de toda la sociedad. En junio de 2019, el Ministerio de Justicia y DDHH respondió una solicitud efectuada por el colectivo Desclasificación Popular, por medio de la Ley de Acceso a Información Pública. La solicitud versaba sobre un supuesto protocolo para denunciar daños a sitios de memoria, al que habría hecho referencia el mencionado Ministerio en abril, con ocasión de una consulta formulada desde la Cámara de Diputados.²⁴⁸ La respuesta reconoció la inexistencia del mentado protocolo, anunciando más bien la conformación de una mesa de trabajo para crearlo.²⁴⁹ Por otra parte, existen exrecintos de detención, aún en poder de las Fuerzas Armadas, que sufren destrozos a pesar de haber sido declarados monumentos nacionales. Es el caso del exfuerte el Morro en Talcahuano, así como la localidad Rocas de Santo Domingo, que se encuentran expuestos a acciones vandálicas. La negativa de la autoridad pública de desafectar estos predios de su uso militar, impide tanto el acceso público como la preservación de su integridad física, exponiéndolos a operaciones ilícitas de borrado que ya fueron ejecutadas en otros espacios, entre ellos, Villa Grimaldi y José Domingo Cañas.

La situación de monumentos y memoriales emplazados en la vía pública, por tanto, aún más vulnerables, ejemplifica la insuficiencia de reparación simbólica que se limita a financiar obras, sin asegurar recursos, o comprometer a autoridades locales para su posterior cautela y conservación. El Monumento a las Mujeres Víctimas de la Represión Política, inaugurado en 2006, en el bandejón central de la Alameda, hoy se encuentra casi completamente destruido (ver *Informes*

248 Ord. N° 2213, 11 de abril de 2019, emitido por el Ministerio de Justicia y DDHH, en respuesta al Oficio N° 20948, 22 de enero de 2019.

249 Ord. N° 502, del 4 de junio de 2019, emitido por la Subsecretaría de DDHH del Ministerio de Justicia y DDHH.

anteriores). El memorial en homenaje a Littré Quiroga y Víctor Jara, ubicado en la comuna de Lo Espejo, sufre la acumulación de escombros y basura que pareciera ser depositada deliberadamente en el lugar. En agosto de 2018, el memorial de Hualpén fue vandalizado con esvásticas, crimen atribuido al movimiento neofascista Acción Identitaria Chile. Entre agosto y septiembre, en tanto, el Centro Cultural Museo y Memoria Neltume informó la desaparición de dos de seis placas que recuerdan a militantes del MIR asesinados por la dictadura en 1981. Los nombres de otros dos militantes fueron tachados de un memorial ubicado en ese pueblo; mientras que en el memorial de Llancahue, emplazado en el acceso a la cárcel de Valdivia, todos los nombres fueron tapados con pintura. El INDH, sede Región de Los Ríos, interpuso una denuncia criminal por esos hechos.

6.4 Archivos

Situación de archivos que documentan violaciones a los DDHH

El derecho a acceder a información sobre los crímenes de lesa humanidad asiste tanto a las víctimas como a la sociedad en su conjunto, y se encuentra consagrado en diversas normas y documentos internacionales. Ellos expresan que el derecho a saber implica la preservación de archivos que documentan los crímenes. Eso requiere medidas de protección que impidan la sustracción, la destrucción y la desviación de documentación relevante, sea o no estatal. También obliga al desarrollo de inventarios que identifican los archivos importantes disponibles, tanto dentro del país como fuera de él, promoviendo en el segundo caso, la cooperación internacional para su consulta o incluso restitución. Se necesita, asimismo, una reglamentación idónea sobre acceso y consulta. Solo así, el uso eficaz de documentación puede contribuir a combatir el negacionismo y la manipulación.²⁵⁰ Ante requerimientos de información relacionada con graves violaciones, entre ellas la desaparición forzada de personas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, CIDH, ha estipulado que los Estados, y especialmente las Fuerzas Armadas, no pueden invocar razones de seguridad nacional. Igualmente, ha considerado que mantener a familiares de personas detenidas-desaparecidas en la ignorancia respecto del paradero de sus seres queridos, constituye un trato inhumano y degradante.²⁵¹ En tanto, quien deniega u oculta información respecto del paradero de una víctima de desaparición forzada, puede incluso ser considerado co-responsable del crimen, cada vez que la denegación de información es parte consustancial de la definición del delito.

250 A/72/523, ONU, *Informe del Relator Especial sobre la Promoción de la Verdad, la Justicia, la Reparación, y las Garantías de No-repetición*, 12 de octubre de 2018, sobre prevención.

251 OEA, *Acceso a la información sobre violaciones de derechos humanos*, Informe temático del Relator especial para la libertad de expresión, 2010.

Tras la dictadura chilena, la obstaculización de acceso a documentación relativa a graves violaciones comenzó con la Ley 18.771, de 1988, que modificó el artículo 14 del decreto N°5200 de 1929, decreto que instruía el ingreso anual de documentos de las reparticiones del Estado al Archivo Nacional. La nueva ley eximió del mencionado deber al Ministerio de Defensa Nacional, a las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, y a los demás organismos dependientes de Defensa, permitiéndoles archivar o destruir sus documentos a discreción. En 2015, la organización Londres 38, Espacio de Memoria, impulsó un esfuerzo para la modificación de la Ley 18.771. El proyecto, Boletín 9958-17, patrocinado por diputados de distintas bancadas, busca revertir la modificación introducida en 1989. Aún se encuentra en segunda tramitación constitucional, sin urgencia. Con anterioridad, en 2007, el diputado Jaime Naranjo había ingresado un proyecto estipulando el traspaso de archivos de la ex DINA y CNI, primero al Ministerio del Interior y luego al (entonces incipiente) INDH.²⁵² Sin embargo, este proyecto tampoco prosperó, encontrándose actualmente archivado. Asimismo, hasta la fecha, no se ha conseguido derogar el “secreto Valech”, a pesar de reiteradas recomendaciones internacionales.²⁵³

En este escenario, una iniciativa destacable es la llevada adelante por el Archivo Nacional, que desarrolló, en 2017, el proyecto “Descripción de Fondos Ministeriales desde una perspectiva de derechos humanos”. El proyecto buscaba relevar las potencialidades de los documentos custodiados por el Archivo para la búsqueda de verdad, justicia y reparación, y la promoción de políticas de memoria. Para ello, el Archivo revisó y catalogó 200 tomos de los fondos de los Ministerios del Interior y de Justicia, desde septiembre de 1973 hasta mediados de 1980. Aquello permitió avanzar en la identificación de documentos relativos a violaciones a los derechos humanos, pero que permanecían bajo clasificaciones que dificultaban su individualización. El proceso contribuirá, entonces, a efectuar búsquedas más precisas y acotadas.²⁵⁴

La sociedad civil también cuenta con importantes acervos documentales, una selección de los cuales fue declarado parte de la “Memoria del Mundo”, iniciativa de UNESCO, en 2003. Muchos de los diversos fondos documentales a lo largo del país han sido catastrados por el Museo de la Memoria y los DDHH. Investigaciones académicas recientes, coordinadas desde la Universidad Alberto Hurtado, han explorado archivos conformados durante la defensa, asistencia y/o apoyo

252 Proyecto de ley Boletín 5167-06.

253 OEA/ Ser.L/V/II; CIDH/RELE/INF.16/17, *Informe especial sobre la libertad de expresión en Chile, 2016*. CIDH, 15 de marzo de 2017.

254 Sitio web del Archivo Nacional, sección Noticias: “Descripción documental. Fondos Ministeriales y su dimensión de derechos humanos”. 24 de enero de 2018.

de personas vulneradas.²⁵⁵ Algunas organizaciones, entre ellas, la Fundación de Documentación y Archivo de la Vicaría de la Solidaridad (FUNVISOL), la Fundación de Ayuda Social de las Iglesias Cristianas (FASIC), y la Comisión Chilena de Derechos Humanos, optaron por conservar su propia documentación y emprender una gestión archivística sin apoyo oficial. En 2013, la actual sede de la Comisión Chilena de Derechos Humanos, antes utilizada como el recinto de detención y represión conocido como “Clínica Santa Lucía”, fue objeto de un robo. A raíz de este hecho, la Comisión decidió traspasar parte de sus fondos documentales al Archivo Nacional. Sin embargo, hoy sigue recibiendo donaciones de documentos de parte de otras organizaciones e individuos. En tanto, FUNVISOL y FASIC siguen respondiendo oficios desde los tribunales de justicia, requiriendo documentación que podría servir como prueba en causas judiciales. FASIC, además, siguió prestando asistencia jurídica directa a familiares y sobrevivientes hasta mediados de la década de los 2000, y continúa aportando documentación que los usuarios puedan requerir para iniciar demandas civiles y/o hacer efectivos sus derechos a reparaciones. Para estas tareas, las organizaciones no han contado con recursos estables provistos desde el Estado, sosteniéndose más bien en exiguos recursos, esporádicos fondos derivados de concursos y, sobre todo, el trabajo voluntario.²⁵⁶ La falta de financiamiento y apoyo confiable pone en riesgo la integridad y el acceso a estos archivos, que en el caso de FASIC y la Vicaría cuentan en teoría con protección en su condición de monumentos nacionales.²⁵⁷

6.4 Controversias sobre monumentos históricos y críticas a la nueva Ley de Patrimonio

En julio de 2019, la presidenta de la UDI y otros políticos de derecha arremetieron contra una declaración de estatus de monumento histórico, realizado en diciembre de 2017 pero recientemente publicado en el diario oficial, que incluye un otrora campamento del Movimiento de Izquierda Revolucionaria, MIR. La ministra de las Culturas, las Artes y el Patrimonio indicó que no tenía facultades para rechazar el acuerdo, si bien se ocupó de mencionar que “cualquier ciudadano puede solicitar la revisión de un acuerdo tomado por el Consejo de

255 El proyecto de investigación “Tecnologías Políticas de la Memoria”, de la Universidad Alberto Hurtado, puede ser visualizado en línea en: www.memoriayderechoshumanosuah.org/tecnologias-politicas-de-la-memoria/.

256 Recién durante 2018 se aprobó por primera vez un convenio de colaboración y transferencia de recursos entre el Servicio Nacional del Patrimonio Cultural y FUNVISOL, por una cifra de CLP67.340.000; convenio que se renovó para el año 2019.

257 Los archivos del FUNVISOL fueron declarados Monumento Nacional, en 2017; los de FASIC, en 2018, declaratorias que en ambos casos tuvieron que ser solicitadas por las mismas organizaciones. En el caso de la Comisión, solamente su actual sede cuenta con dicho estatus.

Monumentos Nacionales”.²⁵⁸ La controversia amenaza con convertir al CMN y el estatus mismo de monumento histórico en un terreno de disputa ideológica o partidista, incompatible con su esencia y sus funciones. A mediados de agosto, agrupaciones feministas y de ex presos políticos cuestionaron fuertemente la venta, a una sociedad inmobiliaria, de un otrora centro de tortura, ubicado en la calle Irán de la comuna de Macul, conocido como lugar de frecuente tortura sexual. El lugar fue declarado Monumento Histórico en 2016, con lo cual, según la ley, el Estado debió tener la opción preferente de compra si su dueño particular decidiera venderlo. El CMN aseguró no haber sido informado de la transacción y evaluaba interponer acciones legales. En tanto, un proyecto de ley enviado por el gobierno, en junio de 2019, para reemplazar la actual Ley de Monumentos Nacionales (que data de 1925), fue criticado por la magra participación que asigna a la sociedad civil, con una asociada “sobrerrepresentación de órganos del Estado”.²⁵⁹

CONCLUSIONES

El aniversario número 46 del golpe de Estado ocurre en un contexto que no ofrece ni promete, mayor cumplimiento de los deberes morales urgentes que Chile tiene para con su ciudadanía en la materia que nos convoca. En el ámbito de la verdad, sigue habiendo secretismo, criterios dispares y contradicción, evidenciados en la repetida renuencia o negativa de Gendarmería de proveer información que el Consejo para la Transparencia y tribunales de justicia han señalado repetidamente como de legítima preocupación pública. La citación de mandatos, normativas o disposiciones internas para justificar actuaciones que contrarían a los deberes internacionales del Estado, también, queda en evidencia en el actuar del Consejo de Defensa del Estado, y demuestra una falta de comprensión de parte de los estamentos gubernamentales de su coresponsabilidad ante dichos deberes. En el ámbito de la justicia, avances en el reconocimiento de múltiples tipos penales, así como en la coordinación, expedición y transparentación de las causas aún en trámite son bienvenidos, pero preocupa la creciente fragilidad del consenso jurisprudencial reconociendo la inaplicabilidad de prescripción gradual. En tanto, el no-reconocimiento de la calidad de crimen de lesa humanidad a algunos crímenes y episodios recabados en el Informe Rettig recuerda que –además de la prescripción– el Decreto Ley de Amnistía de 1978 sigue plenamente vigente y en teoría aplicable en

258 El Mostrador: “Ministra Valdés por monumento al MIR: ‘No tramitar este acuerdo significa caer en notable abandono de deberes’”, 19 de julio de 2019.

259 La Tercera: “Expertos de la UC critican nueva ley de Patrimonio”. 19 de agosto de 2019.

dichas circunstancias. Sigue sin conocerse el destino y ubicación de más de mil detenidos desaparecidos, y se ha desvanecido la promesa de un plan nacional para dar atención prioritaria a su búsqueda. La reparación, un tema de particular atención en esta edición, ha sido insuficiente y muchas veces mal gestionada, incluso dentro de las limitadas categorías de afectación para las cuales ha sido ofrecida. En garantías de no repetición, se han visto pronunciamientos ante instancias internacionales que no se condicen ni con la falta de avances legislativos reales, ni con hechos concretos observables en el actuar de la policía uniformada en la calle, en colegios secundarios, en barrios y grupos de poblaciones vulnerables, e incluso en el Patio 29 del Cementerio General de Santiago durante los actos conmemorativos realizados el 8 de septiembre de 2019. Tanto en el ámbito preventivo como en el ámbito de la memoria, al continuado fortalecimiento de corrientes sociales negacionistas, se suman lamentables intentos de instrumentalización de instancias cuyo correcto funcionamiento requiere el respaldo y respeto activo, por parte de todas las tiendas y tendencias políticas, de su autonomía e independencia.

RECOMENDACIONES

Por primera vez, en las ahora nueve iteraciones del presente capítulo que han sido preparadas por el Observatorio, no se puede reconocer el cumplimiento de ninguna de las recomendaciones realizadas en la edición del año anterior. Por la particular importancia y urgencia que buena parte de ellas tiene, las reiteramos en la presente edición, junto con agregar otras que proceden del énfasis particular que este año hemos dado a la dimensión de reparación de la justicia transicional.

Con el fin de mejorar el cumplimiento de los deberes del Estado de Chile en materia de verdad, justicia, reparación, memoria 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, el Estado de Chile podría:

1. Crear una instancia permanente y especializada, provista de los debidos recursos humanos y financieros, que coordine la totalidad de las políticas de verdad, justicia y reparación implementadas por el Estado, a efectos de: garantizar la coherencia interna y externa de las medidas tomadas; asegurar participación plena para familiares y sobrevivientes; realizar esfuerzos permanentes de calificación de categorías existentes y adicionales de afectación por violaciones graves; estimular la búsqueda de personas forzosamente desaparecidas. Asimismo, perfeccionar programas

- de reparación existentes, crear programas nuevos que den respuesta a la vulneración masiva de derechos económicos, sociales y culturales cometida durante la dictadura cívico-militar, y adoptar un enfoque de género. Considerar, para esos efectos, ampliar las competencias específicas de la Unidad Programa de DDHH, y/o las competencias generales asignadas a la Subsecretaría de Derechos Humanos.
2. Implementar acciones de acompañamiento y asesoría jurídica para familiares y sobrevivientes que deseen conocer y activar las vías para acceder a la reparación, incluida la interposición de acciones judiciales indemnizatorias. Instar al Consejo de Defensa del Estado para que sus pronunciamientos y actuaciones acaten los deberes y obligaciones del Estado en materia de respeto y protección de los derechos humanos: en particular, para que cese de oponerse de manera injustificada al ejercicio de parte de familiares y sobrevivientes de sus derechos de reparación integral.
 3. Constituir un Plan Nacional de Búsqueda de personas detenidas desaparecidas, que cumpla con las recomendaciones del Grupo de Trabajo de la ONU de 2013, los deberes enunciados en la Convención Internacional contra la desaparición forzada de personas y los Principios rectores para la búsqueda de personas adoptados por el Comité contra la Desaparición Forzada de la ONU en 2019. Ese Plan debiera colaborar activamente con la justicia, y contemplar la participación directa, permanente, de familiares y de la sociedad civil capacitada.
 4. Reconocer, y obrar proactivamente para cumplir, las recomendaciones finales formuladas al Estado de Chile como producto de sus presentaciones ante el Comité contra la Tortura de la ONU, en 2018, y el Comité contra la desaparición forzada, en 2019, así como las que procedieron del Examen Periódico Universal rendido ante la ONU en 2019. Cumplir con las medidas aún faltantes, requeridas por la Corte Interamericana de DDHH en los casos *Almonacid*, *García Lucero* y *Órdenes Guerra*.
 5. En particular, tomar todas las medidas indicadas para agilizar proactivamente la tramitación, aprobación e implementación de la tipificación de desaparición forzada fuera del contexto de crímenes de lesa humanidad, así como de los múltiples otros proyectos de ley mencionados por el Estado en dichos informes y presentaciones, que actualmente se encuentran sin la debida urgencia, no cuentan con patrocinio del Ejecutivo, y/o, por otras razones, no reportan movimiento activo reciente alguno.
 6. Modificar el actual proyecto ley de Patrimonio para que contemple una mayor participación activa de las organizaciones

- expertas de la sociedad civil en la materia; introducir, asimismo, una ley y medidas activas de protección de sitios de memoria, de similares características.
7. Respetar y resguardar la autonomía formal, financiera y funcional del Instituto Nacional de Derechos Humanos.
 8. Gestionar, con urgencia, medidas que resuelvan el “cuello de botella” que actualmente retrasa la realización de exámenes de facultades mentales y otros procedimientos esenciales para la justicia, por parte del Servicio Médico Legal.
 9. Asegurar que la Ley de libertad condicional, el actual proyecto ley en materia de regulación de la sustitución de penas privativas de libertad, así como otras disposiciones legales existentes o por introducirse, sean formuladas, interpretadas y aplicadas de tal manera que respeten los deberes estatales de sancionar, de manera eficaz y proporcional, violaciones graves a los derechos humanos.
 10. Afirmar, proteger, y profundizar, las medidas tomadas por la Coordinación Nacional de DDHH de la Corte Suprema para agilizar el actuar de la justicia, y fomentar el conocimiento público y pleno de los resultados de este actuar, incluyendo proveer acceso a información sobre el cumplimiento de penas impuestas y la concesión de beneficios a perpetradores.

DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS LGBTI EN CHILE: AVANCES Y DEUDAS PENDIENTES EN TIEMPOS CONTRADICTORIOS¹

1 Capítulo escrito por Tomás Vial Solar. Se agradece los informes y trabajos de los alumnos de derecho UDP, David de Vera, Nicole Parra, Sebastián Gajardo y Nicolás Pérez.

“Yo solo soy un cobarde, un maricón culiado. Liceo de mierda, todo su entorno, las niñas, toda la gente en general de ahí me colapsó. Creí e intenté salir de esto solo, talvez tenía arreglo, pero dejé de intentarlo”.²

SÍNTESIS

El presente capítulo analiza la situación de ataques y agresiones físicas contra personas lesbianas, gay, bisexuales, trans e intersex (LGBTI); la situación actual del proyecto de matrimonio igualitario y la familia homoparental, especialmente lo relativo al proyecto que modifica la ley de adopción; los derechos de las personas trans, las peticiones de modificación de la Ley Antidiscriminación y fallos del Tribunal Constitucional, bajo los estándares del sistema internacional de derechos humanos. El capítulo finaliza con conclusiones y recomendaciones.

PALABRAS CLAVES: violencia, matrimonio igualitario, familia homoparental, adopción, derecho a la identidad de género.

2 Carta del joven trans Matías de la Fuente, quien se suicidó en Copiapó, el 16 de mayo de 2019. Extracto publicado en: *La Tercera*: “Marcela Guevara, madre de José Matías de la Fuente: ‘Él no significaba nada para la gente del colegio’”. 2 de junio 2019.

INTRODUCCIÓN

El panorama descrito en este capítulo presenta sombras y algunas luces. En el período entre junio de 2018 y junio de 2019, que cubre este capítulo, se muestran importantes avances como la aprobación y publicación de la Ley de Identidad de Género, Ley 21.120, amén de la aprobación en la Cámara de Diputados del proyecto de reforma a la ley de adopción, que permitiría adoptar hijos a las parejas de mismo sexo bajo Acuerdo de Unión Civil, AUC. Pero, en paralelo a estos progresos, que permiten al Estado de Chile ir avanzando en el cumplimiento de sus compromisos internacionales de derechos humanos, se mantienen realidades a nivel social de profunda discriminación, que alcanzan, junto al rechazo y la agresión, incluso el asesinato. A nivel legislativo y de políticas públicas se avanza en el respeto y protección de los iguales derechos de las personas LGBTI, sin embargo, se mantiene una cultura y prácticas que niegan esos derechos, incluyendo los más básicos y esenciales como lo son el de la vida, la integridad física y psíquica y la libertad y seguridad personal. Esto debiera provocar la reflexión de los actores sociales y, en particular, de los agentes y órganos de Estado. Es responsabilidad del Estado no solo no violar esos derechos, lo que se denomina obligación de respeto, sino que además garantizarlos efectivamente. Si una joven trans o una pareja de mujeres lesbianas no pueden caminar por las calles de Chile sin ser acosadas o, peor aún, agredidas o violentadas verbal o físicamente, el Estado chileno ha fallado en dar esa debida protección. El desafío central en la actualidad en materia de derechos humanos de las personas LGBTI es ver cómo se asegura que esas vulneraciones no se produzcan o, al menos, que sean hechos excepcionales, y que, de ocurrir, sean debida y prontamente investigados y sancionados. Al respecto, la total ausencia en la cuenta presidencial, del sábado 1 de junio, de cualquiera de los temas que involucran a personas LGBTI es sin duda una mala señal.

Este capítulo cubre estas materias en varias secciones. La primera revisa en forma sintética, pues no se pretende entregar un recuento

exhaustivo de todos los hechos,³ los principales eventos de agresión física, homicidios entre ellos, que por su gravedad merecen particular atención. La segunda sección, describe el estado de avance (o no) del proyecto de matrimonio igualitario. La tercera, revisa los avances y deudas en materia de igual reconocimiento del derecho de las personas a sus relaciones afectivas y a conformar una familia. La sección cuarta, da cuenta de los principales hechos en relación a las personas trans, relativos a su reconocimiento del derecho a la identidad. La quinta sección, desarrolla dos asuntos: las sentencias del Tribunal Constitucional en relación a los derechos de las personas LGBTI y los anuncios, no materializados, de modificación a la Ley Antidiscriminación. Se finaliza con conclusiones y recomendaciones específicas.

1. VIOLENCIA CONTRA PERSONAS LGBTI

Durante el periodo bajo análisis, continúa el preocupante patrón de graves ataques físicos y homicidios contras gays, lesbianas y trans. En los medios de prensa revisados durante dicho periodo, se contabilizan al menos 20 casos de este tipo, varios de los cuales han sido objeto de denuncia por parte de organizaciones de la diversidad sexual.

En el segundo semestre de 2018, entre los más graves se cuenta el homicidio de Felipe Olguín, asesinado el 28 de agosto en Puente Alto, tras recibir repetidos ataques verbales homofóbicos por parte del agresor. El 23 de mayo de este año el Tribunal Oral en lo Penal condenó a la pena de tres años y un día de internación cerrada al victimario J.A.S.I, que al momento del hecho tenía 15 años, circunstancia que tomó en consideración el tribunal para no aplicar una pena mayor. Al respecto, el Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (en adelante, Movilh) criticó⁴ la decisión señalando que, dadas las circunstancias, se debió aplicar la agravante contemplada en la Ley Zamudio introducida en el Código Penal, cuando se comete un delito motivado por la orientación sexual o identidad de *género* de la víctima.⁵ Sin perjuicio de que, por no poseerse los antecedentes precisos del proceso penal, no fue posible realizar un juicio informado sobre si está correctamente dictada o no la sanción penal, dadas las circunstancias del hecho y la edad del perpetrador, es necesario tener presente en este, y en todos los casos que se narran a continuación, que el Estado está obligado a sancionar estos delitos y a investigarlos cabalmente. Como ha señalado la CIDH en su Informe sobre Violencia contra personas Gays, Lesbianas, Bisexuales,

3 Esto lo realiza en forma muy completa el Informe de MOVILH. Véase para ello XVII Informe Anual de Derechos Humanos, 2019.

4 Movilh.cl.

5 Artículo 12 del Código Penal.

Trans e Intersex, del 2015, “se observa un creciente consenso respecto del reconocimiento legal de crímenes motivados por la percepción de la orientación sexual o la identidad de género de las víctimas como factores agravantes en los casos de crímenes cometidos contra personas LGBT”⁶. La CIDH en eso es consecuente con el mandato de la propia Convención Americana de Derechos Humanos, que en su artículo 13, párrafo cinco, mandata sancionar toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional. Entre estas categorías se cuenta, por la propia interpretación que hace la Corte IDH en el caso *Atala versus Chile*, la orientación sexual y la identidad de género. Esta obligación está también señalada por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas por los Derechos Humanos, la que en su Informe, de 2015, al Consejo de Derechos Humanos sobre discriminación contra personas por motivación de orientación sexual e identidad de género, ha recomendado a los Estados que:

a) Promulguen leyes sobre los delitos motivados por prejuicios que establezcan la homofobia y la transfobia como factores agravantes a los efectos de la determinación de las penas;

b) Investiguen, sin demora y de manera exhaustiva, los incidentes de violencia motivada por el odio y de tortura de personas LGBT, exijan responsabilidades a los autores y proporcionen reparación a las víctimas.⁷

Sin perjuicio de que en Chile la ley penal actual contempla, en el artículo 12, numeral 21⁸ dichas agravantes, es la segunda obligación, la de investigar, como se verá más abajo, la que parece más urgente cumplir.

En un segundo caso, el de José Luis Ferrada, ocurrido en Coihueco, la familia denunció que el motivo habría sido la homofobia.⁹ Un tercer caso, ocurrido en marzo de este año en la ciudad de Puerto Montt, fue el homicidio de Alirio Andrade, hombre gay cuyo cuerpo fue hallado dentro de su domicilio. Una semana después la fiscalía

6 CIDH, Informe sobre Violencia contra personas Gays, Lesbianas, Bisexuales, Trans e Intersex, 2015, p. 239.

7 Alto Comisionado de las Naciones Unidas por los Derechos Humanos, Informe Discriminación y violencia contra personas por orientación sexual e identidad de género, A/HRC/29/23, 2015, p. 22.

8 Artículo 12, número 21. “Cometer el delito o participar en él motivado la ideología, opinión política, religión o creencias de la víctima; la nación, raza, etnia o grupo social a que pertenezca; su sexo, orientación sexual, identidad de género, edad, filiación, apariencia personal o la enfermedad o discapacidad que padezca.”

9 Cooperativa: “Coihueco: PDI busca a autores del crimen contra hombre de 52 años”. 28 de agosto 2018.

imputó de homicidio, violación y dos robos a Bastián Chamorro, quedando en prisión preventiva. La fiscal a cargo del caso señaló que la motivación del homicidio habría sido de carácter pasional.¹⁰

Respecto a las agresiones físicas, sin duda el caso que más conmovió a la opinión pública, en el período revisado, fue el de Carolina Torres, joven lesbiana que resultó atacada por dos hermanos mientras caminaba con su polola en Pudahuel, el 14 de febrero de este año, tras asistir a un partido de fútbol.¹¹ A raíz de que fue golpeada con un palo en su cabeza y recibió patadas en la espalda, terminó con una fractura de cráneo y una hemorragia interna, lesiones que la mantuvieron por varios días en estado de gravedad. El hecho, que causó gran conmoción pública, fue rechazado incluso por el Presidente de la República, llevando a la Intendencia de Santiago y a la Subsecretaría de Prevención del Delito a presentar querellas.¹² Posteriormente, dos sospechosos de la agresión fueron detenidos por personal de la PDI y formalizados por el delito de homicidio frustrado con la agravante de la motivación por odio.¹³ Los hechos también llevaron al gobierno a anunciar, en las palabras del subsecretario del Ministerio Secretaría General de Gobierno, Ecardo Hantelmann, una consulta ciudadana para estudiar modificaciones a la Ley Zamudio.¹⁴ Otro caso de notoriedad pública fue el de un joven trans, Matías Mella, de 18 años, quien denunció una violenta agresión por parte de encapuchados que le marcaron uno de sus brazos con la esvástica nazi.¹⁵

Estas reacciones de la autoridad, que esperamos se traduzcan en avances efectivos y en las sanciones ejemplares que los hechos reclaman, deben ser contrastadas con la ineficacia de la investigación y sanción penal, respecto de crímenes anteriores tanto o más graves que los aquí descritos. El caso paradigmático es el de la joven Nicole Saavedra, de 23 años, cuyo cuerpo apareció el 25 de junio del 2016 en las inmediaciones del Embalse Los Aromos, en la comuna de Limache. El cuerpo de Nicole estaba golpeado y maniatado y la autopsia determinó que falleció tras recibir múltiples traumatismos en el cráneo y en el rostro. Hasta la fecha no existen ni sospechosos

10 Radio Sago: "Por cuatro delitos formalizaron sujeto autor de crimen pasional en Puerto Montt". 16 de marzo 2019.

11 La Tercera: "La historia detrás del ataque lesbofóbico a Carolina Torres". 15 de febrero 2019.

12 Radio Universidad de Chile: "Gobierno presenta querrela contra los agresores de Carolina Torres". 17 de febrero 2019.

13 24 horas: "Detienen a autores de golpiza a Carolina Torres: Los dos hermanos confesaron y quedaron en prisión preventiva". 13 de abril 2019. Véase además el capítulo sobre derechos humanos de las mujeres.

14 The Clinic: "Gobierno busca introducir cambios a Ley Zamudio tras ataque lesbofóbico a Carolina Torres". 17 de febrero 2019.

15 El Desconcierto: "Le marcaron esvásticas en su cuerpo: Nazistas atacan a joven trans de 18 años por su identidad de género". 13 de marzo de 2019.

ni inculpados. La familia acusó de negligencia a la fiscalía, logrando la remoción de fiscal encargado del caso.¹⁶

Otro caso reciente que igualmente impactó a la opinión pública fue el suicidio de un joven trans de 16 años, Matías de la Fuente Guevara, el 16 de mayo de 2019 en la ciudad de Copiapó.¹⁷ Posteriormente se reveló una carta del joven, donde critica el constante acoso al que fue sometido, tanto por sus compañeros como por el entorno general del Liceo Sagrado Corazón de esa ciudad, del cual era alumno. Como lo señaló su madre, en una entrevista al diario La Tercera, “él no significaba nada para nadie.”¹⁸ Luego de una reunión con Organizando Trans Diversidades (OTD), una de las organizaciones de personas trans de Chile, la ministra de Educación, Marcela Cubillos, se comprometió a que la Superintendencia iniciaría una investigación, en particular sobre el cumplimiento de la Circular 0768 del Ministerio de Educación, relativa a la forma en que los establecimientos deben reconocer o proteger los derechos de las personas trans.¹⁹

Las situaciones de violencia descritas constituyen claramente una gravísima infracción a los derechos a la vida, integridad física y psíquica, libertad y seguridad personal, contemplados en los artículos 4 (derecho a la vida), 5 (derecho a la integridad personal física, psíquica), 7 (libertad y seguridad personal), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Al respecto, es necesario recordar que el deber del Estado es no solo no afectarlos directamente, sino que darles la debida protección, garantizando su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna (artículo 1 de la Convención), tomando todas las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades, como impone el artículo 2 de la Convención. Como ha señalado expresamente la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, CIDH, “los Estados tienen el deber de actuar con debida diligencia para prevenir, investigar, juzgar, sancionar y reparar violaciones de derechos humanos, incluyendo asesinatos y otros actos de violencia.” “La obligación de investigar es una obligación de medios y no una obligación de resultado”. Sin embargo, los Estados deben asumir seriamente la

16 El Desconcierto: “Tras presión de la familia de Nicole Saavedra: Remueven a fiscal que mantuvo el caso por dos años sin imputados”. 13 de junio de 2018.

17 Biobío Chile: “Movilh denunció suicidio de joven trans en Copiapó tras sufrir bullying en su colegio”. 26 de mayo de 2019.

18 La Tercera: Marcela Guevara, madre de José Matías de la Fuente: “Él no significaba nada para la gente del colegio”. 2 de junio 2019.

19 Otdchile.org. Las dificultades de acceso y las necesidades en materia de salud mental de las personas LGBTI son analizadas con detalle en el capítulo, de este Informe, sobre acceso a la salud mental de personas LGBTI.

obligación de investigar “no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa.”²⁰

2. Matrimonio igualitario y Acuerdo de Solución Amistosa (ASA)

Como se analizó en el *Informe 2018*, el gobierno de la presidenta Bachelet introdujo, en septiembre de 2017, el proyecto de ley que modificaba diversos cuerpos legales a fin de reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo (Boletín N° 11.422-07). Esto lo hace en cumplimiento del Acuerdo de Solución Amistosa (ASA) entre el Estado de Chile y el Movilh, ante la CIDH, a raíz de la denuncia, el 2012, ante ese órgano, de tres parejas del mismo sexo (César Peralta y Hans Arias, Víctor Arce y Miguel Lillo, ambas casadas en Argentina, y de Stephane Abran y Jorge Monardes, casada en Canadá) a las cuales el Estado chileno no les reconoció ese estado civil. El acuerdo, en esta materia, señalaba expresamente que el Estado se comprometía a lo siguiente:

Impulsar en conjunto con los peticionarios un proceso de discusión pública, que se inicia con el presente acuerdo, en torno a matrimonio igualitario y que involucre a la sociedad civil y a los representantes del Gobierno, y se invite al Congreso Nacional, entre otros [...]

Ingresar a la tramitación legislativa dentro del primer semestre de año 2017, un proyecto de matrimonio igualitario.

Adoptar las medidas necesarias, incluidas las acciones de promoción, para impulsar la iniciativa del matrimonio igualitario como un asunto que constituye un interés legítimo en una sociedad democrática e inclusiva.

En junio de 2018, la Fundación Iguales y el Movilh pidieron al gobierno explicaciones por la baja de los sitios web sobre matrimonio igualitario y Ley de identidad de género, creados bajo la administración anterior, en 2017, en concordancia con el Acuerdo de Solución Amistosa.²¹ En ellos se explicaba la relevancia de los proyectos y cómo se estaban tramitando. En agosto de ese año el Movilh entregó una carta, con el apoyo de 44 parlamentarios, al presidente Sebastián Piñera, exigiendo matrimonio igualitario y el cumplimiento del ASA.²²

Para septiembre, la CIDH convocó al gobierno a un encuentro de trabajo, luego de recibir un informe por parte del Movilh, con el objetivo de abordar el estado de avance del Acuerdo de Solución Amistosa. En esa sesión, realizada en octubre, la CIDH advirtió al gobierno que

20 CIDH, *Violencia contra personas LGBTI*, 2015, p. 278.

21 La Tercera: “Piden al Gobierno explicar baja de los sitios webs sobre matrimonio igualitario y ley de identidad de género”. 23 de julio 2018.

22 Movilh.cl: “44 parlamentarios y el Movilh exigen matrimonio igualitario y cumplimiento de Acuerdo de Solución Amistosa”. 28 de agosto de 2018.

debe cumplir lo acordado respecto al matrimonio igualitario y que el punto central del ASA era impulsar este proyecto. Frente a esto, el Gobierno manifestó ante la CIDH que el Estado no tiene obligación de impulsar ni lograr aprobar el matrimonio igualitario, y que ya se han cumplido los tres puntos del Acuerdo de Solución Amistosa, vinculados al matrimonio igualitario.

A raíz de eso, la Comisión de Constitución y Justicia de la Cámara de Diputados citó al ministro de Justicia, Hernán Larraín, y a la subsecretaria de Derechos Humanos, Lorena Recabarren. Ante la Comisión, el gobierno reafirma, a través del ministro Larraín, que sí cumplió lo señalado por el Acuerdo de Solución Amistosa respecto a matrimonio igualitario y que no tienen la obligación de impulsar su aprobación.

En noviembre, el Comité Interministerial de Derechos Humanos, previsto en la Ley 20.885, que creó la Subsecretaría, revisa cambios al plan de Derechos Humanos de la ex presidenta Michelle Bachelet, modificando el llamado a “promover” el proyecto de ley de matrimonio igualitario por un “monitoreo” o “seguimiento” a realizarse por el actual gobierno, actitud que fue criticada por Movilh e Iguales. En enero de 2019, se reactiva la discusión del proyecto de ley sobre matrimonio igualitario en el Congreso. El presidente de la Comisión de Constitución, Francisco Huenchumilla, puso en tabla el proyecto, llamando a una sesión para el miércoles 9 de enero, con el objetivo de continuar el estudio del proyecto de ley. El gobierno se restó a esta sesión. En marzo de 2019, Jaime Quintana asumió como nuevo presidente del Senado y se comprometió con la aprobación del proyecto de ley de matrimonio igualitario para este año en la sala del Senado.²³ Sin embargo, pese a estos anuncios, no se advierte ningún avance en la discusión legislativa hasta la fecha de cierre de este *Informe*, es decir a casi dos años de su introducción en el Congreso.

Esta falta de actividad de los poderes legislativos contrasta con un creciente apoyo de la opinión pública al matrimonio entre personas del mismo sexo, como lo muestran varias encuestas publicadas en el período. Así, la encuesta UC Bicentenario, realizada en convenio con GFK Adimark²⁴ y hecha pública en enero de este año, señaló que un 52% de los chilenos está de acuerdo con el matrimonio igualitario. Por su parte, la encuesta del Centro de Estudios Públicos (CEP) del período octubre-noviembre de 2018, señaló un ligero aumento de los chilenos a favor del matrimonio igualitario, con un 40% de los encuestados declarándose de acuerdo o muy de acuerdo.²⁵

23 La Tercera: “Quintana tras reunión de la mesa del Senado con Piñera: ‘Le hemos dicho al Presidente que hagamos un debate a lo Macri’”. 14 de marzo de 2019.

24 Encuestabicentenario.uc.cl.

25 CEP, encuesta octubre-noviembre, de 2018.

Consistente con lo aprobado en el Comité Interministerial, a comienzo de septiembre el gobierno ingresó a Contraloría el decreto con el Plan Nacional de Derechos Humanos modificado, en esos términos,²⁶ lo que fue criticado por las organizaciones de la diversidad como un incumplimiento de ASA.²⁷

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la opinión consultiva OC-24-2017, sobre la protección de los vínculos de parejas del mismo sexo, ha sido clara en afirmar que “La Convención Americana protege, en virtud del derecho a la protección de la vida privada y familiar (artículo 11.2), así como del derecho a la protección de la familia (artículo 17), el vínculo familiar que puede derivar de una relación de una pareja del mismo sexo. La Corte estima, también, que “deben ser protegidos, sin discriminación alguna con respecto a las parejas entre personas heterosexuales, de conformidad con el derecho a la igualdad y a la no discriminación (artículos 1.1 y 24), todos los derechos patrimoniales que se derivan del vínculo familiar protegido entre personas del mismo sexo.”²⁸ De este modo, la inacción del Estado en lo que se refiere a avanzar en el proyecto de matrimonio igualitario y más aún la modificación del Plan Nacional de Derechos Humanos en este punto, constituyen una clara infracción de esos derechos, que debe ser subsanada a la brevedad, y también del principio de cumplimiento de buena fe de las obligaciones internacionales por parte del Estado.²⁹

3. FAMILIA HOMOPARENTAL³⁰

3.1. Familia homoparental: visiones generales

Considerando la tramitación del proyecto de ley sobre la reforma integral al sistema de adopción, el tema de las familias homoparentales fue tocado en diversos ámbitos de la sociedad chilena.

En primer término, se puede observar que hay un apoyo ciudadano importante y constante a los derechos de la familia homoparental. Prueba de ello es la encuesta CADEM, cuyos resultados se dieron a conocer en julio de 2018. Allí se reveló que el respaldo a la adopción

26 El Mercurio: “Plan Nacional de Derechos Humanos reabre polémica por matrimonio entre personas del mismo sexo”. 6 de septiembre 2019.

27 *La Tercera*: “La promesa incumplida de la oposición con el matrimonio igualitario”. 6 de septiembre de 2019.

28 Corte IDH, OC-24, párrafo 228.

29 Es necesario recordar que el proyecto es consecuencia de la obligación del Estado acordado ante la CIDH en el ASA y que sobre aquél la Contraloría General de la República ha dictaminado, en su dictamen N°6.823, de 9 de marzo del 2018, que el acuerdo es plenamente legal y vinculante. Pudiera ser que este es un problema que cruza al Estado de alcanzar acuerdos que luego no se materializarán, i.e. caso hermanas Arce.

30 La sección sobre familia homoparental fue redactada mayormente por el alumno de derecho UDP David de Vera.

de niños, niñas y adolescentes por parte de parejas homoparentales es del 52%, una cifra que ha ido aumentando hasta 10 puntos porcentuales en los últimos seis meses en las diferentes encuestas realizadas.³¹ Además, en noviembre se realizó una marcha a favor del matrimonio igualitario y la familia homoparental, organizada por Movilh, a la cual asistieron alrededor de 80 mil personas, en una masiva muestra de apoyo a esta causa.

En segundo término, el mundo político también ha participado y ha dado su opinión al respecto. El propio subsecretario de Justicia estimó positivas las modificaciones que eliminaron la discriminación a parejas homoparentales en el proyecto de ley sobre adopciones.³² No obstante, algunos diputados de la bancada RN consideraron un error que se aprobara en la Comisión de Familia el estipular que las figuras paterna y materna puedan ser reemplazadas por dos personas del mismo sexo, por lo que anunciaron que van a retomar gestiones en La Moneda para trabajar en la modificación del proyecto de ley.

En tercer término, dentro de los tribunales, el tema de las familias homoparentales ha estado presente en ciertos casos llevados ante la justicia, aunque no con resultados favorables para las familias demandantes. Por ejemplo, tenemos el caso de las convivientes civiles Mayra Opazo y Constanza Monsalves contra el Registro Civil, por haberse negado ese organismo a inscribir a ambas como madres de Martina. La Corte de Apelaciones de Valparaíso rechazó el recurso de protección interpuesto por la pareja por dos votos contra uno. Con todo, y si bien los magistrados consideraron que el actuar del Registro Civil fue legal, reconocieron que la intención de inscribirla era legítima y que se encontraban frente a un retraso legislativo que no regulaba esta clase de situaciones.³³ Este caso fue llevado ante la Corte Suprema, la cual confirmó la sentencia de la Corte de Apelaciones, sin oír los alegatos de la parte recurrente, en una decisión que no está fundamentada.³⁴ Finalmente, la pareja de madres lesbianas decidió denunciar al Estado de Chile ante la CIDH, alegando discriminación por parte de los órganos nacionales involucrados, por haberles negado la posibilidad de ser reconocidas como madres de su hija.³⁵

31 Movilh: "Chile: más del 65% apoya el matrimonio igualitario y el derecho a la identidad de género, mientras el respaldo a la adopción homoparental supera el 50%". 10 de julio de 2018.

32 La Tercera: "Magistrados avalan modificación que elimina la discriminación de parejas homoparentales en Ley de Adopción". 24 de enero de 2019.

33 Sentencia Rol 3335-2018, considerando 9°. También en La Tercera: "Justicia rechaza recurso que buscaba que dos mujeres fueran reconocidas como madres de una menor". 15 de junio de 2018.

34 Sentencia Corte Suprema causa rol 15108-2018. Ver además Bío Bío.cl: "Corte confirma rechazo a que pareja de mujeres pueda inscribir a menor como hija de ambas". 26 de julio de 2018.

35 El Mercurio de Valparaíso: "Pareja de lesbianas demandó al Estado por discriminación". 31 de enero de 2019.

Igualmente, tenemos el caso de Jessenia Arias y Solange Ahumada, quienes en noviembre de 2018 presentaron una demanda ante los tribunales civiles para rectificar las partidas de nacimiento de sus hijos mellizos, para que puedan ser inscritos con el apellido de ambas y reconocer su maternidad, ya que el Registro Civil les negó esa posibilidad al momento de la inscripción.³⁶

3.2. Adopción homoparental: el avance del proyecto de ley en el Congreso

En octubre de 2013 el gobierno del presidente Sebastián Piñera, ingresó un proyecto de ley de reforma integral al sistema de adopción (Boletín N° 9.119-18), el cual no tuvo grandes avances y solo fue objeto de indicaciones sustitutivas por los gobiernos posteriores. El proyecto introducía una serie de nuevos principios y procedimientos, modificando entre otras cosas el listado de quienes podían adoptar, y dando la posibilidad de modificar la prelación que se señalaba, la que se iniciaba con las personas casadas (al momento de enviarse el mensaje aún estaba en tramitación la ley de acuerdo de unión civil, la que fue publicada recién en abril de 2015).

Sin embargo, con las nuevas indicaciones sustitutivas del segundo gobierno de Sebastián Piñera, dadas a conocer el 6 de junio de 2018, la discusión del proyecto de ley se avivó, especialmente por la intervención de organizaciones LGBTI, las cuales acusaron discriminación y una preferencia por las parejas heterosexuales como únicas familias idóneas para adoptar.³⁷ El reclamo anterior se fundó en los criterios utilizados en los artículos 28 y 39 del proyecto. El primero de estos hace alusión a que, en el caso de la elección de los adoptantes, en lo que se refiere al cuidado personal del niño, niña o adolescente, “se considerará especialmente la existencia de un ambiente familiar donde se pueda ejercer adecuadamente el rol de padre y madre”. El segundo, redirigido por el artículo anterior, inciso segundo, estipula que “tratándose de dos postulantes relacionados entre sí, se deberá considerar (...), especialmente, la existencia de un ambiente familiar donde se pueda ejercer adecuadamente el rol de padre y madre.” Por lo tanto, el proyecto de ley plantea, de acuerdo a estas indicaciones, que la solicitud se acogería de preferencia cuando los adoptantes puedan garantizar un ambiente donde se cumplan los roles de padre y madre.

En base a lo anterior, algunos diputados presentaron indicaciones al proyecto para modificar diversos artículos, entre ellos los dos citados, por

36 El Dínamo: “Pareja de mujeres inicia lucha legal para que sus hijos lleven el apellido de ambas”. 17 de noviembre de 2018.

37 Radio Cooperativa: “Adopciones: Movilh anunció marcha por indicaciones ‘discriminatorias’ del Gobierno”. 6 de junio de 2018.

considerarlos discriminatorios y abiertamente inconstitucionales.³⁸ Igualmente, algunos jueces de familia y diversos abogados expertos en el tema, calificaron las indicaciones presentadas por el gobierno como discriminatorias, ya que impedirían que los jueces pudieran entregar los menores a familias idóneas, independientemente de la composición que tengan.³⁹

Luego de ello, en el transcurso de 2018, el proyecto tuvo grandes avances dentro de la Comisión de Familia de la Cámara de Diputados. Respecto a la familia homoparental, cabe destacar, en primer lugar, la aprobación del primer artículo del proyecto de ley, posibilitando la adopción de niños, niñas y adolescentes por cualquier familia, sin importar su composición y abriendo la posibilidad de que una familia compuesta por dos personas del mismo sexo pueda adoptar.⁴⁰ En segundo lugar, se aprobó la adopción por parte de parejas de hecho o con unión civil vigente, estén compuestas por personas de distinto o mismo sexo,⁴¹ una medida vista como coherente con la realidad chilena si se considera que el Acuerdo de Unión Civil está aprobado ya hace 4 años. Finalmente, se aprobó proteger de la discriminación a todas las categorías contempladas en la Ley Antidiscriminación, incluidas la orientación sexual y la identidad de género, por lo que en los procedimientos de adopción las personas gays, lesbianas, bisexuales, trans e intersex no podrían ser sujetos de discriminación no podrá haber órdenes de prelación alguna.⁴²

Teniendo a la vista las aprobaciones anteriores, más el resto de los artículos en su conjunto, el 24 de enero de 2019, la Comisión de Familia decidió despachar el proyecto de ley para que fuera votado en la Cámara de Diputados. Sin embargo, unos días antes de su votación, el 6 de mayo de 2019, el ministro de Justicia informó que las indicaciones presentadas a principios de junio de 2018, y que fueron rechazadas en la Comisión de Familia de la Cámara de Diputados, iban a ser repuestas en el proyecto para su votación en la Cámara Baja.

Finalmente, el 8 de mayo, la Cámara de Diputados votó el proyecto presentado por la Comisión de Familia, aprobándolo por 101 votos a favor y rechazando, nuevamente, las indicaciones presentadas por

38 24 horas: "Diputados Jiles y Auth presentan indicación a proyecto de Ley de Adopciones enviado por el Gobierno". 8 de junio de 2018. Ver, al respecto, las indicaciones n° 111 y 165, páginas 274 y 324, respectivamente, en el Informe de Comisión de Familia y Adulto Mayor, Boletín 9119, Cámara de Diputados, del 3 de abril de 2019.

39 La Tercera: "Jueces de familia: "Proyecto de adopción nos amarra con criterios discriminatorios". 7 de junio de 2018.

40 Publímetro: "Ley de adopción: Movilh clasificó como 'histórica' la aprobación del primer artículo". 14 de junio de 2018.

41 Movilh: "Hito: Comisión de Familia aprueba la adopción homoparental para convivientes civiles y parejas de hecho". 27 de noviembre de 2018.

42 La Nación: "Adopciones: Comisión aprobó incluir la protección contra todo tipo de discriminación". 13 de diciembre de 2018.

el Ejecutivo. En consecuencia, el proyecto pasó a su segundo trámite constitucional en el Senado. Sin embargo, y pese a la doble derrota del gobierno, el ministro de Justicia declaró que buscará que en el Senado puedan aprobarse las indicaciones donde se establece la preferencia de que los adoptantes sean madre y padre.⁴³

3.3. La invisibilidad de las madres lesbianas

En el *Informe* 2018 se mencionó la crítica de organizaciones lésbicas y feministas hacia un proyecto de ley que modifica varios cuerpos legales para regular en igualdad de condiciones el matrimonio de parejas del mismo sexo y temas respecto a la filiación. La crítica nace, principalmente, porque dicho proyecto colocó la adopción y las técnicas de reproducción humana asistida como las únicas formas en que las madres pueden tener vínculos de filiación con sus hijos. Se excluyó de esta forma a numerosas familias lésbicas, cuyos hijos cuidados en común —fruto de relaciones previas de una o ambas madres— no pueden ser reconocidos de forma voluntaria por la otra madre, obligándolas a contraer matrimonio y acceder al procedimiento de adopción que establece la Ley 19.620.⁴⁴

Por lo anterior, el 4 de mayo de 2019, fue presentada una moción parlamentaria (Boletín N°12.592-18) que busca terminar con esta problemática.⁴⁵ Dicho proyecto busca modificar el artículo 187 del Código Civil, agregando un nuevo inciso final, estableciendo que en el caso de los hijos que a seis meses de nacidos solo tuvieran filiación determinada respecto de un padre o una madre, se permitirá la inscripción por un segundo padre o una segunda madre. Lo anterior debe realizarse mediante una solicitud ante el Servicio de Registro Civil e Identificación de manera conjunta con el padre o madre que figure en la inscripción de nacimiento.

Por último, y teniendo en cuenta la invisibilidad que sufren las madres lesbianas, cabe mencionar un aspecto importante en el ámbito de salud. Gracias a la Agenda Mujer del programa de gobierno de Sebastián Piñera, se anunció que se abriría, en el transcurso de 2019, la cobertura pública para tratamientos de fertilidad. Esto quiere decir que las parejas que acceden a la Modalidad de Libre Elección en Fonasa, tendrán la posibilidad de tener una cobertura del 50% para 8 tipos de tratamientos de infertilidad de alta complejidad. Sumado a ello, como esta medida incluye prestaciones con costo y cobertura establecidas para los pacientes de Fonasa, obligaría a las Isapres a cubrir financieramente

43 Radio Agricultura: “Reforma a la Ley de Adopciones: Gobierno va a reponer en el Senado indicación que prioriza el rol de padre y madre”. 8 de mayo de 2019.

44 Revisar el *Informe* 2018.

45 El Dínamo: “Presentan proyecto para que parejas homoparentales puedan inscribir a sus hijos”. 4 de mayo de 2019.

estos tratamientos desde un mínimo del 50%.⁴⁶ Sin embargo, las normas técnicas vigentes del programa solo tienen en consideración a parejas hombre-mujer, por lo que otras parejas, como las lésbicas, quedarían, en principio, fuera del programa. Lo anterior causó diversas críticas, considerando que el principal motor del proyecto ha sido subir la tasa de natalidad del país, objetivo que no debería hacer distinciones en cuanto a la composición de las parejas. Frente a lo anterior, autoridades del Movilh se reunieron con el director de FONASA para poder evaluar el proyecto, buscando implementar medidas que garanticen la no discriminación de las personas de la comunidad LGBTI, especialmente en lo que se refiere a parejas lésbicas.⁴⁷ El director de FONASA se comprometió a evaluar la redacción de la nueva política de fertilización, por lo que habrá que esperar la publicación del nuevo reglamento para observar dichas garantías.

Al respecto, es necesario recordar que, tanto en el derecho a la salud como a fundar una familia, aplica el principio de no discriminación y el deber del Estado de proteger y garantizar la familia en sus diversas formas, como ha señalado la sentencia de la Corte IDH antes mencionada. Por lo tanto, de mantenerse directrices que impidan a las parejas del mismo sexo someterse a procesos de fertilización, se estarían infringiendo esas obligaciones.

4. DERECHOS DE LAS PERSONAS TRANS

Dentro del período analizado, sin duda que el principal hito fue la aprobación y publicación de la ley que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género, *la Ley 21.120*, publicada el 10 de diciembre del año pasado.⁴⁸ El análisis de los avances y también las falencias de la ley fue realizado en el respectivo capítulo del *Informe* del 2018, siendo claro que su aprobación final y publicación, tras largos cinco años de tramitación, es un triunfo de las organizaciones de la diversidad, en particular de aquellas que congregan a las personas trans, así como de la comunidad académica nacional e internacional que la apoyó. Esto sin perjuicio, como se ha señalado constantemente, del no reconocimiento del derecho a la identidad de los menores de 14 años, excluidos enteramente de los procesos que la ley establece.

46 T13: "Fertilización in vitro: Fonasa tendrá cobertura del tratamiento en hospitales y clínicas". 25 de marzo de 2019.

47 La Tercera: "Fonasa se reúne con Movilh y evalúa medidas para garantizar la no discriminación de parejas lésbicas en programas de fertilización in vitro". 29 de abril de 2019.

48 Con posterioridad al cierre de este informe, en julio de este año, se publicaron los reglamentos requeridos por la ley, el Reglamento sobre acompañamiento, DS 3, del Ministerio de Desarrollo Social y Familia, del 29 de agosto, y el Reglamento que regula el procedimiento administrativo de rectificación de partidas de nacimiento, DS 355, del Ministerio de Justicia, del 13 de agosto.

De esta forma, el Estado chileno avanza en el cumplimiento del debido reconocimiento y garantía del derecho a la identidad y el derecho a la no discriminación, contenido en el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y expresamente señalado por la Corte IDH en el fallo *Atala versus Chile*, de 2012. Como esa Corte lo afirmó en su Opinión Consultiva OC-24, ese derecho se encontraba gravemente infringido al carecer el país de una legislación adecuada. La Corte lo estipuló como el derecho de cada persona a definir de manera autónoma su identidad sexual y de género, y a que los datos que figuran en los registros, así como en los documentos de identidad, sean acordes o correspondan a la definición que tienen de sí mismos. La Corte señala que dicho derecho se encuentra protegido por la Convención Americana a través de las disposiciones que garantizan el libre desarrollo de la personalidad (artículos 7 y 11.2), el derecho a la privacidad (artículo 11.2), el reconocimiento de la personalidad jurídica (artículo 3), y el derecho al nombre (artículo 18). Este panorama auspicioso se ve acompañado por la publicación por parte de la Organización Mundial de la Salud (OMS) de la nueva clasificación de enfermedades mentales, (ICD-11) en el que elimina la transexualidad como trastorno mental, calificándola como disfunción sexual (junio 2018).⁴⁹

Sin embargo, y respecto a la aprobación de la ley, aunque fue celebrada por la CIDH, también ese órgano señaló que “nota con preocupación la inclusión del requisito de obligatoriedad de divorcio a las personas casadas que accedan al cambio de nombre, sexo e imagen en la documentación, lo que podría representar un obstáculo al reconocimiento de la identidad de género y una violación al derecho a la no discriminación”.⁵⁰

Los avances citados previamente, contrastan, sin embargo, con las situaciones de violencia transfóbica existentes, como se ha visto en forma sintética en la sección violencia de este capítulo, que se manifiestan en agresiones y *bullying* constantes, llegando, incluso, a provocar el suicidio de personas que han sido hostilizadas. Esto debiera ser visto como la manifestación de un panorama social y cultural más general que continúa siendo discriminatorio con las personas LGBTI.

5. OTRAS SITUACIONES RELEVANTES

5.1. Una jurisprudencia constitucional discriminatoria

El 16 de agosto del año pasado, el Tribunal Constitucional, en la sentencia Rol 3205, rechazó una inaplicabilidad solicitada por el

49 World Health Organization, ICD 11 International Classification of Diseases for Mortality and Morbidity Statistics, Eleventh Revision, June 2018.

50 CIDH, *Avances y Desafíos hacia el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI en la Américas*, 7 de diciembre de 2018, p. 61.

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Talagante respecto del artículo 365 del Código Penal, en la causa sustanciada ante dicho tribunal en autos RIT 114-2016, RUC 1301265769-7. La disposición señala:

“Artículo 365. El que accediere carnalmente a un menor de dieciocho años de su mismo sexo, sin que medien las circunstancias de los delitos de violación o estupro, será penado con reclusión menor en sus grados mínimo a medio.”

Como en otros requerimientos en contra de la misma norma⁵¹, el tribunal penal argumentaba que ella viola la privacidad, la libertad personal y el principio de no discriminación. En este fallo del TC se produjo un empate entre los ministros participantes, con lo que no se logró la mayoría requerida para acogerlo, siendo entonces desechado. Lo preocupante del fallo es el razonamiento que empleó la mitad del tribunal a través de los ministros Iván Aróstica, Marisol Peña, Domingo Hernández, Juan José Romero y Cristián Letelier, expuestos en el número 11 del voto por rechazar el requerimiento, en el que, citando el considerando 28 del fallo Rol 1683, señalan que:

Precisamente, la noción de indemnidad sexual de los menores de edad tiene que ver con “la necesidad de precaver daños o perjuicios al desarrollo psicosocial de quien, por las propias circunstancias de su madurez física y emocional, no está en plenas condiciones de comprender el alcance de sus actos, sino hasta llegar a la edad adulta”. Así, la penetración que sufren “no puede ser un episodio inocuo o baldío para éste, sino que, por el contrario, lo determina o condiciona, de alguna manera relevante, al momento de tener que definir, con plena libertad, su propia identidad sexual” (considerando 28°).

En otras palabras, para el tribunal, no puede hablarse, en el caso de los menores de edad, de “libertad sexual” pues, a diferencia de los adultos, carecerían de la capacidad para dimensionar cómo un acto de naturaleza sexual puede afectar su desarrollo psíquico e integral. Quizás más insólito aún es el razonamiento que hacen esos ministros, en un considerando posterior, respecto a que el daño a la “indemnidad sexual” no solo se produciría en relaciones entre varones, sino que entre personas de sexo femenino. Por lo que, siguiendo esta lógica, señalan, la ley debiera también sancionar esas conductas en el caso de relaciones

51 Ver el fallo del Tribunal Constitucional, Rol 1683, del 4 de enero de 2011.

entre personas de sexo femenino, con el fin de producir un tratamiento igualitario respecto a ambos sexos.⁵²

El razonamiento de esta parte del TC en este caso ya fue objetado en la sentencia Rol 1683, del 4 de enero del 2011, que rechazó también un requerimiento contra el artículo 365, por la minoría de ese fallo. En esa sentencia se argumentó que “sostener que la norma impugnada protegería a los púberes varones de ciertas actividades sexuales traumáticas –la penetración anal–, omite considerar que los supuestos de hecho de la norma no incluyen ningún tipo de coacción. Tampoco es plausible sostener que el bien jurídico protegido por el artículo 365 es la indemnidad sexual de los adolescentes, pues pueden sostener relaciones heterosexuales consentidas desde los catorce años; o relaciones homosexuales siempre que el impúber adopte el rol activo; o mantener interacciones sexuales que impliquen penetración del ano o la boca utilizando objetos o adminículos similares a un pene, o realizando otras conductas de significación sexual no constitutivas de pornografía infantil” (considerando 12º).⁵³

Sin embargo, esta sentencia debe ser puesta en el contexto de una serie de votos en los que la mayoría del Tribunal o al menos la mitad de sus miembros, han fallado validando normas que claramente son discriminatorias contra las personas LGBTI. Entre ellas se cuenta la sentencia que rechazó el requerimiento contra el artículo 102 de Código Civil, que establece el matrimonio civil, Rol 1881, del 3 de noviembre del 2011 y las sentencias, Rol 2435, del 10 de abril de 2014 y Rol 2681, del 30 de diciembre de 2014. Estas dos últimas son recursos de inaplicabilidad en contra del artículo 54, Nº 4, de la Ley 19.947 sobre Matrimonio Civil, que establece la conducta homosexual como causal de divorcio por culpa. Los dos requerimientos fueron rechazados: uno por mayoría (Rol 2435) y el segundo por falta de quórum (Rol 2681).⁵⁴ De esta forma, el Tribunal Constitucional, en forma consistente por casi 8 años, ha rechazado todas las acciones constitucionales que buscaban eliminar aspectos de la normativa nacional que establecen distinciones o exclusiones que contravienen el principio de igualdad y no discriminación

52 Considerando 20. Al respecto, la mayoría parece estar modificando su criterio sobre cuál sería la conducta dañina. Pues en la sentencia Rol 1683 es el acto de penetración del adulto. En la sentencia actual comentada, parece ser la mera actividad sexual de un mayor de edad con un menor de su mismo sexo. Eso explica que se estime que también se debiera proteger la “indemnidad” de una menor mujer frente a otra mujer mayor de edad.

53 Tribunal Constitucional, Sentencia Rol 1683, del 4 de enero del 2011, considerando número 12 del voto de minoría.

54 El análisis de estas sentencias fue hecho por: Tomás Vial y Sebastián del Pino, “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”, en Javier Couso, editor, *Anuario de Derecho Público* 2015, Santiago, Universidad Diego Portales, 2015, pp. 261-292.

en relación a la orientación sexual. El TC ha afectado así no solo esa garantía constitucional, sino, también, los derechos a la privacidad, libertad personal y a la familia reconocidos en la normativa internacional de los derechos humanos, en particular la Convención Americana sobre Derechos Humanos en sus artículos 1, 11, 17, respectivamente.

5.2. Propuestas de modificación a la Ley Antidiscriminación

Los constantes hechos de violencia contra personas LGBTI han llevado a las organizaciones de la diversidad a solicitar repetidas veces la modificación de la Ley Antidiscriminación, Ley 20.609. Luego del ataque contra la joven Carolina Torres, el subsecretario de la Secretaría General de Gobierno, Emaro Hantelmann, informó sobre un eventual perfeccionamiento de esa normativa, indicando que se iniciaría una consulta ciudadana y una mesa multidisciplinaria sobre el tema que contará con la participación de la Subsecretaría de DDHH y otros actores para que entreguen su aporte a la iniciativa.⁵⁵ Hay que recordar que este compromiso era parte del programa de gobierno de Sebastián Piñera.⁵⁶ Al respecto, las organizaciones de la diversidad han propuesto una serie de cambios,⁵⁷ varios de los cuales ya fueron recomendados en el capítulo sobre esta temática del *Informe 2013*, en el que se analizó la nueva ley.⁵⁸ Entre ellos, destaca la creación de un órgano autónomo con competencias resolutorias y vinculantes sobre la aplicación de la ley; el modificar la carga de la prueba a fin de facilitarlos procesos de denuncia. En línea con lo que ya dispone la legislación laboral en el caso de la tutela laboral; dar posibilidad de que las multas impuestas sean a beneficio de los demandantes o que, como sucede también en el caso de la tutela laboral, se pueda imponer indemnizaciones en el mismo proceso.

CONCLUSIONES

Como se indicaba en la introducción de este capítulo y lo muestran los hechos descritos en el mismo, el panorama cubierto bajo el período analizado respecto a cómo el Estado chileno cumple o no sus

55 Cooperativa: "Gobierno anunció 'perfeccionamiento' de la 'ley Zamudio' tras ataque a joven lesbiana". 16 de febrero de 2019. Luego del cierre de este capítulo, en agosto, se anunció por la ministra secretaria general de Gobierno, que a fines de agosto se iniciaría un proceso de consulta ciudadana. Ver La Tercera: "Gobierno inicia proceso de consulta para cambiar Ley Zamudio". 9 de agosto de 2019. A la fecha, tampoco se había constituido la mesa multidisciplinaria anunciada.

56 Programa de Gobierno, 2017, p. 143.

57 El Desconcierto.cl: "¿Cómo debería ser la nueva Ley Zamudio?: Organizaciones LGBTI ponen sobre la mesa los puntos clave". 14 de marzo de 2019.

58 Ver Judith Schonsteiner, Alberto Coddou y Tomás Vial, "La ley antidiscriminación: avances e insuficiencias en la protección de la igualdad y la no discriminación en Chile", en Tomás Vial, editor, *Informe 2013*. Santiago, Universidad Diego Portales, 2013.

obligaciones en relación a los derechos de las personas LGBTI es de contrastes, presentando avances, retrocesos y también serias deudas pendientes. Así, en materia de violencia no se observa una mejora, sino que, en principio, una reiteración de ataques y agresiones contra personas LGBTI. Sin perjuicio de ello, se aprecia una mayor difusión y reacción social de rechazo, incluyendo la condena del gobierno cuando estos hechos se han producido. Pero se mantiene la deuda de investigación y de sanción, pese a una mejor reacción en los casos recientes.

Respecto al matrimonio igualitario y cumplimiento del ASA, se observa un retroceso en la posición del Estado, al señalar que estaría cumplido este compromiso y sin que haya progreso legislativo alguno.

Un importante avance representa el proyecto de ley de reforma de adopción, que incluye ahora expresamente a las parejas del mismo sexo, prohibiéndose toda discriminación en razón de orientación sexual. No obstante, todavía faltan varias etapas de tramitación, por lo que se debe continuar con los esfuerzos hasta su completa aprobación e implementación.

En cuanto a los derechos de las personas trans, la aprobación de la ley de identidad de género es un gran avance que debe ser celebrado, pero se mantiene sin variación alguna en el sentido de incluir a los menores de 14 años.

Contrastan esos avances legislativos con una disposición del máximo órgano de justicia constitucional al fallar en contra de los derechos de las personas LGBTI y, por otro lado, se hace más urgente la necesidad de realizar cambios a la Ley Antidiscriminación para que sea más efectiva.

RECOMENDACIONES

El diagnóstico anterior nos lleva a proponer las siguientes recomendaciones, que son muy similares a las de 2018:

1. Avanzar en medidas conducentes a la definición adecuada, investigación eficaz y sanción de los crímenes de odio cometidos en contra de personas LGBTI.

2. Aprobar el proyecto de ley de reforma integral al sistema de adopción que permita la adopción por parte de convivientes civiles del mismo sexo y establezca como principio rector la igualdad y no discriminación.

3. Aprobar el proyecto de ley que permite, en igualdad de condiciones, acceder a parejas del mismo sexo al matrimonio y a los mismos derechos que actualmente la legislación reconoce a parejas heterosexuales.

4. Aprobar un proyecto de ley que regule los derechos de filiación de hijos e hijas de parejas del mismo sexo en igualdad de condiciones que las familias heterosexuales.

5. Estudiar e impulsar cambios a la Ley Antidiscriminación, con el fin de hacerla más eficaz y coherente con la legislación nacional, internacional y comparada.

6. Impulsar la tramitación de un proyecto de ley que regule la incitación al odio hacia personas de la comunidad LGBTI, con un enfoque en la prevención, educación y sanción en caso de que sea necesario.

7. Legislar con el fin de regular un procedimiento de cambio de nombre y sexo registral para niños, niñas y adolescentes en base a los estándares establecidos por la opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

DERECHOS HUMANOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN CHILE¹

1 Capítulo elaborado por Antonia Rivas con la invaluable y fundamental colaboración de la ayudante Camila Durán y los ayudantes Felipe Puelma y Gonzalo Mellado.

SÍNTESIS

La presente sección aborda los principales avances y retrocesos en lo que se refiere al respeto de los derechos humanos de los pueblos indígenas, durante el periodo en revisión (junio de 2018/julio de 2019). Se le da particular énfasis a aquellos hechos relacionados con estándares de derechos humanos de los pueblos indígenas. De esta manera, se analizan los acontecimientos vinculados con el derecho a la igualdad ante la ley (en especial en relación a la violencia policial), el derecho al territorio, el derecho a la autodeterminación y participación política, y a la consulta previa. Se le otorga especial importancia al *caso Ca-trillanca*, a la situación de violencia en el sur del país y a la Consulta Indígena sobre modificaciones a la Ley Indígena. Finalizará el capítulo con recomendaciones al Estado para adecuar su actuar a los estándares de derechos humanos de los pueblos indígenas.

PALABRAS CLAVE: Pueblos indígenas, Ley Antiterrorista, abuso policial, territorios indígenas, autodeterminación, consulta indígena.

INTRODUCCIÓN

Esta sección del *Informe* 2019 tiene por objetivo presentar los hechos más relevantes ocurridos en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile, entre junio de 2018 y julio de 2019, con especial acento en temas relevantes seleccionados desde la perspectiva de los estándares de derechos humanos de los pueblos indígenas. No es novedad, y así lo viene constatando el *Informe* hace años, que la relación de los pueblos indígenas con el Estado es compleja, entrecruzándose diversas dimensiones que deben ser abordadas en conjunto para lograr un mejor entendimiento de la situación.

Sin embargo, los medios de comunicación y el gobierno parecen enfocar la mirada exclusivamente en lo que han denominado el “conflicto mapuche”, dejando de lado importantes situaciones relacionadas no solo con el pueblo mapuche, sino con los otros ocho pueblos originarios que habitan en Chile. Es posible constatar que cuando los últimos gobiernos han impulsado proyectos, planes o políticas públicas que tienen relación con los pueblos indígenas, los denominan genéricamente como “Plan Araucanía”, omitiendo así, en forma simbólica, las otras regiones donde también habitan y viven pueblos indígenas.

Con lo señalado anteriormente no le queremos restar importancia a la situación de violencia que se vive en el sur de Chile, en especial en la región de La Araucanía, donde confluyen las legítimas aspiraciones de miembros del pueblo mapuche por recuperar espacios de autonomía y territorios, con actos graves de violencia que ponen en riesgo a la población en general y cobran víctimas colaterales que no tienen relación con el conflicto. Todo ello en un contexto de inaceptables abusos policiales, asesinatos, montajes realizados por la policía para la inculpación de miembros del pueblo mapuche, allanamientos ilegales y uso desmedido de la fuerza en esos procedimientos.

En este *Informe* intentaremos cubrir la situación de violencia en el sur de país, pero también abordar otras dimensiones del conflicto entre pueblos indígenas y el Estado, a partir de estándares de derechos de los pueblos indígenas y dando seguimiento a lo reportado

en *Informes* anteriores. Es por ello, que dividiremos el Informe de la siguiente manera:

- Derecho de igualdad ante la ley (y a la justicia y garantías procesales) y no discriminación de los miembros de pueblos indígenas. (*Caso Catrillanca, Operación Huracán, Ley Antiterrorista, casos de violencia policial*).
- Derechos a los territorios y recursos naturales. (Entrega de tierras, Consulta Indígena, *caso Ubilla*).
- Derecho a la consulta previa.
- Derecho a la autodeterminación y participación política.

1. DERECHO DE IGUALDAD ANTE LA LEY Y NO DISCRIMINACIÓN

En esta sección agrupamos una serie de casos y situaciones que, aunque diversas, tienen un común denominador: la tensa relación entre miembros del pueblo mapuche, las fuerzas policiales y el Poder Judicial, en un complejo contexto de protesta social, reivindicaciones sociales y territoriales, violencia, legítima necesidad de investigar y sancionar delitos, uso desmedido de la fuerza policial y la Ley Antiterrorista. Ello ha dado lugar a que, respecto al pueblo mapuche, específicamente, opere una aplicación de la ley *sui generis*, con garantías del debido proceso restringidas, más violencia y menos respeto por sus derechos. Es fundamental recalcar que lo que se está pidiendo no es que se deje de investigar o de aplicar la justicia en los casos que involucran a miembros del pueblo mapuche, sino que se les apliquen las mismas leyes y tratamiento que al resto de la población. Esto último, porque estimamos que existe, en todos estos casos, una vulneración al derecho a la igualdad ante la ley y al principio de no discriminación.

El derecho a la igualdad ante la ley y no discriminación ha sido reconocido en la mayoría de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y tiene un importante desarrollo legislativo y jurisprudencial, tanto en las cortes de justicia internacionales como nacionales. En especial, la prohibición de la discriminación basada en la etnia de la persona o grupo. A nuestro juicio, en nuestro país, en los casos que presentamos en este *Informe*, se incumplen gravemente los estándares internacionales y se comenten importantes violaciones del derecho a la igualdad ante la justicia y no discriminación de los pueblos indígenas, en especial del pueblo mapuche, así como del derecho al debido proceso y a la presunción de inocencia. Hay situaciones especialmente ejemplificadoras de este tratamiento desigual: lo sucedido en el *Caso Catrillanca* en que Carabineros dio muerte a un comunero mapuche y luego intentó ocultar la evidencia; los montajes ya reconocidos en la

denominada Operación Huracán (*Informe* 2018), y el uso específico de la Ley Antiterrorista contra miembros del pueblo mapuche.

1.1. Caso Catrillanca

El 14 de noviembre de 2018, agentes de Carabineros iniciaron un operativo policial por una denuncia por robo de vehículos a tres profesoras en una escuela rural. Durante este procedimiento, Carabineros ingresó a un sector cercano a la comunidad indígena mapuche Temucucú, en la región de La Araucanía, resultando herido de muerte Camilo Catrillanca, joven comunero mapuche, nieto del lonko Juan Catrillanca, quien se desplazaba en un tractor. Asimismo, Carabineros detuvo a su acompañante, un menor de edad que denunció haber sido torturado tras su detención y que se convirtió, a lo largo de los días, en testigo fundamental para el esclarecimiento del caso.

El suceso ha generado impacto en la opinión pública nacional desde el primer minuto, lo que se acrecentó debido a la poca consistencia y claridad en las versiones oficiales de Carabineros y del gobierno, en las horas posteriores al incidente. En un primer momento, el mismo día, se informó preliminarmente que la muerte de Camilo Catrillanca se dio en el contexto de un “enfrentamiento” entre Carabineros de Chile y ciertos sujetos involucrados en el supuesto robo de un vehículo, y que este “enfrentamiento” incluyó alambres de púas, bloqueos de caminos rurales y armas hechizas de diversa índole.² Del mismo modo, se señaló que Catrillanca tendría antecedentes policiales y se encontraba huyendo por el robo de los vehículos. Pronto, quedó en evidencia que Camilo Catrillanca no estaba involucrado en el robo ni tenía prontuario delictual. Luego, el general director de Carabineros, Hermes Soto, indicó que los Carabineros que participaron en el procedimiento, que terminó con la vida del comunero mapuche, no llevaban cámaras para registrar los hechos.³

Pasados los días, las dudas empezaron a surgir, principalmente, a propósito de un documento del Instituto Nacional de Derechos Humanos (en adelante, INDH) que recoge la declaración del menor que acompañaba al comunero fallecido en el tractor. En dicho documento, el menor contradice la versión dada por las autoridades, afirmando que el mismo carabinero que estaba grabando, luego de que Camilo Catrillanca hiciera girar el tractor, les disparó por la espalda.⁴

2 Cooperativa: “Murió comunero mapuche baleado por el “Comando Jungla”. 14 de noviembre de 2018.

3 T13: “Hermes Soto confirma que carabineros del caso Catrillanca no llevaban cámaras”. 17 de noviembre de 2018.

4 La Tercera: “El informe del INDH que cambió el escenario en el caso del comunero mapuche”. 18 de noviembre de 2018.

Posteriormente, el ministro del Interior, Andrés Chadwick, indicó que el director general Soto le informó que uno de los Carabineros implicados en el procedimiento llevaba efectivamente una cámara y que registró los sucesos que llevaron a la muerte del comunero, pero que escondió la memoria de la cámara y posteriormente la destruyó.⁵

Paralelamente, el Ministerio Público requirió la prisión preventiva para los, hasta ese entonces, cuatro carabineros formalizados. A su vez, la Fiscalía aseguró que no existió enfrentamiento alguno entre los carabineros y los comuneros mapuche antes de la muerte de Camilo Catrillanca, además de descartar que el disparo que terminó con la vida del comunero, haya sido producto de un rebote, señalando que el proyectil dio de forma directa en el cráneo del joven mapuche.⁶

Casi un mes después, el caso alcanzó mayor revuelo cuando salieron a la luz tres videos grabados por funcionarios de Carabineros, en el momento en que se llevó a cabo el procedimiento, registros audiovisuales confirmaron las sospechas de que nunca hubo un enfrentamiento, como se señaló en primera instancia.⁷ A partir de ese momento, una serie de consecuencias comienzan desde el punto de vista político y jurídico para los actores involucrados en el caso, y que marcan una clara diferencia entre este caso y otros en que Carabineros ha dado muerte a algún mapuche en operativos policiales.⁸ Un día después de que salieran a la luz los videos, el gobierno solicitó la renuncia del general director de Carabineros, Hermes Soto. Además, se solicitó la renuncia a otros diez generales, desatando una grave crisis política al interior del Gobierno y de Carabineros. Asimismo, se cuestionó la labor del ministro Chadwick, personero que fue objeto de reproche por haberse referido a los hechos como un “enfrentamiento” o un “hecho delictual”, afirmaciones realizadas sin siquiera haber iniciado una investigación del caso.⁹ Por esta razón el ministro Chadwick fue objeto de una interpelación realizada por la diputada mapuche Emilia Nuyado, en la que fue cuestionado por el manejo que le dio al caso, a raíz de lo cual el personero de gobierno realizó polémicas afirmaciones.¹⁰

5 Radio U. Chile: “Ministro Chadwick confirma que un carabinero eliminó video que registró muerte de Catrillanca”. 18 de noviembre de 2018.

6 La Tercera: “Fiscalía descarta enfrentamiento y asegura que disparo que causó muerte a Catrillanca ‘fue directo’”. 30 de noviembre de 2018.

7 Ciper: “Muerte de Catrillanca: CIPER revela en exclusiva tres de los videos que grabó Carabineros”. 19 de diciembre de 2018.

8 Los casos más emblemáticos son los de Alex Lemun (2002), Juan Collihuín (2006), Matías Catrileo (2008) y Jaime Mendoza Collío (2009), todos murieron debido al actuar de distintos funcionarios de Carabineros.

9 Radio U. Chile: “Gobierno fuerza renuncia de Hermes Soto y deja a Carabineros acéfala”. 20 de diciembre de 2018.

10 CNN Chile: “3 cuestionables afirmaciones con que Chadwick se defendió durante la interpelación por caso Catrillanca”. 12 de diciembre de 2018.

La Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía Regional de La Araucanía, el 21 de mayo de 2019, interpuso ante el Juzgado de Garantía de Collipulli una acusación en contra de los ocho carabineros imputados por la muerte de Camilo Catrillanca.¹¹ Los abogados defensores de los funcionarios policiales, por su parte, solicitaron la reapertura de la investigación, recurso que fue acogido. Actualmente, el Ministerio solicitó de nuevo el cierre de la investigación para proceder a la acusación.¹²

El 8 de julio de este año, por ocho votos a favor, dos en contra y una abstención, la comisión investigadora de la Cámara de Diputados que tuvo por misión indagar sobre el actuar, en el *caso Catrillanca*, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, la Policía de Investigaciones y Carabineros de Chile, aprobó su informe final de conclusiones. En el documento se señala que “el gobierno tomó la decisión política de enfrentar el conflicto en La Araucanía como si fuera una guerra; instalar y presentar al comando táctico o ‘comando jungla’, dotarlo de mayor poder de fuego y respaldo institucional, fue una decisión del Ejecutivo que contribuyó a crear las condiciones que llevaron a la muerte de Camilo Catrillanca; no fue una decisión de los Carabineros que fueron dados de baja y se encuentran en proceso judicial, esta fue una decisión tomada en el Palacio de La Moneda. Corresponde entonces al ministro del interior Andrés Chadwick y al subsecretario Rodrigo Ubilla la decisión política de las materias que tengan que ver con el orden público y la seguridad interior, y por lo tanto asumir sus consecuencias”.¹³ Y agrega el documento: “Asimismo, esta comisión ha llegado a la conclusión de que el problema de fondo no es exclusivamente atribuible a un solo gobierno, sino más bien que obedece a una política de Estado, que durante décadas las distintas administraciones, incluidos los exministros y ex subsecretarios, no han sabido dar una solución pacífica y definitiva [al conflicto]”.¹⁴

Este caso, como hemos señalado, causó conmoción en la opinión pública y en organismos de derechos humanos que solicitaron una pronta y exhaustiva investigación.¹⁵ A nuestro juicio, como se señaló en el *Informe 2018*, la excesiva militarización de la zona, la poca preparación de Carabineros en el tratamiento de problemas interculturales, el uso de la Ley Antiterrorista en el enfrentamiento de la protesta social mapuche, la decisión política de enfrentar el problema como uno de

11 La Nación: “Caso Catrillanca: Fiscalía acuso a los 8 imputados y pidió penas entre 3 y 15 años de cárcel”. 21 de mayo de 2019.

12 El Mostrador: “Caso Catrillanca: Fiscalía cierra nuevamente la investigación tras solicitud de reapertura de la defensa de los imputados”. 24 de junio de 2019.

13 La Tercera: “Caso Catrillanca: Comisión investigadora aprueba informe final que establece responsabilidades políticas de Chadwick y Ubilla”. 8 de junio de 2019.

14 *Ibid.*

15 Radio U Chile: “Organismos de DDHH exigen al Gobierno aclarar muerte de Camilo Catrillanca”. 16 de noviembre 2018.

seguridad pública y pobreza, y no desde la óptica de los derechos humanos de los pueblos indígenas, hacía presagiar que una tragedia así era perfectamente posible. Nos parece que el actuar poco transparente y contradictorio de Carabineros en este caso, y en otros, confirma la existencia de un patrón de conducta que no está a la altura de lo exigible a un organismo policial en democracia y que la institución requiere, con urgencia, una revisión profunda que permita garantizar el derecho a la igualdad ante la justicia de los pueblos indígenas, en especial, del pueblo mapuche. En cuanto a la labor de los órganos de fiscalización y judiciales, observamos que han realizado su trabajo de forma oportuna y conforme a los estándares internacionales en la materia.

1.2. Operación Huracán

En el *Informe* anterior se detalló el revuelo tanto político como mediático que generó la denominada *Operación Huracán*.¹⁶ En términos simples, se trató de un procedimiento policial realizado por miembros de inteligencia de Carabineros, que terminó en la detención de 8 comuneros mapuche acusados de ser responsables de ataques incendiarios en La Araucanía. Dicha acusación resultó ser producto de un montaje realizado por los mismos miembros de la unidad de inteligencia, lo que implicó la detención y formalización de integrantes de Carabineros. Esto provocó un revuelo mediático y simbólico nunca antes visto en relación al conflicto mapuche. En la *Operación Huracán* se invocó la Ley Antiterrorista, la Ley del Sistema de Inteligencia del Estado y se usaron interceptaciones telefónicas que, después, fueron declaradas ilegales por la Corte Suprema. Además, se usó un falso programa computacional, denominado “Antorcha”, que fue creado por un privado a solicitud de la Unidad de Inteligencia de Carabineros.¹⁷

Producto de la investigación efectuada por la Fiscalía, hasta la fecha, se ha formalizado a altos mandos de Inteligencia de Carabineros, a superiores de la unidad, e incluso a un civil,¹⁸ por los delitos de falsificación de instrumento público, obstrucción a la investigación y asociación ilícita. Actualmente, podemos indicar tres áreas en que ha existido algún grado de avance: en primer lugar, respecto a las medidas cautelares personales a las que han quedado sujetos los imputados,¹⁹ en segundo lugar, en lo que se refiere a las recientes tensiones que se han generado entre fiscales producto de la aparente participación de estos

16 *Informe* 2018, pp. 160-162.

17 T13: “Operación Huracán: Alex Smith admitió que software ‘Antorcha’ jamás existió”. 16 de Junio de 2018.

18 *Ibid.*

19 Cooperativa: “En prisión preventiva toda la plana mayor de la Operación Huracán”. 21 de noviembre de 2018; Cooperativa: “Caso Huracán: Ex jefe de inteligencia de Carabineros vuelve a prisión preventiva”. 25 de abril de 2019; Cooperativa: “Operación Huracán: Ex carabinero Leonardo Osses vuelve a prisión preventiva”, 29 de mayo de 2019.

funcionarios en el montaje de la *Operación Huracán*²⁰ y, por último, en lo que dice relación con las responsabilidades políticas de exmiembros del gabinete, sobre todo, del exdirector general de Carabineros, Bruno Villalobos.²¹

En la investigación quedó al descubierto una adulteración e implantación dolosa de pruebas con la finalidad de incriminar a inocentes, prácticas que vulnerarían el debido proceso y que vuelven a confirmar los graves problemas que existen al interior de Carabineros, en el tratamiento de los conflictos con el pueblo mapuche, y que requieren una modificación de sus protocolos de actuación.

1.3. Casos Ley Antiterrorista y proyecto de ley

Hemos reiterado constantemente, en las ediciones pasadas de este *Informe*, la ineficacia de la actual Ley Antiterrorista,²² específicamente al estigmatizar y discriminar al pueblo mapuche. Como lo expresó la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) la aplicación de dicha Ley provoca, también, violaciones a la igualdad ante la ley, a la presunción de inocencia,²³ además de otros derechos consagrados en instrumentos internacionales, como el artículo 8.1 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, y los artículos 3.2 y 10 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Es elocuente lo dicho por Amnistía Internacional²⁴ al respecto, en la misma línea de lo que hemos venido sosteniendo a lo largo de estos *Informes*. Al respecto podemos mencionar lo siguiente:

En primer lugar, el proyecto de ley que contenía indicaciones a la Ley Antiterrorista aún se encuentra en su primer trámite en la sala constitucional del Senado,²⁵ a pesar de los constantes anuncios que

20 The Clinic: "Héctor Llaitul y eventual participación de fiscal Moya en Operación Huracán: confirma que fiscalía también estaba comprometida en el montaje". 18 de mayo de 2019; *La Tercera*: "Huracán: fiscal acusa a Moya de obstruir gravemente la investigación". 2 de junio de 2019.

21 El Desconcierto: "Operación Huracán: Comisión determina que Mahmud Aleuy y Mario Fernández son responsables políticos del montaje". 23 de octubre de 2018. Ciper: "Los chats que muestran cómo el general Villalobos dirigió trama de la "Operación Huracán". 16 de abril de 2019.

22 *Informe* 2018, pp. 153-155; *Informe* 2017, pp. 276-277.

23 Corte IDH. *Caso Norín Catrín y otros (dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena mapuche) versus Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279.

24 El Desconcierto: "Piñera nos debe: El duro informe de Amnistía Internacional sobre el rol del Gobierno en DDHH". 30 de mayo de 2019. En el informe se enfatizan los cuestionamientos dirigidos al gobierno por la insistencia en querellarse utilizando la Ley Antiterrorista, y la batahola de críticas que provocó el *Caso Catrillanca*.

25 Boletín 9692-07. Determina conductas terroristas y su penalidad y modifica los Códigos Penal y Procesal Penal.

ha realizado el Ejecutivo.²⁶ Esta situación prácticamente obligó al gobierno del presidente Piñera a dividir el proyecto para discutir una “ley corta”²⁷ que contiene, en general, las principales modificaciones relativas a medidas intrusivas que se quieren realizar al Código Procesal Penal, pero que, no obstante, ha recibido las mismas críticas desde la oposición.²⁸ Hasta ahora, ha corrido la misma suerte que la otra parte del proyecto, con la diferencia que, en julio de 2019, se aprobó en general el proyecto de ley corta por la Comisión de Constitución del Senado, pasando a la sala de la Cámara Alta y volver a la Comisión de Constitución otra vez para ser discutida en particular.²⁹

Vale la pena referirse a la resolución dictada por la Corte Suprema relativa al *caso Norín Catrimán* y la sentencia emanada de la Corte IDH que ordenaba al Estado de Chile cumplir con los estándares internacionales en materia de derechos humanos y dejar sin efecto la sentencia que condenó a los comuneros mapuche en el denominado *caso Lonkos*.³⁰ De esta manera, la Corte Suprema acordó que las sentencias condenatorias han perdido los efectos que le son propios. Consideramos que ello es un gran avance en el cumplimiento de las obligaciones internacionales que tiene Chile, sin embargo, no podemos obviar que, aun cuando se ha reiterado de manera constante su ineficacia –además de la estigmatización, discriminación y violación al debido proceso que produce la invocación y aplicación de la Ley Antiterrorista–, los órganos públicos continúan querellándose fundados en ella. Eso es precisamente lo que ha ocurrido, desde diciembre de 2018 a la fecha, en la región de La Araucanía, donde se ha invocado 7 veces.³¹

En el Informe del Comité Contra la Tortura, de 2018, se insta al país a garantizar que los actos de terrorismo estén definidos en la legislación nacional “de manera precisa y estricta”, y a “abstenerse de aplicar la legislación antiterrorista a personas acusadas

26 Diario U. Chile: “Gobierno anuncia discusión inmediata a ley antiterrorista”. 14 de enero de 2019; Biobío Chile: “UDI solicita al Gobierno acelerar discusión de proyecto de Ley Antiterrorista”. 11 de abril de 2019.

27 La Tercera: “Gobierno envía ley corta antiterrorista para acelerar tramitación de reforma”. 22 de abril de 2019.

28 Senado: “Ley Corta Antiterrorista: senadores debaten pertinencia de facultar la utilización de agentes encubiertos”. 20 de mayo de 2019.

29 La Tercera: “Comisión de Constitución del Senado aprueba en general ley corta antiterrorista con voto dividido de la oposición”. 10 de julio de 2019.

30 Diario Constitucional: “CS da a conocer texto íntegro de sentencia que declaró que fallos condenatorios a comuneros han perdido efectos”. 16 de mayo de 2019.

31 Biobío Chile: “Seis querellas invocando la Ley Antiterrorista se presentaron en los últimos 5 meses en la Araucanía”. 29 de abril de 2019; Biobío Chile: “Intendente de La Araucanía anuncia querrela contra autores de ataque incendiario en Teodoro Schmitd”. 22 de mayo de 2019.

únicamente de atentados contra la propiedad cometidos en el marco de protestas en reivindicación de los derechos de los pueblos indígenas”.³²

Por último, es importante recordar que en el *Caso Luchsinger Mackay*, a la fecha de cierre del *Informe 2018*, los acusados como presuntos autores del asesinato de un matrimonio de agricultores de esa región, los primos Tralcal, se encontraban prófugos y con un recurso de nulidad interpuesto, radicado en la Corte Suprema. Dicho recurso fue finalmente acogido, de manera parcial,³³ quitándole el carácter de terrorista al delito e imponiéndoles una nueva pena de 18 años de presidio. En febrero de este año, fueron encontrados y detenidos³⁴ y posteriormente, en abril, la defensa de los condenados denunció a Chile ante la CIDH para lograr la anulación de la sentencia condenatoria argumentando la vulneración del principio de inocencia, el debido proceso, y el trato anticipado y constante como terroristas.³⁵

1.4. Caso Juana Calfunao

El año 2018, se condenó a la lonko Juana Calfunao³⁶ del lof Juan Paillalef, luego de haber sido detenida en reiteradas ocasiones, en el contexto de la protesta social mapuche, por oponerse, desde hace largos años, a la construcción y pavimentación de un camino que cruza su comunidad. El Tribunal Penal de Temuco la condenó a una pena de cinco años y un día de presidio efectivo por el delito de maltrato a carabinero con resultado de lesiones graves, incidente ocurrido en 2016, en circunstancias en que ella se oponía a las obras de la construcción del camino en discordia. En octubre de 2018, dicho juicio fue anulado por la Corte de Apelaciones de Temuco, ordenándose la realización de un nuevo proceso penal.³⁷ Hay que tener presente que, en 2015, la CIDH decretó una medida cautelar en su favor, ordenando el resguardo de su integridad y de su familia. Posteriormente, en 2017, la Corte Suprema acogió un recurso de amparo presentado por el INDH a favor de Juana Calfunao, reconociendo que, en el incidente, por el que fue acusada de agresión, funcionarios de Estado habrían transgredido la medida cautelar de

32 Comité Contra la Tortura. *Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Chile*. 28 de agosto de 2018.

33 Cooperativa: “Caso Luchsinger: Corte Suprema descartó delito terrorista y rebajó penas”. 10 de octubre de 2018.

34 Diario U. Chile: “Caso Luchsinger-Mackay: PDI detiene a dos condenados que se encontraban prófugos”. 26 de febrero de 2019.

35 Biobío Chile: “Denuncian a Chile ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos por el caso Luchsinger Mackay”. 11 de abril de 2019.

36 Emol: “Condenan a lonko Juana Calfunao a 5 años de cárcel por agredir a carabinero en 2016”. 17 de julio de 2018.

37 Cooperativa: “Justicia anuló juicio que condenó a Juana Calfunao por agresión a carabinero”. 19 de Octubre de 2018.

la CIDH, irrumpiendo con maquinaria y ejecución de obras en el territorio de la lonko.³⁸

1.5. Mujeres hortaliceras en Temuco

En diciembre de 2018, se aprobó en la Municipalidad de Temuco una ordenanza³⁹ que prohibía el comercio ambulante en las calles del centro de la ciudad, lo que incluía a las mujeres mapuche “ñañas” hortaliceras. La medida fue inmediatamente rechazada por estas mujeres, quienes al manifestarse en contra de la medida fueron violentamente reprimidas⁴⁰ por Carabineros.⁴¹ Posteriormente, algunas de las mujeres se reunieron con el alcalde de Temuco llegando a un acuerdo temporal que les permitía seguir ejerciendo esta tradicional actividad.⁴² En este sentido, la Corte de Apelaciones de Temuco⁴³ había establecido, en un caso muy similar, el de las hortaliceras mapuche de la Feria Pinto de esa ciudad, que las mujeres no podrían ser desalojadas.⁴⁴

En la actualidad, se encuentra vigente la apelación de las “ñañas” hortaliceras en la Corte Suprema,⁴⁵ aunque el alcalde de Temuco, Germán Becker, ha declarado que si las mujeres son “verdaderas hortaliceras y no revendedoras”⁴⁶ tendrán permiso para vender en las aceras del centro de la ciudad. De lo contrario deberán gestionar permisos en las ferias existentes.

Nos parece que más allá de las legítimas aspiraciones de la Municipalidad de Temuco de regular el comercio ambulante en las calles de la comuna, se debe tener especial cuidado en el reconocimiento y protección de las actividades tradicionales que las mujeres mapuche ejercen, evitando cualquier tipo de violencia en la solución del conflicto. Las actividades económicas de las “ñañas” son tradicionales, de larga data y, además, se encuentran protegidas por la Ley Indígena y especialmente por el Convenio 169 de la OIT, que, en su artículo 23, establece lo siguiente: “La artesanía, las industrias rurales

38 Corte Suprema. Sentencia CS amparo 6817-2017. 27 de febrero de 2017.

39 El Mostrador: “Alcalde de Temuco prohíbe comercialización de verduras a mujeres mapuche en el centro de la ciudad”. 3 de diciembre de 2018.

40 El Ciudadano: “INDH analiza acciones legales en favor de hortaliceras mapuche desalojadas y golpeadas”. 24 de marzo de 2019.

41 El Desconcierto: “Hortaliceras mapuche se manifestaron contra la decisión del alcalde de Temuco: ‘Lo único que queremos es trabajar dignamente’”. 3 de diciembre de 2018.

42 La Tercera: “Mantienen tregua en conflicto entre alcalde y ‘ñañas’ en Temuco”. 6 de diciembre de 2018.

43 “Recurso de protección de Asociación Indígena de Newen Mapu Tukucan contra Municipalidad de Temuco, Rol N° 6269-2018, Corte de Apelaciones de Temuco.

44 Austral Temuco: “Corte de Apelaciones en favor de hortaliceras de feria Pinto”. 25 de marzo de 2019.

45 Recurso De Protección De Asociación Indígena de Newen Mapu Tukucan contra Municipalidad de Temuco. Rol 9954-2019. Corte Suprema.

46 Uatv: “La Municipalidad de Temuco y las hortaliceras mapuche se reunieron por primera vez”. 28 de marzo 2019.

y comunitarias y las actividades tradicionales y relacionadas con la economía de subsistencia de los pueblos interesados, como la caza, la pesca, la caza con trampas y la recolección, deberán reconocerse como factores importantes del mantenimiento de su cultura y de su autosuficiencia y desarrollo económicos. Con la participación de esos pueblos, y siempre que haya lugar, los gobiernos deberán velar porque se fortalezcan y fomenten dichas actividades”. Como ha reportado el INDH, la mujer rural indígena se encuentra expuesta sistemáticamente a la violencia ⁴⁷ y es por ello que el Estado tiene un deber especial de protección con los derechos de este grupo vulnerable de la población, incluyendo sus actividades de subsistencia. Nos parece que la prohibición de la Municipalidad resulta excesiva, no cumple con la obligación de proteger las prácticas tradicionales ni los derechos de las mujeres indígenas, ni ayuda a fomentar la necesaria autonomía e independencia económica de estas mujeres. La Municipalidad, nos parece, puede tomar acciones para regular el ejercicio de actividades económicas en sus veredas, pero ello no puede menoscabar el derecho de estas mujeres indígenas a comercializar sus productos agrícolas, como un intento de sortear y superar las numerosas trabas que el sistema les ha puesto hace tanto tiempo.

1.6. Caso Brandon Hernández Huentecol

El 24 de enero de 2019, el Tribunal Oral en lo Penal de Angol publicó la sentencia contra el ex suboficial de Carabineros, Christian Rivera Silva, a quien se le imputa haber disparado más de 180 perdigones por la espalda al joven mapuche Brandon Hernández Huentecol, en medio de un control policial ocurrido, el 18 de diciembre de 2016, en el sector de Curaco de la comuna de Collipulli. En dicha sentencia el Tribunal condenó al ex Carabinero a 3 años y 541 días de presidio, en calidad de autor de los delitos consumados de lesiones graves y vejación injusta contra el joven mapuche. En el desarrollo del juicio no se logró acreditar la intención de matar del imputado. Cabe mencionar que el ex carabinero cumplirá la referida condena en la modalidad de libertad vigilada intensiva, pese a la gravedad de los hechos que se lograron acreditar.⁴⁸

El 6 de febrero de 2019, la defensa del joven mapuche presentó un recurso de nulidad ante la Corte de Apelaciones de Temuco para solicitar que se realizara un nuevo juicio al ex uniformado, buscando que

47 Informe Anual Instituto Nacional de Derecho Humanos, Capítulo 1: *Violencia hacia las mujeres rurales e indígenas rurales: invisibles y marginadas*, INDH, diciembre 2018.

48 El Mostrador: “Carabinero que disparó 180 perdigones por la espalda a Brandon Hernández Huentecol cumplirá condena de tres años en libertad vigilada intensiva”. 24 de enero de 2019.

fuera condenado por homicidio frustrado.⁴⁹ Finalmente, el 10 de mayo de 2019, la primera sala de la Corte de Apelaciones de Temuco dictaminó rechazar el recurso de nulidad que había presentado la defensa del joven mapuche.⁵⁰

Este caso es paradigmático de la violencia con que opera Carabineros en la zona y las bajas sanciones que reciben los funcionarios que aplican los actos violentos. En otros casos graves de violencia policial que han terminado con la muerte de jóvenes mapuche –como los homicidios de Alex Lemún, Matías Catrileo y Jaime Mendoza Collío– sus autores han sido condenados, a lo más, a penas de presidio remitido.

Mientras tanto, la situación de Brandon Hernández sigue siendo muy compleja: ha sido intervenido en más de 17 oportunidades y aún tiene más de 90 perdigones incrustados en su cuerpo que, según señala su madre Ada Huentecol, lo estarían contaminado con plomo.⁵¹

1.7. Caso comunidad Domingo Trangol, comuna de Victoria

La Corte de Apelaciones de Temuco acogió un recurso de amparo interpuesto por el INDH en La Araucanía, en favor de integrantes de la comunidad Domingo Trangol en la comuna de Victoria, por el uso indebido de la fuerza en un desalojo en el fundo La Embajada, en especial frente a niños, niñas y adolescentes.⁵² El 22 de abril de este año, cerca de 60 miembros de la comunidad indígena ingresaron a dicho fundo, reivindicándolo como propio. Ese mismo día fueron desalojados por las Fuerzas Especiales de Carabineros, que, según consta en el recurso, hicieron un uso indiscriminado de bombas lacrimógenas y escopetas antidisturbios.

En este sentido, la Corte estimó que “el uso de la fuerza mandata-do a Carabineros se encuentra limitado por el respeto de las garantías constitucionales, que la misma carta fundamental consagra, entre las cuales se encuentra la integridad de las personas y la libertad personal de las mismas”. Señala, también, el tribunal que “ha existido un uso no proporcional de la fuerza en relación a los hechos establecidos”, por lo que ordenó a la policía uniformada “dar debido cumplimiento a sus protocolos de actuación, y a lo establecido en las leyes, en la Constitución Política del Estado y en los Tratados Internacionales, especialmente a lo dispuesto en la Convención de los Derechos del Niño”.⁵³

49 El Mostrador: “Defensa de Brandon Hernández presentó recurso de nulidad contra ex carabinero condenado por dispararle más de 100 perdigones”. 6 de febrero de 2019.

50 BioBio Chile: “Corte rechaza recurso que buscaba anular sentencia contra carabinero que disparó a Brandon Hernández”. 10 de mayo de 2019.

51 DiarioUchile: “Sangre de plomo: La vida de Brandon con 90 perdigones”. 3 de febrero de 2019.

52 BioBio Chile: “Acogen recurso en favor de niños mapuche afectados por balines y lacrimógenas de Carabineros”. 19 de julio de 2019.

53 INDH: “Corte de Temuco acoge amparo INDH en favor de niños/as mapuche víctimas de balines y gases lacrimógenos”. 18 de julio de 2019.

1.8. Condena a carabinero por balear a quemarropa a dirigente mapuche

El Juzgado de Garantía de Collipulli condenó por los delitos de violencia innecesaria con resultado de lesiones menos graves; detención ilegal, y obstrucción a la investigación, a un ex carabinero del GOPE, quien disparó a quemarropa –de frente y por la espalda– en contra del comunero mapuche J.F.C.L., en 2015.⁵⁴ El funcionario de Carabineros condenado mintió en su declaración al señalar que disparó porque iba a ser atacado con un hacha, lo que se demostró que era falso, durante la investigación realizada a partir de una querrela presentada por el INDH.

Se le condenó a cumplir una pena remitida de 183 días de privación de libertad, más la accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo que se extienda la condena, y el pago de una multa de 2 UTM.

1.9. Caso comunidad Ñanco Barrientos (Valdivia)

El 13 de junio de 2019, funcionarios de Carabineros desalojaron a una veintena de personas que convivían en rucas comunitarias al interior de la comunidad mapuche lafkenche Ñanco Barrientos. Sus miembros denunciaron que durante el desalojo se destruyó con una retroexcavadora la ruca destinada a las reuniones de la comunidad.⁵⁵

1.10. Caso Lorenza Cayuhan

En *Informes* anteriores nos hemos referido al caso de Lorenza Cayuhan. Esta mujer, en 2016, mientras se encontraba cumpliendo una condena de 5 años en Arauco, fue obligada a parir engrillada a la cama de parto, sin respetarse sus derechos ni los de su hija. En julio de este año, la Corte de Apelaciones de Concepción acogió la nulidad presentada contra dos funcionarias de Gendarmería de Chile.⁵⁶

En síntesis, de acuerdo a los casos que hemos revisado de violencia policial en este acápite, podemos señalar, claramente, que nos encontramos ante graves incumplimientos a los estándares internacionales en materia de no discriminación, igualdad ante la ley y derechos de los pueblos indígenas.

Desde la perspectiva jurídica y de derechos humanos, observamos que, en los casos señalados anteriormente, se repite una constante: la vulneración a diversas garantías procedimentales y de derechos humanos específicos de los pueblos indígenas, en general, y del pueblo mapuche, en particular.

54 Cooperativa: “Condenado carabinero que disparó por la espalda a mapuche y mintió en su declaración”. 12 de junio de 2019.

55 Chilevisión Noticias: “Acusan desmedido despliegue de Fuerzas Especiales en desalojo de comunidad mapuche en Valdivia”. 13 de junio de 2019.

56 INDH: “Corte de Concepción acoge nulidad del INDH y ordena nuevo juicio oral por Lorenza Cayuhan”. 19 de julio de 2019.

Así, en primer lugar, podemos constatar la vulneración al debido proceso y a la presunción de inocencia, consagrados en instrumentos internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) –en sus artículos 14.1 y 2–, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), en sus artículos 8.1 y 2. Asimismo, la vulneración del derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, consagrados en los artículos 6 y 7 del PIDCP y 4 y 5 de la CADH, y vulneraciones claras al derecho a la igualdad ante la ley a través de constantes discriminaciones al pueblo mapuche. En este mismo sentido se pronuncia el Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas en su último informe, al señalar que son motivo de preocupación las informaciones coincidentes en las que se denuncian malos tratos a manifestantes detenidos y abusos policiales a miembros del pueblo mapuche en el marco de allanamientos o redadas en sus comunidades.⁵⁷ Por último, cabe hacer presente que, en muchos de los casos mencionados en este capítulo, se constató la vulneración a los derechos de niños, niñas y adolescentes, lo que viola diversas disposiciones de instrumentos internacionales en esta materia, particularmente lo que respecta a la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 2 sobre no discriminación, artículo 8 sobre el derecho a la identidad, y el artículo 37 que prohíbe la tortura y los tratos crueles y degradantes.

2. DERECHO AL TERRITORIO Y A LOS RECURSOS NATURALES

2.1. Contextualización

Los derechos territoriales de los pueblos indígenas han sido reconocidos por diversos instrumentos de derecho internacional, en los cuales se recalca el carácter eminentemente colectivo de sus integrantes debido a la especial e importante relación ancestral que tienen con sus territorios, al ser espacios indispensables para su subsistencia y centrales en su cosmovisión. El instrumento más importante, en materia de derecho de los pueblos indígenas, es el Convenio 169 de la OIT, ratificado por Chile en 2008, donde se reconoce a los pueblos indígenas el derecho a sus tierras y territorios, considerados como espacios de gestión colectiva. El Convenio 169 en su artículo 13 define el territorio como “la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos ocupan o utilizan de alguna manera” y resalta la obligación que tienen los Estados de respetar la vital importancia que tiene para las culturas y valores espirituales de los pueblos indígenas, dada su estrecha relación con la tierra. A su vez, el artículo 14 incluye dentro de los derechos territoriales de los pueblos, el derecho a “utilizar tierras que no estén exclusivamente

57 Comité contra la Tortura, Naciones Unidas, *Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Chile*. 28 de agosto de 2018.

ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia” y establece que “deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho a la propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan”. El artículo 15 por su parte, establece la protección de los derechos de los pueblos indígenas sobre sus recursos naturales y señala que “estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos”.

En tanto, la Declaración Universal sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada en la Asamblea General de las Naciones Unidas con el voto favorable de Chile, establece en su artículo 26 que “los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o de otra forma utilizado o adquirido”. Recalca, asimismo, la obligación de los Estados de asegurar “el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos” y que “dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate”.

En nuestro país, pese a que han existido diversas iniciativas, hasta el día de hoy no se ha concretado el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas y, por consiguiente, tampoco existe un reconocimiento de sus derechos territoriales en la Constitución, relegando este ámbito a la Ley N°19.253, más conocida como Ley Indígena. Dicha ley, dictada en 1993, establece una serie de normas vinculadas al plano territorial, entre las que destaca el primer párrafo del Título II destinado a la protección de las tierras indígenas, al reconocerlas como aquellas que poseen los pueblos indígenas provenientes de toda clase de títulos emanados del Estado, las que por ocupación histórica sean inscritas a futuro en el registro de tierras creado por la ley, las que sean declaradas como pertenecientes a comunidades indígenas, y las que los indígenas y sus comunidades reciban más adelante a título gratuito del Estado. Asimismo, en su artículo 13, establece que las tierras indígenas no podrán ser enajenadas, embargadas, gravadas, ni adquiridas por prescripción, salvo entre comunidades o personas de una misma etnia. Sobre la propuesta del gobierno de modificar estas disposiciones, nos referiremos en la sección 2.3 de este capítulo.

Ya nos hemos referido en otros *Informes*⁵⁸ a los graves problemas que tiene la política pública de entrega de tierra indígena, que más que una política de restitución de territorios, se convierte en una compra de tierras a precio de mercado, enfocada en los títulos de merced y no en las tierras antiguas o ancestrales.

58 Informe 2014.

Según el registro del proceso de adquisición de tierras del Fondo de Tierras y Aguas de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI), que se realiza conforme a lo establecido en el artículo 20 de la Ley 19.253, entre marzo y septiembre de 2018, se entregaron un total de 412 tierras a 505 familias indígenas, en su mayoría ubicadas en las regiones de Los Lagos, de Los Ríos, de La Araucanía y del Biobío. La suma de los gastos totales del proceso asciende a \$789.009.945.

2.2. Plan Araucanía

En septiembre del año pasado, el presidente Piñera anunció la política de su gobierno en materia indígena, la que denominó Acuerdo Nacional por el desarrollo y la Paz en La Araucanía, dentro del cual se encuentra el “Plan Impulso Araucanía”, instalando sobre la mesa la discusión respecto a la política en cuanto a tierras y reconocimiento de derechos que los pueblos indígenas poseen sobre ellas. El mandatario sostuvo que “es fundamental potenciar la entrega de tierras y el fomento de iniciativas productivas, de forma tal de lograr un mejor aprovechamiento de estas tierras”.⁵⁹ Como ya hemos señalado, nuevamente se intenta enmarcar la política indígena del país en un plan cuyo nombre y contenido fundamental –La Araucanía– se enfoca en una sola región del país.

El “Plan Impulso Araucanía” establece, en materia de tierras, que se va a:

“Elaborar un catastro definitivo de tierras, confeccionar un Registro Público de Tierras y Aguas Indígenas, y evaluar la política actual de entrega de tierras como mecanismo de reparación reconocido y comprometido por el Estado de Chile. El catastro delimitará las tierras reivindicadas por el pueblo mapuche, estableciendo un procedimiento definitivo de entrega de las mismas o de compensación alternativa para quienes así lo prefieran. Las tierras destinadas a las comunidades mapuche, o las que correspondan en sustitución de ellas, deberán entregarse a todas las comunidades hereditarias de una sola vez no pudiendo, producto de la subdivisión de las comunidades, ampliarse a tierras no comprendidas ni asociadas al Título de Merced o de dominio original”.⁶⁰

Así, el foco de estas políticas públicas está puesto en la disminución de la pobreza de la región de La Araucanía y para esto se propone desde el gobierno generar más tierras a título personal, y mayor libertad para que las personas puedan disponer de estas, con el fin de incentivar la

59 Prensa Presidencia: “Presidente Piñera anuncia el Acuerdo Nacional por el Desarrollo y la Paz en La Araucanía”. 24 septiembre del 2018.

60 Plan Araucanía: Síntesis agenda pueblos originarios y plan Araucanía 2.0.

inversión en la región.⁶¹ A partir de esta visión, el plan del gobierno propone la modificación de la Ley Indígena para potenciar el uso productivo de las tierras entregadas a los miembros del pueblo mapuche, reduciendo o eliminando las prohibiciones de vender, hipotecar, arrendar, o disponer de sus tierras.

Las medidas mencionadas no fueron consultadas mediante los procedimientos que el Convenio 169 de la OIT mandata en sus artículos 6 y 7, a pesar de la gran importancia y relevancia que tienen las tierras para los pueblos indígenas. Es fundamental señalar que las medidas del catastro de tierras para “delimitar las tierras reivindicadas” podrían vulnerar los derechos sobre el territorio de los pueblos indígenas consagrados en el Convenio 169 de la OIT y la Declaración sobre Pueblos Indígenas, en especial respecto a aquellas tierras que han sido tradicionalmente ocupadas por ellos, pero que ahora no se encuentran en posesión. El Estado no puede limitar mediante actos administrativos, el derecho de los pueblos indígenas a reivindicar sus territorios tradicionales.

2.3. Consulta Indígena sobre modificaciones a Ley Indígena

En el marco de la implementación del Acuerdo nacional para el desarrollo y la paz de La Araucanía impulsado por el presidente Sebastián Piñera el año pasado, en el que propone modificar la Ley N°19.253, fundamentalmente en materia de tierras,⁶² y en medio de importantes críticas, el 22 de mayo del presente año, se dio inicio a la Consulta Indígena conforme a lo señalado en el Convenio 169 de la OIT. La Consulta debía realizarse en 131 localidades del país con un cronograma que

61 Capital: “Los detalles del plan Araucanía que Piñera presentó este lunes”. 20 septiembre del 2018.

62 Actualmente, la Ley Indígena establece, en su artículo 13, que las tierras indígenas no podrán ser enajenadas, embargadas ni gravadas, ni adquiridas por prescripción, salvo entre comunidades o personas de una misma etnia, ni tampoco podrán ser arrendadas, dadas en comodato, ni cedidas a terceros en uso, goce o administración, en el caso de que los titulares sean comunidades. Sin embargo, podrán serlo, solo por un plazo no superior a cinco años, en el caso de las de propiedad individual. Además, solo podrán permutarse por tierras de no indígenas de similar valor, con la autorización de la CONADI, las que se considerarán tierras indígenas, desafectándose las primeras. Respecto a la división de las tierras comunitarias provenientes de títulos de merced, la ley establece, en su artículo 16, que se requerirá de solicitud formal al juez competente de la mayoría absoluta de los titulares de derechos hereditarios en ella y, en su artículo 17, que las tierras resultantes de la división de comunidades serán indivisibles, aun en el caso de sucesión por causa de muerte. A su vez, la ley señala, en su artículo 15, que la CONADI se hará cargo de llevar un Registro Público de Tierras Indígenas, donde se inscribirán las tierras mencionadas en el artículo 12 y solo dicha inscripción les otorgará la calidad de tierra indígena. Los objetivos centrales de la CONADI, en esta materia, son 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).

contempla más de 5 etapas, las cuales deberían terminar en diciembre de este año.⁶³ La Consulta Indígena promovida por el gobierno considera 11 medidas a ser consultadas, tendientes a modificar disposiciones de la Ley Indígena:

1. Posibilitar a las comunidades indígenas recibir o generar títulos individuales de dominio.
2. Permitir que el derecho real de uso y derecho real de goce puedan constituirse en título individual de dominio.
3. Eliminar la restricción de subdivisión mínima de 3 hectáreas, aplicándose las reglas generales de subdivisión.
4. Permitir la venta de tierras indígenas entre indígenas a partir de los 5 años contados desde su entrega.
5. Reglamentar el mecanismo de permuta de tierras indígenas para clarificar y precisar sus condiciones.
6. Permitir la realización de contratos de arriendos, comodatos o medierías en tierras indígenas por un plazo de hasta 25 años.
7. Permitir mecanismos alternativos y voluntarios de reparación a los problemas de tierras indígenas.
8. Permitir el acceso a beneficios asociados a la calidad indígena solamente a personas con calidad indígena adquiridas por el artículo 2° letras a) y b) de Ley N° 19.253.
9. Mayores requisitos para la constitución de nuevas comunidades indígenas.
10. Permitir que las asociaciones indígenas puedan ser constituidas por un mínimo de dos integrantes.
11. Permitir que las asociaciones indígenas puedan postular al Fondo de Desarrollo Indígena.

Conforme a lo que han reportado diversos medios de comunicación, la reacción de los pueblos indígenas ante esta consulta ha sido, en su mayoría, de transversal rechazo. Se han producido diversas manifestaciones en distintas comunidades, tanto del norte como del sur del país, teniendo como eje articulador la importancia de la protección de la tierra colectiva. Así, ha existido un llamado generalizado por parte de

63 <http://consultaindigena2019.gob.cl/>

las comunidades para suspender el proceso de Consulta Indígena, impidiendo la concreción de muchas de estas reuniones ya programadas.

Por ejemplo, Gladys Anza, presidenta de la comunidad quechua de Ollagüe, de la Región de Antofagasta, señala que “los pueblos originarios de Chile no hemos solicitado una modificación a la ley 19.253; si el gobierno tiene alguna necesidad de modificarla, definitivamente obedece a intereses de otros actores: empresarios forestales, mineros y/u otros que solo buscan mecanismos, resquicios, para apoderarse de los recursos naturales existentes en nuestro territorio”.⁶⁴ Asimismo, Sergio Cubillos, presidente del Consejo de Pueblos Atacameños de la Región de Antofagasta, señaló que “La mayoría de las once medidas planteadas por el gobierno proponen una división de la propiedad de la tierra que sería entregada a título personal. Eso va en contra de nuestra cosmovisión, que entiende que todos somos parte del territorio que hemos habitado por 12 mil años y por lo cual la tierra pertenece a la comunidad, no a una persona en particular”.⁶⁵ Por su parte, alcaldes mapuche también han pedido la suspensión de la consulta, mediante un comunicado que señala: “la realización del proceso de consulta en un clima hostil, evidencia la polarización que genera y que su contenido no ha sido socializado debidamente con las comunidades”.⁶⁶

Considerando los estándares internacionales de derechos humanos, creemos que la eventual implementación de estas modificaciones a la Ley 19.253 se contraponen a la importancia cultural que los pueblos indígenas le asignan a las tierras y territorios y a los estándares internacionales en materia de derechos territoriales ya señalados, que apuntan al carácter inalienable de esas tierras. Los Estados deben adoptar medidas para impedir toda desposesión o enajenación de las tierras, territorios o recursos de los pueblos indígenas, y no establecer medidas que ponen en riesgo esos estándares. Sostenemos que estas medidas contravienen los principios de progresividad y no regresividad consagrados en el artículo 2.1 del PIDESC y en el artículo 26 de la CADH, puesto que implicarían un menoscabo importante a los derechos reconocidos en Chile a los pueblos indígenas, poniendo en riesgo los avances ya implementados.

Esta consulta desconoce de manera grave los derechos territoriales que han sido reconocidos en Chile, no solo en la Ley Indígena, sino también en los artículos 12 y 13 del Convenio 169 de la OIT, poniendo en riesgo el carácter colectivo y tradicional de esas tierras.

64 Calama en línea: “Los días más tensos de la Consulta Indígena en la Región de Antofagasta”. 7 de junio de 2019.

65 La Tercera: “La consulta indígena que los pueblos no quieren”. 12 de junio de 2019.

66 *Ibid.*

Lo señalado no impide que, si la iniciativa surge de los propios involucrados, se puedan tomar medidas para que los indígenas que así lo estimen, como efectivamente ocurre en la actualidad, puedan ejecutar negocios en sus territorios, establecer relaciones comerciales con los bancos, solicitar créditos o beneficios estatales. Todo ello puede ser realizado sin retroceder en el reconocimiento y protección de los territorios indígenas. Por otra parte, pareciera que estas 11 medidas propuestas no surgen de los propios pueblos indígenas, como se sugiere en la página web de la consulta,⁶⁷ sino que son presentadas por el gobierno para flexibilizar, o mejor dicho debilitar, la protección de la propiedad de la tierra y del territorio de los pueblos indígenas y, en ese sentido, resultan profundamente contrarias a la principal reivindicación por la cual luchan los mismos pueblos, que es la recuperación de sus territorios ancestrales.

Esta controversial consulta ha significado costos importantes para el gobierno, como, por ejemplo, la renuncia, el 12 de junio, del director de la Unidad de Coordinación de Asuntos Indígenas (UCAI), Andrés Cortés, quien se encontraba a cargo de la Consulta Indígena, luego de las críticas y constantes retrasos en el proceso de reforma a la Ley Indígena.⁶⁸ Además de las comunidades y la Asociación de Municipalidades con Alcaldes Mapuche (Amcam), desde el mundo político, también, han manifestado su rechazo a la consulta, pidiéndole al Ejecutivo que suspenda o paralice el proceso que pretende modificar la actual Ley Indígena.⁶⁹ A pesar de esto, el intendente de La Araucanía, Jorge Atton, descartó la paralización de la consulta, indicando que el gobierno ha estado dispuesto al diálogo con las comunidades.⁷⁰

Así también, el en ese entonces ministro Alfredo Moreno descartó suspender la consulta.⁷¹ Entre los costos para el gobierno, se ha llegado a señalar que la crisis del Ministerio de Desarrollo Social por la controvertida Consulta Indígena podría haber motivado, en parte, el cambio de gabinete, donde Alfredo Moreno dejó el cargo de ministro de Desarrollo Social, asumiendo Sebastián Sichel en su reemplazo, a quien se le ha solicitado que paralice la consulta.⁷²

El 12 de julio se llevó a cabo una inédita reunión en el Congreso

67 <http://consultaindigena2019.gob.cl/medidas>

68 Cooperativa: "Consulta indígena: Renunció funcionario a cargo del proceso". 13 de junio del 2019.

69 Biobío Chile: "Renuncia encargado de la consulta indígena en medio de cuestionamientos al Gobierno". 12 de junio de 2019.

70 Biobío Chile: "Senadores DC piden al Gobierno suspender consulta indígena: buscaría 'blanquear' compra de tierras". 12 de junio de 2019.

71 Cooperativa: "Consulta indígena: Renunció funcionario a cargo del proceso". 13 de junio de 2019.

72 El Mostrador: "Cámara de Diputados pone presión al nuevo ministro Sichel y le exige suspender la consulta indígena". 17 de junio de 2019.

entre diputados y 200 representantes del pueblo mapuche, donde estos últimos durante sus exposiciones solicitaron la redacción de un proyecto de acuerdo para terminar con la militarización de la Araucanía y otro para poner fin a la Consulta Indígena.⁷³

El 26 de julio, el recién asumido jefe de la UCAI, Gonzalo Arenas, señaló que se estaba evaluando la suspensión de la consulta y que después verían “si derechamente la dejamos sin efecto”.⁷⁴ Señaló, además, que “el convenio de la OIT pide un ambiente que tiene que ser de buena fe, de diálogo y, especialmente, tiene que hacerse con el espíritu de llegar a acuerdos. Y, por supuesto, cuando hay violencia y un rechazo tan grande de sectores, seguir con la consulta hubiese sido un ejercicio voluntarista que no iba a cumplir con los estándares del Convenio 169, porque se iba a ver como una imposición del gobierno a forzar una discusión, porque las comunidades no querían”. Junto con ello, agregó: “No queremos seguir con una consulta que el día de mañana tenga tales grados de deslegitimidad política y social que al final haya sido un ejercicio totalmente en vano, que no sea representativo”.⁷⁵ Celebramos esta decisión de Arenas y esperamos que se confirme la suspensión definitiva de esta consulta. Sin embargo, la ministra vocera de gobierno, Cecilia Pérez, ha señalado, sobre el tema, que “no existe ninguna decisión respecto a que no siga adelante, lo que hay es un periodo de suspensión, luego de la primera etapa”.

2.4. CASO UBILLA

El 3 de marzo del presente año, el medio de prensa *Interferencia* sacó a la luz un reportaje donde se señala que, en 2009, el actual subsecretario del Interior, Rodrigo Ubilla, compró a Guadalupe Moris, dos terrenos al interior de la comunidad mapuche Mariano Millahual por 10 millones de pesos, donde actualmente tiene una casa de veraneo.⁷⁶ El conflicto se genera porque se trataría de una compra ilegal en contravención con la Ley Indígena.

Estos inmuebles fueron aportados a la sociedad de inversiones Quetroleufu Ltda., persona jurídica creada por Ubilla, tras dejar su cargo en el primer gobierno de Piñera, y que tiene como socios a su esposa Regina Olivares y sus cuatro hijos. Conforme a lo reportado por el citado medio, los terrenos se encuentran en un título de merced, vigente desde 1908, y están registrados como tierra indígena desde el año 2000

73 La Tercera: “En histórica reunión con diputados en el Congreso, representantes del pueblo mapuche piden proyecto de acuerdo para poner fin a consulta indígena”. 12 de junio de 2019.

74 La Tercera: “Gobierno suspende consulta indígena y evalúa cancelarla definitivamente”. 26 de julio de 2019.

75 *Ibíd.*

76 *Interferencia*: “La casa de veraneo que el subsecretario Ubilla compró en territorio mapuche”. 3 de marzo de 2019.

por la Conadi.⁷⁷ Según consta en la escritura pública, con fecha 2 de noviembre de 2009, Guadalupe Moris declaró ser dueña de parte de un predio denominado Lote 127-B1 de 94.781 metros cuadrados. A este terreno se le realizó una subdivisión de la cual resultaron los predios que le vendió a Ubilla. Moris había adquirido esas propiedades producto de la liquidación de su sociedad conyugal con Jorge Painaquir, realizada en febrero de 2008, quien a su vez los había adquirido mediante una compraventa fiduciaria realizada a Rumaldo Painaquir en 2007.

De ser reales los hechos que describe el medio *Interferencia*, nos parece que ni la división por el título de merced que dio origen al dominio mapuche sobre esa tierra, ni la liquidación de la sociedad conyugal mediante la cual Guadalupe Moris adquirió para sí los predios, le hacen perder la calidad indígena a esa tierra.⁷⁸ Según establece la Ley 19.253 en su artículo 13, las tierras indígenas solo pueden ser adquiridas por otros indígenas o permutadas por otras tierras de igual valor que, a su vez, adquieren esta calidad.⁷⁹ Por lo tanto, a nuestro juicio, la compra por parte del actual subsecretario del Interior sería ilegal, incluso bajo los parámetros de los cambios legislativos que se incluyeron en la Consulta Indígena 2019. Ello sigue el tenor de lo dispuesto por los tribunales, que han señalado que las tierras indígenas, para mantener tal calidad señalada en el artículo 12 de la Ley Indígena, deben haber “estado ocupadas en propiedad o posesión por personas o comunidades indígenas al momento de entrada en vigencia de dicha ley....”⁸⁰ Todo ello se cumple en este caso.

El presidente Piñera se refirió a la situación y aseguró que no conocía la existencia de los terrenos, y que apenas tomaron conocimiento le preguntaron a Rodrigo Ubilla y él les contó que le había comprado esas tierras a la mujer de un mapuche y que, al tratarse de la esposa, estaba actuando dentro de la ley. Agregó, además, el mandatario que “la señora no era mapuche. Ahora se está discutiendo si el hecho de haber estado casado o no haber estado casado, si se aplica o no la ley indígena. El director de la Conadi dijo que había actuado plenamente dentro de la ley, otra gente tiene opiniones distintas, lo estamos investigando”.⁸¹

77 CNN Chile: “Revelan que Subsecretario Ubilla tiene una casa de veraneo en territorio mapuche protegido por ley”. 4 de marzo del 2018.

78 El Mercurio: “¿La adjudicación como forma de “desafectar” tierra indígena? Un breve análisis a la legalidad de la compra de tierras del subsecretario Ubilla en territorio mapuche”. Columna de opinión de Cristóbal Carmona. 21 de marzo de 2019.

79 Interferencia: “La casa de veraneo que el subsecretario Ubilla compró en territorio mapuche”. 3 de marzo del 2019.

80 Corte Suprema, *Comunidad Indígena Entuco con Municipalidad de Padre Las Casas*, 04 de abril de 2015, rol no 36.728-2015,

81 24 Horas: “Presidente por compra de tierras de Ubilla en La Araucanía: ‘No conocía la existencia de los terrenos (...) lo estamos investigando’”. 7 de marzo de 2019.

Por su parte, el subsecretario del Interior señaló que “la Conadi se expresó en la misma línea que yo sostuve y el Consejo de Conadi le pidió a la Conadi, y nosotros también, el Ministerio del Interior, un informe. Estamos a la espera, pero ese informe ratifica la tesis que yo he planteado el día de hoy”.⁸²

En respuesta a lo anterior, las comunidades mapuche de Pucón entregaron una carta en la Contraloría Regional ubicada en Temuco, para pedir que ese organismo clarifique la compra realizada por el subsecretario de Interior, a quien, además, exigen que devuelva las tierras mapuche que compró. En este mismo sentido, el consejero de la Conadi, José Millalén, manifestó que “en lo personal, y ahí es un asunto mío como consejero, yo he pedido la renuncia, creo que el señor Ubilla no tiene hoy día el piso moral ni político para estar ejerciendo ese alto cargo”. Y agregó: “lo que debiera hacer en particular el señor Ubilla es devolver esas tierras a la comunidad Mariano Millahual”. Por su parte, el werkén de la comunidad Mariano Millahual, Carlos Quiñenao, pidió un “pronunciamiento” del ahora ex ministro de Desarrollo Social, Alfredo Moreno, respecto a las compras de Ubilla que, a juicio de la autoridad mapuche, son “ilegales”.⁸³

En esta misma línea, el 8 de abril, seis familiares directos de Painequir Molina, ex esposo de la vendedora de las tierras, aseguran que las transacciones vulneran la ley y presentaron ante el Juzgado de Letras de Pucón una demanda de nulidad absoluta que pretende dejar sin efecto la compraventa. La acción se presenta en contra del subsecretario Ubilla y de Guadalupe Moris Gajardo. La demanda se presentó luego de que la Conadi entregara a la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Diputados, que se constituyó para revisar este tema, un informe técnico en que asegura que Ubilla no vulneró la ley, ya que al momento de comprar, la propiedad no se encontraba en poder de un mapuche. Dicho documento señala que “Una tierra indígena al pasar a tener como titular del dominio a una persona no indígena, sea a través de un procedimiento especialmente reglamentado por la misma ley indígena, como es el caso de las permutas de tierras, sea a través de procedimientos legales ordinarios que no implican la enajenación de tierra indígena, pero que conducen legalmente a su adquisición (...), no puede sino perder la calidad de tierra indígena y en concordancia con lo dispuesto en el citado artículo 12, inciso final, ya analizado, no cumpliría con el requisito de tener como titular del dominio a una persona indígena”.

82 CNN Chile: “Ubilla responde por la compra de tierras en zona mapuche: ‘He actuado bajo el apego de la ley’”. 19 de marzo de 2019.

83 Cooperativa: “Comunidades piden renuncia de Ubilla y devolución de tierras mapuche”. 15 de marzo de 2019.

Sin embargo, según el escrito del abogado Gabriel Osorio Vargas, las tierras no pueden “ser desafectadas de su carácter por una liquidación de la sociedad conyugal, por compraventas o aportes. Las limitaciones que tienen estos inmuebles especiales siguen al bien, sea quien sea la persona que los tenga bajo su dominio” Así, según el abogado Osorio, la transacción “se realizó en evidente infracción de lo dispuesto en los artículos 1,2, 12, 13 y demás pertinentes de la Ley Indígena”, lo que se traduce en que debe “sancionarse con la nulidad absoluta de los actos o contratos referidos”. Además, señala que “este acto jurídico violenta especialmente las limitaciones del artículo 13 de la Ley Indígena, en tanto se enajenan tierras indígenas a Rodrigo Ubilla, quien no pertenece al pueblo mapuche y, por tanto, no podría adquirir nunca una propiedad calificada de indígena”.⁸⁴

Por su parte, el 10 de abril, la Cámara de Diputados aprobó la creación de una comisión investigadora por la compra de terrenos indígenas en la región de La Araucanía por parte del subsecretario del Interior Rodrigo Ubilla.⁸⁵ Fue denominada “Comisión Especial Investigadora de las actuaciones de órganos de la Administración del Estado en relación con la adquisición de tierras indígenas, particularmente en las regiones del Biobío, de La Araucanía, Los Lagos y Los Ríos”, y se encuentra actualmente en funcionamiento.

A este caso se suma el de Juan Pablo Longueira, jefe de gabinete del ex ministro de Desarrollo Social, quien también ha sido acusado de adquirir, en 2015, terrenos considerados mapuche en Villarrica. Ante esa situación, el ex ministro de Desarrollo Social, Alfredo Moreno, respondió que lo había conversado con Juan Pablo Longueira, quien dijo tener un certificado de Conadi del año 2015, en el cual se señala que dichos terrenos no estaban en el registro de tierras indígenas. Moreno, señaló, además, haberle pedido a Conadi que le aclarara la compra.⁸⁶

Estos casos, a nuestro juicio, evidencian una realidad escondida que es necesario que sea abordada con urgencia y seriedad. Las limitaciones que actualmente impone la Ley Indígena en relación a las prohibiciones de disponibilidad de la tierra indígena por parte de personas no indígenas, son constantemente pasadas a llevar, vulnerando la esencia fundamental de esos territorios. Durante siglos, los pueblos indígenas han visto como son despojados de sus tierras mediante compras fraudulentas y contrarias a la ley y, si bien aún la justicia no toma una determinación en estos casos, nos parece que todo indica que la historia se vuelve a repetir.

84 La Tercera: “Polémica por tierras de subsecretario Ubilla en La Araucanía llega a la justicia: Mapuches presentan demanda de nulidad de compra”. 8 de abril de 2019.

85 El Desconcierto: “Aprueban comisión investigadora por compra de terrenos mapuche de Rodrigo Ubilla”. 10 de abril de 2019.

86 Biobío Chile: “Consulta indígena: la historia de un fracaso”. 10 de junio del 2019.

A nuestro juicio, aquí se constata no solo una directa contravención de la Ley Indígena y de su intención de proteger, la ya diezmada tierra indígena, sino además una importante vulneración de lo dispuesto en el Convenio 169 de la OIT, en sus artículos 13 y 14. En especial, el artículo 14.2 que señala: “Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión.” Del mismo modo, la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas, en su artículo 8 número 2, determina que “Los Estados establecerán mecanismos eficaces para la prevención y el resarcimiento de: b) Todo acto que tenga por objeto o consecuencia enajenarles sus tierras, territorios o recursos”.

Nos parece que la postura que ha adoptado el gobierno de salir en defensa del subsecretario Ubilla, sin detenerse a realizar una investigación acabada y minuciosa sobre el estatus de la tierra que fue comprada, pone en riesgo su mandato de protección de las tierras indígenas e incumple los derechos consagrados en la legislación nacional e internacional que el país ha ratificado.

3. DERECHO A LA CONSULTA PREVIA

El gobierno de Chile informó en su memoria anual a la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (en adelante, CEAR) que, desde 2009 a 2017, tanto respecto a medidas legislativas como de proyectos de desarrollo, ha realizado un total de 127 procesos de consulta, de los cuales 85 se encontrarían finalizados.⁸⁷ Se solicitó, vía Ley de Transparencia, el detalle de estos procesos mencionados, pero aún se encuentra pendiente la entrega de la información. En este *Informe* no realizaremos comentarios en general sobre los procesos de consulta puesto que ello ha sido revisado en detalle en *Informes* anteriores y no hay cambios sustanciales en la regulación.

En 2018, tal como se señala en el *Informe* anterior, existía preocupación por un proyecto de ley sobre modificación al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), que incluía la incorporación de la participación ciudadana anticipada para los proyectos que ingresarían al SEAI con “el objeto de generar un proceso de diálogo temprano entre comunidad y proponente”.⁸⁸ El proyecto fue observado por la Corte Suprema. Este organismo sostuvo que la participación ciudadana anticipada constituiría una oportunidad para que los interesados

87 OIT, *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Pueblos indígenas y tribales Observación general Convenio sobre pueblos indígenas y tribales*, (Núm. 169) Chile. 1989, pp. 670-2019.

88 Mensaje número 062-366, del 27 de julio de 2018.

o directamente afectados puedan informarse de manera completa y oportuna, especialmente en aspectos relacionados con los beneficios económicos y sociales y las eventuales externalidades ambientales del proyecto o actividad en evaluación. Señalaron, también, que era necesario aclarar si en el proceso de participación ciudadana anticipada quedaba comprendida la consulta previa a los pueblos originarios, cuando el proyecto o actividad afecte directamente a uno o más grupos pertenecientes a pueblos indígenas; en cuyo caso, según la Corte Suprema, el SEIA deberá diseñar un proceso de consulta de buena fe.⁸⁹

Del mismo modo, la CEAR, en su Informe 2019, respecto a la aplicación en Chile del Convenio 169, señaló que “La Comisión pide al Gobierno que vele por que toda propuesta de legislación relativa a la evaluación de impactos ambientales: i) dé cumplimiento a los artículos 6 y 15 del Convenio en lo que respecta a la consulta con los pueblos indígenas sobre proyectos de prospección o explotación de recursos existentes en tierras tradicionalmente ocupadas por dichos pueblos; ii) asegure la cooperación de los pueblos interesados en la evaluación de la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo puedan tener sobre dichos pueblos, en base al artículo 7 del Convenio, y iii) atienda las situaciones previstas en los párrafos 2, 3, 4 y 5 del artículo 16 del Convenio en relación con proyectos que impliquen el traslado de los pueblos interesados de sus tierras tradicionalmente ocupadas. En este sentido, la Comisión recuerda que el Convenio establece que el traslado y la reubicación de los pueblos indígenas de sus tierras constituyen una medida excepcional que sólo puede llevarse a cabo con su consentimiento dado libremente y con pleno conocimiento de causa”.

El 19 de junio de este año, el gobierno informó al Congreso que se retiraba de tramitación el proyecto en cuestión. El día anterior se ingresó un proyecto nuevo⁹⁰ que introduce modificaciones en la institucionalidad ambiental y en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, pero no se refiere a la participación ciudadana anticipada.

En relación a otro tema, entre 2018 y 2019, se llevó a cabo una consulta realizada por el Ministerio de Educación sobre la propuesta de Bases Curriculares de 1º a 6º año básico para la asignatura de Lengua y Cultura de los Pueblos Indígenas, elaborada por el Ministerio de Educación. La consulta consideró encuentros locales y regionales en los que participaron cerca de cinco mil integrantes de los pueblos indígenas. Se ejecutó un proceso de participación con actores educativos de los pueblos indígenas para diseñar las bases de esta asignatura. Su

89 Diario Financiero: “Ministra Schmidt saca participación ciudadana anticipada de reforma del SEAI”. 18 de junio de 2019.

90 Mensaje número 097-367 2019. 18 de junio de 2019.

propósito es favorecer la educación intercultural y el aprendizaje de la lengua y la cultura de estos pueblos en establecimientos educacionales del país, considerando a todos los pueblos reconocidos por la Ley Indígena. Entre los acuerdos alcanzados en el diálogo nacional, está el nombre de la nueva asignatura que se llamará Lengua y Cultura de los Pueblos Originarios Ancestrales, la que se impartirá de 1° a 6° básico. También se acordó que habrá 10 programas de estudio, uno por cada pueblo y otro sobre interculturalidad.

4. DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN Y DERECHOS POLÍTICOS

4.1. Reconocimiento Constitucional

Una de las promesas incumplidas desde el retorno de la democracia ha sido el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas en Chile. Esta deuda nos coloca, junto con Uruguay, como una lamentable excepción en este tema, en relación al resto de los países latinoamericanos, a pesar de que el último censo 2017 arroja que alrededor de un 12% de la población chilena se declara como perteneciente a un pueblo indígena.

Como hemos señalado en *Informes* anteriores, el reconocimiento constitucional es una de las promesas incumplidas de los gobiernos en los últimos 30 años. A nuestro juicio, ese reconocimiento es la única posibilidad de que los pueblos indígenas tengan “el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que afecte a 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” (artículo 7.1 Convenio 169), y que ejerzan su derecho a la autodeterminación (artículo 34 de la Declaración).

Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, controlar y desarrollar, y que se respeten, promuevan, salvaguarden y reconozcan, sus sistemas o instituciones políticas, culturales, económicas y sociales, lo que incluye sus prácticas, costumbres, tradiciones, derecho consuetudinario y sistemas legales.⁹¹ Nos parece que el primer paso para lograr la concreción de estos derechos, que obligan a Chile, es un reconocimiento constitucional adecuado, que respete los derechos de los pueblos indígenas consagrados en los instrumentos internacionales mencionados.

A la fecha, se han presentado nueve proyectos de ley referidos a la materia, pero ninguno ha llegado a buen puerto. Como se señaló en detalle en el *Informe* 2018, durante ese año se realizó una Consulta

91 Declaración artículos 4º, 5º, 18, 20, 33 y 34. Convenio 169 artículos 2.1, 4.1, 5º, 6.1, 8.2.

Nacional Constituyente sobre el reconocimiento constitucional indígena en el contexto de un proyecto de ley de una nueva Constitución.⁹² Dicho proyecto fue presentado en el último día de gobierno de la presidenta Bachelet⁹³ y, aunque estimamos que no reflejaba íntegramente los acuerdos logrados en la Consulta Constituyente, creemos que significaba un avance respecto a la inexistencia de reconocimiento de los pueblos indígenas y de sus derechos humanos en la Constitución. A pesar del anuncio del presidente Piñera de un proyecto de ley sobre el “reconocimiento constitucional de nuestros pueblos originarios”,⁹⁴ no hay noticias sobre ello ni sobre el uso que se le dará al valioso material reunido a propósito de esa Consulta Constituyente.⁹⁵

Los dos proyectos de reforma constitucional para el reconocimiento de los pueblos indígenas, presentados por el senador Huenchumilla⁹⁶ y la diputada Nuyado,⁹⁷ en julio de 2018, no muestran avances en el Congreso, y ambos se encuentran en primer trámite constitucional.

4.2. Anuncios del gobierno en materia indígena y estado de avance de proyectos de ley

Como hemos señalado en varios *Informes* anteriores, desde 2016 se encuentra pendiente un proyecto de ley que crea el Ministerio de Pueblos Indígenas⁹⁸ y otro sobre la creación de un Consejo de Pueblos Indígenas.⁹⁹ Desde ese año, en cada cuenta pública presidencial se ha anunciado la pronta promulgación de estos proyectos. El año en curso no fue la novedad y el presidente Piñera anunció “reconocer, valorar y promover la cultura, historia, tradiciones, lenguaje y cosmovisión de nuestros pueblos originarios, a través de la creación del Ministerio de Pueblos Indígenas y el Consejo de Pueblos Indígenas”.¹⁰⁰ Los proyectos se encuentran, actualmente, en segundo trámite constitucional, sin urgencia, ambos en la Comisión de Gobierno, Descentralización y Regionalización.

4.2.1. Reconocimiento pueblo tribal afrodescendiente

En abril de 2019, se aprobó la Ley 21.151 que “Otorga reconocimiento legal al pueblo tribal afrodescendiente chileno”. Esta ley indica que los

92 *Consultas con pueblos indígenas sobre reconocimiento constitucional: experiencias de Chile (2016-2017)*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2018.

93 Boletín N°11.617-07, *Proyecto de reforma constitucional, iniciado con el mensaje de S.E. la Presidenta de la República, para modificar la Constitución Política de la República*.

94 <https://www.gob.cl/cuentapublica2019/>

95 *Sistematización del Proceso de Consulta Constituyente Indígena. Universidad de Chile, diciembre 2017*.

96 Boletín 11873-07.

97 Boletín 11939-07.

98 Boletín 10687-06.

99 Boletín 10526-06.

100 www.gob.cl/cuentapublica2019.

afrodescendientes chilenos son aquellos que se identifican como tal y comparten la identidad de los descendientes de la trata transatlántica de esclavos africanos traídos a lo que hoy es el territorio nacional de Chile, entre los siglos XVI y XIX. Además, contempla que el Estado lo incluirá como población en los censos y que “los saberes, conocimientos tradicionales, medicina tradicional, idiomas, rituales, símbolos y vestimentas del pueblo tribal afrodescendiente chileno son y serán valorados, respetados y promocionados por el Estado, reconociéndolos como patrimonio cultural inmaterial del país”.

La iniciativa fue impulsada por varias organizaciones provenientes de la comunidad residente en la Región de Arica y Parinacota, donde habitan 10.600 descendientes, representando, aproximadamente, un 5% de la población de la zona, según el último censo de 2017. Cabe destacar el artículo 5, que señala que “los afro descendientes chilenos a que hace referencia el artículo 2 de esta ley tienen el derecho a ser consultados mediante el Convenio N° 169, de la Organización Internacional del Trabajo, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, cada vez que se prevea dictar medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”. Actualmente se deberían estar elaborando los reglamentos necesarios para hacer operativa esta ley.

Celebramos la aprobación de esta ley, puesto que creemos que otorga el debido reconocimiento a un pueblo tribal, que si bien no es originario de este territorio, sí comparte una historia de opresión y desconocimiento que debe ser conocida y difundida en el país, dando cumplimiento al artículo 1.2 del Convenio 169, sobre la conciencia de su identidad como criterio fundamental para la aplicación de los derechos contenidos en ese Convenio. Junto con ello, sostenemos que este reconocimiento como pueblo tribal es consistente con los estándares internacionales sobre la materia. Resta por ver qué derechos se le reconocerán en los reglamentos.

4.2.2. Listado de nombres oficiales

La Corte de Apelaciones de Temuco acogió dos recursos de protección deducidos en contra de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena –Conadi– por confección de listado “oficial” de apellidos mapuche. En fallos unánimes (causa roles 219-2019 y 226-2019), la Primera Sala del Tribunal ordenó a la Conadi eliminar la expresión “oficial” del listado cuestionado y abstenerse en lo sucesivo de designar nuevas nóminas de apellidos que puedan inducir a pensar que existen diferencias entre los incluidos y aquellos que no lo estén.

Los fallos al respecto señalan: “Que, efectivamente la denominación empleada en la resolución impugnada ‘Aprueba nómina oficial de 117 apellidos mapuche evidentes’ induce a error acerca de los verdaderos

alcances de la misma, ya que si bien la CONADI no tiene facultades para modificar la ley 19.253 en sus artículo 2 y 3 y menos la normativa internacional al respecto, dado el lenguaje empleado por el ente administrativo, que induce a pensar que se pudiere haber establecido por esta vía una aparente categoría de apellidos dentro del pueblo indígena mapuche, lo que no se encuentra revestido de suficiente fundamento ni legal, ni lingüístico, ni histórico, que no se le confieren las atribuciones para hacerlo ni en la Ley N° 19.253 ni en el Decreto Supremo N° 392 del antiguo Ministerio de Desarrollo y Planificación”.

Celebramos esta decisión de la Corte de Apelaciones, puesto que, aunque no lo señala expresamente, da primacía al principio de la autoidentificación como primera concreción del derecho de los pueblos indígenas a decidir sus propias prioridades de desarrollo y su derecho a la autodeterminación. Creemos que la mera utilización del término “oficial” para describir un listado de apellidos indígenas vulnera gravemente el derecho a la autoidentificación, puesto que pone como prerrogativa del Estado y no de los pueblos indígenas, la definición de cuáles apellidos son indígenas y cuáles no. Ello provocaría un importante menoscabo a sus derechos a autoidentificarse y podría generar diferencias significativas entre las personas indígenas cuyos apellidos fueron reconocidos y aquellas que no encontraron su apellido en el listado de la Conadi.

CONCLUSIONES

A lo largo de esta sección, realizamos un análisis general, pero no exhaustivo, sobre la situación de los derechos de los pueblos indígenas en Chile, en base a estándares de derechos humanos en la materia, en especial, el derecho a la igualdad ante la justicia y la no discriminación, el derecho al territorio, a la consulta, y a la autodeterminación.

Lamentablemente, y a modo de conclusión, debemos señalar que no hay avances significativos que reportar relativos a estos derechos, más allá del reconocimiento del pueblo tribal afrodescendiente, y que la situación de los pueblos indígenas, en Chile, sigue siendo muy preocupante. El enfoque de seguridad pública que se adoptó para hacer frente a la situación en la región de La Araucanía, ha traído consigo más violencia innecesaria, allanamientos policiales que no cumplen los estándares de derechos humanos, faltas graves al debido proceso, menoscabos a los derechos de la infancia indígena, nuevas presentaciones de querrelas por Ley Antiterrorista. Por su parte, el enfoque que se adoptó en la Consulta Indígena, sobre modificaciones a la Ley Indígena, es preocupante, ya que intenta legitimar medidas que menoscaban los derechos al territorio de los pueblos indígenas y pone en riesgo los

avances ya conseguidos. Resta por ver si los anuncios de reconocimiento constitucional y nueva institucionalidad, siguen la línea de reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, que se encuentra en el derecho internacional de los derechos humanos.

RECOMENDACIONES

1. Llevar a cabo medidas urgentes para cambiar los protocolos sobre actuaciones de Carabineros en territorios indígenas, modificándolos para su adecuación a los estándares de derechos humanos.
2. Realizar acciones urgentes y concretas para terminar los abusos policiales que se han reportado contra comunidades indígenas, en especial respecto a los niños y niñas mapuche.
3. No utilizar la Ley Antiterrorista contra el pueblo mapuche y revisar el proyecto de ley, actualmente en trámite, para su adecuación a lo señalado por organismos internacionales de derechos humanos.
4. Revisión de los procedimientos de entregas de tierras en adecuación a los estándares de derechos humanos de los pueblos indígenas.
5. Suspender de manera definitiva la Consulta Indígena sobre la Ley Indígena 19.253.
6. Realizar un nuevo proyecto de reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, que cumpla los estándares de derechos humanos sobre la materia.

DERECHOS DE LAS PERSONAS MIGRANTES, SOLICITANTES DE ASILO Y REFUGIADAS: ¿PROCEDIMIENTOS ORDENADOS, SEGUROS Y REGULARES? MEDIDAS ADMINISTRATIVAS EN MIGRACIÓN Y ASILO BAJO LOS ESTÁNDARES DE LOS DERECHOS HUMANOS.^{1,2,3}

- 1 Fernanda Gutiérrez Merino. Abogada, licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Andrés Bello, magíster en Administración Públicas y Organizaciones Sin Fines de Lucro de la Universidad de Memphis, Estados Unidos, magíster en Ciencias Políticas de la Universidad de Mississippi, Estados Unidos y profesora asistente de la Clínica Jurídica de Migrantes y Refugiados de la Universidad Diego Portales.
- 2 Claudia Charles Pacheco. Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Diego Portales, profesora ayudante de la Clínica Jurídica de Migrantes y Refugiados de la misma casa de estudios.
- 3 Se agradece el apoyo de Natalia Araya Araya, Claudia Céspedes Sotomayor, Ignacio Fuentes Miranda y Camila Huenqueo Muñoz, ayudantes de investigación del presente capítulo.

SÍNTESIS

El presente capítulo analiza cambios que se han producido en temas migratorios en Chile, durante el segundo semestre de 2018 y el primer semestre de 2019, examinando los hitos que se consideran más relevantes, como el programa de retorno asistido, la denegación de ingreso al procedimiento de reconocimiento de la calidad de refugiado, el sistema de atención al público y la crisis migratoria de personas venezolanas. A su vez, da cuenta de los avances y desafíos en la materia, de acuerdo a los estándares internacionales de derechos humanos pertinentes.

PALABRAS CLAVE: Migración, refugio, asilo, retorno asistido, Venezuela.

INTRODUCCIÓN

Los últimos años en materia migratoria han sido dinámicos, por decir lo menos. Entre el segundo semestre de 2018 y lo transcurrido de 2019, Chile ha tenido que hacer frente a la implementación de una serie de medidas administrativas en torno a la migración, las cuales no han pasado desapercibidas, tanto para los medios de comunicación como para la sociedad en general. Este capítulo tiene como propósito describir y analizar los principales cambios que se han producido en temas migratorios en Chile durante el período señalado, analizando los hitos que consideramos más relevantes, para así dar cuenta de los avances y/o desafíos en la materia de acuerdo a los estándares internacionales de derechos humanos pertinentes. Analizaremos algunos hitos que, a nuestro juicio, dan cuenta de una política pública migratoria en Chile con enfoque de seguridad nacional, lejos de una perspectiva de derechos humanos. Lo anterior, en el entendido que las políticas públicas con enfoque de derechos humanos son aquellas que, mediante una coordinación de los responsables de los ministerios del Interior, de Salud, de Educación y, en general, de todas las carteras del Estado, se traducen en un respeto creciente de los derechos humanos y elevan la dignidad humana.¹

El *Informe 2018*² describe la inexistencia de una política pública migratoria a causa de la ausencia de una mirada común entre el actual gobierno y los anteriores, y la falta de un trabajo coordinado tanto entre los distintos poderes del Estado, como entre estos y distintas organizaciones ligadas a la migración y el refugio. Este capítulo busca realizar un seguimiento de las situaciones planteadas en dicho *Informe*, como así también abarcar nuevos cambios en la materia sucedidos en el primer semestre del año 2019, enfatizando en la necesidad de la

1 William Jiménez, "El enfoque de los derechos humanos y las políticas públicas", *Civilar*, 7(12), 2009, pp. 31-46.

2 Francisca Vargas, "Una ley de migraciones con un enfoque de derechos humanos", en Tomás Vial (ed.), *Informe 2018*, Santiago, Universidad Diego Portales, 2018, pp. 485-538.

coordinación inter e intra estatal y de la creación de políticas que hagan crecer la protección de los derechos humanos y la dignidad de las personas. Esto a pesar de que, según lo señalado por el gobierno, los cambios implementados –y a analizar en este capítulo– busquen una migración ordenada, segura y regular.³

Los principales hitos ocurridos, en el lapso de tiempo estudiado, y que serán analizados en el presente capítulo, son: 1) Plan Humanitario de Regreso Ordenado para personas migrantes a sus países de origen; 2) denegaciones en el ingreso al procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado/a; 3) atención al público e implementación de sistema de reservas de hora de atención en línea, y 4) cambios administrativos ante la crisis migratoria venezolana.

En el presente capítulo, se utilizan distintas metodologías de investigación cualitativa, particularmente revisión bibliográfica y de tratados y jurisprudencia nacionales e internacionales, revisión de observaciones generales, opiniones consultivas y recomendaciones de órganos internacionales, así como información obtenida de entrevistas en profundidad a personas que trabajan en instituciones que brindan asesoría jurídica a personas migrantes en Chile.⁴ Asimismo, las autoras incorporan su experiencia en la materia obtenida en la Clínica Jurídica de Migrantes y Refugiados de la Universidad Diego Portales.

1. PLAN HUMANITARIO DE REGRESO ORDENADO⁵

1. 1. Antecedentes

Sin duda, el 2018 será recordado como el año en que se materializaron distintas medidas que impactaron en el fenómeno de la migración en Chile. En abril de 2018, al proyecto de ley de migraciones que aún se encuentra en tramitación, se sumó una serie de medidas de carácter administrativo de implementación inmediata, las que vinieron a dar pie a varios hitos en materia migratoria.

Las medidas administrativas con efecto inmediato pueden agruparse en medidas generales y en medidas para nacionalidades específicas. El primer grupo está conformado por la eliminación de la visa

3 Según se ha señalado en el proyecto de ley “Nueva Ley de Migración”, el cual se encuentra actualmente en tramitación, boletín 8970-06 de la Cámara de Diputados.

4 Al respecto, fueron entrevistadas un total de 3 personas, pertenecientes al Servicio Jesuita a Migrantes y a la ONG Migramigos. A todas ellas agradecemos profundamente su participación, agudeza y apoyo.

5 Agradecemos de forma especial a Víctor Hugo Lagos, quien en su calidad de profesor asistente de la Clínica Jurídica de Migrantes y Refugiados de la Universidad Diego Portales, apoyó en la redacción de este hito hasta su retiro el 30 de mayo de 2019.

temporaria por motivos laborales,⁶ la creación de la visa temporaria de oportunidades,⁷ la creación de la visa temporaria consular de orientación internacional,⁸ la creación de la visa temporaria de orientación nacional⁹ y la implementación de un proceso masivo de regularización migratoria.¹⁰ El otro grupo de medidas está orientado a nacionalidades específicas: por un lado, se creó la visa consular de responsabilidad democrática para personas venezolanas y, por el otro, la visa de reunificación familiar y el visto consular de turismo, ambas para personas de nacionalidad haitiana. Estas medidas fueron analizadas en el *Informe 2018*, en los capítulos “Derechos de las personas migrantes y refugiadas: cambios en materia migratoria en Chile”¹¹ y “Una ley de migraciones con un enfoque de derechos humanos”.¹²

Con estas ocho medidas en práctica, durante la segunda parte del año y en el marco de la discusión legislativa sobre el nuevo proyecto de ley, el Ministerio del Interior resolvió implementar una nueva medida administrativa: el Plan humanitario de regreso ordenado al país de origen. Este programa se materializó a través de la Resolución Exenta N° 5744 del 26 de octubre de 2018. Este documento tiene, como consideración principal, un hecho que despertó serias dudas y fuertes críticas: una solicitud que habrían realizado supuestos representantes de la comunidad haitiana en la Comisión de gobierno interior y regionalización de la Cámara de Diputados durante una audiencia el día 21 de agosto de 2018.¹³ Por otra parte, se justifica, también, en las complejas condiciones de vida de la comunidad haitiana al no haberse podido, en general, adaptarse a Chile, dadas las difi-

6 La visa temporaria por motivos laborales fue creada mediante la Circular 7 del Departamento de Extranjería y Migración, con fecha 26 de febrero de 2015.

7 Oficio Circular N°210, del 1 de agosto de 2018, del subsecretario de Relaciones Exteriores, que instruye sobre otorgamiento de la visa de oportunidades.

8 Oficio Circular N° 209, del subsecretario de Relaciones Exteriores, que instruye sobre otorgamiento de la visa de Orientación Internacional.

9 Circular N° 14, del 1 de agosto del 2018, del Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior, que instruye sobre el otorgamiento de visado de orientación nacional.

10 Resolución Exenta N°1.965, del 9 de abril del 2018, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, que dispone el procedimiento de regularización extraordinaria de permanencia en el país a extranjeros que indica.

11 Francisca Vargas, “Derechos de las personas migrantes y refugiadas: cambios en materia migratoria en Chile”, en Tomás Vial (ed.), *Informe 2018*, Santiago, Universidad Diego Portales, 2018, pp. 233-266.

12 *Ibid.*

13 Según el acta de sesión ordinaria N°33 de la Comisión de Gobierno interior, nacionalidad, ciudadanía y regionalización, celebrada el 21 de agosto de 2018, el señor Williams Pierre, vocero nacional comunidad haitiana, y señor Romeo Gabaud, representante comunidad haitiana en Tierras Blancas, representantes de la comunidad haitiana a nivel nacional y regional, habrían asistido a dicha sesión, quienes habrían expuesto la situación que afecta a sus compatriotas. Misma solicitud se presentó por parte de los mismos representantes ante la Subsecretaría del Interior. con fecha 30 de agosto de 2018, según noticia oficial en el sitio web de dicha Subsecretaría.

cultades por las diferencias de idioma y las falsas expectativas que traían al llegar a nuestro país. Con estos antecedentes, el Ejecutivo plasmó las bases para un plan de apoyo a personas de nacionalidad haitiana que quisieran retornar a su país, financiando la totalidad de los pasajes de la persona interesada y su grupo familiar, siempre y cuando todos cumplieran una serie de requisitos, como tener cédula de identidad o pasaporte vigentes, no presentar situaciones judiciales pendientes, realizar el trámite en forma conjunta si se trata de un grupo familiar, entre otros.¹⁴

La Resolución puso a disposición de las personas interesadas un sistema de inscripción para quienes decidieran voluntariamente retornar a su país de origen. Sus puntos centrales dicen relación con el hecho de que para poder inscribirse en dicho Plan, las personas interesadas debían acompañar, además de sus documentos de identidad y de viaje, una declaración jurada ante notario en español, señalando no solo que cumplían con todos los requisitos para acogerse a dicho programa, sino que también se comprometían a no volver a Chile en un plazo inferior a 9 años.¹⁵ En el caso de grupos familiares, una persona del grupo debía presentar la solicitud en nombre de sus integrantes, informando acerca de todas las personas que se estaban acogiendo al Plan,¹⁶ entendiendo como grupo familiar al conformado por cónyuges o convivientes, sus hijos/as y menores de 18 años edad que se encuentren bajo su cuidado personal o curaduría en Chile.¹⁷ Estos dos puntos centrales de la inscripción son cuestionables por distintas razones que profundizaremos más adelante.

Si bien la Resolución Exenta N° 5744 no menciona como únicos destinatarios a la comunidad haitiana, la forma en que se presentó el Plan y los antecedentes que lo fundaban, permiten concluir que su intención era responder a ese requerimiento particular y facilitar el retorno de personas de esa nacionalidad específica,¹⁸ a quienes adicionalmente se les había impuesto el requisito del visto consular de turismo para venir a Chile, desde abril de 2018.¹⁹ Así, por ejemplo, los

14 Resolución Exenta N°5744, del 26 de octubre de 2018, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública.

15 *Ibíd.*, punto 5, letra f.

16 *Ibíd.*, punto 5, letra c.

17 *Ibíd.*, punto 6.

18 La Tercera: "Gobierno anunció plan de retorno para migrantes haitianos". 30 de agosto de 2018. Luego de la solicitud en la Cámara de Diputados, el subsecretario del Interior, Rodrigo Ubilla, señaló: "Durante septiembre vamos a definir las condiciones de este programa, para poder informar a la brevedad a la comunidad haitiana".

19 Economía y negocios.cl: "Según información que entregó el Ministerio del Interior al diario El Mercurio, durante 2018 y después de la creación de la visa consular para personas haitianas, el ingreso de esta nacionalidad a Chile disminuyó de 113.548 ingresos en todo 2017 a 35.773 entre enero y noviembre de 2018, por lo que la medida no 'ordenó' la migración haitiana sino que propendió a su eliminación".

afiches con información oficial sobre el Plan Retorno se encontraban disponibles en español y kreyòl (el idioma predominante en Haití), y los personajes de las animaciones para promover el Plan tenían rasgos afrodescendientes, a diferencia de los usados para promocionar el resto de las medidas y la información administrativa del Departamento de Extranjería y Migración (en adelante, “DEM”), donde primaron los rasgos caucásicos. Además, ChileAtiende señala en su página web informativa del Plan que “Durante la primera etapa se dará prioridad a ciudadanos haitianos. Los extranjeros provenientes de otros países quedarán sujetos a evaluación”.²⁰

Dicho sea de paso, de acuerdo a la investigación realizada para el presente capítulo del *Informe*, la mayoría de las personas que se han acogido a este Plan de Retorno, y viajado de vuelta a su lugar de origen, han sido de nacionalidad haitiana, no obstante existir inscritos de otras nacionalidades. De hecho, durante 2018, el 96,15% de las personas inscritas en el Plan son de nacionalidad haitiana, seguidos por los de nacionalidad colombiana (2,21%).²¹

Por otra parte, la Policía de Investigaciones (en adelante, PDI) informó que todos los viajes realizados en el marco del Plan Retorno, entre noviembre de 2018 y abril de 2019, tuvieron como destino Haití.²²

Con todo, el Plan de Retorno, a la fecha, ha realizado un total de seis viajes. Se inscribieron 2.623 personas y retornaron, efectivamente, un total de 995 personas.²³

El Plan Retorno ha sido criticado en diversas sedes y por distintas razones. En este sentido, un grupo de 30 organizaciones de migrantes haitianos/as de distintas comunas del país, agrupadas bajo la Plataforma Nacional de las Organizaciones Haitianas en Chile (en adelante, PlaNOHCh), expresaron su desacuerdo y rechazo absoluto al Plan de Retorno Humanitario, señalando: “A nosotros, en la

20 ChileAtiende, Plan Humanitario de Regreso Ordenado, página web actualizada el 12 de julio de 2019.

21 Información obtenida por solicitud de acceso a la información a Subsecretaría del Interior, con fecha 25 de marzo de 2019, N° AB001W0009984, respondida con fecha 12 de abril de 2019 mediante oficio ordinario N° 11.100.

22 Información obtenida por solicitud de acceso a la información al Ministerio del Interior y Seguridad Pública, de fecha 25 de marzo, N° AB001W0009982, quien remitió la solicitud a Policía de Investigaciones mediante oficio ordinario N° 11.098, quien respondió con fecha 27 de mayo de 2019.

23 La información de personas inscritas, viajes realizados y personas efectivamente retornadas, fue obtenida mediante la solicitud de acceso a la información a Subsecretaría del Interior, con fecha 25 de marzo 2019, N° AB001W0009984, respondida con fecha 12 de abril de 2019 mediante oficio ordinario N° 11.100; y mediante solicitud de acceso a la información al Ministerio del Interior y Seguridad Pública, de fecha 25 de marzo, N° AB001W0009982, respondida mediante oficio ordinario N° 11.098, con fecha 11 de abril de 2019.

PlaNOHCh, considerando lo respetuoso de los valores republicanos que han demostrado ser las autoridades chilenas, nos ha parecido bastante curioso el hecho de que al mal llamado ‘vocero’ no se le hayan exigido algún tipo de evidencia y/o dato duro que respaldasen su discurso y planteamiento, por más insignificante que pudiesen ser (esas evidencias).”²⁴

Por otra parte, durante el 172º período de sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH), en la ciudad de Kingston, Jamaica, distintas organizaciones de la sociedad civil²⁵ cuestionaron que dicho Plan no haya sido suspendido considerando la grave crisis por la que atraviesa Haití, en la actualidad.²⁶

1.2. Experiencias comparadas: El caso de España e Italia

En España, desde 2008, se desarrolla un Plan de retorno voluntario de inmigrantes implementado por la Secretaría de Estado de Migraciones. Según información oficial de esta Secretaría,²⁷ dicho Plan está enfocado en aquellas personas que se encuentren en situación de carencia y vulnerabilidad social y que no tengan recursos económicos para regresar por sus medios. Las personas que cumplan estos requisitos deben firmar una declaración de voluntariedad de la decisión de retornar, aceptando el compromiso de no retornar a España en el plazo de 3 años desde su salida. Por su parte, el Estado español, en el marco del Plan, se compromete a las siguientes prestaciones: apoyo individual en el itinerario de retorno, ayuda económica de viaje, ayuda de reinstalación en el país de origen, gastos imprevistos de medicamentos u otros insumos, entre otras.

Por su parte, Italia cuenta con la Red italiana para el retorno voluntario asistido,²⁸ la cual gestiona el Plan de Retorno Voluntario Asistido (en adelante, “RVA”). Dicho Plan está a disposición de ciudadanos de terceros países (no comunitarios) en situación de vulnerabilidad, irregulares o en riesgo de vulnerabilidad. La Red ha llevado a cabo distintos proyectos que se han centrado en poblaciones objetivas. Así,

24 INDH: “Declaración contra el aparente plan de retorno para la comunidad haitiana”. 1 de octubre de 2018.

25 CIDH, 172º, Situación de las Personas Migrantes en Chile, período de sesiones, audiencia pública del 8 de mayo de 2019, salón B.

26 Radio Agricultura.cl: “Cámara de Diputados rechazó proyecto para congelar plan de retorno de haitianos”. 7 de marzo de 2019. Cabe hacer presente que, con fecha 8 de marzo de 2019, la Cámara de Diputados rechazó por 57 votos en contra, 50 a favor y 11 abstenciones, un proyecto de acuerdo donde se solicitaría al presidente Sebastián Piñera, suspender momentáneamente el Plan Humanitario de Regreso Voluntario a Haití, mientras se estabilizara dicho país y volviera a funcionar con normalidad.

27 Información general sobre Retorno Voluntario 2010 de la Secretaría de Estado de Migraciones, www.extranjeros.mitramiss.gob.es.

28 Fundación ISMU, Información sobre la medida de Retorno Voluntario Asistido en Italia y Red RIRVA, www.ismu.org.

por ejemplo, en 2015, se llevó a cabo el proyecto PARTIR VI, implementado por la Organización Internacional para las Migraciones (en adelante, OIM),²⁹ dirigido, entre otras categorías, a personas vulnerables como las personas discapacitadas, de edad avanzada, mujeres embarazadas, padres solos con hijos menores, personas víctimas de trata, tortura o violencia, y personas con graves patologías. Cada proyecto ofrece la organización del viaje, pago del pasaje de avión, acompañamiento al aeropuerto de salida, una cierta cantidad de euros por persona para contribuir a primeras necesidades, y una ayuda en euros para la realización de un proyecto de reintegración socio-laboral en el país de origen de la persona, con la erogación de un subsidio en bienes y servicios. Las personas que se benefician de la medida de RVA no quedan sujetas a prohibición de ingreso regular a Italia.³⁰

Del estudio de estas experiencias comparadas se advierten cuatro grandes diferencias con el Plan de Retorno chileno. En primer lugar, los planes de retorno comparados fijan como criterio de elegibilidad la vulnerabilidad social y económica de las personas y no su nacionalidad. De esta forma, la convocatoria es abierta a todas las nacionalidades, a diferencia del Plan chileno que, en un principio, se presentó como un Plan de Retorno para personas haitianas, como se indicó anteriormente. En segundo lugar, los planes comparados que hemos visto tienen como público objetivo aquellas personas en vulnerabilidad social y económica que no pueden pagar un pasaje de avión de vuelta a su país por sus propios medios, mientras que en el caso chileno no se hace tal distinción, y basta con querer “voluntariamente” retornar al país de origen. En tercer lugar, el Plan chileno no contempla ayuda económica ni de reasentamiento para las personas beneficiarias del mismo y solo ofrece el viaje gratuito en avión, lo cual es grave si se piensa que, mayoritariamente, quienes retornan a su nación de origen han pasado años fuera de su país, y han tenido que comenzar, muchas veces, desde cero, sin trabajo, sin vivienda, y después de hacer grandes esfuerzos por integrarse a una sociedad que puede ser desconocida. Por último, una de las diferencias quizás más grandes y preocupantes es que Chile establece una prohibición de ingreso al territorio nacional de nueve años a quienes se acojan al Plan, mientras que España solo fija una de tres años e Italia no instituye prohibición alguna.

1.3. La óptima de los estándares internacionales de derechos humanos

La OIM destaca que los planes de retorno asistidos son elementos indispensables en una perspectiva global de gobernanza de la migración, y que representan una alternativa humana y eficaz cuando las

29 *Ibid.*

30 *Ibid.*

personas migrantes no pueden permanecer en el país de acogida. En este contexto, se hace indispensable analizar si el Plan humanitario de regreso ordenado al país de origen, diseñado e implementado por el Gobierno de Chile, se encuentra en concordancia con la perspectiva de derechos humanos y los estándares internacionales respectivos.

El relator especial de Naciones Unidas para las personas migrantes, Felipe González Morales, ha relevado en su informe respecto al retorno voluntario de migrantes, la importancia del derecho a la información y a las consideraciones de base que pueden impedir la debida integración de esa persona al país donde migra y que pueden forzar la decisión de retornar a su país de origen. Ha señalado el relator especial que “en general, las condiciones en las que los migrantes solicitan el retorno voluntario asistido no permiten calificar el retorno de voluntario, ya que no reúnen los requisitos de una decisión plenamente informada, sin coacciones y respaldada por la disponibilidad de suficientes alternativas válidas, como los permisos temporales con fines de trabajo o estudio o de carácter humanitario o las oportunidades para la obtención de la residencia permanente o la nacionalidad. Algunos migrantes solicitan el retorno voluntario asistido porque se encuentran desesperados, a fin de evitar la expulsión o porque están detenidos, algunos de ellos indefinidamente, debido a la lentitud y complejidad de los procesos de reunificación familiar y de asilo, el riesgo de convertirse en indigentes, las malas condiciones de acogida o la retirada del apoyo social.”³¹ Bajo estos parámetros, podemos discutir si el Plan Retorno aplicado en Chile es efectivamente voluntario, considerando la falta de acceso a derechos básicos de las personas con ingreso o residencia irregular en el país, el tiempo de tramitación de visas, entre otras circunstancias desfavorables para las personas migrantes.

Al problema de la voluntariedad del párrafo anterior, se suman los efectos y consecuencias de acogerse al Plan Retorno, como los nueve años de prohibición de ingreso fijados por la Resolución, la falta de consideración a la reintegración, la transgresión al *interés superior del niño* y derechos de niños, niñas y adolescentes, y la falta de dimensión de género en el proceso de reintegración de la persona a su país de origen.

El artículo 15 del Decreto Ley 1.094, establece las causales por las que una persona, de forma imperativa, no podrá ingresar a territorio nacional, mientras que el artículo 16, del mismo cuerpo legal señala las causales por las que una persona puede o no ser impedida de ingresar, pues se trata de una norma facultativa. Esta prohibición, ya sea por causales del artículo 15 o del artículo 16, es una sanción administrativa indefinida en el tiempo, pues no se establece plazo de duración

31 Asamblea General de las Naciones Unidas, *Informe del relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes*, 2018, p. 8.

en la norma. Por su parte, el artículo 34 de la Ley 18.216 establece una prohibición judicial de ingreso por 10 años cuando, como pena sustitutiva, se expulsa a los extranjeros que no residen legalmente en el país y que fueron condenados a una pena igual o inferior a 5 años de presidio o reclusión menor en su grado máximo. Llama la atención, entonces, que la prohibición de ingreso establecida por el Plan Retorno tenga solo un año menos de duración que la prohibición judicial de ingreso explicada. No parece razonable ni justificado que casi la misma medida que se aplica a personas que han cometido delitos, se aplique a quienes no tienen antecedentes penales y que, además, se retiran voluntariamente del país.

Por otra parte, a pesar de que en uno de los considerando de la Resolución que creó el Plan, la autoridad señaló como “elementos indispensables” las estrategias de reintegración de migrantes,³² no hay ningún antecedente público que permita afirmar que el Plan Retorno se hizo cargo de la reintegración en el país de origen de las personas que abandonarían Chile, dejando la autoridad de lado las recomendaciones de organismos internacionales en la materia.

En esta línea, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (en adelante, ACNUR), señala que en un plan de retorno asistido puede existir una fase previa y una fase posterior al retorno, pudiendo consistir estas en actividades útiles como la entrega de información y orientación sobre las opciones de retorno, difusión de la información del país de origen precisa y actualizada y la prestación de asistencia para la reintegración.³³ Respecto al último aspecto, la asistencia a la reintegración aporta a la sostenibilidad del retorno, y puede incluir apoyo en la formación vocacional, capacitación laboral, subsidio de educación, entre otros.³⁴ Por su parte, la OIM señala que las medidas de reintegración deben buscar que las personas que retornan encuentren en su país de origen niveles de autosuficiencia económica, estabilidad social y bienestar psicosocial dentro de sus comunidades.³⁵

Lamentablemente, la Resolución Exenta N°5.744 solo reguló los requisitos para acogerse al mismo y no hubo un documento complementario que se hiciera cargo de lo anterior. En este sentido, el director del

32 Resolución Exenta N°5.744 del 16 de octubre de 2018, que dispone el Plan humanitario de regreso ordenado al país de origen de ciudadanos extranjeros, considerando c), “Que, según indica la Organización Internacional para las Migraciones -OIM-, los retornos voluntarios asistidos y las estrategias de reintegración de migrantes son elementos indispensables en una perspectiva global de gobernanza de la migración”.

33 ACNUR, “Plan de los 10 puntos en acción, La protección de los refugiados y la migración mixta”, *Mecanismos de Retorno para Personas no Refugiadas y Opciones Alternativas de Migración*, capítulo 9, p.262, 2016.

34 *Ibid.*, pp. 273-274.

35 OIM, *A Framework for Assisted Voluntary Return and Reintegration*, 2018, pp. 11-13. Traducción libre.

Servicio Jesuita a Migrantes, José Tomás Vicuña, señaló que como Servicio debieron cumplir el rol de proveer fondos monetarios a personas haitianas que se acogieron al Plan para que pudieran pagar el pasaje desde Puerto Príncipe hasta la localidad donde vivían en Haití, pues el Plan solo consideró los pasajes hasta el aeropuerto de la capital de dicho país.³⁶ Así, un Plan que tiene el título de “humanitario”, no contempló ninguna de las medidas –precisamente– humanitarias que aconsejan los organismos internacionales para una adecuada protección de los derechos de las personas que se acogen a él.

A la inexistencia de medidas de reintegración, se suma una serie de requisitos establecidos en el Plan que, más que proteger a las familias de los y las solicitantes, las pone en peligro por las razones que expon-dremos. Miremos primero qué requisitos puntuales tienen este efecto adverso. El primero de ellos es el contemplado en el punto 5, letra h) de la Resolución³⁷ que señala que, si se trata de una solicitud individual, el solicitante no debe tener a su grupo familiar³⁸ en Chile. En el mismo punto, pero en la letra i) siguiente, se señala que si la solicitud es realizada por el grupo familiar, no deben existir miembros de dicho grupo en Chile adicionales a los declarados. Luego, en el punto 7 se establece que si quien desea acogerse al Plan es menor de 18 años, el solicitante debe ser su padre o madre, tutor/a o guardador/a, quien actuará en su representación. Por último, como prohibición para acogerse al Plan, se prescribe que la persona solicitante no puede inscribirse si un miembro de su familia no se acoge al mismo,³⁹ lo que incentiva a que la familia completa abandone el país “por arrastre”. Los requisitos anteriores, cualquiera sea su nomenclatura, provocan dos graves consecuencias.

La primera, es la vulneración al derecho de ser oído de los niños, niñas y adolescentes y su derecho a que su interés sea una consideración primordial. En la implementación del Plan, la autoridad no dio espacio a que niños, niñas y adolescentes pudieran dar su opinión sobre

36 Entrevista realizada el 14 de junio de 2019.

37 Resolución Exenta N°5.744 del 16 de octubre de 2018, que dispone el Plan humanitario de regreso ordenado al país de origen de ciudadanos extranjeros.

38 *Ibíd.*, punto 6. “Se entenderá para estos efectos como grupo familiar al conformado por cónyuges o convivientes, sus hijos y menores de 18 años de edad que se encuentren bajo su cuidado personal o curaduría en Chile”. Cabe recalcar que la definición no distingue si las personas pertenecientes al grupo familiar son chilenas o extranjeras.

39 Según el punto 5, letra h) de la Resolución Exenta N°5-744 del 16 de octubre de 2018, que dispone el Plan humanitario de regreso ordenado al país de origen de ciudadanos extranjeros, uno de los requisitos para cogerse al plan es “en el caso de solicitudes individuales, que éste no tenga cónyuge, conviviente civil, hijos o menores de 18 años de edad que se encuentren bajo su cuidado personal o curaduría en Chile”. Asimismo, en el 8, letra c) de la Resolución Exenta N°5.744, del 16 de octubre del 2018, se establece: “8. No podrán acceder al Plan Humanitario de Regreso Ordenado al País de Origen aquellos extranjeros que: c. Tengan miembros de su grupo familiar en Chile que no se acojan al Plan”.

si quieren seguir viviendo en Chile o volver a su país de origen. Así también, la Resolución no prohibió la inscripción de grupos familiares que incluyeran a niños y niñas, extranjeros/as o chilenos/as, careciendo así de un mecanismo para proteger a niños o niñas arraigados/as en el país o nacidos/as en territorio chileno que “por arrastre” se vieran obligados a ir al país de origen de sus padres, dejando atrás al país de origen propio. En un segundo nivel, respecto a los niños, niñas y adolescentes inscritos en el Plan, no se contó con un programa de acompañamiento en la reintegración a su país de origen, a raíz de lo cual pueden sufrir graves problemas al regresar a un territorio en el que nunca han vivido o que no recuerdan después de pasar años viviendo en Chile.⁴⁰

La segunda consecuencia guarda relación con la ausencia de un análisis con enfoque de género, pues la inscripción así planteada puede acarrear que la esposa sea inscrita por su esposo en el Plan Retorno, contra su voluntad, atentando contra el libre ejercicio de los derechos civiles, políticos, económicos y sociales de la mujer, propiciando, además, un contexto de violencia donde ella se vea imposibilitada de hacer valer su derecho a seguir viviendo en Chile.⁴¹

Ambas consecuencias podrían haber sido fácilmente subsanadas si, desde un principio, se hubiesen exigido solicitudes individuales, pero considerando a la persona, en la evaluación, como integrante de un grupo familiar determinado.

Luego de una revisión a fondo del Plan Humanitario de Regreso Ordenado, queda de manifiesto una serie de vulneraciones a los estándares de derechos humanos sobre la materia, los cuales surgen de tratados internacionales vigentes y ratificados por el Estado de Chile. Elementos claves como el problema de la voluntariedad, en sí misma, de un plan de retorno, la “haitianización” del mismo, la falta de medidas de reintegración en el país de origen de las personas que se acogen a esa fórmula de retorno, y la transgresión a derechos humanos como el interés superior de niños, niñas y adolescentes y los derechos de las mujeres, demuestran que su formulación no fue pensada desde la protección de los derechos humanos de las personas, sino desde un enfoque securitista de la migración. Esta realidad contradice la supuesta intención del gobierno de promover una migración ordenada, segura y regular, con pleno respeto a los derechos de las personas migrantes.

40 OIM, *Reintegración, Enfoques Eficaces*, 2015, p.16.

41 Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, adoptada por el Estado de Chile el 9 de junio de 1994, artículo 5.

2. DENEGACIONES EN EL INGRESO AL PROCEDIMIENTO DE RECONOCIMIENTO DE LA CONDICIÓN DE REFUGIADO/A

El procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado ha presentado problemáticas y falencias desde la implementación de la Ley 20.430 y su reglamento. Sin embargo, la continua alza de solicitantes de este estatuto, desde la implementación de la ley en 2011, ha hecho más evidentes sus insuficiencias, provocando que las malas prácticas relativas a dicho procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado, explicitadas en el *Informe 2012*,⁴² se acrecentaran.

El incesante conflicto en Colombia,⁴³ junto con las condiciones de inseguridad e incapacidad institucional de República Dominicana⁴⁴ y la permanencia del régimen castrista en Cuba, además de los conflictos armados en el Medio Oriente, han mantenido relativamente estable la cantidad de solicitantes de asilo, desde esos lugares, a Chile. No obstante, la crisis socio-política de Venezuela ha puesto en jaque a toda la región con sus altos flujos migratorios,⁴⁵ y Chile no ha sido la excepción.

Hoy, el problema de acceso al procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado tiene tres aristas a analizar, donde las dos últimas no son sino agravantes de la primera. Estas tres aristas son: existencia de una entrevista de admisibilidad no contemplada en la ley para ingresar al procedimiento de asilo, la entrega de citas para dicha entrevista de admisibilidad con un importante tiempo de espera y la denegación de recepción de solicitudes de asilo mediante cartas en la oficina de partes. Esto será explicado más adelante.

Frente a las problemáticas mencionadas, diversas instituciones del país que se dedican a la protección de los derechos humanos de los/as migrantes y refugiados/as, denunciaron durante 2018 estas malas prácticas,⁴⁶ llegando incluso a judicializar, con resultados favorables y también desfavorables, una gran cantidad de casos por la existencia de la entrevista de admisibilidad y por la entrega de citas. En el punto 2.5 presentaremos una tabla que resume cómo ha fallado la jurisprudencia respecto a estas

42 Helena Olea, "Refugiados en Chile: Análisis de la Ley 20.430 y su reglamento", en Alberto Coddou (ed.), *Informe 2012*, Santiago, Universidad Diego Portales, 2012, p. 124.

43 Misión Verdad.com: "Los acuerdos de paz en Colombia: crónica de un fracaso anunciado". 4 de octubre de 2018.

44 Prensa Latina: "Exhibe República Dominicana altos índices de violencia". 20 de marzo de 2018.

45 UNHCR: el 7 de junio de 2019 ACNUR declaró que de acuerdo a ACNUR y OIM, el número de migrantes y refugiados provenientes de Venezuela ha superado los 4 millones de personas.

46 Por ejemplo, la Clínica Jurídica de Migrantes y Refugiados de la UDP en Theclinic.cl: "Acceso denegado: el portazo de Chile a peticiones de refugio", septiembre 2018; Servicio Jesuita a Migrantes en CNN Chile: "Director del SJM denuncia 'mafias' de ventas de números de atención en Extranjería". Julio de 2019.

dos últimas aristas, y haremos un análisis jurisprudencial del asunto. Sin perjuicio de ello, al explicar los problemas mencionados anteriormente, iremos haciendo referencia a los fallos en cuestión.⁴⁷

Con el objeto de entender el problema y sus tres aristas, primero es importante señalar cuál es el procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado, de acuerdo a lo señalado por la Ley 20.430 que establece disposiciones sobre protección de refugiados, el Reglamento de dicha Ley, contenido en el Decreto N°597 del Ministerio del Interior, y el Reglamento Interno de la Comisión de reconocimiento de la condición de refugiado. En este sentido, las etapas del procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado son:⁴⁸

Presentación de la solicitud de asilo en cualquier oficina de Extranjería o ante una autoridad migratoria en un paso habilitado de la frontera. En este último caso, la autoridad deberá solicitar a la persona declarar las razones que la forzaron a dejar su país, lo cual puede interpretarse como una declaración pero sin que esta implique un análisis de fondo de la solicitud (artículo 26 de la Ley).

Formalización de la solicitud mediante la entrega de un formulario a la autoridad administrativa con la información requerida en el artículo 28 de la Ley 20.430 y 37 del reglamento Decreto 837, que se detallará más adelante (artículo 36 del Reglamento).

Remisión de la solicitud por parte del funcionario administrativo que toma conocimiento de esta solicitud, en el más breve plazo, a la Secretaría Técnica de la Comisión de reconocimiento de la condición de refugiado (en adelante, “Secretaría Técnica”) (art. 27 de la Ley).

La *Secretaría Técnica* –cuya finalidad es asistir a la mencionada Comisión, según el artículo 24 de la Ley– *elabora y entrega informe de análisis* a la Comisión. Para este informe analiza los hechos del caso, realiza una entrevista de elegibilidad y busca información del país de origen (artículo 31 de la Ley y artículo 14 Reglamento Interno Comisión de reconocimiento de la condición de refugiado).

La *Comisión de reconocimiento de la condición de refugiado sesiona y sugiere la aprobación o negación* de la solicitud de asilo al subsecretario del Interior (artículos 22 y 37 de la Ley).

El subsecretario del Interior decide si se le otorgará la calidad de refugiado o no al solicitante mediante resolución exenta del trámite de toma de razón, otorgándosele a la persona la posibilidad legal de recurrir en contra de la resolución (artículos 19 y 44 de la Ley).

47 Se utilizó como fuente de información la jurisprudencia asociada a las causas judicializadas por organizaciones e instituciones pertenecientes a la Mesa de Movilidad Humana, de la cual la Clínica Jurídica de Migrantes y Refugiados de la UDP es parte, teniendo acceso a las sentencias anonimizadas de dichas causas.

48 Esquema elaborado por Francisca Vargas Rivas, directora y profesora de la Clínica Jurídica de Migrantes y Refugiados de la Universidad Diego Portales.

2.1. Entrevista de admisibilidad para el ingreso al procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado.

Esta es una práctica que se ha llevado a cabo desde la implementación del procedimiento de reconocimiento de la calidad de refugiado prescrito en la Ley 20.430 y su respectivo reglamento, y así lo han denunciado, por años, distintas organizaciones de derechos humanos.⁴⁹ Sin embargo, esta mala práctica ha adquirido mayor notoriedad a medida que los flujos de personas necesitadas de protección internacional han aumentado.

La entrevista en cuestión se hace para determinar si a la persona se le entregará el formulario que le permite formalizar su solicitud de asilo y así, en la práctica, ingresar formalmente al procedimiento respectivo. La breve entrevista se realiza en la Sección de Refugio y Reasentamiento (en adelante, SRR) o en las gobernaciones provinciales, con el objeto de catastrar si los motivos de solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado merecen siquiera un análisis. Es decir, se crea una instancia de admisibilidad al procedimiento no contemplada en la ley –que, como puede visualizarse, no está prescrita en el procedimiento anteriormente explicado, particularmente entre los puntos a) y b)–, para determinar si la persona merece ser reconocida como refugiada o no.⁵⁰ Esto fue analizado por la Contraloría General de la República en el Dictamen N° 892 del 11 de enero de 2019, concluyendo que “aparece que tanto la ley N° 20.430 como su reglamento, prevén los requisitos y procedimientos necesarios para solicitar y tramitar las solicitudes de refugio, sin contemplar trámites ni entrevistas previas a su recepción”.

Además, debido a que esta entrevista de admisibilidad ilegal es verbal y no contempla la entrega de un comprobante escrito con el resultado de ella, la SRR vulnera el principio de escrituración de los procedimientos administrativos⁵¹ y, consecuentemente con ello, el derecho a recurrir ante esta denegación de ingreso al procedimiento de la condición de refugiado mediante los recursos administrativos contemplados, por ejemplo, en la Ley 19.880. Para agravar aún más la situación, la nula entrega del comprobante de atención y de negativa por parte de la SRR, ha sido utilizada a su favor por el DEM en causas judiciales, oportunidades en que se ha informado que las personas solo concurrieron a la SRR para obtener información migratoria general,

49 Helena Olea, op. cit., p.124.

50 Así lo ha entendido la Corte de Apelaciones de Iquique en los siguientes fallos: Protección 117-2019, Protección 144-2019, Protección 145-2019, Protección 146-2019, Protección 450-2019.

51 El artículo 5 de la Ley 19.880 –que aplica supletoriamente a la Ley 20.430– consagra el principio de escrituración, y el artículo 45 de la misma ley confirma dicho principio al señalar que “los actos administrativos de efectos individuales, deberán ser notificados a los interesados conteniendo su texto íntegro”.

sin manifestar la necesidad de protección internacional.⁵² Lo anterior, a pesar de que las personas van específicamente a realizar ese trámite a la SRR y no a otra sección de dicho departamento. Al respecto, se debe tener presente que la SRR se encuentra en el tercer piso del edificio ubicado en San Antonio 580, Santiago, al cual no se puede ingresar sin decir en portería dónde la persona se dirige y con qué fin, y que no existen oficinas de atención de público distintas a la SRR o la oficina de partes. En gobernaciones provinciales, aunque físicamente la distinción de “sección refugio” no existe, las personas se acercan explícitamente a iniciar el procedimiento en cuestión y no otro. La ausencia de pruebas antes mencionada, ha llevado a que las Cortes de Apelaciones de Antofagasta, Copiapó y Santiago con confirmación de la Corte Suprema, hayan denegado algunas acciones de protección y de amparo.⁵³ Sobre esto volveremos en el punto 2.5 de este capítulo.

2.2. Citas para la entrevista de admisibilidad

Al mismo tiempo que se implementaban las medidas administrativas de efecto inmediato en el DEM –tratadas a lo largo de este capítulo–, se creó un sistema de citas para realizar trámites ante este organismo, el cual no fue regulado en todas sus modalidades por las resoluciones que crearon dichas medidas ni tampoco por las circulares que dieron origen al sistema en cuestión, lo que tuvo importantes repercusiones en la SRR, como se analizará más adelante. Ahora bien, el problema no es que se haya implementado un sistema para dar orden a la atención, pues, en abstracto, ello podría ser adecuado; sino que la problemática radica en que: (i) la creación del sistema de citas para la SRR no se incluyó en la Circular N°15, del 03 de agosto de 2018, ni en la Circular N°15 A, del 19 de noviembre de 2018, ambas del DEM. En efecto, la primera de ellas señala expresamente que “toda atención de público y/o usuarios deberá ser solicitada previamente por el sitio web”, en circunstancias que la cita para la entrevista de admisibilidad se solicita de forma presencial, entregando la Sección Refugio un comprobante de la

52 Así, por ejemplo, en los informes solicitados al DEM en las acciones de protección interpuestas ante la Corte de Apelaciones de Santiago por la Clínica Jurídica de Migrantes y Refugiados de la UDP, en las causas rol Protección-67453-2018, Protección-68661-2018, Protección-77817-2018, Protección-87148-2018, dicho Departamento señala que las personas concurrieron a sus dependencias, “requiriendo información general sobre los procesos migratorios, sin hacer referencia específica a la necesidad de protección internacional”.

53 Protección 2375-2018 ICA Antofagasta (Confirmada 26.761-2018 Suprema); Protección 230-2018 ICA Copiapó (31.257-2018 Suprema); Amparo 136-2019 ICA Santiago (revoca Apelación 3410-2019 Suprema); Revoca Apelación 5016-2019 Suprema; Revoca Apelación 5286-2019 Suprema; Revoca Apelación 5394-2019 Suprema.

misma en formato físico.⁵⁴ En la misma línea, la segunda Circular, que complementa la anterior, no hace alusión alguna a la cita para entrevista de admisibilidad; (ii) se trata de una cita para una fase del procedimiento que no está contemplada en la ley, con el objetivo de desarrollar la entrevista de admisibilidad discutida en el punto anterior; y (iii) en la actualidad, en Santiago, al menos, las citas son otorgadas para cinco meses desde la solicitud de la misma, lo que obliga a las personas a la irregularidad migratoria.

Respecto al primer punto, la cita no hace más que burocratizar un procedimiento que requiere una celeridad reconocida por el Estado de Chile en el artículo 27 de la Ley 20.430, cuando señala que el funcionario de la administración que esté en conocimiento de una solicitud de asilo deberá remitir los antecedentes a la Secretaría Técnica en el menor tiempo posible. Crear una cita, con un tiempo de espera considerable y para una etapa que no figura en la ley, no hace más que dilatar y entorpecer el procedimiento, que por su naturaleza requiere agilidad, e impide el ejercicio del derecho a buscar y recibir asilo,⁵⁵ consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH) e interpretado por la Corte IDH, como se señalará en el apartado 2.4 siguiente.

Respecto al segundo punto, referido a los 5 meses de espera para la cita, se trata de un plazo que expone a las personas necesitadas de protección internacional a un inminente estado de irregularidad. Si la persona que pidió la cita ingresó al país en calidad de turista –opción migratoria legal para el ingreso al país, según el artículo 44 del D.L. 1.094 y que tiene una duración de hasta 90 días– su visa vencerá antes que llegue el día de su cita, pasando a tener residencia irregular en el país. Si bien existe la posibilidad de prolongar esa visa por la misma cantidad de tiempo, no se le puede exigir a una persona que requiere protección internacional que tenga los fondos para costear 100USD, que es lo que cuesta dicha prórroga. Esto es más complejo aún si se considera que muy probablemente la persona no pueda trabajar para financiar sus necesidades vitales durante esos 5 meses, mientras su ingreso al procedimiento de reconocimiento de la calidad de refugiado aún sea incierto. Si tomamos en cuenta que estamos frente a personas que se vieron forzadas a abandonar su país de origen o residencia, no resulta comprensible que se las obligue a contar con dichos fondos. Al respecto, se debe tener presente que, según el artículo 71 del D.L N° 1.094, sobre extranjeros en Chile, las personas con visa de turismo vencida pueden ser expulsadas del país.

54 Información obtenida por la experiencia en terreno de la Clínica Jurídica de Migrantes y Refugiados de la UDP, al momento de realizar acompañamiento a los/las solicitantes de asilo a la Sección Refugio.

55 En este sentido, Amparo 209-2019 ICA Santiago; Amparo 34-2019 ICA Santiago; Amparo 225-2019 ICA, Santiago; Amparo 300-2019 ICA, Santiago.

Lo anterior, de acuerdo a la Corte de Apelaciones de Santiago con confirmación de la Corte Suprema “perturba o amenaza su derecho a la libertad personal y seguridad individual, desde que existe la posibilidad cierta e inmediata de quedar sin protección jurídica en Chile, al encontrarse vencido el plazo para permanecer en calidad de turista”.⁵⁶

Luego de esta larga espera y como si fuera poco, el DEM ha manifestado en sus informes y alegatos en el marco de acciones de protección, que los recurrentes por citas relacionadas al ingreso al procedimiento de asilo que han tenido que esperar 90 días o más (tiempo en el cual vencen sus visas de turismo), no fueron atendidos en la Gobernación debido a “la premura de sus propios tiempos” (de las personas solicitantes) sin que pudieran “esperar un tiempo razonable”⁵⁷ para recepcionar sus solicitudes.

2.3. Denegación de recepción de solicitudes mediante cartas

La denegación de entrega de formulario para formalizar la solicitud de asilo producto de una inadmisión al procedimiento decidida en la entrevista de admisibilidad ilegal antes descrita y, por ende, la denegación de ingreso al procedimiento de forma verbal que realiza la SRR, generó que se buscaran otros caminos para lograr ingresar el procedimiento. En virtud del principio de escrituración de la Ley 19.880, lo dispuesto en el artículo 37 del Reglamento de la Ley 20.430 y lo resuelto por la Contraloría General de la República, algunas personas comenzaron a solicitar su ingreso al procedimiento de reconocimiento de la calidad de refugiado mediante carta.

Al respecto, la Contraloría General de la República ha emitido 2 dictámenes que tratan sobre el empleo de la carta como medio idóneo para formalizar la solicitud. Según el Dictamen N° 74.076, del 14 de noviembre de 2013, luego de realizar una interpretación armónica de la Ley 20.430 con la Ley 19.880, la Contraloría concluye que “el extranjero que solicite el reconocimiento de la condición de refugiado podrá concretarlo mediante la presentación de un escrito que contenga todas las prescripciones señaladas en los artículos 28 de la Ley 20.430 y 37 de su Reglamento”. En la misma línea y 5 años después, en el Dictamen N° 892 del 11 de enero de 2019, la Contraloría reafirma lo señalado, tal como señalamos en el punto 2.1 anterior. De esta forma, la Contraloría sostiene que puede solicitarse el ingreso al procedimiento mediante carta, y que esta debe ser recibida sin más trámite por parte de la autoridad.

Sin embargo, lo novedoso del período analizado en este *Informe* es que a la alta tasa de denegación de ingreso al procedimiento de

56 Amparo 1930-2018 ICA, Santiago; Confirmada apelación 24.761-2018 Suprema. Sin embargo, la Corte de Apelaciones tuvo un cambio de criterio en Amparo 232-2019 ICA Santiago.

57 Protección 252-2019 ICA Arica; Protección 373-2019 ICA Arica.

reconocimiento de la condición de refugiado y al extenso lapso que transcurre hasta que se produce la entrevista, se suma, ahora, la negativa de recepción de estas cartas de ingreso al procedimiento de asilo en la oficina de partes del DEM en Santiago y en el mismo Ministerio del Interior,⁵⁸ y en las gobernaciones provinciales de otras provincias del país. Estas últimas reparticiones públicas manifestaron, en algunos de sus informes en respuesta a las acciones de protección presentadas y en sus alegatos, que no recibían dichas cartas por instrucciones directas del DEM en Santiago.⁵⁹

En otros casos, una vez producida la recepción de la carta en la oficina de partes, se le responde a la persona instándola a acercarse presencialmente a las oficinas de la SRR para iniciar el procedimiento. Sin embargo, cuando la persona se acerca a la oficina, en ocasiones le ofrecen una nueva cita para la entrevista de admisibilidad. Este nuevo trámite se le pide sin considerar que la información necesaria y prescrita en la Ley 20.430, en su reglamento, y en el Reglamento interno de la Comisión de reconocimiento de la condición de refugiado, consta en la carta recepcionada en dicha oficina de partes. La Corte de Apelaciones de Antofagasta resolvió que dicha negligencia “afecta los derechos de libertad y seguridad individual de las recurrentes en la medida que los priva del estatuto protector de los refugiados”.⁶⁰ Esto en sí mismo vulnera el derecho a buscar y recibir asilo, pues no permite a la persona tener acceso expedito a un procedimiento de asilo. También puede ocurrir que a la persona le sea negado el ingreso al procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado, lo cual vulnera el derecho a buscar y recibir asilo antes mencionado, el derecho a la igualdad ante la ley y las propias normas establecidas en la Ley 20.430 y su reglamento.

2.4 Estándares internacionales y vulneraciones a derechos humanos

La entrevista de admisibilidad para el ingreso al procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado, las citas para la entrevista de admisibilidad, y la denegación de recepción de solicitudes mediante cartas en la oficina de partes de la SRR, generan un conjunto de violaciones de derechos humanos reconocidos y protegidos, tanto por nuestra legislación interna como por la normativa internacional.

Desde la normativa chilena, podemos advertir una serie de faltas y vulneraciones a derechos humanos, principios y reglas establecidas en diferentes cuerpos normativos. Por nombrar algunas, podemos indicar las

58 Información obtenida en virtud de la experiencia de alumnos y alumnas de la Clínica Jurídica de Migrantes y Refugiados que, al acompañar a los/as patrocinados/as a ingresar las cartas de formalización, recibían una negativa de recepción de la carta en oficina de partes.

59 Considerando tercero de Protección 252-2019 ICA Arica y Protección 373-2019 ICA Arica.

60 Corte de Apelaciones de Antofagasta, Amparo 15-2019.

vulneraciones al derecho a la vida y a la integridad física y síquica de las personas, al derecho de igualdad ante la ley, al derecho a no ser juzgado por comisiones especiales⁶¹ y al derecho de libertad personal y seguridad individual⁶², todos derechos consagrados en la Constitución Política de la República en el artículo 19 números 1, 2, 3 y 7, respectivamente.

En un segundo nivel, encontramos vulneraciones a la Ley 19.880 relativas a los principios de escrituración (la respuesta de la entrevista de admisibilidad, que de por sí es ilegal, no se entrega por escrito), de celeridad (espera de más de 5 meses para tener la entrevista de admisibilidad mencionada en la SRR), de economía procedimental (la implementación de requisitos no contemplados en la ley como la cita y la entrevista de admisibilidad son trámites dilatorios del procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado/a), de imparcialidad (pues la administración no actúa con probidad cuando no expresa los fundamentos de hecho y de derecho en los actos que afectan el derecho a buscar y recibir asilo de las personas solicitantes) e impugnabilidad (el cual se ve vulnerado por no existir un acto administrativo por escrito frente a la negativa de ingresar al procedimiento de asilo tras la entrevista de admisibilidad que permita ejercer los recursos que la misma ley contempla)^{63,64} de los artículos 5, 7, 9, 11 y 15 de dicha ley, respectivamente.

En un tercer nivel, podemos señalar vulneraciones a la Ley 20.430 relativas a los principios de no devolución (Art 4.), no discriminación (Art. 8), principios de interpretación (Art. 10), trato más favorable (Art. 11), no menoscabo (Art. 12), como, asimismo, a los derechos de ayuda administrativa (Art. 15)⁶⁵ y de buscar y recibir asilo (debido proceso).⁶⁶ Por último, y según lo han entendido la Contraloría General de la República⁶⁷ y la Corte de Apelaciones de Arica,⁶⁸ también se ve vulnerado el derecho a presentar la solicitud de reconocimiento de

61 Según lo ha entendido la ICA de Antofagasta en causas rol Protección 3472-2018 (confirmada 5289-2019 por la Corte Suprema); como así también la ICA de Arica en causas rol Protección 199-2019 (firme y ejecutoriada en 1ª instancia), Protección 252-2019 (firme y ejecutoriada) y Protección 373-2019 (firme y ejecutoriada en 1ª instancia).

62 Amparo 1930-2018 ICA Santiago; Confirmada por la Corte Suprema en Apelación causa rol 24.761-2018.

63 Protección 3472-2018 ICA Antofagasta (confirmada por la Corte Suprema en causa rol 5289-2019); Protección 793-2019 ICA Antofagasta; Protección 117-2019 ICA Iquique; Protección 144-2019 ICA Iquique; Protección 145-2019 ICA Iquique; Protección 146-2019 ICA Iquique; Protección 450-2019 ICA Iquique.

64 ICA de Antofagasta Amparo 15-2019.

65 Ley 20.430.

66 Opinión Consultiva No 25; Familia Pacheco Tineo versus República Plurinacional de Bolivia; Amparo 209-2019 ICA Santiago; Amparo 34-2019 ICA Santiago; Amparo 225-2019 ICA Santiago; Amparo 300-2019 ICA Santiago.

67 Ver nota n°49.

68 Protección 199-2019 ICA Arica; Protección 252-2019 ICA Arica; Protección 373-2019 ICA Arica.

la condición de refugiado por escrito, mediante carta, la que debe ser recibida y tramitada.

Desde el punto de vista de los estándares internacionales, si bien todos los derechos fundamentales son relevantes y deben ser protegidos, los tres problemas planteados vulneran de forma directa un derecho clave: el derecho a buscar y recibir asilo.

Este derecho se encuentra establecido en el artículo 22.7 de la CADH y, según lo ha entendido la Corte IDH en el fallo *Pacheco Tineo versus Estado Plurinacional de Bolivia*, debe ser analizado en conjunto con los artículos 8, 22.7, 22.8 y 25 de la misma Convención, considerando las directrices y criterios del ACNUR. De esta forma, el derecho analizado significa que las personas solicitantes de asilo tienen derecho a acceder a un procedimiento para la determinación de la condición de refugiado/a, que permita un correcto examen de su solicitud, de acuerdo con las garantías de debido proceso contenidas en los instrumentos internacionales aplicables.⁶⁹

Si se compara la situación actual en Chile –relacionada con los problemas de acceso al procedimiento de determinación de la condición de refugiado/a– con el estándar del derecho a buscar y recibir asilo, se pueden distinguir 3 grandes falencias relacionadas con: el acceso al procedimiento, el correcto examen de la solicitud, y el respeto a las garantías del debido proceso.

Como se analizó anteriormente, el DEM realiza una entrevista de admisibilidad al procedimiento de asilo no contemplada en la ley que, además, culmina, muchas veces, en una negativa frente al ingreso mismo a dicho procedimiento. A lo anterior se suma la citación a dicha entrevista, la que obliga a las personas, frecuentemente, a entrar o mantenerse en un estado de residencia irregular, debido a que la citación mencionada es para varios meses posteriores a la solicitud. Por último, la mencionada autoridad no recibe las cartas de ingreso al procedimiento de asilo por oficina de partes, para realizar así la solicitud de asilo por escrito. De esta manera, el Estado de Chile no solo dilata o entorpece el acceso al procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado/a, sino que impide a las personas extranjeras el ingreso al procedimiento en todas sus formas, ya sea presencial o escrita, vulnerando con ello directamente el derecho a buscar y recibir asilo, explicado precedentemente.

2.5 Los remedios jurídicos: análisis jurisprudencial

Frente a las vulneraciones ya descritas en sede administrativa, se ha acudido a la sede judicial para restablecer el imperio de los derechos

69 Corte IDH, Familia Pacheco Tineo versus República Plurinacional de Bolivia, sentencia de 25 de noviembre de 2013, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párrafos 158 y 159.

vulnerados. Sin embargo, y a pesar de las distintas estrategias utilizadas para generar la prueba que mostrara la efectiva concurrencia de la persona a la SRR –tales como declaraciones juradas, fotografías en las afueras de la SRR al momento de asistir a solicitar ingresar al procedimiento, etc.–, no todas las acciones presentadas ante los Tribunales Superiores de Justicia tuvieron un resultado favorable.

Para el presente análisis, se utilizó como fuente la jurisprudencia asociada a las causas judicializadas por organizaciones e instituciones pertenecientes a la Mesa de Movilidad Humana, de la cual la Clínica Jurídica de Migrantes y Refugiados de la UDP es parte, teniendo acceso a las sentencias anonimizadas de acciones llevadas adelante por dichas instituciones. Las sentencias analizadas de las acciones de protección fueron dictadas entre el 06 de julio de 2018 y 28 de junio de 2019, y las sentencias de las acciones de amparo fueron dictadas entre el 13 de julio de 2018 y el 05 de julio de 2019.

Tomando como base las sentencias anteriores, a la fecha de cierre de este capítulo, de 16 acciones de amparo presentadas, tres de ellas fueron acogidas en primera instancia, quedando firmes y ejecutoriadas, y otras dos acciones fueron acogidas en primera instancia y confirmadas por la Corte Suprema, es decir, en apelación; Por su parte, tres fueron rechazadas en primera instancia, quedando firmes y ejecutoriadas, otras seis acciones fueron acogidas en primera instancia pero revocadas por la Corte Suprema, esto es, en apelación, y dos acciones fueron perdidas en primera instancia y confirmadas por la Corte Suprema.

Por otra parte, de 34 acciones de protección presentadas, ocho fueron acogidas en primera instancia, quedando firmes y ejecutoriadas, y 19 fueron acogidas por la Corte Suprema en segunda instancia; mientras que cuatro fueron rechazadas en primera instancia, las cuales no fueron apeladas, y otras tres fueron rechazadas en primera instancia y confirmadas por la Corte Suprema. El total de acciones de amparo y protecciones acogidas y rechazadas, entre la primera y la segunda instancia, se refleja en la siguiente tabla.

Tabla 1

| Acciones de amparo firmes y ejecutoriadas | | Acciones de protección firmes y ejecutoriadas |
|---|------------|---|
| Acogidas | Rechazadas | Acogidas |
| 5 | 11 | 27 |

Fuente: Elaboración propia

De lo anterior se sigue que, por un lado, la mayoría de las acciones analizadas han sido acogidas por los Tribunales de Justicia (de 49 causas presentadas, 32 fueron acogidas versus 17 que fueron rechazadas), lo cual es algo positivo y que marca una tendencia favorable para el futuro. Del análisis hecho, se puede extraer también que la acción de protección sería la vía más idónea para atacar los problemas mencionados relativos al ingreso al procedimiento de asilo. Sin embargo, las sentencias que han fallado las acciones anteriores no hacen expresa mención del derecho humano a buscar y recibir asilo, lo que configura un espacio en el cual deben mejorar los Tribunales Superiores de Justicia.

A pesar de la tendencia jurisprudencial anterior, la Administración no ha adecuado su actuar al estándar del derecho a buscar y recibir asilo como un derecho humano, el cual exige un estricto apego a la ley a las garantías y derechos fundamentales de las personas. Lamentablemente, la realidad y la praxis del día a día en las dependencias del Departamento de Extranjería demuestran graves ilegalidades y vulneraciones a los derechos de las personas, específicamente, al derecho a buscar y recibir asilo.

Conviene señalar que, al cierre de este capítulo, hemos tomado conocimiento de una nueva mala práctica por parte de la SRR, implementada en el mes de agosto del presente año, aproximadamente, que consiste en exigir el pago de multa a quienes tienen sobreestadía y autodenuncia a quienes tienen ingreso clandestino para poder solicitar una cita.⁷⁰ Lo anterior es grave porque no es requisito *sine qua non* estar regular en el país para ingresar al procedimiento de reconocimiento de la calidad de refugiado, como lo dice expresamente el artículo 26 de la Ley 20.430 y el artículo 32 de su Reglamento. Así, la autoridad deniega nuevamente el derecho a buscar y recibir asilo, yendo contra una norma expresa y dilatando el procedimiento aún más. Frente a esta situación, la Clínica Jurídica de nuestra casa de estudios presentó dos acciones de protección en favor de personas a quienes se les exigió autodenunciarse para poder solicitar asilo, cuyos resultados no alcanzarán a estar disponibles al momento de la publicación de este *Informe*.

3. ATENCIÓN AL PÚBLICO E IMPLEMENTACIÓN DE SISTEMA DE RESERVAS DE HORA DE ATENCIÓN EN LÍNEA

La obtención de citas en el DEM y en la PDI es un paso indispensable y obligatorio para la realización de trámites migratorios a partir de agosto de 2018, debido al aumento de demanda en las solicitudes

70 Información obtenida durante el mes de agosto de 2019, a raíz del trabajo práctico y en terreno de los/las estudiantes de la Clínica Jurídica de Migrantes y Refugiados de la UDP, donde se detectó esta mala práctica.

de trámites a dichas instituciones. Con anterioridad a la fecha indicada, este trámite se tradujo en largas filas durante todo el día y toda la noche, donde extranjeros y extranjeras de diferentes nacionalidades debían soportar altas y bajas temperaturas, dependiendo de la estación del año, en las afueras de los edificios para reservar su turno y obtener así su atención.

Las interminables filas frente a las oficinas del DEM y la PDI dieron paso a abusos de ciudadanos extranjeros y chilenos, los cuales, organizados, cobraban entre \$5.000 y \$20.000 por reservar un espacio en dichas filas. Reportajes en distintos medios⁷¹ dieron cuenta de estas filas interminables en Santiago, y del negocio de venta de cupos, ante el que sucumben los migrantes en el afán de realizar sus trámites y retomar, lo antes posible, sus actividades laborales.

Producto de la alta demanda y de los abusos que se producían, con fecha 3 de agosto de 2018, el DEM publicó la Circular 15 que establece normas de atención al público en sus sucursales. Al respecto, el DEM en Santiago puso en funcionamiento la sede de Matucana, donde se realizan todos los trámites migratorios, y en marcha blanca implementaron un sistema de reservas de horas de atención en línea para disminuir los tiempos de espera en las inmediaciones de Extranjería.⁷²

La circular en cuestión señala que la misma fue dictada con el fin de propender a una migración segura, ordenada y regular y mejorar la calidad del servicio de atención de trámites a los usuarios del DEM, por lo que toda la atención al público deberá ser solicitada previamente vía online.⁷³ Además, la reserva de atención en línea abarcaría, en principio, todos los trámites a realizarse en el DEM,⁷⁴ tales como estampe de visas, cálculo de multas, obtención de permisos de trabajo temporario, entre otros.

Por otra parte, la Circular indica que las personas deberán contar con una cuenta única de correo, y que el DEM se reserva el derecho de ejercer las sanciones que se estimen convenientes en caso de ser detectada la creación de más de una cuenta por usuario con el fin de alterar el orden previsto de atención y/o generar beneficios indebidos y/o fraudulentos respecto al orden de las atenciones.⁷⁵ Además, se señala

71 En este sentido, Ahora Noticias: "Chilenos y extranjeros cobran entre 5 y 20 mil pesos por guardar cupos a inmigrantes". 10 de octubre de 2018. Ahora Noticias.cl: "Negocio ilícito: Detectamos nuevos grupos que venden número en largas filas de inmigrantes" (video). 17 de octubre de 2018. Radio BíoBío Chile.cl: "Denigrante venta de puestos en Extranjería: ¿es excesiva la burocracia exigida a PDI y migrantes?". 11 de octubre de 2018. Chilevisión Noticias.cl: "Inescrupuloso actuar de mafias que cobran dinero por puestos de atención en Extranjería". 18 de octubre de 2018.

72 Canal 13 "Negocio por venta de horas en extranjería" (video). 13 de enero de 2019.

73 Dichos trámites deberán ser realizados en la siguiente página web: <http://reservahora.extranjeria.gob.cl/>.

74 Departamento de Extranjería y Migración, Circular N°15, del 3 de agosto 2018.

75 *Ibid.*

que la reserva de la atención en línea es gratuita y que el DEM no se hace responsable por cobros que realicen los particulares al respecto, reservándose todas las acciones y medidas necesarias en caso de que esto ocurra.⁷⁶

Sin embargo, este sistema dio lugar a graves irregularidades, puesto que las redes que se habían formado para acaparar los puestos en las filas no estaban dispuestas a dejar escapar este nicho de negocio fraudulento. Este fenómeno lo abordaremos más adelante. Así, el problema de las largas filas cambió por un sistema digital colapsado en que las personas que necesitan realizar un trámite con fecha de vencimiento, no siempre tienen forma de hacerlo dentro de plazo,⁷⁷ exponiéndose, entonces, a una multa pecuniaria por atemporalidad del trámite.

Así lo denunció Ricardo Martínez, creador de www.midiarioenchile.com, señalando que, a pesar que ahora no hay que hacer filas de 12 horas y que la reserva de la hora de atención se realice desde la comodidad de la casa, las citas se otorgan para dos o tres semanas después.^{78,79} Maylin Nevada, fundadora de [@venezolanosenchile](https://twitter.com/venezolanosenchile), complementa lo anterior, sosteniendo que lo que se buscaba era simplificar los procesos, pero solo se consiguió complejizarlos aún más.⁸⁰ Por su parte, la Coordinadora de Migrantes, realizó una consulta pública a 452 personas, entre el 4 de marzo y el 1 de abril del presente año. El 53,8% señaló en la consulta que el servicio del DEM “ha empeorado”, un 28,3% opinó que “está igual” y un 17,9% que “ha mejorado”. Además, los consultados identificaron como el principal problema “la demora de los trámites”, con un 48,7%; “el sistema de obtención de citas”, con un 30,1%; “todas las anteriores”, con un 8,8%; falta de información, con un 6,4%; otras, con un 3,3% y discriminación, con un 2,7%.

La Subsecretaría del Interior⁸¹ reportó que, en el período comprendido entre agosto de 2018 y junio de 2019, se agendaron 517.496 citas en el DEM. Del total de las citas, los trámites que tuvieron mayor reserva de atención en línea fueron el estampado de visas con pasaporte con 121.003 solicitudes (23%); la autorización de trabajo con visa en trámite con 59.050 solicitudes (11,4%), y el estampado de visa de regularización migratoria extraordinaria con 54.678 solicitudes (10,6%).

Por su parte, la PDI también implementó, como se dijo, un sistema

76 *Ibíd.*

77 Publímetro: “El calvario de los migrantes para pedir una cita en la PDI: advierten de complicaciones para tramitar sus visas”. 14 de noviembre de 2018.

78 Canal 13: “Negocio por venta de horas en extranjería” (video). 13 de enero de 2019.

79 La Clínica Jurídica de Migrantes y Refugiados de la UDP, en su experiencia ha observado que, dependiendo del trámite a realizar, la espera por la obtención de citas por el sistema automatizado tarda aproximadamente 2 meses.

80 *Ibíd.*

81 Solicitud de Acceso a la Información Código AB001W0009990, respondida el 11 de abril de 2019.

de citas online, visible desde su sitio web (inicialmente estuvo disponible en el mismo portal de citas del DEM) y reportó haber agendado 253.773 citas para trámites migratorios, desde agosto de 2018 a marzo de 2019. El motivo de cita más frecuente es para el registro de visa por primera vez, correspondiendo a 73.603 (29% de las citas agendadas).⁸²

Ahora bien, en relación a lo mencionado anteriormente, el DEM se antepuso a los problemas que podrían tener los usuarios para realizar sus reservas online, por lo que la Circular 15 señala que, ante la imposibilidad de obtener cita, se dispondrá de un módulo de ayuda con el objeto de asistir y facilitar que los migrantes obtengan su cita de atención. Además, se señala que no se les exigirá el requisito de reserva de atención en línea a mujeres en estado de gravidez o personas con capacidades limitadas.⁸³ Sin embargo, la problemática que se da en la práctica es que no se permite el ingreso al edificio del DEM, ubicado en Matucana –que es el único lugar donde se pueden hacer trámites migratorios–, si la persona no tiene una cita previamente agendada mediante el sistema en cuestión. Esto hace que la excepción a la reserva de cita para acceder al módulo de ayuda pierda todo sentido, pues se puede asistir presencialmente en el caso de las excepciones mencionadas, pero para entrar al edificio se requiere tener una hora previa.⁸⁴

Respecto al problema relacionado con la venta de espacios en filas afuera del DEM y PDI por bandas organizadas que se daba anteriormente, podemos mencionar que dicho negocio continuó, ahora con la venta de horas online. Al respecto, es de público conocimiento que dicha venta ocurre a plena luz del día, en la puerta de acceso al edificio de Matucana; además de que hay oficinas de particulares con avisos en sus puertas o locales publicitando sus servicios de obtención de citas.⁸⁵ Esta compra-venta de citas, según lo señalado por el jefe del DEM,⁸⁶ es realizada por bandas o particulares, quienes agendan una cantidad de citas bajo un nombre y cuenta, y, al venderlas, anulan la cita para ser asumida inmediatamente por la persona que la compró.

En noviembre de 2018, el DEM hizo frente al problema en cuestión, de manera formal, mediante la dictación de la Circular 15-A, la cual señala que a fin de proveer una mejor y más eficaz atención, se dispone que aquellas personas que anulen, modifiquen y/o cambien su cita por más de tres veces en un período de 30 días, serán penalizadas con 180 días

82 Solicitud de Acceso a la Información Código AD010T0006835, respondida el 15 de abril de 2019.

83 Departamento de Extranjería y Migración, Circular N°15, de fecha 3 de agosto de 2018.

84 Circunstancias observadas por alumnos y alumnas de la Clínica Jurídica de Migrantes y Refugiados de la Universidad Diego Portales, en el ejercicio de sus funciones, el primer semestre de 2019.

85 Canal 13: "Negocio por venta de horas en extranjería" (video). 13 de enero de 2019.

86 *Ibid.*

de prohibición del uso de la herramienta de reserva de horas.⁸⁷ A su vez, la Subsecretaría del Interior⁸⁸ informó que algunas de las medidas que se han implementado para descongestionar el colapso en el sistema de reservas de atención en línea son, por ejemplo, el desarrollo de plataformas separadas para la reserva de horas entre el DEM y la PDI, para que el usuario pueda distinguir con facilidad a qué institución debe recurrir. Además, la misma autoridad señaló que cada cita agendada genera un comprobante de la misma con un código QR enviado a los datos registrados en el sistema. Este comprobante es revisado con el documento de identidad de la persona verificando el nombre y número de documento al momento de ingresar a las dependencias del DEM. De esta forma, se asegura que quien pide la cita sea la misma persona que concurre a realizar el trámite. Sin embargo, en la actualidad, no se estaría escaneando dicho código sino que solo se exhibe la información de la cita.⁸⁹

Como indicamos anteriormente, el problema del colapso del sistema de citas ha sido denunciado por distintas personas y organizaciones. Esto se ha hecho a través de distintos medios en reiteradas oportunidades. Al respecto, la sección de Economía y Negocios del diario El Mercurio se ha referido a esta problemática, señalando que han sido muchos los extranjeros que han escrito al periódico denunciando que no han podido conseguir cita.⁹⁰ Respecto a esta problemática y los trámites a los que se accede mediante obtención de cita on line, Jonathan Pisco, administrador del sitio *Un peruano en Chile*, declaró que “los más críticos son los que están pidiendo documentos para acceder a la visa definitiva”.⁹¹

En cuanto a la imposibilidad de los usuarios para conseguir citas de trámites en la PDI, el comisario Pablo Merino, jefe del Departamento de Control de Fronteras, afirmó que “la agenda se abre todos los viernes por la tarde, con más de 1.300 horas disponibles para la semana siguiente”.⁹² Cabe destacar que los trámites que se realizan ante esta institución, son trámites esenciales para la obtención de cédulas de identidad y solicitud de permanencia definitiva en el país, tales como el registro de visa⁹³ o la solicitud de certificado de viaje.

87 Departamento de Extranjería y Migración, Circular 15-A, de fecha 19 de noviembre de 2018.

88 Solicitud de Acceso a la Información Código AB001W0010010, respondida el 23 de abril de 2019.

89 Información obtenida durante la tramitación de causas por alumnos de la Clínica Jurídica de Migrantes y Refugiados de la Universidad Diego Portales.

90 Economía y Negocios.cl: “Brasileña complicada por lo difícil que es obtener hora para acceder a la visa”. 23 de enero de 2019.

91 Publimetro: “El calvario de los migrantes para pedir una cita en la PDI: advierten de complicaciones para tramitar sus visas”. 14 de noviembre de 2018.

92 *Ibíd.*

93 El DL 1.094 en su artículo 52 establece que hay un plazo de 30 días para registrar la visa y para obtener la cédula de identidad, de lo contrario, según el artículo 72, serán sancionados con multas de 1 a 20 sueldos vitales y, en caso de reincidencia, se podrá disponer el abandono o expulsión del país.

Respecto de la ilegalidad de las ventas de atenciones en línea, el jefe del DEM, Álvaro Bellolio, ha declarado que no se trata de un delito en sí mismo, ya que no es una conducta típica.⁹⁴ Sin embargo, se ha reportado que se ha podido sancionar a estas personas cuando han cometido otros delitos punibles, como es el caso de un sujeto que agendaba citas con la finalidad de ofrecer servicios relacionados a trámites de extranjería, utilizando el logo y nombre de la PDI, incurriendo, entonces, en el delito de infracción a la Ley Orgánica de la PDI.⁹⁵

Para hacer frente al problema de no obtención de horas de atención en línea debido a la alta demanda y las otras problemáticas mencionadas, la Subsecretaría del Interior señaló que generaría nuevos mecanismos técnicos para evitar los obstáculos de las personas al momento de reservar sus horas. Con ese objetivo crearon una “lista de espera” en el orden de ingreso de la solicitud de reserva.⁹⁶ Para anotarse en la lista de espera, los usuarios deben ingresar al mismo portal de la reserva de atención en línea, en el cual se les permitirá, cada martes desde las 12:00 horas, reservar su cita de manera online, y, en caso de haber alcanzado el máximo diario de horas agendadas, se generará un “número de espera” que les permitirá a los usuarios no perder su orden de preferencia.

De acuerdo a lo señalado por Bellolio, en los 10 primeros días de implementación de la lista de espera, se habían inscrito 16 mil migrantes lo que, de acuerdo a la sección de Economía y Negocios del diario El Mercurio, duplicaría la lista de espera de pacientes que necesitan una atención incluida en el plan AUGE que, a diciembre de 2018, era de 7.593 personas.⁹⁷ El asesor de la Subsecretaría del Interior en temas de modernización, Vartan Ishanoglu, sostuvo en su momento que la saturación de citas para extranjeros podría solucionarse en un lapso de tres a seis meses, aproximadamente. Por su parte, Guillermo Pérez Ciudad, investigador del Instituto de Estudios Sociales (IES), considera que los trámites por internet no son una solución duradera en el tiempo, pues el DEM no tiene la infraestructura necesaria para hacerse cargo de casi 1,5 millones de personas.⁹⁸ Desde nuestra experiencia, concordamos con que el DEM no tiene la infraestructura adecuada para atender las necesidades de las personas migrantes y solicitantes de asilo y observamos que a un año de haberse implementado el sistema de citas en la

94 Ahora Noticias: “Negocio ilícito: Detectamos nuevos grupos que venden número en largas filas de inmigrantes” (video). 17 de octubre de 2018.

95 Canal 13: “PDI detuvo a sujeto que usó nombre y logo de institución para ofrecer citas por temas de extranjería”. 16 de enero de 2019.

96 A dicha información se tuvo acceso mediante Solicitud de Acceso a la Información, de fecha 23 de abril de 2019, N°AB001W0010010.

97 Economía y Negocios: “Lista de espera para citas en Extranjería duplica la del AUGE: Hay 16 mil inscritos”. 8 de marzo de 2019.

98 *Ibid.*

Región Metropolitana, la espera por la obtención de hora de atención sigue siendo la misma. Si bien el sistema de citas disminuyó las filas en las afueras del edificio del DEM a altas horas de la madrugada, no ha sido suficiente para resguardar la dignidad de las personas migrantes. La tramitación de una visa temporaria cualquiera o de una visa sujeta a contrato de trabajo implica, al menos, 2 citas en el DEM (de entrega de vale vista con el pago del derecho a la visa y para el estampado de la misma) lo que implica, por lo bajo, 10 meses solo de espera para la realización del trámite. Si una persona chilena tuviera que esperar casi 1 año para renovar su carné de identidad, ¿sería concebible? Creemos que no, y tampoco lo es para una persona migrante.

Estimamos, además, que es de suma importancia que haya certeza respecto de cuáles son las implicancias de estar en lista de espera cuando hay un trámite migratorio con un plazo específico, cuyo incumplimiento acarrea una sanción. Mediante llamada al call center del DEM el 24 de junio de 2019,⁹⁹ nos informaron que, al estar en lista de espera para otorgamiento de hora de atención, se suspenden todas las sanciones que pudieran generarse por el transcurso del tiempo en que la persona está en la lista de espera o esperando su cita; sin embargo, no existe información oficial y escrita al respecto. Además, consideramos que es fundamental que haya un servicio de apoyo en el proceso de reserva de horas de atención para aquellas personas que no tengan acceso a conectividad online o que carezcan de los conocimientos necesarios para poder hacer el trámite por sí mismas.

Si bien en un inicio el sistema de reserva de horas en línea solo se aplicaba en la Región Metropolitana, pronto se comenzó a implementar en las distintas gobernaciones provinciales del país. Así, Ricardo Spröhnle, abogado y jefe de la unidad que depende de la Gobernación de Elqui, ha señalado que el colapso en la atención en la Gobernación respondía a cambios estructurales producidos por la creación de un futuro Servicio de Migración.¹⁰⁰ Por su parte, Rodrigo Aracena, abogado y ex trabajador de la Oficina de Extranjería de Coquimbo, indica que no existe un avance real en mejorar el servicio en tema migratorio ya que el año 2016 se otorgaban diariamente 150 números de atención diaria, luego se disminuyó a 125, y hoy se efectúan solo 50 atenciones diarias, lo que para él es clara señal de un retroceso.¹⁰¹

Bajo la óptica del ordenamiento jurídico chileno, lo descrito atenta directamente contra el principio de celeridad consagrado en la Ley 19.880, la cual establece las bases de los procedimientos administrativos

99 llamada realizada por Fernanda Gutiérrez, co-autora de este capítulo.

100 Diario El Día: "Migrantes denuncian largas filas y pernотaciones en oficinas de Extranjería": 15 de enero de 2019.

101 *Ibid.*

que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado. El artículo 7 de la ley en comento señala que los órganos de la Administración del Estado deberán hacer expeditos los trámites que debe cumplir el expediente y remover todo obstáculo que pudiere afectar a su pronta y debida decisión. Por lo anterior, disminuir el número de atenciones diarias para realizar los trámites, está reñido con lo que dicho principio señala.

Además, desde el punto de vista de los estándares internacionales, cuando hay niños, niñas y adolescentes envueltos en un proceso migratorio —de forma directa cuando ellos/as son titulares de visa o de forma indirecta cuando son sus padres y madres quienes tramitan sus residencias—, las largas esperas para la obtención del visado pueden vulnerar el interés superior de niñas y niños,¹⁰² exponiéndolas/os a estar meses sin tener un carné de identidad vigente, lo que puede obstaculizar o demorar su acceso a la educación o a la salud, e incluso, eventualmente, vulnerar su derecho a la protección de la familia, si sus padres son sancionados por esta espera.

Por su parte, Chile ha suscrito la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, donde se estipula que se debe asegurar el adecuado desenvolvimiento y protección de ciertos grupos (según raza, color, linaje u origen nacional o étnico) con el fin de garantizar en condiciones de igualdad el pleno disfrute de sus derechos humanos y de sus libertades fundamentales.¹⁰³ El sistema de citas, al ser un sistema diferenciado de tramitación de actos administrativos creado, exclusivamente, para las personas migrantes como grupo social, refleja un tratamiento diferenciado que contraviene la Convención en cuestión, por cuanto las personas chilenas no están sujetas a esperas de 5 o más meses para realizar trámites administrativos análogos, como pago de multas, obtención de certificados u otro tipo de gestiones ante autoridades administrativas.

Así también, Chile suscribió la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares,¹⁰⁴ la cual asegura que los Estados partes deben propiciar que los/las trabajadores/as migrantes tengan acceso e información sobre la tramitación de sus documentos. Esto en razón de que puedan ejercer sus derechos en óptimas condiciones por lo que, al no darse esas condiciones, se vulneran los artículos 65, 69, y 70 que señalan, entre

102 Asamblea General, Convención sobre los Derechos del Niño, Naciones Unidas, Treaty Series, vol. 1577, 1989, p. 3.

103 ONU: Asamblea General, Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, United Nations, Treaty Series. 1965, Art. 2.2.

104 Asamblea General de las Naciones Unidas, Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares, 18 de diciembre de 1990, 45/158.

otras cosas, que el Estado debe asegurar el suministro de información y asistencia apropiada en todo el proceso migratorio (desde la partida del país de origen hasta la llegada e, incluso, un eventual regreso), su disposición a evitar la persistencia de la irregularidad de trabajadores/as migratorios/as y sus familiares, y la consideración de las circunstancias particulares de cada persona al momento de evaluar su regularización, como sus circunstancias de entrada, duración de su estancia en el Estado donde será empleada y su situación familiar. La implementación del sistema actual de reservas de horas que expone a las personas a quedar en situación de irregularidad migratoria y, por tanto, en riesgo de ser expulsadas, mientras esperan su asignación de hora y su cita, contraviene los preceptos mencionados, por cuanto la autoridad tiene la potestad discrecional de emitir órdenes de expulsión, aun cuando las personas se encuentren a la espera de su hora de atención para realizar su trámite migratorio.¹⁰⁵

Asimismo, se transgrede el derecho de circulación y residencia prescrito en el artículo 22 de la CADH, puesto que las personas no tienen acceso a los documentos que acreditan su regularidad migratoria en el país, mientras esperan poder realizar sus trámites. En este sentido, no pueden circular ni residir de manera regular —y sin temor— en el país por motivos ajenos a su voluntad.

Por último, con el propósito de realizar una investigación a cabalidad sobre esta arista del problema migratorio, el 7 de junio del presente año, Fernanda Gutiérrez —coautora de este capítulo del *Informe*— solicitó audiencia con Álvaro Bellolio, exponiendo que requeriría información sobre el sistema de reserva de horas. Dicha audiencia fue denegada bajo el argumento de que “no corresponde con las materias asociadas a la Ley de Lobby. Información requerida se encuentra en la web de extranjería”.¹⁰⁶

Consultada la Subsecretaría del Interior por reclamos frente al sistema online de toma de citas analizado, dicha institución reportó que no es posible informar sobre la cantidad de quejas recibidas por el DEM respecto del sistema de citas, ya que no cuentan con una sistematización de la información en cuestión. Argumentaron que, para generar dicha información, la totalidad de los y las funcionarios/as de la Sección de Estudio del DEM tendría que trabajar cruzando el contenido de los reclamos que ingresan por los diversos canales de atención ciudadana a la Subsecretaría, lo cual sería excesivamente oneroso para el organismo.¹⁰⁷

105 Decreto Ley N° 1.094 que Establece las Normas de los Extranjeros en Chile, artículo 71.

106 Respuesta a solicitud de audiencia mediante Ley de Lobby.

107 A dicha información se tuvo acceso mediante Solicitud de Acceso a la Información, de fecha 23 de abril de 2019, N° AB001W0010009.

En conclusión, un sistema de citas que tuvo como objetivo inicial restablecer la dignidad de las personas, evitando filas por largas horas en espera de la atención, terminó generando lo que prometía eliminar. La dignidad de las personas se ve igualmente vulnerada por un sistema excesivamente lento, que no permite acceder oportunamente a los trámites migratorios, obligando a las personas, incluso, en los casos ya explicados, a permanecer en el país con documentos vencidos o a caer en manos de las redes de venta ilegal de citas. Esto atenta contra los derechos de las personas trabajadoras migrantes y sus familias, los derechos de los niños, niñas y adolescentes y la igualdad ante la ley. Si bien el sistema de citas ha ido mejorando en su eficiencia, se requieren medidas más drásticas que permitan reducir las listas de espera y disminuir la cantidad de meses para acceder a los trámites en cuestión.

4. CAMBIOS ADMINISTRATIVOS ANTE LA CRISIS MIGRATORIA VENEZOLANA

4.1. Antecedentes

Ante el importante movimiento de flujos mixtos¹⁰⁸ provenientes de Venezuela durante los últimos años, debido a la crisis política y social en ese país, Chile ha visto un importante ingreso de personas de esa nacionalidad, por lo que el actual gobierno ha implementado medidas administrativas para ordenar la entrada e integración de las personas venezolanas al territorio nacional.

La primera medida fue la creación del Visado de Responsabilidad Democrática,¹⁰⁹ (en adelante, VRD), que entró en vigencia el 16 de abril de 2018. Esta visa fue analizada en el capítulo sobre “cambios en materia migratoria”, del *Informe 2018*.¹¹⁰ Dicha visa permite a los nacionales de Venezuela residir en Chile por un año, prorrogable por el mismo período de tiempo. Durante ese lapso se les permite trabajar y, eventualmente, solicitar la permanencia definitiva, si las personas desean pedirla. Inicialmente, esta visa debía solicitarse en los consulados

108 Según la 3ª Edición del Glosario sobre Migración de la OIM (2019), el flujo mixto (migración mixta o movimiento mixto) puede definirse como “un movimiento en el cual una cierta cantidad de personas viajan juntas, generalmente de manera irregular, usando las mismas rutas y medios de transporte, pero debido a distintas razones. Quienes viajan como parte de un flujo mixto tienen diversos perfiles y necesidades, y pueden incluir personas solicitantes de asilo, refugiadas, personas víctimas de tráfico, niños, niñas y adolescentes no acompañados/separados, y migrantes irregulares”. Traducción libre.

109 Ministerio de Relaciones Exteriores, *Circular N°96 Instruye sobre otorgamiento de Visado de Responsabilidad Democrática para nacionales de la República Bolivariana de Venezuela*, 9 de abril 2018.

110 Francisca Vargas, “Derechos de las personas migrantes y refugiadas: Cambios en materia migratoria en Chile”, en Tomás Vial (ed.), *Informe 2018*, Santiago, Universidad Diego Portales, 2018, pp. 485-538.

chilenos en Venezuela y requería pasaporte vigente –en un principio no se señaló cuanto tiempo de vigencia requería, luego se especificó que se requería 18 meses de vigencia del documento al momento de ingresar la solicitud¹¹¹, certificado de antecedentes penales y fotografía tamaño carnet. Sin embargo, desde el 24 de junio de 2019, la VDR puede solicitarse en cualquier Consulado de Chile en el exterior según la información oficial del Ministerio de Relaciones Exteriores en su página web y el Oficio Circular N° 160 de la Subsecretaría de Relaciones Internacionales del Ministerio de Relaciones Exteriores, de fecha 5 de junio de 2019. La circular solo especifica que, tratándose de solicitudes tramitadas en el exterior de Venezuela, quien la solicite debe contar con situación migratoria regular en el país donde postule. El resto de los requisitos fueron difundidos a través de internet,¹¹² y la información que no aparece en ese sitio web debe ser solicitada directamente al consulado en que se pedirá la visa.

Se trata de una visa consular adicional, independiente de la visa de turismo o de la solicitud de asilo en frontera, para hacer ingreso al territorio chileno. Sin embargo, al momento de anunciar la visa, se dio a entender que la única forma de ingresar a Chile desde Venezuela para residir en el país sería por medio de esta nueva visa consular y que, a partir del 8 de abril del 2018, una persona venezolana que ingresara al país no podría cambiar su estatus migratorio,¹¹³ lo que provocó gran confusión.

Adicionalmente, y como segunda medida, la Subsecretaría del Interior y Seguridad Pública, en virtud de lo acordado en la Declaración de Quito sobre movilidad humana de ciudadanos venezolanos en la región, resolvió calificar documentos de viaje vencidos de nacionales venezolanos, tanto pasaportes como cédulas de identidad, emitidos desde 2013, como documentos de viaje de análoga naturaleza por un período de 2 años, desde el 22 de abril de 2019, cuando se publicó dicha resolución en el Diario Oficial.¹¹⁴ Aunque esta medida facilitó el ingreso y residencia de personas venezolanas en Chile, no se transparentó la razón de fijar como fecha de corte el año 2013, solucionando solo de forma parcial el problema que tienen las personas de ese país de origen para conseguir documentos de identidad y poder migrar de

111 Así lo instruí el Consulado de Chile en Caracas en su cuenta Twitter (@cgchilecaracas), primero, el 15 de abril de 2018 y, luego, el 6 de junio de 2018, respectivamente.

112 Chile.gob: "Información sobre visa de responsabilidad democrática, Chile en el Exterior, Ministerio de Relaciones Exteriores".

113 Venepress: "Venezolanos que ingresen a Chile como turistas no podrán solicitar residencia". 14 de abril 2018.

114 Ministerio del Interior y Seguridad Pública, *Resolución Exenta N°2.087 Califica documentos de viaje vencidos de nacionales venezolanos como documentos de viaje de análoga naturaleza en los términos y vigencia que se indican e imparte instrucciones generales que señala*, 18 de abril 2018.

una forma segura y regular. Esto dejó a la deriva a miles de venezolanas y venezolanos que no tienen pasaporte emitido desde el año 2013 y que, a pesar de haber obtenido algún visado para residir en Chile, se ven impedidos/as de poder ejercer su derecho a concluir el proceso de regularización. Lo anterior resulta discriminatorio.

4.2. Crisis migratoria

A mediados de junio del presente año, diversos medios¹¹⁵ reportaron un colapso en la frontera de Perú con Chile, específicamente, en el paso fronterizo Chacalluta, lo que atrajo la atención de la opinión pública. Para hacer frente a esta situación en la frontera norte del país, el 22 de junio del presente año, mediante una publicación en *El Mercurio*,¹¹⁶ el gobierno dio a conocer una nueva medida administrativa mediante resolución exenta: la creación de visto consular de turismo para los nacionales de la República Bolivariana de Venezuela.¹¹⁷

Esto, según señala el decreto en el considerando 7^o,¹¹⁸ debido a que Perú habría comenzado a solicitar pasaporte ordinario con visto consular para su ingreso al país, desde el 15 de junio, lo que, según la autoridad, hacía prever un aumento del flujo de migrantes venezolanos, en calidad de turistas, hacia las fronteras de Chile.

La inmediatez de la medida provocó gran angustia y desesperación, tanto a las personas que se encontraban en la frontera como a quienes ya habían adquirido previamente sus pasajes de ingreso a Chile con fecha posterior a la entrada en vigencia del visado en cuestión. La aglomeración de personas, tanto en el paso fronterizo de Chacalluta como en el paso fronterizo Pisiga-Colchane, fue multitudinaria,¹¹⁹ y tuvieron que ser trasladadas a los consulados de Tacna y La Paz. Sobre esto volveremos más adelante. La situación de decenas de niñas, niños, adolescentes, personas enfermas y mujeres embarazadas acampando a la intemperie se hizo crítica a tal extremo que una mujer en séptimo mes de gestación sufrió un aborto espontáneo intentando obtener visa consular en Tacna. La mujer habría

115 En este sentido, Mega: "Cientos de personas intentan ingresar a Chile por el paso fronterizo de Chacalluta". 19 de junio 2019; y T13.cl: "La larga travesía de los venezolanos hacia Chile". 21 de junio 2019.

116 *El Mercurio*: "Gobierno exigirá a partir de hoy visa consular a venezolanos, tal como lo hizo con los haitianos". 22 de junio de 2019.

117 Ministerio del Interior y Seguridad Pública, *Decreto N°237 Establece Visto Consular de Turismo a Nacionales de la República Bolivariana de Venezuela*, 22 de junio de 2019.

118 *Ibid.*

119 T13: "Gobierno por venezolanos en la frontera: 'Hay personas que llevan uno o dos años en el Perú'". 24 de junio de 2019. Frente a esta situación, el director del Servicio Jesuita a Migrantes, José Tomás Vicuña, en distintos medios de comunicación, señaló la existencia de lactantes en estas aglomeraciones, quienes pasaron días a la intemperie y sin alimentación. En este sentido, ver *Emol.com*: "Servicio Jesuita a Migrantes por situación de venezolanos en la frontera: 'Los DD.HH. no son hasta que me convenga'". 24 de junio de 2019.

acampado en las afueras del consulado chileno en dicha ciudad por 10 días sin que le dieran prioridad de atención en el consulado.¹²⁰

Parte del caos en Tacna, principalmente, se ha provocado por la falta de información certera y congruente. En relación con esto, las autoridades del gobierno de Chile han manifestado, en reiteradas oportunidades y por distintos medios, que las personas que no cuenten con pasaporte podrán optar por un salvoconducto consular.¹²¹ Además, han insistido en que las personas adultas o niños/as que tengan familiares en Chile, podrán solicitar reunificación familiar.¹²² Con motivo de esta investigación y para corroborar lo señalado por el gobierno, en los meses de julio y agosto, se realizaron llamadas a los servicios de atención al público en distintos días para preguntar sobre los procedimientos tendientes a solicitar el salvoconducto y/o la reunificación familiar. El *call center* del DEM¹²³ respondió que dichos procedimientos no existen, mientras que el *call center* del Ministerio de Relaciones Exteriores puntualizó que no tenían conocimiento de esos procedimientos y que recomendaban solicitar la información directamente en los consulados. Siguiendo el consejo, se tomó contacto con los consulados chilenos en Caracas, Puerto Ordaz, Bogotá, Quito, Lima y Tacna,¹²⁴ el 19 de julio del presente año mediante correo electrónico y, a la fecha del cierre de este capítulo, no se ha recibido respuesta alguna. Asimismo, el día 12 de agosto de 2019 se intentó tomar contacto telefónico con los consulados chilenos en Caracas, Puerto Ordaz y Maracaibo, sin éxito.

Además, mediante solicitud de acceso de información, se pidió el sustento normativo y detalle de los procedimientos de solicitud del salvoconducto¹²⁵ y de reunificación familiar,¹²⁶ respecto a las cuales solo se respondió de manera parcial la solicitud respecto del salvoconducto consular. Dicha respuesta indica que, en virtud del artículo 66 del Decreto Supremo N° 172 de 1977, en casos calificados y de justificada excepción, el Ministerio de Relaciones Exteriores podrá autorizar a los

120 La Tercera: "Venezolana sufre aborto tras pasar 10 días fuera de consulado en Tacna". 13 de julio de 2019.

121 Cooperativa: "Director de Extranjería: Los venezolanos ingresan mintiendo al oficial de frontera". 1 de julio de 2019.

122 C13: "Venezolanos que quieren entrar a Chile siguen durmiendo en la frontera". 24 de junio de 2019.

123 Llamada realizada por Claudia Charles Pacheco, co-autora de este capítulo, con fecha 17 de julio de 2019.

124 Nuestros agradecimientos a Begoña Asunción Vergara Yarza, integrante del Proyecto VenSit ACNUR-Centro de Derechos Humanos de la UDP, por las gestiones realizadas.

125 Solicitud de Acceso a la Información al Ministerio de Relaciones Exteriores, Código AC001T0001950, respondida el 17 de julio mediante carta del Ministerio de Relaciones Exteriores.

126 Solicitud de Acceso a la Información a la Subsecretaría del Interior y Seguridad Pública, Código AB001T0000972, sin respuesta a la fecha.

funcionarios consulares a otorgar salvoconductos a un extranjero para el solo efecto de ingresar a Chile.¹²⁷

No fue sino hasta el día 13 de agosto de 2019 cuando, mediante la plataforma de mensajería Whatsapp y por motivos ajenos a esta investigación, las coautoras recibieron la Resolución Exenta N° 3.042¹²⁸ que imparte instrucciones para el otorgamiento de salvoconductos para nacionales venezolanos, la cual fue publicada en el Diario Oficial el 20 de agosto de 2019. En esta parte es importante detenerse, ya que la resolución en cuestión sólo instruye a los funcionarios de los consulados chilenos en el exterior respecto de quiénes son aptos para solicitar dicho documento, siendo la principal causal facilitar la reunificación con familiares residentes en Chile. Cabe hacer notar que, según el artículo 22 del Decreto Ley 1.094, “residentes” son aquellas personas que cuenten con una visa sujeta a contrato de trabajo, visa de estudiante, visa temporaria o visa de refugiado, por lo que el salvoconducto no aplica a personas con visa de turismo en Chile, o con ingreso o residencia irregular. Explícitamente se señala –de manera confusa, a nuestro juicio– que los vínculos familiares en Chile podrán ser aplicables a cónyuges, a personas con las que mantengan una relación, de conformidad a la ley chilena, equivalente al matrimonio, o a hijos solteros menores de edad o que estén a su cargo. Además, señala que los adultos con necesidades humanitarias también podrán solicitar salvoconductos. En este sentido, no queda claro si la persona que reside en Chile debe ser el hijo o la hija de quien se encuentra fuera del país, debiendo el padre o madre solicitar la reunificación familiar desde el exterior o, por el contrario, pueda también tratarse de hijos/as mayores de edad en Chile, con independencia de su estado civil, que sostengan económicamente a sus padres, pues la frase “o que estén a su cargo” es ambigua y puede interpretarse en ambos sentidos. Como la redacción es confusa, también podrían generarse situaciones, que no sabemos si están o no contempladas en la norma, como, por ejemplo, el caso de un niño o una niña no acompañado/a, o acompañado/a de algún otro familiar, que esté solicitando desde fuera de Chile reunificarse con sus padres que residen en Chile. Nos parece que la redacción de la resolución debe ser modificada, para incluir de forma expresa una situación como la anterior. Si hablamos de reunificación familiar y de razones humanitarias para solicitar el salvoconducto, podemos con seguridad concluir que el salvoconducto está pensado para grupos vulnerables

127 La respuesta no indica el procedimiento para solicitar dicho documento por lo que se realizó un recurso de amparo por denegación de acceso a la información, con fecha 23 de julio de 2019, con rol C5300-19.

128 Ministerio del Interior y Seguridad Pública, Resolución Exenta N°3.042, de fecha 9 de agosto de 2019, que “Imparte instrucciones para el otorgamiento de salvoconductos a nacionales venezolanos”.

como las mujeres y los niños, niñas y adolescentes, en el caso de la reunificación familiar, y para personas con enfermedades graves, en situación de discapacidad, entre otras, dentro del concepto de “casos excepcionales y de especial complejidad”. Siendo así, la resolución debe asegurar que los grupos anteriores puedan acceder sin problemas al salvoconducto, disminuyendo el espacio a una interpretación desfavorable de la norma, sobre todo cuando no queda claro si el listado que se allí se señala es o no taxativo.

Al momento de la emisión de la resolución exenta, no se comunicó cuál es el procedimiento para solicitar dicho documento. No fue sino hasta el día 01 de septiembre de 2019 que, en la página informativa de Servicios Consulares de Chile, se informó que en el marco de una solicitud de VRD, la persona que quiera solicitar salvoconducto debe completar una solicitud de visado¹²⁹ y adjuntar en sección “Pasaporte” los siguientes documentos: a) cédula de identidad, b) certificado de matrimonio, acta de nacimiento y de estado civil, los cuales deben estar apostillados, para acreditar relación familiar con el pariente residente en Chile, c) si los hijos son mayores de edad, deberá adjuntar declaración jurada firmada ante notario y apostillada que viven a expensas de sus padres y que, a su vez, no poseen familia propia.

En virtud de lo anterior, concluimos que la protección del derecho a la reunificación familiar y de los “casos excepcionales y de alta complejidad” se realizaría de forma concreta solo mediante la entrega de salvoconductos con el único objeto de solicitar la VDR. El procedimiento para solicitar el salvoconducto, entonces, está estrechamente vinculado al creado para solicitar dicha visa. De esta forma, no es que exista un salvoconducto para la reunificación familiar o para casos excepcionales y complejos, sino que la vía de protección sigue siendo la VDR y el salvoconducto solo viene a hacerse cargo de la imposibilidad de las personas venezolanas de contar con un pasaporte vigente que les permita solicitarla.

El traslado de las aglomeraciones en el paso fronterizo de Chacalluta a las inmediaciones del consulado chileno en Tacna, derivó en que muchas personas decidieran acampar en ese lugar mientras esperaban ser atendidas,¹³⁰ causando gran incomodidad en la localidad de Tacna¹³¹ y provocando, incluso, el malestar de la autoridad local.¹³² El 26

129 Servicios consulares: “Visa de Responsabilidad Democrática”, <https://serviciosconsulares.cl/tramites/visa-de-responsabilidad-democratica>.

130 C13: “Venezolanos que quieren entrar a Chile siguen durmiendo en la frontera”. 24 de junio de 2019.

131 CHV Noticias: “Locutor radial peruano exhortó a que venezolanos se tomen el consulado chileno en Tacna”. 17 de julio de 2019.

132 Cooperativa: “Gobernador de Tacna emplazó a Chile a solucionar situación de venezolanos en consulado”. 27 de julio de 2019.

de junio de 2019, el Consulado General de Chile en Tacna publicó un comunicado mediante su página de Facebook,¹³³ donde anunció que la tramitación de las visas consulares de turismo y VRD se realizarán, exclusivamente, de forma online con el fin de disminuir las aglomeraciones en los alrededores del consulado. Además, se informó que la VRD solo se podrá solicitar si la persona tiene menos de 90 días de estadía en Perú y que los documentos de salvoconducto se tramitarán únicamente para menores de 18 años.

Posteriormente, el 9 de agosto de 2019, el canciller chileno Teodoro Ribera anunció en rueda de prensa¹³⁴ la creación del Centro de Atención de Visados en la ciudad de Lima, el cual será el encargado de gestionar la documentación que requieran las personas venezolanas para optar a las visas chilenas. Las solicitudes ingresadas con posterioridad al 16 de agosto del presente año, se realizarían de forma online solo a través del Consulado de Chile en Lima para centralizar la información. Esto significó que centenares de personas que se encontraban en Tacna esperando tramitar allí sus visas, tuvieron que movilizarse más de 1.222 kilómetros desde Tacna a la capital peruana, lo que implica poco más de 17 horas por carretera, movilizadas en automóvil o transporte público, y más de 300 horas haciendo el trayecto a pie¹³⁵. Es cuestionable que un cambio de tal envergadura se hiciera con una semana de anticipación a su entrada en vigencia, tiempo que no permite una adecuada coordinación y organización de las personas que se encontraban en Perú teniendo a Chile como destino, mucho menos para quienes se encontraban hace días acampando en la intemperie en la frontera Tacna-Arica, muchos de ellos con el dinero justo para los trámites migratorios y para asegurar su ingreso a Chile mediante la VDR, imposibilitados de pagar transporte para dirigirse a Lima.

Por otra parte, para esta investigación se realizó una solicitud de acceso de información al Ministerio de Relaciones Exteriores respecto de las solicitudes de visas de turismo consular para personas venezolanas y de visa consular para personas venezolanas aprobadas.¹³⁶ Este Ministerio informó que, hasta el 23 de julio de 2019, se habían solicitado un total de 15.141 visas de turismo, siendo aprobadas un total de 1.678. El 68% del total de las solicitudes fueron ingresadas a los consulados en Venezuela y solo el 23,8% fueron aprobadas en esos consulados.

133 Facebook: Consulado General de Chile en Tacna. En virtud de la información en la página oficial del Consulado en esta plataforma, la tramitación de la VRD será exclusivamente mediante la página web <https://tramites.minrel.gov.cl/>.

134 24horas, "Venezolanos en Tacna tendrán que viajar a Lima para tramitar ingreso a Chile", 11 de agosto de 2019.

135 Distancia y tiempo informado de acuerdo a Google Maps.

136 Solicitud de acceso a la Información Código AC001T0001953 a Ministerio de Relaciones Exteriores, respondida el 26 de julio de 2019.

Únicamente en Tacna se habrían solicitado 181 visas de turismo y aprobado 69 en el mismo periodo de tiempo. Esta información contradice un comunicado del Ministerio, publicado el 13 de julio, donde declaraba que hasta el 12 de julio se habrían entregado 530 visas de turismo en el consulado de Tacna.¹³⁷

Desde nuestro punto de vista, es óptimo que exista la opción de tramitar las solicitudes de visado en línea. Sin embargo, discrepamos de su implementación exclusiva en un consulado determinado, pues ello es caldo de cultivo para el surgimiento de redes inescrupulosas que cobran por facilitar la tramitación o que, derechamente, estafan a las personas prometiéndoles el otorgamiento de la visa sin necesidad de seguir el conducto regular. Por otra parte, el “cambio de planes” realizado por las autoridades traspasando la tramitación de la VDR al Consulado de Lima, provocó desesperación y una gran incertidumbre en la población que quería conseguir esa visa. Dentro de las opciones que tenía, estaba movilizarse a Lima con el gran costo en dinero y tiempo que eso significaba, enfrentando los riesgos de movilizarse con niños/as pequeños/as, adultos mayores y personas enfermas en dicho trayecto; quedarse en Tacna sin la posibilidad de obtener documentación; o, peor aún, contratar los servicios de redes de tráfico de migrantes para ingresar a Chile en forma clandestina, lo que expone a las personas a graves vulneraciones, como violencia sexual si se trata de mujeres o niñas, campos minados en el trayecto, o a morir de hambre, sed o fatiga en medio del desierto. El haber sometido a personas, con opciones muy limitadas, a cambios administrativos casi inmediatos y con consecuencias graves, demuestra que estas medidas no fueron implementadas bajo la óptica de los estándares de los derechos humanos.

4.3 Estándares internacionales

Si bien el Estado de Chile está facultado, en virtud de su soberanía, para decidir quiénes pueden –o no– entrar a su territorio, esta facultad tiene como límite los derechos humanos de las personas.^{138,139} La norma que permite la exigencia de visados de turismo consular señala que las mismas son excepcionales y pueden establecerse por motivos de interés nacional o por motivos de reciprocidad internacional.¹⁴⁰ Presumir que la exigencia de visa consular por parte de Perú a personas provenientes de Venezuela significará un aumento indudable de venezolanos/as en

137 El Dínamo: “Muere un hijo en gestación de venezolana en las puertas del Consulado en Tacna”. 13 de julio de 2019.

138 Corte IDH. *Caso Vélez Loor contra Panamá*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 23 de noviembre de 2010.

139 Corte IDH. Opinión Consultiva 18-03. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Decisión del 17 de septiembre de 2003, párr. 168.

140 Ministerio del Interior, Decreto N°597 del 24 de noviembre de 1984 que establece el Reglamento del Decreto Ley 1.094, artículo 89.

la frontera de Chile, como se fundamenta en el decreto supremo que establece la visa consular analizada, no es suficiente para justificar una medida de este tipo. Así, no encontramos verdaderos argumentos para establecerla.

Por cierto, consideramos que la de visa de turismo consular es una medida regresiva si lo que se pretendía, de acuerdo a lo planteado por el gobierno, era “ordenar la casa”. Como se señaló en el *Informe 2018*, las visas consulares de turismo frente a altos flujos migratorios generan un aumento en los ingresos clandestinos. Eso ocurrió con el aumento de ingresos irregulares de personas de República Dominicana tras la implementación de la visa consular de turismo para dichos nacionales.¹⁴¹ Así, hoy, tras la implementación de la visa de turismo consular para personas venezolanas, las autodenuncias ante PDI por ingreso irregular son lideradas por personas nacionales de este país.¹⁴²

En un segundo orden de ideas, es importante mencionar que el Gobierno de Chile ha participado de variadas instancias internacionales donde se han consensuado los estándares de la comunidad internacional en la materia.

Así por ejemplo, Chile ha adherido a la Agenda 2030 donde el punto 29 señala que los Estados cooperarán “en el plano internacional para garantizar la seguridad, el orden y la regularidad de las migraciones, respetando plenamente los derechos humanos y dispensando un trato humanitario a los migrantes, sea cual sea su estatus migratorio (...)”.¹⁴³ Asimismo, Chile participó de la Declaración de Nueva York para los Refugiados y Migrantes,¹⁴⁴ donde se reafirma que los Estados parte comparten la responsabilidad de gestionar los grandes desplazamientos de personas refugiadas y migrantes, en todas las etapas de la migración, de manera humana, respetuosa, compasiva y centrada en las personas, debiendo siempre respetar plenamente sus derechos humanos y libertades fundamentales. Además, se señala que los Estados velarán y cooperarán para que las migraciones sean seguras, regulares y ordenadas, respetando plenamente los derechos humanos y dispensando un trato humanitario y digno a los migrantes, sea cual fuere su situación migratoria.

Nos parece que lo anterior no se cumple por cuanto la implementación de medidas administrativas, respecto del fenómeno migratorio

141 Vargas, op. cit., pp. 503-504.

142 Diario U Chile: “Ingresos irregulares aumentan en directa relación con el aumento de restricciones para inmigrantes”. 25 de julio de 2019.

143 Asamblea General de las Naciones Unidas, *Transformando nuestro mundo: Agenda 2030 para el desarrollo sostenible*, 21 de octubre 2015, A/RES/70/1.

144 Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU), *Declaración de Nueva York para los refugiados y los migrantes*, 13 de septiembre 2016, A/71/L.1, disponible en <https://undocs.org/es/A/71/L.1>.

de personas provenientes desde Venezuela, obedece, principalmente, a una perspectiva de seguridad nacional y no de derechos humanos, postergándose así las necesidades reales y prioritarias de esta población migrante.

A mayor abundamiento, desde el inicio de la implementación de las medidas administrativas migratorias del gobierno actual, se ha utilizado el planteamiento de una *migración segura, ordenada y regular* como sinónimo de “ordenar la casa”. La utilización de este concepto, como explicaremos, obedece a una perspectiva de seguridad nacional. Sin embargo, la comunidad internacional visualiza esta aspiración desde una óptica centrada en las personas y sus derechos fundamentales. Así lo establece el Glosario de Migración, publicado en julio de 2019 por la Organización Internacional para las Migraciones,¹⁴⁵ que define *migración segura, ordenada y regular* como el “movimiento de personas de conformidad con las leyes y reglamentos que rigen el abandono, la entrada y el retorno y la permanencia en los Estados, y las obligaciones de los Estados en materia de derecho internacional, de manera que se respete la dignidad humana y el bienestar de los migrantes, sus derechos son respetados, protegidos y cumplidos y los riesgos asociados con el movimiento de personas se reconocen y mitigan”.¹⁴⁶

Al respecto, es difícil estimar que la intención de “ordenar la casa”, que señala el gobierno, se desarrolle bajo un enfoque de derechos humanos cuando distintas situaciones nos muestran lo contrario. Por ejemplo, tenemos, como se indicó, un grave problema en el acceso a la información respecto al visado de turismo consular para personas venezolanas, problema dado tanto por la premura en su implementación, como por la falta de información pública al respecto, tal cual como fuera mencionado más arriba a propósito de los salvoconductos y la reunificación familiar. Así, la entrega de información de los requisitos de este visado y sus procedimientos fue contradictoria con la realidad al no coincidir lo declarado por las autoridades con el acceso real de los migrantes a dicha información. De esta manera, se transgrede el artículo 65 de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, ya que no se ha suministrado información y asistencia apropiada y no se ha facilitado la provisión de servicios consulares adecuados. Esto se ve avalado por el hecho de que solo el 10% de las visas de turismo consular para personas venezolanas solicitadas en el primer mes se han aprobado.¹⁴⁷

145 Organización Mundial para las Migraciones (OIM), *Glosario de Migración*, julio de 2019.

146 Traducción libre.

147 Solicitud de acceso a la información, Código AC001T0001953, a Ministerio de Relaciones Exteriores, respondida el 26 de julio de 2019.

Además, el procedimiento de implementación de la visa consular de turismo para personas venezolanas transgrede el Objetivo 3¹⁴⁸ del Pacto Mundial para una migración segura, ordenada y regular,¹⁴⁹ que señala que los Estados deben proporcionar información precisa y oportuna en todas las etapas de la migración.¹⁵⁰ Si bien Chile no adhirió al Pacto Mundial de Migración, sí participó del proceso de elaboración y negociación. Es importante destacar que el Pacto, a pesar de no ser un instrumento vinculante, es un estándar internacional, toda vez que los estándares internacionales fijan una orientación general –en ocasiones, una meta a alcanzar–, aunque no dicten las políticas públicas que deben implementarse en cada caso.¹⁵¹

El anuncio de la entrada en vigencia de un requisito fundamental para ingresar al país, con efectos inmediatos, no permitió que las personas que tenían planes de viajes concretos pudieran prepararse para esta situación, causando un caos que se agravó por la falta de información cierta y que continúa, hasta el cierre de este informe. Se informó de procedimientos que a la fecha de la implementación de la visa de turismo consular no existían y recién luego de dos meses se entregó información respecto del procedimiento de salvoconductos.

Por último, nos parece que las declaraciones de personeros de gobierno vinculados al tema tampoco resultan muy alentadoras. Es el caso de Mijail Bonito, asesor de políticas migratorias del gobierno, quien descartó ingresar al procedimiento de reconocimiento de la calidad de refugiados/as a 200 venezolanas y venezolanos luego de la implementación de la visa consular, señalando textualmente que: “Si se pide refugio en el cuarto o quinto país después de salir del país de origen donde sufre una amenaza, la verdad es que no se está pidiendo refugio sino que se está buscando al país donde mejor estar”.¹⁵² Estos dichos ponen en evidencia que el Gobierno de Chile no está llano a proveer de protección internacional a personas venezolanas, a pesar de que se ha señalado que, debido a la crisis social y política en dicho país, estas personas pueden necesitar protección internacional.

148 Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU), *Pacto Mundial para una migración segura, ordenada y regular*, 11 de diciembre de 2018, A/RES/73/195.

149 Si bien Chile no adhirió al Pacto Mundial para una migración segura, ordenada y regular, es importante aclarar que el pacto en sí mismo –aunque no es vinculante, como se señala en su texto–, es un parámetro para la comunidad internacional en cuanto a migración.

150 Traducción libre.

151 OIM: “Los estándares internacionales en materia de derechos humanos y políticas migratoria”. 2 y 3 de 2007.

152 Eknus: “Chile descartó dar refugio a venezolanos varados en Chacalluta”. 24 de junio de 2019.

Al respecto, el ACNUR en su reciente nota de orientación sobre consideraciones de protección internacional para los venezolanos,¹⁵³ ha señalado que, debido al deterioro de las circunstancias en Venezuela, es probable que personas de dicho país requieran protección internacional bajo la Convención de 1951. Además, indica que la Declaración de Cartagena sobre Refugiados –que en Chile, a pesar de ser un instrumento regional no vinculante, ha sido incorporada en la legislación nacional– adquiere especial relevancia, pues la mayoría de las personas venezolanas cumplen los criterios establecidos en la Declaración para ser consideradas refugiadas.¹⁵⁴

En cualquiera de estos casos, los Estados deben cumplir los estándares mínimos de legalidad, accesibilidad y acceso a los derechos básicos para garantizar la protección que estas personas requieren. De los señalados, cabe relevar el estándar de accesibilidad, según el cual el mecanismo para acceder al refugio (esto es, el contenido de la Ley 20.430 y su Reglamento) debe ser accesible a todas las personas venezolanas, independientemente de su fecha de entrada al país de acogida, su ingreso o residencia irregular al país, como tampoco la falta de documentos de identidad. Ninguna de estas últimas circunstancias es una razón válida para denegar el acceso al procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado.¹⁵⁵

Sobre la base de lo anterior, Chile no estaría cumpliendo el compromiso adquirido en la Declaración y Plan de Acción de Brasil.¹⁵⁶ Esto se comprueba al no reforzar la presencia institucional necesaria en frontera para la determinación de la condición de refugiado/a, privando de un trato digno a las personas con necesidades de protección internacional con pleno respeto de sus derechos humanos, y denegándoles su derecho a buscar y recibir asilo.

Conclusiones

Respecto al Plan de Retorno Humanitario llevado a cabo en nuestro país, la información recabada sobre las cifras de los vuelos realizados para trasladar a inmigrantes de regreso a sus países de origen, las nacionalidades de las personas inscritas, la forma en que fue presentado dicho Plan, la priorización y el manejo comunicacional realizado, han

153 Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Venezuela: Nota de orientación sobre consideraciones de protección internacional para los venezolanos. Actualización I, 21 de mayo de 2019.

154 *Ibíd.*

155 *Ibíd.*

156 ACNUR: *Declaración de Brasil, "Un Marco de cooperación y solidaridad regional para fortalecer la protección internacional de las personas refugiadas, desplazadas y apátridas en América Latina y el Caribe"*, 3 de diciembre de 2014.

demostrado que se diseñó, principalmente, para personas de nacionalidad haitiana. No puede pasar desapercibido el hecho de que el 96% de las personas inscritas en este plan son de dicho país, que se encuentra en una profunda crisis social y económica, por lo cual estas personas están retornando a condiciones de vida precarias y de alta vulnerabilidad. En relación a la formulación del Plan, no parece razonable ni justificado que un tiempo muy similar de prohibición de retorno al país que se aplica a individuos que, por ejemplo, han cometido delitos graves, se use con personas sin antecedentes penales y que, además, se retiran voluntariamente del territorio nacional. Por otra parte, el Plan tiene una deuda grave referente al acompañamiento y la reintegración de las personas que se acogen al mismo, quedando al debe frente a los estándares internacionales en la materia y a otros países que han implementado planes similares y que sí se hacen cargo de este importante aspecto. Esta situación cobra aún mayor relevancia cuando se considera que, dentro de los inscritos para retornar a su país de origen, puede haber niños, niñas y adolescentes, y mujeres que pueden estar siendo vulneradas, cuyo bienestar debiera primar en relación a los intereses del Estado.

Por esta razón, si el Estado de Chile planea realizar nuevos vuelos con personas rumbo a sus países de origen dentro del marco del Plan, debe responsabilizarse de la medida adoptada y adecuarla a las exigencias internacionales, incluyendo etapas de investigación e información previa a la población, y acompañamiento de las personas que retornan, antes y después del viaje. En este sentido, no debe establecerse un plan de este tipo para una sola nacionalidad, y deben estudiarse las condiciones de retorno al país de origen. Al respecto, nos parece inadecuado desde los estándares internacionales y el trato digno que toda persona merece, instar a retornar a personas que vienen de un país en crisis. Junto a lo anterior, al establecer el Estado un plan de retorno asistido, debe, a nuestro juicio, evaluar las posibilidades de proveer subvenciones que permitan, a quienes regresan a su país de origen, satisfacer las necesidades básicas por, al menos, los primeros días y, en todo caso, coordinar con autoridades locales, residencias y/u hogares de acogida, la llegada de quienes, muchas veces, vendieron sus pertenencias –incluso sus bienes inmuebles– con el objeto de migrar a Chile.

En relación a las denegaciones de ingreso al procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado/a, se produce una vulneración al derecho a buscar y recibir asilo, la que puede resumirse en tres aristas claves: la existencia de una entrevista de admisibilidad no contemplada en la ley para ingresar al procedimiento de asilo, la entrega de citas para dicha entrevista con un importante tiempo de espera, y la denegación de recepción de solicitudes de asilo mediante cartas en la oficina de partes de la institución encargada. Estas tres aristas vulneran, a su vez,

tres dimensiones del derecho a buscar y recibir asilo. En primer lugar, hay una imposibilidad de acceder al procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado debido a la existencia de la entrevista de admisibilidad, la cual no está consagrada en la ley. En segundo lugar, la solicitud en cuestión, al no ser ingresada y tramitada en conformidad a la ley, no alcanza a ser evaluada ni estudiada según las etapas establecidas en la Ley 20.430 y su Reglamento. En tercer lugar, debido a que el resultado de la entrevista de admisibilidad es informal y no deja constancia de la negativa, impide el ejercicio legítimo de los recursos que la ley establece ante el rechazo de la solicitud. No obstante estas expresas vulneraciones, y en el contexto de que la mayoría de los casos judicializados han sido acogidos por los Tribunales Superiores de Justicia, nos parece grave que la autoridad administrativa no haya adecuado su actuar y, en los hechos, haya aumentado las trabas para el ingreso al procedimiento de asilo. Esto ha dejado a personas inmigrantes en una situación de desprotección grave.

En cuanto a la atención al público e implementación del sistema de reservas de hora de atención en línea, el digitalizar la realización de algunos trámites y otorgar citas por internet es un avance bien intencionado cuyo objetivo es evitar las largas filas a las afueras de las oficinas del DEM y la PDI. Sin embargo, la buena intención se transformó en una dilación de los trámites, que en algunos casos se convierte en meses de espera, desde que se ingresa la solicitud de cita hasta que se concurre a realizar el trámite en cuestión. De esta forma, por ejemplo, las personas que desean renovar sus visas temporarias, indefectiblemente, quedan por un periodo de tiempo con residencia irregular, mientras esperan su cita para presentar el vale vista que acredita el pago de los derechos de la visa en cuestión, o esperan su cita para estampar la visa una vez que la misma fue otorgada. Se les vulnera, de esta manera, su derecho a residir legalmente en el país, quedando expuestas a la expulsión del territorio. Finalmente, han sido las personas extranjeras quienes, además de cargar con el peso de dejar sus países atrás y enfrentar un escenario de incertidumbre en tierras chilenas, han debido soportar las graves falencias en la institucionalidad y coordinación del DEM, siendo además víctimas de otros fenómenos que han surgido producto de este sistema, como es la venta ilegal de citas.

Por último, los cambios administrativos ante la crisis migratoria venezolana han sido cuestionables, por decir lo menos. Desde la creación de la VDR hasta la fecha de cierre de este *Informe*, se han generado importantes cambios que, nos parece, son una prueba de la falta de planificación respecto a los flujos migratorios, en general, y al flujo migratorio producido por la crisis en Venezuela, en particular. El primero de ellos fue la creación de la VDR que se podía tramitar únicamente en los consulados chilenos en Venezuela, medida que tuvo que

modificarse en el sentido de extender la tramitación de la misma a cualquier consulado de Chile en el exterior. Posteriormente, y haciendo frente a que muchas personas venezolanas tenían pasaporte vencido, se decidió estimar como válidos aquellos documentos de viaje, como pasaporte y cédulas de identidad, que se encontraran vencidos pero que hubiesen sido emitidos desde el año 2013. Luego, debido a que la autoridad estimaba que el ingreso de personas venezolanas al país era excesiva, se impuso un visado consular de turismo para este país. Siguiendo con las problemáticas de la VDR, y debido a que muchas personas sin pasaporte esperaban ingresar a Chile para reunirse con sus familias, se creó oficialmente el salvoconducto a efectos de solicitar el visado. Además de todos los cambios administrativos, en agosto se difundió la noticia de la creación del Centro de Atención de Visados en el Consulado de Chile en Lima, fijando la tramitación de las visas para personas venezolanas únicamente a través de este Consulado, lo cual dejó a centenares de personas varadas en la frontera entre Tacna y Arica. Esta determinación terminó por destruir la esperanza de muchos y muchas de ingresar a Chile. En el lapso de un año y 4 meses, aproximadamente, la autoridad realizó al menos siete cambios administrativos importantes en relación al flujo migratorio venezolano. Esto nos da una idea de la falta de una debida consideración a las características propias de esta migración, así como de la carencia de planificación demostrada en la implementación de cambios, de un día para otro, con escasa información oficial.

Uno de estos cambios merece un análisis especial. La situación en el paso fronterizo Chacalluta obligó al gobierno a tomar medidas y, por motivos inentendibles, se optó por la herramienta de política migratoria consistente en exigir la visa consular de turismo. Esta opción válida en abstracto, pero difícil de entender considerando nuestra realidad migratoria, redundó en el aumento de la vulnerabilidad de venezolanos y venezolanas y de los ingresos clandestinos por parte de esta población que se convirtió, en ocasiones, en víctima desesperada de las redes de tráfico de personas.

Todas estas medidas se contradicen con la lógica de respeto, protección y promoción de los derechos humanos de las personas venezolanas que el gobierno chileno dice querer mantener. También resultan reñidas con los compromisos internacionales que ha adoptado el Estado de Chile en la materia a lo largo de los años, como la Agenda 2030, la Declaración de Nueva York para los refugiados y migrantes, la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, y la Declaración y Plan de Acción de Brasil. De esta manera el Estado de Chile ignora, por cierto, que las personas venezolanas pueden ser solicitantes de asilo y que necesitan con urgencia de protección internacional.

Recomendaciones

1. Admitir, en concordancia con el derecho a buscar y recibir asilo, el ingreso de las personas al procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado, de acuerdo a lo establecido en la ley, sin imponer trámites no contemplados en la misma o trabas en el ingreso al procedimiento en cuestión. Esto implica que no exista una entrevista de admisibilidad previa, ni citas para tener dicha entrevista, haciendo entrega inmediata, a las personas que solicitan asilo, del formulario de formalización de la solicitud o recepcionando sin trabas las cartas solicitando el ingreso al procedimiento de asilo a través de la oficina de partes.
2. Proveer información oficial, certera y unificada sobre los requisitos y el proceso de solicitud de la Visa de Responsabilidad Democrática y de la visa consular de turismo para personas venezolanas, como así también de las posibilidades de cambio de categoría migratoria dentro del país y del general de las visas a las que las personas extranjeras tienen acceso, según el Decreto Ley 1.094. Explicitar los requisitos y procesos para otros trámites como el salvoconducto y transparentar el proceso de reunificación familiar anunciado por las autoridades. Estos requisitos y procesos deben responder a los principios de igualdad y no discriminación.
3. Promover mejoras en el sistema de citas para que las personas puedan acceder de forma efectiva y en el tiempo adecuado, a los trámites migratorios que deban realizar, sin caer por motivos ajenos a su voluntad en irregularidad migratoria y sin quedar expuestas a ser expulsadas del país. Esto guarda relación con generar la posibilidad de permitir la tramitación especial en casos urgentes o que involucren grupos vulnerables.
4. Formalizar la entrega y divulgación de información oficial respecto a la no imposición de sanciones por residencia irregular cuando la persona pueda acreditar la reserva de cita en el Departamento de Extranjería, dando una mayor estabilidad y seguridad a las personas extranjeras que se encuentran en la tramitación de sus solicitudes.
5. Reevaluar la imposición de la visa consular de turismo para personas de Venezuela, considerando la situación de crisis que vive dicho país y los problemas de ingreso clandestino que ha generado este visado, lo cual afecta, primeramente, a los derechos fundamentales de las personas y, en segundo lugar, a los intereses del Estado.
6. Aumentar la capacidad institucional en los consulados de más alta demanda, sobre todo en países fronterizos y en el país de

origen de las personas, que permitan una tramitación fluida de las visas consulares establecidas a los países de la región.

7. Realizar mejoras en la formulación e implementación del Plan de Retorno “humanitario” para cualquier nacionalidad, que permitan, en un futuro, aplicar dicho Plan con pleno respeto a los derechos fundamentales de las personas y a los estándares internacionales. Lo anterior debe contemplar una etapa de análisis de la situación del país de retorno, información previa y posterior a las personas, y un plan de apoyo a la reintegración en el país de origen.
8. Implementar una perspectiva desde los derechos humanos en toda la política migratoria, evitando el enfoque securitista de la migración.

DERECHOS HUMANOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES. INFANCIA PRIMERO: LO PROMETIDO ES DEUDA¹

- 1 Capítulo elaborado por Ester Valenzuela Directora Ejecutiva del Centro Iberoamericano de Derechos del Niño (CIDENI) y Paula Correa Directora Ejecutiva de Fundación Todas las voces, ambas académicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales con la colaboración de los ayudantes de investigación Jorge Fernández abogado y ayudante de Derecho Penal y Daniela Inostroza alumna de la Universidad Diego Portales.

SÍNTESIS

Este capítulo del *Informe* revisa aquellos temas que han tenido impacto y han suscitado mayor preocupación a nivel país, respecto a la situación de los niños, niñas y adolescentes. Se abordarán los proyectos de ley actualmente en discusión, sobre la temática, tales como el del Servicio de protección a la niñez, el referido al Servicio de reinserción Social Juvenil, así como la reforma integral al sistema de adopción en Chile. Asimismo, se revisará de forma especial el derecho a ser oído y a la defensa especializada del NNA.

PALABRAS CLAVES: derechos de niños, niñas y adolescentes; derecho a ser oído, imprescriptibilidad sistema de garantía, identidad de género, proyectos de ley, adopción, jóvenes infractores, reinserción social, SENAME.

INTRODUCCIÓN

Este capítulo pretende dar cuenta de los principales hechos ocurridos en el ámbito de los derechos de infancia, entre agosto de 2018 y agosto de 2019, con el propósito de ofrecer una revisión de los avances y retrocesos, incluyendo leyes aprobadas e implementadas durante este periodo, con mayor connotación pública, y algunos de los proyectos de ley actualmente en discusión. Incluimos este año, un análisis de la respuesta que el Estado de Chile dio al Informe emitido, en mayo de 2018, por el Comité de Derechos del Niño, luego de que se activara el protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN), relativo a un procedimiento de comunicaciones (en conformidad a su artículo 13 sobre procedimiento de investigación en caso de violaciones graves o sistemáticas). En su respuesta, Chile se compromete a ejecutar una serie de medidas encaminadas a solucionar varios de los problemas y vulneraciones denunciadas por el Comité. Adicionalmente, este capítulo abordará un tema esencial para la protección integral de los niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNA), esto es, el derecho a ser oído y el derecho a contar con una defensa especializada, considerando que se trata de dos grandes deudas que el Estado de Chile tiene con la infancia de este país.

Por lo tanto, el capítulo se ha dividido en tres partes. La primera, comprende un análisis de algunos de los proyectos de ley discutidos este último año y que, en nuestra opinión, son los de mayor relevancia en el actual contexto nacional. En este punto, también analizamos aquellas iniciativas legislativas que vieron la luz en este periodo y que se convirtieron en leyes de la República. En la segunda parte, abordamos el derecho a la participación, uno de los principios estructurantes de la CDN, vinculado a la representación judicial. En la tercera parte, analizamos la respuesta del Estado de Chile al Comité de Derechos del Niño, en el contexto de la denuncia ya mencionada.

LEYES Y PROYECTOS DE LEY: AVANCES, RETROCESOS Y ESPERAS

Durante el periodo, entre agosto de 2018 y agosto de 2019, vieron la luz dos leyes muy relevantes desde la perspectiva de los derechos humanos de los NNA: la Ley de Identidad de Género y la Ley de Imprescriptibilidad de los delitos sexuales contra menores de edad.

1. Ley de Identidad de Género: a la espera de su entrada en vigencia

Pese a contar con una Ley de Identidad de Género aprobada hace un año, esta no ha entrado aún en vigencia y es probable que debamos esperar algunos meses para que eso suceda. El cambio que se debe producir no es meramente normativo, pues se requiere que los organismos vinculados se adapten institucionalmente a este nuevo paradigma sobre identidad de género.

El gobierno, recién a fines de junio de 2019, ingresó a la Contraloría General de la República dos reglamentos para la implementación y entrada en vigencia de la ley de Identidad de Género, cuestión que se producirá una vez que hayan transcurrido 120 días desde que este organismo tome razón de ambos reglamentos. El 29 de agosto, la Contraloría aprobó los dos reglamentos, por consiguiente, la ley entrará en vigencia a fines de diciembre, asumiendo como desafío importante la capacitación de todos los servicios del Estado para su adecuada implementación. Para la comunidad trans resulta preocupante que el alcance de esta ley solo se limite a la posibilidad de cambiar el nombre y el sexo registral de forma administrativa, un proceso que en la actualidad ya se puede llevar a cabo través de la vía judicial. Como señala Constanza Valdés, activista trans y licenciada en Derecho de la Universidad Diego Portales, este es “un proyecto de ley bastante minimalista. La discusión que se dio, nunca buscó y pretendió hacerse cargo de materias relacionadas, como, por ejemplo, con el tema del trabajo, la educación o en otros ámbitos como la vivienda. En ese sentido, la discusión durante gran parte de la tramitación estuvo fuertemente marcada solamente por el reconocimiento de la identidad de género”. Valdés agrega que la ley corresponde, “en términos prácticos, básicamente al cambio de cédula de identidad y actualización de los datos en todos los registros públicos y privados. En ese sentido es una ley que establece un piso mínimo para la comunidad trans”.¹ Otra de las grandes críticas a esta ley es que no existió voluntad política para hacerse cargo de los temas de salud, es decir, el acceso gratuito a la cobertura de tratamientos médicos que impliquen los procesos de transición, tales como cirugías y tratamientos hormonales.

1 Radio U. de Chile: Columna de opinión de Agustín Alvarado: “El piso mínimo que establece la Ley de Identidad de Género”. 30 de agosto de 2019.

Otros desafío que traerá la implementación de la ley es la actualización de los sistemas (salud, educación, etc) que aún no están resueltos: Al realizar una persona (incluidos menores de edad) la rectificación por cambio de género en el Registro Civil, este organismo cambia el nombre y sexo registral en la cédula de identidad y en todos los servicios asociados a clave única, sin embargo, hay otros órganos y entidades que no realizan dicho cambio, como las AFP, las ISAPRE y los servicios privados.² Por lo tanto, esos organismos deben actualizar sus sistemas.

Otro conflicto, que al no quedar zanjado por esta normativa tendrá que ser resuelto en el camino, se refiere a qué pasará con la inscripción de hijos de mujeres trans lesbianas que no se sometieron a intervenciones quirúrgicas y que podrán engendrar hijos con sus parejas. En este caso, es probable que el Registro Civil proceda a inscribir a esos niños como hijos de dos madres, y lo mismo puede ocurrir respecto de hombres trans gay. Frente a esta incertidumbre, el Estado deberá estar a la altura y considerar el interés superior de ese niño, su derecho a la identidad (artículos 3 y 8 de la CDN)³ y a reconocer e inscribir efectivamente a quienes son sus padres o madres.

El respeto del derecho a la identidad de los NNA transgénero involucra también el respeto de su vida privada y de su autonomía (artículo 7 y 11 de la Convención Americana).⁴ Como se señaló en el *Informe 2018*, la exclusión de los menores de 14 años de la posibilidad de acceder a la rectificación de su sexo y nombre registral “les negó su derecho a la identidad, al desarrollo, a la no discriminación, el derecho a ser oídos, como sujetos de derechos, a la vida privada y a la autonomía”.⁵ Este grupo en particular de NNA, si bien ha sido incorporado en la nueva legislación, continúa en la imposibilidad de acceder al reconocimiento total de su identidad de género.

2. Ley 21.160 que declara imprescriptibles los delitos sexuales contra menores de edad

El jueves 18 de julio de 2019, se publicó en el Diario Oficial la Ley 21.160 sobre imprescriptibilidad de la acción penal de los delitos sexuales cometidos en contra de menores de edad. Esta figura no es inédita

2 Emol: “Identidad de género: Registro Civil ha realizado 535 cambios de sexo desde que comenzó la discusión de la ley”. 29 de junio de 2019.

3 Artículos 3 y 8 de la CDN y Observación General 14 sobre Interés Superior del Niño en www.unicef.cl.

4 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-24/17, solicitada por la República de Costa Rica, identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, 24 de noviembre de 2017, párr. 150.

5 Ester Valenzuela y Macarena Arismendi, “Derechos Humanos de los niños, niñas y adolescentes: ¿la infancia primero?”, en Tomás Vial (ed.). *Informe 2018*, Santiago, Universidad Diego Portales, 2018, pp. 169-210.

en el derecho comparado, ya que países como Suiza o, más recientemente, Ecuador la estipulan dentro de su Carta Fundamental. Estados Unidos, en tanto, contempla dentro de su regulación a nivel federal la no prescriptibilidad de ciertos delitos, como el secuestro o los abusos sexuales, cuando afecten a menores de edad.⁶

La prescripción de la acción penal es una decisión político criminal dirigida a consolidar materialmente situaciones jurídicas, fundada en que, a medida que transcurre el tiempo, la necesidad de imponer una pena, en base a fines preventivos generales y especiales, se desvanece.⁷ A lo anterior, algunos autores suman argumentos de seguridad jurídica⁸ y procesales probatorios.

En cambio, la construcción argumentativa de la imprescriptibilidad se ha desarrollado a partir de la lucha contra la impunidad en el derecho penal internacional,⁹ en contextos donde las vulneraciones son cometidas por el mismo Estado o sus agentes. En ellos, la facultad de iniciar una persecución penal ofrece a la víctima una reafirmación jurídica de su dignidad como ser humano y la búsqueda de verdad jurídica.¹⁰ El espacio para la víctima, dentro del sistema de justicia penal, parece no estar orientado a erigir un derecho al castigo sobre su victimario, en términos retributivos, sino a abrir espacios de restauración o reparación del daño ocasionado.¹¹

La nueva regulación de la Ley 21.160 recoge esta preocupación por la dignidad de la víctima, por medio de lo que ha denominado

6 18 U.S.C. 3299. "Notwithstanding any other law, an indictment may be found or an information instituted at any time without limitation for any offense under section 1201 involving a minor victim, and for any felony under chapter 109A, 110 (except for section [1] 2257 and 2257A), or 117, or section 1591".

7 En este sentido, Enrique Cury, *Derecho Penal, Parte General*, Santiago, Ediciones UC, 2011, p. 798. En palabras de Cury, "después de veinte años de cometido un robo, un homicidio o una violación, ya no sólo es inútil sino inconveniente perseverar en la idea de castigar a sus autores si el hecho es descubierto recién o si, habiéndoselo conocido, no se había podido encontrar a quienes lo ejecutaron. En el intervalo, la paz de la convivencia a que el hecho afectó se habrá restablecido, y existen buenos motivos para suponer que quienes intervinieron en él se han reinsertado en el grupo social, al cual sería absurdo perturbar sustrayéndolos".

8 Sin embargo, tiene razón Gómez cuando afirma que lo que genera inseguridad jurídica no es la imprescriptibilidad en sí misma, sino un sistema en donde algunos delitos prescriben y otros no. Víctor Gómez, "Imprescriptibilidad y terrorismo: Quo Vademus?", *Revista Crítica Penal y Poder*, nº 4, 2013.

9 Manuel Cerrada, "La imprescriptibilidad de los delitos. Orígenes, fundamentos y regulación en el derecho comparado y en el Derecho español", *Cuadernos de Política Criminal*, 120, III, 2016.

10 Jesús María Silva, "¿Nullum crimen sine poena? sobre las doctrinas penales de la 'lucha contra la impunidad' y del 'derecho de la víctima al castigo del autor'", *Derecho Penal y Criminología*, 29, 2008, pp. 86-87.

11 *Ibid.*, p. 171.

“derecho al tiempo”,¹² esto es, aquella posibilidad de perseguir los delitos en el momento en que se den las condiciones para hacerlo, sin que dicha condición esté sujeta a plazos u otras consideraciones adicionales. Se exige, asimismo, que legisladores y jueces se coloquen en el lugar de la víctima y respeten su proceso interno de reconstrucción de la memoria.¹³ Como parte de la fundamentación de la no prescripción es necesario asumir un enfoque de derechos de infancia y perspectiva de género en el acceso a la justicia.

Los elementos que parecen ser determinantes para la adopción de la imprescriptibilidad de los delitos sexuales contra menores de edad, dicen relación con el contexto político y social que antecede y desarrolla su discusión, el marco normativo internacional de los Derechos del Niño y la Niña, y las graves consecuencias que genera la victimización en los menores de edad.

En Chile, de acuerdo a cifras de la Subsecretaría de Prevención del Delito, de un total de 7.604 víctimas de delitos sexuales registradas en el año 2018, el 63% (4.822) corresponde a menores de edad. Del total de víctimas menores de edad, el 85% (4120) corresponde a niñas y adolescentes.¹⁴ A su vez, contextos que debieran brindar protección se convierten, por el contrario, en lugares de realización común de las vejaciones, donde es más posible la impunidad. Basta recordar que, de acuerdo al Informe Mundial sobre la violencia contra los niños y niñas, el 62% de los abusos sexuales se producen al interior de los hogares.¹⁵ Tampoco podemos obviar los casos de abuso sexual y violación dentro de las iglesias o centros educacionales vinculados a ellas, o aquellos al interior del Sename –denunciados por el Comité de Derechos del Niño, a partir del Informe en virtud del artículo 13 del Protocolo Facultativo de la CDN, realizado el año pasado–, donde la mayoría de las víctimas son niñas.¹⁶

Por otro lado, la CDN, ratificada por el Estado de Chile en 1990, obliga a los Estados parte a adoptar todas las “medidas apropiadas”,

12 Hamilton y otros, *Derecho al tiempo. Fundamentos y propuesta para la imprescriptibilidad de la acción penal respecto a delitos de agresión sexual contra niños, niñas y adolescentes*, 2018. Disponible en: https://abusosexualimprescriptible.cl/wp-content/uploads/2018/04/Propuesta_ASI_Imprescriptible_-_Abril-2018_con-resumen_2.pdf

13 Carlos Cabezas, “Imprescriptibilidad de la acción penal en delitos sexuales contra menores”, *Revista de Derecho* (Valdivia), Vol. XXXII N° 1, 2019.

14 Subsecretaría de Prevención del Delito, *Estadísticas delictuales según sexo y edad de la víctima*, 2018. Disponible en: <http://cead.spd.gov.cl/estadisticas-delictuales/>

15 Paulo Pinheiro, *Informe Mundial sobre la violencia contra los niños y niñas*, 2010, p. 10.

16 Comité de los Derechos del Niño. Informe de la investigación relacionada en virtud del artículo 13 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones, p. 15. Disponible en: http://www.minjusticia.gob.cl/media/2018/07/Informe_del_Comit%C3%A9_de_la_Ni%C3%B1ez_de_ONU.pdf

dentro de las que se encuentran aquellas de carácter legislativo, para proteger a los NNA contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, incluido el abuso sexual (artículo 19). Adicionalmente, los Estados Partes se comprometen a proteger a los NNA contra todas las formas de explotación y abuso sexuales (artículo 34).¹⁷ En tanto, el Comité de los Derechos del Niño, por medio de la Observación General N° 13, considera dentro del abuso sexual toda actividad sexual impuesta, por un adulto, a un niño que está bajo protección del derecho penal. El Comité afirma que es una forma de violencia que necesita ser prohibida de manera absoluta en todos los contextos, y que se deben establecer sanciones efectivas y apropiadas para los culpables.¹⁸ El mismo Comité de Derechos del Niño recomendó al Estado de Chile, en septiembre de 2015, la promulgación de leyes para penalizar los delitos sexuales, incluida la explotación sexual, junto con definirla como imprescriptible.¹⁹

Siendo la violencia sexual un fenómeno que afecta principalmente a mujeres y niñas, la interseccionalidad de su protección dentro del marco internacional de los Derechos Humanos es fundamental. En la región, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belém do Pará) ha sido invocada por la Corte IDH para sancionar esta forma de violencia, señalando que “la violación sexual, en particular, constituye una forma paradigmática de violencia contra las mujeres cuyas consecuencias, incluso trascienden a la persona de la víctima”.²⁰ De igual forma, ha afirmado que la ineficacia judicial de las cortes nacionales puede constituir en sí misma una “forma de discriminación basada en el género”.

Por último, las consecuencias de ser víctima de un delito sexual para

17 Otro de los argumentos mencionados dentro del debate, con el objeto de promover la imprescriptibilidad de los delitos sexuales, fue asimilar la violencia sexual a la tortura, a partir de las observaciones finales realizadas por el Comité de los Derechos del Niño –informes periódicos cuarto y quinto– donde se recomienda consagrar normativamente la no prescriptibilidad de la tortura, formulado por el Comité contra la Tortura en el 2009, párrafo 10. En tanto que, de acuerdo al informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de la Asamblea General de la ONU, la violación y otras formas de violencia sexual pueden constituir tortura y malos tratos. Carlos Cabezas, “Imprescriptibilidad de la acción penal en delitos sexuales contra menores”, *Revista de Derecho* (Valdivia), Vol. XXXII N° 1, 2019.

18 Comité de los Derechos del Niño. Observación General N° 13. Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia (2011), pp. 4 y 11.

19 Comité de los Derechos del Niño. Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile, (2015), p. 11 Disponible en: <https://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/1127/CRC%202015.pdf?sequence=1>

20 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Rosenda Cantú y otra contra México*, Sentencia del 31 de agosto de 2010, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas (2010), p. 109. Ver también Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) versus México*. Sentencia del 31 de agosto de 2010. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas (2009).

los menores de edad pueden ser devastadoras. A las marcas físicas que puede conllevar una agresión sexual, deben agregarse las graves consecuencias psicológicas, que dicen relación con problemas emocionales, cognitivos, relacionales, funcionales y conductuales, que marcan el desarrollo de su personalidad. A esta victimización, suele añadirse la asimetría e impunidad que genera la relación de poder entre victimario y víctima de la violencia sexual.

El alto grado de victimización psicológica sufrido por menores de edad, los lleva a ocultar lo sucedido hasta el momento en que se sienten en condiciones de realizar la denuncia, situación especialmente difícil en aquellos casos en donde el agresor es una persona conocida o parte del círculo familiar de la víctima.²¹ De ahí, las razones en la historia de la ley para abordar la discusión legislativa no centrándose en la gravedad del delito —lo que llevaría a promover la imprescriptibilidad también frente a casos de homicidio, por ejemplo—, sino, más bien, desde una posición empática y respetuosa del proceso interno de develación que desarrolla la víctima que, a objeto de otorgarle un acceso eficaz a la justicia, remueve los impedimentos de carácter legal vinculados al tiempo en que se debe ejercer la persecución penal.²²

Retroactividad: una compleja decisión

Para el Derecho penal, la irretroactividad de la ley penal desfavorable constituye un principio rector que no solo forma parte de la Constitución (art. 19 n° 3), sino también de tratados internacionales de derechos Humanos ratificados por Chile, como la Convención Americana de los Derechos Humanos (artículo 9).

La propuesta de retroactividad surgió desde la Cámara de Diputados.²³ De acuerdo a su punto de vista, la prohibición hace referencia a normas que definen el delito y su respectiva pena (sustantivas), pero no rige respecto de aquellas que tienen un carácter procesal. Al ser la prescripción simplemente un obstáculo para la persecución del delito,

21 En este sentido, la indicación sustitutiva al proyecto de ley que declara imprescriptibles los delitos sexuales contra menores de edad. 3 de mayo de 2018, p. 2.

22 El nuevo artículo 369 quinquies dispone la conversión de la acción penal pública en una de previa instancia particular, una vez adquirida la mayoría de edad y en los casos en que no se ha ejercido la acción penal, que rige durante el periodo en que la víctima es menor de edad, en una de previa instancia particular, por lo que el Ministerio Público ya no podrá iniciar de oficio la persecución de estos delitos, a menos que el ofendido denuncie previamente los hechos ante los órganos competentes.

23 En especial, la intervención del diputado Rene Saffirio y Matías Walker en la Comisión Mixta (Boletín N° 6956-07) encargada de proponer la forma y modo de resolver las diferencias surgidas con ocasión de la tramitación del proyecto de ley que declara imprescriptibles los delitos sexuales contra menores. Disponible en: <https://tv.senado.cl/tvsenado/comisiones/mixta/comision-mixta/2019-06-19/195519.html>

establecer su retroactividad no afectaría lo dispuesto en la Constitución.²⁴ Sin embargo, esta postura importaba seguir una línea contraria a la establecida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), para la cual “la garantía de no retroactividad de la ley restrictiva o desfavorable, abarca, por el igual, tanto los preceptos sustantivos como los adjetivos o de procedimiento que afectan cuestiones de derecho sustantivo”.²⁵ Aún más, el Tribunal Constitucional, en un sentido similar a la CIDH, incluía expresamente a la prescripción dentro de la prohibición de irretroactividad de la ley penal desfavorable, señalando que no solo debe regir para la definición del delito y la pena –en aplicación estricta del principio “*nullum crimen nulla poena sine lege*”, sino también para todos aquellos elementos de la legislación penal que pueden resultar determinantes de la responsabilidad criminal, entre ellos, las reglas sobre prescripción.²⁶ Por lo tanto, el camino para la inaplicabilidad parecía cimentado.

Estas consideraciones fueron expuestas desde el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos en la comisión mixta, y adquirieron un peso relevante, desde una perspectiva jurídica, como barrera para la consideración de la irretroactividad de la imprescriptibilidad.²⁷

La prohibición de legislar penalmente con efectos retroactivos desfavorables es una manifestación del principio de legalidad que debe, además, considerarse como una garantía propia de un Estado de derecho y

24 Sin embargo, de acuerdo a parte de nuestra literatura, la naturaleza jurídica de la institución de la prescripción es de índole sustantiva y no procesal. Por lo tanto, desgastada la acción por el tiempo, lo que decae es el disvalor del delito, afectando no la acción persecutoria sino al delito en sí mismo. En este sentido, Enrique Cury, *Derecho Penal, Parte General*, Ediciones UC, Santiago, 2011, p. 800.

25 Íd. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso N° 11.888 (Informe N° 83/00/Perú de 19.10.2000 sobre el caso Alan García).

26 Tribunal Constitucional con fecha 16 de agosto de 2018, por medio del Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Emilio Enrique Schnetzler Vivanco respecto de los artículos 220, N° 1 y N° 7, de la Ley N° 18.175 (antigua Ley de Quiebras), y duodécimo transitorio de la Ley N° 20.720, en el proceso penal RUC N° 1410034270-8, RIT N° 4824-2014, seguido ante el Juzgado de Garantía de Osorno, que en su considerando octavo señala: “En primer lugar, habida cuenta de que su finalidad última es proteger la seguridad jurídica, parece claro que debe predicarse de todos los grados de retroactividad, incluida la de grado mínimo, es decir, los efectos futuros de hecho ya acaecidos. En segundo lugar, y por idénticas consideraciones de orden teleológico, la irretroactividad de la ley penal desfavorable ha de regir no sólo para la definición del delito y de la pena propiamente dichos, sino también para todos aquellos otros elementos de la legislación penal que puedan resultar determinantes de la responsabilidad criminal (reglas sobre prescripción, utilización de antecedentes penales, cumplimiento de condena, etc.)”. La frase es una cita del texto del jurista español Luis Díez-Picazo, *Sistema de Derechos Fundamentales*, Thomson Civitas, 2008, p. 469.

27 Exposición del ministro de Justicia y Derechos Humanos, Hernán Larrain, en la Comisión Mixta Boletín N° 6956-07) encargada de proponer la forma y modo de resolver las diferencias surgidas con ocasión de la tramitación del proyecto de ley que declara imprescriptibles los delitos sexuales contra menores. Disponible en: <https://tv.senado.cl/tvsenado/comisiones/mixta/comision-mixta/2019-06-19/195519.html>

se constituye en un límite al legislador.²⁸ Asimismo, descansa en la idea de seguridad jurídica, en tanto “todo individuo debe saber de antemano cuáles son las posibles consecuencias de sus actos, y la Constitución debe asegurar la confianza del ciudadano frente a imprevisibles o arbitrarios cambios legislativos susceptibles de ser aplicados retroactivamente o con absoluto desprecio del pensamiento inherente a la garantía de generalidad de las leyes”.²⁹ De ahí que, establecida la prescripción para un determinado delito, la regulación del plazo se instituye como una garantía para su autor, no resultando admisible la extensión retroactiva de los plazos.

Figura inédita

En el ámbito civil, la Ley 21.160 contempla la renovación de la acción de carácter civil respecto de los delitos sexuales incorporados al catálogo de imprescriptibilidad. De esta forma, se incluye una acción civil reparatoria, solo a favor del ofendido por el delito –no extensiva a los demás sujetos comprendidos por el concepto de víctima del artículo 108 del Código Procesal Penal– que podrá ser deducida por una sola vez, en contra del imputado o responsable del hecho ajeno. La relevancia de la acción es que entrega acceso a la búsqueda de reparación a pesar de haber transcurrido el plazo de prescripción establecido en el Código Civil. La renovación de la acción civil no requiere, salvo para la acción dirigida en contra del responsable por el hecho ajeno, de una sentencia condenatoria.

Cuando el adolescente es el infractor

La Ley 21.160 deja fuera del ámbito de aplicación de la imprescriptibilidad aquellas conductas que tienen como sujeto infractor al adolescente (artículo 5).³⁰ Por lo tanto, respecto de los infractores entre 14 y 17 años, los plazos de prescripción se contabilizarán de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente (Ley 20.084), esto es, en un plazo de cinco años para los crímenes, dos años para los simples delitos y seis meses para las faltas.

Dos criterios parecen haber influido en la mantención de los plazos de prescripción para los adolescentes infractores. El primero dice

28 El principio de irretroactividad, en conjunto con la prohibición de analogía *in malam partem*, configuran lo que Ferrajoli denomina como “certeza del derecho penal mínimo”. Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Editorial Trotta, Madrid, 1995, p. 381.

29 Luis Felipe Ruiz Antón, *El Principio de la irretroactividad de la ley penal en la doctrina y la jurisprudencia*, Primeras Jornadas de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas, 1989, p. 152.

30 El artículo 5º de la Ley 21.160 surge a partir de una indicación realizada por los senadores señora Rincón y señores Allamand, Harboe, Pérez y Quintana, de acuerdo al Boletín de indicaciones, de fecha 14 de marzo de 2019.

relación con cierta incompatibilidad entre mantener en el tiempo una acción penal contra un adolescente y el derecho a que la causa sea dirimida sin demora, dispuesto en el artículo 40.2 letra b) iii) de la CDN.³¹ Esta perspectiva se sustenta en que “cuanto más tiempo pase, tanto más probable será que la respuesta pierda su efecto positivo y pedagógico, y que el niño resulte estigmatizado”.³² A su vez, la Observación General N° 10 del Comité de los Derechos del Niño, recomienda a los Estados fijar y respetar los plazos entre la comisión del delito, la fase de investigación, la presentación de cargos contra el menor y la dictación de la sentencia definitiva.³³ El segundo criterio se basa en que las sanciones establecidas en la Ley 20.084 poseen un carácter socioeducativo que las distingue de las penas aplicadas a los adultos. La imposición de una pena pedagógica motivada específicamente por la etapa de desarrollo del NNA al momento de realizar los hechos, pero ya largamente superada con el paso del tiempo, parece perder sentido en cuanto a sus fines.

3. Ley 21.057. Implementación del marco legislativo que regula las entrevistas grabadas en video y otras medidas de resguardo a menores de edad víctimas de delitos sexuales

La Ley 21.057, publicada en el Diario Oficial el 20 de enero de 2018, intenta hacerse cargo de la denominada “victimización secundaria”, regulando la participación de NNA en el proceso penal y evitando vulneraciones a su integridad psicológica, a sus derechos a la salud, a la intimidad y a ser oído. En especial, las modificaciones parecen responder a lo dispuesto en el artículo 3.1 de la CDN, referido a la consideración primordial que instituciones públicas, como los tribunales de justicia y los órganos que ejercen la persecución penal pública, deben adoptar en relación a medidas que conciernen a menores de edad, procurando que ellas se dirijan a resguardar el interés superior del NNA.³⁴

Puesta en marcha

La legislación encargó la regulación de la forma, condiciones, requisitos y estándares necesarios para la implementación del sistema de entrevistas investigativas videograbadas, a la dictación de un reglamento

31 El artículo 40.2 letra b) iii) de la CDN establece que debe transcurrir el menor tiempo posible entre la comisión de un delito y la respuesta definitiva estatal. En este sentido, la posición del Jefe de la División Jurídica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos en el segundo informe de las comisiones de Constitución, legislación, justicia y reglamento y la especial encargada de tramitar proyectos de ley relacionados con los niños, niñas y adolescentes, unidas, de fecha 22 de marzo de 2019.

32 Observación General N° 10 del Comité de los Derechos del Niño, párrafo 51.

33 *Ibíd.*, párrafo 52.

34 Mensaje presidencial. Historia de la Ley 21.057, pág. 5.

por parte del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.³⁵ El reglamento, que debía dictarse en el plazo de cuatro meses contados desde la publicación de la ley, realizada en enero de 2018, fue publicado en el Diario Oficial recién el 2 de abril de 2019.³⁶

La fecha de publicación del reglamento adquiere relevancia dado que se establece una implementación gradual de las entrevistas videograbadas a partir de dicha publicación, que a nivel nacional se divide en tres etapas, cada una con diferentes plazos para su entrada en vigencia.³⁷ La primera etapa comprende las regiones de Arica y Parinacota, Tarapacá, Antofagasta, del Maule, Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo; y Magallanes y la Antártica Chilena. Para todas ellas, la regulación entrará en vigor transcurridos seis meses desde la publicación del reglamento en el Diario Oficial, esto es, en octubre del presente año. La segunda etapa, regirá recién a partir de octubre de 2020, proceso que comprenderá las regiones de Atacama, Coquimbo, Ñuble, Biobío, Araucanía y de los Ríos. La última etapa de implementación de las entrevistas está fijada para octubre de 2021. En esta tercera etapa se verán involucradas las regiones de Valparaíso, Libertador Bernardo O'Higgins, de Los Lagos y la Metropolitana de Santiago.

La evaluación acerca del impacto de la nueva Ley deberá seguir esperando

La información disponible desde el Poder Judicial da cuenta de avances en la formación de entrevistadores para las instituciones policiales y el Ministerio Público, la construcción de las salas en donde se realizarán las entrevistas investigativas y judiciales, y el desarrollo de la fase de

35 Específicamente, el artículo 29 de la Ley 21.057 señala: Reglamento. Un reglamento dictado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos establecerá: a) Las condiciones y requisitos que deberán cumplir los programas de los cursos de formación especializada en metodología y técnicas de entrevista y declaración judicial del niño, niña o adolescente; b) La forma, condiciones y requisitos para la implementación del programa de formación continua, seguimiento y evaluación de las personas que efectuarán las entrevistas investigativas videograbadas y declaraciones judiciales; c) La forma, condiciones y requisitos para el desarrollo de los procesos de acreditación de los entrevistadores y su vigencia; d) Las especificaciones técnicas de las salas en que se desarrollen la entrevista investigativa videograbada y declaración judicial de niños, niñas o adolescentes; e) Los estándares mínimos para la producción, almacenamiento, custodia y disposición de los registros de la entrevista investigativa videograbada y declaración judicial de niños, niñas y adolescentes; f) La forma, condiciones, plazos y requisitos para revalidar la acreditación de entrevistador; g) Cualquier otro aspecto necesario para la correcta implementación del sistema de entrevistas investigativas videograbadas y declaraciones judiciales de niños, niñas o adolescentes. Los criterios que establezca el reglamento deberán ser revisados y actualizados, a lo menos, cada tres años, a fin de adecuar las prácticas nacionales a la evolución de los protocolos y reglas internacionales vigentes.

36 Artículo 3 transitorio Ley 21.057.

37 Artículo 1 transitorio de la Ley 21.057.

acreditación de los entrevistadores.³⁸ El proceso debiera encontrarse en una etapa de desarrollo avanzado, en especial en aquellas regiones que componen la primera fase de ejecución, fijada para octubre del presente año. Al cierre de esta edición, el Poder Judicial había llevado a cabo una primera actividad en el tribunal Oral de Iquique, explicando el rol del intermediario y la protección dada al niño o niña a través de la sala especial dispuesta para su declaración en el tribunal. Estas actividades se continuarán ejecutando en las regiones de Arica, Maule, Aysén, Antofagasta y Magallanes.

Esta ley supone desafíos relevantes para el sistema penal, al modificar procedimientos y prácticas en diversas etapas, como en la denuncia, en la investigación y en el juzgamiento. Por esta razón será la aplicación práctica de dicha ley la que nos dará señales respecto del efectivo y eficiente cumplimiento de su objetivo principal: proteger la dignidad y evitar la revictimización del NNA que han sido víctima de delitos sexuales u otros igualmente graves.

4. Proyecto de Ley Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil (Boletín Nº 11.174-07)

El proyecto de ley surge con el propósito de diferenciar dos ámbitos característicos en materia de infancia y adolescencia: el enfoque de protección y el modelo de responsabilidad penal adolescente; ambos actualmente desarrollados por el Servicio Nacional de Menores (en adelante, Sename). Por medio de la moción presidencial, el proyecto busca generar una política nacional de reinserción social juvenil, transfiriendo esta responsabilidad a un servicio público descentralizado, encargado de administrar las sanciones de la Ley 20.084, implementar políticas intersectoriales y desarrollar programas para modificar la conducta delictiva, favoreciendo la integración social de los jóvenes. Se creará, entonces, el Servicio Nacional de Reinserción Social y se introducirán reformas a la Ley 20.084, generando una mayor especialización judicial y la creación de un modelo de intervención.

A la fecha de cierre de este capítulo, el proyecto continúa con suma urgencia en su primer trámite constitucional en la Comisión de Constitución, legislación, justicia y reglamento del Senado, espacio en el que han participado, además del Ejecutivo, varios actores vinculados al tema. En sus comienzos, el debate en el Senado se enfocó en la situación precaria de los menores dentro de las instituciones del Estado, tanto en residencias del SENAME como en instalaciones de organismos colaboradores, condiciones que terminan convirtiéndose en un

38 <http://www.leydeentrevistasvideograbadas.cl/instructores-y-su-rol-en-la-implementacion-de-la-ley/>

obstáculo para la reinserción de los adolescentes.³⁹

La revisión del articulado relativo a la creación del Servicio de Reinserción Social terminó por sellar los problemas denunciados en el informe anterior respecto del diseño institucional, que sigue promoviendo la estructura tradicional institucional de los servicios del Estado, no modifica las lógicas de financiamiento, ni establece estándares mínimos para las bases de licitación o acreditación de programas.⁴⁰ Actualmente, el debate está enfocado en las modificaciones a la regulación de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente (LRPA). Concretamente, el proyecto de ley contempla varias reformas al catálogo de sanciones de la LRPA, entre las que destacan la modificación de la sanción de internación en régimen semicerrado, que pasa a ser reemplazada por una libertad vigilada con reclusión nocturna; en conjunto con la eliminación de la sanción accesoria del artículo 7 de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente. Esta última disposición, que en la actualidad es una medida accesoria de carácter obligatorio y posible de ser aplicada por el juez en conjunto con el resto de sanciones, pasará ahora a formar parte del plan de intervención individual.

Salidas alternativas y mediación

Respecto de los adolescentes, la suspensión condicional del procedimiento actualmente vigente sigue el régimen general del Código Procesal Penal (artículo 238). No obstante, varias indicaciones emanadas del Ejecutivo parecen dirigidas a otorgarle a esta salida alternativa ciertos grados de especialización y diferenciación frente a la de los adultos, en sintonía con las obligaciones que emanan de la CDN (artículo 40.3).

El proyecto original permitía acceder a la suspensión solo respecto de faltas y simples delitos. En cambio, la indicación introducida dispone su procedencia “en cualquier caso”, a menos que, en su determinación en concreto, la pena resultante permita solo la aplicación de la sanción de internación en régimen cerrado.⁴¹ Por lo tanto, la suspensión condicional estará disponible para la mayoría de los casos, salvo que la determinación de la pena en concreto conlleve una privación de libertad mayor a cinco años, lo que acontecerá solo respecto de

39 Defensoría Penal Pública. Presentación ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, de fecha 19 de marzo de 2019. Una descripción similar es posible de encontrar en los informes de la Comisión Interinstitucional de Supervisión de Centros Privativos de Libertad (CISC), 2018.

40 Ester Valenzuela y Macarena Arizmendi, op. cit., p. 185.

41 En este sentido la presentación de la Defensoría Penal Pública. Presentación ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, de fecha 18 de marzo de 2019.

adolescentes mayores de 16 años.⁴² Se espera que la utilización de esta salida alternativa se convierta en una herramienta flexible en manos de los fiscales, que podrán hacer uso amplio de este recurso, por sobre consideraciones de carácter preventivo asociadas a sanciones de corta o mediana duración.

Adicionalmente, el proyecto elimina como condiciones para la suspensión aquellas vinculadas al pago de una suma de dinero indemnizatoria, la asistencia periódica ante el Ministerio Público para acreditar el cumplimiento de las condiciones y las que fundamentalmente solicite el Ministerio Público. Dentro del ámbito de la Ley de Violencia Intrafamiliar, la posibilidad de vincular la suspensión condicional del adolescente a la prohibición de acercamiento o al abandono del hogar común que comparte con la víctima, podrá establecerse solo en situaciones extremadamente calificadas, fundadas en antecedentes objetivos y específicos que deberán constar en la sentencia. Esto exige que exista una mayor sintonía de la normativa con lo dispuesto por las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas 18.2 de Beijing).

En la actualidad, las condiciones decretadas por el tribunal pueden tener una duración de uno a tres años. Por ende, su reducción a un período de 6 a 12 meses, representa un avance. El tiempo actual es excesivamente largo si tenemos en consideración que se trata de una medida alternativa empleada sobre una criminalidad leve o mediana, que en caso de sanciones probables con contenido similar –como la libertad asistida– o de aspectos menos restrictivos, podrían durar mucho menos.⁴³ Con la modificación, la regulación de la suspensión condicional en la LRPA sirve como una alternativa menos gravosa para el adolescente.

Por otra parte, las modificaciones abren un espacio normativo al ámbito de la justicia restaurativa, creando un Párrafo 4° en el título II, denominado “De las salidas alternativas al procedimiento y de la mediación”, a objeto de acercar a la víctima y el victimario a un proceso de reparación. Esta experiencia, que en el derecho comparado viene realizándose hace décadas,⁴⁴ corresponde a una innovación acorde a lo dispuesto por la CDN, especialmente en su artículo 40.3, que insta a los Estados a promover medidas desjudicializadoras, encaminadas a la supresión del procedimiento penal o su remisión y orientación a

42 El artículo 18 de la LRPA establece que el límite máximo de las penas privativas de libertad de internación en régimen cerrado y semicerrado impuestas a los adolescentes será de cinco años, si el infractor tuviere menos de dieciséis años, y de diez años si tuviere entre dieciséis y diecisiete años.

43 Jaime Couso, “La política criminal para adolescentes y la Ley 20.084”, *Informes en Derecho, Estudios de Derecho Penal Juvenil I*, Defensoría Penal Pública, 2008.

44 Frieder Dünkel, “El futuro de la justicia juvenil perspectivas europeas”, *Revista Justicia y Derechos del Niño*, N° 10, 2008.

servicios de carácter comunitario.⁴⁵ Estas medidas, consonantes con los principios del marco normativo adolescente de intervención penal mínima y subsidiariedad, han sido destacadas por el Comité de los Derechos del Niño, por su contribución a la disminución de la estigmatización y aislamiento, la promoción de fines educativos y de responsabilización, la reducción de la privación de libertad y la efectiva reintegración social de los adolescentes.⁴⁶

La especialización en duda

El nuevo articulado del proyecto elimina los tres juzgados especializados contenidos en el proyecto original⁴⁷ y opta por dos niveles más bajos de especialización que no implican mayor diferencia respecto de lo que actualmente existe: salas con conocimiento específico en responsabilidad penal adolescente y la priorización en la asignación de jornadas, días o salas con dedicación exclusiva en la materia.⁴⁸

Por medio de dos opiniones consultivas, de abril de 2017 y abril de 2019, la Corte Suprema cuestionó la legitimidad de los tribunales especiales para adolescentes infractores en un Estado social y democrático de derecho. En su opinión, su creación compromete principios de independencia e imparcialidad, debilita el equilibrio entre los poderes del Estado, atomiza la actividad y amenaza el derecho a un juez natural, ya que el tribunal encargado de conocer y juzgar sería creado con posterioridad a la comisión del delito.⁴⁹

Sin embargo, es la misma CDN la que emplaza a los Estados Partes a establecer un sistema de justicia especializado (Art. 3 CDN) con el fin

45 También hace mención a este tipo de mecanismos la Regla mínima N° 11 de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (“Reglas de Beijing”), adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33, del 28 de noviembre de 1985. En este mismo sentido, la Observación General Número 10 a la Convención sobre los Derechos del Niño. Organización de Naciones Unidas. 2007.

46 Observación General Número 10 a la Convención sobre los Derechos del Niño. Organización de Naciones Unidas. 2007.

47 El proyecto original contemplaba la creación de tres juzgados especializados. Uno con asiento en la comuna de Santiago, integrado por 6 jueces, con competencia sobre las comunas de Pudahuel, Huechuraba, Quilicura, Renca, Conchalí, Cerro Navía, Lo Prado, Independencia, Recoleta, Estación Central, Quinta Normal, Lo Barnechea, Vitacura, La Reina, Las Condes, Santiago Centro, Ñuñoa, Providencia, Maipú, Cerrillos, La Florida, Macul y Peñalolén. Otro con asiento en la comuna de San Bernardo, integrado por 3 jueces, con competencia sobre las comunas de Lo Espejo, Pedro Aguirre Cerda, San Miguel, La Cisterna, El Bosque, San Joaquín, La Granja, San Ramón, La Pintana, San Miguel y San Bernardo; y otro con asiento en la comuna de Concepción, integrado por un juez, con competencia sobre las comunas de Concepción, Penco, Talcahuano y Hualpén.

48 Comisión Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. Oficio N° CL/39/2019, Valparaíso, 9 de abril de 2019. Solicitando opinión consultiva a la Iltma. Corte Suprema.

49 Comisión Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. Oficio N°60-2019 Informe proyecto de ley N° 12-2019. Antecedente: Boletín N° 11.174-07, Santiago, 24 de abril de 2019.

de garantizar el ejercicio de todos los derechos del NNA. En este mismo sentido, el Comité en su Observación General N° 10, “recomienda que los Estados Parte establezcan tribunales de menores como entidades separadas o como parte de los tribunales regionales o de distrito existentes”. La comprensión del marco normativo penal adolescente como un derecho autónomo y diferenciado del de los adultos no solo requiere de defensores y fiscales especializados, sino también de jueces y funcionarios dentro de una institucionalidad propia. En el contexto comparado europeo, la mayoría de los países posee tribunales juveniles, cuyos sistemas cuentan con una estructura y “competencia amplia que les permite conocer delitos graves y fallar con lógicas educativas”.⁵⁰

La especialización, por ende, implicaría la creación de una institucionalidad representativa de un enfoque diferente a la que rige para los adultos. De acuerdo con la Corte Suprema, por el contrario, la simple configuración de salas especializadas y la mera aprobación, por parte de los jueces, de un programa de perfeccionamiento, serían suficientes para cumplir con la exigencias de especialización que demanda la CDN, omitiendo considerar el precario nivel de especialización actual de los jueces en materia de responsabilidad penal adolescente. La especialización, por tanto, sigue siendo un tema pendiente e indispensable de abordar conforme al artículo 40.3 de la CDN y a lo observado por el Comité de los Derechos del Niño.

5. Sistema de garantías de los derechos de la niñez (Boletín N° 10.315-18)

En octubre de 2015, se presentó el proyecto de ley del sistema de garantías de derecho de la niñez. Sin embargo, han transcurrido cuatro años, y este continúa en tramitación en el Congreso y sin mayores o significativos avances. Luego de numerosas indicaciones, el gobierno de Sebastián Piñera envió una nueva indicación (Mensaje N° 138-366/ del 1 de octubre de 2018) que sustituyó parte de su contenido normativo, incluyendo un cambio en su denominación, pasando a llamarse “Proyecto de Ley de Protección Integral de los Derechos de la Niñez”. Este cambio de nombre representa un giro ideológico vinculado a cómo concibe el Estado las obligaciones en materia de infancia ya que se dejaría de lado la concepción de un sistema integral de garantías. Al respecto, cabe señalar que las garantías implican mecanismos de exigibilidad que van mucho más allá de la Protección Integral. Sin embargo, hasta la fecha de cierre de este *Informe*, aún no ha sido discutidas ninguna de las indicaciones del Mensaje 138-366 de octubre del

50 Frieder Dünkler, “Imputability Age of Criminal and Jurisdiction of Juvenile Courts in Europe”, *Revista de Estudios de la Justicia*, 22, 2015. El autor nombra como ejemplos, Austria, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, Italia, Holanda, Polonia, Serbia, Eslovenia, Turquía y España.

2018, y actualmente se encuentran en segundo trámite constitucional con urgencia calificada de simple. Con fecha 10 de septiembre, la Comisión de Infancia del Senado en votación sobre la idea de legislar, en forma unánime aprobó en general el proyecto.

Tal como lo señalamos el año 2018, es urgente contar a nivel legal, con *garantías o protecciones jurídicas* para que los NNA puedan *ejercer* sus derechos efectivamente y lo hagan en condiciones de igualdad. Pero esencialmente para que sea un marco referencial para todos los otros proyectos de ley que regulan derechos de Infancia y Adolescencia.

En la actualidad este proyecto de ley se limita a reiterar lo mismo que plantea la CDN, sin embargo lo que se requiere es más que solo contar con una ley que sistematice y reitere los derechos planteados por la CDN, la cual representa el piso mínimo en esta materia, por consiguiente dicho proyecto en estos términos no constituye un aporte. Lo que realmente se requiere es contar con un marco legal de garantías para toda la normativa sobre infancia, con mecanismos de exigibilidad de las garantías reconocidas. Hasta ahora se ha avanzado en numerosos proyectos de ley que en forma fragmentada y sin un marco de garantías regulan los temas de infancia en Chile. Estos proyectos han resultado del todo insuficientes, ya que no han sido concebidos a la luz de una ley marco de garantía, que junto a la CDN, le confieran un marco interpretativo y de aplicación sistemática a todos esos cuerpos legales, con el objetivo de favorecer una protección *integrada y sistémica*, que aborde las normas jurídicas y las instituciones, así como los programas para realizar acciones específicas de promoción, prevención, protección y reparación.

Esta ley debiese contemplar un sistema administrativo de protección de derechos, ya que contar con un sistema íntegramente judicializado, como el existente, no ha entregado respuestas eficientes. Por ende, la desjudicialización de algunas de las materias contribuiría a una visión más integral, con apoyos más especializados en la protección y restitución de derechos. En este sentido representa un desafío importante observar experiencias comparadas y revisar qué elementos son factibles de considerar en la creación de un sistema administrativo de protección nacional que sea pertinente a nuestra realidad, de lo contrario, es decir imitar sistemas foráneos sin una reflexión profunda de nuestras capacidades, estructuras y cultura nacional, estará condenada al fracaso)

Es trascendental que exista un sistema integral de protección dotado de recursos financieros suficientes, progresivos y que esté protegido de eventuales recortes o afectaciones por parte del gobierno de turno. Esto supone contar con un sistema fortalecido de protección social que sea consistente con el sistema de protección integral. En este contexto, una ley de garantía se vuelve imprescindible y debiese contener un estatuto general que establezca la estructura fundamental de las garantías y protecciones del

ejercicio de los derechos. Asimismo, como lo señalamos, debiese servir de base para la elaboración e interpretación del conjunto de la legislación sectorial que desarrolla cada uno de los derechos, tales como el derecho a la educación, a la salud o a la convivencia familiar, entre otros.

Pese a que hasta la fecha de cierre de este informe aún no han sido discutidas las últimas indicaciones del gobierno (enviadas el 9 de octubre de 2018), no podemos dejar de pronunciarnos sobre la reformulación que se hizo en ellas del artículo 1 eliminando la palabra *garantía*, exclusión que luego repetirá en diferentes normas del título I. Esta eliminación resulta lamentable, ya que la protección integral no necesariamente considera garantizar el ejercicio efectivo de derechos de los NNA. La indicación elimina la definición de interés superior del niño y la satisfacción y disfrute de sus derechos, además de no establecer obligaciones financieras. El nuevo Artículo 1 se limita a señalar: “Créase el Sistema de Protección Integral de los Derechos de la Niñez, que estará integrado por el conjunto de políticas, instituciones y normas destinadas a velar por el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, cultural y social de los niños, de acuerdo con la Política Nacional de la Niñez y los recursos que disponga el país”.

Dicha indicación incorporó en la ley, casi en forma textual, el artículo 4 del CDN como un deber general de los “órganos del Estado (que), dentro del ámbito de sus competencias, adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente ley. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los órganos del Estado adoptarán estas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan para estos efectos y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional, velando en todo caso por una aplicación eficaz, eficiente y equitativa de los recursos.” (Artículo 5). Como en la práctica esta norma ya existe en nuestro ordenamiento jurídico, no tiene sentido aprobar una legislación que deja las obligaciones en el mismo nivel en que se encuentran desde la ratificación de la CDN en 1990. Limitarse a repetir la obligación contenida en la CDN no constituye ninguna garantía nueva, entendiendo que las normas de la Convención debiesen constituir el piso mínimo, que luego deben desarrollarse en la legislación nacional.

La exclusión de la dimensión general de garantía y de mecanismos específicos que la concreten, especialmente en el ámbito presupuestario, lesiona gravemente el espíritu de la iniciativa original y debilita decisivamente el nivel de exigibilidad de las obligaciones del Estado. Esto en relación con el ya citado artículo 4 de la CDN, que exige a los Estados tomar medidas para dar efectividad a los derechos. La obligación de *garantizar los derechos* es una obligación general por parte del

Estado, que no puede ser cumplida con la creación de algunos mecanismos aislados de garantía.

Pese a ello, la indicación del gobierno contiene algunas garantías específicas, en particular en el ámbito de los mecanismos administrativos. Avanza al proponer la creación de Oficinas Locales de Infancia que realizarán acciones de promoción, prevención de vulneraciones y protección general de derechos (nuevo artículo 39), las cuales se encuentran dotadas de recursos económicos para su financiamiento. Dicho artículo deja la regulación de dichas Oficinas Locales, su determinación técnica y metodológica a cargo de un reglamento expedido por el Ministerio de Desarrollo Social, y suscrito por el ministro de Hacienda, indicando que, para tales efectos, la Subsecretaría de la Niñez será la encargada de proponer dicha normativa. Adicionalmente propone, en su nuevo artículo 40, los Principios de la Protección Administrativa, estableciendo que estos serán: la intersectorialidad, la coordinación, la progresividad, el enfoque intercultural, la desconcentración, la flexibilidad, la voluntariedad de la atención, la eficiencia y la eficacia.

Tanto el gobierno anterior como el actual, no se han mostrado dispuestos a crear algunos mecanismos fundamentales de garantía que deberían ser prioritarios para avanzar, aunque sea gradualmente, en la creación de un sistema integral de garantías. Este sistema debiera contener: i) *la inexcusabilidad de la protección* desarrollada por los órganos de la administración, lo cual obliga a una coordinación y derivación por parte de cualquier órgano del Estado que sea requerido para la protección del ejercicio de un derecho por parte de un NNA, evitando que ellos y sus familias sean ignorados por los servicios destinados a su protección;⁵¹ ii) la existencia de una acción específica de carácter judicial para reclamar por cualquier vulneración en el ejercicio de los derechos del NNA; y iii) la creación de un sistema universal de representación jurídica de los NNA por abogados especializados, que deba actuar en todo procedimiento judicial o administrativo como un requisito ineludible (esto lo abordaremos en el apartado sobre representación judicial).

51 El principio de inexcusabilidad se encontraba recogido en el artículo 26 del Proyecto de Ley de Garantía original, formulado de la siguiente manera "Artículo 26.- Inexcusabilidad. Requerido un órgano de la Administración del Estado para que otorgue determinados servicios o prestaciones, acciones o medidas, no podrá excusarse de conocer y pronunciarse sobre el requerimiento. Si el requerimiento no versa sobre materias de su competencia, deberá efectuar todas las diligencias que resulten necesarias para poner el caso a disposición del órgano competente, si lo hubiere. En estos casos, la autoridad que no tenga competencia deberá siempre: a) Registrar los datos del niño solicitante y de quien concurra en su nombre; b) Informar a la autoridad competente por el medio más eficiente posible, si la hubiere; e c) Informar al solicitante su incompetencia y la derivación de la solicitud al órgano competente, si lo hubiere, individualizándolo, en forma simple, clara y sin mayor dilación".

Lamentablemente, todos los gobiernos –independientemente de su orientación política– se han mostrado reacios a legislar e implementar un sistema concreto de garantías jurídicas que vaya más allá de la obligación general del artículo 4 de la CDN. En particular, esta administración parece dispuesta a avanzar en algunas materias como el despliegue territorial progresivo de servicios sociales a través de las Oficinas Locales de Infancia, pero no necesariamente reconocer una obligación jurídica que implique desarrollar un sistema de protección administrativa.

Después de 4 años, aún estamos a la espera de una Ley Marco, una de las leyes más relevantes en materia de Infancia. Respecto a este tema, el Comité ha manifestado al Estado de Chile su preocupación dado que, tal como lo señalamos en el *Informe 2018*, es inconducente seguir avanzando en diversas leyes de infancia sin contar con dicha Ley Marco. Es evidente la necesidad de una ley que asegure un marco de garantías mínimas y universales a los niños y niñas y permita avanzar en forma integral en materia de infancia y adolescencia.

6. Proyecto de ley sobre el Servicio Nacional de Protección a la Niñez (Boletín 12.027-07)

Pese a la urgencia de contar con un nuevo servicio, los avances de este Proyecto de Ley han sido mínimos. Dentro de los avances, se valora la creación de un registro único, ya que es virtuoso contar con información sistematizada y fidedigna de cada uno de los niños que son atendidos por el Servicio. Es esperable que esa información sea un insumo esencial para la futura formulación de políticas públicas sobre el tema y tenga un impacto en el ejercicio de derechos de los NNA.

Otros avances destacables en este terreno son los siguientes: i) la incorporación de las familias como sujetos de atención del Servicio, siendo obligación del Estado generar condiciones para que sea la familia el núcleo central de protección de la infancia y la adolescencia, en conjunto con establecer la obligación de incorporar el enfoque familiar en los futuros instrumentos de gestión técnica y financiera del Servicio; ii) la tendencia normativa a la especialización, calidad, eficiencia y transparencia, iii) la atención integral y su complementariedad con la oferta de protección especializada y iv) la explicitación del estándar de trabajo con las familias en todas las líneas de acción y la garantía de oferta de cuidado alternativo en todas las regiones del país.

El 30 de mayo de 2019, la Comisión especial encargada de tramitar proyectos de ley relacionados con NNA, presenta el primer informe acerca del proyecto de ley. Entre los aspectos principales de este informe, podemos mencionar:

- Cambios en el objeto del Servicio, incorporando el diagnóstico, el maltrato en cualquiera de sus formas y la explotación sexual o laboral. Esto constituye un avance, ya que en el proyecto original no se contemplaban estos temas, del todo relevantes, dentro de los objetivos del Servicio.
- Se replica la Comisión Coordinadora de Protección a nivel regional. Era necesario contar con dicha comisión, de lo contrario resultaba complejo para el Servicio cumplir sus objetivos en todo el territorio nacional.
- Mayores requisitos para las personas naturales que se acrediten ante el Servicio. Consideramos que dicha acreditación debe contener requisitos que aseguren y protejan a los niños y niñas.
- Se extienden las inhabilidades de los funcionarios del Servicio a los trabajadores de los entes colaboradores acreditados. Lo anterior resulta completamente razonable, ya que no habría porque establecer diferencias, en cuanto a las inhabilidades, entre funcionarios del Servicio y aquellos de entes colaboradores acreditados.
- Se modifica la composición de los miembros del Consejo de Expertos, incorporando un miembro del área de educación y otro del Consejo de la sociedad civil de la niñez.
- Se crean principios orientadores respecto de los estándares de las líneas de acción. Es esencial la incorporación de estándares y la posibilidad de contar con principios orientadores que faciliten su efectivo cumplimiento.

En junio de 2019, se aprobó este proyecto en general, abriéndose un plazo para indicaciones. Dicho plazo ha sido extendido en dos oportunidades y permanece abierto hasta la fecha de cierre de este Informe. Este proyecto podría mejorar, también, si se incluyera la figura del abogado del niño, es decir, garantizar el derecho esencial a contar con un abogado autónomo que represente al NNA conforme al debido proceso establecido constitucionalmente .

Otros aspectos que se debieran revisar, para incorporar en la futura ley, son:

- Considerando que las Oficinas Locales de la Niñez no cumplen el rol de órgano de protección administrativa competente y, por consiguiente, no tendrán la autoridad para dictar medidas de protección, ni para resolver la mejor alternativa para un niño y su familia, en el ámbito de la prevención. De esta forma no es posible proyectar su aporte a la desjudicialización y desinstitucionalización, como ocurre en experiencias comparadas que cuentan con Sistemas de Protección administrativa.
- La necesidad de que exista fiscalización externa, imparcial y neutra, porque mientras el Servicio siga diseñando, implementando

- y evaluándose a sí mismo (administración directa), es decir, autofiscalizándose, seguirá siendo “juez y parte” y no tendremos garantía de que el bien superior del niño/a se esté garantizando;
- Más allá de la mención a la participación efectiva, es necesario que el articulado desarrolle el principio y el derecho a la participación, como lo establece la CDN en consonancia a la Observación general 12;
 - La “reparación y restitución de derechos” debe estar incluida en la línea de acción de “cuidado alternativo”;
 - El sistema de subvenciones debiera garantizar estándares de calidad y no mantener la lógica estructural subsidiaria. Esto solo se resolvería con la derogación de la Ley 20.032 de subvenciones. Debiera proponerse un sistema gradual para ir modificando la subvención por financiamiento en base a criterios de calidad y, sobre todo, en base a estándares;
 - No resulta claro el destino institucional de las actuales funciones del Servicio Nacional de Menores en cuanto a niños y niñas en situación de calle, representación jurídica u otras como trabajo infantil, etc.⁵² Aun cuando el marco financiero actual considere dichas funciones, el texto no las menciona explícitamente. Al saber que lo más probable es que estas prestaciones sean ejecutadas por otros servicios, se hace necesario que el Ejecutivo establezca claramente la planificación y la ubicación institucional de la provisión de estos servicios en un futuro;
 - Proponer un fortalecimiento de las familias de acogida, de manera que se genere un mayor abanico de cuidados alternativos, materias dispuestas en los artículos 7º letra m), 8º y 59 N° 21.
 - Además de su simple mención, el Acompañamiento y la Preparación para la Vida Independiente debería incorporarse como una línea de acción orientada a diseñar un proyecto, especialmente para los jóvenes que egresan de programas de acogimiento alternativo, con orientaciones técnicas donde se establezcan las líneas y componentes del mismo, sumándose la posibilidad de otorgar recursos desde el estado a jóvenes mayores de 18 años, con el fin de subsidiarlos hasta que logren obtener una profesión u oficio, con un límite de edad, homologando esto al derecho a pensión alimenticia que tienen los jóvenes respecto

52 Esta problemática fue abordada por el Comité de los Derechos del Niño en la Observación General N° 21, de 2017, denominada “Sobre los niños de la calle”, donde proporciona a los Estados orientaciones para el desarrollo de una estrategia nacional y de largo plazo, contemplando mecanismos de prevención y respuesta, en las cuales la protección especial juega un rol preponderante. Chile está en deuda en este plano: se realizó el Censo Nacional de NNA en situación de calle 2018, y el resultado a nivel nacional fue de 574 en esta situación.

de sus padres en que estos tienen la obligación de proveerles sustento hasta los 21 años si no estudian o hasta que obtengan una profesión u oficio (con una edad máxima de 28 años)⁵³, lo cual además implicaría una reforma al artículo 321 del Código Civil, donde se establecen Los Alimentos que se deben por Ley a ciertas personas

- La Defensoría de la Niñez ha señalado acertadamente que el Servicio que surgirá debiese establecer un nuevo modelo, es decir, la generación de un real cambio de paradigma en cuanto a la protección de los NNA, y la evaluación de los mecanismos de financiamiento. En la actualidad, los problemas del sistema siguen vigentes, en gran parte porque se mantiene la incorrecta interpretación del carácter subsidiario del Estado, uno de las causas estructurales de las graves y sistemáticas violaciones descritas en el Informe del Comité de Derechos del Niño. Por ello no resulta coherente que los actuales proyectos de ley se remitan a la Ley 20.032 y pretendan seguir aplicando un mecanismo de intervención y financiamiento deficiente, que ha favorecido la vulneración por parte del aparataje estatal por más de cuarenta años, de los derechos humanos de los NNA.

Otro tema que surge con fuerza es la necesidad de regulación del sobrecupo en las residencias y centros. En este sentido, la Ley 20.032 también contempla, en su artículo 80 bis, una regulación del sobrecupo que, si bien fue pensada como una forma de protección, ha terminado siendo una herramienta de desprotección al incorporar a NNA a residencias en las cuales no están dadas las condiciones para admitir más de un cierto número de niños y niñas. Esta situación, sin duda, afecta al normal funcionamiento de los programas, por lo que las limitaciones expuestas normativamente en este ámbito, merecen mayor precisión y garantizar el cumplimiento del Art. 18 del proyecto y la oferta de cuidado alternativo. En la actualidad, está en discusión una normativa que reformaría la regulación de los sobrecupos, sin embargo, al cierre de este *Informe* aún no hay luces sobre el desenlace de esa polémica.

53 Así lo consagra el artículo 323 del Código Civil. Los alimentos deben habilitar al alimentado para subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social. Comprenden la obligación de proporcionar al alimentario menor de veintiún años la enseñanza básica y media, y la de alguna profesión u oficio. Los alimentos que se concedan según el artículo 332 al descendiente o hermano mayor de veintiún años comprenderán también la obligación de proporcionar la enseñanza de alguna profesión u oficio.

7. Reforma integral al sistema de adopción

La actual ley vigente (Ley N° 19.620) si bien fue un avance respecto a lo que había hasta entonces, no se ajusta a los criterios de la CDN ni a las Directrices relativas a las estrategias alternativas de cuidado de los niños, adoptadas por la Asamblea General de Naciones Unidas, de 2009. El Comité de Derechos del Niño –en su informe de 2007– recomendó al Estado chileno “generar un marco regulatorio de la adopción que permita garantizar el derecho a vivir en familia, que contribuya a la desinstitucionalización de los niños, niñas y adolescentes y que contemple mecanismos que prioricen la adopción nacional por la adopción internacional”.

La adopción en Chile carece de un tratamiento integral donde el foco esté efectivamente en los niños y niñas. La respuesta desborda la creación de una Ley: se requieren acciones de todas las instituciones participantes en el proceso que apunten a soluciones no solo provenientes del ámbito legal, sino también institucionales. Lamentablemente, han transcurrido más de 6 años de debate legislativo y la demora nos parece injustificable. El eje de la discusión ha estado en la adopción homoparental, una temática que ha acaparado la cobertura de los medios, sin considerar que la preocupación central debiese estar puesta en el interés superior de los niños y niñas y en la posibilidad de contar con un sistema de adopción que garantice plenamente el derecho de ellos y ellas a vivir en familia.

El proyecto de ley sobre reforma a la Ley de Adopción implica un avance en varios puntos respecto de lo que tenemos, particularmente en lo que se refiere a contar con procedimientos más rápidos y eficaces, priorizar explícitamente el interés superior del NNA a vivir y desarrollarse en el seno de una familia, privilegiar que los hermanos o hermanas permanezcan reunidos, garantizar el derecho de los niños a conocer su origen, escuchar su opinión, entre otros. Sin embargo, es necesario incorporar algunos elementos contenidos en el derecho internacional sobre adopción como los que encontramos en el CDN, en las Directrices de la Asamblea General (en adelante, Directrices) y en la Convención sobre la Protección del Niño sobre Adopción Internacional (o Convención de La Haya), todos instrumentos trascendentales para concebir una reforma a la actual Ley de Adopción. La Corte Suprema sugiere en su oficio, la necesidad de que el proyecto de ley incorpore la obligación de trabajo y apoyo con la familia de origen para evitar la separación del niño o niña de su núcleo original,⁵⁴ ya que el

54 Oficio N 129-2019, del 24 de Junio de 2019. Ver en: <http://www.pjud.cl/documents/396729/0/INFORME+PROYECTO+DE+LEY+REFORMA+INTEGRAL+ADOPCION.PDF/58c11a58-aff3-4ef1-8e8e-0960d2d1aa11>

proyecto no aborda este tema, alejándose de los estándares establecidos en las Directrices de la Asamblea General.

Análisis del proyecto de ley a la luz de los principios fundamentales en el derecho internacional en materia de adopción

a) El derecho de todo NNA a vivir en familia.

Este derecho no está explicitado en el proyecto de ley (en adelante, PDL) como un principio y no se regulan acciones de restitución de este derecho respecto a su familia de origen. Se requiere una regulación que considere la obligación de trabajo y apoyo con la familia de origen, para evitar la separación, y se cumpla, efectivamente, lo mandatado por el artículo 1 del PDL en que se señala que la adopción será siempre subsidiaria.

b) El interés superior del NNA.

El PDL declara como objeto de la adopción el velar por el interés superior del NNA e incorpora este objetivo como un principio fundamental en las distintas instancias del proceso.

c) Derecho del NNA a ser oído y que su opinión sea considerada previa, durante y después de la adopción.

Se permite que el NNA ejerza su derecho a ser oído y en caso de que manifieste su negativa a ser adoptado, el juez podrá poner término u ordenar que siga el procedimiento por resolución fundada, tomando en consideración los antecedentes que consten en el expediente y la opinión del curador *ad litem*. Sin perjuicio de que previamente se deberá recibir la oposición si corresponde, La Corte valora y señala que su opinión debe ser considerada previa, durante y posterior a la adopción.

El PDL original no establecía la figura del curador *ad litem*, que es un abogado/a que representa el interés del NNA respecto de toda medida que le afecte. Dicha figura fue introducida en 2015 por indicaciones del gobierno de Michelle Bachelet. Ahora, tras la indicación sustitutiva del actual gobierno (mayo de 2018), el curador *ad litem* está contemplado a todo evento y no en determinadas circunstancias. Incluso, se señala que la audiencia no podrá celebrarse sin la presencia del curador. De esta forma el derecho a la participación del NNA quedaría formalmente garantizado. La Corte Suprema ha señalado en su oficio 129 que el nombramiento del curador y su presencia en todas las audiencias del procedimiento de adoptabilidad resulta indispensable (inciso 5 del artículo 20). De esa regla se concluye que la no comparecencia dará lugar a la nulidad de lo obrado. El problema es que, en la actualidad, la institución de la Curaduría presenta serios problemas estructurales partiendo por el hecho de que la oferta real de curadores es absolutamente insuficiente.

d) Gratuidad total, asegurando que la familia adoptante no incurrirá en pago alguno durante el proceso.

Este es uno de los puntos que en la actualidad genera controversia, pues aún no está resuelto el financiamiento por parte del Estado. El proyecto de ley establece respecto del financiamiento de las actividades del programa y de los subprogramas de adopción, que este se regirá por las disposiciones consagradas en la Ley N° 20.032 del sistema de atención a la niñez, a través de la red de colaboradores del SENAME y su régimen de subvención. Este punto de la ley aún se encuentra en discusión parlamentaria paralela.

Como bien advirtió la Corte Suprema respecto al tema del financiamiento, la regulación propuesta por el PDL de adopción es poco eficiente, ya que el financiamiento queda subordinado a la aprobación de proyectos previos con el fin de obtener la subvención de parte del SENAME. Sin embargo, dentro de los distintos programas que enumera la Ley N° 20.032, no se encuentra el “programa de adopción” a que hace alusión el nuevo artículo 5 de la iniciativa legal que se analiza. Se menciona, en cambio, el programa de familias de acogida. Por consiguiente, al no encontrarse la figura de “programas de adopción” dentro de las líneas de acción subvencionables que menciona la Ley N° 20.032, resulta forzoso concluir que el financiamiento a que se refiere el proyecto no tendría fundamento legal y no se cumpliría con la gratuidad.

En la actualidad la Ley 19.620 establece en su artículo 42 la exclusión de los fines de lucro en esta institución, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 43 del texto legal, el cual expone que “Lo dispuesto en el artículo anterior no será aplicable a aquellas personas que legítimamente solicitaren o aceptaren recibir una contraprestación por servicios profesionales que presten durante el curso de los procedimientos regulados en esta ley, sean estos de carácter legal, social, psicológico, psiquiátrico, u otros semejantes”. Esto último ha abierto la puerta para que algunas fundaciones cobren abusivamente por cada una de las evaluaciones, terapias, talleres que realizan, convirtiéndose esto en un subterfugio de recaudación de dinero, desvirtuando en la práctica la exigida gratuidad de estos procedimientos.

e) El respeto por el derecho a la identidad, asegurando que el NNA conozca sus orígenes en cualquier momento que se requiera.

Otro tema sustantivo y relevante es el derecho a la identidad que regula la posibilidad de que el NNA conozca sus orígenes en el momento que lo requiera. Este derecho a conocer el origen de la filiación se incluyó en el Artículo 12, el cual permite que la solicitud de información sobre filiación adoptiva la pueda requerir simplemente el mayor de 14 años. Respecto al procedimiento de la búsqueda de orígenes, el interesado mayor de 14 años deberá ser asesorado para iniciar un proceso de

vinculación con su familia. En el proyecto original se establecía que las actividades del proceso de búsqueda serían reguladas en el reglamento, sin embargo, la indicación sustitutiva incluyó dicha regulación en la ley. Adicionalmente, regula la “conservación de información y búsqueda de orígenes” prescribiendo en su Artículo 65: “Cualquier persona mayor de 14 años, actuando por sí o representada por el Servicio o un organismo nacional acreditado, podrá solicitar al Registro Civil que le informe si su filiación es resultado de una adopción”. En tal caso, se le deberá indicar la individualización del proceso judicial respectivo.

f) El agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada.

El proyecto de ley no aborda este tema, alejándose de los estándares establecidos en las Directrices, donde se señala expresamente que la separación del niño de su propia familia debería considerarse como un último recurso y, en lo deseable, debería ser temporal y por el menor tiempo posible. El artículo 18 de la CDN establece claramente sobre las familias de origen: “A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños”.

g) La preservación de los vínculos fraternos, priorizándose la adopción de grupos de hermanos en la misma familia adoptiva o el mantenimiento de vínculos jurídicos entre los hermanos, excepto por razones debidamente fundadas.

EL PDL se hace cargo e incorpora, por primera vez, una norma que tiene plena sintonía con la CDN y con las Directrices, indicando que “en caso que dos o más hermanos hayan sido declarados adoptables, se procurará que sean adoptados por el o los mismos requirentes. Si ello no fuere posible, el juez deberá velar por la continuidad del vínculo fraterno entre ellos”.

Principales innovaciones del proyecto respecto de la Ley 19.620, actualmente vigente, y principios ausentes

- Se incorpora una serie de normas que aseguran una tramitación más eficiente y expedita de la adopción. Para agilizar el proceso de la adopción se propone un catálogo amplio y detallado de causales de adopción e iniciar de inmediato el proceso de adoptabilidad cuando exista una causal, acotándose la búsqueda de parientes a los más cercanos y estableciendo normas que permiten garantizar y agilizar su notificación. También se incorpora la oposición fundada y se crea la figura de la reapertura de la declaración de adoptabilidad.

- Fijación de estándares para acreditar la condición de adoptante y para el nivel administrativo y judicial. A diferencia de lo que sucede hoy, en que se exige idoneidad a los postulantes, estableciendo una certificación simplemente binaria, en cuanto a si son o no aptos para adoptar, ahora se propone una evaluación realizada por profesionales expertos en el área de adopción del SENAME. Sin embargo, es necesario hacer precisiones a esta evaluación de garantías para que cumpla plenamente con los estándares y principios señalados por las Directrices de Naciones Unidas (principio de necesidad, principio de conveniencia, principio de no separación de los hermanos, etc.): “la evaluación debería ejecutarse pronta, minuciosa y cuidadosamente. Debería tener en cuenta la seguridad y el bienestar inmediatos del niño, así como su cuidado y desarrollo a más largo plazo, y debería abarcar las características personales y de desarrollo del niño, sus antecedentes étnicos, culturales, lingüísticos y religiosos, el entorno familiar y social, el historial médico y cualesquiera otras necesidades especiales” (párrafo 57).
- Se consagra y regula el derecho a la búsqueda de orígenes, en este caso como posibilidad para menores de 18 y mayores de 14 años, dando cumplimiento así al derecho a la identidad o al llamado “principio de la verdad biológica”, ausente hasta la fecha en nuestra legislación. Este principio se encuentra consagrado en el artículo 7 de la CDN y en las directrices, que indican: “Los Estados deberían velar por que ello se realice en condiciones de confidencialidad y seguridad para el niño, respetando su derecho de acceso a la información sobre sus orígenes cuando corresponda y sea posible de conformidad con la legislación del Estado”.

Posibilidad restringida de adopción por guardadores. Se establece que una familia de acogida pueda constituirse en adoptante, pero de manera restringida, para no desvirtuar el procedimiento de adopción ni tampoco esta institución, conocida como programa de acogimiento familiar. La Corte se manifiesta a favor de que esta posibilidad sea restringida, pero a nivel del Congreso este es uno de los temas que suscita mayor discusión.

Se valora que se planteen los mismos estándares y exigencias tanto en el proceso de selección de la familia adoptiva, como en la resolución que otorga finalmente la adopción. Esto estaría en plena sintonía con lo mandatado por las Directrices sobre medidas de cuidado alternativo.

Se modifica y se avanza en torno a la adopción internacional, integrando una regulación de organismos extranjeros que deberán ser autorizados por el SENAME para intervenir en la adopción internacional

de residentes en Chile, tanto para el adoptado como para los adoptantes. Esto se ajusta a lo mandado por la Convención sobre protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional.

Se establece que no constituirá causal para negar la declaración judicial de adoptabilidad la falta de recursos económicos en el ejercicio del cuidado personal del niño, niña o adolescente, ni tampoco podrá fundarse dicha declaración en motivos que constituyan discriminación arbitraria.

Adopción homoparental y adopción de familias de acogida

Hay dos temas emblemáticos en esta discusión parlamentaria. El primero se refiere a la posibilidad de la adopción homoparental, a propósito del orden de prelación actualmente existente en la Ley 19.620, y el segundo dice relación con la posibilidad que las familias de acogida o guardadoras puedan adoptar.

Respecto al primer tema, podemos señalar que este proyecto elimina el orden de prelación en beneficio del interés superior del niño. Actualmente, se priorizan los matrimonios residentes en Chile, luego los matrimonios residentes en el extranjero, y finalmente residentes en Chile solteros, viudos y divorciados. En el proyecto actual no se establecería un orden de prelación, sino que se aprobó “velar por el interés superior del niño, niña o adolescente adoptado, amparando su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia, cualquiera sea su composición”. Es esta última propuesta la que permitiría que las familias homoparentales sean incluidas, asunto recientemente aprobado en la Cámara pero que deberá ser aprobado también en el Senado. El Ejecutivo, a su vez, ingresó en la sala una serie de indicaciones con las que buscaban dar preferencia a familias donde esté presente lo que denominaron el “rol de padre y madre”. Estos planteamientos fueron rechazados, pero se aprobó la indicación del Ejecutivo donde se señala que, si “el niño, niña o adolescente manifiesta su voluntad de tener un padre y una madre, el juez deberá considerarlo en forma preferente”.

Al respecto la Corte Suprema, en su Oficio 29-2019 del 24 de junio de 2019, cuestionó dicha indicación al señalar que “parece del todo razonable y deseable que lo manifestado por el NNA tenga que ser considerado en forma preferente por el juez, pues de tal forma se refuerza su calidad de sujetos de derechos, quienes pueden ejercer su autonomía progresiva con la posibilidad de que surta efectos concretos. Con todo, la restricción consistente en que la consideración preferente sólo existirá respecto del NNA que desea ser adoptado por una madre y padre, no concuerda con la garantía de igualdad ante la ley, reconocida por el numeral 2° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, pues al resto de los NNA no se les otorgará dicho trato preferente. Asimismo, se infringe lo dispuesto en el artículo 2° de la CDN, la

cual prohíbe toda discriminación en el ejercicio de los derechos. En tal sentido, la regla propuesta implica que la opinión de los NNA que manifiesten querer ser adoptados por dos madres, dos padres, sólo una madre o sólo un padre, contará con un valor menor, pues no deberá ser considerado en forma preferente por el juez, lo que le permitirá a éste obviar con mayor facilidad los deseos del NNA, y no será deber del magistrado dejar expresa constancia de dicha opinión”. Agrega además la Corte, en este sentido, que “Por último, la regla trasunta el deseo de favorecer a las parejas constituidas por un hombre y una mujer, generándose un espacio de privilegio respecto a parejas que se conforman de forma distinta, lo cual desconoce el derecho de los NNA, reconocido en el proyecto, a vivir en una familia sin importar su composición”.

El segundo tema, donde se ha concentrado la mayor parte del debate, dice relación con la posibilidad de que las familias de acogida adopten. El proyecto contempla en su actual artículo 37 una posibilidad restringida de que esto suceda y, por su parte, la Corte Suprema se pronuncia a favor de que sea una opción restringida para, de esta forma, no desvirtuar la figura del guardador ni a la institución misma de la adopción. Sin embargo, opina la Corte, “podría retrucarse que tal restricción no parece estar en sintonía con los requisitos regulados por el artículo, cuyo cumplimiento parece tender a que la adopción otorgada a los guardadores velará por la protección del interés superior del NNA”. Dichos requisitos establecidos en el artículo, a que se refiere la Corte, consistirían en que para adoptar “el guardador o los guardadores solicitantes hubieren tenido al niño, niña o adolescente bajo su guarda por un plazo ininterrumpido de, a lo menos, 18 meses”. Por otro lado, indica como otro requisito que “el niño, niña o adolescente que se pretende adoptar no fuere el primero respecto de los cuales el o los guardadores solicitantes ejerciesen su guarda”. Sin embargo, según el proyecto de ley, por motivos calificados el juez podrá prescindir de este último requisito, de lo que deberá dejar constancia expresa y fundada en la sentencia.⁵⁵ La diputada Pamela Jiles expresó “estar en contra de las familias guardadoras como institución, ya que se prestarían para situaciones poco claras y cuestionables, transformándose con facilidad en un pequeño negocio, una fórmula tangencial para adoptar”, lo que estimó peligroso.⁵⁶ A su vez la diputada Natalia Castillo, integrante de la Comisión de familia y adulto mayor de la Cámara de Diputados, recordó que actualmente las familias de acogida están reguladas mediante un reglamento y no por ley, cuestión que debería

55 Oficio Número 129-2019. Informe Proyecto de Ley 20-2019, antecedente Boletín 9119-18, 24 de junio de 2019.

56 Informe de la Comisión de familia y adulto mayor recaído en el proyecto de ley iniciado en un mensaje del Presidente de la República, que establece reforma integral al sistema de adopción en Chile. Boletín N° 9119-18.

modificarse. En la práctica, según el Informe de esa Comisión, efectivamente son los jueces los que determinan qué es lo que ocurrirá, razón por la cual sería mejor establecer requisitos determinados y específicos con el objeto de evitar distorsiones.⁵⁷

En este sentido, compartimos la afirmación de la Corte Suprema en cuanto a que los requisitos establecidos debiesen ser mayores para que esta posibilidad sea realmente excepcional. La institución de las familias guardadoras no puede convertirse en la puerta de entrada fácil a la adopción y, además, deben tomarse todos los resguardos en la fase de evaluación de las familias que desean jugar ese rol. Finalmente, a la hora de ponderar, el juez deberá siempre hacer prevalecer el interés superior del niño por sobre otros factores.

II. DERECHO DE LOS NNA A SER OÍDOS Y A CONTAR CON UNA DEFENSA ESPECIALIZADA

1. Derecho a ser oídos

En Chile se ha avanzado en el reconocimiento normativo del derecho del NNA a ser oído, conforme lo establece el artículo 12 de la CDN, no obstante, existen importantes problemas para su aplicación práctica en diversas áreas, respecto a las cuales el Estado debiera hacerse cargo, conforme a la obligación que le asiste de garantizar al NNA el ejercicio efectivo de este derecho. Revisemos, a continuación, algunas de estas carencias.

NNA en residencias

El Informe del Comité de Derechos del Niño (pág. 11 N°66) advierte, refiriéndose al derecho a ser oído de los NNA en residencias, que “La mayoría de los NNA (86,4%) señala tener conocimiento de las causas de su ingreso y que son informados cuando hay audiencia para la revisión de la continuidad de su permanencia en los centros (70,6). No obstante, solo el (32,1%) dice tener la oportunidad de hablar con el magistrado y 30,8% con algún abogado que lo represente en su causa.” De acuerdo a esta información, menos de un tercio de los NNA que viven en una residencia y que están al cuidado del Estado tuvo la oportunidad de hablar con el juez, a pesar de ser un derecho establecido en la ley. El Estado de Chile, en su respuesta a esa limitación consignada en dicho Informe, destaca la creación, en 2017, del programa de defensa especializada para NNA llamado “Mi Abogado”, lo cual es un avance, aunque insuficiente como se verá en este mismo capítulo.

57 *id.*

Condiciones para una implementación efectiva

La Observación General N° 12 del Comité de Derechos del Niño establece que, para que el derecho a ser oído sea real y efectivo, debe ser considerado como un proceso y no como un “acontecimiento singular y aislado”, para lo cual debe existir: i) una preparación previa por parte del responsable de escucharlo; ii) información posterior al NNA proporcionada por quien toma la decisión, especialmente acerca de cómo se tuvieron en consideración sus opiniones; y iii) en el diálogo debe generarse un contexto de confianza que permita al NNA expresarse, de manera que se produzca una conversación y no un examen unilateral. Estas condiciones establecidas por el CDN debieran traducirse en protocolos claros y completos, que incorporen las directrices y estándares aludidos, para los distintos operadores que están a cargo de oír al NNA.

En el ámbito judicial de familia, que abarca tanto los procedimientos protectores como contenciosos, estas condiciones no se encuentran presentes, lo que se traduce en una gran heterogeneidad de prácticas por parte de los jueces de familia, algunas de las cuales implican una abierta restricción al derecho del NNA a expresar libremente su opinión. En definitiva, puede decirse que la experiencia concreta del ejercicio del derecho de un NNA a ser oído dependerá en gran medida del juez que le toque durante el proceso.

Algunos problemas detectados en este ámbito⁵⁸ son:

- Los NNA son oídos normalmente una vez durante todo el juicio, a pesar de que los procedimientos judiciales pueden prolongarse más de un año, abarcando una porción significativa de la vida de un NNA, durante la cual ocurren muchos eventos y/o cambios. Además, solo se les escucha antes o después de algunas de las audiencias en que se desarrolla el procedimiento, sin disponer de un tiempo especial para ellos. Muchas veces deben esperar por largas horas, hasta que la audiencia termine, para ver a sus padres o familiares, como también ausentarse del colegio para asistir al tribunal;
- En algunos casos, las entrevistas son conducidas como si se tratara de un interrogatorio más que como una conversación que genere confianza para que el NNA se exprese. Ilustrativa de esta situación es una sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, del 24 de septiembre de 2018, que, al acoger un incidente de nulidad de la audiencia, señala “...resulta evidente

58 Los problemas identificados se han concluido a propósito de la experiencia del programa de Curadurías Ad litem de la UDP y revisión de doctrina especialmente del texto de los autores Fuentes Maureira Clauio, García Odgers Ramón, “Entre la Opacidad y la irreflexión A propósito de la práctica de la audiencia reservada ante los tribunales de familia” Revista de Derecho de Familia, Thomson Reuters, Volumen III n° 7, año 2015

que en la forma que la magistrada realizó las preguntas transcritas son de naturaleza sugestiva y atemorizante, sobre todo que se formulan a un menor de edad, lo cual tiende a provocar una respuesta afirmativa basadas en afirmaciones previas que le sirven de sustento al juez que las hace...”;

- Por regla general, en las sentencias y resoluciones se hace una escasa o nula referencia sobre la consideración que el juez le otorgó a la opinión manifestada por el NNA al reunirse con él. Esto contraviene expresamente la letra y espíritu del artículo 12 de la CDN y resulta vulneratorio del derecho que tiene el menor a ser oído, al no saber el NNA qué pasó con su opinión, deseos y preocupaciones, o si el juez las consideró o no y por qué.

En definitiva, se verifica falta de protocolos y de mayor capacitación para asumir este derecho del NNA.

NNA migrantes

En el contexto actual que vive nuestro país, especial preocupación merece la situación de derechos humanos de los NNA migrantes.

El Censo 2017 arrojó que el 67% de la población migrante (que en ese momento era de un 4,35% del total de la población) lleva poco tiempo en el país, habiéndose radicado en Chile entre 2010 y 2017, es decir cerca de dos tercios del total de extranjeros en Chile lleva menos de 10 años y, de ese porcentaje, un 61% llegó entre 2015 y 2017, o sea, lleva menos de cinco años en el país.

En cuanto al sexo y grupos etarios, de acuerdo al Servicio Jesuita a Migrantes, los datos del Censo 2017 demuestran que por cada 100 mujeres migrantes hay 97,38 hombres migrantes. El mismo informe aclara que la experiencia demuestra que primero llega un miembro de la familia y luego el resto de ella, incluyendo NNA y adultos mayores, por lo que es necesario considerar políticas públicas y medidas para estos grupos. Respecto a las edades, se señala que los NNA entre 0-14 años representan el 10,56% de la población migrante y los que tienen entre 15-24 años son un 16,34%. En cuanto a los NNA entre 14 y 18 años, se requiere poner especial atención al respeto de sus derechos, ya que como lo advierte la Observación general conjunta N° 4 (2017) del Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, y N° 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño, “los niños de entre 15 y 18 años suelen recibir niveles mucho menores de protección y a veces son considerados como adultos o mantienen un estatuto migratorio ambiguo hasta que cumplen los 18 años de edad.”

Por otra parte, según datos de la Policía de Investigaciones (PDI), en junio de 2018 se presentaron 3.388 solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiado, correspondientes en un 99 por ciento

a ciudadanos venezolanos, lo que muestra un aumento explosivo en comparación a lo ocurrido entre enero y marzo de este mismo año, en que hubo 183 solicitudes.

Los datos disponibles y los diversos testimonios de personas que conocen la problemática y de los involucrados directos muestran la vulnerabilidad de la población extranjera y, especialmente, de los NNA, vengan solos o acompañados. Respecto a esta situación la Observación general conjunta N° 3 (2017) del Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares y N° 22 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional, advierten que los NNA “pueden encontrarse en una situación de doble vulnerabilidad como niños y como niños afectados por la migración.”

De acuerdo a la legislación internacional de derechos humanos el Estado debe, en el contexto de la migración internacional, garantizar prioritariamente el ejercicio de los derechos fundamentales de los NNA con independencia de su situación de residencia o la de sus padres o tutores, en aplicación del principio de interés superior del niño y de no discriminación establecidos en la CDN. Señala la misma Observación general conjunta número 3: “En particular, el interés superior del niño debe garantizarse explícitamente mediante procedimientos individuales como parte esencial de toda decisión administrativa o judicial que se refiera a la entrada, la residencia o la devolución de un niño, el acogimiento o el cuidado de un niño, o la detención o expulsión de un padre relacionada con su propia situación de residencia.” Luego, añade que los Estados parte deben “g) Llevar a cabo una determinación del interés superior en los casos que podrían conducir a la expulsión de familias migrantes debido a su situación de residencia, a fin de evaluar los efectos de la expulsión en los derechos y el desarrollo de los niños, incluida su salud mental.”

En este sentido, y en relación con la debida consideración que debe darse al interés superior de los NNA, es de la mayor importancia el respeto del derecho de los NNA migrantes a ser oídos en condiciones de entendimiento y expresión que resulten adecuadas.

Para ello cabe tener en cuenta la Observación General N° 12 del Comité de Derechos del Niño: “Los niños que llegan a un país siguiendo a sus padres en busca de trabajo o como refugiados están en una situación especialmente vulnerable. Por ese motivo es urgente hacer respetar plenamente su derecho de expresar sus opiniones sobre todos los aspectos de los procedimientos de inmigración y asilo. En el caso de la migración, hay que escuchar al niño en relación con sus expectativas educativas y sus condiciones de salud a fin de integrarlo en los servicios escolares y de salud. En el caso de una demanda de asilo, el niño debe

tener además la oportunidad de presentar sus motivos para la demanda de asilo.” Debe dársele información en su propio idioma acerca de sus derechos y servicios disponibles.

Asimismo, se debe nombrar un tutor en caso de NNA no acompañados o separados de su familia. Se considera que el tutor es una persona independiente que salvaguarda el interés superior y el bienestar general del niño, sin sustituir al abogado del NNA. (Comité de los Derechos del Niño, Observación general N° 6; Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, párrafos 21, 33, 69, Agencia de los Derechos Fundamentales, Tutela de niños privados del cuidado parental, Manual para reforzar los sistemas de tutela a fin de satisfacer las necesidades específicas de los niños víctimas de la trata, 2014).

Por otra parte la Opinión Consultiva N° 21/2014 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, refiriéndose a las garantías que, conforme al derecho internacional de los derechos humanos, deben regir en todo proceso migratorio que involucre a niñas o niños, señala respecto al derecho a ser oído: “Los Estados tienen el deber de facilitar la posibilidad de que la niña o niño participe en todas y cada una de las diferentes etapas del proceso. A estos efectos, la niña o niño tendrá derecho a ser oído, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por la autoridad competente”. Agrega: “En este orden de cosas, a fin de asegurar efectivamente el derecho a ser oído, los Estados deben garantizar que el proceso se desarrolle en un entorno que no sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado a la edad de la niña o niño y que el personal encargado de recibir el relato esté debidamente capacitado de modo que la niña o el niño se sienta respetado y seguro al momento de expresar su opinión en un entorno físico, psíquico y emocional adecuado.”

Las instituciones del Estado están en deuda, dado que los NNA migrantes no son oídos en los procedimientos administrativos y judiciales en que se decide su permanencia, expulsión de sus padres y otros derechos relacionados con su condición. De acuerdo a la información entregada en el marco de esta investigación por Francisca Vargas, profesora de la Clínica Jurídica de Migrantes y Refugiados de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, los NNA hijos de personas migrantes con orden de expulsión del país “no son oídos en ningún momento del procedimiento administrativo ni judicial que se sigue”, lo que es particularmente grave ya que podría estar en juego la separación de ese niño del padre o madre expulsado.

Derecho a la defensa

Por mucho que se despejen los obstáculos institucionales descritos para un correcto ejercicio del derecho a ser oído, de acuerdo a los estándares

internacionales ese derecho no debiera reemplazar al derecho de defensa y viceversa. Así lo entienden hoy, consistentemente, los tribunales superiores de justicia al anular sentencias de primera instancia de los tribunales de familia por no haber oído al NNA. Esta anulación se puede producir, aunque el NNA cuente con un abogado curador *ad litem* o, por el contrario, por no contar con uno habiendo sido oído el NNA por el tribunal de primera instancia. Este criterio jurisprudencial representa, respecto a años anteriores, un importante avance para la defensa de los NNA en juicio, sin embargo, es urgente y prioritario tomar las medidas legislativas y de políticas públicas para reemplazar la figura del curador *ad litem* por un abogado del NNA. Junto con eso, garantizar que todos los NNA que participen en un proceso judicial, especialmente por vulneración de sus derechos, cuenten con un abogado de su confianza que los represente y defienda sus derechos, acompañado por un equipo interdisciplinario con la debida especialización en el tema. En este sentido, se pronuncia la Opinión Consultiva N° 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 2001, al señalar que las garantías procesales “deberán ser reconocidas no solo en los procesos en que se definen responsabilidades penales, sino en todos aquellos procesos judiciales o administrativos en donde se discuta, directa o indirectamente, sobre un derecho fundamental de los niños”.

Los NNA deben contar con una representación jurídica, es decir, garantizarles el derecho esencial a contar con un abogado autónomo que los represente en el ámbito de la protección judicial y administrativa en aplicación del principio de no discriminación y de respeto por las opiniones del niño y derecho a ser oído, como señalan los artículos 2 y 12 de la CDN. Sobre este tema la Defensoría de la Niñez ha señalado que “la representación judicial de los niños es un eje primordial para la protección y reparación de sus derechos vulnerados”. Reconoce la Defensoría que para el resguardo efectivo de esta garantía, la representación debe ser “universal, gratuita, accesible y especializada, como mínimo”.

De acuerdo con la normativa y práctica de Estados Unidos y Nueva Zelanda, el nombramiento del abogado debe realizarse lo antes posible, apenas iniciado el proceso y con el propósito de asumir prontamente la representación del NNA. El abogado del NNA debe contactar y aconsejar al niño regularmente respecto del procedimiento, manteniéndose accesible y en permanente contacto con su representado, con el objetivo de estar al tanto de lo que sucede con él o ella, poder responder a sus consultas, dar cuenta de los cambios significativos en sus circunstancias, participar activamente en el procedimiento y evaluar la necesidad de recurrir de apelación o participar en las apelaciones de la contraria.

El Estado debe velar porque exista una oferta suficiente de abogados y equipos interdisciplinarios, adecuadamente financiada. La carga de trabajo debe calibrarse, considerando factores como la complejidad de

los casos, la dedicación de los abogados a cada NNA, etc. Asimismo, se debe garantizar una adecuada especialización de los abogados y equipos de trabajo que representen a los NNA, estableciendo exigencias de capacitación inicial y continua. Particularmente relevante es que los abogados y equipos interdisciplinarios cuenten con las herramientas para trabajar con grupos de NNA especialmente vulnerables, –como son aquellos con capacidades especiales, víctimas de violencia intrafamiliar y migrantes–, e incorporen en esa relación la variable de género.

El Estado de Chile no garantiza adecuadamente el derecho de los NNA a contar con una defensa especializada, ya que la figura del curador *ad litem*, reconocida en el artículo 19 de la Ley 19.968, adolece de graves problemas en términos de garantizar una debida defensa a NNA, a saber:

- El curador *ad litem* no es un propiamente un abogado del NNA, tanto es así que en la legislación comparada esta figura no reemplaza al abogado del NNA.
- La regulación es sumamente abierta, algo que en la práctica favorece amplios márgenes de discrecionalidad por parte de quienes se desempeñan como curadores *ad litem* de los NNA en juicio, y no permite el establecimiento de estándares uniformes en la calidad de la atención.
- La designación de curador solo corresponde cuando el juez estime que los intereses del NNA son independientes o contradictorios con los de la persona a quien le corresponda legalmente su representación. Esta fórmula significó que, durante años, la designación de un curador fuera algo excepcional, solo para ciertos casos de medidas de protección, y que no se designaran curadores en casos contenciosos (disputas de cuidado personal, régimen de relación directa y regular). Cabe destacar un favorable avance en la postura del Poder Judicial a favor de la designación de curador en todas las causas de protección y, también, en aquellas causas contenciosas por cuidado personal y régimen de relación directa y regular. Esto se materializa mediante un acuerdo del pleno de la Corte Suprema, del 27 de marzo de 2019, en el que se establece que los Jueces con competencia en Familia “deberán procurar como buena práctica, la designación de abogados para niños, niñas y adolescentes, tanto en primera como segunda instancia, bajo criterios de calidad para su selección y parámetros de desempeño” en todas las causas se debe nombrar un curador. Sin embargo, al mismo tiempo, resulta muy preocupante la manera en que se está haciendo efectiva esta exigencia, ya que no existen verdaderas condiciones para una implementación seria y de calidad de este compromiso determinado por la Corte Suprema. En definitiva, la designación

de un curador puede transformarse en el cumplimiento formal de un requisito sin que esto conlleve una diferencia real para los NNA vulnerados en sus derechos ya que, actualmente, no hay una oferta de curadores para prestar un servicio de calidad. Por ejemplo, en la región de Antofagasta la Corte de Apelaciones entiende que en toda causa que involucre a un NNA se le debe nombrar un abogado, cuando la realidad es que en dicha región ni siquiera está funcionando el programa Mi Abogado del Ministerio de Justicia.

- Falta una oferta estatal adecuada para la prestación del servicio. El Artículo 19 de la Ley 19.968 se limita a establecer que podrán ser curadores *ad litem* los abogados de las corporaciones de asistencia judicial y de instituciones públicas y privadas que se dediquen a la promoción y protección de los derechos de los NNA. Por lo tanto, la ley no contempló ningún tipo de financiamiento para contar con abogados y equipos especializados que cumplan esta función. Así, los curadores *ad litem* provienen de las CAJS, programas de representación jurídica licitados por Sename, oficinas de protección de derechos (en regiones más apartadas) y, en un número menor, de clínicas jurídicas pertenecientes a las facultades de derecho de universidades. La mayoría de los curadores cuenta con cargas de trabajo excesivas, que no les permiten cumplir con las obligaciones mínimas del cargo. De acuerdo a datos proporcionados por Verónica Pincheira, encargada nacional del programa de defensa especializada del Ministerio Justicia Mi Abogado⁵⁹, al hacer un diagnóstico de las curadurías en la oficina regional del SENAME de la Región Metropolitana, cada curador tenía en ese momento un promedio aproximado de mil curadurías y en la oficina de curaduría de la CAJ, de la misma Región, cada curador sobrepasaba las 500 causas. Esto, a pesar de que el mismo programa Mi Abogado (que solo atiende a NNA en cuidados alternativos) ha definido un estándar de 60 niños por abogado y de 250 para el equipo psicosocial. La saturación del sistema se traduce en diferencias muy relevantes en cuanto a la calidad de la atención entre un niño y otro, lo que no es justificable bajo ningún punto de vista.

En definitiva, que un NNA tenga un curador *ad litem*, bajo las condiciones actuales, no ha impedido que sufra graves violaciones a los derechos humanos dentro del sistema de protección. La creación del programa “Mi Abogado” representa, sin duda, un avance significativo

59 Entrevista realizada a Verónica Pincheira el día 14 de junio del 2019 por co-autora del Capítulo, Paula Correa

en cuanto a estándares de actuación y financiamiento, sin embargo, es insuficiente en lo que respecta a su cobertura. Es preciso aclarar que el programa representa actualmente a 2.500 NNA, número que, a fin de año, debiera aumentar a una cifra cercana a 4.000, de un universo aproximado de 100.000 NNA sujetos a medidas de protección.

Se requiere con urgencia priorizar los cambios legales e institucionales que sean necesarios para que los NNA cuenten con un defensor especializado de su confianza, desde las primeras actuaciones judiciales y no solo una vez que ingresan al sistema de cuidados alternativos, residencial o familiar, como ocurre con el programa Mi Abogado. Creemos que debiera modificarse la ley para establecer el abogado del niño, dotando a esos profesionales de recursos suficientes y estableciendo protocolos y una reglamentación bajo estándares de actuación ajustados a los instrumentos de derechos humanos, que abarque a la totalidad de los NNA sujetos a medidas de protección.

El proyecto de ley de sistema de garantías de los derechos de la niñez, detenido en su tramitación desde octubre de 2018, fecha en que se introducen las últimas indicaciones, establece una regulación absolutamente amplia e insuficiente en su actual artículo 35. En dicho artículo se reitera la idea errada de que los NNA solo tienen derecho a una representación distinta a la de sus padres en casos de interés incompatible, sin establecer estándares de representación idóneos, como tampoco su forma y financiamiento. En definitiva, por ahora se trata de meras declaraciones de intenciones que no se traducen en lo concreto en una mayor consideración por los derechos de los NNA.

III. RESPUESTA DEL ESTADO DE CHILE AL INFORME DEL COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO

El Comité de Derechos del Niño elaboró un Informe sobre la situación de Chile, en el contexto de la denuncia presentada por diputados, en el marco del Protocolo Facultativo de la CDN relativo a un procedimiento de comunicaciones ratificado por Chile en 2015.⁶⁰ En ese Informe se dio cuenta de una serie de violaciones graves y sistemáticas del Estado

60 El Comité de los Derechos del Niño, es el órgano de 18 expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño por los Estados Partes. El Comité también supervisa la aplicación de dos Protocolos Facultativos de la Convención, relativos a la participación de los niños en conflictos armados (OPAC) y a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (OPSC). El 19 de diciembre de 2011, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó un tercer Protocolo Facultativo relativo al procedimiento de comunicaciones (OPIC), que permite que los niños presenten denuncias individuales relativas a violaciones específicas de sus derechos, con arreglo a la Convención y a sus otros dos Protocolos Facultativos.

de Chile a sus obligaciones derivadas de la Convención y respecto de los derechos de NNA privados de su entorno familiar. El Comité realizó una serie de recomendaciones para la prevención y protección frente a nuevas vulneraciones y la reparación de las víctimas. Se solicitó al Estado que diera cuenta, en un plazo de 6 meses, de las medidas que ha adoptado, y las que tenga previsto adoptar, para cumplir con sus obligaciones de derecho internacional y respetar, proteger y realizar los derechos de los NNA privados de su entorno familiar.

La elaboración de la respuesta del Estado de Chile al Comité fue encargada al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos con el objeto de que esta cartera liderara el proceso de coordinar, recabar y sistematizar la información, acciones y compromisos correspondientes a cada uno de los organismos del Estado vinculados con esta materia. Dichos organismos fueron convocados y se contó con la participación concreta del Poder Judicial, el Senado de la República y los ministerios de Relaciones Exteriores, del Interior y Seguridad Pública, de Desarrollo Social, de Salud, de Educación, de Hacienda, de la Mujer y la Equidad de Género, del Deporte, de las Culturas, las Artes y el Patrimonio; junto con la Defensoría de la Niñez, Carabineros de Chile, Policía de Investigaciones, el Servicio Médico Legal, el Servicio Nacional de Menores, el Servicio Nacional para la Prevención y Rehabilitación del Consumo de Drogas y Alcohol (SENDA) y el Servicio Nacional de la Discapacidad (SENADIS).

La respuesta, que fue entregada en diciembre de 2018, contiene una serie de compromisos, acciones y plazos para poner término a las violaciones de derechos de los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en el sistema de cuidados alternativos residenciales, expresadas por el Comité en su Informe.

A solo 7 meses de la elaboración de la respuesta de Chile y en razón de los plazos propuestos por el gobierno, no parece razonable hacer una evaluación de cumplimiento, sin embargo, podemos pronunciarnos en términos generales sobre cuatro recomendaciones del Comité y las soluciones propuestas.

Infraestructura del CREAD Playa Ancha en Valparaíso

El Comité mostró preocupación con respecto a las condiciones de infraestructura del CREAD Playa Ancha en Valparaíso, que en su opinión constituyen en sí mismas una violación de la Convención, en especial a sus artículos 6 (2) y 39. Dada la urgencia de la situación, se instó al Estado parte a: a) Cerrar con efecto inmediato el centro residencial CREAD Playa Ancha; b) llevar a cabo un análisis exhaustivo de la situación individual de cada niño allí recluso, teniendo en cuenta sus derechos y necesidades específicas; y c) colocar a los NNA en espacios de atención adecuados para satisfacer sus necesidades individuales.

La respuesta fue reconvertir el CREAD en cuatro residencias de menor cobertura, con enfoque en curso de vida y alta especialidad, bajo un modelo residencial de vida familiar dirigido a población adolescente. Se establecieron cuatro etapas de desarrollo que contemplarán el diseño y adecuación de estas cuatro nuevas residencias de baja cobertura, donde los NNA, separados por sexo, se encontrarán bajo condiciones de vida familiar y emocionalmente seguras, de acuerdo al curso de vida en el que se encuentran, sobre la base de estándares internacionales. A su vez, el Estado se comprometió a conformar equipos especializados para la atención de los NNA con competencias técnicas y habilidades blandas, con el objeto de fortalecer el proceso de reparación de la capacidad vincular y de apego.

Esto efectivamente se ha cumplido, sin embargo, la transición a este nuevo modelo no ha estado exenta de problemas, uno de los cuales ha sido la elaboración de un modelo sin considerar la perspectiva de género. Es sabido que las necesidades y problemas de niños y niñas en residencia son distintos, por lo mismo, las estrategias y los planes de intervención deben ser diferentes. Hay, por ejemplo, temas como la explotación sexual, el embarazo adolescente y otros, los cuales requieren un tratamiento con enfoque de género, que hoy no está siendo considerado.

Adopción del paradigma de protección integral

El Comité recomendó que el Estado parte adopte el paradigma de protección integral de la Convención, especialmente: a) aprobando con urgencia la ley de protección integral de la infancia y garantizando que sea conforme con la Convención; b) promoviendo los derechos de todos los NNA y estableciendo programas que detecten prontamente los riesgos de violaciones de esos derechos; c) prestando la asistencia apropiada a la familia en el cumplimiento de sus obligaciones parentales a fin de reducir la necesidad de cuidados alternativos; d) protegiendo a los NNA vulnerados en sus derechos con medidas que prioricen el acogimiento familiar, en familia extensa o ajena, frente al residencial, y trabajando con la familia para procurar que el retorno sea lo más favorable posible al interés superior del NNA.

Asimismo, recomendó que el Estado parte asuma plenamente la responsabilidad de regular, controlar y financiar el respeto, protección y realización de todos los derechos de los NNA en el sistema de protección y en ese sentido, le indicó que debiera: a) modificar la ley de subvenciones, exigiendo estándares de calidad a los convenios con organismos colaboradores de Sename, tanto en el número como en la cualificación del personal, en la calidad de las instalaciones y en el desarrollo de programas de rehabilitación de los NNA y de trabajo con las familias, de conformidad con la Convención y las Directrices sobre

las modalidades alternativas de cuidado de los niños; b) proporcionar recursos financieros y técnicos suficientes para el cumplimiento de dichos estándares; y c) establecer mecanismos eficaces de supervisión. Como lo señalamos anteriormente, el proyecto de ley sobre protección integral no ha tenido mayores avances y todo hace pensar que no existe voluntad política real para tomar decisiones que promuevan un sistema de garantías. Igual cosa sucede con la modificación de la Ley de subvenciones, donde los montos debiesen ser fijados en razón del cumplimiento de estándares. Es desalentador, en este sentido, ver pasar el tiempo y, pese a existir declaraciones sobre la importancia de priorizar la infancia, aún no contemos con una Ley Marco que garantice derechos y establezca mecanismos de exigibilidad.

Fortalecimiento del sistema

El Comité recomienda que el Estado parte: a) dote de recursos humanos, técnicos y financieros suficientes y especializados al sistema; b) establezca programas de formación continua y especializada para el personal; c) establezca procedimientos eficaces de supervisión del personal, y su sanción y remoción ante casos de violaciones de los derechos de NNA; d) cree un servicio de protección administrativo, especializado y dotado de recursos suficientes, que conozca a fondo los recursos existentes para la garantía de todos los derechos, que detecte las carencias y que realice un seguimiento individualizado de las situaciones de riesgo y con competencia para adoptar las medidas necesarias a fin de prevenir, proteger y remediar casos de vulneración de derechos; e) establezca criterios claros y estrictos para la decisión de cuidados alternativos para los NNA, con garantías procesales que garanticen el derecho del NNA a que su interés superior sea una consideración primordial y que todas las partes sean debidamente escuchadas; f) regule un procedimiento de revisión judicial de las acciones del sistema administrativo; y g) fortalezca el papel del Defensor de la Niñez como supervisor del respeto de los derechos de los NNA en el sistema de protección.

En octubre de 2018, se ingresaron por parte del gobierno indicaciones al proyecto de ley sobre sistema de garantías de los derechos de la niñez, las que consagran un nuevo sistema de protección administrativa, que se concretará mediante Oficinas locales de la niñez. Dichas oficinas desarrollarán la promoción, prevención y protección general de los derechos de los niños, implementándose gradualmente, desde enero de 2019. El gobierno planea establecer durante el año 2019 doce pilotos de Oficinas locales de la niñez, que se ocuparán de la participación, promoción, prevención y articulación de la oferta disponible a nivel local, a través de las siguientes funciones específicas: (i) Implementación del Sistema de Alerta Niñez para todos los NNA que presentan riesgo de sufrir alguna vulneración de derechos, para realizar seguimiento

y monitoreo del conjunto de los NNA, además de los egresados del Sename. (ii) Atención preventiva a través del Plan de acompañamiento familiar el cual considera realizar un diagnóstico participativo junto al NNA y su familia, y una intervención de acompañamiento familiar que entregue herramientas de superación de crisis propias del ciclo vital, tanto del niño como de la familia, el fortalecimiento de las redes de co-parentalidad, el seguimiento posterior al egreso y evaluación final del NNA. (iii) Realizar la construcción de un mapa de oferta en el territorio, organizada según ciclo de vida y factores de riesgo. La oferta existente debe ser analizada según los estándares de derechos de la infancia: disponibilidad, accesibilidad, calidad y pertinencia. (iv) Generar un diagnóstico de la oferta a nivel local: identificar y levantar brechas de oferta, para relevarlas a nivel regional y nacional y ajustar la disponibilidad de programas a necesidades del territorio. (v) Implementar instancias locales de coordinación y articulación de oferta intersectorial para la gestión de casos críticos y coordinación de servicios locales para abordaje multidisciplinario, estableciendo coordinación de referencia y contrarreferencia, protocolos de derivación, monitoreo, etc.

Se definió que, una vez que entre en vigencia el Servicio de Protección a la Niñez, las Oficinas de Protección de la Infancia (OPD) se reformularán para constituir un programa de protección general especializada en los territorios, con mayor financiamiento y más especialización. Se espera que estas oficinas puedan realizar diagnósticos especializados en aquellos lugares donde no haya Proyecto de Diagnóstico Ambulatorio (DAM), entregar acompañamiento a los niños, niñas y adolescentes que tienen casos judicializados y a sus familias, y realizar intervenciones a casos de baja y mediana complejidad cuando corresponda y no exista otra oferta más adecuada en ese territorio.

Las Oficinas locales de niñez serán las encargadas de desarrollar las acciones de protección administrativa de los derechos de los NNA de su jurisdicción, a través de la promoción de los mismos, la prevención de vulneraciones y su protección general, mediante acciones de carácter administrativo. No obstante, esas acciones no equivalen a la implementación de un Sistema administrativo de protección de derechos y por consiguiente no contribuyen a desjudicializar mínimamente el sistema de protección que actualmente tenemos. No existe claridad sobre la forma en que estas Oficinas locales abordarán la promoción, prevención y protección, y si, finalmente, darán plena respuesta a las necesidades que hoy día existen a nivel local en los temas de infancia.

Reparaciones para las víctimas

El Comité recomienda que el Estado parte: a) Establezca mecanismos de reparación para las víctimas, actuales y pasadas, priorizando su derecho a ser oídas y expresar su dolor; b) desarrollar un plan de acción

de reparación que incluya acciones en salud, especialmente tratamiento psicológico, educación, vivienda, justicia y, en su caso, indemnización económica; y c) adopte todas las medidas necesarias, de corto, medio y largo plazo, para aplicar con urgencia las recomendaciones señaladas y proteger, respetar y hacer cumplir todos los derechos de los NNA que se encuentran en el sistema de protección.

El Estado de Chile presentó una serie de medidas para subsanar en parte, las críticas y recomendaciones que realizó el Comité, entre ellas, la implementación del Programa Mi abogado para los NNA que viven en residencia, planes de capacitación a nivel judicial, instalación de pilotos de Oficinas locales de la niñez, evaluación y ajuste de la oferta ambulatoria, etc.

Dentro de estas medidas, se valora el compromiso de fortalecer el cuidado alternativo de base familiar por sobre el residencial, a través de familias de acogida especializada y, asimismo, abordar el cuidado alternativo residencial a través de la definición de un nuevo modelo de “Residencia Familiar para Adolescentes”. Además, el Estado se compromete a implementar un programa especializado de intervención con familias, que apoye la desinternación y la restitución del derecho a vivir en familia, es decir, asume la necesidad de trabajar con las familias, cuestión ausente en la práctica actual, estableciendo a futuro un diseño programático que aborde directamente la reunificación familiar de niños y niñas que han sido separados de sus familias. El Estado asume, también, la evaluación y ajuste de oferta de todos los programas ambulatorios, con el objetivo de rediseñar esta oferta. Otra de las acciones que considera es la formación continua de juezas, jueces y personal judicial, concretamente en la aplicación del interés superior del niño en la jurisprudencia de familia y de justicia juvenil. Asimismo, el Estado se comprometió a la implementación de una defensa especializada del NNA, con un componente jurídico y psicosocial que promueva el retorno de los niños a sus familias (programa Mi Abogado), a la cual se hizo referencia anteriormente.

Es destacable el compromiso de avanzar en la aprobación de la Ley sobre un sistema de garantías de los derechos de la niñez y adolescencia, a través de la creación de un sistema de protección administrativa para una adecuada aplicación de las medidas de protección, así como la implementación de Oficinas locales de niñez, con el propósito de probar operativamente la “protección administrativa”. Sin embargo, aún hay temas pendientes. Uno de ellos es la efectiva modificación de la Ley 20.032 que establece el sistema de atención a la niñez y adolescencia a través de la Red de colaboradores del Sename, y su régimen de subvención. Si bien hubo un aumento de la subvención, el Estado no ha explicitado que tiene la responsabilidad principal en relación a los niños que se encuentran bajo su tutela en el sistema de protección, rol indelegable

conforme a todos los estándares internacionales. Otro tema esencial, dice relación con la falta de respuesta del Estado respecto al establecimiento de criterios definidos frente a la decisión de separar al NNA de su familia, y sobre sus cuidados alternativos. Dicha decisión debe adoptarse en el contexto de un debido proceso y aplicando el interés superior del niño como la consideración primordial, tal como lo mandata la CDN y el Comité, a través de la Observación 14, y las Directrices de las Naciones Unidas sobre medidas alternativas de cuidado de los NNA. Finalmente, podemos señalar que la respuesta del Estado no se hace cargo de la reparación de aquellos NNA que han sido víctimas del sistema, en tanto el propio Estado debió haber sido garante de sus derechos. Es necesario, en consecuencia, que se establezcan mecanismos de reparación de todos los NNA vulnerados en sus derechos.

IV. PREOCUPANTE PANORAMA ACTUAL DE LA INFANCIA Y ADOLESCENCIA, VISIONES Y PÉRDIDAS

Recientemente la Cámara de Diputados aprobó en general el control de identidad preventivo desde los 16 años, al cierre de este informe queda pendiente el segundo trámite legislativo en el Senado. Por su parte el oficialismo considera un triunfo la idea de responsabilizar a menores y así prevenir la actividad delictual juvenil, entregando mayores atribuciones a Carabinero. Sin embargo, nosotros consideramos que esto en materia de derechos representa una reducción de garantías y derechos a los y las adolescentes. La evidencia es clara en demostrar que medidas como estas no se traducen en disminución de la delincuencia juvenil e indican que su principal impacto es finalmente la discriminación contra la población de jóvenes proveniente de sectores más pobres, más vulnerables.

Este tipo de iniciativas se suma a un panorama general de iniciativas y corrientes que se traducen en un retroceso en los derechos de niños niñas y adolescentes del país, el endurecimiento de medidas a nivel legislativo, iniciativas como las del Alcalde Lavín y otros de instalar un toque de queda dirigido para menores de 14 años o la llamada brigada encubierta de jóvenes para fiscalizar la venta de alcohol, que si bien no fueron concretadas, dan luces de una lógica que se instalando y en la cual se percibe a los jóvenes como una amenaza y se ve como única solución la restricción de sus derechos. En esta línea es preocupante el movimiento de padres con la consigna “No te metas con nuestros hijos” teniendo como bandera de lucha el que el Estado no interfiera con los modelos de crianza y educación que ellos declaran, no entendiendo que la misma Convención sobre los Derechos del Niño establece en su artículo 5 que Los Estados respetaran las responsabilidades, derechos y deberes de los padres, de impartirles, en consonancia con la evolución

de sus facultades, dirección y orientación apropiadas, para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la CDN. Por consiguiente, son los padres quienes tienen esa función, pero en pos del ejercicio de derechos por parte del niño y en consonancia a la evolución de facultades. La intervención del Estado está prevista solo en términos excepcionales, cuando no hay quienes se puedan hacer cargo del niño o cuando este es vulnerado, no hay interés ni menos posibilidad alguna que el Estado pretenda inmiscuirse en esa labor. El gran problema es que “No te metas con nuestros hijos” sumado al rechazo del concepto de autonomía progresiva es una declaración ideológica que finalmente no está reconociendo la calidad de sujetos de derecho de niños niñas y adolescentes ya que por el contrario los anula y presenta como una propiedad de los padres en términos absolutos, esto es alarmante, es retroceder al menos 100 años en materia de derechos de infancia.

A 30 años de la aprobación de la Convención Internacional sobre los derechos del niño, lamentablemente estamos en una etapa de pérdidas relevantes y pocos avances

CONCLUSIONES

En materia legislativa, los avances han sido mínimos los proyectos de ley como el de Garantías, el de Adopción Integral y el de Servicio de Protección de la Niñez, aún, pese a los años transcurridos, no han sido aprobados.

Se valora la aprobación de la ley de imprescriptibilidad de delitos sexuales contra menores de edad. Su aprobación constituye un marco inédito dentro de nuestro ordenamiento jurídico, un hito histórico que contribuirá a entregar justicia efectiva a los NNA que, en su camino hacia la adultez, fueron víctimas de esta clase de delitos.

Esta Ley consideró, además, la situación del adolescente que ha cometido delitos sexuales, excluyéndolo de la imprescriptibilidad, de acuerdo a lo dispuesto por la Convención sobre los Derechos del Niño, donde se plantea que debe transcurrir el menor tiempo posible entre la comisión del delito de un NNA y la respuesta definitiva estatal. Esto demuestra que existió una mirada desde los derechos de la infancia a la hora de legislar.

El marco normativo penal de los NNA debe ser entendido como un derecho autónomo y diferenciado del de los adultos, que no solo requiere de defensores y fiscales especializados, sino también de jueces y funcionarios dentro de una institucionalidad propia. En este sentido, recordemos que el Comité, en su Observación General N° 10, “recomienda que los Estados Parte establezcan tribunales de menores como entidades separadas o como parte de los tribunales regionales o de distrito existentes”.

Se debe crear una Ley de garantía que incorpore el paradigma de protección integral de los NNA, tal como lo promueve la Convención sobre los Derechos del Niño, donde se establezca un marco de garantías, con mecanismos de exigibilidad y que promueva la desjudicialización del sistema de protección. Asimismo, que establezca la existencia de tribunales de justicia especializados en materia de Infancia y Adolescencia, tanto en el ámbito familiar como penal. La especialización debiera ser, además, una obligación para todos aquellos órganos y entidades que están a cargo del tratamiento de los NNA, como las policías, curadores *ad litem*, defensores y otros.

La existencia de la ley de garantía se vuelve imprescindible (tal como lo ha señalado el Comité de Derechos del Niño) y debiese contener un estatuto general que establezca la estructura fundamental de las garantías y protecciones del ejercicio de los derechos. Que además represente el marco para la elaboración e interpretación del conjunto de la legislación sectorial que desarrolla cada uno de los derechos, tales como el derecho a la educación, a la salud o a la convivencia familiar, entre otros. Esta Ley no solo debe considerar la existencia de garantías sino además mecanismos que permitan hacer efectivas dichas garantías. No es concebible un Sistema de Protección Integral sin considerar garantías y a su vez mecanismos de exigibilidad que las hagan efectivas.

Si bien se valora que el nuevo Servicio Nacional de Protección a la Niñez contará con un nivel más profesional y que además contempla la acreditación de programas, lo cual puede resultar muy virtuoso, sin embargo, creemos que en la práctica este no representará un efectivo avance respecto del actual SENAME, dado que en términos macro no se está considerando un soporte sistémico que contribuya a llevar a cabo el rol de este nuevo Servicio desde un paradigma distinto al actualmente instalado.

El Estado debiese ocuparse del proceso de acompañamiento y preparación para la vida independiente, incorporando como una línea de acción el diseño de un proyecto, especialmente para los jóvenes que egresan de programas de acogimiento alternativo, (familias de acogida y sobretodo del sistema residencial) con orientaciones técnicas donde se establezcan las líneas y componentes del mismo.

En materia de adopción se reconocen importantes avances, sin embargo, urge que este proyecto de ley vea la luz luego de largos seis años de tramitación, y ante la imperiosa necesidad de contar con una ley de adopción que esté en sintonía con la normativa y estándares internacionales.

Es esencial que el sistema de Adopción se conciba desde la gratuidad absoluta y por lo mismo urge la supervisión de fundaciones que hoy en día están cobrando sumas excesivas con la excusa de la realización de evaluaciones o talleres para los posibles adoptantes.

La respuesta del Estado de Chile al Comité de Derechos Niños parece insuficiente en materia de reparación y restauración de derechos

de los niños que han sido víctimas de violaciones y vulneraciones de derechos, al interior del sistema residencial.

Aunque se han producido avances relevantes en el reconocimiento del derecho a ser oídos y en la necesidad de nombrarles curadores *ad litem* a los NNA en escenarios judiciales, se valora especialmente la creación del Programa Mi Abogado llevado a cabo por el Ministerio de Justicia, sin embargo, en la actualidad no existe una oferta suficiente, a nivel nacional no hay una oferta universal de este derecho para todos los niños en todos los casos que se requiera, es decir, considerando todo tipo de instancias donde se tomen medidas que los afecten, tampoco protocolos o estándares que regulen el actuar de los curadores, ni menos existe supervisión alguna, cuestión que podría derivar en prácticas vulneratorias para los NNA.

Si bien la respuesta del Estado al Comité de Derechos del Niño alude a un compromiso para generar “políticas y acciones que permitan tener siempre presente el dolor de aquellos niños y niñas que vieron, y ven, su infancia dañada por la falta de intervención oportuna de los distintos actores de nuestro sistema de protección”, no se plantea ninguna medida concreta de reparación a las víctimas, ni tampoco un plan de acción para enfrentar este drama social. En definitiva, el Estado ha dado un cumplimiento parcial e insuficiente a las recomendaciones del Comité de Derechos del Niño.

Es preocupante el panorama actual respecto a niños niñas y adolescentes, ya que se está instalando una lógica de restricción de derechos desde un discurso paternalista y además punitivo que implicará la pérdida de derechos y garantías en la infancia y adolescencia del país y eso significa un retroceso en lo más profundo de nuestro sistema democrático.

RECOMENDACIONES

Es necesario que la Constitución considere dos principios que por la particularidad y características de la infancia y adolescencia tengan reconocimiento expreso. En primer lugar, el Principio del Interés Superior del Niño que debe tener siempre una consideración primordial, y en segundo lugar, el Derecho de niños niñas y adolescentes a la Participación, esto es, el derecho a participar, ser informado y ser oído en conformidad a su edad y madurez en todas aquellas instancias donde se adopten medidas que les afecten. Es esencial que estos dos principios que responden a la necesidad de reforzar la protección de la infancia y adolescencia sean reconocidos constitucionalmente.

Se requiere avanzar en la tramitación del proyecto de Ley del Sistema de Garantía. Dicha ley debiese contener: i) la integralidad de los mecanismos de protección/garantía/ exigibilidad insertos en un sistema

integrado de normas, instituciones, programas y recursos financieros; ii) una enunciación precisa de los principios, garantías y derechos para los NNA, como igualdad, prioridad, reconocimiento de la autonomía y la participación (lo que constituye un estatuto de aplicación general para la interpretación de todas las normas del ordenamiento jurídico relativo a los NNA).

Es necesario que se prevean capacitaciones adecuadas a todos los servicios del Estado en materia de identidad de género, con el objeto que la implementación de la ley sea efectiva y prevengamos posibles vulneraciones.

Para contar con un sistema de reinserción de adolescentes que sea efectivamente especializado, es necesario que –tanto en su diseño institucional como respecto de los órganos que participan durante todo el proceso, incluida la etapa de intervención– el nivel de especialización responda a lo mandado por la CDN.

Debiese considerarse la posibilidad de otorgar recursos desde el Estado a jóvenes mayores de 18 años, con el fin de subsidiarlos hasta que logren obtener una profesión u oficio, con un límite de edad, homologando esto al derecho a pensión alimenticia que tienen los jóvenes respecto de sus padres en que estos tienen la obligación legal de proveerles sustento hasta los 21 años si no estudian o hasta que obtengan una profesión u oficio (con una edad máxima de 28 años) Realizando las reformas legales pertinentes por ejemplo al código civil en materia de alimentos.

En materia de adopción, es esencial que el eje de interés del debate legislativo siempre esté puesto en el bienestar de los niños y niñas y en su derecho a vivir en familia, por sobre cualquier otra consideración.

En relación al derecho a ser oído, es necesario elaborar protocolos que regulen el ejercicio de este derecho, así como ajustar este derecho a la normativa y estándares internacionales, de manera que prime la voz y las necesidades del NNA. El Estado debe impartir de manera permanente, capacitaciones a los funcionarios de la administración y el Poder Judicial, de tal forma que se haga efectivo el derecho de los NNA a ser oídos, entendiendo las capacidades especiales, la interculturalidad y el enfoque de género en los NNA.

Establecer legalmente la figura del abogado del niño, dotándolo de especialización y recursos suficientes, bajo estándares de actuación ajustados a los instrumentos de derechos humanos y con cobertura para todos los NNA que participen en un proceso judicial o administrativo que les afecte.

El Estado de Chile debe considerar mecanismos de reparación para todos los NNA que han sido víctimas, mientras estaban al cuidado de un Estado que no siempre ha ejercido el rol de garante que le corresponde.

DERECHO A LA EDUCACIÓN: PROYECTO DE ADMISIÓN, ¿JUSTA? ANÁLISIS A LA LUZ DE LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE EDUCACIÓN¹

- 1 Capítulo elaborado por Liliana Ramos y Miguel Órdenes, académicos de la Facultad de Educación de la Universidad Diego Portales, y Judith Schönsteiner, académica de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, con la colaboración de los ayudantes de investigación Manuel Sepúlveda, Victoria Godoy y Víctor Fuentes, estudiantes de Derecho de la UDP.

SÍNTESIS

El capítulo analiza, a la luz de los estándares internacionales de derechos humanos en el ámbito de la educación, la decisión del actual gobierno de impulsar políticas para modificar la Ley 20.845, conocida como Ley de Inclusión Escolar, específicamente en lo referido a la regulación de los procesos de admisión. Estas políticas se traducen en dos proyectos de ley: (i) uno, orientado a restituir la selección por mérito en liceos de alta exigencia académica y de especialización temprana, a partir de 7° básico, asegurando la matrícula de un 50% de estudiantes vulnerables; y (ii) otro, centrado en modificar los criterios de prioridad del sistema de admisión escolar, dando preferencia en la elección de colegios a niños provenientes de residencias del Servicio Nacional de Menores (en adelante, SENAME) y niños con Necesidades Educativas Especiales Permanentes (NEEP). Este último proyecto propone la incorporación del 30% de estudiantes en virtud del proyecto educativo del establecimiento, permitiendo entrevistas o encuentros públicos promovidos por el colegio durante el proceso de admisión. Se examinará si los modelos de selección promovidos en estos proyectos están conformes con el derecho internacional de los derechos humanos.

PALABRAS CLAVE: admisión, selección, inclusión escolar, esfuerzo, mérito, discriminación indirecta.

INTRODUCCIÓN

En enero de 2016 se aprobó en Chile la Ley de Inclusión. Esta normativa representó ajustes significativos al diseño del sistema escolar chileno, caracterizado por una fuerte segregación en la composición socioeconómica de las escuelas y por obtener rendimientos académicos también estratificados por criterios socioeconómicos, situación reconocida por estudios empíricos y por el mismo Tribunal Constitucional.² Al momento de la aprobación de esta ley, el sistema educativo contaba con una oferta educacional donde coexistían escuelas públicas, administradas por las municipalidades, llamadas escuelas municipales; escuelas privadas que reciben subvención del Estado y administradas por un sostenedor privado; escuelas privadas que reciben subvención del Estado y que cobran un copago a las familias, administradas por un sostenedor privado (estas escuelas son llamadas particulares subvencionadas); y finalmente, escuelas particulares pagadas que no reciben subvención del Estado. La composición de los planteles estudiantiles de estas escuelas seguía un claro patrón de distribución socioeconómica: las escuelas municipales servían a los sectores más pobres de la sociedad (con la excepción de algunas escuelas públicas altamente selectivas), las particulares subvencionadas sin copago atendían las necesidades de la clase media, las particulares subvencionadas con copago a la clase media alta y las particulares pagadas a la clase media-alta y alta.^{3,4}

La segregación socioeconómica de las escuelas chilenas fue asociada, en gran parte, a prácticas de selección de estudiantes ejecutadas por escuelas particulares subvencionadas, tales como evaluar el rendimiento académico de los estudiantes, entrevistar a los padres, verificar la

2 Tribunal Constitucional, Sentencia Rol 2787-15-CPT, 1 de abril de 2015.

3 Gregory Elacqua, "The Impact of School Choice and Public Policy on Segregation: Evidence from Chile", *International Journal of Educational Development* 32(3), 2012, pp. 444-453.

4 Juan Pablo Valenzuela y otros, "Segregación y polarización en el sistema escolar chileno. ¿Qué ha sucedido con los grupos medios?", *Espacio Público*, Documento de referencia 3, 2013.

capacidad de pago de las familias, entre otras.⁵ Así, entre las transformaciones fundamentales que incluyó la Ley de Inclusión se identifican: (i) asegurar la existencia de un sistema escolar gratuito (eliminando gradualmente el copago de las familias, ampliamente extendido hasta ese momento en Chile); y (ii) terminar con las prácticas de selección (académica y de otros tipos) que una parte del sistema escolar chileno aplicaba en los procesos de admisión.⁶ De la segunda transformación incorporada por la Ley de Inclusión emerge el nuevo Sistema de Admisión Escolar (SAE). El propósito de este sistema es generar un mecanismo de admisión escolar que garantice transparencia, equidad e igualdad de oportunidades, velando por el derecho preferente de madres, padres o apoderados de elegir el establecimiento educativo para sus hijos, en igualdad de condiciones.

Este mecanismo se tradujo en el surgimiento de un sistema centralizado de postulación para colegios públicos y aquellos que cuentan con apoyo del Estado, que se realiza a través de una plataforma en internet en la que las familias encuentran información de todas las escuelas que les interesan y de sus características. A partir de esa información, las familias postulan en la mencionada plataforma web, en orden de preferencia, a los establecimientos de su elección. Si el colegio al cual las familias postularon tiene suficientes vacantes, entonces el estudiante será aceptado en ese establecimiento. Si dicho centro educacional tiene más postulaciones que vacantes, entonces el sistema debe realizar un ordenamiento aleatorio de los postulantes, siguiendo una serie de criterios incorporados en la ley.⁷

A pesar de no abarcar los colegios privados, la aprobación de esta ley, y especialmente del SAE, fue ampliamente resistida por un sector de la sociedad chilena. Primero, fue impugnada en el Tribunal Constitucional (TC), trámite que el propio tribunal terminó desestimando. Luego, en 2017, el candidato de la época, Sebastián Piñera, incorporó como promesa de su campaña presidencial modificar el SAE. En enero de 2019, ya como presidente concretó su propuesta con el inicio de la tramitación del proyecto de ley denominado “Admisión Justa”. En la ceremonia de lanzamiento, la ministra de Educación Marcela Cubillos afirmó que uno de los propósitos del proyecto era “empezar a hacer justicia y reconocer el esfuerzo y el mérito que hay detrás de cada una de esas familias. No reconocerlo es una injusticia y una muy mala señal para la educación en Chile”.⁸

5 Ernesto Treviño y otros, “What Might Happen if School Vouchers and Privatization of Schools Were to Become Universal in the US: Learning from a National Test Case-Chile”, *National Education Policy Center*, 2018.

6 Gonzalo Muñoz y José Weinstein, “Ley de Inclusión: El difícil proceso para redefinir las reglas del juego de la educación particular subvencionada en Chile”, (en prensa).

7 <https://www.sistemadeadmisionescolar.cl/que-es/>

8 MINEDUC: “Gobierno ingresará proyecto de ley ‘Admisión Justa’ para perfeccionar el Sistema de Admisión Escolar”. 10 de enero de 2019.

El ingreso del proyecto a trámite legislativo abrió un amplio debate en la sociedad chilena acerca de su plausibilidad técnica y legitimidad legal. En este contexto, a pesar de que la primera parte del proyecto, orientada a la selección por mérito en establecimientos educacionales de alta exigencia académica y de especialización temprana, fue desechado en general, el 9 de julio de 2019, por la Cámara de Diputados,⁹ este capítulo del *Informe* busca ser parte del debate que se produjo. Esto con el fin de, contribuir al análisis de plausibilidad sobre las transformaciones que este proyecto propuso, a la luz de los estándares internacionales de derechos humanos en el ámbito de la educación. Este análisis es relevante debido a que el proyecto podría ser renovado, cuando haya transcurrido un año desde su rechazo, o el Presidente de la República podría solicitar que la propuesta pase al Senado, siendo nuevamente remitida a la Cámara de Diputados, si es aprobada por dos tercios de sus miembros.¹⁰ Por otra parte, la segunda parte del proyecto Admisión Justa (que pretende modificar las normas de admisión, los mecanismos de vinculación con apoderados y la prioridad en la admisión a estudiantes bajo cuidado alternativo del SENAME y aquellos con NEEP) fue aprobada en general por la Comisión de Educación y Cultura del Senado el 14 de agosto de 2019, lo que implica que podrá ser discutida por la Sala de la Cámara Alta.¹¹ Así, los planteamientos de este capítulo del *Informe* podrán ser un referente para la toma de decisiones de este segundo proyecto, que se encuentra en primer trámite constitucional.

El capítulo se estructura en cinco secciones. Primero, se presentan los estándares internacionales de derechos humanos en materia de acceso a la educación. Luego, se discute el contexto legal chileno, en lo que se refiere a los marcos normativos que regulan al sistema educativo, a la luz del derecho internacional de los derechos humanos. A continuación, se realiza el análisis de las transformaciones al SAE propuestas por el proyecto Admisión Justa, bajo la misma perspectiva. Específicamente, se analizarán aspectos referidos a los compromisos de los Estados para garantizar el acceso de todos y todas a los distintos niveles del sistema educativo, el sentido al que debe orientarse la educación, y la libertad de enseñanza. Con el fin de complementar el análisis anterior, se revisa la evidencia disponible acerca de la implementación del SAE. Finalmente, se concluye el capítulo identificando los aspectos por los que el proyecto Admisión Justa estaría vulnerando los derechos humanos, particularmente, la prohibición de la discriminación; y se entregan recomendaciones.

9 Cámara de Diputados, Oficio 14.863 del 9 de junio de 2019.

10 https://www.camara.cl/prensa/noticias_detalle.aspx?prmId=137471

11 <https://www.senado.cl/tras-11-sesiones-de-analisis-comision-de-educacion-aprueba-en-general/senado/2019-08-26/122429.html>

1. ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE ACCESO A LA EDUCACIÓN

Los estándares internacionales en materia de acceso a la educación se fundamentan en la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN),¹² ratificada por Chile en agosto de 1990; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, PIDESC), suscrito por Chile en 1969;¹³ la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPcD),¹⁴ suscrita y ratificada por Chile en 2008, así como su protocolo facultativo; y la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, ratificada por Chile en 1971.¹⁵ Todos estos instrumentos internacionales forman parte del ordenamiento jurídico interno de acuerdo a lo establecido en el artículo 5 inciso 2 de la Constitución Política de la República.

La CDN –tal como el PIDESC– reconoce el derecho de niñas y niños a la educación, y establece que para su ejercicio en igualdad de oportunidades, los Estados Partes deben: (i) instituir la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos; (ii) fomentar el desarrollo de la enseñanza secundaria, y según el PIDESC, hacerla gratuita progresivamente y sin discriminación;¹⁶ (iii) promover la accesibilidad a la educación superior, considerando las capacidades de las/os estudiantes; (iv) posibilitar que niñas y niños dispongan de información y orientación en asuntos educacionales y profesionales y accedan a ella; y (v) adoptar medidas que fomenten la asistencia a la escuela y reduzcan la deserción escolar.¹⁷ Todo lo anterior, según el artículo 2 de la CDN, “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”. Con relación a los propósitos de la educación, se establece que, entre otros aspectos, esta debe encaminarse a desarrollar la personalidad, las aptitudes, la capacidad mental y física de los niños hasta el máximo de sus capacidades.¹⁸ En palabras del PIDESC, la educación debe orientarse “hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer

12 ONU, 1989, Convención sobre los Derechos del Niño.

13 ONU, 1966, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

14 ONU, 2006, Convención sobre Derechos de Personas con Discapacidad.

15 ONU, 1960, Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza.

16 PIDESC, artículos 13.2b y 2.2, según OG 13, Comité DESC, párrafo 6b.3.

17 Convención sobre los Derechos del Niño, art. 28.

18 *Ibíd.*, Art. 29. Véase también PIDESC, art. 13.1.

el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales”.¹⁹

Respecto de la libertad de enseñanza, el Pacto DESC propugna el respeto a la libertad de los padres o tutores legales para: escoger escuelas para sus hijos o pupilos distintas de las creadas por las autoridades, siempre que satisfagan las normas mínimas estatales en materia de enseñanza; y que sus hijos o pupilos reciban una educación moral o religiosa acorde a sus convicciones. Asimismo, se plantea que nada de lo dispuesto en el Artículo 13, referido al derecho a la educación, debe interpretarse como una restricción a la libertad de particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, siempre que se respeten los principios establecidos en tratados y que la educación impartida se ajuste a las normas prescritas por el Estado.²⁰ Según la Observación General N°13 del Comité DESC, el balance entre estos dos derechos se debe decidir de tal forma que el derecho del niño, niña o adolescente (en adelante, NNA) a la educación no se limite, en caso de conflicto, con los objetivos de la educación señalados en el artículo 13.1 del PIDESC, y, por tanto, debe predominar el derecho a la educación, no el derecho a la libertad de enseñanza.²¹ En este sentido, “en aplicación de los principios de no discriminación, igualdad de oportunidades y participación real de todos en la sociedad, el Estado tiene la obligación de velar por que la libertad [de enseñanza] consagrada en el párrafo 4 del artículo 13 no provoque disparidades extremadas de posibilidades en materia de instrucción para algunos grupos de la sociedad.”²² Finalmente, la Observación General indica que “la enseñanza secundaria no depende de la aptitud o idoneidad aparentes de un alumno [sic] y en segundo lugar, que se impartirá en todo el Estado de forma tal que todos puedan acceder a ella en igualdad de condiciones.”²³

Ahora bien, la CDN establece –en el mismo tenor que el artículo 13.4 del PIDESC– que “nada de lo dispuesto en los artículos 28 y 29 se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y de las entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza”, a condición de que se respeten los objetivos declarados y que la educación se ajuste a las normas mínimas definidas por el Estado.²⁴ Sin embargo, esta libertad de abrir y mantener instituciones educacionales no viene aparejada de un derecho de seleccionar sus estudiantes, dado que el derecho de seleccionar el establecimiento educativo es únicamente de padres, madres y apoderados/as (artículo 13.3 PIDESC).

19 Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 13.

20 *Ibid.*, art. 13.

21 OG 13, párr. 29.

22 OG 13, párr. 30.

23 OG 13, párr. 13, interpretando artículo 13.2 PIDESC.

24 *Ibid.*, art. 29.

La Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, por su parte, entiende por discriminación toda distinción, exclusión, limitación o preferencia fundada en la raza, color, sexo, idioma, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, que tenga como fin o por efecto “destruir o alterar la igualdad de trato en la esfera de la enseñanza”.²⁵ Con el fin de eliminar o prevenir cualquier forma de discriminación, los Estados Partes de este tratado deben, entre otros aspectos, derogar todas las disposiciones legislativas y administrativas que impliquen discriminaciones en la esfera de la enseñanza; y adoptar las medidas necesarias, incluyendo disposiciones legislativas, para que no exista discriminación alguna en la admisión de las y los estudiantes en los establecimientos educativos.²⁶ Asimismo, los Estados se comprometen con: (i) la obligatoriedad y gratuidad de la enseñanza primaria, generalizar y hacer accesible a todos la enseñanza secundaria, en condiciones de igualdad total, y considerando la capacidad de cada uno cuando se trata de educación superior; y (ii) mantener en todos los establecimientos públicos del mismo grado una enseñanza del mismo nivel y condiciones equivalentes, en lo referido a la calidad de la enseñanza otorgada; entre otros compromisos.²⁷

En relación con la libertad de enseñanza, dicha Convención plantea que los Estados Partes convienen en respetar la libertad de padres o tutores legales de elegir establecimientos educativos para sus hijos, que no sean los mantenidos por poderes públicos, siempre que estos cumplan con las normas mínimas establecidas por las autoridades competentes; así como la libertad de dar a sus hijos una educación moral y religiosa acorde a sus convicciones, de acuerdo a las modalidades establecidas en cada Estado. Además, la Convención advierte que no debe obligarse a nadie a recibir una educación religiosa no compatible con sus convicciones.²⁸

La Convención sobre Derechos de Personas con Discapacidad, por su parte, reconoce el derecho a la educación de las personas con discapacidad. Con el fin de hacer efectivo este derecho, sin discriminación y sobre la base de la igualdad de oportunidades, la Convención determina que los Estados Partes deben asegurar un sistema de educación inclusivo en todos los niveles de enseñanza y a lo largo de la vida, con el fin de, entre otros aspectos, desarrollar plenamente el potencial humano, el sentido de la dignidad y la autoestima; y desarrollar al máximo la personalidad, talentos y creatividad de las personas con discapacidad, así como sus aptitudes mentales y físicas. Asimismo, los Estados Partes

25 ONU, 1960, Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, pp. 1-2.

26 *Ibíd.*, art. 3.

27 *Ibíd.*, art. 4.

28 *Ibíd.*, art. 5.

deben asegurar que los NNA con discapacidad no queden excluidos de una enseñanza primaria y secundaria inclusiva, de calidad y gratuita, en igualdad de condiciones con los demás, y en la comunidad en que vivan. De igual manera, los Estados deben realizar ajustes razonables en función de las necesidades individuales de los niños y niñas con discapacidad, facilitando medidas de apoyo personalizadas y efectivas en entornos que fomenten, al máximo, su desarrollo académico y social para el logro de su plena inclusión. Asimismo, las personas con discapacidad deben tener acceso general a la educación superior, considerando ajustes razonables a su situación.²⁹

Todos los instrumentos de derecho internacional de derechos humanos identifican razones por las cuales está prohibido discriminar; por ejemplo, el artículo 2.2 del PIDESC señala: “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, 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.” Por su parte, la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza establece en su artículo 1: “se entiende por “discriminación” toda distinción, exclusión, limitación o preferencia, fundada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otra índole, el origen nacional o social, la posición económica o el nacimiento, que tenga por finalidad o por efecto destruir o alterar la igualdad de trato en la esfera de la enseñanza”.

Esto significa, que cualquier distinción que se haga en base a estas categorías debe ser “razonable”, por ejemplo, para superar alguna injusticia histórica o prevenir la violación de otro derecho humano.³⁰ En cuanto a la selección por mérito u otra razón que no aparezca explícitamente en el catálogo de las razones prohibidas, su aplicación es solamente posible mientras no sea contraria a los principios de la educación identificados en artículo 13.1 PIDESC o artículo 29.1 CDN, ni se generen efectos de discriminación indirecta.³¹ La discriminación indirecta se daría cuando la selección por mérito signifique, a causa de factores presentes en la sociedad u otras leyes, que un grupo de estudiantes con un rasgo por el cual está prohibido discriminar, de facto sea perjudicado. Esta prohibición se refuerza con la contravención explícita de discriminar a los NNA por “la condición, actividades, opiniones o creencias de sus padres, tutores o familiares”.³² Los Estados deben velar especialmente porque esta discriminación indirecta no se

29 Convención sobre Derechos de Personas con Discapacidad, art. 24.

30 OG 20, Comité DESC, párr. 13.

31 OG 20, Comité DESC, párr. 10b.

32 CDN, artículo 2.

produzca por factores de discriminación sistémica, ya sea histórica o culturalmente arraigada.³³ Además, el Comité DESC hace hincapié en que “[l]as agudas disparidades de las políticas de gastos que tengan como resultado que la calidad de la educación sea distinta para las personas que residen en diferentes lugares pueden constituir una discriminación con arreglo al Pacto.”³⁴

En síntesis, los estándares internacionales en materia de acceso a la educación se pueden plantear de la siguiente forma:

a) Todos los niños y niñas tienen derecho a la enseñanza primaria obligatoria, gratuita y accesible, sin ningún tipo de discriminación por alguna de las razones prohibidas. En el caso de las y los estudiantes con discapacidad, la educación debe darse en la comunidad en la que estos vivan y en igualdad de condiciones, garantizada a través de la entrega de los apoyos adecuados.

b) La enseñanza secundaria debe ser generalizada y accesible a todos, incluyendo a las y los estudiantes con discapacidad, en igualdad de condiciones y sin ningún tipo de discriminación y, en caso de ser necesario, con los apoyos correspondientes.

c) El propósito de la educación debe orientarse, entre otros aspectos, al desarrollo del potencial humano y sentido de la dignidad y autoestima, desarrollando al máximo la personalidad, aptitudes mentales y físicas, talentos y creatividad de los NNA.

d) El Estado debe garantizar en todos los establecimientos educativos públicos del mismo grado, una enseñanza de similar nivel y condiciones equivalentes en lo referido a la calidad de la enseñanza brindada. Además, debe garantizar que los proveedores particulares cumplan con el derecho a una educación accesible, asequible, culturalmente adecuada y de calidad, sin discriminación.

e) Los padres o tutores legales tienen la libertad para escoger escuelas alternativas a las creadas por las autoridades públicas, así como elegir escuelas que respondan a sus convicciones morales o religiosas, las que deben cumplir con las normas básicas fijadas por el Estado.

f) Los particulares y entidades poseen la libertad para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, siempre que se respeten los principios referidos a la educación como derecho y se ajusten a las normas prescritas por el Estado. El derecho internacional no consagra un derecho de los establecimientos a seleccionar sus estudiantes. Si los Estados permiten hacerlo, deben garantizar que no haya discriminación directa ni indirecta.

g) La selección por mérito no está expresamente prohibida de forma generalizada por el derecho internacional, pero no puede tener

33 OG 20, Comité DESC, párr. 12.

34 OG 13, Comité DESC, párr. 35.

consecuencias de discriminación indirecta por razones socio-económicas, del lugar de vida, en relación a la calidad de la educación, etc. Además, la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad establece el derecho a la educación inclusiva para NNA con discapacidad impidiendo la selección por mérito.

Cabe señalar que, en el campo educativo, los planteamientos de la Convención sobre Derechos de Personas con Discapacidad son los que más se aproximan a un enfoque de educación inclusiva, es decir, una educación que se asume como un proceso en que las diferencias de los/as estudiantes se entienden como una oportunidad para el aprendizaje de todos, y que busca identificar y reducir las barreras que impiden el aprendizaje y la participación, especialmente de quienes pueden estar en riesgo de marginalización, exclusión o fracaso escolar.³⁵

2. CONTEXTO LEGAL EN CHILE

Con relación a los estándares anteriormente expuestos, Chile posee un cuerpo legal que brinda soporte a su implementación y que ha permitido, gradualmente, avanzar en la construcción de un sistema educativo sin discriminaciones de ninguna naturaleza, lo que sigue constituyendo un desafío importante a nivel país. Sin embargo, como se verá más adelante, los dos proyectos presentados por el gobierno bajo su lema de “admisión justa”, constituyen una amenaza al pleno desarrollo de estos estándares y un retroceso ante lo que el país ha logrado establecer en los últimos años con relación al derecho a la educación, regresividad que está prohibida por el artículo 2 PIDESC.

Mostraremos, en seguida, cómo se constituye esta amenaza, considerando los siguientes instrumentos legales: Constitución Política del Estado de Chile, Ley General de Educación, Ley de Subvención Escolar Preferencial, Ley 20.422 que establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión, y Ley de Inclusión Escolar 20.845 de 2015. Este conjunto de normas hace referencia a aspectos fundamentales de los estándares internacionales referidos al acceso a la educación como un derecho, en igualdad de condiciones y sin discriminación.

En primer lugar, la Constitución Política reconoce el derecho a la educación en el artículo 19° inciso 10°, la que tiene como propósito el pleno desarrollo de las personas en las diversas etapas de la vida. En este marco, la educación básica y media son obligatorias, debiendo el Estado financiar un sistema gratuito para asegurar su acceso a toda

35 Gerardo Echeita y Mel Ainscow, “La educación inclusiva como derecho. Marco de referencia y pautas de acción para el desarrollo de una revolución pendiente”, *Tejuelo* (12), 2011, pp. 24-26.

la población.³⁶ La libertad de enseñanza, constitucionalmente, incluye el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales, con las limitaciones que impone la moral, buenas costumbres, orden público y seguridad nacional (art. 19º inciso 11º). Además, implica que los padres tienen el derecho de escoger el establecimiento educativo para sus hijos.³⁷ En virtud del artículo 5º inciso 2º de la Constitución, estas disposiciones deberían interpretarse a la luz de lo establecido en los tratados internacionales de derechos humanos que se refieren al derecho a la educación y la libertad de enseñanza, así como las interpretaciones autoritativas de los órganos de tratado respectivos y la práctica subsiguiente de todos los Estados parte de un tratado como el PIDESC.

En segundo lugar, la Ley General de Educación establece que “el sistema educativo chileno se construye sobre la base de los derechos garantizados en la Constitución, así como en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes y, en especial, del derecho a la educación y la libertad de enseñanza”.³⁸ Asimismo, establece como principios inspiradores, entre otros: (i) la calidad de la educación, que implica asegurar que todas y todos los estudiantes, independiente de sus condiciones y circunstancias, logren los objetivos generales y estándares de aprendizaje definidos por la Ley; (ii) la equidad del sistema educativo, que supone las mismas oportunidades para todos y todas de recibir una educación de calidad, con especial atención a quienes requieren apoyos especiales; y (iii) la integración, referida a la incorporación de estudiantes de diversas condiciones sociales, étnicas, religiosas, económicas y culturales.³⁹

En tercer lugar, La Ley de Subvención Escolar Preferencial (en adelante, ley SEP)⁴⁰ es una normativa que parte del reconocimiento que para satisfacer las necesidades educativas de las y los estudiantes más pobres se requieren recursos extraordinarios. Su objetivo es mejorar la calidad y equidad de la educación impartida en establecimientos escolares que proveen el servicio educativo a estudiantes cuyo rendimiento académico podría verse afectado por sus condiciones socioeconómicas de origen. Así, la ley SEP entrega recursos adicionales a los sostenedores escolares por cada estudiante catalogado como prioritario o preferente matriculado en establecimientos que dependan de su administración. La categoría de estudiante “prioritario” se refiere a estudiantes cuyos hogares presentan condiciones socioeconómicas que pueden dificultar su proceso educativo. Esta categoría es determinada anualmente por el

36 Constitución Política del Estado de Chile, cap. III, art. 19 inciso 10.

37 *Ibíd.*

38 Ley General de Educación, art. 3.

39 *Ibíd.*

40 Ley 20.248, 2008.

Mineduc de acuerdo a una serie de criterios estipulados en la misma ley. La categoría de estudiante “preferente” describe a aquellos que no están categorizados como prioritarios, pero cuyas familias están en el 80% más vulnerable del total nacional, de acuerdo al instrumento de caracterización social vigente.⁴¹

Para que un sostenedor pueda adherir a esta normativa, debe firmar el Convenio de Igualdad de Oportunidades y Excelencia Educativa, en el cual se compromete a cumplir una serie de requisitos, tales como respetar los beneficios de los estudiantes prioritarios, elaborar e implementar un Plan de Mejoramiento Educativo (PME), establecer metas de rendimiento académico y rendir cuentas públicas de los gastos realizados con los fondos SEP. Entre las obligaciones más importantes adquiridas por el sostenedor en relación a las y los estudiantes prioritarios se destacan: i) eximir a estudiantes prioritarios de cualquier cobro de financiamiento compartido; ii) no seleccionar estudiantes entre pre kinder y 6° básico por razones socioeconómicas o de rendimiento académico; iii) informar a postulantes y sus padres y apoderados sobre el proyecto educativo del establecimiento; iv) retener a estudiantes alumnos entre pre kinder y 6° básico, pudiendo repetir hasta una vez por curso; v) destinar la subvención y los aportes de la ley SEP a la implementación de las medidas contempladas en el PME, con especial énfasis en las y los estudiantes categorizados como prioritarios, e impulsar una asistencia técnico-pedagógica especial para mejorar el rendimiento escolar de estudiantes con bajo rendimiento académico.⁴²

En cuarto lugar, la Ley 20.422, que establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión, instituye el deber del Estado de garantizar a las personas con discapacidad el acceso a establecimientos educacionales públicos y privados, de educación regular o especial, que reciban subvención o aporte estatal. Con respecto a los establecimientos de enseñanza parvularia, básica y media, la Ley plantea que estos deben considerar planes para estudiantes con necesidades educativas especiales, fomentando la participación de todos los docentes, asistentes de la educación y otros integrantes de la comunidad educativa en ellos.⁴³ Además, de acuerdo a la Ley, estos establecimientos de educación regular deben incorporar innovaciones y adecuaciones curriculares, de infraestructura y materiales de apoyo que permitan y faciliten a los estudiantes con discapacidad su acceso a cursos o niveles existentes, con los apoyos adicionales que requieran, a fin de asegurar su permanencia y progreso en el sistema escolar. Ahora bien, si en función de la naturaleza y tipo de discapacidad, no es posible su integración en cursos

41 Ley de Subvención Escolar Preferencial, art. 2 y 2 bis.

42 *Ibid.*, art. 6.

43 Ley 20.422, art. 34.

de enseñanza regular, la educación del estudiante debe impartirse en clases especiales en el mismo establecimiento o en escuelas especiales.⁴⁴ La necesidad de acceder a la educación especial será determinada en base a informes realizados por equipos multi profesionales del Mineduc, y otros profesionales u organismos acreditados por este Ministerio, considerando la opinión de los establecimientos educacionales, los estudiantes, sus familias o cuidadores.⁴⁵ Esta normativa adolece de problemas considerables de implementación (como se mostró en el *Informe* 2014), conclusión que fue confirmada por la Comisión asesora presidencial sobre las personas en situación de discapacidad (2016).⁴⁶

Finalmente, la Ley de Inclusión Escolar⁴⁷ establece transformaciones relevantes al sistema educativo chileno, a partir de tres disposiciones fundamentales a implementar en los establecimientos educacionales subvencionados o que reciban aportes del Estado, a saber:

a) Los procesos de admisión de estudiantes deben efectuarse por medio de un sistema que garantice transparencia, equidad e igualdad de oportunidades, velando por el derecho preferente de madres, padres o apoderados de elegir el establecimiento educativo para sus hijos. En este marco, en ningún caso se puede considerar el rendimiento escolar pasado o potencial del estudiante como requisito de admisión, ni tampoco la presentación de antecedentes socioeconómicos de la familia. La ley indica que, en los procesos de admisión, en ninguna circunstancia se podrán implementar procesos que impliquen discriminaciones arbitrarias “debiendo asegurarse el respeto a la dignidad de los alumnos, alumnas y sus familias, de conformidad con las garantías reconocidas en la Constitución y en los tratados internacionales ratificados por Chile, en especial aquellos que versen sobre derechos de los niños y que se encuentren vigentes”.⁴⁸ La Ley establece que, durante el proceso de postulación, las madres, padres y apoderados pueden solicitar información a los establecimientos escolares sobre su proyecto educativo y el proceso de admisión, incluso a través de entrevistas que ellos mismos soliciten, debiendo declarar su adhesión al proyecto y reglamento interno, como condición para postular a sus hijos e hijas. Cabe señalar que esta información —así como la referida a la cantidad de cupos disponibles por nivel, la adhesión al régimen de subvención escolar preferencial, y la existencia de Programa de Integración Escolar— debe estar disponible en el sistema de registro empleado para la postulación.

44 *Ibíd.*, art. 36.

45 *Ibíd.*, art. 37.

46 Comisión Asesora Presidencial, 2016, pp. 73 y ss.

47 Ley 20.845, 2015. Regula la admisión de los y las estudiantes, elimina el financiamiento compartido y prohíbe el lucro en establecimientos educacionales que reciben aportes del Estado.

48 Ley 20.845, art. 1.

Asimismo, los sostenedores pueden organizar encuentros públicos con la comunidad, difundidos por Mineduc, para dar a conocer sus proyectos educativos y promover su adhesión. Las personas pueden postular a más de un establecimiento, indicando el orden de preferencia. Luego, para el proceso de admisión, si un establecimiento posee cupos suficientes para la totalidad de sus postulantes, debe admitirlos a todos y todas. En el caso que los cupos disponibles sean inferiores al número de postulantes, los establecimientos deberán aplicar un procedimiento de admisión aleatorio, objetivo y transparente, que considerará los siguientes criterios de prioridad en orden sucesivo, para la incorporación directa a la lista de admisión del establecimiento:

- Existencia de hermanas o hermanos que postulen o estén matriculados en el mismo establecimiento.
- Incorporación del 15% de estudiantes prioritarios.
- Ser hijo o hija de un/a docente, asistente de la educación, manipulador/a de alimentos u otro/a trabajador/a que se desempeñe en forma permanente en el establecimiento.
- Haber estado matriculado/a anteriormente en el establecimiento al que se postula, a no ser que la o el postulante hubiera sido expulsado de ese colegio.

Cabe señalar que si el número de postulantes que cumple con un mismo criterio excede al número de vacantes, se aplicará el sistema de admisión aleatorio establecido por el establecimiento para dichos postulantes.

En el caso de establecimientos de especial o alta exigencia, siempre que cumplan con una serie de requisitos que acreditan su trayectoria, prestigio y calidad, el Mineduc los podrá autorizar para establecer procedimientos especiales de admisión para un 30% de sus vacantes, desde 7° básico, considerando postulantes que pertenezcan al 20% de estudiantes de mejor desempeño escolar de sus establecimientos escolares de procedencia. Los establecimientos cuyo proyecto educativo fomente aptitudes que requieren especialización temprana y que acrediten su trayectoria, prestigio y calidad, también podrán ser autorizados por el Mineduc para realizar pruebas referidas a las aptitudes abordadas en los proyectos, generando un procedimiento especial de admisión para un 30% de sus vacantes.

b) Los sostenedores no podrán perseguir fines de lucro, debiendo destinar en forma íntegra y exclusiva los aportes estatales y cualquier otro ingreso a fines educativos, y rendir cuenta pública respecto del uso de los recursos.⁴⁹

c) Se eliminará en forma gradual el financiamiento compartido, a través de un sistema en que anualmente disminuirá el cobro mensual efectuado a padres y apoderados por establecimientos particulares

49 *Ibid.*, art. 1.

subvencionados, en el mismo monto en que aumenten las subvenciones e incrementos aportados por el Estado.⁵⁰

Con la adopción de esta ley, mejoró considerablemente el cumplimiento del Estado de Chile con los estándares internacionales. En todo caso, se mantienen brechas en relación a la garantía de no-discriminación en establecimientos privados sin aporte estatal. La falta de extensión de los principios de la Ley de Inclusión a colegios privados contraviene el derecho internacional de derechos humanos, ya que el Estado tiene un deber de garante frente a las posibilidades de discriminación directa o indirecta en razón a la situación socio-económica de NNA y sus familias, incluso si permite o delega la función educativa a los privados.⁵¹ Además, queda por mejorar la calidad de la educación, y la educación inclusiva para NNA con discapacidad, que fue explícitamente excluida de la Ley de Inclusión.⁵²

Para fines de este capítulo, es relevante destacar que, en 2015, un grupo de parlamentarios levantó un requerimiento ante el Tribunal Constitucional con el fin de establecer la inconstitucionalidad de una serie de normas establecidas en el proyecto de ley que fue la base de la actual Ley de Inclusión, referida al fin del copago, lucro y selección. En el requerimiento, los parlamentarios sostuvieron que al prohibir la selección se vulneraría la libertad de enseñanza, ya que los sostenedores no tenían la posibilidad de elegir a estudiantes y familias que adhirieran al ideario y proyecto educativo del establecimiento. Asimismo, plantearon que el proyecto vulneraba la libertad de los padres de elegir el establecimiento educativo para sus hijos, indicando que la igualación arbitraria de las y los estudiantes sería discriminatoria y atentaría contra la igualdad ante la ley. Por su parte, el gobierno de la presidenta Bachelet defendió el proyecto “señalando que es un fortalecimiento y no una vulneración de la libertad de enseñanza y del derecho a elegir de los padres, concretando y potenciando el principio de igualdad, en concordancia con el derecho internacional, al posibilitar que sean los padres quienes elijan entre los establecimientos y no estos últimos quienes excluyan, agregando que la libertad de enseñanza no es un fin en sí mismo, sino un medio para asegurar el derecho a la educación”.⁵³ El TC resolvió que todos los enunciados de la ley son constitucionales, menos uno que implicaba una redefinición del término discriminación por vías

50 *Ibid.*, art. 22 transitorio.

51 Véase especialmente, Comité DESC, Observación General N°13, párr. 43 y 54 y Relator Especial sobre el Derecho a la Educación, Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación sobre su misión a Chile, 3 de abril de 2017, A/HRC/35/24/Add.1, párr. 28 y 101.

52 Véase Ley 20.845 artículo 7° septies.

53 Tribunal Constitucional, Sentencia Rol 2787-15-CPT, 1 de abril de 2015, pp. 20-21.

legales. Cabe destacar que el voto por rechazar de cinco ministros del Tribunal Constitucional en que declara la constitucionalidad de poner fin a los procesos de selección se fundamentó en evidencia y normativa internacional para hacer la correspondiente lectura de la constitucionalidad de la (ahora) ley.⁵⁴

Dicho esto, el Estado tiene un deber de garantizar la educación de calidad sin discriminación alguna también en los establecimientos privados.⁵⁵ Esto significa que el Estado debiera garantizar que el acceso a la educación de calidad no dependa de factores, como el lugar de vida o el nivel socio-económico, que constituyen discriminación directa (vía matrícula) o indirecta (vía capital cultural u otros factores que están correlacionados directamente y positivamente con el nivel socio-económico).

3. ANÁLISIS DE LOS PROYECTOS DE LEY DE ADMISIÓN JUSTA A LA LUZ DE LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

3. 1. Proyecto de Ley que establece un sistema de selección por mérito con inclusión en los establecimientos educacionales de alta exigencia académica y de especialización temprana.

El objetivo de este proyecto fue modificar la actual Ley de Inclusión, en lo referido a las normas de admisión para establecimientos educativos de alta exigencia y especialización temprana, permitiendo que los primeros puedan establecer mecanismos de selección para el 100% de su población escolar a partir de 7° básico, basados en el rendimiento académico, siempre que cumplan con los siguientes requisitos: (i) contar con un proyecto educativo de especial o alta exigencia; (ii) encontrarse en la categoría de desempeño alto, de acuerdo a la ordenación de la Agencia de Calidad; (iii) contar con mayor demanda que oferta; (iv) contar con, al menos, un 30% de estudiantes categorizados como prioritarios; y (v) contar con, al menos, un 20% de estudiantes categorizados como preferentes. Con respecto a los establecimientos de especialización temprana, el proyecto permite que estos apliquen sus propios procesos de admisión, siempre que: (i) cuenten con un proyecto educativo orientado al desarrollo de aptitudes que requieran especialización temprana; (ii) cuenten con, al menos, un 30% de estudiantes categorizados como prioritarios; y (iii) cuenten con, al menos, un 20% de estudiantes categorizados como preferentes.⁵⁶

54 *Ibid.*, especialmente, pp. 32-52.

55 OG 20 Comité DESC, párr. 11.

56 Véase para un análisis, también, María Isidora Palma y Vicente Silva, "Reforms to Chile's Inclusion Law on School Admissions go Against the Evidence and International Human-Rights Law", *London School Economics*, 2019.

Al analizar este proyecto a la luz de los estándares internacionales de derechos humanos en materia de acceso a la educación, se evidencia una trasgresión de ellos, la que se sostiene en los siguientes argumentos:

a) En los fundamentos del proyecto se establece que el Estado debe “generar los mecanismos que permitan a cada niño acceder a los espacios que mejor promuevan el desarrollo de todo su potencial, en función de su esfuerzo, talento y capacidades”.⁵⁷ Esta concepción contraviene los estándares, ya que en ningún instrumento internacional se establece que el esfuerzo de las y los estudiantes constituya la única condición para el acceso a espacios educativos específicos que promuevan su potencial. Especialmente, no logra evitar la discriminación indirecta por razones socio-económicas, ya que existe abundante evidencia que indica que el “esfuerzo, talento y capacidades” medidas a través de rendimiento académico están fuertemente correlacionados con el nivel socio-económico de las familias de los estudiantes.⁵⁸

b) Vinculado con lo anterior, más que utilizar el esfuerzo como un requisito de acceso a una buena educación, los estándares internacionales apuntan a que una educación debe considerar la integralidad del desarrollo humano, lo que incluye la adquisición de habilidades y actitudes que permitan la promoción del máximo potencial de cada uno.

c) En este contexto, el currículum nacional de 7° básico a segundo medio explicita objetivos que apuntan al aprendizaje de conocimientos, habilidades y actitudes relacionados con la responsabilidad y el esfuerzo. En la siguiente tabla se muestran algunos de estos objetivos:

57 Proyecto de Ley que establece un sistema de selección por mérito con inclusión en los establecimientos educacionales de alta exigencia académica y de especialización temprana, pp. 5.

58 OECD, “Education at a glance 2017: OECD indicators”, *OECD Publishing*, Paris, 2017 / Selcuk Sirin, “Socioeconomic Status and Academic Achievement: A Meta-Analytic Review of Research”, *Review of Educational Research*, 75, 2005, pp. 417–453.

Tabla 1: Objetivos del currículum nacional que apuntan a desarrollar el esfuerzo

| Asignatura | Objetivo | Curso/s |
|-------------------------------------|---|--|
| Matemática | Demostrar interés, esfuerzo, perseverancia y rigor frente a la resolución de problemas y la búsqueda de nuevas soluciones para problemas reales. | 7° básico 8° básico Primer y segundo año de enseñanza media. |
| Lenguaje, Comunicación y Literatura | Realizar tareas y trabajos de forma rigurosa y perseverante, entendiendo que los logros se obtienen solo después de un trabajo prolongado. | 7° básico 8° básico Primer y segundo año de enseñanza media, |
| Ciencias Naturales | Esforzarse y perseverar en el trabajo personal, entendiendo que los logros se obtienen solo después de un trabajo riguroso, y que los datos empíricamente confiables se obtienen si se trabaja con precisión y orden. | 7° básico 8° básico Primer y segundo año de enseñanza media. |
| Orientación | Gestionar de manera autónoma su propio proceso de aprendizaje escolar, a través del establecimiento de metas progresivas de aprendizaje, la definición de líneas de acción para lograrlas, el monitoreo de logros y la redefinición de acciones que resulten necesarias. | 7° básico 8° básico |
| Orientación | Diseñar aspectos de su posible proyecto de vida, considerando elementos como habilidades, motivaciones, metas personales, posibilidades y limitaciones, asumiendo el desafío de tomar decisiones coherentes con estos elementos y actuando, basándose en ellos, de manera perseverante y esforzada. | Primer y segundo año de enseñanza media. |

Fuente: Elaboración propia en base al Currículum Nacional

De esta forma, el esfuerzo corresponde a una disposición que se enseña y se aprende, entre otros espacios, en el sistema escolar, por lo que no queda claro cómo se mediría de forma independiente del contexto familiar, cultural y socio-económico, y en función de lo que un NNA haya aprendido en la educación básica. De hecho, las escuelas básicas funcionan según distintos estándares de calidad que no son ajenos a factores socio-económicos, por lo tanto, la selección por rendimiento como medida del esfuerzo constituye un fenómeno de discriminación indirecta. En otras palabras, los NNA provenientes de familias con menos recursos y menor capital educativo-cultural necesitan apoyos para poder “acceder a los espacios que mejor promuevan el desarrollo de todo su potencial, en función de su esfuerzo, talento y capacidades”.⁵⁹

d) En los antecedentes del proyecto se hace referencia a los problemas en la implementación del actual sistema de admisión, especificando que uno de ellos es el desconocimiento por parte de las familias de las “brechas de calidad existentes en la oferta educativa nacional”,⁶⁰ por lo que se entiende que padres y apoderados no podrían discriminar “los buenos de los malos” colegios. Esto contraviene los estándares internacionales, ya que el Estado debe mantener una enseñanza de calidad en todos los establecimientos educativos públicos y garantizarla sin discriminación para los establecimientos privados. En este sentido, en vez de profundizar las diferencias en la calidad educativa de los establecimientos escolares, favoreciendo la integración de estudiantes de buen rendimiento en escuelas y liceos catalogados con mayores niveles de calidad y la concentración de estudiantes con rendimiento inferior en escuelas con menos acreditación en términos de calidad, la preocupación estatal debiera centrarse en equiparar las condiciones de calidad en los establecimientos que reciben subvenciones o aporte estatal y privados, con el fin de que todas y todos los estudiantes accedan a una buena educación, que potencie su desarrollo, dignidad y autoestima. De hecho, la lógica de tener “buenas escuelas para buenos estudiantes y malas escuelas para malos estudiantes”, solo contribuye a mermar la dignidad y autoestima de nuestras niñas y niños.

e) Respecto de la selección de estudiantes en establecimientos educativos que requieren especialización temprana.

Se estima que esta norma no es coherente con los estándares de derechos humanos, ya que seleccionar por las aptitudes de las y los estudiantes puede derivar en criterios de discriminación indirecta, pues es muy difícil distinguir las aptitudes intrínsecas de la herencia de capital

59 Proyecto de Ley que establece un sistema de selección por mérito con inclusión en los establecimientos educacionales de alta exigencia académica y de especialización temprana, pp. 5.

60 *Ibid.*, pp. 2.

cultural recibida de las familias. Esto quizás con excepción de ciertas aptitudes extraordinarias, como es el caso de aquellas asociadas al deporte o la música. Lo señalado no implica que no puedan existir proyectos educativos que tengan la vocación de apoyar a estudiantes “dotados” o de alto rendimiento para ofrecerles oportunidades de aprendizaje más sofisticadas en áreas de especialización, tal como ocurre con las escuelas “magnetos” en los EE.UU (especializadas en ciencias, tecnología, ingeniería, arte, etc.). Sin embargo, para evitar posibles y probables discriminaciones por capital cultural, estas organizaciones no debieran seleccionar estudiantes, sino, más bien, dejar operar el criterio de auto-selección por parte de las familias, es decir, que sean ellas las que opten por incorporarse a dichos proyectos educativos. De hecho, hoy existe un debate muy importante en el estado de Nueva York, donde la administración del alcalde Bill de Blasio está estudiando poner fin a los criterios de selección de escuelas con programas para estudiantes “dotados” (*gifted students*) por el gran efecto segregador que han tenido. El equipo de asesores expertos de Blasio ha recomendado el fomento de escuelas magnetos no selectivas con proyectos educativos especializados para estudiantes y familias que desean mayores desafíos educativos en áreas específicas y con programas de enriquecimiento para estudiantes con habilidades académicas variables.⁶¹

Es importante reiterar que el proyecto de ley, que estamos analizando aquí, fue rechazado en general por la Cámara de Diputados por 69 votos a favor y 79 en contra, sin abstenciones, en julio de 2019. Entre los argumentos de los parlamentarios detractores de la medida se señala que el rechazo viene a “consagrar la no discriminación y la igualdad de oportunidades”, al mismo tiempo de garantizar el derecho de las familias a elegir por sobre el derecho de las escuelas a seleccionar estudiantes.⁶²

3.2. Proyecto de ley que modifica las normas de admisión escolar para garantizar la libertad de enseñanza, vinculación de apoderados con los proyectos educativos, y entregar prioridad en la admisión a estudiantes bajo cuidado alternativo del SENAME y aquellos con necesidades educativas especiales permanentes.

El objetivo definido por este segundo proyecto es perfeccionar el sistema de admisión impulsado por la Ley de Inclusión, considerando las siguientes modificaciones: (i) permitir que los establecimientos educativos realicen entrevistas en la etapa de postulación, prohibiendo su uso como requisito de postulación; (ii) permitir a los establecimientos

61 New York Times: “Desegregation Plan: Eliminate All Gifted Programs in New York”. 26 de agosto de 2019.

62 LaNación: “DC Explicó su rechazo al proyecto Admisión Justa que no fue aprobado en la Cámara”. 10 de julio de 2019.

escolares utilizar criterios de admisión propios para un 30% de sus cupos, en función de sus proyectos educativos, siempre que estos criterios sean transparentes, objetivos y que no impliquen discriminaciones arbitrarias; (iii) incorporar nuevos criterios en el orden de prioridades en caso de que existan más postulantes que vacantes a un establecimiento educativo, estableciendo como primera prioridad a estudiantes que se encuentran bajo medidas de protección de cuidado alternativo en el SENAME, y como segunda prioridad a estudiantes que presentan necesidades educativas especiales permanentes que postulen a establecimientos educacionales que cuenten con Programa de Integración Escolar (PIE); (iv) agregar en el criterio de priorización de hermanos postulantes a quienes, sin ser hermanos, pertenecen a un mismo hogar; y (v) abrir la posibilidad de aumentar el porcentaje de estudiantes prioritarios a los establecimientos que declaren una opción preferente por su educación.

Al analizar el proyecto, queda en evidencia su disconformidad con los estándares internacionales de derechos humanos en materia de acceso a la educación, lo que se manifiesta en los siguientes aspectos:

a) El proyecto propone que los establecimientos educativos puedan realizar encuentros públicos o entrevistas durante el proceso de postulación, con el fin de dar a conocer su proyecto educacional, sin que esto se utilice como criterio de admisión. De acuerdo con lo planteado, esta medida tiene como objetivo reforzar el derecho preferente de los padres para educar a sus hijos. Ahora bien, reestablecer las entrevistas durante el proceso de postulación (que fueron eliminadas a través de la Ley de Inclusión Escolar) podría crear distorsiones, pues existe el riesgo que algunos establecimientos escolares desincentiven, implícita o explícitamente, a algunas familias a postular al establecimiento, o bien se utilice como criterio de selección no declarado, lo que sería discriminatorio. Por lo demás, en el actual proceso de admisión los padres tienen el derecho a solicitar entrevistas si desean profundizar en el conocimiento del proyecto educativo de un establecimiento, lo que asegura su derecho preferente a elegir. En este punto cabe señalar que, de acuerdo con los estándares internacionales, el derecho preferente de los padres para educar a sus hijos se refiere a la libertad de madres, padres o tutores legales de elegir establecimientos educativos diferentes a los creados por las autoridades públicas, o de seleccionar establecimientos acordes a sus convicciones morales y religiosas. Así, esta elección supone una acción desde los padres o tutores y no un derecho de los establecimientos educativos, los cuales deben responder a las exigencias de no-discriminación que debe garantizar el Estado.

b) El proyecto permitiría a los establecimientos escolares el uso de criterios de admisión propios para un 30% de sus cupos, en base a sus proyectos educativos, siempre que estos criterios sean transparentes,

objetivos y que no impliquen discriminaciones arbitrarias. Esta norma no se condice con el derecho a la libertad de enseñanza, que se establece como la libertad de particulares y entidades de abrir y dirigir instituciones educativas, respetando el derecho a una educación en igualdad de condiciones y sin discriminación. Cabe señalar que ningún tratado internacional de derechos humanos plantea que la libertad de enseñanza implique que quienes abren o dirigen escuelas o liceos puedan seleccionar libremente a sus estudiantes, ya que, tal como el Estado, deben cumplir con la prohibición de discriminación. Así, si algún criterio de selección tiene como consecuencia la discriminación directa o indirecta, dicha forma de seleccionar estudiantes no está permitida por el derecho internacional de los derechos humanos. Es deber de los privados emplear la debida diligencia para que esto no ocurra, y una obligación del Estado garantizar, a través de la normativa y fiscalización, la aplicación correcta de este principio, incluyendo la posibilidad de denunciar casos de posible discriminación directa o indirecta. Además, habilitar la posibilidad a las escuelas de seleccionar sin tener que respetar la prohibición de discriminación en los términos ya señalados, va en contra de la libertad de los padres y apoderados de elegir el establecimiento educativo para sus hijos, hijas o pupilos.

c) Respecto de la incorporación del criterio de prioridad referido a estudiantes con necesidades educativas especiales permanentes que postulen a establecimientos con PIE, se considera que esta medida no se ajusta a los estándares de derecho por dos motivos. Primero, de acuerdo al proyecto los estudiantes con necesidades educativas especiales solo podrán tener prioridad cuando postulan a una oferta segmentada (establecimientos con PIE) y no al universo total de escuelas, como correspondería de acuerdo a lo que indica la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad. Segundo, los estudiantes con necesidades educativas especiales no necesariamente tendrán oferta con PIE cerca de sus hogares, lo cual podría implicar que deban trasladarse dentro de la ciudad para acceder a este servicio. Esta situación sería vulneradora de su derecho a la educación inclusiva y accesible físicamente. Un acceso que responda a los estándares internacionales en la materia, supone asegurar los apoyos requeridos por esta población en todos los establecimientos escolares del país, y no solo en los que cuenten con PIE.⁶³ Además, para lograr la educación inclusiva, no basta con instalar un criterio de prioridad para la admisión, ya que la permanencia de estos estudiantes en el sistema educativo no se dará en condiciones de equidad e igualdad si no se aseguran los apoyos especializados y recursos específicos que les posibiliten acceder al aprendizaje, en el marco de una educación inclusiva.

63 Informe Comisión Asesora Presidencial, 2016.

d) Respecto al criterio de prioridad referido a estudiantes que se encuentran bajo medidas de protección de cuidado alternativo en el SENAME, es pertinente destacar que si bien este criterio parece justificado como acción afirmativa requerida por el derecho internacional,⁶⁴ se debe considerar que se trata de una población que requiere apoyos adicionales para progresar en la trayectoria educativa, por lo tanto, no es suficiente establecer la prioridad en el acceso. En estos casos, resulta fundamental asegurar la permanencia y progreso en el sistema escolar de estos NNA, garantizando los recursos y mecanismos de apoyo que se requieran, para asegurar el goce del derecho a la educación accesible, asequible, adaptada y de calidad, sin discriminación.

e) De igual forma, con respecto a la medida que abre la posibilidad de aumentar el porcentaje de estudiantes prioritarios en los establecimientos educativos que declaren una opción preferente por su educación, se considera que, al generar una discriminación positiva por origen social y situación económica, se promueve el desarrollo de “escuelas para niños vulnerables”, es decir el surgimiento de guetos o espacios de segregación, que ofrecerán menos acceso a oportunidades en el futuro para quienes desarrollen allí su educación.

4. ANÁLISIS DE LA EVIDENCIA DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA LEY DE INCLUSIÓN ESCOLAR

El proyecto Admisión Justa, que considera los dos proyectos analizados a la luz de los estándares internacionales de derechos humanos en materia de acceso a la educación, tiene como propósito perfeccionar el actual Sistema de Admisión Escolar (SAE). Este sistema se puso en operación en 2016 y se ha implementado paulatinamente en la mayoría de las regiones del país, exceptuando la Región Metropolitana, donde ha comenzado a funcionar a partir de 2019. Es decir, el sistema aún no se encuentra funcionando en régimen, por lo que las evaluaciones acerca de su efectividad todavía son parciales.

Con relación a la ocupación de las vacantes seleccionadas por madres, padres y apoderados, se puede señalar que en 2017 el SAE fue implementado en cinco regiones (Tarapacá, Coquimbo, O'Higgins, Los Lagos y Magallanes). La evidencia que emana de este proceso mostró que cerca del 82% de los postulantes quedaron aceptados en sus tres primeras preferencias. De este total, el 56% quedó en su primera preferencia.⁶⁵

En 2018, la implementación del SAE involucró a todas las regiones

64 Comité DESC, OG N° 20, párr. 9.

65 Alejandro Carrasco y Ngairé Honey, “Análisis del impacto del proyecto de admisión justa en las oportunidades educacionales”, *Centro de Justicia Educacional*, N° 3, 2019; Denisse Gelber y Rosario Escribano, “Informando la votación para el proyecto de ley de admisión justa desde la evidencia”, *Centro de Justicia Educacional*, N° 4, 2019.

del país exceptuando a la Región Metropolitana. En este periodo, el 79% de las postulaciones fueron asignadas a alguna de las tres primeras preferencias. De esta cifra, el 60% quedó en la primera preferencia, el 13% quedó en la segunda preferencia y el 6% quedó en la tercera preferencia.⁶⁶ Como se puede apreciar, los datos muestran una fuerte consistencia con el proceso de implementación del año anterior y reflejan que el sistema brinda oportunidades efectivas para que madres, padres y apoderados puedan elegir un establecimiento educativo para sus hijas, hijos o pupilos que cumpla con sus expectativas.

Del incipiente proceso de implementación del SAE, se pueden extraer algunas lecciones que son relevantes para la discusión de este capítulo. La primera lección es que se aprecia un leve pero significativo aumento en la proporción de estudiantes catalogados como vulnerables y no vulnerables que asisten a escuelas de alto desempeño, aunque los patrones robustos de desigualdad en la distribución de cupos persisten.⁶⁷ Si se mantiene esta tendencia, Chile podría avanzar hacia una distribución más equitativa de la población escolar en las escuelas y liceos, disminuyendo la discriminación producida por el anterior sistema, caracterizado por la selectividad en función del rendimiento académico y la capacidad de pago de las familias.

Otra lección relevante es que la implementación del SAE no ha perjudicado a ningún grupo de estudiantes en específico, de acuerdo a la distribución de la matrícula existente antes de su implementación.⁶⁸ Particularmente, es necesario resaltar que bajo la implementación del SAE, estudiantes de bajo desempeño han disminuido su acceso a establecimientos insuficientes, mientras que los estudiantes de alto desempeño han aumentado su presencia en escuelas de desempeño alto.⁶⁹

Finalmente, la última lección aprendida de la implementación del SAE es la persistencia en la desigualdad en la estructura de preferencias que expresan las familias a la hora de seleccionar escuelas. Las familias de estudiantes catalogados como prioritarios tienden a postular a escuelas municipales y establecimientos sin copago, a pesar de que en escuelas con copago están exentos de la cancelación de matrícula y mensualidades. A la inversa, las familias de estudiantes no catalogados como prioritarios tienden a postular en menor número a escuelas municipales y en mayor proporción a escuelas con copago.^{70 71} Cabe

66 Alejandro Carrasco y Ngairé Honey, "Nuevo Sistema de Admisión Escolar y su capacidad de atenuar la desigualdad de acceso a colegios de calidad: Al Inicio de un largo camino", *Estudios en Justicia Educativa*, N° 1, 2019.

67 Gonzalo Muñoz & José Weinstein, op. cit.

68 Alejandro Carrasco y Ngairé Honey, op. cit.

69 *Ibid*

70 *Id.*

71 Andrés Hernando y otros, "¿Existe sesgo socioeconómico en las preferencias de colegios?", *Centro de Estudios Públicos*, N° 503, 2019.

recordar que las escuelas con copago, gradualmente en el tiempo, tenderán a desaparecer, lo que podría abrir oportunidades para revertir estas tendencias.

Tanto el análisis de los proyectos como las evidencias presentadas, demuestran que el proyecto Admisión Justa impulsado por el actual gobierno constituiría un retroceso prohibido por el artículo 2.1 y 2.2 del PIDESC. En este contexto, se considera fundamental seguir en la dirección establecida por la Ley de Inclusión, la que vino a revertir un modelo de educación que se consolidó tras la vuelta a la democracia, caracterizado por la competencia y por una visión mercantilista de la educación. Específicamente, sería necesario garantizar la no-discriminación en el acceso a una educación de calidad también en el sector privado.

CONCLUSIONES

A partir de la descripción de la situación existente, así como de los argumentos esgrimidos en el presente capítulo, se pueden establecer las siguientes conclusiones:

El Proyecto de Ley que establece un sistema de selección por mérito con inclusión en los establecimientos educacionales de alta exigencia académica y de especialización temprana no responde a los estándares internacionales en relación con el derecho a la educación y el acceso a ella ya que, en el contexto de desigualdad social, la selección por mérito y/o esfuerzo y aptitudes no se disocia lo suficientemente del origen socio-económico y contexto del NNA. Por lo tanto, existe un serio riesgo de discriminación indirecta, especialmente, por esta razón prohibida.

Asimismo, el Proyecto de Ley que modifica las normas de admisión escolar para garantizar la libertad de enseñanza, vinculación de apoderados con los proyectos educativos, y entregar prioridad en la admisión a estudiantes bajo cuidado alternativo del SENAME y aquellos con necesidades educativas especiales permanentes, no responde cabalmente a los estándares internacionales en relación al derecho a la educación y el acceso a ella, porque no vincula las acciones afirmativas con la garantía de la calidad de la educación que estos estudiantes recibirán durante su trayectoria educativa. Además, la propuesta de aumentar el porcentaje de estudiantes prioritarios, en establecimientos que declaren una opción preferente por su educación, constituye un riesgo en el sentido de promover la existencia de escuelas de gueto, que favorecen la discriminación por condición social y económica. Cabe señalar que este proyecto no promueve una comprensión de la libertad de enseñanza de acuerdo a estos estándares.

Existe evidencia parcial, a partir de la implementación del Sistema de Admisión Escolar impulsado por la Ley de Inclusión de 2015, que

muestra que no se perjudica a grupos particulares, ni tampoco, en especial, al grupo que el proyecto Admisión Justa intentaría proteger. Además, la evidencia, recopilada hasta el momento, muestra una leve mejora en la composición socioeconómica de la población escolar, lo cual podría indicar que la Ley de Inclusión está avanzando en la dirección correcta, en términos de reducir la segregación. Sin embargo, la evidencia disponible se ha recolectado a partir de una implementación parcial, por lo tanto, resulta esencial dar el tiempo necesario para evaluar con seriedad la implementación de esta política, cuya relevancia es vital desde el punto de vista de los derechos de las niñas y niños más vulnerables de nuestra sociedad. Además, este primer paso se debería complementar con garantías estatales de no-discriminación respecto al acceso a una educación de calidad en colegios privados, ya que el Estado tiene obligaciones al respecto.

RECOMENDACIONES

Avanzar en la implementación de la Ley de Inclusión 20.845, que establece fin al lucro, al copago y la selección, pues avanza en el sentido de los estándares internacionales de derechos humanos en educación. En este contexto, resulta fundamental establecer mecanismos para ampliar el alcance de esta ley a la educación privada.

No presentar proyectos de ley que promuevan la discriminación por rendimiento académico, esfuerzo o mérito, aptitudes u otros criterios que, en el contexto social chileno, significarían discriminación indirecta. Tales medidas, sin las respectivas garantías, serían contrarias a los estándares internacionales en materia de derecho a la educación y obstaculizarían, además, una educación orientada al desarrollo de la dignidad humana y de las capacidades de todas y todos los estudiantes.

Ajustar actuales o futuras propuestas de políticas educativas a una comprensión correcta del significado y alcances de la libertad de enseñanza. En ningún caso, este derecho ha de ser entendido como la libertad de particulares o entidades de seleccionar estudiantes sin garantías explícitas y verificables contra la discriminación directa e indirecta, a menos que constituya una medida de acción afirmativa que cumpla cabalmente con el derecho internacional de los derechos humanos.

Asegurar el acceso a todos los establecimientos escolares, así como la provisión de recursos y apoyos en la trayectoria educativa, a estudiantes con necesidades educativas especiales permanentes, considerando la cercanía de los establecimientos a sus hogares. Asimismo, asegurar el acceso prioritario y la provisión de apoyos para el desarrollo de una trayectoria educativa exitosa a estudiantes que se encuentran bajo medidas de protección en el SENAME.

DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES: LA VIOLENCIA EN LÍNEA CONTRA LAS MUJERES¹

1 Capítulo elaborado por Gloria Maira Vargas, con la colaboración de las estudiantes Javiera Miranda Velásquez, Ayleen Valencia Cortes, Rocío Campos Otárola y Catalina Arancibia Torres.

SÍNTESIS

El capítulo revisa, de manera general, los principales eventos relativos a los derechos humanos de las mujeres, ocurridos en el periodo, y concentra la mirada en la violencia contra ellas que se expresa en todos los ámbitos públicos, privados y digitales. A propósito del caso Nido.org, se desarrollan los estándares de derechos humanos sobre la violencia *en línea* o la *ciberviolencia* contra las mujeres, y se examina la situación en el país a partir de la información disponible sobre el problema y la iniciativa estatal para atenderlo.

PALABRAS CLAVE: violencia contra las mujeres, violencia en línea contra las mujeres.

INTRODUCCIÓN

En el período de este *Informe*, la movilización y acción de las mujeres por el respeto y ejercicio de sus derechos se mantiene y se produce en todos los espacios públicos –en la política y en el mundo laboral, educacional y de la cultura, entre otros–; a través de organizaciones propias y otras sociales, gremiales, sindicales y políticas. La desigualdad y la discriminación de género son parte de la discusión pública, y se mantiene la demanda por respuestas del Estado y de la sociedad en su conjunto. Esta tendencia, que viene de años anteriores, persiste al punto de que, cada vez con mayor frecuencia, se habla de un cambio cultural o de que “Chile cambió”. La transformación tiene mucho que ver con la mayor conciencia de las mujeres respecto de sus derechos y con umbrales más bajos de tolerancia social ante las desigualdades.

Sin perjuicio de lo anterior, la vulneración de derechos humanos de las mujeres está lejos de resolverse. Este año es necesario abordar nuevamente la violencia en su contra pues, como se reseñará más adelante, el número de femicidios y de femicidios frustrados no merma, se han producido agresiones gravísimas contra mujeres lesbianas y trans, y se han conocido nuevos casos de violencia vía internet, con gran número de víctimas. En el capítulo se examina, específicamente, la ciber violencia o violencia *en línea*, como una manifestación de la violencia contra las mujeres; los estándares en derechos humanos desarrollados a nivel internacional y regional que la abordan, y la realidad nacional frente al problema. La revisión muestra que aún no existe respuesta adecuada de parte del Estado.

El capítulo comienza con una mirada al contexto, que informa sobre la situación de los derechos de las mujeres a partir de eventos centrales sucedidos entre julio de 2018 y junio de 2019. Luego, se aborda la ciber violencia contra las mujeres y se cierra el capítulo con conclusiones generales y recomendaciones.

1. CONTEXTO

Las mujeres constituyen hoy una actoría política y social –difusa y dispersa, pero latente– reconocida por los órganos del Estado, el gobierno, las fuerzas políticas y los movimientos sociales en general. Se ha mantenido durante el periodo la movilización feminista, particularmente expresada en las marchas del 25 de julio por el aborto libre y legal y del 25 de noviembre por una vida libre de violencia; y la conmemoración del día internacional de la mujer del año en curso que, el pasado 8 de marzo, convocó a cerca de un millón de personas a nivel nacional.²

La movilización de las mujeres y la expresión de una sociedad menos tolerante a la discriminación de género, conduce a que su situación se considere en las propuestas legislativas y de política públicas, particularmente en aquellos ámbitos donde la brecha de género se ha mantenido intocada. Este año, desde el gobierno, las iniciativas de reforma a los sistemas de salud previsual (ISAPRE) y de pensiones incorporan medidas para eliminar la discriminación en los planes de aseguramiento, en el primero, y reducir la brecha en el monto de las pensiones, en el segundo.³ Dado que estas iniciativas aún no se concretan, no es posible establecer si las medidas propuestas, efectivamente, avanzarán en la superación de desigualdades estructurales en estos ámbitos.

En el campo de la participación política, la Cámara de Diputados aprobó en general un proyecto de ley que establece un 50% paritario en las candidaturas a los cargos municipales y de gobernadores/as regionales, y sanciona el incumplimiento de este requisito con el rechazo a todas las candidaturas presentadas por el partido político o pacto.⁴ Los pronunciamientos favorables a la iniciativa de todos los sectores políticos debieran llevar a una aprobación de la ley, a tiempo para ser aplicada en las elecciones de 2020, promoviendo con ello la participación política de las mujeres y su mayor presencia en cargos electivos municipales.⁵

2 El Mostrador: “Desbordante movilización feminista concentra a varios cientos de miles de personas en Santiago y en regiones”, 8 de marzo de 2019; Biobío Chile: “Multitudinaria e histórica marcha por el Día de la Mujer en la capital: se replicó en todo el país”, 8 de marzo de 2019.

3 La reforma al sistema de ISAPRES aún no ha sido presentada al Parlamento. En materia de pensiones, Proyecto de ley que “Mejora pensiones del sistema de pensiones solidarias y del sistema de pensiones de capitalización individual, crea nuevos beneficios de pensión para la clase media y las mujeres, crea un subsidio y seguro de dependencia, e introduce modificaciones en los cuerpos legales que indica”, Boletín 12212-13.

4 Proyecto de ley que modifica las leyes 18.695 y 19.175 para establecer una cuota de género en las elecciones de gobernadores regionales, alcaldes y concejales. Boletín 11994-34. La iniciativa proviene de una moción parlamentaria presentada en agosto de 2018 por un grupo de diputadas de oposición.

5 Informe de la Comisión de mujeres y equidad de género recaído en el proyecto de ley que modifica las leyes 18.695 y 19.175, para establecer una cuota de género en las elecciones de gobernadores regionales, alcaldes y concejales, presentado en sala el 30 de mayo de 2019. <https://www.camara.cl/sala/verComunicacion.aspx?comuid=47496&formato=pdf>.

Sin embargo, las mayores sensibilidades y compromisos con los derechos de las mujeres no se producen en todos los campos. Constituye un ámbito de preocupación en la situación de los derechos humanos de las mujeres, durante el periodo analizado, las dificultades y obstáculos en la implementación de la Ley de interrupción voluntaria del embarazo en tres causales.⁶ Finalmente, y luego de una sentencia del Tribunal Constitucional⁷, en enero de 2019, el Ministerio de Salud promulgó el reglamento que regula la objeción de conciencia, dando concreción a una amplia excepción al cumplimiento del derecho y no a una potestad individual de aplicación excepcional y restringida.⁸

Los efectos de esta medida no se han hecho esperar: datos publicados, en junio de 2019, por el Ministerio de Salud muestran que uno de cada dos obstetras de hospitales públicos se declaró objetor en la causal violación sexual (50,5%), uno de cada cuatro en caso de inviabilidad fetal (28,6%) y uno de cada cinco en caso de riesgo vital (20,7%).⁹ Se constata un incremento del número de objetores en todas las causales y, particularmente, en violación, la cual varió en más de tres puntos (en 2018 eran un 47,2% los objetores por causal de violación). Respecto de la objeción de conciencia en la causal riesgo vital, la situación es alarmante, pues se verifica una regresión en la protección del derecho a la vida de las mujeres. En julio de 2019, la Mesa Acción por el Aborto en Chile (en adelante, la Mesa) dio a conocer los resultados de un monitoreo social a la implementación de la Ley de interrupción voluntaria del embarazo (IVE) en la red pública de atención, en siete territorios del país. Se constata en dicho monitoreo que “existen falencias en la atención a las mujeres que se convierten, para ellas, en obstáculos para la toma de decisión sobre sus embarazos y el acceso expedito a la interrupción, si esa es su opción”.¹⁰ La Mesa ha demandado respuesta a la autoridad sanitaria, la cual aún no se ha producido, y ha exigido conocer el estado de implementación a nivel nacional. De igual manera, se ha solicitado a la Comisión de la mujer y la equidad de género, en atención al rol fiscalizador que le compete a la Cámara de Diputados, requerir información al Ministerio de Salud a efectos de que se garantice

6 Para una relación completa de la ley aprobada, véase el *Informe* 2018.

7 Tribunal Constitucional, sentencia del 18 de enero de 2019, Rol 5572-18-CDS/5650-18-CDS (acumuladas).

8 Ministerio de Salud, Decreto N°67, Aprueba reglamento para ejercer objeción de conciencia según lo dispuesto en el artículo 119ter del Código Sanitario, del 29 de junio de 2018, publicado en el Diario Oficial el 23 de octubre de 2018.

9 <https://www.minsal.cl/funcionarios-objetores-de-conciencia-por-servicio-de-salud/>.

10 Mesa Acción por el Aborto en Chile y Fondo Alquimia, *Informe de monitoreo social a la implementación de la ley de interrupción del embarazo en tres causales*, julio de 2019. La Mesa está conformada por un conjunto de organizaciones feministas, de derechos humanos y de salud y activistas y defensoras de los derechos de las mujeres, que se articulan con el objetivo de lograr el reconocimiento del derecho al aborto en Chile.

a las mujeres el acceso a una prestación de salud –la interrupción del embarazo en tres causales– que ha sido reconocida por ley.

Si bien la transformación social y cultural en favor de la igualdad de derechos y la no discriminación pareciera asentarse y avizorar una mejor vida para las mujeres, en toda su diversidad, desde una vereda contraria actúan en el escenario fuerzas conservadoras y fundamentalistas que buscan mantener *el orden natural de las cosas dado por Dios y la biología*.¹¹ Son actores que levantan discursos en contra de “la ideología de género”, consigna que tergiversa los fines de la igualdad y del reconocimiento de lo plural y lo diverso. Los grupos anti género y anti derechos actúan en Chile, y en toda la región; tienen expresión en los espacios institucionales y en organizaciones políticas y sociales,¹² y en agrupaciones cuyo discurso y prácticas exacerban la inseguridad, el temor y el prejuicio sobre lo diferente y diverso de los cuerpos y las afectividades, los proyectos de vida y las culturas.¹³ Los órganos de protección de los derechos humanos en el sistema interamericano y en el universal han advertido sobre el impacto de esa clase de discursos y acciones en la vulneración los derechos humanos y, en particular, de las mujeres y las personas LGBTTIQ.¹⁴ Para la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM) y el Comité de seguimiento de la Convención de

- 11 Sara Garbagnoli, “Contra la herejía de la inmanencia: el ‘género’ según el Vaticano como nuevo recurso retórico contra la desnaturalización del orden sexual”, Sara Bracke y David Paternotte (ed.) *¡Habemus Género! La Iglesia Católica e Ideología de Género*, ABIA - Asociación Brasileña Interdisciplinar de SIDA y SPW - Observatorio de Sexualidad y Política, 2018. La autora explica el cambio del discurso vaticano respecto de *la lex naturalis*: “Según la opinión de Ratzinger, la ley natural concierne a la naturaleza de la persona humana como tal y su fundamento es la complementariedad entre los hombres y las mujeres, la cual se convierte en sinónimo de “humanidad” en el discurso del Vaticano. Desde este punto de vista, la producción de hombres y mujeres como dos grupos naturales diferentes y complementarios está determinada tanto por la antropología como por la biología y por lo tanto el Vaticano simultáneamente toma elementos de la teología y la biología para reafirmar la naturaleza trascendente del orden sexual”, (p. 55). Disponible en: <https://sxpolitics.org/GPAL/uploads/ebook-2018-17122018.pdf>.
- 12 Recientemente, entró en proceso de constitución legal el Partido Republicano, liderado por José Antonio Kast, que entre sus principios declara ser defensor de la vida desde la concepción hasta la muerte natural y de la familia constituida en matrimonio entre un hombre y una mujer. En el Parlamento, esta visión es defendida por la banca evangélica –todos parlamentarios de RN– y representantes de la Unión Democrática Independiente, UDI, principalmente. En lo social, se expresan a través de campañas como “Con mis hijos no te metas” (www.conmishijosnotemetas.cl/) y organizaciones como Padres Objetores Chile (<https://padresobjetoreschile.wordpress.com/>).
- 13 Movimiento Social Patriótico se define como un movimiento patriota y nacionalista, que busca exaltar y conservar los valores chilenos, protectores de la vida desde la concepción y hasta la muerte natural, antimarxista y anticapitalista, ambientalistas y opuestos a la “dictadura gay”, entre otras definiciones. Véase <https://www.movimientosocialpatriota.cl/nosotros.html>.
- 14 La sigla apela a personas lesbianas, gay, bisexuales, transgénero, transexual, intersexual o queer.

Belém do Pará,¹⁵ “los ataques a la igualdad de derechos de las mujeres debilitan los Estados democráticos y muy especialmente a uno de sus componentes fundamentales, la laicidad del Estado moderno, que garantiza la libertad de cultos y la no confesionalidad de la institucionalidad pública”.¹⁶

Expresión dolorosa de esos ataques son los actos de violencia contra las mujeres lesbianas y trans que se registran en el periodo, y que se enlazan con otros, de años anteriores, que no han tenido respuesta en reparación y justicia desde el Estado.¹⁷ En febrero de 2019, se produjo la agresión contra Catalina Torres, joven lesbiana *camiona*.¹⁸ Ella y su pareja fueron víctimas de un ataque lesbofóbico mientras caminaban por la calle.¹⁹ Carolina Torres fue gravemente golpeada, por su expresión de género y orientación sexual, y la agresión ha dejado en ella secuelas permanentes.²⁰ El hecho no parece ser una situación aislada. Un estudio exploratorio sobre la situación de las mujeres lesbianas en el país mostró que la calle es el espacio donde se produce mayor discriminación y acoso (75,2% de las entrevistadas así lo señala).²¹ También, se advierte una gran deuda con el derecho a justicia, como se constata con los asesinatos de Mónica Briones en 1984, María Pía Castro, en 2008, y Nicole Saavedra en 2016, que no se han esclarecido y se mantienen en la impunidad. En el periodo de este *Informe* también se reportan al menos 15 agresiones transfóbicas,²² así como actos de violencia institucional de parte de Carabineros y Gendarmería, parlamentarios y alcaldes, en el espacio educativo y por parte de autoridades de la iglesia.²³

15 Comité de Expertas del mecanismo de seguimiento de la Convención de Belém do Pará, MESECVI.

16 Comisión Interamericana de Mujeres, Lineamientos interamericanos por la igualdad de género como bien de la humanidad (proyecto), OEA/Ser.L/II.5, CIM/CD/doc.10/17, 28 de agosto de 2017.

17 Entre otra documentación pertinente véase: María Belén Saavedra y Constanza Valdés, “Derechos humanos de las personas LGTBI en Chile: desafíos pendientes”, en Tomás Vial (ed.), *Informe 2018*, Santiago, Universidad Diego Portales, 2018, pp. 211-232.

18 *Camiona* hace referencia a una identidad lesbiana de abierto desafío a la norma de la feminidad.

19 Véase El Desconcierto: “Ser camiona en Chile. El orgullo de las mujeres no disponibles para los hombres”. 8 de marzo de 2019. “La palabra “camiona” deriva de “camionera”. Durante un tiempo fue un término utilizado para insultar a las lesbianas que tenían un aspecto más masculino, pero desde hace unos años son ellas mismas quienes han adoptado esta palabra para identificarse.” BBC.com: “La Zona Roja: la región de Chile en la que las lesbianas viven con miedo a ser asesinadas”. 24 de junio de 2019.

20 El Desconcierto: “Sobrevivir a un ataque lesbofóbico: la historia de Carolina Torres”. 6 de marzo de 2019.

21 Agrupación Lésbica Rompiendo El Silencio, *Ser LesBlana* en Chile 2018, estudio exploratorio, 2018.

22 El Desconcierto: “Amplíemos el horizonte: Por un 17M en contra de la violencia integral de la comunidad LGBTI”. 17 de mayo de 2019.

23 Red Lactrans y Sindicato de trabajadoras sexuales trans-Amanda Jofré, *Basta de genocidio trans*, Informe 2018, Chile; y Agrupación Lésbica Rompiendo El Silencio, *Ser LesBlana* en Chile 2018, op. cit.

La violencia contra mujeres lesbianas y trans²⁴ no ha sido abordada en la legislación ni en políticas públicas para prevenirla y erradicarla. A raíz del caso de Catalina Torres, el gobierno se comprometió a trabajar en una modificación de la ley antidiscriminación, conocida como Ley Zamudio (ver capítulo de Tomás Vial sobre Derechos de LGTTBI+ en este *Informe*). De hecho, la medida forma parte del programa de gobierno del presidente Piñera y pretende otorgar mayores herramientas para prevenir y sancionar la discriminación y la violencia por razones de identidad de género.²⁵ Por su parte, el Ministerio Público anunció la puesta en marcha de un observatorio sobre la violencia en contra de personas LGBTI, con el propósito de “registrar los delitos motivados por la identidad o expresión de género de las víctimas y así poder mejorar el proceso de investigación en este tipo de ilícitos”.²⁶ Será necesario dar seguimiento a estas iniciativas del gobierno y del Ministerio Público a fin de establecer posibles avances en la prevención y sanción de estas formas de violencia.

En el periodo que abarca este capítulo, la movilización de las mujeres, en sus distintas formas colectivas y *ámbitos de organización*, está muy ligada a la demanda de una vida libre de violencia. A la agresión y asesinato de lesbianas y trans antes referida, se agrega el acoso sexual en la calle, en el espacio educativo y el mundo laboral; el femicidio, la violencia sexual contra niñas, adolescentes y jóvenes, y la violencia en línea contra la diversidad de las mujeres, entre otras manifestaciones de violencia que se busca erradicar. En el ámbito legislativo, en mayo de este año, se promulgó la Ley 21.153 que tipifica el delito de acoso sexual en espacios públicos,²⁷ y han continuado en trámite otras propuestas de ley: el proyecto sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia (Boletín 11.077-07) pasó a segundo trámite constitucional, y también en el Senado se discute una reforma al delito de femicidio para incluir no solo al cónyuge o conviviente, sino también a la persona

24 Se pone aquí el acento en mujeres lesbianas y trans. En otro capítulo de este *Informe*, el profesor Tomás Vial aborda la violencia contra esta población LGTTIQ+, en general.

25 No se profundizará aquí en el análisis de esta reforma legal. Sin perjuicio de ello, en la administración de justicia de los actos de violencia contra personas LGTTIQ podría ser aplicable la agravante 18° del art. 12 del Código Penal, “Ejecutar el hecho con ofensa o desprecio del respeto que por la dignidad, autoridad, edad o sexo mereciere el ofendido, o en su morada, cuando él no haya provocado el suceso”, aunque no se señale orientación o identidad de género.

26 Fiscalía de Chile: “Fiscalía de Chile lanza Observatorio de Violencia contra personas LGTTIQ+”. 17 de mayo de 2019.

27 La ley señala que comete acoso sexual el que realiza un acto de significación sexual capaz de provocar una situación objetivamente intimidatoria, hostil o humillante a la víctima, en lugares públicos o de libre acceso público, y sin mediar el consentimiento de la persona afectada. Incluye actos de significación sexual de carácter verbal o ejecutados por medio de gestos, y conductas consistentes en acercamientos o persecuciones, o actos de exhibicionismo obsceno o de contenido sexual explícito.

con que se hubiera tenido una relación afectiva habiendo o no existido convivencia (Ley Gabriela, Boletín 11.970-34).²⁸

Los datos disponibles sobre la violencia contra la diversidad de las mujeres muestran que la acción del Estado –legislativa, de justicia y de política pública– no ha tenido impacto significativo sobre la prevalencia del problema. En una revisión de datos oficiales y de sus propios registros, la Red Chilena contra la Violencia hacia las Mujeres constata que el número de femicidios y de femicidios frustrados, ocurridos en esta década, no ha bajado sustancialmente.²⁹ En 2009, la Red registró 55 femicidios; en 2018 fueron 57 (es importante hacer notar que 7 de ellas eran migrantes). En 2011, el primer registro de femicidio frustrado reportó 87 casos y en 2018 se contabilizaron 121. El incremento no necesariamente significa *mayor número de casos pues, entre otras razones, puede ser atribuible a que hoy la formalización es por femicidio frustrado y no por lesiones*, como se acostumbraba anteriormente. Sin perjuicio de lo anterior, es posible afirmar que el número de casos conocidos se ha mantenido en parámetros similares en estos años.

Situación similar ocurre con la violencia sexual: los casos reportados a Carabineros y la Policía de Investigaciones (PDI) de violaciones, abusos sexuales y otros delitos sexuales –entre 2009 y 2018– se mantienen en el rango de 13.000 a 15.000 anuales. En 2018 se reportaron 15.533; como todos los años, cerca del 90% de las víctimas fueron mujeres y más de 95% de los agresores fueron hombres.³⁰ Para la Red, el Estado chileno “es uno de los mayores productores y reproductores de la violencia patriarcal a través de todas sus instituciones y aparatos. La negligencia y desidia con la que se investigan los crímenes contra mujeres, la continua fragmentación de la violencia machista a través de leyes parciales que impiden reconocer el continuo de violencia al cual estamos expuestas las mujeres durante la vida y los nulos recursos que se destinan a prevenir crímenes como los femicidios, agresiones sexuales y violencia intrafamiliar, son sólo algunas de las situaciones que lo grafican.”³¹

En el periodo de este *Informe*, el caso nido.org volvió a hacer visible la violencia *en línea* (internet) contra las mujeres y la ausencia de respuesta efectiva: en una plataforma digital chilena, con más de 10 mil usuarios, se difundía material audiovisual de violencia sexual explícita, asesinato y secuestro, pornografía infantil, datos sensibles (residencia, celular), amenazas y discursos de odio y sexismo hacia niñas y mujeres

28 El proyecto se motiva en el femicidio de Gabriela Alcaino de 17 años y su madre a manos de Fabián Cáceres, pololo de la adolescente.

29 Red Chilena contra la Violencia hacia las Mujeres, *Dossier Informativo 2018 – 2019: violencia contra las mujeres en Chile*.

30 *Ibíd.*, pp. 5 y 9.

31 *Ibíd.*, p. 2.

jóvenes y adultas. El caso fue conocido por la opinión pública en febrero de 2019. De acuerdo con información de prensa, la brigada del Cibercrimen de la PDI recibió, ese mes, más de 100 denuncias; por su parte, a la red de abogadas feministas (ABOFEM) y AML Defensa de Mujeres llegaron cerca de 400. Los datos preliminares mostraron que las edades de las víctimas oscilaban, mayoritariamente, entre los 14 y 30 años.³² El presidente Piñera anunció al país la presentación de un proyecto de ley que crea, específicamente, la figura de delito de acoso cibernético, y así se enuncia en la Agenda Mujer, “sancionando toda forma de hostigamiento a través de medios electrónicos”.³³ En este capítulo se revisa en profundidad la violencia en línea como una manifestación de la violencia contra las mujeres, la información disponible sobre el problema en Chile, y la legislación y políticas existentes desde la perspectiva de los estándares de derechos humanos.

2. CIBER VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES

Los órganos de protección de los derechos humanos regionales y del sistema universal, así como las organizaciones y redes feministas,³⁴ destacan la importancia de internet en la visibilización de las demandas en torno a la igualdad y la no discriminación,³⁵ y la denuncia y alerta frente a las vulneraciones de los derechos humanos.³⁶ También advierten que en el espacio digital o virtual se producen manifestaciones específicas de violencia de género.

El Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer reconoce que la violencia por razón de género contra la mujer se produce en todos los espacios y esferas de la interacción humana, ya sean públicos o privados, “y en la redefinición de lo público y lo privado a través de entornos tecnológicos, como las formas contemporáneas de

32 Radiouchile: “Fundación Datos Protegidos por caso Nido.org: ‘Esto excede lo que una ley pueda prever’”, 1 de marzo de 2019; Theclinic.cl: “Caso Nido.org: acoso virtual que permanece en la impunidad”, 13 marzo 2019.

33 <https://www.gob.cl/agendamujer>. El proyecto aún no ha sido presentado a trámite al Congreso Nacional.

34 Entre otros espacios, véase <https://www.apc.org>; <https://www.genderit.org>; <http://www.mujeresenred.net>; www.rebellion.org; <https://dominemoslatecnologia.org>.

35 Esta definición también está contenida en los Objetivos de Desarrollo Sostenible. El quinto establece los objetivos de lograr la igualdad de género y empoderar a todas las mujeres y las niñas, entre otras cosas, mediante la eliminación de todas las formas de violencia contra todas las mujeres y las niñas en los ámbitos público y privado (meta 5.2) y aumentar la utilización de tecnologías instrumentales, en particular las TIC, para promover el empoderamiento de la mujer (meta 5.9).

36 Existen casos paradigmáticos como el movimiento #niunamenos o #metoo.

violencia que se producen en línea y en otros entornos digitales”³⁷. Dicho de otro modo, en el espacio virtual la violencia machista también se expresa.

La preocupación por la ciberviolencia contra las mujeres en los sistemas de derechos humanos se instala con fuerza en esta década y aún no existe una costumbre asentada sobre cómo nombrarla.³⁸ En la literatura revisada se utilizan violencia *en línea*, violencia digital, ciberviolencia y violencia facilitada por las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC), entre otras acepciones. La Relatora Especial sobre la violencia contra las mujeres (en adelante, la Relatora) define la ciberviolencia o la violencia *en línea* contra la mujer como “todo acto de violencia por razón de género contra la mujer cometido, con la asistencia, en parte o en su totalidad, del uso de las TIC, o agravado por este, como los teléfonos móviles y los teléfonos inteligentes, Internet, plataformas de medios sociales o correo electrónico, dirigida contra una mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada”.³⁹

La Relatora en su informe advierte que la vulnerabilidad a la violencia *en línea* y la gravedad de sus consecuencias se acrecientan ante formas interseccionales de discriminación por factores como la raza, el origen étnico, la orientación sexual, la identidad y expresión de género, la capacidad, la edad, la clase social y la cultura. Agrega que las defensoras de los derechos humanos y las mujeres que participan en actividades políticas (parlamentarias, periodistas, blogueras), así como las lesbianas, bisexuales y transgénero, entre otras, son especial objeto de violencia *en línea* o facilitada por las TIC. Este tipo de violencia conduce a la autocensura y “es un ataque directo contra la visibilidad de las mujeres y su plena participación en la vida pública”.⁴⁰

La producción de información y registros es reciente, y las investigaciones son escasas. Sin embargo, la evidencia disponible indica que la violencia en línea se ha convertido en una pandemia, y que las mujeres y las niñas son particularmente afectadas. La Comisión de Naciones

37 Recomendación general núm. 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general núm. 19, CEDAW/C/GC/35, del julio de 2017, párr. 20. El Comité sobre este punto hace referencia al informe del secretario general titulado: “Estudio a fondo sobre todas las formas de violencia contra la mujer” (A/61/122/Add.1 y Corr.1).

38 La violencia en línea por razón de género se abordó por primera vez en 2006 en el estudio a fondo del secretario general sobre todas las formas de violencia contra la mujer (A/61/122/Add.1 y Corr.1).

39 Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sobre violencia en línea contra las mujeres, presentando ante el Consejo de Derechos Humanos, el 18 de junio de 2018, A/HRC/38/47, párr. 23.

40 *Ibíd.*, párr. 28. La Relatora hace referencia al informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos sobre la promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en Internet: *Medios de cerrar la brecha digital entre los géneros desde una perspectiva de derechos humanos*, A/HRC/35/9, mayo 2017.

Unidas para la Banda Ancha –ligada a la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, ODS– a partir de una investigación realizada en más de 80 países, concluyó que el 73% de las mujeres en la red ya se ha visto expuesta o ha experimentado algún tipo de violencia *online*; las jóvenes entre 18 y 24 años presentan un gran riesgo de ser objeto de persecución y acoso sexual, además de amenazas físicas; una de cada cinco usuarias de Internet vive en países donde es muy poco probable que se castigue el acoso y abuso de las mujeres en línea; en muchos países las mujeres prefieren no denunciar su victimización por miedo a las repercusiones sociales.⁴¹

Un mapeo a nivel mundial realizado por la *Association for Progressive Communications* (APC), entre 2012 y 2014, muestra que las mayores prevalencias de este tipo de violencia en las mujeres se constatan entre quienes enfrentan una relación íntima con una pareja que resulta violenta, en sobrevivientes de violencia física o sexual, y en mujeres con perfil público como periodistas, investigadoras, defensoras, activistas y artistas.⁴²

En una encuesta sobre violencia de género aplicada a los países de la Unión Europea, el 11% de las entrevistadas declara haber sido objeto de alguna forma de ciberacoso sexual –a partir de los 15 años de edad y en los 12 meses antes de la entrevista–, incluidos correos electrónicos o SMS sexualmente explícitos e indeseados, que fueron ofensivos.⁴³ La evidencia disponible en la Unión Europea y Estados Unidos indica que las mujeres son objeto de ciertas formas de ciber violencia en mayor proporción que los hombres; en particular, la probabilidad de ser víctimas de acoso sexual *en línea* y de ciber hostigamiento es significativamente superior.⁴⁴

Un reporte de la situación de América Latina sobre la violencia de género ejercida por medios electrónicos, realizado por varias organizaciones especializadas de la región, confirma que se trata de “un problema real que afecta de manera particular a nuestro continente, lamentablemente azotado en diversas dimensiones por culturas machistas”, y

41 Comisión de las Naciones Unidas para la Banda Ancha, *Combatir la violencia en línea contra las mujeres y las niñas: Una llamada de atención al mundo*, 2015. En: <https://www.broadbandcommission.org/Documents/reports/bb-wg-gender-discussionpaper2015-executive-summary.pdf>.

42 APC PDM, *Mapping Technology-Based Violence Against Women. Take Back the Tech! Top 8 Findings*, marzo de 2015. Disponible en: <https://www.apc.org/es/pubs/infograf%C3%ADa-mapeo-de-violencia-contra-las-mujeres-relacionada-con-la-tecnolog%C3%ADa-%C2%A1dominemos-la>.

43 FRA–Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *Violencia de género contra las mujeres: una encuesta a escala de la UE*, 2012. La encuesta se aplicó a 42.000 mujeres en 28 Estados miembro de la UE. Disponible en: <http://fra.europa.eu/en/vaw-survey-results>.

44 Instituto Europeo de Igualdad de Género, *La ciberviolencia contra mujeres y niñas*, EIGE, 2017. En: <https://eige.europa.eu>.

que el acoso *en línea* es uno de los más comunes y masivos en la red.⁴⁵ En igual sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos advierte que el ciberacoso es una forma de violencia en expansión y que afecta mayormente a las mujeres.⁴⁶ El seguimiento en sus actividades de manera sistemática crea en las mujeres la sensación de ser vigiladas, percepción que se acrecienta cuando existe una relación de asimetría respecto de quien sigue o emite mensajes en las redes sociales.

La Relatora Especial informa que las tecnologías de la información y las comunicaciones TIC se utilizan para hacer amenazas digitales, incitar a la violencia de género, a la violencia física y/o sexual, a la violación y al asesinato, o alentar a otros a infligir daños físicos a mujeres.⁴⁷ Entre las formas, que se pueden identificar hoy, de violencia *en línea* hacia la diversidad de las mujeres, están las siguientes:

- *Ciber hostigamiento*, entendiendo incidentes reiterados, que podrían constituirse como inocuos en caso de presentarse de manera puntual, pero que al ocurrir de manera repetitiva constituyen una amenaza para la víctima. Se comete a través de los canales comunicativos de internet, como redes sociales, correo electrónico, mensajes de texto (o en línea), o plataformas de la red. Entre sus formas están los mensajes ofensivos o amenazadores, la publicación de comentarios ofensivos en internet sobre la persona en cuestión, y la difusión de fotografías o vídeos íntimos o de connotación sexual ligados a la víctima a través de internet, teléfono móvil o redes sociales.⁴⁸
- *Ciber acoso*, puede adoptar formas como mensajes *en línea* con contenido ofensivo o amenazador, o sexualmente explícitos y no deseados; insinuaciones inapropiadas u ofensivas en redes sociales; amenazas de violencia física o sexual proferidas por correo electrónico o mensajes de texto (o en línea); incitación al

45 ADC: Asociación por los Derechos Civiles, Argentina (adcdigital.org.ar), Coding Rights, Brasil (codingrights.org); Derechos Digitales, América Latina (derechosdigitales.org); Hiperderecho, Perú (hiperderecho.org); Fundación Karisma, Colombia (karisma.org.co); InternetLab, Brasil (internetlab.org.br); IPANDETEC, Panamá (ipandetec.org); R3D: Red en Defensa de los Derechos Digitales, México (r3d.mx); TEDIC, Paraguay (tedic.org); *Reporte de la situación de América Latina sobre la violencia de género ejercida por medios electrónicos*, Paz Peña Ochoa (editora), noviembre de 2017, pp. 3 y 8. Disponible en: <https://www.genderit.org>.

46 Comisión Interamericana de Derechos Humanos y Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, *Mujeres periodistas y libertad de expresión, discriminación y violencia basada en el género contra las mujeres periodistas por el ejercicio de su profesión*, OEA/SER.L/V/II, CIDH/RELE/INF.20/18, 31 de octubre de 2018.

47 Informe de la Relatora Especial, op. cit., párr. 31.

48 Instituto Europeo de Igualdad de Género, *La ciberviolencia contra mujeres y niñas*, op. cit., p. 2.

odio, entendida como el uso de un lenguaje que denigre, insulte, amenace o ataque a una determinada persona a causa de su identidad (género) y otras características (como su orientación sexual o discapacidad).⁴⁹

El Comité de la CEDAW advierte que “Si bien el ciberacoso afecta tanto a niños como a niñas, las investigaciones demuestran que las probabilidades de que las niñas, en particular las adolescentes, lo sufran o lo perpetren prácticamente duplican las de los niños. La victimización en línea de las adolescentes adopta formas tan diversas como insultos, rumores, amenazas, divulgación de información confidencial, imágenes y vídeos, porno venganza, acoso sexual e insinuaciones sexuales, muchas veces por parte de extraños”.⁵⁰

- *Sextorsión*, se refiere al uso de las TIC para extorsionar a una víctima,⁵¹ con material audiovisual de sí misma de connotación sexual, que habitualmente ha sido recopilado consentidamente y que busca obtener favores sexuales.⁵²
- *Pornografía no consentida*, comúnmente reconocida como “venganza pornográfica” o, más correctamente, la difusión/distribución no consentida de imágenes íntimas.⁵³ Implica la distribución *en línea* de fotografías o vídeos sexualmente explícitos sin el consentimiento de la persona que aparece en las imágenes. El autor suele ser una expareja, pero también las imágenes pueden haber sido obtenidas a través de la intrusión fraudulenta en el computador, teléfono u otro dispositivo de la víctima. Los fines que puede tener el perpetrador son múltiples, pudiendo estar ligados a meros objetivos de difusión del material, de perjudicar a la víctima en alguno de los ámbitos en los que desarrolla sus actividades diarias o incluso obtener retribuciones económicas a

49 Ibid.

50 CEDAW, Recomendación general núm. 36 (2017) sobre el derecho de las niñas y las mujeres a la educación, CEDAW/C/GC/36, noviembre de 2017.

51 Informe de la Relatora Especial, op. cit., párr. 35.

52 Martha Paz, “Una mirada comparada para un problema ancestral. Sextorsión. Más allá de la extorsión sexual”, Revista de Derechos Humanos y Humanitario, Número 2, noviembre de 2018.

53 Genderit: “Sophie Maddocks, ‘Mi vida no es tu peli porno’: 5 razones para no usar el término ‘pornovenganza’”, 24 de mayo de 2019. Informa la autora que “la expresión ‘pornovenganza’ es universalmente rechazada entre activistas e investigadores/as, que la consideran equívoca”; aclara que la conducta no es motivada por la venganza, no se trata de pornografía, no es un entretenimiento, no es un nuevo tipo de agresión, y no es simple pues “la expresión ‘pornovenganza’ simplifica algo que, en realidad, es un complejo arsenal de daños”. Disponible en: www.genderit.org.

cambio.⁵⁴ El material puede haberse registrado con el consentimiento de la persona que allí aparece, o se pudo haber grabado en contra de su voluntad (como en casos de abusos sexuales o violaciones filmadas por sus perpetradores) o con el desconocimiento de la víctima de que estaba siendo videograbada o fotografiada.

- “*Doxing*” o “*doxéo*”, consiste en la investigación y publicación en la red de la información privada o personal de una persona o de los/las integrantes de una organización. Los métodos para obtener esta información son variados, y van desde plataformas de utilidad pública, obtención de información que las mismas víctimas han publicado a través de sus redes sociales, hasta métodos más sofisticados como prácticas ligadas al “hacking”. Señala la Relatora que “incluye situaciones en que la información y los datos personales obtenidos por el autor del abuso se hacen públicos con intención dolosa, en una clara violación del derecho a la intimidad”.⁵⁵

El reporte de la región de América Latina sobre la violencia de género ejercida por medios electrónicos, informa que, en esta materia, son comunes: la difusión de “pornografía no consentida” –hecha por personas conocidas o no–; el *doxing*, la suplantación de identidad en redes sociales –hecha comúnmente a través de perfiles falsos– con el fin de difamación; el ciberacoso con violencia verbal, el ciberacoso sexual y el fotomontaje.⁵⁶ También advierte sobre ataques coordinados contra mujeres de relevancia pública,⁵⁷ y un número creciente de ataques a activistas feministas. El informe ejemplifica con las situaciones que se han producido en Brasil,⁵⁸ sin perjuicio de lo cual es una realidad preocupante, y documentada, en gran parte de los países de la región.

Lamentablemente, aún escasean estudios e información sobre el tema, lo cual dificulta la visibilización del problema, de su impacto en la vida de las mujeres y de las personas LGBTTIQ, y de su afectación a la convivencia democrática y a los derechos humanos.

54 Instituto Europeo de Igualdad de Género, *La ciberviolencia contra mujeres y niñas*, op. cit., p. 3.

55 Informe de la Relatora Especial, op. cit., párr. 36.

56 ADC y otros, Reporte de la situación de América Latina, op. cit., p. 11.

57 *Ibíd.* Se hace referencia en particular al caso de acoso múltiple a una senadora mexicana que dio lugar a los *hashtags* de violencia de género #MujerGolpeadaEsMujerFeliz o #GolpearMujerEsFelicidad.

58 *Ibíd.*, p. 12.

3. ESTÁNDARES DE DERECHOS HUMANOS SOBRE CIBER VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES

Para el sistema de protección de los derechos humanos, la violencia *en línea* contra las mujeres es una manifestación más de la violencia de género y, por tanto, se aplican allí las normas de derechos humanos y los estándares requeridos a los Estados para prevenirla, sancionarla y erradicarla. La Relatora Especial lo expresa de manera contundente: “Todas las formas de violencia de género en línea se utilizan para controlar y atacar a las mujeres y mantener y reforzar las normas, los papeles y las estructuras patriarcales, y una relación de poder desigual. Esto es especialmente evidente en casos de violencia, amenazas y hostigamiento como consecuencia de discursos o expresiones relacionados con la igualdad de género y el feminismo, o de agresiones a defensores de los derechos de la mujer a causa de su labor”.⁵⁹ Advierte en su informe que el rápido desarrollo de la tecnología y los espacios digitales “dará lugar a diferentes y nuevas manifestaciones de violencia en línea contra las mujeres. [A] medida que los espacios digitales se transforman y se desarrollan, también lo hará la aplicación e implementación de las normas de derechos humanos en estas áreas”.⁶⁰

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por su parte, acoge lo señalado por la Relatora y el Comité de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación a la Mujer (CEDAW) respecto de la violencia *en línea*, así como lo expresado por organizaciones de la sociedad civil de la región en el sentido que “... ‘la violencia por medios electrónicos no es algo nuevo ni único a las plataformas’ sino una manifestación más de los patrones de violencia y discriminación basada en género que se registran en la región. De esta manera, la violencia en línea ‘es una extensión de una situación estructural de violencia sistemática perpetrada por parejas, exparejas, allegados, desconocidos e incluso las instituciones gubernamentales y otros actores relevantes’. Al mismo tiempo, la violencia en línea se traduce en y retroalimenta diversas formas de violencia de género en espacios no virtuales”.⁶¹

La violencia en línea contra las mujeres tiene particularidades que otorga el medio, como el hecho de que se puede cometer a distancia, indica la Relatora Especial, “sin contacto físico y que va más allá de las fronteras mediante el uso de perfiles anónimos para intensificar el daño

59 Informe de la Relatora Especial, op. cit., párr. 30.

60 Ibid., párr. 24.

61 Comisión interamericana de derechos humanos y relatoría especial para la libertad de expresión, *Mujeres periodistas y libertad de expresión discriminación y violencia basada en el género contra las mujeres periodistas por el ejercicio de su profesión*, OEA/SER.L/V/II, CIDH/RELE/INF.20/18, 31 de octubre de 2018, párr. 48.

a las víctimas”. Las mujeres, así como las personas LGBTI, tienen una mayor probabilidad de ser blanco de determinadas formas de abuso por medios digitales.

En el caso de la región latinoamericana, en el informe sobre la violencia de género ejercida por medios electrónicos, antes referido, se indica que los comportamientos como el sexismo y la lesbo y transfobias, entre otros, se traspasan al mundo digital, donde se pueden amplificar dadas las características de instantaneidad, la replicabilidad de las comunicaciones y el anonimato que permite internet.⁶²

Los estándares de derechos humanos en materia de violencia contra las mujeres han sido tratados en los Informes de la UDP, desde el 2007 en adelante. En ellos se han abordado distintas manifestaciones del problema y desarrollado los estándares de respeto y garantía de los derechos y libertades consagrados internacionalmente, que debieran sustentar las acciones de prevención, atención, justicia y reparación. La violencia contra las mujeres vulnera múltiples derechos, entre estos: a la vida y la integridad, a no ser sometida a torturas o a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; a la libertad y seguridad personales, a la igualdad, a la justicia, y a la salud.⁶³

Además de los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que contienen los derechos antes mencionados —y especialmente la CEDAW—, la región cuenta con la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belém do Pará), que entiende por tal cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte,

62 ADC y otros, Reporte de la situación de América Latina, op. cit., p. 4.

63 “Violencia contra las mujeres y derechos humanos”, en Jorge Contesse (ed.); *Informe* 2009, Santiago, Universidad Diego Portales, 2009, pp. 171-214; Lidia Casa y Macarena Castañeda, “Violencia en contra de la mujer en sus relaciones de pareja. diligencia debida: femicidio, archivo provisional y decisión de no perseverar en los casos de lesiones por violencia intrafamiliar”, en Tomás Vial (ed.) *Informe* 2018, Santiago, Universidad Diego Portales, 2018, pp. 407-482. En nota al pie se especifican los instrumentos de derechos humanos comprometidos y los artículos que hacen referencia a los derechos enunciados. Vida: artículos 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 4.1 y 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 4.a y 4.b de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención Belém do Pará) y 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Libertad: artículos 1, 3 y 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 4.c de la Convención Belém do Pará y 9 y 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Salud: Artículos 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 11.1.f y 12.1 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Privacidad: artículos 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Justicia: artículos 8, 10 y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 4.g y 7.b de la Convención Belém do Pará y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado (artículo 3). La Relatora Especial en su informe subraya que “el principio de que los derechos humanos y los derechos de la mujer deben ser protegidos tanto por los medios tradicionales como en línea debe formar parte integral del derecho a una vida libre de nuevas formas de violencia en línea y facilitada por las TIC contra la mujer, respetando al mismo tiempo el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la privacidad y la protección de los datos”.⁶⁴

La Convención establece las obligaciones del Estado y las medidas legislativas, judiciales y administrativas necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, y proteger, atender y reparar a las afectadas. Se exige del Estado acciones sustantivas y permanentes que aborden las causas y consecuencias de esta grave violación de los derechos humanos de las mujeres. En la jurisprudencia del sistema interamericano, las medidas apropiadas y estrategias comprensivas para eliminarla incluyen “medidas legislativas para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer; la capacidad de las autoridades encargadas de recibir las denuncias de personas desaparecidas de entender la gravedad del fenómeno de la violencia perpetrada contra ellas y de actuar de inmediato, procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, lo que comprende medidas de protección, el acceso efectivo a la justicia y mecanismos de reparación adecuados”.⁶⁵ El Estado debe actuar con la debida diligencia –junto con adoptar normas, investigar y castigar las violencias– pues “un elemento central para la protección y defensa de los derechos humanos es un sistema judicial de fácil acceso y pronta respuesta a las víctimas”.⁶⁶

Los sistemas de protección de los derechos humanos, internacional y regional, otorgan especial atención a los aspectos culturales que sustentan la violencia contra las mujeres. La Convención indica que “El derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros: a. el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación, y b. el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en

64 Informe de la Relatora Especial, op. cit., párr. 89.

65 Alma Beltrán, “Derechos de las Mujeres”, en Jorge Contesse (ed.), Informe 2011, Santiago, Universidad Diego Portales, 2011, p. 177. En nota al pie se especifica que la CIDH ha encontrado responsabilidad internacional bajo los artículos 7 y 8 de la Convención de Belém do Pará, así como el art. 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos en los casos 12.051, *Maria Da Penha Fernandes versus Brasil*, Informe N°54/01, 2001 y *Jessica Lenahan (Gonzales) y otros versus Estados Unidos*, Informe de Fondo 80/11, 2011.

66 Informe 2009, op. cit.

conceptos de inferioridad o subordinación” (artículo 6). Ambas, CE-DAW y Belem do Pará, obligan a modificar estos patrones culturales por medio de campañas comunicacionales y programas de educación, entre otras medidas, y alientan a los medios de comunicación a elaborar directrices que realcen el respeto a la dignidad de la mujer, y que contribuyan a erradicar la violencia de género en todas sus formas.⁶⁷

La Relatora Especial en su informe desarrolla estándares respecto del derecho a una vida libre de violencia por razón de género y los derechos a la libertad de expresión y el acceso a la información, y a la vida privada y la protección de los datos. Señala que el derecho a la libertad de expresión también se ejerce en el espacio digital mediante el uso de las TIC e Internet, y que “el acceso de las mujeres a las TIC es parte de su derecho a la libertad de expresión, y es necesario para el disfrute de otros derechos humanos fundamentales, como los derechos a participar en la adopción de decisiones políticas y a la no discriminación”.⁶⁸ Velar por un Internet libre de violencia por razón de género aumenta el empoderamiento de la mujer. Aclara la Relatora que la libertad de expresión no puede ser invocada para justificar términos u otras formas de expresión que constituyan incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia, incluida la violencia en línea contra la mujer.

Respecto del derecho a la vida privada, la Relatora indica que este derecho se ha visto amenazado en el mundo digital; advierte que ha aumentado la capacidad de los Estados y de los agentes no estatales para vigilar, descifrar, recopilar y hacer utilización masiva de datos, lo que tiene repercusiones en el derecho de las personas a la vida privada.⁶⁹ Los actos de violencia que vulneran estos derechos abarcan desde la publicación *en línea* de fotografías privadas o de imágenes sexualizadas de una niña o mujer, hasta la difusión de los datos privados de identificación y residencia de una activista o una defensora de los derechos humanos con propósitos de amenaza e intimidación. En el caso de América Latina, organizaciones de la sociedad civil han enfatizado la prevalencia de actos de “espionaje electrónico a mujeres periodistas y defensoras de derechos humanos en la región... [orientados] a controlar, acallar, intimidar o extorsionar a las mujeres que desafían el *statu quo*”.⁷⁰

67 Informe 2009, op. cit.

68 Informe de la Relatora Especial, op. cit., párr. 53.

69 *Ibid.*, párr. 57.

70 Comisión IDH y Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, *Mujeres periodistas y libertad de expresión*, op. cit., párr. 46.

Tanto la Relatora Especial como la Comisión IDH y organizaciones de la sociedad civil han expresado la importancia de respetar los derechos a la libertad de expresión y a la vida privada como parte del derecho a una vida libre de violencia de género *en línea*. En palabras de estas últimas, junto con los derechos de protección de las víctimas se debe “evitar que derechos tan importantes en medios electrónicos como la libertad de expresión, el anonimato y la privacidad se vean afectados”.⁷¹

En la prevención y combate a esta violencia, así como en respuestas rápidas y recursos efectivos que atiendan las necesidades de las víctimas, se exige la diligencia debida de los Estados y también de los agentes privados, actores centrales en el espacio digital. El Comité de la CEDAW indica que “debe alentarse a los medios sociales y los medios en línea a crear o fortalecer los mecanismos centrados en la erradicación de los estereotipos de género, y a poner fin a toda violencia por razón de género cometida en sus plataformas”.⁷² Los intermediarios de internet⁷³ tienen responsabilidades específicas en materia de derechos humanos, señala la Relatora Especial: “las respuestas inadecuadas y deficientes de los intermediarios sobre violencia en línea por razón de género pueden tener un efecto negativo en la libertad de expresión, lo que da lugar a la censura por las plataformas, la autocensura o la censura por otros usuarios, y no proporciona a las víctimas de acoso ninguna forma de reparación”.⁷⁴ El Relator de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y Expresión ha indicado que “las empresas deberían incorporar directamente en sus condiciones de servicio y sus ‘normas comunitarias’ los principios pertinentes del derecho de los derechos humanos que garanticen que las medidas relacionadas con el contenido se guiarán por las mismas normas de legalidad, necesidad y legitimidad que rigen la regulación de la expresión por los Estados”.⁷⁵

Las organizaciones de la sociedad civil en la región han demandado que se tengan en cuenta las problemáticas propias de Latinoamérica en la configuración de responsabilidades, actuaciones y marcos legales con los intermediarios de internet. Se han identificado problemas en la respuesta de los intermediarios que inciden en la prevención de la violencia *en línea*, la protección –como la supresión inmediata de un contenido perjudicial por motivos de género–, el enjuiciamiento y la reparación.

71 ADC y otros, *Reporte de la situación de América Latina*, op. cit., p. 3.

72 CEDAW, recomendación general 35, op. cit., párr. 30 d) i).

73 “Son intermediarios desde los proveedores de servicios de Internet a los motores de búsqueda, y desde los servicios de blogs a las plataformas de comunidades en línea”. Asamblea General de Naciones Unidas. Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank La Rue, A/HRC/17/27, 16 de mayo de 2011, párr. 38.

74 Informe de la Relatora Especial, op. cit., párr. 73.

75 Referido en Comisión IDH y Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, *Mujeres periodistas y libertad de expresión*, op. cit., párr. 143.

En particular, las organizaciones identifican problemas como la falta de mecanismos de denuncia confiables, fáciles de usar y transparentes en cuanto a los procedimientos que se siguen luego de recibida la denuncia; la ausencia de respuesta a esas denuncias o su desestimación, y la carencia de capacitación en la violencia *en línea* contra las mujeres. Señalan que “la mayoría de las plataformas de internet no reconocen la complejidad de los casos y brindan —si es que lo hacen— herramientas separadas de denuncia que no permiten cubrir la nueva proporcionalidad y complejidad de los ataques”.⁷⁶ Asimismo, se constata la falta de información pública sobre estas denuncias que contribuya a crear mejores políticas públicas y soluciones de la plataforma, basadas en evidencia; el poco uso proactivo de la tecnología disponible para abordar la violencia de género *en línea* de manera más efectiva, y la falta de acciones de concientización contra la violencia de género en internet.⁷⁷

4. CIBER VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES EN CHILE, AUSENCIA DE REGISTROS, LEGISLACIÓN Y RESPUESTAS ADECUADAS

El caso Nido.org evidenció, de manera brutal, la violencia *en línea* contra las mujeres y los grandes vacíos existentes en la legislación y la política pública para abordarla. De acuerdo con la organización Datos Digitales se producen allí al menos tres ilícitos, en específico, “el acoso (o *stalking*), ya que aquí hay una coordinación para acosar mujeres, ya sea porque son partes de movimiento feminista o por otras razones. Por otro lado, está el *doxing*, que es la difusión activa de datos personales de una persona con el fin de que sea expuesta e intimidada por terceros. Y, por último, está la pornografía no consentida, que en pocas palabras es la difusión sin consentimiento de material íntimo”.⁷⁸ Las dos primeras figuras no están contenidas en la legislación penal; la tercera, solo de manera parcial. El caso Nido.org grafica las limitaciones que el país tiene para prevenir, perseguir y sancionar estas violencias. A continuación, se revisa la información disponible sobre la violencia *en línea* en Chile, la legislación vigente y los proyectos de ley propuestos para abordarla.

4.1 Registros y casos

En Chile, la información disponible sobre ciber violencia contra las mujeres es prácticamente inexistente. En 2015, la organización Datos Protegidos presentó un informe sobre la violencia de género en internet

76 ADC y otros, *Reporte de la situación de América Latina*, op. cit., p. 39.

77 *Ibid.*, pp. 38 y 39.

78 Radio.uchile.cl: “El vacío legislativo ante los sitios de acoso en la web”. 26 de febrero de 2019.

donde así se comprueba: ni el Ministerio Público ni la Policía de Investigaciones poseen información estadística de denuncias realizadas por mujeres y/u otros grupos de violencias en el espacio digital o virtual. Los datos referidos en el informe corresponden a denuncias de *ciberbullying* en niños/as de primero básico a cuarto medio (de 6 a 18 años) en los colegios del país, procesadas por el Ministerio de Educación. La información –obtenida por solicitud de transparencia– muestra que, en los años 2016, 2017 y 2018, estas denuncias fluctuaron entre el 7,5% y el 8,9% del total de denuncias de maltrato entre escolares; 81,8% de quienes denuncian son niñas y adolescentes.⁷⁹

Por su parte, la ONG Amaranta encuestó sobre la violencia en internet a 59 mujeres cis y transgénero, usuarias activas de redes sociales.⁸⁰ El 70% de ellas tenía entre 19 y 29 años al momento de la encuesta. De las 59 encuestadas, el 81% declaró haber sido víctima de violencia verbal, el 66% afirmó haber sido hostigada o acosada, y el 22% haber sido amenazada explícitamente. Además, el 40% señaló haber recibido material audiovisual de contenido sexual sin haberlo requerido previamente, el 30% sufrió la exposición falsa de su vida personal –tales como injurias y calumnias relacionadas a temáticas de índole sexual–, el 13% ha sido víctima de difusión de imágenes íntimas sin su consentimiento, y el 8,7% señaló que sus datos personales fueron difundidos sin su autorización en plataformas cibernéticas. Dos mujeres señalaron que los ataques que en un comienzo se realizaron a través de canales virtuales, se concretaron físicamente. La mayoría de los ataques (71,19%) ocurrió en Facebook, seguido de WhatsApp (30,51%), Twitter (28,81%), mail (22%) e Instagram (16,95%). Además, un 25,42% sufrió ataques en otras plataformas, entre las que se mencionaron: Fotolog, Tumblr, foros y páginas pornográficas.⁸¹

La encuesta de Amaranta muestra que la práctica de acoso más recurrente contra la diversidad de mujeres es el *doxing*, es decir, la exposición pública mediante la publicación de la dirección personal, certificado de nacimiento, número de teléfono, entre otros.⁸² A las mujeres que son públicas y activas en las redes sociales se las expone, afectando su derecho a la privacidad, intimidad e incluso su la seguridad personal.

79 Datos Protegidos, *Violencia de Género en Internet en Chile. Estudio sobre las conductas más comunes de violencia de género en línea en Chile y la intervención del derecho penal*, Universidad Alberto Hurtado/ ONG Amaranta, 2018, pp. 12 y 44.

80 Cerca del 80% de ellas se consideraba activista de los derechos humanos, feminista o por los derechos LGBTIQ. Entre las 59 encuestadas hay mujeres cis y transgénero. Cis: persona cuya identidad de género está alineada con el sexo que le asignaron al nacer; Transgénero, en cambio, incluye las distintas maneras en que las identidades de género de las personas pueden diferir del sexo que se les asignó al nacer.

81 Datos Protegidos, *Violencia de Género en Internet en Chile*, op. cit., pp. 13-15.

82 Datos Protegidos refiere, por ejemplo, el constante acoso en línea a Daniela Vega, reconocida actriz transgénero, incluida la publicación de información personal en blogs.

Esta práctica se ha utilizado como “escarce social” para activistas feministas, que son las más expuestas, y también como método de acoso a mujeres como lo muestra el caso Nido.org.⁸³

La organización Datos Protegidos en su informe refiere casos de violencia *en línea* judicializados que dan cuenta de las siguientes prácticas:⁸⁴

- Niñas y adolescentes grabadas –sin su consentimiento o con su consentimiento– en interacciones sexuales. Posteriormente, esos mismos pares hacen circular las imágenes por internet y redes sociales. En uno de los casos hubo publicación y difusión en *línea* de la identidad y dirección de la víctima por parte de desconocidos, y por notas de prensa de algunos medios de comunicación que no protegieron la identidad de la niña.
- Difusión de fotos y videos íntimos por parte de exparejas.
- Sustracción y difusión de fotos privadas por parte de compañeros de estudios o de armas, o difusión de grabaciones y fotografías realizadas con cámaras ocultas.
- Sustracción de fotos privadas con fines de sextorsión.

Estas formas de violencia *en línea* tienen graves consecuencias para las víctimas. Los hechos muestran que se las culpa y revictimiza. En los casos referidos se constata la expulsión del establecimiento educativo o de la formación militar o policial, o el retiro de la víctima por razones de exposición y *bullying*, la pérdida de trabajo; la necesidad de atención psicológica y psiquiátrica prolongada, depresión y suicidio; y aislamiento y autocensura en redes sociales, entre otros efectos. En breve: se produce una vulneración de derechos y libertades frente a las cuales difícilmente se logra reparación.

4.2 Denuncia y acceso a la justicia: débil respuesta del sistema

Pareciera que ha sido una constante en los casos de ciber violencia contra las mujeres la inadecuada respuesta de las policías y la desconfianza de las afectadas en el sistema de justicia. En la encuesta aplicada por la ONG Amaranta, solo un 18% del total de las víctimas intentó

83 Una de las denunciantes fue acosada por los usuarios de la página al punto que su nombre completo, los datos de su familia fueron difundidos, además de ser víctima de otros actos de connotación sexual online dirigidos a denigrarla. Mega.cl: “Qué es Nido.org y lo que se sabe hasta ahora del caso”. 27 de febrero de 2019.

84 Datos Protegidos, *Violencia de Género en Internet en Chile*, op. cit.

denunciar en Carabineros, PDI o el juzgado local, lo que demuestra la resistencia a recurrir a los órganos competentes. Los magros resultados de cualquier intento de denunciar explican la raíz de la desconfianza: únicamente al 6,78% le recibieron la denuncia, “y hasta la fecha ninguna ha concluido en condena penal o alguna otra forma de sanción, ni menos reparación, hacia las víctimas. Aun cuando en muchos casos las pruebas incluían la identidad de los agresores”.⁸⁵

En el caso de Nido.org, a través de la prensa se pudo conocer que hubo denuncias antes que el caso se conociera públicamente —se mencionan seis durante el año anterior por la publicación de imágenes—⁸⁶ sin resultados a la fecha, y también que hubo otras que no fueron acogidas: “De hecho, muchas de las mujeres afectadas ya habían denunciado en la PDI, pero les señalaron que estos hechos no ameritaban ni siquiera investigación, por lo tanto, las devolvían a sus casas”.⁸⁷ La entidad Abogadas Defensoras de Mujeres, AML, da cuenta de la culpabilización de las víctimas por parte de los/as policías al recibir respuestas del tipo: “no es delito, lo que me muestras son tus fotos, para que las subiste si no te gustaba que las vieran, cuídate en Instagram, en Facebook, a quién le mandaste esas fotos, problema tuyo”.⁸⁸ La responsabilidad colocada en la afectada se reitera en otros países de la región y del mundo; de hecho, el estudio sobre violencia en *línea* en países europeos puso de relieve que las policías tienden a tratar los hechos de manera individual, sin considerar el impacto acumulativo, y que persisten las actitudes de culpabilización de las víctimas, sobre todo en los casos de venganza pornográfica.⁸⁹

El conocimiento público de Nido.org aumentó exponencialmente las denuncias. ABOFEM y AML habilitaron un mail encriptado en el que recibieron alrededor de 400 en tres días. Todas son mujeres, gran parte de ellas menores de edad o que eran menores de edad al momento de los hechos. Solo el 10% estuvo dispuesta a seguir con la judicialización del proceso.⁹⁰ Las mujeres no confían en la administración de justicia, temen la exposición pública y la revictimización. Este es un problema generalizado respecto de la violencia contra las mujeres, particularmente extendido cuando se trata de delitos sexuales.

85 Datos Protegidos, *Violencia de Género en Internet en Chile*, op. cit., p. 15.

86 Emol: “Ministerio Público indagaba al sitio Nido desde enero: Habían recibido seis denuncias durante el año pasado”. 27 de febrero de 2019.

87 Radio.uchile: “Abofem por el caso Nido: la PDI devolvía a las afectadas a sus casas”. 27 de febrero de 2019.

88 La Segunda: “Las defensoras de las mujeres”. 8 de marzo de 2019.

89 Instituto Europeo de Igualdad de Género, *La ciberviolencia...*, op. cit.

90 La Segunda, op. cit.

A lo señalado, se suma el hecho de que para los/as operadores/as de justicia la violencia *en línea* no pareciera revestir la misma gravedad que la violencia *offline*. Así lo muestra la experiencia recabada por organizaciones expertas a nivel global, que han manifestado su preocupación por el enfoque distinto y menos efectivo que se advierte en sede penal respecto a los actos de violencia y acoso perpetrados en línea, en comparación con los cometidos en el mundo no virtual.⁹¹

En la práctica, debido a la falta de información sobre estas temáticas y la existencia de estigmas y prejuicios, muchas veces existe una desestimación de las denuncias por parte de las policías (Policía de Investigaciones y Carabineros de Chile), normalmente en conjunto con la revictimización y culpabilización de la denunciante, lo que de paso contribuye a aumentar la cifra oculta del delito. Por otro lado, cuando la denuncia es manejada por Fiscalía, probablemente será trasladada a la sección que se estime conveniente según los hechos denunciados, para luego dar orden a investigar, pero debido a que muchas veces se trata de hechos que pudieran considerarse no constitutivos de delito, no se inicia el procedimiento penal respectivo.⁹²

Por motivos como los anteriormente expuestos, es que actualmente la canalización de las denuncias y la posibilidad de obtención de respuestas y eventual reparación para las *víctimas* queda supeditada a la labor de los/as abogados/as en la elaboración de teorías del caso que permitan judicializar formas de ciber violencia en algún tipo penal existente. Muchas abogadas feministas, quienes han tomado el centro de estas denuncias, han tenido que elaborar dichas estrategias jurídicas para que estas prácticas puedan tener algún tipo de sanción. Un análisis normativo de los tipos penales existentes en Chile ante la vulneración de bienes jurídicos protegidos (la privacidad o intimidad, la honra, la integridad psíquica y física, la protección de los datos personales y la propia imagen) como consecuencia de alguna práctica de violencia *en línea*, realizado por Datos Protegidos, muestra la dificultad de presentar y perseguir a los autores por la vía penal.⁹³ En el caso de Nido.org, AML presentó querrela por asociación ilícita por pornografía infantil, amenaza y potencialidad de comisión de otros delitos.⁹⁴ Otro caso, que evidencia el vacío legal frente a las particularidades de la violencia en línea, es el de acoso a una familia y a un grupo de amigas,

91 "New Technology: Same Old Problems. Report of a Roundtable on Social Media and Violence Against Women and Girls", *End Violence Against Women*, 2013; *La ciberviolencia...*, op. cit.

92 Así lo señala claramente Pablo Viollier de Derechos Digitales en entrevista a propósito del caso Nido.org. Véase Radio.uchile.cl: "El vacío legislativo ante los sitios de acoso en la web". 26 de febrero de 2019.

93 Datos Protegidos, *Violencia de Género en Internet en Chile*, op. cit., pp. 15-20.

94 La Segunda: "Las defensoras de las mujeres". 8 de marzo de 2019.

hecho público en el año 2015, que implicaba la suplantación de identidad. El abogado de la causa hizo notar que “Si bien la usurpación de nombre está sancionada en el Código Penal, el problema práctico en las nuevas tecnologías es la acreditación del delito. Es muy difícil probarlo y va a depender mucho de cuán precavido fue el infractor y qué tipo de dirección IP usó. Fuera de Chile hay redes privadas virtuales que se pueden usar para conectar varios computadores o bien, para invisibilizar y ocultar el número IP. Por eso, en general la gran dificultad de la policía y la fiscalía es la acreditación”.⁹⁵

Ante las dificultades en sede penal, la vía civil pareciera tener algunas posibilidades. Datos Protegidos revisa la jurisprudencia que arrojan procesos judiciales por indemnización de perjuicios por responsabilidad civil extracontractual en casos de porno venganza en el país. En particular, uno, ocurrido en 2007, corresponde al de una niña de 14 años que fue grabada sin su consentimiento mientras realizaba prácticas sexuales con un joven de 17 años, quién posteriormente difundió el video a través de Internet y redes sociales: “la víctima demandó civilmente al joven y a sus padres –dado que el hecho ocurrió cuando aquel era menor de edad– con el objeto de obtener indemnización por el daño moral causado por la grabación y difusión del video, y la responsabilidad de los padres del menor, que estando bajo su cuidado, no adoptaron las medidas para impedir que difundiera las imágenes”.⁹⁶ El tribunal ordenó el pago de la indemnización. De acuerdo a lo señalado por Rayén Campusano, de Derechos Digitales, “lo interesante de la decisión fue que el juzgado reconoció que debe existir consentimiento en la captación, reproducción y publicación de imágenes cuando la identidad sea fácilmente reconocible y se pueda dañar la honra e imagen de una persona. Aunque exista consentimiento en practicar actos de connotación sexual en presencia de otras personas, tal tolerancia no significa un permiso para la posterior copia y difusión de la escena. Mucho menos si con ello se lesionan derechos de menores de edad, donde no vale excusarse en su conducta sexual para convertirlos en objeto de morbo”.⁹⁷ La vía civil, sin embargo, tiene dificultades tales como lo extenso de los procesos en el tiempo (alrededor de 4 años en el caso antes referido), el costo económico y también psíquico y emocional por la larga espera de reparación, y la publicidad de los procesos judiciales civiles. Esta norma se modificó en 2016 (Ley 20.886 de tramitación electrónica), “de manera que se exceptúan aquellos casos en que la ley dispone el secreto total o parcial de los procedimientos, o habilita

95 Quepasa: “Identidad robada”. 25 de junio de 2015.

96 Datos Protegidos, *Violencia de Género en Internet en Chile*, op. cit., p. 34.

97 Digital Rights LAC: “Pornovenganza en Chile: lo que queda detrás de uno de los casos más populares”. 12 de junio de 2015.

al juez a declararlo. No obstante ello, no existen regulaciones legales que hagan operativa esta excepción al principio de publicidad⁹⁸, y por tanto es alto el riesgo de que las causas se publiquen con los nombres y demás datos personales de las personas involucradas, como fue el caso de la niña de 14 años antes referido.

4.3 Legislación vigente y nuevas propuestas: la suma de las partes no conduce a la respuesta adecuada

En Chile, desde 1995, se sancionan la captura y difusión de comunicaciones o imágenes privadas, tomadas en lugares que no son de libre acceso al público, sin autorización del afectado/a y por cualquier medio, y la amenaza de captar o difundir dichas comunicaciones o imágenes de carácter privado (artículos 161-A y 161-B del Código Penal). En mayo de este año fue promulgada la Ley 21.153 que tipifica el delito de acoso sexual en espacios públicos, en el que se incorpora el castigo “al que en lugares públicos o de libre acceso público y que por cualquier medio capte, grabe, filme o fotografíe imágenes, videos o cualquier registro audiovisual, de los genitales u otra parte íntima del cuerpo de otra persona con fines de significación sexual y sin su consentimiento (...) y al que difunda dichas imágenes, videos o registro audiovisual a que se refiere el inciso anterior” (artículo 161-C del Código Penal).

El tipo penal, sin embargo, no incluye la captación de imágenes (videos o fotografías) con el consentimiento de la persona que luego son difundidas sin su autorización —la “venganza pornográfica”, antes descrita en este capítulo—, es decir, la difusión/distribución no consentida de imágenes íntimas que generalmente, pero no únicamente, es realizada por ex parejas de las víctimas.⁹⁹ Tampoco se cuenta con figura penal para el acoso y hostigamiento (o *stalking*)¹⁰⁰ y el *doxing*. En síntesis, de las prácticas, antes descritas, de violencia en línea contra las mujeres, únicamente la pornografía no consentida tiene una figura penal (art. 161-A), aunque solo en casos de captación sin consentimiento del material. Se carece de normativa suficiente para impedir actos posteriores

98 Datos Protegidos, *Violencia de Género en Internet en Chile*, op. cit., pp. 36-37.

99 Radio.uchile: “El vacío legislativo ante los sitios de acoso en la web”. 26 de febrero de 2019.

100 El *stalking* consiste en un acoso del sujeto activo mediante acciones reiteradas de atsigamiento a la víctima, la que se ve sometida a persecuciones o vigilancias constantes, llamadas reiteradas u otros actos continuos de hostigamiento, menoscabando su libertad y sentimiento de seguridad. Véase, Datos Protegidos, op. cit.

de difusión y para exigir el retiro expedito de los contenidos.¹⁰¹ Respecto de menores de edad, la norma penal castiga la pornografía infantil: “El que participare en la producción de material pornográfico, cualquiera sea su soporte, en cuya elaboración hubieren sido utilizados menores de dieciocho años, será sancionado con presidio menor en su grado máximo. Para los efectos de este artículo y del artículo 374 bis, se entenderá por material pornográfico en cuya elaboración hubieren sido utilizados menores de dieciocho años, toda representación de éstos dedicados a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de sus partes genitales con fines primordialmente sexuales” (artículo 366 quinquies).

En enero de este año, la Cámara de Diputados aprobó el proyecto de ley que modifica el Código Penal con el propósito de sancionar la difusión no autorizada de material o imágenes con contenido o connotación sexual (boletines Nos 11.923-25 y 12.164-07, refundidos).¹⁰² La iniciativa –conocida como “Ley Pack”–¹⁰³ castiga “al que, habiendo captado, grabado u obtenido imágenes, grabaciones de audio o registros audiovisuales, reales o simulados, con contenido o de connotación sexual, producidos en lugares o espacios públicos o privados, en los que hubiera una razonable expectativa de privacidad y con el consentimiento de quienes se encontraren en dichos registros, los difundiere por cualquier medio sin haber requerido y obtenido previamente la anuencia de aquellos”. También sanciona al administrador de un sitio de internet que, pese a resolución judicial notificada, no cese la publicación de las imágenes, grabaciones de audio o registros audiovisuales

101 Art. 161 - A. “Se castigará con la pena de reclusión menor en cualquiera de sus grados y multa de 50 a 500 Unidades Tributarias Mensuales al que, en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público, sin autorización del afectado y por cualquier medio, capte, intercepte, grabe o reproduzca conversaciones o comunicaciones de carácter privado; sustraiga, fotografíe, fotocopie o reproduzca documentos o instrumentos de carácter privado; o capte, grabe, filme o fotografíe imágenes o hechos de carácter privado que se produzcan, realicen, ocurran o existan en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público. Igual pena se aplicará a quien difunda las conversaciones, comunicaciones, documentos, instrumentos, imágenes y hechos a que se refiere el inciso anterior. En caso de ser una misma la persona que los haya obtenido y divulgado, se aplicarán a ésta las penas de reclusión menor en su grado máximo y multa de 100 a 500 Unidades Tributarias Mensuales. ...”

102 El Boletín 11.923-25, ingresado en julio de 2018, corresponde a una Moción presentada por los diputados y diputadas UDI Jorge Alessandri Vergara, Sandra Amar Mancilla, Ramón Barros Montero, Álvaro Carter Fernández, María José Hoffmann Opazo, Joaquín Lavín León, Javier Macaya Danús, Cristhian Moreira Barros, Virginia Troncoso Hellman y Osvaldo Urrutia Soto. El Boletín 12.164-07 que tiene por objeto sancionar la difusión no consentida de material con connotación o de índole sexual corresponde a una Moción de las diputadas Maya Fernández Allende y Maite Orsini Pascal, del Partido Socialista y de Revolución Democrática, respectivamente.

103 “Packs” alude a un archivo comprimido con fotos de índole sexual que una persona vende en internet o por el envío de material íntimo sin consentimiento.

dentro del plazo conferido en esa resolución. El proyecto de ley otorga a la víctima la posibilidad de solicitar al juez/a una resolución que instruya al administrador de un sitio de internet el cese provisorio de una publicación. El juez, siempre que el requerimiento se encontrare suficientemente fundado, dispondrá el cese provisorio, confirmando el plazo de veinticuatro horas para tal efecto”. El proyecto se encuentra actualmente en segundo trámite constitucional en el Senado, sin avances a la fecha.

En marzo, la Cámara de Diputados aprobó el proyecto de ley que “Modifica la ley N°20.370, General de Educación, en materia de ciberacoso o cyberbullying”.¹⁰⁴ El proyecto entiende por “ciberacoso escolar cualquier tipo de agresión u hostigamiento, difamación o amenaza, a través del envío de mensajes, publicación de videos o fotografías en cualquier red social, medios tecnológicos e internet, realizada por uno o más estudiantes en contra de otro estudiante”. Se incorpora la figura de encargado de convivencia escolar que debe gestionar un plan de buena convivencia, que incluya un protocolo preventivo de conductas constitutivas de acoso y ciberacoso escolar. El proyecto se encuentra en segundo trámite constitucional en el Senado. El *ciberbullying* a niños/as y jóvenes ha sido materia de preocupación del Ministerio de Educación y de entidades privadas que han surgido a raíz de dolorosos casos de afectación de por vida e, incluso, del suicidio de las víctimas.¹⁰⁵ Entre otras acciones, la promoción de ambientes educativos libres de violencia digital forma parte de los diez pilares del Plan de Calidad “Chile aprende más” y del calendario escolar 2019, y se desarrollan campañas (como #HayPalabrasQueMatan, realizada por el Mineduc) con el apoyo de organizaciones privadas.¹⁰⁶ En este sentido, es preciso destacar la campaña #ElBullyingMata de la Fundación Todo Mejora, específicamente dirigida a niños, niñas y adolescentes que sufren *bullying* por su orientación sexual, identidad y expresión de género.¹⁰⁷

También se encuentra en debate, en el Senado, el proyecto de ley sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia.¹⁰⁸ La iniciativa contiene disposiciones que abordan algunas manifestaciones de

104 Boletines Nos 11.784-04, 11.803-04 y 12.022-04, refundidos.

105 Durante el 2018 se registraron 13 suicidios por ciberacoso solo en la Región Metropolitana. Uno de ellos fue el de la joven Katherine Winter (16) estudiante del colegio Nido de Águilas, quien se suicidó luego de sufrir constante hostigamiento por parte de sus compañeros vía redes sociales. Véase El Desconcierto.cl: “Internet no es peligrosa si sabes cómo usarla: Claves para enfrentar el cyberbullying, la violencia que traspasa la pantalla”. 16 de febrero de 2019.

106 <https://www.mineduc.cl/2019/03/13/dia-contra-el-ciberacoso-escolar/>.

107 <https://todomejora.org/>.

108 Boletín N°11.077-07. Está en segundo trámite constitucional en el Senado, que aprobó idea de legislar el pasado 9 de julio. Todos a favor, salvo las señoras Ebensperger y Van Rysselberghe y los señores Coloma y Galilea, que se abstuvieron.

violencia *en línea* contra las mujeres, revisadas en este capítulo. En particular, propone la sanción pecuniaria al que “sin la autorización de la persona afectada, difunda por cualquier medio, sea físico o electrónico, imágenes o videos de una persona mayor de 18 años, que hubiere obtenido con su anuencia en un recinto particular o en lugares que no sean de libre acceso al público, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad de esa persona”. La sanción se agrava si esa difusión incluye información personal de la víctima (artículo 30 del proyecto de ley). También incorpora la figura de acoso sexual y describe como una expresión de dicho acoso el “captar imágenes, videos o cualquier registro audiovisual del cuerpo o alguna parte del cuerpo de otra persona, sin su consentimiento y con fines primordialmente sexuales, salvo que los hechos sean constitutivos de un delito de mayor gravedad, caso en el cual se aplicará sólo la pena asignada por la ley a éste.”

A propósito del caso Nido.org, fueron varias las voces expertas que manifestaron la insuficiencia de la actual legislación y de la que está en tramitación para hacer frente a la complejidad de la violencia *en línea*.¹⁰⁹ El Ejecutivo ha anunciado el envío al Parlamento de un proyecto de ley sobre ciberacoso que busca dar respuesta al problema. Por su parte, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos anunció, tras este caso, que en el próximo Código Penal se establecerán nuevos delitos: intromisión en la intimidad de otra persona, exhibición y difusión indebida, exhibición y difusión de registros de imágenes, entre otros.¹¹⁰

Sin perjuicio de las buenas intenciones y de las iniciativas que, tanto en el Parlamento como en el Gobierno, se promueven para abordar la violencia *en línea*, y particularmente aquella que afecta a las niñas/os/es y las mujeres, la sola revisión de las propuestas en curso muestra superposición de materias y ausencia de una mirada más comprensiva del problema. Es claro que el vacío legal ha obligado a las víctimas a hacer uso del sistema penal y del civil sin obtener las respuestas adecuadas. Por ello, existe la necesidad de incorporar tipos penales como el de la pornografía no consentida o porno venganza, que considere los casos en que las víctimas han consentido en captación de imágenes, pero no en su publicación. Con igual importancia y urgencia, se requiere incorporar medidas que respondan con rapidez a la necesidad de remover el material y datos de las redes, y evitar que se sigan difundiendo ese tipo de imágenes. La Relatora Especial ha recomendado a los Estados “prohibir claramente y penalizar la violencia en línea contra la mujer, en particular la distribución no consensual de imágenes íntimas, el

109 Además de las ya mencionadas anteriormente en este capítulo, véase Radio.uchile. cl: “Violencia de género en internet: un espacio de agresión ignorado”. 20 de enero de 2019.

110 La Tercera: “Caso Nido: Ministro de Justicia anuncia que nuevo Código Penal regulará delitos contra la intimidad”. 27 de febrero de 2019.

acoso y el hostigamiento criminal en Internet. La penalización de la violencia en línea contra la mujer debe abarcar todos los elementos de este tipo de abuso, incluidos los contenidos perjudiciales compartidos posteriormente. La amenaza de diseminar imágenes no consensuales debe ser ilegal para que los defensores y fiscales puedan intervenir y prevenir el abuso antes de que sea perpetrado”.¹¹¹

Al mismo tiempo, voces expertas en el país y en la región advierten que no es posible pensar en respuestas únicas en los marcos regulatorios. Indica Datos Protegidos que “dada la complejidad de este fenómeno, que incluye una gran variedad de conductas, cuyos efectos varían en intensidad y alcance, desde el punto de vista regulatorio no se puede ofrecer una respuesta única que abarque a todos los tipos de conductas, sino que las responsabilidades y formas de prevención dependen del tipo de conductas y de la intensidad de los daños que puedan causar”.¹¹² Por su parte, la revisión de algunas legislaciones en países de la región lleva a la pregunta de si es siempre necesario crear un nuevo tipo penal cuando el delito se realiza por medios electrónicos: “en diversos casos, el tipo penal existente ya es suficiente para perseguir la conducta delictiva cuando es cometida mediante el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones; o, simplemente, una modificación de la redacción en este sentido puede ser suficiente”. También advierten estas organizaciones “que no existe una racionalidad detrás de aumentar la pena si el delito es cometido mediante las tecnologías digitales, esto solo estigmatiza su uso; no obstante, esta cuestión suele repetirse en las iniciativas de ley analizadas”.¹¹³

Como se señaló previamente, un asunto de necesaria consideración en la violencia *en línea* dice relación con el rol de los intermediarios (privados). En enero de este año, una cuenta de Instagram comenzó a publicar los “mejores sectores para puntear” en el Metro de Santiago. La cuenta que incitaba al acoso callejero fue dada de baja inmediatamente por “infringir las normas comunitarias”.¹¹⁴ En otras situaciones, sin embargo, las plataformas no reaccionan con la misma celeridad. En el informe sobre la situación de América Latina, ya citado, las organizaciones constatan que la “inacción de las plataformas de internet ante ataques coordinados contra feministas es común en la región”. Ejemplifican, entre otros casos, con la eliminación del *fanpage* de Facebook, que había creado la Vocalía de género y sexualidades de la Universidad de Santiago de Chile a propósito de la campaña “No digas”, que buscaba denunciar y erradicar las frases machistas comunes en el espacio

111 Relatora Especial, op. cit., párr. 10.

112 Datos Protegidos, *Violencia de Género en Internet en Chile*, op. cit., p. 41.

113 ADC y otros, *Reporte de la situación de América Latina*, op. cit., p. 41.

114 Radio.uchile: “El vacío legislativo ante los sitios de acoso en la web”. 26 de febrero de 2019.

educativo. “Las administradoras no tuvieron ninguna clase de espacio para aclararle a Facebook que esto se trataba de un ataque coordinado.”

¹¹⁵ El país no cuenta con normativa suficiente que regule la relación con los intermediarios de internet en casos como los aquí expuestos. Tal como señala Datos Protegidos, cualquier sistema que considere la obligación de retiro de contenidos de internet debería, idealmente, incluir resguardos para evitar que esa solicitud sea fundamento de un acto de censura privada; por ejemplo, una orden judicial. Se requiere, entonces, definir “el rol de los intermediarios en la diseminación de contenidos ilícitos o nocivos, y la necesidad de alcanzar un equilibrio entre el resguardo del debido proceso y los derechos de los posibles afectados, que garantice el pleno ejercicio de todos los derechos fundamentales a través de la red”.

Finalmente, Chile ratificó el Convenio de ciberdelincuencia, o Convenio de Budapest, tratado internacional vinculante en materia penal de delitos informáticos y delitos en Internet. Su origen es el Consejo de Europa que se plantea la “necesidad de aplicar, con carácter prioritario, una política penal común con objeto de proteger a la sociedad frente a la ciberdelincuencia, en particular mediante la adopción de una legislación adecuada y la mejora de la cooperación internacional” (preámbulo). Se trata de delitos contra sistemas o medios informáticos, o cometidos mediante su uso: acceso ilícito, interceptación ilícita, ataque a la integridad de datos, ataques a la integridad del sistema, abuso de los dispositivos, falsificación informática, fraude informático, delitos relacionados con la pornografía infantil y delitos vinculados con infracciones de la propiedad intelectual y derechos afines.¹¹⁶ La adopción de este tratado debiera convertirse en una oportunidad para revisar y fortalecer la legislación vigente en materia de violencia en línea y, específicamente, contra las niñas, mujeres y personas LGBTTIQ, con pleno apego a los derechos humanos.

CONCLUSIONES

La violencia en línea contra las niñas, mujeres y personas LGBTTIQ no ha tenido una respuesta adecuada por parte del Estado y de los intermediarios privados en la red. Los casos conocidos muestran las debilidades legislativas y de política pública que han resultado en frustración, revictimización, y mayor vulneración de derechos y libertades

¹¹⁵ ADC y otros, *Reporte de la situación de América Latina*, op. cit., p. 13. Véase igualmente Eldesconcierto.cl: “Eliminan *fanpage* de la Vocalía de Género y Sexualidades de la USACH tras campaña contra el machismo y crean parodia”. 4 de mayo de 2017.

¹¹⁶ Decreto Supremo N°83 del 27 de abril de 2017, que promulga el Convenio sobre ciberdelincuencia.

para las víctimas, mujeres en su amplia diversidad y feministas, activistas y defensoras de los derechos humanos, entre otras.

Los sistemas de protección universal y regional, así como los estudios e investigaciones disponibles realizadas por organizaciones conectoras de la materia, muestran que se debe ir mucho más allá de la creación de nuevos delitos y el endurecimiento de penas. Abordar la violencia *en línea* contra la diversidad de mujeres, como una expresión más de la violencia de género, requiere leyes y normas que así la conciban y, por tanto, desde esta perspectiva, instruyan tipos penales, materias civiles y regulaciones del rol y responsabilidad de los intermediarios, entre otras, además de acciones sostenidas de sensibilización y de educación que ayuden a prevenir su ocurrencia.

Resulta insoslayable modificar los aspectos estructurales que sostienen la violencia contra las mujeres y permiten su ocurrencia y reproducción. La acción estatal debe tener la perspectiva transformadora de remover la ideología patriarcal que la produce, y tributar a una política pública sustantiva, integral, sostenida y financiada para erradicarla. La revisión realizada en el capítulo no lo muestra. Nada más en materia legislativa, es difícil explicarse el número de proyectos de ley sobre materias del mismo problema –la violencia contra la diversidad de las mujeres– transitando por vías paralelas sin una perspectiva común.

Recomendaciones

En el Examen Periódico Universal, EPU, realizado al país en enero de este año, Chile fue objeto de varias recomendaciones en materia de la violencia de género.¹¹⁷ En particular, se instó al Estado a “Velar porque las mujeres puedan vivir una vida libre de violencia, incluso en contextos digitales, mediante una legislación apropiada, medidas preventivas, educación y recursos adecuados, incluidos servicios para las supervivientes” (párr.125.166, Canadá). También se lo instó a “Examinar y revisar las leyes, políticas y reglamentos para hacer frente a la violencia contra la mujer, inclusive en contextos digitales, de conformidad con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos” (párr. 125.175, Islandia).

A estas recomendaciones generales, nos parece pertinente agregar:

1. Prohibir y penalizar la violencia en línea contra la diversidad de las mujeres y, de manera particular, adoptar tipos penales

¹¹⁷ Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal a Chile*, A/HRC/41/6, 2 de abril de 2019, párr. 125.162 – 125.179.

respecto de la difusión de imágenes íntimas sin el consentimiento de la persona aludida, así como de acoso y hostigamiento criminal en Internet.

2. Estas y otras reformas legales deben guardar compatibilidad con el derecho internacional de derechos humanos, y asegurar los principios y estándares que rigen la imposición de restricciones a la libertad de expresión y la diseminación de contenidos en línea, expresado por la Comisión IDH.¹¹⁸
3. Poner a disposición de las víctimas un recurso jurídico que les permita solicitar al tribunal la suspensión de la distribución del material perjudicial, a fin de proteger su intimidad y entorno, y evitar la victimización secundaria.¹¹⁹ La norma debe incluir disposiciones que garanticen la implementación de la medida por parte de los intermediarios privados de internet.
4. Adecuar la Ley 19.223 de delitos informáticos, para actualizar y generar tipos penales que sean útiles al momento de abordar las distintas formas de ciber violencia contra la diversidad de las mujeres, en sintonía con las recomendaciones anteriores y con el Convenio de Budapest, tomando en cuenta las reservas que el gobierno de Chile puso al ratificar este tratado.¹²⁰
5. Normar el rol y responsabilidades de los intermediarios privados de internet en la prevención y erradicación de la violencia *en línea* contra las mujeres. Se debe buscar que dispongan de mecanismos transparentes, accesibles y eficaces de denuncia. Asimismo, que las condiciones del servicio, las reglas de la comunidad y las informaciones sobre su aplicación sean claras, comprensibles, de fácil disponibilidad y en idiomas adecuados.¹²¹ Es necesario que las compañías revisen sus políticas desde una visión crítica de género, con enfoque interseccional, tal como señalan las organizaciones especializadas en la región. No hacerlo significaría desdeñar la seriedad de los diferentes problemas de violencia de género que ocurren a la diversidad de sus usuarias.¹²²
6. Producir información cuantitativa y cualitativa sobre la violencia de género en *línea*, documentar las causas, consecuencias, incidentes y frecuencia de estos actos, en cooperación con las organizaciones especializadas y de mujeres y personas LGBTIQ

118 Comisión IDH y Relatoría especial para la libertad de expresión, *Mujeres periodistas y libertad de expresión*, op. cit., párr. 87.

119 Informe de la Relatora Especial, párr. 102.

120 Tal como señala Datos Protegidos, analizar las reservas de manera que no produzcan efectos indeseados al momento de aplicar sus disposiciones.

121 Comisión IDH y relatoría especial para la libertad de expresión, *Mujeres periodistas y libertad de expresión*, op. cit., párr. 141-143.

122 ADC y otros, *Reporte de la situación de América Latina*, op. cit., p. 44.

—así como de los intermediarios y plataformas en línea—, de tal manera que se pueda evaluar la eficacia de los marcos normativos existentes y la calidad de las políticas públicas implementadas para abordar dicha violencia.¹²³

7. Como señalan los sistemas de protección de derechos humanos y las organizaciones y redes feministas, la prevención de la violencia contra las mujeres y de la violencia *en línea* requiere campañas y acciones informativas y educativas permanentes hacia la sociedad, las comunidades y los espacios educativos.

123 Comisión IDH y Relatoría especial para la libertad de expresión, *Mujeres periodistas y libertad de expresión*, op. cit., párr. 95.

DERECHOS LABORALES: EMPLEO DESPROTEGIDO EN CHILE¹

1 Capítulo redactado por Karla Varas Marchant, con la colaboración de los ayudantes Andrés Moreno Kework e Ives Tapia Cubillos.

SÍNTESIS

Hablar de trabajo desprotegido en Chile es una cuestión compleja, no solo por las diversas situaciones que engloba el concepto de informalidad laboral, sino porque, además, la desprotección del trabajo en nuestro país también está presente en el propio sector formal.

Personas que realizan un trabajo sin tener contrato o que son catalogadas como trabajadores por cuenta propia, en circunstancias que la actividad que realizan es de mera subsistencia, son algunas expresiones de la informalidad laboral en el país. Se trata, en estos casos, de personas que no tienen derechos laborales ni cuentan con seguridad social, lo cual no quiere decir que la existencia de contrato sea garantía de un trabajo decente. Debemos señalar con claridad, a partir de lo que revisaremos en este capítulo, que tener un empleo en Chile –formal o informal– no siempre asegura condiciones de trabajo y vida dignas.

De acuerdo a los estudios económicos de la OCDE, en Chile, 2018, la desigualdad sigue siendo alta. Hay una elevada proporción de la población que desempeña trabajos temporales e informales y la calidad del empleo es baja en comparación con otros países de la OCDE: “Los bajos niveles de ingresos y unos altos niveles de desigualdad así como una protección social relativamente débil lastran el bienestar de los trabajadores”.²

Las normas mínimas irrenunciables que consagra nuestra legislación laboral no logran detener esta realidad, más bien la sustentan. Por otro lado, la excesiva intervención normativa en el plano colectivo y las restricciones al ejercicio de los derechos fundamentales de negociación colectiva y huelga, no permiten que por la vía de la autonomía colectiva se pueda acceder a condiciones de trabajo más dignas y humanas, reduciendo con ello los altos índices de precariedad laboral.

PALABRAS CLAVES: informalidad laboral, sector informal, ocupación informal, precariedad laboral.

2 OCDE, *Estudios económicos. Chile*, febrero 2018, pp. 3-36.

INTRODUCCIÓN

“El año 2018, gracias al esfuerzo de todos los chilenos, fue un buen año para Chile. Logramos triplicar el crecimiento, alcanzando un 4%, tres veces el promedio de América Latina y superior al mundo. Se crearon más de 155 mil empleos con contrato y protección social y 130 mil nuevas empresas, los salarios crecieron un 2.6% real, la brecha de salarios entre hombres y mujeres disminuyó a su menor nivel histórico, la inversión y la productividad se recuperaron, creciendo 4,6% y 1.6%, respectivamente”.

Cuenta Pública Presidencial, 1 de junio de 2019.
Sebastián Piñera Echeñique

Levantarse de madrugada, subirse al Transantiago o al Metro, recorrer las calles de la capital o de muchas otras ciudades del país, nos permite apreciar uno de los rostros más duros del trabajo en Chile. Vendedores ambulantes de un sinfín de productos, puestos improvisados en la vía pública donde se ofrece a los transeúntes desayunos variados, sopaipillas, empanadas, jugos naturales; los extranjeros ofertando sus comidas típicas. Mientras, los ciudadanos que se desplazan en auto a sus trabajos, a la espera frente al semáforo en rojo, se encuentran con el vendedor de dulces, el limpiador de parabrisas, el malabarista. Este panorama nos muestra un gran número de hombres y mujeres procurándose un trabajo para subsistir, producto de las dificultades para poder ocuparse en un empleo formal.

Se trata de una realidad que choca con las entusiastas cifras de crecimiento y progreso difundidas por el presidente Sebastián Piñera en su última Cuenta Pública. Pareciera ser que el mentado crecimiento sigue beneficiando a unos pocos y no alcanza a quienes subsisten por medio del comercio informal en nuestro país. Es más, aquellos que cuentan con un empleo formal, muchas veces lo ejercen en condiciones precarias, ya sea por la inestabilidad de los vínculos, por los bajos salarios, o por condiciones laborales que no consideran la dignidad de la persona. Como revela la Fundación Sol, Chile es el paraíso de la flexibilidad

laboral: un 18,17% de los trabajadores asalariados está externalizado (subcontrato o suministro), un 48,8% de quienes trabajan a jornada parcial están subempleados y un 16,7% de los trabajadores dependientes trabaja sin un contrato laboral.

El presente capítulo pretende ofrecer un breve panorama de la realidad del empleo desprotegido en nuestro país. Nos enfocaremos, específicamente, en el análisis del concepto de informalidad y lo que los autores Durán y Narbona denominan “formalidad precarizante”. Esto nos permitirá conocer una arista importante del empleo en nuestro país y ver si nos acercamos a la noción de *trabajo decente* acuñada por la OIT.

1. ¿QUÉ ENTENDEREMOS POR INFORMALIDAD LABORAL?

El presente estudio adoptará un enfoque integrador del concepto de informalidad laboral, es decir, incluiremos lo que la doctrina especializada denomina como sector informal, así como el concepto de empleo u ocupación informal.

El origen del concepto “informalidad” se asocia con las formas paralelas al trabajo asalariado a las que recurren las familias pobres para procurarse un sustento económico.³ Se trata de actividades, desarrolladas por trabajadores pobres, que no están reconocidas formalmente, registradas, protegidas o reguladas.⁴

La primera definición oficial fue la adoptada en un informe sobre Kenya, publicado por la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT), en 1972. Ahí se definía al sector informal como un conjunto de actividades de baja escala, desarrolladas por unidades económicas familiares, en base a recursos aborígenes, con escasa tecnología y de precaria retribución económica.⁵

Posteriormente, en 1978, el Programa Regional de Empleo para América Latina y el Caribe (en adelante, PRELAC), propuso una definición de sector informal urbano: es aquel conformado por trabajadores y/o empresas no organizadas, de menor tamaño (entre 5

3 Los orígenes del concepto de informalidad se remontan a inicios de los años 70 en investigaciones realizadas en África por el autor Keith Hart, quien realizó un estudio sobre la composición de los ingresos y empleos informales en la ciudad de Accra, Ghana. El investigador concluyó que los ingresos de las personas pueden ser formales e informales. Los primeros proceden de actividades tradicionales y establecidas, en tanto que los segundos, de formas de autoempleo y trabajos de subsistencia (legales e ilegales). Estrella Díaz y Thelma Gálvez, *Informalidad laboral: conceptos y mediciones, parte 1*, Santiago, Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo, 2015, pp. 5-6.

4 Oficina Internacional del Trabajo, *El trabajo decente y la economía informal*, Ginebra, 2002, p. 1.

5 INE, *Estadísticas de informalidad laboral: Marco conceptual y manual metodológico*, Santiago, 2018, p. 12.

y 10 trabajadores), que trabajan de manera precaria y sin financiamiento público y cuyo objetivo es ser un medio de subsistencia para sus dueños.⁶

En la 15^o Conferencia Internacional de Estadísticas del Trabajo, de 1993, se precisó de mejor manera el concepto de sector informal, enfocando su definición desde la perspectiva de la unidad económica. De esta manera, el sector informal estaría conformado por todas aquellas unidades económicas no registradas o no ajustadas a la legalidad vigente. Posteriormente, en la 17^o Conferencia Internacional de Estadísticas del Trabajo, de 2003, el concepto de sector informal fue complementado con la noción de ocupación informal, introduciendo una perspectiva basada en las características y condiciones del puesto de trabajo que ocupa una persona. Se define, de ese modo, a la informalidad laboral como un fenómeno de doble dimensión: sector informal y ocupación informal.⁷

De acuerdo al marco conceptual estadístico promovido por la OIT en su estudio, de 2013, denominado *La medición de la informalidad: manual estadístico sobre el sector informal y el empleo informal*, la informalidad se puede medir a partir de la identificación de dos fenómenos simultáneos: el sector informal y el empleo informal. La definición de sector informal se centra en la situación de las empresas –aquellas que no están registradas, no pagan impuestos, etc.–, en tanto que el empleo informal se define en base a las características del empleo, donde el centro, como explican Narbona y Durán, son los atributos de la relación jurídico laboral, esencialmente, la ausencia de contrato escrito y el no pago de cotizaciones a la seguridad social.⁸

En este concepto integrador de informalidad laboral, incluiremos, por tanto, a las empresas o negocios informales (no registradas); los trabajadores por cuenta propia dedicados a actividades de subsistencia, como los vendedores callejeros, por ejemplo; los trabajadores domésticos remunerados, empleados por los hogares y cuyo vínculo laboral no está sujeto a la legislación laboral; los asalariados sin contrato de trabajo (trabajadores dependientes cuya relación laboral no está sujeta a la legislación laboral nacional), incluyendo relaciones en base a tratos verbales. Además, esta noción considera a todos los trabajadores que, vinculándose con un empleador por medio de figuras como contratos de prestación de servicios a honorarios o servicios a través de una EIRL, entre otras, en los hechos prestan servicios personales bajo subordinación y dependencia.

6 *Ibid.* p.12.

7 *Ibid.*, pp. 12-13.

8 Gonzalo Durán y Karina Narbona, “Condición informal y ‘formalidad precarizante’: una propuesta de lectura del desenvolvimiento actual del trabajo, desde la experiencia neoliberal madura Chile, Canadá, mayo de 2019. (Documento de trabajo próximo a ser publicado).

Ahora bien, para efectos de la presente investigación, nos centraremos en aquellos trabajadores que se ocupan en empleos que no cuentan con protección legal, en otros términos, en aquellos sin contrato de trabajo y sin derechos laborales. La nota común viene dada porque se trata de trabajadores no reconocidos ni protegidos por la legislación y, por tanto, presentan un alto nivel de vulnerabilidad. Al no estar reconocidos, carecen de los derechos mínimos que garantiza la legislación laboral en el plano individual, así como de las normas de protección social. Junto con ello, no gozan de representación eficaz en el plano colectivo y, por ende, de la posibilidad de hacer oír su voz en defensa de sus derechos e intereses. Generalmente, tienen empleos inestables, de bajos ingresos e irregulares.

Como hemos indicado, dentro de este concepto integrador incluiremos, también, a los denominados “falsos honorarios”. Nos referimos a personas que prestan un servicio personal, bajo subordinación y dependencia, sobre la base de la figura de un contrato de prestación de servicios, suscribiendo con su empleador —público o privado— un contrato a honorarios que se rige por las cláusulas del respectivo convenio, así como por la legislación civil, y que niega expresamente la aplicación de la legislación laboral.

2. Datos que alarman: el empleo desprotegido y precario en Chile

Cuando las personas no cuentan con un contrato de trabajo escrito, se les desconoce la calidad de trabajadores dependientes (falsos honorarios) o trabajan forzadamente por “cuenta propia”, sus derechos laborales se ven gravemente vulnerados, quedando al margen de la protección que brinda la legislación laboral.

Como constata la OIT, la economía informal ha crecido en casi todos los puntos del planeta, incluidos los países industrializados: “La mayor parte de los nuevos empleos de los últimos años, particularmente en los países en desarrollo y en transición, se ha creado en la economía informal”, y esto se debe a las dificultades de encontrar un empleo o emprender una actividad en la economía formal.⁹ En efecto, del total de la población mundial ocupada (de 15 años y más), dos mil millones trabajan en la economía informal, representando el 61,2% del empleo mundial.¹⁰

De acuerdo a los datos proporcionados por la última Encuesta de Caracterización Socioeconómica Nacional (CASEN 2017), la tasa de participación laboral en Chile, es decir, la proporción de personas que

9 OIT, op. cit., p. 1.

10 OIT, *Women and Men in the Informal Economy: A Statistical Picture*, 2018.

participa del mercado del trabajo (sean ocupados o en situación de desempleo), considerando a las personas de 15 y más años, es del 59,4%. La tasa de ocupación, en tanto, es del 54,8%.

Ahora, del total de la población ocupada, el 75,8% es asalariado o dependiente, lo que incluye a los trabajadores del sector público, de empresas públicas, del sector privado y servicio doméstico; en tanto, un 24,2% es trabajador no dependiente. De la población ocupada dependiente, un 85,8% señala tener un contrato firmado o por firmar y un 12,9% indica no tenerlo. Finalmente, la encuesta CASEN nos muestra que, de los trabajadores dependientes, el 72,2% tiene un contrato o acuerdo de trabajo indefinido.

En julio de 2017, el Instituto Nacional de Estadísticas (INE) dio inicio al levantamiento oficial de estadísticas sobre informalidad laboral.¹¹ Para el trimestre abril-junio 2019, la tasa de ocupación informal fue de un 28,8%. La tasa de ocupación informal femenina fue de un 30%, en tanto que la masculina de un 27,9%. En los últimos 12 meses los ocupados informales aumentaron en un 1,3%, incremento que está influido por los trabajadores por cuenta propia (3,0%) y el personal del servicio doméstico (12,9%).

En cuanto a la categoría ocupacional, la mayor tasa de ocupación informal se encuentra en los trabajadores por cuenta propia (65,7%), seguido por el trabajo doméstico, donde la tasa de informalidad laboral alcanza al 53,4%. Luego están los asalariados privados, donde la tasa de informalidad laboral es del 16,5%, los empleadores con un 13,6% y los asalariados públicos con un 10,6%.

Respecto a los trabajadores por cuenta propia, de acuerdo a los datos proporcionados por el INE, representan el 50,8% del total de ocupados informales, registrando la mayor tasa de informalidad laboral del período (65,7%). Es por ello que cuando, en diversos periodos de reportes estadísticos, se habla del aumento de los puestos de trabajo, se debe tener presente que, en ese crecimiento, el trabajo por cuenta propia tiene una incidencia importante. Ahora, este aumento o crecimiento del trabajo por cuenta propia no implica, necesariamente, la generación de puestos de trabajo de calidad, ya que generalmente son emprendimientos endebles con escasa capacidad de proyección en el tiempo y esencialmente informales.

En efecto, de acuerdo a la encuesta de micro emprendimiento del INE, de un universo aproximado de 1.992.578 personas microempendedoras, el 17% corresponde a empleadores y el 83% a trabajadores por

11 Instituto Nacional de Estadísticas, *Estadísticas de informalidad laboral: Marco conceptual y manual metodológico*, 2018. El marco conceptual que se adopta para esta medición es el promovido por la OIT en el Manual Estadístico sobre el sector informal y el empleo informal, de 2013.

cuenta propia. Este microemprendimiento genera cerca de 3 millones de puestos de trabajo en el país (representan un 22,3% de la fuerza laboral de Chile). Respecto a la formalidad de estos negocios, los datos de la encuesta nos muestran que el 52,2% de los negocios son informales, es decir, no han iniciado actividades en el Servicio de Impuestos Internos. Ahora, en cuanto a las personas empleadas en estos microemprendimientos, la encuesta nos señala que tienen un promedio de 1,7% trabajadores. A su vez, el 66,5% de los microempresarios que emplearon trabajadores muestra una mayor prevalencia por los acuerdos de palabra, mientras que un 18,2% tiene una mayor cantidad de trabajadores con acuerdos escritos.¹²

En lo referido a los asalariados (trabajadores dependientes o por cuenta ajena), de acuerdo a los datos de la Fundación Sol, en Chile existen 1.031.848 trabajadores asalariados sin contrato de trabajo escrito. Si analizamos por rama de actividad, tenemos que un 56,3% de los asalariados sin contrato está en los hogares, un 26,9% en la agricultura, un 27,4% en alojamiento, un 18,8% en otros servicios, un 19,5% en construcción, un 15,3% en el comercio, un 12,1% en salud, un 12% en otras ramas, un 8,1% en industria y un 6,5% en educación.¹³

Las cifras recién descritas nos hablan de una presencia no menor del trabajo informal en nuestro país, lo que nos lleva a preguntarnos por las causas o factores que provocan estas altas cifras de informalidad laboral y cómo exactamente se configura su desprotección. Recordemos que para el trimestre abril-junio 2019, la tasa de ocupación informal se situó en un 28,8%, incrementándose en 0,1% porcentuales en 12 meses. Los ocupados informales aumentaron en un 1,3%, lo que equivale a 30.750 personas, aumento en que incidieron los trabajadores por cuenta propia (3,0%), el sector comercio (7,7%) y los hogares como empleadores (11,2%).¹⁴

2.1. CAUSAS DE LA ALTA PRESENCIA DEL TRABAJO INFORMAL

Dentro de los factores que propician la informalidad, se debe distinguir entre aquellos de índole económica –reducción de costos o disminución de riesgos para enfrentar crisis económicas–, de los de origen político-sindical, que dicen relación con estrategias para evitar el

12 Análisis extraído de la Encuesta de Microemprendimiento 2017 (V EME), síntesis de resultados; y del Boletín de Microemprendimiento en Chile, elaborado por la Unidad de Estudios División de Política Comercial e Industrial del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, 2018.

13 Fuente: Fundación SOL en base a microdatos de Nueva Encuesta Nacional de Empleo, INE. Cifras liberadas el 31 de mayo de 2019.

En esta categoría –asalariados sin contrato– se incluye a personas que cumplen horario, reciben órdenes y en algunos casos dan boletas a honorarios, pero no tienen un contrato de trabajo escrito.

14 INE, *Boletín estadístico: informalidad laboral*, Edición N° 7, 6 de agosto de 2019.

surgimiento de sindicatos y eludir los imperativos de la negociación colectiva.

Para alcanzar tales objetivos, muchas empresas recurren a técnicas como el aumento de las contrataciones temporales, en desmedro de la contratación indefinida; la externalización (subcontrato y suministro de trabajadores); contratación a honorarios o comercial (a través de empresas individuales de responsabilidad limitada); contratación por medio de acuerdos informales o de palabra, etc.¹⁵ Se trata de distintas estrategias que persiguen eludir el cumplimiento de la legislación laboral para reducir costos o evitar la acción colectiva de los trabajadores por medio de sindicatos.

Una de las figuras elusivas que llama la atención y que precariza aún más los empleos que la simple contratación a honorarios de trabajadores —los cuales en los hechos cumplen jornada, reciben instrucciones, están sujetos a control, etc.—, es la del “falso emprendedor”, modalidad que está siendo utilizada en nuestro país en grandes empresas como Coca Cola y CCU, en específico en las áreas de reparto.

Todos hemos visto los tradicionales camiones de CCU o de Coca-Cola, donde choferes y peonetas son los encargados de distribuir los bebestibles que producen y comercializan estas grandes empresas. Respecto a la modalidad de contratación de estos trabajadores, tradicionalmente pertenecían a un área donde rige el subcontrato: la empresa —CCU o Coca-Cola— encarga a otra empresa contratista el servicio de distribución, suscribiendo un acuerdo comercial a fin de que realice la labor de reparto con trabajadores externos a la compañía. Sin embargo, hace unos años, las grandes empresas en cuestión han diseñado una estrategia consistente en modificar la modalidad contractual de los trabajadores. Dicha estrategia transforma a los trabajadores subordinados en independientes, denominándolos “emprendedores”, por lo que los excluyen de la legislación laboral. Para realizar este cambio en la modalidad de contratación, los ex trabajadores debieron constituir una Empresa Individual de Responsabilidad Limitada. Sin embargo, siguen desempeñando las mismas funciones que antes, bajo régimen de exclusividad (solo pueden prestar el servicio de distribución a las empresas CCU o Coca-Cola) y con las pautas e instrucciones de trabajo que regían cuando estaban sujetos a un contrato de trabajo. En otras palabras, pese al cambio de la modalidad de contratación, que supuestamente debiera implicar una mayor autonomía y flexibilidad para el trabajador, sigue existiendo una prestación de servicios personales, bajo subordinación y dependencia.¹⁶

15 Estrella Díaz y Thelma Gálvez, “Taller de coyuntura. Informalidad laboral: conceptos y mediciones, parte 1”, Departamento de Estudios de la Dirección del Trabajo, p. 18.

16 Esta nueva modalidad de contratación se puede observar en el estudio de las causas judiciales RIT T-1163-2017 del 2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, O-2565-2017, O-5043-2017, ambas del Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, entre otras.

Con esta figura del “falso emprendedor” se deslabora a quienes han tenido la calidad de trabajadores dependientes por años, esencialmente, con el objetivo de disgregar a los trabajadores para imposibilitar su acción sindical.¹⁷

Otra forma de eludir las responsabilidades inherentes a la calidad de empleador es el trabajo a través de plataformas digitales, donde se promueve el lema “sé tu propio jefe”. Se trata de empresas que operan como conectores entre un usuario que requiere de un servicio y otra persona que está interesada en resolver esa necesidad con el objeto de generar un ingreso, por medio de plataformas digitales. Según los dueños de estas plataformas, quienes llevan a cabo el servicio solicitado por el usuario no son trabajadores dependientes, sino que personas independientes que buscan ingresos extras a través de un trabajo flexible que no tiene jornada.

Nuevamente, nos encontramos con un área de informalidad laboral y, en consecuencia, de desprotección, donde el trabajador está imposibilitado de hacer valer sus derechos. Quienes prestan servicios a través de plataformas digitales no tienen protección laboral alguna, ya que trabajan bajo la lógica de ser independientes, escudándose los dueños de estas plataformas en que ellos operarían como simples “intermediarios tecnológicos”.

El problema radica en verificar si quien ejecuta el servicio solicitado por el usuario es verdaderamente un trabajador independiente o autónomo, o en realidad, está bajo las órdenes y dirección de alguien que regula y dirige esa actividad y, por tanto, es más que un mero “intermediario tecnológico”.

El trabajo que se realiza a través de plataformas digitales crece día a día y se diversifican los servicios que se ofrecen a los usuarios a través de las mismas. Sin duda, es un trabajo atractivo para quienes no han logrado ocuparse en un empleo formal y, sobre todo, para quienes deben combinar vida laboral con vida familiar. Ahora, la flexibilidad y oportunidad de trabajo que ofrecen estas plataformas no debieran estar reñidas con la protección laboral de quienes se desempeñan en ellas, esencialmente, por la asimetría que existe entre quien presta el servicio y los dueños de las plataformas.

En efecto, quienes ofrecen su trabajo a través de plataformas digitales no son tan libres como se suele creer. Primero, deben cumplir una serie de requisitos para poder inscribirse como potenciales ejecutores del servicio que un usuario pueda solicitar. Segundo, a través de la

17 Para analizar el caso de los “falsos emprendedores”, nos remitimos a la investigación realizada por Jorge Ayala: *Conflicto sindical y mediación estatal en regímenes laborales de subcontratación. El caso de los trabajadores de la Coca Cola y CCU*, Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Sociales, 2017.

plataforma se genera un sistema de vigilancia y control del trabajador, monitoreándose, por ejemplo, cuándo se conecta a la aplicación y los tiempos de respuesta a los usuarios. A partir de esa información se generan rankings e informes semanales que determinarán la cantidad de pedidos que recibirá el trabajador y, en este sentido, estará constantemente presionado a cumplir las metas de la compañía, perdiendo parte de la flexibilidad que se le ofrecía.

Recordemos que el contrato de trabajo es de carácter consensual y que, en razón de ello, nuestro Código del Trabajo reconoce la presunción de laboralidad. Esto implica que, existiendo una prestación de servicios personales, remunerada por un tercero y que se ejecuta bajo su subordinación y dependencia, habrá un contrato de trabajo, independiente de la figura contractual que haya dispuesto ese tercero. Para el caso de las plataformas digitales, la subordinación y dependencia se manifestará esencialmente en elementos de control de la actividad, tales como, la medición de los tiempos de reparto, el uso de la indumentaria que identifica a la compañía, etc.¹⁸

La flexibilidad existente en materia de jornada —el trabajador define cuándo se conecta a la aplicación—, no constituye un dato relevante para descartar la existencia de un contrato de trabajo. En efecto, el propio Código del Trabajo (artículo 22 inciso 2°) contempla la figura de liberación del cumplimiento de jornada. Esto quiere decir que es posible la existencia de contratos de trabajo sin jornada laboral, hipótesis normativa que se aplicaría para los trabajadores de plataformas digitales que tampoco están sujetos a una jornada, al menos, de carácter fija y rígida.

Nuestro país no está ajeno a este debate. A propósito de la discusión legislativa sobre el proyecto de ley que moderniza la legislación sobre transporte remunerado de pasajeros,¹⁹ se formuló una consulta a la Dirección del Trabajo, a fines de 2016, para que se refiera a la situación de los conductores de Uber. A raíz de ello, la Dirección del Trabajo realizó una fiscalización investigativa a la empresa que administra en Chile Uber Technologies Inc. De esa inspección resultó la verificación de diversos indicios de laboralidad —entre ellos, se puede destacar la existencia de un proceso de selección y posterior capacitación para el uso de la plataforma, pago por los servicios efectuados que es realizado semanalmente al conductor a través de depósitos electrónicos,

18 Para un análisis más detenido de la problemática vinculada con la eventual laboralización de los trabajadores de plataformas digitales, se recomienda el artículo: Boris Muñoz, "Uber, la subordinación y las fronteras del Derecho del Trabajo. Algunas ideas para delimitar", *Revista chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. 9, N° 17, 2018.

19 Boletín 10937-2015, proyecto de ley iniciado por Mensaje Presidencial N° 181-364, del 6 de octubre de 2016.

el conductor debe aceptar un catálogo de obligaciones dispuesto por Uber, entre otros—, concluyendo el órgano administrativo que son los Tribunales de Justicia los que deben determinar si en la especie existe o no una relación de carácter laboral.²⁰

Este debate ha llegado a los Tribunales del Trabajo, pero los resultados han sido contrarios a los intereses de los trabajadores de plataformas digitales. El Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, en causa caratulada *Thomson con Uber Chile Spa.*, descartó la tesis de la laboralización, sosteniendo que la empresa Uber Chile Spa. solo facilita el soporte tecnológico para captar clientes a través de una aplicación telefónica, estimando insuficientes los indicios acreditados por el demandante como para calificar tal relación como de naturaleza laboral. El sentenciador señala que “no se encuentra configurada subordinación alguna entre las partes, esto es, no existen antecedentes que la empresa ejerza poder sobre el actor y que el mismo se ejerza a través de directrices que en caso de incumplimiento sean sancionables o castigadas y la circunstancia, omitida por el demandante, que los servicios fueron desconectados, previa conversación con él, frente al reclamo de un cliente, no es más que la consecuencia de un mal servicio, que la empresa como dueño del software tiene la absoluta libertad de elegir con qué otro independiente lo comparte, al igual que el conductor tiene la libertad de aceptar o no una solicitud o incluso de conectarse”.²¹

Más allá de que la determinación de la existencia de una relación laboral pasa por aportar al juicio elementos de prueba indiciarios de la subordinación y dependencia (es una cuestión fáctica), consideramos errónea la interpretación sustentada en el fallo. Como hemos señalado, que exista una jornada de trabajo fija y rígida no es un elemento gravitante de la subordinación y dependencia, por lo que la libertad que tendría el trabajador para conectarse a la aplicación e, incluso, para aceptar o no una solicitud de servicio, no excluye *per se* la existencia de una relación de trabajo dependiente.

Desde la perspectiva de la OIT, el trabajo en plataformas digitales se caracteriza porque los trabajadores reciben remuneraciones inferiores al salario mínimo, hay flujos impredecibles de ingresos y ausencia de protección laboral.²² En definitiva, son trabajadores que están lejos de poder conseguir un trabajo decente.

20 Dirección del Trabajo, Ordinario N° 6165, del 29 de diciembre de 2016.

21 Sentencia pronunciada por el Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago en causa RIT O-1388-2015, con fecha 24 de noviembre de 2016. Esta sentencia va en contra de la tendencia jurisprudencial internacional que ha ampliado las fronteras del derecho del trabajo, reconociendo la laboralidad de esta forma de prestación de servicios. Por todos sentencia N° 53/19 del Juzgado de lo Social N° 33 de Madrid, pronunciada con fecha 11 de febrero de 2019.

22 OIT, *Las plataformas digitales y el futuro del trabajo: cómo fomentar el trabajo decente en el mundo digital*, resumen ejecutivo, p. 5.

3. EL TRABAJO FORMAL Y LA PRECARIEDAD LABORAL

La precariedad que caracteriza al trabajo informal también está presente en el trabajo formal. En otras palabras, tener un trabajo formal con contrato, no garantiza a las personas gozar de un empleo estable, con buenos salarios y condiciones dignas. Ciertamente, tienen más protección que las personas con empleos informales, pero, no obstante, la formalización del vínculo tampoco es garantía de acceso a un trabajo decente.

Será necesario, en consecuencia, un análisis más complejo donde la dicotomía formal/informal se rompe, ya que conceptualmente un empleo puede ser formal y a la vez precario.²³ Es por ello que para erradicar la precariedad propia del trabajo informal, no basta con la escrituración de un contrato (la formalización del vínculo), sino que además es necesario que esa formalización venga acompañada con condiciones de trabajo decente.

Como indica la propia OIT, tener un empleo no siempre garantiza condiciones de vida decentes,²⁴ y esta situación nos pone ante un problema transversal, que no solo toca al empleo informal, sino que también al formal. Abundan los trabajos mal remunerados, inestables, con escaso o nulo acceso a la protección social y al goce de derechos laborales, entre ellos los de carácter colectivo.

La precariedad laboral, desde el punto de vista de los derechos de los trabajadores, es un fenómeno que comienza a gestarse a mediados de los años setenta y que se inscribe, junto con la informalización de las relaciones laborales, “en un nuevo paradigma de acumulación”. Se instaura un modelo de relaciones laborales que, en el plano individual, se caracteriza por el uso de herramientas flexibles en la contratación y en el despido, la polivalencia o multifuncionalidad de los trabajadores y la alta rotación en los puestos de trabajo. Un nuevo paradigma que redundaría en la reducción de derechos y protecciones sociales.²⁵ Junto con ello, desde la perspectiva de la estructura productiva, con el objeto de reducir costos laborales, entre otros objetivos, se recurre a la externalización, descentralizando los procesos productivos en empresas de menor tamaño.

A partir de lo anterior, emerge una reinterpretación del fenómeno de la informalidad que postula una complementariedad entre el sector informal y la economía formal capitalista.²⁶

Considerando lo anterior, junto con el sector y ocupación informal, incluiremos, dentro del fenómeno del trabajo desprotegido, a los

23 Gonzalo Durán y Karina Narbona, op. cit., p. 6.

24 OIT, “*Perspectivas sociales y del empleo en el mundo*”. Tendencias 2019.

25 Para el caso chileno, esta nueva concepción de relaciones laborales se instaura a partir de la reforma laboral de 1979. Estrella Díaz y Thelma Gálvez, op. cit., p. 8.

26 *Ibid.*, pp. 8-9.

asalariados del sector formal con condiciones precarias de contratación. Para Narbona y Durán, un empleo formal también puede ser precario, cuestión que denominan como “formalidad precarizante”. Esto, a juicio de los autores, genera un quiebre de la dicotomía formal/informal, dando paso a un análisis más complejo, donde postulan que la informalidad y la formalidad precarizante remiten a un área de superexplotación.²⁷

La precariedad del empleo formal puede tener sus raíces en diversos factores: inestabilidad del empleo, sea por la flexibilidad que imponga el modelo de terminación de la relación de trabajo (libre despido), o por el uso de contratos atípicos o temporales (plazo fijo, obra o faena, entre otros); inseguridad social, derivada de la falta o inexistencia de un verdadero sistema de seguridad social; opacidad o ambigüedad del empleador, lo que se produce en aquellas empresas que operan bajo múltiples razones sociales o bajo el trabajo en régimen de subcontratación laboral o suministro de trabajadores, generando con ello una confusión en torno a cuál es el verdadero empleador. También se pueden rastrear las causas de la precariedad del empleo formal en la inconsistencia salarial, cuestión que deriva de sistemas remuneracionales con alta variabilidad de salarios (remuneraciones con un componente variable de consideración), trabajadores remunerados por debajo del costo de reproducción, bajos salarios generalizados, etc. Además, se produce por la falta de representación y poder de los trabajadores, lo que deriva de la inexistencia de organización sindical en el lugar de trabajo, sea por las trabas que impone el sistema legal, cultura empresarial antisindical, etc. O bien puede existir organización sindical, pero el marco legal o modelo normativo es especialmente restrictivo, coartando la acción colectiva de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La precariedad también tiene su origen en la inseguridad laboral, lo que comprende a los trabajos con jornadas laborales extensas,²⁸ asalariados con movilidad funcional o polifuncionalidad, asalariados que prestan servicios en condiciones inseguras, con altos factores de riesgos laborales, etc.²⁹

En el caso de Chile, el propio modelo facilita o incorpora la precariedad. Varios ejemplos se pueden dar para ver como la precariedad laboral está institucionalizada en nuestro modelo.

27 Gonzalo Durán y Karina Narbona, op. cit., pp. 6-7.

28 Recordemos que Chile es uno de los países donde más horas se trabaja en el mundo. Ciperchile: “Reducción de la jornada laboral y salud mental en Chile”. 20 de agosto de 2019.

29 *ibid.*, pp. 8-9.

Primero, en relación a la inestabilidad laboral, sabido es que en nuestro país la causal de despido por “necesidades de la empresa”,³⁰ encubre un sistema de libre despido, ya que a través de ella se le brinda flexibilidad de salida a la parte empresarial sin mayores trabas: la sanción legal en caso que un trabajador decida impugnar esta causal por ser improcedente, acarrea, apenas, un recargo del 30% de la indemnización por años de servicio que le correspondería al trabajador.

Hay que tener presente que la herramienta del despido es un acto de fuerza del empleador, “un fenómeno de violencia inserto en los itinerarios de la autoridad empresarial (...). La empresa, a través de la privación del trabajo a una persona, procede a expulsarla de una esfera social y culturalmente decisiva, es decir de una situación compleja en la que a través del trabajo ésta obtiene derechos de integración y de participación en la sociedad, en la cultura, en la educación y en la familia. Crea una persona sin cualidad social, porque la cualidad de la misma y los referentes que le dan seguridad en su vida social dependen del trabajo”.³¹ Por otra parte, esta libertad de despido genera en los trabajadores un disciplinamiento tal que los inmoviliza ante situaciones de abuso del poder empresarial por el temor a perder su fuente de ingresos.

Profundizando en el tópico de la inestabilidad laboral, nuestro modelo reconoce figuras contractuales abiertamente precarias. Una de ellas es el contrato de los trabajadores portuarios eventuales. Se trata de un contrato que se celebra por un número de horas —que suelen ser 7 horas y media—, y que es a la vez contrato y finiquito. No genera derechos asociados a la antigüedad, como indemnizaciones por años de servicio o feriados, por nombrar algunos.³² Esta realidad ha llevado a que, en diversos periodos, los trabajadores portuarios eventuales se movilicen a fin de lograr condiciones laborales más justas y equitativas, al estimar que este contrato especial de trabajo “constituye una figura jurídica que consagra el empleo precario por definición”.³³

30 Esta causal de despido está consagrada en el artículo 161 inciso 1° del Código del Trabajo, en los siguientes términos: “Sin perjuicio de lo señalado en los artículos precedentes, el empleador podrá poner término al contrato de trabajo invocando como causal las necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, tales como las derivadas de la racionalización o modernización de los mismos, bajas en la productividad, cambios en las condiciones del mercado o de la economía, que hagan necesaria la separación de uno o más trabajadores”.

31 Antonio Baylos y Joaquín Pérez Rey, *El despido o la violencia del poder privado*, Madrid, Editorial Trotta, 2009, p. 44.

32 Este contrato está regulado en el artículo 134 del Código del Trabajo en los siguientes términos: “El contrato de los trabajadores portuarios eventuales es el que celebra el trabajador portuario con un empleador, en virtud del cual aquél conviene en ejecutar una o más labores específicas y transitorias de carga y descarga de mercancías y demás faenas propias de la actividad portuaria, a bordo de las naves, artefactos navales y recintos portuarios y cuya duración no es superior a veinte días”.

33 Portalportuario: “Fenatraporchi: El contrato del portuario eventual consagra el empleo precario”. 20 de diciembre de 2018.

Junto a este tipo de contrato, por naturaleza precario, nuestra legislación permite la contratación a plazo fijo y por obra o faena, modalidades contractuales que en el último tiempo han ido ganando terreno, generando con ello una alta tasa de rotación laboral. Por otro lado, la contratación indefinida no está siendo utilizada para crear puestos de trabajo estables, con proyecciones de carrera y que perduren en el tiempo. De acuerdo a una investigación empírica realizada por Durán, el 50% de los contratos indefinidos dura menos de 15 meses, en tanto que un 50% de los contratos a plazo fijo dura menos de 4 meses.³⁴

Esto se traduce en que personas con contrato de trabajo indefinido estén igualmente afectadas por el fenómeno de la precariedad laboral, tanto por la flexibilidad del despido, como por los factores que pasaremos a analizar a continuación.

En primer lugar, el tener un contrato de trabajo indefinido, si bien conlleva la obligación de retención y pago de cotizaciones por parte del empleador, no garantiza al trabajador acceder a un verdadero sistema de protección social, especialmente cuando se analiza el sistema de pensiones chileno estructurado sobre la base de la capitalización individual (ahorro forzoso del trabajador).

De acuerdo a un estudio reciente de la Fundación Sol, a diciembre de 2018, el 50% de los 684 mil jubilados, que reciben una pensión de vejez por edad, obtuvo menos de \$151.000, cifra que está muy por debajo del ingreso mínimo actual de \$301.000. Ahora, en el tramo de aquellas personas que lograron cotizar entre 30 y 35 años, el 50% recibió una pensión menor a \$296.332. Para el caso de las mujeres la situación es aún más desastrosa. El 50% de las 394.643 mujeres que se jubilaron por edad, recibe una pensión menor a \$138.000 y la pensión mediana para las mujeres, que alcanzaron a cotizar entre 30 y 35 años, solo alcanzó a \$281.722.

Estos datos nos muestran una de las peores caras del empleo en Chile: no obstante tener contratos de trabajo indefinido y haber cotizado prácticamente toda la vida laboral, el 50% de las pensiones de nuestros trabajadores es inferior al ingreso mínimo actual. Y para los nuevos pensionados las cifras son aún más alarmantes: el 50% de las 125 mil personas que se pensionaron durante 2018 solo logró autofinanciar una pensión menor a \$48.000, y el 50% de las personas que lograron cotizar entre 30 y 35 años en su vida laboral, alcanzó a autofinanciar una pensión inferior a \$216.000.

La investigación termina concluyendo que 8 de cada 10 nuevos pensionados no logran autofinanciar una pensión superior a la línea de la

34 Gonzalo Durán, "Fragmentation, Job Instability and Abolitionist Decentralisation in Collective Bargaining. The Chilean Case", working paper submitted for the International Labour Process Conference, Vienna, 2019.

pobreza, lo que demuestra que el sistema de capitalización individual de las AFP está completamente fracasado ya que no consigue otorgar pensiones suficientes y dignas.³⁵

Otro de los factores que condicionan esta formalidad precarizante son los bajos salarios existentes en nuestro país, lo que se ve agravado por la falta de poder de los trabajadores chilenos producto de la debilidad sindical.

Respecto a los salarios, la encuesta CASEN 2017 nos muestra que, en promedio, los trabajadores chilenos perciben una remuneración de \$516.892 líquidos al mes. Ahora, cuando se refleja la mediana el resultado es crítico: el umbral máximo alcanzado por la mitad de los trabajadores es tan solo de \$350.000 líquidos al mes. Para el caso de las mujeres, esta mediana del ingreso de la ocupación principal alcanza solo los \$300.000 líquidos.

De acuerdo a un estudio realizado por la Fundación Sol, en base a la información obtenida de la última CASEN, el panorama general del valor de la fuerza de trabajo en Chile es el siguiente: el 54,3% de los trabajadores gana menos de \$350.000 líquidos y el 74,3% gana menos de \$500.000 líquidos. Solo el 16,1% gana más de \$700.000 líquidos.³⁶

En cuanto a las categorías ocupacionales, los salarios más bajos se encuentran en el servicio doméstico y en el trabajo por cuenta propia, dos categorías que a su vez se enlazan con altos índices de informalidad laboral y donde las mujeres tienen una participación relevante. Otra cuestión importante, que nos muestra el estudio de la Fundación Sol, es que el problema de los bajos salarios en Chile es una realidad transversal, ya que, si nos centramos en el análisis de los trabajadores asalariados del sector privado, el 70% gana menos de \$490.000 líquidos, e incluso en el mundo de las grandes empresas (aquellas que tienen 200 o más trabajadores), solo el 30% gana más de \$600.000 líquidos. Ahora, analizando la mediana de ingresos en las pequeñas y grandes empresas, los resultados muestran que en el primer grupo el 50% de los trabajadores gana menos de \$300.000 y en el segundo la mediana alcanza solo los \$400.000 líquidos.³⁷

Ahora, si a esta realidad del trabajo formal se añaden los índices de informalidad laboral descritos *supra*, tenemos que en Chile la mayoría de los trabajadores está en una situación límite. Esto, como hemos visto, por la necesidad de recurrir a trabajos de subsistencia (vendedores callejeros, por ejemplo); prestar un servicio personal o material a otro sin que exista de por medio un contrato de trabajo escrito, o tener

35 Marco Kremerman y Recaredo Gálvez, *Pensiones bajo el mínimo, resultados del sistema de capitalización individual en Chile*, Fundación SOL, julio de 2019, p. 3.

36 Gonzalo Durán y Marco Kremerman, *Los bajos salarios de Chile. Análisis de la Encuesta CASEN 2017*, Fundación SOL, abril de 2019, p. 3.

37 Gonzalo Durán y Marco Kremerman, *op. cit.*, pp. 4-5.

que aceptar figuras donde se impone el lema “ser tu propio jefe”, en circunstancias que se trata, en los hechos, de un trabajo subordinado, como ocurre en los casos de los falsos emprendedores o labores por medio de plataformas digitales. Esta situación precaria, como lo revisamos, también puede tener su causa en un contrato de trabajo escrito que no garantiza condiciones de trabajo estables y dignas, ni una buena remuneración.

4. Estándares internacionales vulnerados: trabajo decente

Los trabajadores informales carecen de una reglamentación de sus contratos que establezca derechos básicos, tales como salario mínimo, límite de la jornada laboral, derecho a descanso (diario y semanal), derecho a vacaciones, pago de horas extras, etc. Asimismo, carecen de una regulación del despido y de una prohibición general del despido arbitrario, de estabilidad en el empleo, de capacitación y perfeccionamiento laboral, expectativas de ascenso y carrera, de protección contra accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, y de representación colectiva de sus intereses (derecho de sindicación, negociación colectiva y huelga). En otros términos, la informalidad laboral conlleva un déficit de trabajo decente, vulnerando todos los convenios internacionales que establecen condiciones mínimas de trabajo, entre otros: Convenio n° 1 sobre las horas de trabajo (industria); n° 12 sobre la indemnización por accidentes del trabajo; n° 14 sobre el descanso semanal; n° 20 sobre trabajo nocturno; n° 26 relativo a los métodos para la fijación de salarios mínimos; n° 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación; n° 98 sobre el derecho de sindicación y negociación colectiva; n° 103 relativo a la protección a la maternidad; n° 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación); n° 121 relativo a las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedad profesionales; n° 138 sobre la edad mínima; n° 182, sobre las peores formas de trabajo infantil; n° 156 sobre trabajadores con responsabilidades familiares; n° 161, relativo a los servicios de salud en el trabajo, y n° 189 sobre las trabajadoras/es domésticas/os.

El trabajo informal, al estar fuera de la legislación laboral, vulnera también lo dispuesto en el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, al no garantizar condiciones de trabajo dignas y satisfactorias que aseguren en especial:

a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores:

- Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a

las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual

- Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto;
- b) La seguridad y la higiene en el trabajo;
- c) Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad;
- d) El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos.

Asimismo, contraviene lo dispuesto en el artículo 8 del referido pacto, toda vez que a quienes no se les reconoce la calidad de trabajadores dependientes (trabajadores informales) no gozan de las garantías de los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga.

Se trata de un trabajo desprotegido, donde hay una violación sistemática y grave a los derechos humanos fundamentales del trabajo. Esta violación de derechos no puede ser avalada por la irrupción de una crisis económica o el aumento del nivel de desempleo, argumentos que suelen usarse para justificar el aumento de las tasas de informalidad. Tal como lo afirma la OIT, “no debería haber un nivel más bajo de aplicación de las normas de trabajo fundamentales para los trabajadores informales. Ni la pobreza ni la existencia de un sector informal pueden servir como excusa para justificar la violación o el incumplimiento de los derechos fundamentales”.³⁸ Desde la perspectiva de la OIT, los convenios fundamentales del trabajo se aplican a todas las personas, independiente del tipo de trabajo que realizan y del sector o actividad económica donde lo ejerzan.

Ahora bien, como hemos podido apreciar, la ausencia de algunos de estos derechos no es algo propio del trabajo informal, sino que se extiende a muchos trabajadores y trabajadoras que se desempeñan en el sector formal. Por tanto, los déficits de trabajo decente se registran en el ámbito formal e informal, aunque la gravedad de la desprotección suele ser asociada al sector informal.

De acuerdo a la declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, toda persona que trabaja debe gozar de derechos y en las relaciones laborales debe primar la libertad sindical y de asociación y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva. Así también, se debe eliminar toda forma de trabajo forzoso u obligatorio, el trabajo infantil y la discriminación en materia de empleo y ocupación.³⁹

38 OIT, op. cit., p. 46.

39 OIT, *Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento*. Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, 1998, párrafo 2.

En el trabajo informal hay una carencia de derechos, razón por la cual se produce una flagrante violación a los principios fundamentales en esta materia. Los trabajadores informales no gozan del derecho a sindicarse, ni mucho menos de los derechos de negociación colectiva y huelga. Esto en contradicción con lo planteado por la OIT. Este organismo señala que tener representación y poder hacer oír la voz de los trabajadores constituye un derecho fundamental y, también, “un medio a través del cual los trabajadores informales pueden asegurarse otros derechos y conseguir un trabajo decente”.⁴⁰

Como no se les reconoce la calidad de trabajadores dependientes, los falsos trabajadores a honorarios, desde el marco normativo nacional, solo pueden recurrir a la constitución del denominado sindicato de trabajadores independientes, es decir, aquel que agrupa a trabajadores que no dependen de empleador alguno.⁴¹ Sin embargo, esta figura sindical únicamente garantiza a los trabajadores gozar de una representación, pero no se les reconocen derechos esenciales para la defensa de sus intereses, como la negociación colectiva y la huelga.

Por otro lado, los verdaderos trabajadores independientes tienen la posibilidad de organizarse bajo la figura del sindicato de trabajadores independientes. No obstante, constituyen organizaciones frágiles, de limitada eficacia, con poca o nula influencia sobre las autoridades públicas o empresas de la economía formal.⁴² En el Informe de la OIT sobre el trabajo en el mundo 1997-1998, se señala que “las asociaciones existentes en este sector tienden, de hecho, a contar con una escasa cobertura geográfica, y su eficacia y carácter duradero se ven socavados por la falta de regularidad y de estabilidad de los empleos e ingresos de sus afiliados. Su lucha diaria para poder sobrevivir, su falta de conocimientos técnicos y de gestión, y su escasa capacidad para movilizar recursos procedentes de fuentes exteriores limitan la cobertura de estas asociaciones y su gama de servicios y actividades”.⁴³

En lo que dice relación con el trabajo forzoso, este se produce precisamente en la economía informal al estar fuera de los márgenes de la ley.⁴⁴ Lo mismo ocurre respecto del trabajo infantil, el que por lo

40 OIT, op. cit., pp. 44-45.

Recordemos que la libertad sindical está consagrada en la Constitución de la OIT y los dos convenios básicos que tratan sobre la misma son el Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación (N° 87), y el Convenio sobre derecho de sindicación y negociación colectiva (N° 98).

41 Artículos 216 letra c) del Código del Trabajo.

42 Op. cit., p. 81.

43 OIT, *El trabajo en el mundo 1997-1998: Relaciones laborales, democracia y cohesión social*, Ginebra, 1997, pp. 207-209.

44 Dentro del trabajo forzoso se incluye la servidumbre por deudas y la explotación y el maltrato de personas objeto de tráfico ilegal. Los dos instrumentos básicos relativos a la eliminación del trabajo forzoso son el Convenio sobre el trabajo forzoso (N° 29) y el Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso (N° 105). OIT, op. cit., pp. 45 y 47.

general se presenta en la economía informal.⁴⁵ Finalmente, quienes se desempeñan en la informalidad, no gozan de igualdad de oportunidades y de trato, quedando fuera de protección legal, a diferencia de los trabajadores formalizados. La tendencia, en este ámbito, es que exista una mayor proporción de mujeres, jóvenes, discapacitados, minorías étnicas y migrantes en el empleo informal.⁴⁶

Cabe hacer presente, además, que los trabajadores informales, al estar excluidos de protección legal, no gozan de todas las garantías asociadas a la maternidad y a las responsabilidades familiares. En ese contexto, se hace vista gorda del Convenio N° 156 sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, pese a que la Comisión de Expertos en aplicación de convenios y recomendaciones ha solicitado a los Estados asegurar “que los trabajadores informales están protegidos contra toda discriminación, y se les ayude, en la medida de lo posible, para que puedan conciliar su trabajo y sus responsabilidades familiares”.⁴⁷

Ahora, si bien para la OIT no debiera existir un nivel inferior de derechos fundamentales para los trabajadores de la economía informal, en comparación con los trabajadores de la economía formal, lo cierto es que los trabajadores informales, sean por cuenta propia, falsos honorarios o derechamente trabajadores no formalizados (sin contrato de trabajo), están al margen de toda protección laboral y de seguridad social. De hecho, cuando los empleadores incorporan a personas sin contrato de trabajo o bajo una figura que busca esconder la verdadera calidad de trabajadores dependientes, como la suscripción de un contrato de honorarios o de prestación de servicios bajo la forma de “emprendedor”, lo que persiguen es, precisamente, no dar cumplimiento a la legislación laboral, sea para reducir costos, evitar la organización de trabajadores, etc.

Por si fuera poco, la falta de protección social es una realidad especialmente sensible en el caso de los trabajadores informales, ya que están más expuestos a riesgos laborales. Piénsese en los miles de vendedores ambulantes que transitan por las calles, en los trabajadores agrícolas expuestos a las inclemencias del clima, los trabajadores de Uber o Rappi que transitan en sus vehículos, motos o bicicletas por las calles, etc. Si alguno de estos trabajadores sufre algún accidente o enfermedad profesional o alguna discapacidad, no podrá acudir a la protección social.

45 Como advierte la OIT, “el trabajo infantil es casi enteramente un fenómeno propio de la economía informal”. Los instrumentos básicos sobre trabajo infantil son: Convenio sobre la edad mínima (N° 138) y el Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil (N° 182). OIT, op. cit., pp. 47-48.

46 OIT, op. cit., p. 45.

Los dos convenios básicos sobre eliminación de la discriminación y de la igualdad de oportunidades y trato son el Convenio sobre la discriminación en el empleo y ocupación (N° 111) y el Convenio sobre igualdad de remuneraciones (N° 100).

47 OIT, op. cit., p. 49.

La seguridad social debe cubrir diversos ámbitos, tal como lo plantea el Convenio N° 102 sobre la seguridad social: la asistencia médica y las prestaciones de enfermedad, desempleo, vejez, accidentes laborales, circunstancias familiares, maternidad, invalidez y sobrevivientes. En la 89° reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, de 2001, se sostuvo que “la seguridad social es muy importante para el bienestar de los trabajadores, de sus familias y de toda la sociedad. Es un derecho humano fundamental y un instrumento esencial para crear cohesión social, y de ese modo contribuye a garantizar la paz social y la integración social (...)”.⁴⁸

En relación con el acceso a la seguridad social, si bien algunos trabajadores en forma deliberada prefieren mantenerse en la informalidad, para no asumir los costos de la seguridad social o pagar impuestos, lo cierto es que, en el contexto económico nacional –con bajos salarios y alto nivel de endeudamiento de las personas–, parte importante de los trabajadores informales, que pertenecen a la categoría de “independientes o por cuenta propia”, no pueden asumir los costos de la seguridad social con sus ingresos. Esto, porque el dinero que perciben apenas alcanza para cubrir sus necesidades prioritarias, como la vivienda, la alimentación, la salud, la educación de los hijos, el transporte, los servicios básicos, etc. Desde la vereda de los asalariados encubiertos, suelen ser los empleadores los que eluden la aplicación de las normas laborales y de la seguridad social para reducir costos.

En relación a los trabajadores independientes (trabajadores a honorarios), cabe hacer presente que, si bien con la Ley 21.133 se establece un sistema de cotización obligatoria para las personas que emitan boletas a honorarios,⁴⁹ integrándolos al sistema de protección social de los trabajadores dependientes,⁵⁰ hay dos puntos críticos u objetables que no fueron debidamente abordados en el debate político.

El primero de ellos es la existencia de un porcentaje importante de falsos trabajadores a honorarios, esto es, trabajadores que emitiendo

48 89° reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo de 2001, párrafos 2 y 3.

49 La obligación de cotizar para todos los regímenes de seguridad social rige para los trabajadores que emitan boletas a honorarios por 5 o más ingresos mínimos mensuales en el año calendario y que tengan menos de 55 años, en el caso de los hombres y menos de 50 años las mujeres. La base imponible sobre la cual se calcularán las cotizaciones será el 80% de la renta bruta anual, equivaliendo la cotización al 17% de los ingresos brutos del año calendario anterior. Información obtenida del sitio web: <https://www.previsionsocial.gob.cl/sps/ley-honorarios/>.

50 La entrada en vigencia de la cotización obligatoria para los trabajadores a honorarios se materializó el año 2019 (Ley N° 21.133).

Con el sistema de cotización obligatoria lo trabajadores a honorarios accederán a los regímenes de seguridad social existentes en el país: Seguro de invalidez y sobrevivencia, seguros de accidente del trabajo y enfermedades profesionales, licencia médica y subsidios en caso de enfermedad de un hijo, salud, derecho a prestaciones familiares y pensiones de vejez.

boletas a honorarios, en los hechos, prestan sus servicios bajo subordinación y dependencia y, por tanto, deberían integrarse derechamente a toda la normativa protectora de la legislación laboral y de seguridad social. Al no haberse abordado este conflicto —que cruza tanto al sector privado como público—, el legislador estableció la obligación de cotizar sin reconocerles su calidad de trabajadores dependientes y, por tanto, el goce pleno de derechos laborales y de seguridad social. En ese sentido, con acierto, los dirigentes sindicales de la Unión de Trabajadores y Trabajadoras a Honorarios del Estado señalaron que lo único que garantiza la ley es la cotización, pero no derechos laborales, sindicales, ni estabilidad en el trabajo, estableciéndose en definitiva el descuento para la seguridad social, pero sin el goce de derechos.⁵¹

El segundo punto, que merece objeción, es que esta obligación de cotizar se tiene que realizar en el fracasado y deslegitimado⁵² sistema de Administradoras de Fondo de Pensiones (AFP) que opera bajo la lógica de la capitalización individual, lo que implica que la pensión de los trabajadores/as dependerá de los ahorros individuales aportados a lo largo de su vida laboral. Como grafica la Fundación Sol, en el año 2018 se pensionaron 124.938 personas y el 50% de ellas obtuvo pensiones menores a \$48.240,⁵³ dato que refleja el fracaso del sistema. Los trabajadores a honorarios de la Universidad de Chile, expresaron su rechazo a la ley de cotización obligatoria manifestando: “Esto es surrealismo mágico: No tenemos contratos, ni pensiones decentes, ni derechos laborales, ni salud pública de calidad, ni licencias médicas, ni derechos a maternidad/paternidad, pero el gobierno se felicita por transferir directamente de nuestro sueldo al lucro de las AFP”.⁵⁴

En esta línea, resulta pertinente recordar que el uso de figuras que buscan eludir la condición de empleador y por tanto, desconocer que los trabajadores tienen la calidad de dependientes, viola la Recomendación N° 198 de la OIT sobre relación de trabajo, específicamente la parte donde hace referencia a la política nacional de protección a los trabajadores. En efecto, la recomendación señala que los Estados partes deben combatir las relaciones laborales encubiertas, donde el empleador considera a un trabajador como si no fuese su empleado cuando en los hechos sí lo es. En el caso chileno, las escasas potestades fiscalizadoras de la Dirección del Trabajo impiden que haya un efectivo

51 Radio.uchile: “Descuentos sin derechos: diputados aprueban cotización obligatoria para honorarios”. 3 de enero de 2019.

52 La crítica ciudadana al modelo de capitalización individual de las AFP se ha canalizado a través de la coordinadora “No más AFP”, www.nomasafp.cl.

53 Valentina Doniez y Marco Kremerman, *Análisis crítico de la propuesta de pensiones del Gobierno de Sebastián Piñera*, Santiago, Estudios de la Fundación Sol, marzo de 2019.

54 El Mostrador: “Pésimas noticias para los trabajadores a honorarios: acusan que nueva ley hará que paguen el 5% adicional para mejorar pensiones”. 4 de enero de 2019.

combate de esas situaciones de encubrimiento de vínculo laboral, cuestión que quedó reflejada en el caso de la fiscalización investigativa de Uber Chile Spa.

CONCLUSIONES

El trabajo informal conlleva un déficit de trabajo decente. La incertidumbre salarial, inestabilidad laboral y la falta de protección social, son algunas de las características que acompañan a este tipo de empleo. Como lo recalca la OIT, “Estar en el empleo no siempre garantiza condiciones de vida decentes. Muchos trabajadores se ven en la situación de tener que aceptar puestos de trabajo carentes de atractivo, en general informales y mal remunerados, y tienen escaso o nulo acceso a la protección social y a los derechos laborales”.⁵⁵

Esta precariedad laboral no solo está presente en el trabajo informal, sino que, como hemos visto, también en el formal, siendo una constante en nuestro país la existencia de empleos de mala calidad, sea por el uso de contratos temporales, el subcontrato o suministro de trabajadores, los bajos sueldos, extensas jornadas laborales, etc.

Podemos concluir, entonces, que el déficit de trabajo decente al que hemos hecho referencia es transversal: cruza tanto al sector informal como formal. Ahora, para el caso de los trabajadores informales este déficit, sin duda, es más grave, ya que no tienen acceso a protección laboral y social y no se les reconoce su condición de trabajadores asalariados. En el caso de los trabajadores que sí cuentan con contrato de trabajo, la problemática radica en que esa formalidad no garantiza, necesariamente, buenas condiciones laborales.

RECOMENDACIONES

Para disminuir la tasa de informalidad laboral y elevar la calidad de los empleos proponemos la adopción de las siguientes medidas:

1. Fortalecer la capacidad de fiscalización de la Inspección del Trabajo: aumento de dotación y potestades fiscalizadoras, y mayor formación y perfeccionamiento de los fiscalizadores.
2. Realizar campañas de formación para que los trabajadores informales conozcan cuáles son sus derechos y cómo exigirlos. Estas campañas de información y difusión son muy relevantes para el caso de los trabajadores migrantes, minorías étnicas y mujeres.

55 OIT, *Perspectivas Sociales y del Empleo en el Mundo*, Tendencias 2019, p. 2.

3. Establecer un sistema de negociación colectiva por rama con el fin de dotar a los trabajadores de un mayor poder negociador y, de esa forma, las organizaciones sindicales puedan reivindicar de manera efectiva mejores condiciones de trabajo y remuneración.
4. Promover políticas públicas que propicien la eliminación del trabajo informal para garantizar el acceso de todos los trabajadores a la protección laboral y a la seguridad social.
5. Promover la legalización de empresas no registradas, eliminando trabas y reduciendo costos. Muchas veces los costos de formalización de la actividad económica son altos o los procedimientos sumamente complejos y burocráticos. Acoger, en este sentido la Recomendación N° 189 de la OIT⁵⁶ sobre la creación de empleos en las pequeñas y medianas empresas, en cuanto a la eliminación de barreras, reducción de costos de transacción e incremento de las ventajas de registrarse y legalizarse.
6. Proporcionar a las micro y pequeñas empresas asistencia técnica para una mejor comprensión y aplicación de la legislación laboral y de la seguridad social.

56 Recomendación relativa a las condiciones generales para fomentar la creación de empleos en las pequeñas y medianas empresas. Adoptada en la 86° Conferencia Internacional del Trabajo de junio de 1998, Ginebra.

**SEGUNDA PARTE:
INVESTIGACIONES EN
DERECHOS HUMANOS**

DISPARIDADES Y BARRERAS DE ACCESO A LA SALUD MENTAL EN PERSONAS LGBTI+: EL DERECHO A UNA ATENCIÓN CULTURALMENTE COMPETENTE¹

1 Este capítulo fue escrito por Claudio Martínez, Alemka Tomicic y Sebastián del Pino, con la colaboración de los alumnos de la Facultad de Derecho UDP, Sebastián Sandoval y Valeria Álvarez.

SÍNTESIS

Este capítulo pretende indagar en las desigualdades, discriminaciones y barreras de acceso a los servicios de salud mental que experimentan las personas LGBTI+, desde una perspectiva de derechos humanos. Para estos efectos, se presentan ciertas consideraciones y evidencias científicas pertinentes que son claras en destacar el riesgo de una mayor vulnerabilidad en salud mental entre las personas de sexualidad diversa. Asimismo, se toman en cuenta los estándares internacionales, aplicables a la materia, y se presentan los resultados de diversas entrevistas realizadas a profesionales que trabajan actualmente en alguno de los niveles del sistema de salud mental en Chile. Las personas entrevistadas se refirieron a la demanda de atención de este sector vulnerable de la población, al grado de visibilización o invisibilización de poblaciones LGBTI+ en salud pública, a las barreras a nivel del sistema de salud en su conjunto y a los obstáculos técnicos y de capacitación y formación de los profesionales en este ámbito.

PALABRAS CLAVE: Salud mental, personas LGBTI+, orientación sexual, identidad de género, expresión de género.

INTRODUCCIÓN

Este capítulo tiene como propósito indagar en las desigualdades y barreras de acceso existentes en lo que se refiere a los servicios de salud mental en salud pública a personas lesbianas, gais, bisexuales, trans, intersex y otras identidades sexuales no-normativas (en adelante, LGBTI+), desde una perspectiva de derechos humanos. Su objetivo principal es evaluar el cumplimiento de estándares internacionales de derechos humanos en lo que respecta a la accesibilidad y aceptabilidad de las prestaciones de salud mental en este grupo de especial protección. Esto implica analizarlo como un tema de salud pública y ver, entre otros aspectos, de qué manera se asegura la oportunidad y calidad de esos servicios y la competencia relativa a las especificidades de este grupo de la población –competencia cultural– de sus prestadores.

Para alcanzar estos objetivos, el estudio utiliza, entre otros materiales, el análisis cualitativo de las experiencias y perspectivas de profesionales de la salud mental que trabajan en los distintos niveles que conforman la provisión pública de salud mental en Chile, para el caso de usuarias y usuarios LGBTI+. Con estos antecedentes obtenidos a través de entrevistas personales y anónimas, se pretende identificar elementos que generen desigualdades y barreras de acceso a la salud mental de personas LGBTI+, en contraste con los compromisos internacionales que Chile ha adquirido en esta materia o que los sistemas –universal e interamericano– de derechos humanos han desarrollado y recomendado a los Estados.

Junto a lo anterior, en este capítulo se consigna una breve revisión bibliográfica respecto a las determinantes sociales de la salud mental entre las personas LGBTI+ y sobre necesidades y barreras para la atención psicológica y psicoterapéutica en esta misma población. Posteriormente, se presenta una síntesis de los principales estándares de derechos humanos relacionados con salud mental y diversidad sexual; y en un apartado distinto se consigna la normativa doméstica más relevante que se relaciona con la temática propia de este capítulo. Más adelante,

se detallan los aspectos metodológicos utilizados para esta investigación y sus principales resultados. El capítulo termina con conclusiones y recomendaciones dirigidas al Estado para solucionar las problemáticas identificadas.

1.CONTEXTO, ESTUDIOS Y LITERATURA SOBRE EL TEMA

Desde finales de la década de los noventa, se ha evolucionado hacia una progresiva y creciente apertura social y cultural en relación al reconocimiento de los derechos y la aceptación de las personas LGBTI+.^{2,3} Tanto a nivel internacional como nacional, los movimientos sociales y el activismo político han impulsado leyes e importantes cambios en el ámbito del reconocimiento civil, la no discriminación y la protección de los derechos humanos de la población de sexualidad diversa.⁴ De hecho, las sociedades occidentales, desde una perspectiva normativa, han evolucionado desde el castigo y criminalización de la llamada “sodomía” a la sanción de conductas de odio, rechazo y violencia, que se traduzcan en homo, lesbo y transfobia.⁵ No obstante, estudios realizados en Chile muestran que los índices de rechazo, de discriminación y de prejuicios contra personas LGBTI+ aún siguen siendo altos, a la vez que han emergido nuevas formas de prejuicios más sutiles o implícitas.^{6,7,8} La comunidad LGBTI+ vive, entonces, en una fuerte tensión entre esta mayor apertura política y social y las trabas culturales que mantienen aún su vida cotidiana amenazada y con importantes niveles de estrés.⁹ A nivel internacional, los trabajos de Meyer en torno

- 2 Carlos Cáceres y otros, “Review of Legal Frameworks and the Situation of Human Rights Related to Sexual Diversity in Low and Middle Income Countries, Genève, Suiza”, UNAIDS, 2018.
- 3 Marie-Anne Valfort, “LGBTI in OECD Countries: A Review”, *OECD Social, Employment and Migration Working Papers*, N° 198, 2017.
- 4 Panel Internacional de especialistas en legislación internacional de derechos humanos y en orientación sexual e identidad de género, *Principios de Yogyakarta: Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género*, 2007.
- 5 Daniel Borrillo, *Homofobia*, Barcelona, Ediciones Bellaterra, 2001. (Faltan páginas)
- 6 Manuel Cárdenas y Jaime Barrientos, “Actitudes explícitas e implícitas hacia hombres homosexuales en una muestra de estudiantes universitarios en Chile”, *Psyche*, 17 (2), 2008, pp. 17-25
- 7 Vittorio Lingiardi y otros, “New Italian Lesbian, Gay and Bisexual Psychotherapy Guidelines: A Review”, *International Review of Psychiatry*, 27 (5)27(5), 2015, p. 405.
- 8 Sonia Correa, *Gender Ideology: Tracking its Origins and Meanings in Current Gender Politics*, Departamento de Estudios de Género, The London School of Economic and Political Sciences, 2017.
- 9 Jaime Barrientos y otros, “Características sociodemográficas, bienestar subjetivo y homofobia en una muestra de hombres gay en tres ciudades chilenas”, *Cad. Saúde Pública*, 30 (6), 2014, pp. 1259-1269.

al Modelo de Estrés de Minorías,^{10,11} y otros nacionales, han producido abundante evidencia sobre cómo la exposición permanente, la victimización y la discriminación *homolesbobitransfóbica* conducen a que la población LGBTI+ presente peores indicadores de salud mental que sus pares heterosexuales y cisgénero.¹²

1.1 Determinantes sociales de la salud mental LGBTI+ e internalización del estigma

Desde la primera edición del Manual Diagnóstico y Estadístico de Trastornos Mentales (DSM, 1952) de la Asociación Americana de Psiquiatría (APA), y gracias al activismo LGBTI+ y a la investigación psicológica despatologizante de la diversidad sexual, la homosexualidad fue progresivamente desclasificada como trastorno mental, siendo eliminada definitivamente del DSM en su tercera versión revisada, publicada en 1987. Por su parte, las identidades trans fueron incluidas como trastorno de la identidad de género en 1973 con la publicación del DSM-III. En la actual y última versión de este manual (DSM-V),¹³ esta categoría diagnóstica fue renombrada como disforia de género, en un intento de despatologizar a las personas trans, aun cuando permanece la discusión entorno a la conveniencia de mantener o no este diagnóstico, principalmente relacionada con la posibilidad de asegurar que los seguros cubran las prestaciones médicas asociadas a los procesos de transición (e.g. terapias hormonales, cirugías de reafirmación de género).¹⁴ Por su parte, durante más de 25 años, la Organización Mundial de la Salud (OMS), en su Clasificación Internacional de Enfermedades y Trastornos relacionados con la Salud Mental (CIE-10),¹⁵ mantuvo una serie de diagnósticos asociados con la diversidad sexual y de género dentro de categorías pertenecientes a las disfunciones sexuales no causadas por un trastorno orgánico o enfermedad, trastornos de identidad de género, trastornos de la preferencia sexual, y trastornos psicológicos y conductuales asociados con el desarrollo y la orientación sexual. En el transcurso de estas décadas, y a partir de los sustanciales

10 Ilan Meyer, "Minority Stress and Mental Health in Gay Men", *Journal of Health and Social Behavior*, 36, 1995, pp. 38-56.

11 Ilan Meyer, "Prejudice, Social Stress and Mental Health in Lesbian, Gay and Bisexual Population: Conceptual Issues and Research Evidence", *Psychological Bulletin*, 129 (5), 2003, pp. 674-697.

12 Alemka Tomicic y otros, "Suicidio en poblaciones lesbiana, gay, bisexual y trans: Revisión sistemática de una década de investigación (2004-2014)", *Revista Médica de Chile*, 144 (6), 2016, pp. 723-733

13 American Psychiatric Association, *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (5th ed.)* DSM-V, Washington, DC, 2013.

14 Markus Bidell y Lara Stepleman, "An Interdisciplinary Approach to Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender Clinical Competence, Professional Training, and Ethical Care: Introduction to Special Issue". *Journal of homosexuality*, 64 (10), 2017, pp. 1306-1329.

15 *Ibid*

avances en investigación sobre las mencionadas categorías diagnósticas, así como también debido a los cambios sociales, políticos, legales y de estándares en derechos humanos, finalmente la OMS aprobó, en 2007, revisar el CIE. Luego de la revisión, se entregaron los resultados ratificados por la Asamblea Mundial de la Salud, en mayo de 2018,¹⁶ que incluyen la despatologización de la homosexualidad y la desclasificación como patología de las identidades transgénero.

Uno de los resultados de estos procesos de despatologización ha sido el surgimiento de los modelos de estrés social para comprender la alta prevalencia de problemas de salud mental entre las personas de sexualidad diversa.^{17,18,19,20} En una revisión sistemática de diez años (2004-2014) de investigación sobre suicidio y salud mental LGBTI+, se concluyó que la suicidalidad es un problema mayor en estas poblaciones, observándose prevalencias de entre 20 a 50% de comportamientos suicidas, y siendo estas conductas hasta siete veces más probables en personas de la diversidad sexual en comparación con las personas heterosexuales y cisgénero.²¹ Asimismo, existe abundante evidencia respecto a los serios problemas de salud mental que afectan a las personas LGBTI+, tales como las altas prevalencias de trastornos del ánimo y ansiedad^{22,23,24} y el consumo problemático de alcohol y drogas.²⁵ Esta evidencia respecto a las disparidades en salud mental que afectan a las personas pertenecientes a la diversidad sexual y de género, puede ser extrapolable a Chile si se considera su asociación directa con los índices de discriminación y violencia homolesbóbitransfóbica, los

16 World Health Organization, *International Classification of Diseases*, 11th Revision (ICD-11), 2018.

17 Jaime Barrientos y otros, "Características sociodemográficas, bienestar subjetivo y homofobia en una muestra de hombres gay en tres ciudades chilenas". *Cad. Saúde Pública*, 30 (6), 2014, pp. 1259-1269,

18 Markus Bidell y Lara Stepleman, "An Interdisciplinary Approach...", op.cit.

19 Carmen Logie, "The Case for the World Health Organization's Commission on the Social Determinants of Health to Address Sexual Orientation", *American Journal of Public Health*, 102 (7), 2012, pp. 1243-1246.

20 Ilan Meyer, "Prejudice, Social Stress...", op. cit.

21 Alemka Tomicic y otros, "Suicidio en poblaciones lesbiana, gay, bisexual...", op. cit.

22 Susane Cochran y Vickie Mays, "Estimating Prevalence of Mental and Substance-Using Disorders Among Lesbians and Gay Men from Existing National Data", en Allen Omoto y Howard Kurtzman (Eds.), *Sexual Orientation and Mental Health: Examining Identity and Development in Lesbian, Gay, and Bisexual People*, Washington, DC, American Psychological Association, 2006, pp. 143-165.

23 Michael King y otros, "A Systematic Review of Mental Disorder, Suicide, and Deliberated Self-Harm in Lesbian, Gay, and Bisexual People", *BMC Psychiatry* (8), 2008, p. 70.

24 Ilan Meyer y otros, "Lifetime Prevalence of Mental Disorders and Suicide Attempts in Diverse Lesbian, Gay, and Bisexual Populations", *Research and Practice*, 97(11), 2007. Institute of Medicine (IOM), *The Health of Lesbian, Gay, Bisexual, and Transgender People: Building Foundation for Better Understanding*, Washington (DC), National Academy Press, 2011.

25 Michael King y otros, "A Systematic Review...", op. cit.

que se han descrito, desde diversas fuentes, como elevados en nuestro país.^{26,27,28,29,30}

De manera sistemática, la investigación ha mostrado las diferencias en términos de salud mental entre las personas LGBTI+ y sus contrapartes heterosexuales y cisgénero, las que se han atribuido a los efectos del estrés relacionado con la estigmatización provocada por la identidad de género y la orientación sexual diversa.^{31,32} El Modelo de Estrés de Minorías³³ es una de las teorías más importantes para comprender los procesos sociales que subyacen a estos indicadores de salud mental negativos en las poblaciones LGBTI+. Este modelo identifica cuatro procesos de estrés de minorías, dentro de las categorías llamadas distales y proximales. Así, los eventos externos como, por ejemplo, la victimización y la discriminación *homolesbobitransfóbica* y las actitudes heterosexistas, como “la presuposición de heterosexualidad”, y la problematización de la diversidad sexual, son considerados procesos de estrés distales. Por su parte, la internalización del estigma sexual y el ocultamiento de la identidad de género y la orientación sexual diversa, figuran como estresores proximales.^{34,35} La intensidad y los efectos que tienen ambos tipos de estresores sobre los individuos dependen de las características de los diversos contextos sociales y culturales en que estos se desenvuelven, así como también de sus particulares trayectorias vitales y de la constitución de sus personalidades. El Modelo de Estrés de Minorías ha sido empleado a nivel internacional para fundamentar el desarrollo de políticas públicas de salud focalizadas en poblaciones LGBTI+,³⁶ entendiendo el estigma sexual como un tipo de estresor social que explica disparidades en salud, y específicamente en salud

26 Jaime Barrientos y otros, “Características sociodemográficas...”, op. Cit

27 Manuel Cárdenas y Jaime Barrientos, “Actitudes explícitas...”, op. cit.

28 J. Barrientos y otros, “Derechos, Política y Diversidad Sexual, Segunda encuesta marcha por la diversidad sexual, Santiago de Chile 2011”, Santiago, Universidad Católica del Norte [UCN]/Movimiento Unificado de Minorías Sexuales [MUMS], 2011.

29 Movimiento de Liberación Homosexual [MOVILH]. XVII Informe de Anual de Derechos Humanos. *Diversidad Sexual y de Género en Chile (Hechos 2018)*, Santiago de Chile, 2019.

30 Agrupación Lésbica Rompiendo el Silencio, *Ser Lesbiana en Chile*, Santiago de Chile, 2019.

31 APA/Division 44, “Guidelines for Psychotherapy with Lesbian, Gay, and Bisexual Clients”, *American Psychologist*, 55 (12), 2000.

32 Mark L. Hatzenbuehler y otros, “Stigma as a Fundamental Cause of Population Health Inequalities”, *American Journal of Public Health*, 103(5), 2013.

33 Ilan Meyer, “Minority Stress and Mental Health in Gay Men”, *Journal of Health and Social Behavior*, 36, 1995.

34 Jeanine Cogan y otros, “Internalized Stigma Among Sexual Minority Adults: Insights From a Social Psychological Perspective”. *Journal of Counseling Psychology*, 56 (1), 2009.

35 Matthew Michaels y otros. “A Minority Stress Model for Suicidal Ideation in Gay Men”. *Suicide and Life-threatening Behavior*, 46 (1), 2016.

36 U. S. Department of Health and Human Services. Lesbian, Gay, Bisexual, and Transgender Health. 2020 Topics & Objectives. 2016. <https://www.healthypeople.gov/2020/topics-objectives/topic/lesbian-gay-bisexual-and-transgender-health/objectives>

mental, que se suma a otros estresores sociales (e.g. nivel socioeconómico, marginación social) que históricamente han sido incorporados en las políticas y programas de intervención en salud.

2.2 Necesidades y barreras para la atención psicológica y psicoterapéutica en población LGBTI+

Como se ha señalado, se cuenta con bastante evidencia para plantear, de manera general, que las experiencias de estigmatización y discriminación asociadas a la diversidad sexual y de género, contribuyen de manera importante a las desigualdades y carencias en lo referido a la salud mental de estas poblaciones. Los estudios indican que las personas LGBTI+ solicitarían en mayor proporción atención psiquiátrica y psicológica que sus contrapartes heterosexuales y cisgénero.^{37,38} En consistencia con lo anterior, la evidencia proveniente de Norteamérica y de algunos países europeos, muestra que las personas LGBTI+ usan más los servicios de salud mental que las personas heterosexuales. Por ejemplo, en Canadá, entre 2003 y 2005, se reportaron elevadas tasas de uso de servicios de salud de diferentes disciplinas, en general, por parte de individuos LGBTI+, mostrando un incremento de más de 200% en comparación con los usuarios heterosexuales.³⁹ Por su parte, un estudio sobre prevalencia de uso de servicios de salud mental en Estados Unidos, encontró que más de la mitad de los hombres gay y bisexuales había acudido a alguna forma de tratamiento psicológico o psiquiátrico y en una proporción mayor en comparación con hombres heterosexuales. Además, dos tercios de las mujeres lesbianas y bisexuales encuestadas reportaron haber sido usuarias de servicios de salud mental y, también, en una proporción mayor comparada con sus contrapartes heterosexuales.⁴⁰ Recientemente, Platt y otros (2017)⁴¹ han señalado que en Estados Unidos la prevalencia anual de consulta con un profesional de salud mental es de 18,91% para gays y lesbianas y de 25,97% para bisexuales. En Chile, por su parte, una encuesta sobre prejuicios y competencias clínicas para el trabajo con pacientes de la diversidad sexual y de género realizada en 2017 a 556 profesionales de la salud mental a nivel nacional, mostró que un 77% había trabajado

37 S. D. Cochran y otros, "Prevalence of Psychiatric Disorders, Psychological Distress, and Treatment Utilization Among Lesbian, Gay, and Bisexual Individuals in a Sample of the U. S. Population", *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, 71, 2003.

38 Mary Ann Jones y Martha Gabriel, "Utilization of Psychotherapy by Lesbians, Gay Men, and Bisexuals: Findings From a Nationwide Survey", *American Journal of Orthopsychiatry*, 69 (2), 1999.

39 M. Tjepkema, "Health Care Use Among Gay, Lesbian and Bisexual Canadians", *Health Reports*, 19(1), 2008.

40 S. D. Cochran y otros, "Prevalence of Psychiatric Disorders...", op. cit.

41 Lisa Platt y otros, "Patterns of Mental Health Care Utilization Among Sexual Orientation Minority Groups", *Journal of Homosexuality*, 65 (2), 2017, pp. 135-153

alguna vez con un paciente LGBTI+ y un 42% se encontraba atendiendo a uno o más pacientes de la diversidad sexual al momento de responder.⁴² Por otro lado, en una encuesta sobre salud mental en personas LGBTI+ realizada en Chile, entre septiembre y octubre del 2018, un 18,1% de los y las participantes reportó estar en psicoterapia y un 64% haber acudido alguna vez a tratamiento psicológico y/o psicoterapéutico.⁴³ En este mismo sentido, los resultados de la reciente encuesta Ser lesbiana en Chile, indican que el 32,8% de las mujeres encuestadas recibió atención psicológica o psiquiátrica por su orientación sexual.⁴⁴ Estos datos, si bien no nos informan sobre la prevalencia de uso de servicios de salud mental por parte de personas LGBTI+ en comparación con sus contrapartes heterosexuales y cisgéneros, sugieren que la demanda de atención psicológica y psiquiátrica es alta y que las cifras reportadas en estudios provenientes de Estados Unidos y Canadá podrían ser extrapolables a nuestro contexto nacional.

No obstante lo ya señalado, las atenciones psicológicas y psicoterapéuticas parecen no lograr satisfacer las necesidades específicas de esta población.⁴⁵ Por ejemplo, un estudio realizado en la ciudad de Nueva York encontró que un 17,6% de los participantes LGBTI+, en comparación con un 8% de los participantes heterosexuales, se declararon insatisfechos con los servicios de salud mental recibidos.⁴⁶ Por su parte, en una encuesta realizada en Chile, de los y las participantes que señalaron acudir o haber acudido alguna vez a tratamiento psicológico, un 8,4% evaluó de manera negativa su experiencia de psicoterapia.⁴⁷ Junto con lo anterior, y evidenciado un problema mayor, la encuesta Ser lesbiana en Chile reportó que el 14,2% de las participantes manifestó haber sido obligada a asistir a atención psicológica y/o psicoterapéutica.⁴⁸ Esta situación se agudiza en el caso de las personas trans. Por ejemplo, resultados de una encuesta *online*, realizada por Simeonov,

42 Claudio Martínez y otros, *Psicoterapia Culturalmente Competente para el Trabajo con Pacientes LGBT+: Una Guía para Psicoterapeutas y Profesionales de la Salud Mental*. Centro de Estudios en Psicología Clínica y Psicoterapia (CEPPS), Facultad de Psicología, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2018.

43 Alemka Tomicic, *Internalización del estigma hacia la diversidad sexual y de género en personas LGBT: Análisis de su impacto sobre la salud mental y la búsqueda de ayuda psicológica*. Fondo Semilla de Investigación, Vicerrectoría de Investigación y Doctorado Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, 2018.

44 Agrupación Rompiendo el Silencio, *Encuesta Ser lesbiana en Chile*, 2019.

45 Sthepanie Budge y otros, "Improving the Lives of Sexual and Gender Minorities: The Promise of Psychotherapy Research", *Journal of Counseling Psychology*, 64 (4), 2017.

46 Anna Avery y otros, "Satisfaction With Mental Health Services Among Sexual Minorities With Major Mental Illness", *American Journal of Public Health*, 91(6), 2001.

47 Alemka Tomicic, *Internalización del estigma...*, op. cit.

48 Agrupación Lésbica Rompiendo el Silencio, "Ser Lesbiana en Chile", Santiago de Chile, 2019.

Steele, Anderson & Ross (2011),⁴⁹ revelaron que más del 50% de las personas LGBTI+ o identificadas como trans, no vieron cubiertas sus necesidades de atención de salud mental y que, particularmente, las personas trans habían dejado de acudir a estos servicios debido a experiencias negativas.

Entre las barreras de acceso a las atenciones de salud mental que enfrentan las personas LGBTI+, es posible distinguir aquellas que ocurren en el plano individual, de las que se presentan a nivel del sistema y de los psiquiatras, psicólogos y psicoterapeutas.⁵⁰ Respecto a las barreras individuales, algunos estudios señalan que el estigma internalizado, la hipervigilancia, la anticipación de situaciones de discriminación y las expectativas negativas respecto a la atención psicológica y psicoterapéutica constituyen importantes barreras de acceso para las personas LGBTI+.⁵¹ Así, por ejemplo, debido al estigma, muchos/as pacientes deciden no revelar su orientación sexual o identidad de género^{52,53,54} o declinan buscar ayuda profesional.^{55,56} Con respecto a las barreras a nivel de sistema, un estudio realizado en Canadá, con proveedores de servicios de salud mental, identificó barreras inherentes al modelo médico de atención, el que suele ignorar los aspectos particulares del contexto social de las personas LGBTI+ que buscan ayuda; barreras en relación con la poca disponibilidad de servicios de salud mental para brindar apoyo específico a las personas LGBTI+; y barreras referidas a los desincentivos del sistema para una práctica profesional afirmativa.⁵⁷ A nivel de la atención psicológica y psicoterapéutica, los estudios señalan que son pocos los y las profesionales de la salud mental que se han

49 Dorina Simeonov y otros, "Perceived Satisfaction With Mental Health Services in the Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender and Transsexual Communities in Ontario, Canada: An Internet-Based Survey", *Canadian Journal of Community Mental Health*, 34(1), 2011.

50 John McIntyre y otros, "Systems-level Barriers in Accessing Supportive Mental Health Services for Sexual and Gender Minorities: Insights from the Provider's Perspective", *Canadian Journal of Community Mental Health*, 30(2), 2011.

51 Anna Avery y otros, "Satisfaction with Mental...", op. cit.

52 J. Calton y otros, "Barriers to Help Seeking for Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender, and Queer Survivors of Intimate Partner Violence", *Trauma, Violence & Abuse*, 17 (5), 2016.

53 A. D'Augelli y otros, "Disclosure of Sexual Orientation, Victimization, and Mental Health Among Lesbian, Gay, and Bisexual Older Adults", *Journal of Interpersonal Violence*, 16, 2001.

54 K. Rossman y otros, "Qualitative Study Examining Young Adults' Experiences of Disclosure and Non-Disclosure of LGBTQ Identity to Healthcare Providers", *Journal of Homosexuality*, 64(10), 2017.

55 Markus Bidell & L. Stepleman, "An Interdisciplinary Approach...", op. cit.

56 J. Calton y otros, "Barriers to Help Seeking for Lesbian...", op. cit.

57 John McIntyre y otros, "Systems-level Barriers...", op. cit.

especializado en el trabajo con personas LGBTI+^{58,59,60} y que, junto con esto, los prejuicios y actitudes negativas, que de manera abierta o implícita tienen muchos/as de dichos profesionales hacia las personas de sexualidad diversa, se constituyen en una importante barrera para el uso de servicios de salud mental por parte de este grupo de especial protección.^{61,62}

La evidencia proveniente de estudios sobre actitudes hacia la diversidad sexual de parte de profesionales que se desempeñan en el ámbito de la salud mental, sugiere que los y las psicoterapeutas no son inmunes a los sesgos, prejuicios sociales y a la estigmatización psicológica de la diversidad sexual y de género e, inadvertidamente, los pueden perpetuar en su práctica con pacientes LGBTI+.^{63,64,65} Estos prejuicios y actitudes negativas se pueden encontrar encubiertos y ser expresados de manera implícita y no consciente por psicoterapeutas bien intencionados/as, aunque declaren estar en desacuerdo con las prácticas heteronormativas y apoyen causas por los derechos de la diversidad sexual y de género.⁶⁶ Así, por ejemplo, pacientes LGBTI+ han reportado discriminación, hostilidad y experiencias terapéuticas negativas sutiles

58 Markus Bidell, "Mind our Professional Gaps: Competent Lesbian, Gay, Bisexual, and Transgender Mental Health Services", *Counselling Psychology Review*, 31, 2016.

59 J. Grant y otros, "Injustice at Every Turn: A Report of the National Transgender Discrimination Survey", Washington, *National Center for Transgender Equality and National Gay and Lesbian Task Force*, 2011.

60 Kim Rutherford y otros, "Development of Expertise in LGBT Mental Health Service Provision: A Qualitative Study", *Medical Education*, 46, 2012.

61 Markus Bidell, "Mind our Professional Gaps...", op. cit.

62 Markus Bidell y L. Stepleman, "An Interdisciplinary Approach...", op. cit.

63 Icaro Bonamigo, *Precocineto contra diversidade Sexual e de gênero e prática clínica em psicologia*. Dissertação para a obtenção do título de Mestre em Psicologia Clínica do Programa de Pós-Graduação em Psicologia da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, UNISINOS, 2016.

64 Margarita Francia-Martínez y otros, "Actitudes, conocimiento y distancia social de psicoterapeutas con la comunidad transgénero y transexual", *Revista Puertorriqueña de Psicología*, 28 (1), 2017.

65 P. Levounis y A. Anson, "Identidade sexual no relacionamento entre terapeuta e paciente", en P. Levounis y otros (Eds.), *O livro de clínicos LGBT*, Porto Alegre: Artmed, 2014, pp. 89-99.

66 E. Allesi y otros, "Determinants of Lesbian and Gay Affirmative Practice Among Heterosexual Therapists", *Psychotherapy*, 52(3), 2015.

y encubiertas como microagresiones,^{67,68,69,70} esto es, comunicaciones expresadas por sus psicoterapeutas, de manera consciente o no, que implican creencias erróneas, prejuicios y estigmatización sexual y que son, en apariencia, inofensivas o sin sentido.⁷¹ La falta de entrenamiento específico, el desconocimiento de la cultura y la psicología LGBTI+, y la poca autoconciencia acerca de las propias creencias y actitudes hacia las personas de la diversidad sexual y de género, pueden desembocar en tratamientos en los que los y las pacientes experimenten microagresiones, de tal manera que confirmen sus temores y desconfianzas hacia la psicoterapia y aumenten la desesperanza respecto a la eventual ayuda que pudieran recibir. En otros casos, puede dar lugar a colusiones entre los prejuicios y creencias erróneas de el o la terapeuta y el estigma sexual internalizado de el o la paciente, profundizando las inseguridades y las angustias sobre sí mismo/a.^{72, 73, 74}

Todo lo anterior describe el contexto que provee la literatura científica nacional e internacional al propósito de fondo de este capítulo, que busca indagar en las inequidades y barreras de acceso presentes en los servicios de salud mental en el ámbito de salud pública hacia personas LGBTI+, desde una perspectiva de derechos humanos. La finalidad es evaluar el cumplimiento de estándares internacionales de derechos humanos en lo que respecta a la accesibilidad y aceptabilidad de las prestaciones de salud mental en este grupo de especial protección.

- 67 R. Bowers y otros, "Homophobia in Counseling Practice", *International Journal for the Advancement of Counselling*, 27, 2005.
- 68 B. Greene, "Delivering Ethical Psychological Services to Lesbian, Gay, and Bisexual Clients", in K. Bieschke y otros (Eds.), *Handbook of Counseling and Psychotherapy with Lesbian, Gay, Bisexual, and Transgender Clients*, Washington, DC, American Psychological Association, 2007, pp.181-199.
- 69 T. Israel y otros, "Therapists' Helpful and Unhelpful Situations with LGBT Clients: An Exploratory Study", *Professional Psychology: Research and Practice*, 39, 2008.
- 70 K. Shelton y E. Delgado-Romero, "Sexual Orientation Microaggressions: the Experience of Lesbian, Gay, Bisexual, and Queer Clients in Psychotherapy", *Journal Counseling Psychology*, 58, 2011.
- 71 D. Sue y C. Capodilupo, "Racial, gender and sexual orientation microaggressions: Implications for counseling and psycho-therapy", In D. W. Sue y D. Sue (Eds.), *Counseling the culturally diverse: Theory and practice*, New York, NY: Wiley, 2007, pp. 109-131.
- 72 M. King y otros, *A Systematic Review of Research...*, op. cit.
- 73 Alemka Tomicic, Nina Immel, Claudio Martínez, "Tan Cerca pero Tan Lejos": Experiencias de Ayuda Psicológica y Psicoterapéutica durante Procesos de Suicidio de Jóvenes LGBT", *Atas - Investigação Qualitativa em Saúde/Investigación Cualitativa en Salud*, 2, 49-59, 2019.
- 74 Claudio Martínez y Alemka Tomicic, "Coming out is not the same of feeling pride of who oneself is: Outness process and internalized stigma in a psychotherapy case", *50st Annual Meeting of the Society for Psychotherapy Research*, Buenos Aires, Argentina, julio 2019.

3. ESTÁNDARES DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS RELATIVOS A LA SALUD MENTAL DE PERSONAS LGBTI+

Para identificar los estándares de derechos humanos que son aplicables a la provisión de servicios de salud mental satisfactorios a personas de sexualidad diversa, hay que partir desde materias mucho más generales que las que se habían presentado hasta ahora. En este sentido, el reconocimiento y garantía del derecho a la salud por parte de los Estados, es una materia sensible y compleja para asegurar el bienestar de las personas que se encuentran bajo su jurisdicción. El artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC, en adelante) dispone que “[los] Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental” sin discriminación alguna (artículo 2.2 del PIDESC). El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC), tratando de precisar los alcances del artículo 12, ha manifestado que el derecho a la salud “[...] está estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos y depende de esos derechos”.⁷⁵ En tal sentido, el reconocimiento y garantía del derecho a la vida y a la integridad física y psíquica se vinculan ineluctablemente con el derecho a la salud.⁷⁶

En relación a la precisión de los elementos normativos de este artículo, es decir, aquellos factores que deben ser considerados por los Estados dentro de sus legislaciones y políticas domésticas a fin de asegurar la vigencia del derecho a la salud, el Comité DESC ha afirmado que la prerrogativa reconocida en el artículo 12 PIDESC abarca, entre otros, al menos dos elementos esenciales e interrelacionados que son relevantes para esta investigación: accesibilidad y aceptabilidad.⁷⁷

La accesibilidad implica que “[los] establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte”.⁷⁸ De modo más preciso, en relación a la no discriminación en el acceso a la salud, el Comité DESC ha puntualizado que “los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles, de hecho y de derecho, a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por

75 Comité DESC, *Observación general número 14 sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*, 11 de agosto de 2000, párr. 3.

76 El derecho a la vida se encuentra reconocido en el artículo 3 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos* y en el artículo 6 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*.

77 Otros elementos mencionados por el Comité son la disponibilidad y la calidad. La disponibilidad se refiere a que el Estado debe contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención; por su parte, la calidad se refiere a que los bienes y servicios de salud deben ser apropiados desde una perspectiva científica y médica.

78 *Ibid.*, párr. 12.

cualquiera de los motivos prohibidos [de discriminación]”.⁷⁹ Es decir, el Pacto prohíbe toda exclusión en lo referente al acceso a la atención de la salud –y los factores determinantes básicos de la salud, así como a los medios y derechos para conseguirlo– fundada en características personales como la orientación sexual, entre otras.⁸⁰

En relación a la aceptabilidad, el Comité DESC la ha caracterizado como una condición mediante la cual

Todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados, es decir, respetuosos de la cultura de las personas, las minorías, los pueblos y las comunidades, a la par que sensibles a los requisitos del género y el ciclo de vida, y deberán estar concebidos para respetar la confidencialidad y mejorar el estado de salud de las personas de que se trate.⁸¹

La generalidad de estos estándares de derechos humanos en cuanto al reconocimiento del derecho de toda persona a disfrutar del nivel más alto posible de salud física y mental no margina de su aplicación a grupos específicos de la población, especialmente cuando se trata de grupos históricamente discriminados. En lo que respecta al acceso y aceptabilidad de prestaciones de salud mental por parte de personas LGBTI+, son los instrumentos de *soft law*⁸² los que han desarrollado más prolíficamente la materia, destacándose los denominados *Principios de Yogyakarta*.⁸³

El principio 17 del documento mencionado, también relativo al

79 *Ibíd.*

80 *Ibíd.*, párr. 18.

81 *Ibíd.*, párr. 12.

82 Aun siendo verdad que el *soft law* carece en sí mismo de valor vinculante, a diferencia de los tratados (*hard law*), está lejos de ser inútil. El *soft law* en muchas ocasiones precisa los alcances de una obligación estatal dispuesta en un “instrumento duro” o puede dar origen a futuras obligaciones vinculantes que cristalizarán en tratados o convenciones. Sin perjuicio de lo anterior, no existen obstáculos jurídicamente atendibles para que un Estado no pueda aplicar los estándares que se han establecido en un “instrumento blando”, v.gr. leer la nota siguiente.

83 Los Principios de Yogyakarta contienen una serie de axiomas, cuyo fin es la aplicación de los derechos humanos en relación a la orientación sexual y la identidad de género. Fueron elaborados por una comisión de expertas y expertos a petición de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Mary Robinson, en 2006, quien participó en su elaboración; y fueron presentados al Consejo de Derechos Humanos en 2007. Aunque no son vinculantes para nuestro país, en múltiples ocasiones se ha recomendado que el Estado chileno los incorpore a su legislación vigente. El caso más claro es el Examen Periódico Universal 2009, ocasión en la que Chile acogió, entre otras, las recomendaciones de Suecia y Holanda de prohibir por ley la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género y abordarla en los programas y políticas de igualdad, y utilizar *Los Principios de Yogyakarta* como guía en la formulación de políticas.

derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, indica que “[todas] las personas tienen el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género”. Al especificar el alcance de este derecho, el documento indica, entre otras, las siguientes obligaciones que recaen sobre los Estados:

- Desarrollarán e implementarán programas encaminados a hacer frente a la discriminación, los prejuicios y otros factores sociales que menoscaban la salud de las personas debido a su orientación sexual o identidad de género.
- Asegurarán que todos los prestadores de servicios para la salud traten a sus usuarios y usuarias y las parejas de ellos y de ellas sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, incluso en lo concerniente al reconocimiento como parientes más cercanos o cercanas.
- Adoptarán las políticas y los programas de educación y capacitación que sean necesarios para posibilitar que quienes trabajan en el sector de salud brinden a todas las personas el más alto nivel posible de atención a su salud, con pleno respeto por la orientación sexual e identidad de género de cada una.

El principio 18, sobre protección contra los abusos médicos, indica:

Ninguna persona será obligada a someterse a ninguna forma de tratamiento, procedimiento o exámenes médicos o psicológicos, ni a permanecer confinada en un establecimiento médico, por motivo de su orientación sexual o su identidad de género. Con independencia de cualquier clasificación que afirme lo contrario, la orientación sexual y la identidad de género de una persona no constituyen, en sí mismas, trastornos de la salud y no deben ser sometidas a tratamiento o atención médicas, ni suprimidas.

El literal f) del principio 18, indica que los Estados “[garantizarán] que ningún tratamiento o consejería de índole médica o psicológica considere, explícita o implícitamente, la orientación sexual y la identidad de género como trastornos de la salud que han de ser tratados, curados o suprimidos”.

Ciertas obligaciones mencionadas en los *Principios de Yogyakarta* fueron relevadas nuevamente por el Relator Especial de Naciones Unidas sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. De tal modo, el Relator recomendó a los Estados derogar las leyes que criminalizan la homosexualidad y adoptar medidas de sensibilización sobre los derechos de las personas LGBTI+; establecer

mecanismos de control que garanticen el cumplimiento de las obligaciones estatales relativas a salvaguardar el derecho al disfrute de la salud, incluyendo mecanismos de protección contra la violación de derechos; e instruir a los y las profesionales de la salud en los derechos humanos y crear un entorno propicio a la acción y participación colectivas.⁸⁴

Más recientemente, el Experto Independiente de Naciones Unidas sobre la protección de la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, ha recomendado a los Estados adoptar “[...] medidas para mejorar la salud y el bienestar de las personas lesbianas, gais, bisexuales, transgénero y de género no conforme y para garantizar su acceso a servicios de atención de la salud e información relacionada con la salud de calidad”.⁸⁵ El Experto Independiente también ha efectuado un llamado a los Estados para que prohíban “[...] la denominada ‘terapia de conversión’, los reconocimientos médicos forzados, incluidos los exámenes anales, los tratamientos involuntarios, las evaluaciones psiquiátricas forzadas o involuntarias, las intervenciones quirúrgicas y la esterilización forzadas o bajo coacción y otros procedimientos médicos coercitivos impuestos a las personas lesbianas, gais, bisexuales, transgénero y de género no conforme”.⁸⁶

En el ámbito interamericano, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre reconoce, en su artículo XI, el derecho de toda persona “[...] a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad”.

El Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (usualmente denominado Protocolo de San Salvador), en su artículo 10, dispone que toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. A pesar de que el Estado chileno firmó este instrumento internacional en 2001, aún se encuentra pendiente su ratificación.

Una situación parecida ocurre con la Convención interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia, firmada por el Estado de Chile en 2015, pero cuya ratificación continúa pendiente. Este último tratado dispone expresamente que la orientación sexual y la identidad y expresión de género son categorías sospechosas de discriminación. En

84 Relator Especial de Naciones Unidas sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, *Informe A/HRC/14/20*, 27 de abril de 2010, párr. 76, letras a), d) y e).

85 Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, *Informe A/HRC/28/43*, 11 de mayo de 2018, párr. 99.

86 *Ibíd.*, párr. 100.

consecuencia, cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia, ya sea en el ámbito público o privado, que tenga el objeto de anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos o libertades fundamentales, es discriminación (artículo 1).⁸⁷ También dispone que los Estados deben prevenir, eliminar, prohibir y sancionar la denegación del acceso a cualquiera de los derechos sociales, económicos y culturales, entre los que se encuentra el derecho a la salud (artículo 4.XII). Asimismo, esta Convención plantea que los Estados deben adoptar leyes que definan y prohíban claramente la discriminación y la intolerancia, aplicables a personas naturales y jurídicas, públicas y privadas, en el área de la salud, entre otras (artículo 7).

Sin perjuicio de que el Estado de Chile no ha ratificado estos instrumentos, los órganos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos han precisado que la prohibición de cualquier discriminación en razón de la orientación sexual, identidad y expresión de género incluye la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales que se derivan de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, entre los que se encuentra el derecho a la salud.⁸⁸

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH), en atención a los argumentos señalados anteriormente, ha recomendado que los Estados diseñen e implementen “[...] políticas públicas que garanticen los derechos de las personas LGBTI a acceder a los servicios de salud, sin discriminación, violencia o malos tratos de cualquier tipo, [en este sentido es necesario garantizar] protocolos de salud que atiendan a las especificidades de las personas LGBTI, [y adoptar] y hacer cumplir medidas efectivas para prevenir y sancionar la discriminación contra las personas LGBTI, o aquellas percibidas como tales, en el sector de la salud”.⁸⁹

87 Sin perjuicio de la consagración expresa de la orientación sexual, identidad y expresión de género como categorías protegidas en la *Convención interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia*, la Corte IDH ya había planteado, en el fallo del caso *Atala Riffo y niñas versus Chile*, que estas se encontraban protegidas por el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Este estándar ha sido ratificado por la Corte IDH en los casos posteriores *Flor Freire versus Ecuador* y *Duque versus Colombia*. Esta consideración también ha sido expuesta por la Corte en su *Opinión consultiva sobre identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, OC-24/17, del 24 de noviembre de 2017, en la que se expresa que “la orientación sexual y la identidad de género, así como la expresión de género son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual, identidad de género o expresión de género 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, su identidad de género y/o su expresión de género” (párr. 78).

88 CIDH, *Informe de fondo caso Ángel Alberto Duque versus Colombia*, No. 5/14, de 2 de abril de 2014, párr. 68.

89 CIDH, *Reconocimiento de derechos de personas LGBTI*, OAS/Ser.L/V/II.170, 7 de diciembre de 2018, p. 138.

Más específicamente, la Comisión ha expresado su preocupación por las llamadas “terapias” que tienen por finalidad “modificar” la orientación sexual o identidad de género de una persona. En este sentido, la Comisión “[...] ha instado a los Estados a adoptar medidas para garantizar efectivos procesos de regulación y control de los médicos y profesionales de la salud que ofrecen estos servicios y, en general, que tales prácticas que generan daño en la salud física, mental y social no deberían ser aceptadas como terapias médicas, debiendo, por lo tanto, ser prohibidas”.⁹⁰ Junto a esto, cobra particular relevancia su recomendación en orden a que los Estados adopten “[...] medidas comprensivas de sensibilización y concientización para eliminar la estigmatización, los estereotipos y la discriminación contra las personas LGBTI, o aquellas percibidas como tales”.⁹¹ En relación a este punto, de modo más preciso, la CIDH ha recomendado que los Estados dispongan la realización de “[...] actividades de capacitación, periódicas y sostenidas, para funcionarios públicos sobre orientación sexual, identidad de género y expresión de género, diversidad corporal, así como los desafíos a que estas personas se enfrentan, particularmente para servidores de la administración de justicia, y de los sectores de educación, empleo y salud”.⁹²

En síntesis, conforme al elenco de obligaciones vinculantes provenientes del derecho internacional de los derechos humanos, a la jurisprudencia invocada, a las opiniones de los órganos de tratado, a los procedimientos especiales y a lo indicado por los organismos regionales, es posible advertir dos estándares de carácter general relativos a la materia abordada en este capítulo: i. el derecho a la salud, tanto física como mental, es una prerrogativa que debe ser garantizada por los Estados mediante el acceso a prestaciones aceptables y de calidad; ii. la orientación sexual y la identidad y expresión de género son categorías protegidas, de modo que queda proscrita cualquier distinción basada en estas consideraciones subjetivas. Conjugando estos dos estándares esenciales se derivan los siguientes:

- Queda prohibida cualquier exclusión en lo referente al acceso a la salud, incluyendo la mental, por características personales como la orientación sexual, identidad y expresión de género.
- El Estado debe adoptar las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole para asegurar que los bienes y servicios de salud sean respetuosos de la ética médica y de los derechos de los grupos de especial protección, entre los que se encuentran las personas LGBTI+.

90 *Ibíd.*, párr. 160.

91 *Ibíd.*, p. 137.

92 *Ibíd.*

- El Estado también se encuentra en la obligación de desarrollar e implementar programas para combatir la discriminación, los prejuicios y cualquier otro factor social que menoscabe la salud de las personas LGBTI+ y adoptar los protocolos que sean necesarios para asegurar que las atenciones respondan a las necesidades y especificidades de estas personas.
- Junto a lo anterior, el Estado debe promover y adoptar políticas, programas y acciones concretas de educación y capacitación para posibilitar que quienes trabajan en el sector de la salud brinden atenciones que permitan gozar del más alto nivel posible de salud física y mental, con pleno respeto a la orientación sexual, identidad y expresión de género de las personas.
- El Estado debe garantizar que ninguna prestación de salud, tratamiento o consejería médica o psicológica, inclusive en el sector privado, considere a la orientación sexual y/o identidad o expresión de género como trastornos que deben ser tratados, curados o modificados.
- Por último, el Estado debe establecer mecanismos de control que garanticen la satisfacción de las obligaciones relativas a salvaguardar el derecho al disfrute de la salud, lo que incluye medidas de protección contra la violación de derechos por parte de privados.

3. NORMATIVA DOMÉSTICA SOBRE PRESTACIONES DE SALUD, EN GENERAL, Y PRESTACIONES DE SALUD MENTAL PARA PERSONAS LGBTI+ EN PARTICULAR

Desde el año 2012, el ordenamiento jurídico chileno cuenta con una regulación específica en materia de prestaciones de salud. Se trata de la Ley 20.584 que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, conocida, socialmente, como ley de derechos y deberes de los/as pacientes. La génesis de esta normativa estuvo particularmente vinculada a los desarrollos provenientes del derecho internacional de los derechos humanos, puesto que el mensaje presidencial mediante el cual se inició su trámite en el Congreso Nacional, establecía expresamente:

La inspiración de los derechos a garantizar aquí propuestos, se recoge de los distintos instrumentos de derecho internacional, tales como pactos, convenios y declaraciones dictados en el marco de la Organización de las Naciones Unidas, como de la Organización de Estados Americanos. Entre otros, cabe señalar la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), Declaración de los Derechos del Niño (1959), la Convención Americana de Derechos

Humanos (1969), la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984) y la Convención sobre los Derechos del Niño (1989).⁹³

El objeto de esta norma, conforme a su artículo 1, inciso primero, es “[...] regular los derechos y deberes que las personas tienen en relación con acciones vinculadas a su atención de salud”. Agrega el inciso segundo del mismo artículo, que “[sus] disposiciones se aplicarán a cualquier tipo de prestador de acciones de salud, sea público o privado. Asimismo, y en lo que corresponda, se aplicarán a los demás profesionales y trabajadores que, por cualquier causa, deban atender público o se vinculen con el otorgamiento de las atenciones de salud”.

A continuación, el artículo 2 de la Ley 20.584 agrega que “[toda] persona tiene derecho, cualquiera que sea el prestador⁹⁴ que ejecute las acciones de promoción, protección y recuperación de su salud y de su rehabilitación, a que ellas sean dadas oportunamente y sin discriminación arbitraria, en las formas y condiciones que determinan la Constitución y las leyes”. Otros derechos establecidos por esta ley es que las y los pacientes deben contar con información oportuna y comprensible sobre su estado de salud; recibir un trato digno, respetando su privacidad, pudor e intimidad; recibir una atención de calidad y segura, según los protocolos establecidos para tales efectos; aceptar o rechazar cualquier tratamiento; y consultar o reclamar respecto de la atención de salud recibida.

Esta ley no establece una regulación específica en materia de salud mental, salvo ciertos aspectos relativos al consentimiento y la sustitución de la voluntad de las personas con discapacidad mental y psicosocial. A esto, debe sumarse el hecho de que Chile carece de una ley de salud mental que disponga obligaciones y estándares particulares para las y los prestadores de estos servicios, y asegure el acceso, la calidad y la pertinencia de los mismos.

Por otra parte, la normativa citada en este apartado tampoco integra una mirada específica sobre pacientes LGBTI+. A este respecto, el Ministerio de Salud solo ha publicado un par de circulares, que son exigibles solo en el ámbito público, sobre atención asistencial a personas trans: la Circular 34, de septiembre de 2011, fue objeto de variadas críticas, ya que aludía a la transexualidad como un trastorno psiquiátrico y disponía que el tratamiento conforme al nombre social era meramente facultativo. Con el propósito de resolver las deficiencias descritas, en

93 Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la Ley 20.584*, 2012, p. 6.

94 Conforme al artículo 3 de la Ley 20.584 “[se] entiende por prestador de salud, en adelante el prestador, toda persona, natural o jurídica, pública o privada, cuya actividad sea el otorgamiento de atenciones de salud”.

junio de 2012, el Ministerio de Salud emitió la Circular 21 que reiteró la instrucción sobre la atención de personas trans en la red asistencial pública. Este nuevo texto prescindió de conceptos patologizantes y dispuso que el respeto al nombre social de las y los pacientes era de carácter obligatorio. A pesar de este avance, el Instituto Nacional de Derechos Humanos ha manifestado que estas circulares “[...] aún son desconocidas para la generalidad de los servicios y centros de salud de la red asistencial”.⁹⁵

En una línea relacionada, la Circular 18 de 2015, del Ministerio de Salud, instruyó sobre ciertos aspectos de la atención de salud a niños y niñas intersex. Uno de los contenidos *más señeros de este documento* es el que establece la moratoria quirúrgica de asignación sexual, instruyendo “[...] que se detengan los tratamientos innecesarios de ‘normalización’ de niños y niñas intersex, incluyendo cirugías genitales irreversibles hasta que tengan edad suficiente para decidir sobre sus cuerpos”. La Circular 18 también dispuso que en cada servicio de salud se estableciera una mesa de trabajo multidisciplinaria, que contemple la participación de profesionales de la salud mental, a fin de abordar estos casos. En 2016, el Ministerio de Salud dictó la Circular 7 que complementó la referida Circular 18. El nuevo documento relativizó la moratoria quirúrgica, establecida un año antes, y dejó sin efecto la instrucción de establecer en cada servicio de salud una mesa de trabajo. Sin embargo, dispuso que las personas intersexuales serían derivadas a centros especializados que cuenten con un equipo multidisciplinario con experiencia en el manejo de este tipo de casos, integrado por psiquiatras y psicólogos, entre otros profesionales. La Circular 7 de 2016, desconoce los estándares internacionales más avanzados en esta materia en aras de retrasar la asignación sexual en lactantes intersex hasta que puedan manifestar inequívocamente una determinada identidad de género, a fin de evitar imposiciones meramente normalizantes que terminan afectando la salud física y mental de estas personas.⁹⁶

Otra materia a considerar se vincula a la Ley 21.120, publicada en el Diario Oficial el 10 de diciembre de 2018, que establece el derecho a la identidad de género y a la rectificación del sexo y nombre registrales. En el caso de que la persona que requiere el reconocimiento de su identidad de género sea mayor de 14 y menor de 18 años, la solicitud será conocida por el Juzgado de Familia competente. De acuerdo al artículo 17, letra a), de la Ley 21.120, dentro de los antecedentes que se debe acompañar al proceso es preciso entregar “un informe psicológico o psicosocial que dé

95 Instituto Nacional de Derechos Humanos, Realidad y desafío: niños, niñas y adolescentes trans e intersex en contextos de salud y educacionales, en *Informe anual sobre la situación de los derechos humanos en Chile*, Santiago de Chile, 2017, p. 71.

96 *Ibid.*

cuenta que el mayor de catorce y menor de dieciocho años y su entorno familiar han recibido acompañamiento profesional por, al menos, un año previo a la solicitud”. De acuerdo al artículo 23 de la Ley citada, el objeto del programa de acompañamiento del adolescente consistirá en “...el otorgamiento de herramientas que permitan su desarrollo integral, de acuerdo a su identidad de género”. El artículo 26 de la Ley 21.120 dispone que los programas de acompañamiento serán regulados por un reglamento del Ministerio de Desarrollo Social, suscrito junto al Ministerio de Salud, que deberá ser dictado dentro del plazo de seis meses desde la publicación de la Ley en el Diario Oficial. A la fecha de cierre del presente Informe, el reglamento indicado aún no ha sido tramitado por la Contraloría General de la República, pues el Ministerio de Desarrollo Social lo ingresó al órgano de control el 28 de junio de 2019, es decir, con atraso en relación al plazo fijado por la propia Ley 21.120, pero retiró el documento el 31 de julio de 2019. El Ejecutivo reingresó el reglamento para aprobación recién el 16 de agosto de 2019.

Sin perjuicio de lo anterior, el reglamento debería expresar y reflejar claramente los principios consagrados en la Ley 21.120, especialmente los de no-patologización, confidencialidad, interés superior del niño, niña o adolescente, y autonomía progresiva. El Ministerio de Desarrollo Social debería ser especialmente diligente, también, en determinar que las organizaciones y profesionales que provean los programas de acompañamiento respeten la dignidad y derechos de las personas LGBTI+, para evitar que mediante dichos programas se exponga a los niños, niñas y adolescentes trans a acciones propias de las denominadas terapias de reconversión o reorientación sexual.

Respecto a las terapias de reconversión, cabe agregar que, a pesar de estar desaconsejadas por organismos con competencia técnica tanto a nivel nacional como internacional (como la OMS), no están prohibidas ni legal ni reglamentariamente en nuestro país. Sin embargo, en el último tiempo, un grupo de diputados y diputadas presentó un proyecto (Boletín 12.660-18) que modifica ciertos aspectos de la Ley 20.066 sobre violencia intrafamiliar y la Ley 20.609 que establece medidas contra la discriminación, a fin de sancionar los actos ejecutados en el seno familiar o educacional destinados a modificar la orientación sexual, la identidad y/o expresión de género de los niños, niñas y adolescentes. Aun cuando esta iniciativa fue presentada por sus autores y autoras, en los medios de comunicación, como una normativa que prohibiría las terapias de reconversión,⁹⁷ lo cierto es que la moción no es aplicable a la regulación de las prestaciones de salud mental para personas LGBTI+.

97 T13: “Diputados buscan prohibir ‘terapias de conversión’ a menores homosexuales y trans”. 15 de mayo de 2019.

4. METODOLOGÍA

4.1 Diseño

Esta investigación propone un diseño cualitativo, empleando entrevistas en profundidad a una muestra de variedad máxima que representa los distintos niveles de atención pública de salud mental en Chile. Este diseño está orientado al desarrollo de una comprensión densa y en profundidad de las especificidades planteadas por los/as participantes. Específicamente, su enfoque de análisis es el de la *Grounded Theory*⁹⁸ el que, por medio de procesos de recolección de datos y análisis cualitativos, permitió integrar las perspectivas y experiencias de los diferentes entrevistados/as con miras a la identificación y descripción de barreras de acceso y disparidades en el sistema de salud con respecto a la atención de salud mental de pacientes pertenecientes a la diversidad sexual y/o de género.

4.2 Participantes

Se entrevistaron seis profesionales que trabajan actualmente en alguno de los niveles del sistema de salud mental en Chile, es decir, desde el nivel de responsabilidad y toma de decisiones sobre la planificación y políticas de atención de salud mental, hasta profesionales de atención primaria y secundaria. El muestreo fue intencionado y se realizó variación de acuerdo a los niveles primario y secundario de atención. Siguiendo los criterios recién señalados, la muestra quedó constituida por dos profesionales que se desempeñan en el Ministerio de Salud (MINSAL); tres profesionales de atención secundaria (uno de un servicio de salud, otro de un centro comunitario de salud mental o COSAM, y uno de un centro de referencia de salud); y un profesional que se desempeña en un centro de salud familiar (CESFAM) correspondiente al nivel primario de atención en salud.

5.3. Entrevistas

Se generó un *guión temático para entrevista* semiestructurada el que fue aplicado flexiblemente de acuerdo a los distintos niveles de representación. El guión de entrevista se estructuró en torno a tres temas que permitieran profundizar en la exploración de barreras, es decir, factores que impiden total o parcialmente la práctica profesional competente y la atención oportuna y de calidad en salud mental con personas LGBTI+. Los temas tratados fueron los siguientes: a) Especificidades en el ámbito de la salud mental en poblaciones LGBTI+, profundizando en los conocimientos que cada entrevistado/a tenía, desde su rol, sobre las disparidades en salud mental en esta comunidad y la existencia de políticas/

98 Juliet Corbin y Anselm Strauss, *Basics of qualitative research (3rd edition) Techniques and Procedures for Developing Grounded Theory*, Los Angeles, CA: Sage, 2008.

programas/capacitación para el trabajo culturalmente competente con estos pacientes; b) acceso y cobertura de atención en salud mental para personas LGBTI+, explorando la existencia de iniciativas, acciones y/o programas de prevención y promoción en salud mental, barreras de acceso y mapeos de derivación en los distintos niveles de atención; y c) acciones específicas e interseccionalidad en atención en salud mental con personas LGBTI+, indagando en la existencia de sistemas de registro, desarrollos de espacios seguros, prácticas patologizadoras y terapéuticas “reparativas” en los distintos niveles atención. La pregunta de apertura para todas las entrevistas fue: “Desde su perspectiva, ¿qué lugar/visibilidad/importancia tiene la consideración de la diversidad sexual y de género en el nivel de atención/política de salud mental en la que se desenvuelve?”

Las entrevistas fueron audiograbadas y transcritas para su análisis. Antes de cada entrevista se solicitó que los y las participantes firmaran el consentimiento informado y se les explicó los alcances del estudio. El protocolo de investigación y el consentimiento fueron revisados y visados por el Comité de Ética del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

5.4 Análisis

La información obtenida mediante las entrevistas cualitativas fue analizada de manera descriptiva e interpretativa y se utilizó la aplicación del procedimiento de codificación abierta propuesto por la *Grounded Theory*.⁹⁹ El análisis fue asistido por medio del ATLAS.TI v8, diseñado para el manejo y procesamiento de grandes grupos de datos textuales. Para asegurar la calidad de los resultados participaron todos/as los/las investigadores/as en las diferentes instancias de análisis cualitativo de los datos. Asimismo, se aplicó el criterio de descripción densa,¹⁰⁰ es decir, se buscó comprender e interpretar los elementos que configuran las categorías emergentes.

6. RESULTADOS

De las seis entrevistas realizadas y analizadas, emergen cuatro categorías que refieren a diferentes barreras y obstaculizadores de una atención de calidad en salud mental dentro del aparato público: 1) Demanda de atención, 2) visibilización de poblaciones LGBTI+ en salud pública, 3) barreras a nivel de sistema de salud, y 4) barreras técnicas de capacitación y formación. Estas categorías son descritas en detalle e ilustradas con algunas citas textuales de los entrevistados.

99 Ibid.

100 Joseph Ponterotto, “Brief Note on the Origins, Evolution, and Meaning of the Qualitative Research Concept ‘Thick Description’”, *The Qualitative Report*, 11, 2006.

6.1 Demanda de atención en salud mental de personas LGBTI+

La categoría de demanda de atención en salud mental de personas LGBTI+ hace referencia a la manera cómo las discriminaciones y desigualdades de estas personas, en el área de la salud y en específico de la salud mental, son reconocidas o no en el ámbito de la provisión de atención en el sector público.

A partir de los testimonios y perspectivas de las personas entrevistadas que se hallan implicadas en relación directa con usuarios/as (atención primaria y secundaria), se constata un aumento de la demanda de atención en salud mental por parte de personas LGBTI+. Esta constatación se basa en la casuística que da la práctica profesional en los centros de atención en los que se desempeñan las personas entrevistadas —no en un registro sistemático—.

...Llevo como siete u ocho años trabajando en el CESFAM¹⁰¹ a tiempo completo y la verdad es que sí... en estos siete años que yo llevo acá en salud pública, hemos visto que ha aumentado muchísimo la demanda de personas con sintomatología derivada digamos de disforia de género por ejemplo, confusión, discriminación sexual cosas así, y la verdad es que el aparato público ha sido bastante, está bastante en deuda con nosotros los profesionales en capacitarnos en esa área... (Entrevista a profesional, CESFAM, atención primaria).

E¹⁰²: ¿Y tu impresión es que es algo que despierta interés o es una necesidad en términos de formación, capacitación?

P: Yo creo que una necesidad más que un interés.

E: Ya.

P: (...) La verdad que si lo vemos como interés de algunos profesionales que trabajamos en salud mental, no hay mucho interés.

E: Ya.

P: No me he sentado a ver los números pero es la experiencia cotidiana del día a día (...) que están llegando más personas con necesidades de atención más especializada. (Entrevista a profesional, CESFAM, atención primaria).

P: De hecho justo este mes una compañera de nosotros que trabaja directamente con el tema ha empezado a hacer capacitaciones (...) porque se diagnosticó que había harto nivel de ignorancia al respecto...

E: ¿Cómo diagnosticaron eso?

P: A partir de pacientes, es decir, en supervisiones clínicas (...) aparecían pacientes “trans” por ejemplo, y no sabían si nombrar el “trans” la “trans”,

101 Centro de Salud Familiar.

102 En las citas “E” indica el turno de habla de el o la entrevistadora y “P” indica el turno de habla de la persona entrevistada.

¿no?, dependiendo de la mutación o el tránsito que se había hecho (...)
(Entrevista con profesional, COSAM,¹⁰³ atención primaria).

Tal como es posible observar en los extractos anteriores, la constatación en el ejercicio profesional cotidiano de una mayor demanda va aparejada con una valoración de la especificidad y de la complejidad que presentan usuarios/as LGBTI+ y, por consiguiente, de reconocer la falta de herramientas y capacitación del personal de salud que asegure una atención de calidad:

...Ellos [usuarios/as LGBTI+] necesitan más atención, muchas veces porque los cuadros que hemos podido ver son más graves en ese sentido, sintomatológicamente son de más cuidado, es una atención que se les tiene que brindar de forma más inmediata, más espontánea, son personas que a lo mejor están pasando por tanta presión social, tanto prejuicio y este problema interior de no sé, de tener algún trastorno de la identidad por decirlo así (...) hay muchas personas que han llegado a consultar por ideación suicida, por ejemplo. (Entrevista a profesional, CESFAM, atención primaria).

Desde la perspectiva de entrevistados/as posicionados en las instituciones rectoras dependientes del MINSAL, la consideración de la especificidad de el/la usuario/a LGBTI+ entra en tensión con el principio de universalidad de la atención en salud. Surge entonces la pregunta: ¿En qué sentido y en qué nivel debiesen ser tomados/as en cuenta como poblaciones que demandan un abordaje especial? Por ejemplo, en el siguiente extracto, una de las personas entrevistadas —que ocupa un cargo directivo en un servicio de salud— argumenta la necesidad de cambiar el foco, desde la especificidad que pudiesen presentar distintas poblaciones vulnerables, hacia un análisis de las barreras que el sistema de salud presenta para las personas pertenecientes a dichas poblaciones:

(...) Nuestro propósito ahora es darle una institucionalidad con forma de una mesa en el servicio de salud. Había una mesa de género que es la indicación del Ministerio de Salud, que ha sufrido algunos cambios de referente, pero en esa mesa de género participamos distintos componentes, distintos elementos de la dirección del servicio de salud, donde cada uno propone sus temas en los que está trabajando. Y se ha dado una reflexión bien interesante ahí que tiene que ver con que —y esto sobrepasa un poco el tema de género entonces—, con que si es necesario tener un encargado para cada uno de los temas que van surgiendo, que representan a ciertas comunidades vulneradas; entonces nos preguntamos si es necesario tener un encargado de migrantes, un encargado de discapacidad,

103 Centro Comunitario de Salud Mental.

un encargado de diversidad sexual, un encargado de “trans”. Entonces nos estamos preguntando eso porque es poco eficiente y de repente las etiquetas tienen efectos en las prácticas sociales, entonces más bien estamos tratando de visibilizar las barreras que tiene el sistema de salud en sí mismo, como cambiar un poco el foco: más que enfocarnos en la población vulnerada y cómo ingresa al sistema de salud, ver cuáles son las barreras que el sistema de salud pone en general para un montón de comunidades que han sido vulneradas y que estos ejes de desigualdad o de exclusión se sobreponen también unos con otros... (Entrevista a profesional, servicio de salud, atención secundaria).

Estas barreras son planteadas, a su vez, como transversales, reforzando así la idea de un/una usuario/a “general”, como una manera de interpretar la idea de acceso universal a la atención en salud:

E: Y en ese sentido, por ejemplo, comparativamente con migrantes como población vulnerable, con personas de la diversidad sexual y de género, ¿tú ves diferencias en estas barreras?

P: sin duda, a ver, en una primera mirada son poblaciones distintas, pero se enfrentan a barreras similares que tiene que ver, sobre todo, con el acceso al sistema de salud, con la continuidad de los cuidados y un tema que se ha trabajado mucho es el trato también.

E: ¿De manera transversal?

P: Sí, también es transversal. Me parece que (...) bueno, siempre hay problemas con generalizar, pero varias de estas comunidades o poblaciones han sugerido que el trato tiene que mejorar; el trato que reciben tiene que mejorar. Entonces me parece que eso es una barrera transversal ¿ya?, y una persona migrante también puede ser “trans” o sea...

E: Interseccionalidad...

P: Interseccionalidad... sí, entonces tampoco queremos entrar en esta discusión sobre quién está más excluido y cuál merece más entrar al sistema, sino que más bien queremos cambiar el foco y decir, bueno, cuáles son las barreras transversales que tenemos que derribar en cierto sentido o trabajar. (Entrevista a profesional, servicio de salud, atención secundaria).

En conjunto, los elementos que componen esta categoría, relativa a la demanda de atención en salud mental por parte de usuarios/as LGBTI, condensa y sugiere una serie de barreras que se concatenan y que tienen como punto de partida algo más que la mera identificación de la demanda, esto es, el problema de la visibilidad.

6.2 (In)visibilización de poblaciones LGBTI+ en salud pública

La categoría de (in)visibilización de las poblaciones LGBTI+ en salud pública y, en específico en lo que refiere al abordaje en salud mental, da cuenta de una serie de condiciones y prácticas, en diferentes niveles,

que contribuyen a invisibilizar a las poblaciones LGBTI+, sus vulnerabilidades y necesidades de atención específicas.

En primer lugar, todos/as los/as entrevistados/as de los diferentes niveles del sistema de salud pública hacen referencia a una falta de registros específicos. Esto tiene que ver, en parte, con una barrera transversal relativa a la inexistencia de un sistema de ficha único que permita acceder a una estadística centralizada y de valor epidemiológico sobre las características de los/las usuarios/as del sistema público de salud y de las atenciones que reciben.

Yo te decía que el sistema de registro no lo comparten todas las municipalidades ni tampoco lo comparten todos los sistemas de salud. Cada sistema de salud y cada municipalidad tiene un sistema distinto, entonces levantar información a nivel de servicio de salud es súper difícil. A lo más, se puede hacer a nivel comunal, por ejemplo, como para poder levantar datos y compartir eso y, por otro lado, el sistema no permite hacer una especificación y en general tampoco se hace en el detalle la evolución, no se coloca por ejemplo si la persona tiene, si es homosexual o bisexual. No hay un apartado para eso (...) (Entrevista profesional, CESFAM, atención primaria).

E: Y el tema de la relación entre consumo de drogas, consumo de alcohol, depresión, suicidio asociado a la orientación sexual ¿Son variables que van por carriles separados?

P: No, no necesariamente van por carriles separados, pero no han aparecido de manera notoria en nuestro centro ¿sí? A menos que yo esté muy lejos de esos datos, pero creo que no.

E: ¿No registran esos datos?

P: Asociados no. Lo que pasa es que nuestros registros están hechos por el Ministerio, el REM¹⁰⁴ y lo que nos preguntan; o sea, este año incluyeron ideación suicida, intento suicida (...) el año pasado incluyeron —o ante pasado— incluyeron madres gestantes, migrantes, entonces van como dos años más atrás de todo, entonces esos son nuestros registros. En verdad no nos da como para establecer datos, yo sé que es una herejía ante ti esto pero...

E: ¿Por qué?

P: Porque en investigación, pero para nosotros es...

E: O sea es un dato, y un dato clínico también, porque en el fondo es un camino y un trabajo también.

P: Sí, pero no se ha notado de manera como permanente o notoria el tema (...) Por ejemplo, no sé, fíjate que la mitad de los intentos de suicidios que

104 Los Resúmenes Estadísticos Mensuales (REM) corresponden a un sistema de información estadística de carácter nacional. Constituyen la fuente oficial para la captación de los datos básicos que son requeridos para la gestión central y local, permitiendo conocer las atenciones y actividades de salud otorgadas a la población en los establecimientos de la Red Asistencial (Fuente: Departamento de Estadísticas e Información de Salud, MINSAL -DEIS- <http://www.deis.cl/resumenes-estadisticos-mensuales-deis/>).

tenemos, que hemos tenido este año tienen que ver con... es que no está ese dato, pero no... si yo me pudiese aventurar no es un número tan relevante (...) o sea en los diez años que yo llevo trabajando yo he [estado]atendiendo adultos y atendiendo en violencia, yo he tenido un caso en el que hubo un intento de suicidio y era un paciente homosexual (...) Entonces no necesariamente está tan ligado como en una tendencia o en algo que nosotros hayamos podido identificar, porque también están nuestras limitaciones, puede que no los hayamos identificado. (Entrevista profesional, COSAM, atención secundaria).

La existencia de un sistema de registro electrónico único ofrecería la posibilidad de centralizar información y racionalizar la toma de decisiones en base a estadísticas de grupos de riesgos. Sin embargo, a lo ya señalado se suma el hecho de que el sistema de registro actual no considera preguntas relativas a las identidades de género diversas y a la orientación sexual de usuarios y usuarias. Algunos de los/las entrevistados/as sugieren que la visibilización por este medio puede representar, a la vez, una oportunidad y una amenaza. Conocer las necesidades y demandas de las poblaciones LGBTI+ a nivel de Atención Primaria de Salud, APS, contribuiría a generar protocolos específicos de atención, pero, al mismo tiempo, podría acarrear como resultado prácticas estigmatizadoras en un contexto de atención en el que persiste el prejuicio hacia la diversidad sexual:

P: (...) Eso [diagnóstico de disforia de género] existe dentro de los trastornos, entonces eso era algo que tipificábamos de esa forma y luego, en reuniones con el servicio, nos dimos cuenta que si bien eso lo que hacía era, claro no aparecía que había un diagnóstico... (...) si, por otro lado se despatologizaba, se invisibiliza la problemática.

E: Claro...

P: Si necesitamos quizás, en algún momento, levantar la cantidad de casos que hay por servicio, necesitamos que eso esté respaldado por la cantidad de diagnóstico de disforia de género, por lo tanto necesitamos colaborar con la posibilidad de que hubiese un diagnóstico de disforia de género en el sistema, así que finalmente lo que hicimos fue optar porque fuese tipificado con el diagnóstico de disforia de género que está en el CIE-10.¹⁰⁵ El CIE-10 me parece que es el código F64 que dice transexualidad, comillas, disforia de género algo así, en el sistema al menos (...) en la red hemos resuelto hacerlo así por sistema y en la interconsulta nuestra indicación es que la descripción del caso tiene que decir de manera explícita que la persona es derivada por temas respecto a la no conformidad con el género o cuestionamientos

105 Clasificación Internacional de Enfermedades y Problemas de Salud Relacionados, OMS.

con respecto al género (...) (Entrevista a profesional, CRS¹⁰⁶, atención secundaria).

P: Dentro del territorio entiendo que hay iniciativas de investigación y cada uno de los establecimientos que presta atención tiene sus registros propios...

E: O sea, son más bien locales...

P: Sí...

E: No hay algo del territorio completo.

P: No, a nivel de registro no. De hecho es uno de los temas que ha sido difícil de trabajar y el registro y el sistema informático también en algún momento se constituye como barrera para la atención. Por ejemplo, y es un dilema al que nos enfrentamos en las derivaciones dentro la red asistencial, se basan en un sistema informático que usa la codificación CIE-10, por lo tanto la definición que se puede usar para los usuarios “trans” está todavía patologizada (...) porque la despatologización de lo “trans” es uno de los argumentos por el cual estamos trabajando en esto también. Entonces enfrentarnos a que el sistema informático, solo el sistema funciona de esa forma, con diagnóstico, entonces (...) es por el sistema, para que funcione en el fondo la derivación en el computador (...) En alguno de los manuales que se hizo en el Hospital se dejó explícito que se utiliza este código solo por temas informáticos y que en ningún momento se intenta o se piensa patologizar lo “trans”, o sea...

E: Claro, está siendo explícito digamos...

P: Claro... pero... pero la estructura pide patologizar lo “trans” así de buenas a primera... o sea es como una paradoja... (Entrevista a profesional, servicio de salud, atención secundaria).

Asociado a los problemas de registro, surge la idea de que la atención en salud mental focalizada en poblaciones LGBTI+ “no cuenta”. Esto quiere decir que, al no ser instituida como una meta sanitaria desde las instancias rectoras en salud pública, la atención de usuarios/as de la diversidad sexual y de género no forma parte de los datos a la hora de evaluar la calidad de la atención de los distintos centros y servicios. Esto contribuye aún más a la invisibilización de estas poblaciones que presentan disparidades en salud mental y, además, redundando en que los/las profesionales muestren menos interés en capacitarse para adquirir herramientas específicas y mejorar la atención brindada a usuarios/as LGBTI+, tanto en atención primaria como secundaria.

E: Es interesante lo que tú me dices, como tú me dices ¿no se cuenta, o sea, como que en el fondo no entra dentro de la política de metas que debiese cumplir el CESFAM, no?

106 Centro de Referencia de Salud.

P: Absolutamente, absolutamente, no cuenta digamos; entonces pasa a ser casi un tema de los psicólogos por decirlo así.

E: Y como en el fondo si tú te preocupas no te da puntos a ti en términos de tu desarrollo o en términos de puntos de la efectividad o la eficiencia del funcionamiento del CESFAM.

P: No, no, es básicamente iniciativa propia, es mejor herramienta nada más.

E: Claro, pero en ese sentido, si estuviera incluido como una política que requiriera registro y cumplimiento de metas sería otro el panorama, si estoy entendiendo bien...

P: Absolutamente, absolutamente, como te decía, ni siquiera es parte de un registro diario (...) no se visibiliza, ni siquiera en el número, no cuenta digamos, no es de interés para la salud pública (Entrevista a profesional, CESFAM, atención primaria).

P : Lo que pasa es que los manuales, normalmente se sacan ediciones dependiendo del tema, se busca, se intenciona tratar de sacarlos anualmente (...) Justo ahora nosotros por la ley de atención primaria aparecen todos los documentos que oficialmente se deben dar (...) y ahora nosotros el trabajo que tenemos que hacer son las orientaciones programáticas... en las orientaciones programáticas uno habla muchos temas, de ahí uno mete nuevos temas, pero es para el proceso de programación de las actividades, para poder ver los rendimientos mínimos, pero no hay un componente de diversidad sexual incorporado en estas cosas.

E: O sea, en general, da la impresión, según lo que me cuentas, que acá es un tema que no se habla mucho.

P: No se habla, porque en el fondo es un tema que yo creo que, poco a poco con los años, se ha ido interiorizando y más bien normalizando. Y, al mismo tiempo, al no ser un problema de salud, como que uno deja las políticas de lado y uno mete todo en el mismo saco. Hoy día este Ministerio, al igual que todas las organizaciones mundiales en salud, están abocados a tratar de frenar otra patología, todos los esfuerzos van para allá. (Entrevista a profesional, MINSAL).

P: Mira, desde donde yo estoy el tema de salud mental de las personas de LGBTI+ no es prioridad, de hecho impulsar este tipo de iniciativa ha significado, ha sido una mezcla entre suerte de tener personas motivadas en un momento justo y de que la gente que está en los puestos sobre nosotros tenga la sensibilidad de permitir que se avance en estos temas. Como en la unidad donde yo trabajo son de fomentar mucho los proyectos que sean innovadores en algún sentido –tiene ese espíritu– y desde ese lugar programas innovadores en la línea más comunitaria han surgido bastante y tiene la ambición de ser pioneros en temas de generar como programas pilotos en salud mental comunitaria. Entonces cuando propusimos este tipo de programa no fue el

tema LGBTI+, sino que fue el enfoque que fuese comunitario lo que lo hizo atractivo para la jefatura y gracias a eso pudo como ir avanzando pero muy de a poco. (Entrevista a profesional, CRS, atención secundaria).

Una consecuencia interesante de estas condiciones generales que contribuyen a la invisibilización de las poblaciones LGBTI+, es el desarrollo de acciones que surgen de esfuerzos individuales motivados por particulares sensibilidades y comprensiones de las disparidades en salud mental que afectan a personas pertenecientes a la diversidad sexual y de género. Estas iniciativas, de alguna manera, dan cuenta de la posibilidad de conciliar el principio de la despatologización –a nivel individual– con la consideración de los determinantes sociales de la salud y de los factores de riesgo del individuo generados por su contexto sociocultural. En este escenario –el de los determinantes sociales de salud–, otro aspecto que es sugerido por los y las entrevistados/as como una barrera al momento de atender y focalizar en las necesidades específicas de salud mental de usuarios/as LGBTI+, es la presencia de una suerte de competencia con otras poblaciones vulnerables, por ejemplo, personas migrantes. Esta “competencia”, en parte, pareciera dar cuenta de una barrera transversal en atención en salud mental en el sistema público, relativa a la dificultad de comprender las necesidades de usuarios/as desde una perspectiva interseccional.

E: Desde tu perspectiva, dirías que ha habido una creciente necesidad de capacitación porque ha aumentado la demanda de pacientes que se autoidentifican como LGBTI+...

P: Claro...

E: Poniéndolo en comparación, ¿dirías tú que también hay una alta demanda desde migrantes y que tienen temas relacionados con eso?

P: No, no, o sea, migrantes con tema de LGBTI+ no.

E: Pero, ¿de salud en personas migrantes?

P: Sí, salud en personas migrantes sí. Mira, lo que pasa es que esta comuna es una de las comunas en las cuales la población haitiana por ejemplo ha aumentado muchísimo. En mi CESFAM tenemos mil doscientos haitianos inscritos, entonces claro es un problema que se visualiza más, que ha tenido más connotación pública, y salud pública tiene que ver mucho con esto de apagar incendio, pero aún no se levanta la información o se sensibiliza sobre la real, digamos, necesidad de tener más ojo con la diversidad sexual por lo menos. (Entrevista a profesional, CESFAM, atención primaria).

En la atención primaria, la primera vía de ingreso para la atención de las personas LGTB, vienen y, finalmente, van a ser tratadas como cualquier otra. No hay un canal más expedito o un canal distinto. En el fondo no hay un tema. Hoy día el tema va por el lado de los migrantes; por ahí está

fuertemente el problema, está ahí, no es un problema de salud, pero es un problema. Hoy día estamos abocados por ese lado pero no en LGTB. Porque yo creo que, no sé si me equivocaré, pero no sé si el Ministerio tiene cuantificado los temas. (...) Increíblemente este Ministerio tiene muchas estadísticas de muchas cosas y de otras cosas no sé nada Y cuando se genera el tema recién ahí (...) Ahora el Ministerio de Salud trabaja –que antes no era así– muy de la mano para desarrollar todas sus políticas públicas o sociales con el Ministerio de Desarrollo Social. Entonces están como muy de la mano. Tú quieres implementar una cosa propia de salud igual pasa por una visación del Desarrollo Social. Yo no sé, por lo menos acá en la división no hay unidad de diversidad sexual. No es un tema que esté constante en desarrollo y crecimiento (...), Pero desconozco si el Ministerio de Desarrollo Social estará más crecido en el tema. (Entrevista a profesional, MINSAL).

P: Nosotros estamos con el plan de acción de salud mental que es la bajada estratégica del plan nacional, el acuerdo nacional por la infancia y otros aspectos vinculantes. Y tenemos una línea de acción que tiene que ver con el trabajo con poblaciones minoritarias vulnerables y entonces ahí entra el tema de diversidad sexual.

E: ¿Y eso está considerado en este minuto?

P: Está considerado, sí, está incluido en el plan de acción. Hay que reconocer que no es la única población objetivo porque tenemos migrantes, tenemos (...) en fin, pero está considerado, está dentro de las acciones y es una línea activa dentro del departamento, o sea, eso te lo puedo decir sinceramente, porque hay líneas que no están activadas, pero esta línea sí está activa y tenemos profesionales que tienen experiencia en temas de género y que trabajan bien en eso, en general.

E: Y eso ¿en el contexto de alguna unidad?

P: No, no alcanza a ser unidad porque en el fondo todos hacemos de todo.

E: Porque me decías que hay una unidad de mujer acá...

P: O sea, hay un programa de la mujer, sí, que tiene tres personas, o sea, en el fondo está dentro del ciclo vital.

E: Pero no hay algo así como un programa de género, por ejemplo.

P: Hay programa de género dentro del gabinete.

E: Pero no acá en salud mental.

P: No en salud mental, no en salud mental. (Entrevista a profesional, MINSAL).

Finalmente, dentro de la que hemos denominado categoría de (in) visibilización de las poblaciones LGBTI+ en salud pública, surge una barrera para el reconocimiento y focalización de las acciones en salud mental en poblaciones LGBTI+. Esta barrera dice relación con el hecho de que el especial interés que se le ha prestado a la atención de los/

as usuarios/as trans, ha eclipsado, en cierta forma, el reconocimiento de todas las otras orientaciones sexuales diversas. En la, insuficiente aún, visibilización de las poblaciones trans parecen primar las consideraciones de salud biomédicas, obliterando aquellas relativas a la salud mental. Los aspectos vinculados al tránsito y la reafirmación corporal de la identidad de género, junto con el uso del nombre social, parecieran ser los únicos puntos de anclaje para el desarrollo de una atención sensible a las necesidades de esta población vulnerable en términos de determinantes sociales de la salud.

E: Tú me has hablado bastante del tema “trans”, ¿y [qué sucede con] otras personas, digamos, de la diversidad sexual?, porque lo “trans”, claro, tiene una especie como de visibilidad en los últimos dos años que ha sido bastante importante culturalmente hablando, pero de siempre digamos se atienden personas gay, lesbianas, bisexuales, el tema de jóvenes por ejemplo, de alguna de esa diversidad, ¿eso es parte de lo que se habla en la mesa o eso es algo que está haciendo más invisible o queda bajo este tema de lo “trans”?

P: ...O sea, el trabajo se realizó en base, en relación a lo “trans”, pero en la mesa que es como este espacio de reflexión, nos permite reflexionar un poco en cómo reorientamos los servicios de salud, surge el tema de los gay; bueno es que en realidad bisexual, lesbiana, no sé, está en el discurso, pero no tengo claro por qué pareciera ser que no es tan... no sé en realidad cómo definirlo (...) pareciera ser que no es tan necesario establecer flujo de protocolo.

E: Ya, ¿será por la carga como médica y biológica que tiene lo “trans”?
P: Claro, la carga biológica y médica de lo “trans”, sí porque bueno (...) el trabajo se realiza a partir del acceso a terapia hormonal y terapia quirúrgica (...) pero eso es para usuarios en tránsito de género, un usuario que que ya no está, no soy experto, pero un usuario que por ejemplo ya accede a estas prestaciones, perfectamente si es que el sistema, si lo permite hacer, debería transitar en el servicio, en el sistema de salud de forma regulada, entonces el tema de otra... el tema de la diversidad con otras orientaciones sexuales o identidades pareciera ser que no es necesario normar eso, sino más bien... capacitar respecto al trato... (Entrevista a profesional, servicio de salud, atención secundaria).

Eso pasa muy seguido, no hay un registro de ficha, no hay, no hay ningún elemento... nada de orientación sexual. Lo único que hay de la sigla LGBT en ficha es a partir de todos estos procesos es el registro de nombre social, nada más, no hay nada más dentro de la ficha o de las entrevistas que se nos enseñe como dentro de los protocolos a preguntar. Lo único, los indicadores que hay es como si la persona tiene VIH, quizás es como indagar como conductas sexuales de riesgo, con suerte, como el manejo de la información y qué sé yo, nada más como eso, o sea está muy invisibilizado. (Entrevista a profesional, CRS, atención secundaria).

6.3 Barreras a nivel de sistema de salud

La categoría barreras a nivel de sistema de salud, apunta a la manera cómo los principios que estructuran la política de salud pública en Chile generan condiciones que impiden o dificultan asegurar una atención en salud mental sensible y focalizada en las necesidades específicas de los/las usuarios/as pertenecientes a la diversidad sexual y de género. En este nivel de análisis, el modelo médico que organiza la comprensión de la política de salud parece constituir una de las principales causas de las barreras señaladas por los y las entrevistadas. Esto, puesto que se estructura la atención –la “prestación”– en torno a la idea de que los/las usuarios/as se constituyen como tal en la medida que, como individuos, son portadores de una condición médica, adquiriendo un papel secundario los aspectos psicosociales de dicha condición. De ahí que el componente de salud mental parece compartimentalizado, dificultando la integración –en el diagnóstico o formulación del problema de salud– de los determinantes sociales y del carácter interseccional de dichos determinantes.

P: Por ejemplo, este año yo tengo la certeza de que, como en ningún otro año, se han diagnosticado tres personas con disforia de género....

E: ¿Ese diagnóstico es de un médico?

P: Los diagnósticos, claro, los diagnósticos son solo de exclusiva responsabilidad del médico, uno hace observaciones, pero el médico es quien hace el diagnóstico y depende, como te decía, de la sensibilidad, el gusto, las ganas o la experiencia que tenga ese médico por salud mental, pero tampoco tiene especialización en ello. (Entrevista a profesional, CESFAM, atención primaria).

E: Te detengo un poco, porque uno de los elementos de la ley de identidad de género y del reglamento que se solicitó para el acompañamiento estuvo (...) desde las organizaciones civiles, como muy atento en ese desarrollo (...) con el tema de [no] patologizar y con que [no] fuera un acompañamiento que más bien tendiera a desincentivar el proceso de transición o de conformación con el género.

P: ... Se hizo participación ciudadana, de académicos, de ONGs, (...) y de organismos de la sociedad civil y todo eso fue considerado y efectivamente, al menos lo propuesto, tenía ese foco, un foco de no patologización. De hecho, fue compleja la discusión desde el punto de vista de salud mental, porque a pesar de que se consideraba siempre psicólogos, el psiquiatra por ejemplo, que sabemos que en general el psiquiatra tiende a usar clasificaciones que solamente en los últimos años han despatologizado, por ejemplo la disforia de género, era difícil, digamos, cuantificar la posibilidad de sacarlo, porque en el fondo muchas veces el psiquiatra puede hacer una evaluación psicopatológica que en algunos casos puede ayudar en una mejor ayuda, o sea, una mejor prestación. Pero finalmente se da un poco lo mismo, se da en el

fondo una discusión larga que teníamos. Pero se sacó pensando (...) que probablemente un psicólogo muy informado en el área puede tener capacidad similar a la del psiquiatra y probablemente una mayor sensibilización.
E: O sea, si lo entiendo bien, se sacó del acompañamiento la figura del psiquiatra.

P: Se sacó, sí.

E: Se dejó solo el psicólogo. (Entrevista a profesional, MINSAL).

Tal como se aprecia en los extractos anteriores, es claro que el modelo médico se constituye en una barrera para usuarios/as LGBTI+, en tanto la orientación sexual diversa *per se* no es susceptible de ser considerada en forma alguna como vinculada a una prestación de salud. En el caso de usuarios/as trans, sin embargo, este modelo ofrece una oportunidad, ya que al partir de la demanda de atención, en este caso, se podría cumplir con el requerimiento de la “prestación médica”. No obstante, nuevamente, en dicho requerimiento la nominada “dupla psicosocial”¹⁰⁷ –conformada por el/la psicólogo/a, como representante de la dimensión de salud mental, y por el/la asistente social– desaparece o es invisibilizada.

P: Mira, para poder activar las prestaciones en salud mental tiene que haber algún tipo de diagnóstico, entonces uno tiene que poner algún tipo de diagnóstico. Nosotros hemos usado varias estrategias, como es un equipo que estamos trabajando desde lo psicosocial en pos de la despatologización de las diversidades, hemos tenido ese dilema ético del tema del diagnóstico. Para nosotros, y eso es algo que hacemos público tanto en las capacitaciones, en los cursos que damos, como con en la atención con las personas que se atienden con nosotros, eso es algo que va dentro de nuestra declaración de principios y lo explicitamos. Sin embargo, sabemos que es necesario como que exista un diagnóstico en el sistema para que pueda haber prestaciones. Entonces, en algún momento, eso lo resolvimos, por ejemplo, metiendo como diagnóstico principal que hubiese como un trastorno dentro del CIE-10, había un trastorno como de adaptación cultural ¿ya? Eso existe dentro de los trastornos, entonces eso era algo que tipificábamos dentro de esa forma. Y luego, en reuniones con el servicio, nos dimos cuenta que si bien eso tenía como por una parte, lo que hacía era (...) que jamás había un diagnóstico, despatologizaba [pero] por otra parte invisibiliza la problemática. (Entrevista a profesional, CRS, atención secundaria).

Otra barrera que se instala a nivel del sistema de salud, relacionada ciertamente con el modelo médico, y que es señalada de distintas

107 Equipo de psicólogo/a-asistente social de centros de atención primaria en salud pública.

formas por los y las entrevistados/as, dice relación con la distribución desigual de recursos en salud pública cuando se considera el ámbito biomédico en contraste con el de la salud mental. Esta distribución desigual no constituye una barrera exclusiva para la atención de calidad y sensible frente a las necesidades de las poblaciones LGBTI+, sin embargo, refuerza barreras anteriormente descritas vinculadas con la visibilización y toma de decisiones respecto a los focos a priorizar en el desarrollo de políticas y programas de salud.

(...) La verdad, la verdad, siendo bien honesto, la verdad es que en salud pública, [la] salud mental es como la hermana pobre. Todos los recursos se van a otras cosas. Ojalá nosotros pudiéramos tener más capacidad de atención, más psicólogos, más gestión, también más horas de seguimiento. La verdad es que no la tenemos, porque la política en salud está orientada a otras cosas, salud mental es como un diez por ciento. (Entrevista a profesional, CESFAM, atención primaria).

Entonces lo complejo de eso es que, es que es algo que se descuida mucho y eso creo que tiene que ver más con nuestra historia, de cómo ha entrado la salud mental a la salud pública. En verdad hace veinte años la salud mental no estaba siquiera. (Entrevista a profesional, CRS, atención secundaria).

También es presentada, por los y las entrevistadas, como una barrera a nivel de sistema, un modo de operar reactivo a las contingencias que, en ocasiones, atenta contra el desarrollo orgánico y estable de líneas programáticas en salud mental y que redundaría en un estar “al debe” por parte de la política pública respecto a las necesidades de atención en salud en diversidad sexual y de género.

Dentro de las políticas que se están implementando, son temas en los que no existe una experiencia acumulada. Poco a poco, estos temas van saliendo a la palestra, se van colocando más en boga, se van incorporando (...), pero normalmente somos como reactivos, cuando ocurre el tema se tiende a hacer la acción, no podríamos decir que esté normado. Nosotros en atención primaria, está extremadamente normada, está todo lo que se debe hacer, todo cómo se debe hacer, pero hoy en día temas como de diversidad sexual, temas como migrantes, que son grandes temas (...) se están, se están incorporando en las programaciones para el año, en este caso para el año dos mil veinte, vienen incorporados (...) Yo creo que la magnitud siempre va a quedar al debe, porque siempre van saliendo nuevas problemáticas que como salud las vamos implementando (...) Lo complejo que nosotros tenemos siempre en la salud primaria es la bajada de la información y que la operatividad de los temas no es instantánea. Puede salir de este Ministerio hoy día y como todo se logra implementar a los tres o cuatro años a nivel país, Eso es la complejidad que tiene. (Entrevista a profesional, MINSAL).

Dos de los/las entrevistados/as, representantes de distintos niveles de salud pública, señalan que la realización de estudios de carácter epidemiológico, orientados a la identificación de factores de riesgos, debiesen levantar estas barreras, poniendo en tensión la idea de “paciente universal” presente en salud pública, particularmente, en lo que respecta a la atención primaria.

E: ¿Qué barreras son esas?

P: o sea, básicamente una barrera institucional. (...) Si no hay una norma, una política clara, es difícil insertar temas en las distintas instancias.

E: Y en tu experiencia, ¿cómo se sortean esas barreras?, ¿se pueden sortear? ¿Cuáles sí, cuáles no?

P: Sí, en los servicios de salud (...) trabajan principalmente salubristas de distintas profesiones de base y desde la salud pública, ya sea epidemiología, gestión, promoción, como uno de los enfoques de la integralidad de mirada. Entonces, como te decía recién, al superponerse distintos temas, distintas variables, tú puedes insertar ciertas temáticas que no necesariamente están institucionalizadas, pero sí las puedes agregar. Por ejemplo, no sé, cuando hablamos de determinantes sociales de salud, bajo ese paraguas, bajo ese enfoque, nosotros podemos establecer, basados en la evidencia o en la literatura, que el género es una determinante social de la salud, entonces desde ese punto de vista, nosotros podemos insertar el tema, aunque desde un aspecto más bien teórico. (Entrevista a profesional, servicio de salud, atención secundaria).

(...) Hasta que nos pusimos a investigar como de manera activa para negociar esto [temáticas trans] como en términos de pedir recursos. Ahí nos pusimos como a... y vimos que (...) esto se podía enmarcar dentro de las barreras de acceso a la salud por temas de género. Quizás por ahí podíamos agarrarlo, por el tema de disminuir las tasas de suicidio, también por ahí podíamos agarrarlo. En esa digamos, con esas leyes, o sea, con esas metas sanitarias, con el plan nacional de salud mental que tenía ese foco, pudimos levantar y tratar de justificar que esto fuese algo que debiese ser financiado de alguna manera, tener un lugar, un espacio dentro de las políticas públicas. (Entrevista a profesional, CRS, atención secundaria).

Si bien los/as entrevistados/as señalan la posibilidad de insertar las temáticas de diversidad sexual y de género en salud pública, sorteando las barreras que el mismo sistema impone, uno de los consultados reconoce que “en la bajada cuesta mucho”. Un ejemplo de ello es la política del uso del nombre social en la atención de usuarios y usuarias del sistema público de salud, conforme a las circulares 34 y 21 indicadas en la sección de normativa interna del presente capítulo. Las seis personas entrevistadas para este trabajo mencionaron, en distintos momentos,

la instalación exitosa del uso del nombre social del usuario/a como una medida de inclusión y buen trato en atención en salud para las personas trans. No obstante el carácter indudablemente positivo de esta medida, los y las entrevistados/as sugieren de manera explícita o implícita que la consideración de una atención en salud mental sensible a las necesidades de las personas LGBTI+ pareciese reducirse a dicha práctica. Esto produce de nuevo, el efecto paradójico, por un lado, de visibilizar un aspecto de la diversidad sexual y de género en salud y, por el otro, de dar la impresión que la política sobre la materia se resuelve con dicha medida.

En este sentido, la experiencia parece indicar que las barreras, vinculadas a aspectos estructurales del sistema de salud pública, que dificultan el diseño de una política de salud mental sensible a las necesidades de usuarios/as LGBTI+, se reproducen en los diferentes niveles de atención de salud. En este contexto, emerge la idea del “se puede” como un conjunto de propuestas que permitirían levantar las barreras ya descritas, pero que requerirían de una serie de condiciones que –por falta de tiempo, recursos e incluso voluntad– serían casi imposibles de llevar a la práctica. O bien se están realizando, pero solo a raíz de iniciativas individuales y dependientes de la voluntad de quienes las proponen.

...Porque hay iniciativas dentro de la acción que pueden ser diferentes, múltiples indicadores de proceso, indicadores de resultado que habitualmente en salud no lo usamos. O sea, muchas veces vemos, por ejemplo, población consultante y nos interesa cuánta población llega a consultar, pero más nos interesa, creo, si la población se mejora o no y esos son típicos indicadores de resultados que no se utilizan. Entonces, y algo parecido se puede hacer con grupos de diversidad sexual, o sea, es donde uno puede decir si reciben atención, pero si la atención es satisfactoria por ejemplo, o mejora su calidad de vida en algún aspecto. (Entrevista a profesional, MINSAL).

Estamos en la reflexión, porque dentro de los términos institucionales la visión que se da a estos temas es más bien tradicional. Como te decía, el enfoque de género, violencia contra la mujer, estamos en la reflexión, que es cómo podemos articular estos temas (...) y cómo presentarlo también dentro de los márgenes institucionales (...). Yo no voy a obtener nada si propongo el tema de manera disruptiva o (...) manera de protesta (...) tiene que ser negociado, tiene que ser dentro de los términos de la gestión de servicios de salud (...) El territorio, o sea, el espacio acá que hay es distinto a los otros para la negociación y sortear barreras. (Entrevista a profesional, servicio de salud, atención secundaria).

P: El Hospital El Pino tiene servicio de psiquiatría y ahora se está sumando el Hospital Barros Luco y en esta intención de que los usuarios utilizan el

sistema de la forma más eficiente es que se entregó acá la instrucción, la directriz de que la red de salud mental completa debiese entregar este acompañamiento psicosocial que está entregando el Hospital El Pino.

E: ¿Quién dio esa directriz?

P: Acá en el servicio de salud (...) el trabajo se realiza con los encargados de salud mental que son parte de la mesa también. (Entrevista a profesional, servicio de salud, atención secundaria).

Finalmente, en el marco de las barreras relativas al sistema de salud y, en referencia particular, a la atención en salud y salud mental para usuarios/as trans, algunas de las personas entrevistadas se refieren a la falta de redes de derivación especializadas. Esto nos remite, específicamente, al nivel secundario de atención y a la necesidad de conformar unidades interdisciplinarias de atención a personas trans, orientadas a acompañar los procesos de afirmación de la identidad de género. En las pocas unidades establecidas que existen, se privilegia la dimensión biomédica de dichos procesos, por sobre la salud mental. En Santiago, la experiencia del Hospital El Pino se presenta como un ejemplo que ha ido adquiriendo legitimidad desde el servicio de salud correspondiente, en ese sentido. Sin embargo, son instancias frágiles al sostenerse en esfuerzos individuales motivados por la sensibilidad de los y las profesionales de salud pública que componen los equipos específicos, pero que cuentan con un apoyo mínimo de los entes rectores.

El 2015 nos llega el primer caso [usuario/a trans] y nosotros empezamos a armar esto como de manera sistemática, a pedir capacitaciones, a formar un equipo el primer semestre de 2016 y desde ahí empezamos a solicitar recursos. Nosotros escribimos un documento, un programa, elaboramos una canasta de prestaciones psicosociales que fuese posible de acoplar a la canasta de prestaciones específicas para las personas “trans”. Otros hospitales tenían este tipo de programa y las enviamos para la reunión de presupuesto anual del año 2016. Lo presentamos todos los años o eso pensamos nosotros, lo enviamos a los referentes de salud mental que nos habían contactado, o sea, del Ministerio de Salud. Eran personas del gabinete de ese momento, eran gente del ciclo vital, gente de derechos humanos y enviamos todos los años 2017, 2018 y al final del año pasado nos enteramos que ese presupuesto jamás llegó, nunca llegó, no sabemos, nunca llegó a la solicitud formal de presupuesto, a la gente que pelea en la ley de presupuesto los programas de salud pública (...) Nunca se peleó por presupuesto, a pesar de que se nos decía todos los años que eso sí se estaba haciendo. (Entrevista a profesional, CRS, atención secundaria).

E: ¿Es una política de ustedes como unidad, no es un mandato ministerial o de servicio?

P: No es un mandato mayor, no existen mandatos mayores porque no hay maneras, no existe un principio rector de parte de [la Subsecretaría de] Salud Pública para manejar esto, entonces cada uno de los equipos ha encontrado la manera más adecuada de hacerlo. Y la manera en que nosotros hemos podido resolver eso es agrupando los equipos que ya estamos trabajando en esto y tratar de encontrar acuerdos en eso, nosotros sistematizamos.

E: ¿Ustedes son un equipo que solo trabaja con pacientes “trans”?

P: No, los participantes de estos equipos somos todos profesionales de servicios de salud que estamos contratados para otras cosas y dentro de esos cargos se nos reservan horas para atender o para recibir estos pacientes. Por ejemplo, el psiquiatra que tenemos está contratado por infante juvenil y se dedica a atender a los adolescentes de ese equipo y él de su beca negoció que se consideraran once de sus cuarenta y cuatro horas destinadas exclusivamente para el programa. Así cada uno de los profesionales hemos podido ir negociando eso con la jefatura y ha sido una batalla.

E: ¿Cuántas unidades hay en el país como la de ustedes o similares?

P: La última vez que hicimos el conteo formal, había doce Programas de Identidad de Género en el país (...) ahora, no todos los programas cuentan con las mismas prestaciones. A veces, hay Programas de Identidad de Género que pueden estar, por ejemplo, en alguna región pero son endocrinos, solo endocrinos y es endocrino (...) Es un endocrino que atiende como sus becados y lo que hace es que los manda a la unidad de psiquiatría que tiene como el psiquiatra o la psiquiatra que sabe, que puede mandarlos con esa persona que les va a hacer una entrevista, va a chequear que no esté psicótico, le va a hacer un informe, se lo va a devolver y va a iniciar tratamiento y eso es lo que tiene.

E: Y, entonces, ¿cuántos programas dirías tú incorporan salud mental más allá del descarte diagnóstico hoy en Chile?

P: Que yo sepa, está el de Puerto Montt que tiene psiquiatra, psicólogo además de cirugía y endocrino. Bueno está, por supuesto, el [Hospital Carlos] Van Buren que tiene una psicóloga que es tremendamente capacitada pero está sola en salud mental, ella es salud mental, no tiene psiquiatra, no tiene un trabajador social o trabajadora social, no tiene terapeuta ocupacional o ninguna otra prestación, la posibilidad de hacer quizás grupo u otras cosas es más compleja... Entonces, no es lo mismo [que] tener una unidad de salud mental o un grupo interdisciplinario en salud mental. (Entrevista a profesional, CRS, atención secundaria).

6.4 Barreras técnicas de capacitación y formación

La categoría correspondiente a barreras técnicas de capacitación y formación hace referencia al nivel de ejecución de la política pública en salud mental, particularmente a cómo la falta de conocimientos de los y las profesionales en temáticas relativas a la diversidad sexual y de género, constituye, por momentos, un impedimento para la provisión de una atención sensible y culturalmente competente a usuarios/as LGBTI+.

Ante la falta de capacitación y formación, las actuaciones de los y las profesionales hacen evidente la presencia de prejuicios que conlleven intervenciones estigmatizadoras y patologizantes, o que revelan un posicionamiento por parte de ellos y ellas, no sensible hacia las necesidades específicas de los y las usuarios/as LGBTI+.

...En ese sentido, creo que el foco de salud pública es un foco positivo como para poder entender o apoyar la atención de personas de la diversidad sexual. Ahora, desde el punto de vista práctico, esta base teórica, por así decirlo, se puede ir debilitando, desarmando, porque uno encuentra que hay muchas brechas o limitaciones desde el punto de vista del acceso a la salud de personas de la diversidad sexual. Tiene que ver tanto con obstáculos del mismo sistema de profesionales y del nivel de atención con elementos del individuo que también tiene que ver con cómo me siento, ¿cierto?, cómo me tratan y, finalmente, si siento que los motivos de consulta que yo tengo son relevantes, son pertinentes, son tomados en cuenta por los equipos profesionales. Y ahí nos damos cuenta que las típicas barreras que se producen en general en salud mental se intensifican para el grupo de diversidad sexual y así encontramos temas de estigma, ¿cierto?, temas de prejuicios, de falta de educación del personal profesional de salud, incluso discriminación se encuentra. (Entrevista a profesional, MINSAL).

...Nosotros ya trabajamos en equipo multidisciplinario, psicóloga, asistente social, médico. Los médicos generalmente no son especialistas, son médicos generales que pasan por los CESFAM por un par de años y se van a hacer su especialidad y están en salud mental los que les gusta salud mental, pero tampoco tienen una formación, solamente la de pregrado (...) Por ejemplo, ... la otra vez llegó una chica que afectivamente estaba pasando... era una adolescente y estaba pasando por una etapa muy confusa en la cual había tenido algunas experiencias sexuales, digamos, tanto con hombres como con mujeres. Estaba con esta exploración de su sexualidad y pasa por ingreso del médico y el médico inmediatamente la tildó: 'no tú parece que estás presentando disforia de género y yo creo que tu cosa va por otro lado'; le dijo: 'parece que tú eres trans'. Así que la mandó al Hospital El Pino a una unidad especializada (...) A los tres días la mamá con esta chica llegaron de vuelta indignadas al CESFAM, porque en ningún caso tenía disforia de género, estaba pasando por una situación compleja por decirlo así. (Entrevista a profesional, CESFAM, atención primaria).

... Y se actúa en función de este prejuicio, entonces creo que hace falta, por lo menos en lo que es atención primaria, un poco más de, no sé si capacitación, sino que más bien de sensibilidad, primero, del tema, porque causa rechazo de repente. La otra vez teníamos un consejo de psicólogos, digamos, y recibimos una charla de un psiquiatra que se había formado en España y

este tipo habla, por ejemplo, de alguna sintomatología que presentan personas que están digamos en el recorrido de la búsqueda de su identidad de género y que a juicio de los terapeutas más viejos, más antiguos, los que llevan más años ejerciendo, eso era claramente un trastorno, un trastorno de la personalidad. ¿Por qué?, porque, por ejemplo, el especialista decía que un día llegó Juana y un día llegó siendo Juan, y cuando entras en esa dinámica claro empieza la lucha de ego de quién tiene razón sacando el DSM-IV,¹⁰⁸ el DSM-V que está actualizado. Entonces claro, efectivamente se provoca un tema bastante complejo en el abordaje multidisciplinario, digamos, de lo que es este tipo de necesidad de atención. (Entrevista a profesional, CESFAM, atención primaria).

P: ... Incluso dentro de la unidad hemos tenido que, a veces, recibir pacientes y a esos hemos hecho la excepción de atenderlos, pacientes, personas gay, hemos recibido dos hombres gay derivados a la corta estadía por suicidio, como sobrevivientes de suicidio, que han sido vulnerados en la atención pública por algún motivo. Por ejemplo, hubo un hombre gay que fue forzado a salir del closet como por su tratamiento en COSAM, como que [el profesional] le dijo 'yo no te puedo seguir atendiendo, esto está claro, a ti te gustan los hombres, tú estás casado, tienes que salir del closet', ¿entiendes? Él salió del closet, le quedó la escoba en el matrimonio, como la señora se fue de la casa con los hijos, el tipo se trató de matar.

E: ¿Y sin ningún acompañamiento de terapia familiar?

P: Nada, claro, o sea, eso es lo que él relata; como que efectivamente nosotros finalmente tratamos de tener alguna conversación ahí con ese COSAM. Después nos dimos cuenta que habían otros elementos de la personalidad de ese paciente también que, seguramente, habían influido en el trato, pero sí hubo errores metodológicos y eso hizo que ese paciente dijera como, por favor, no me manden de vuelta para allá y ese era el espacio de salud mental que le correspondía por territorio, entonces como que su efecto fue como ¿sabes qué? tiene que atenderlo otro lugar. Pero cuando eso ocurre, y a veces se hacen cambios como de pacientes y dice "okey" este paciente le corresponde quizás COSAM pero por algún motivo pidió cambio, no hay problema, se hace el cambio, puedes hacer eso pero se manda como ambulatorio... ese paciente no llegó ambulatorio, llegó con nosotros, ¿por qué?, porque en el fondo la jefa de esa unidad de corta estadía llamó al psiquiatra y dijo ¿sabes qué? este paciente ha sido muy vulnerado, por favor ¿lo pueden ver ustedes que tienen formación en este tema? (...) Necesitamos algo como competente, no alguien que esté (...) como tanteando terreno, porque el paciente viene muy vulnerado con esas preguntas.

E: Y esa vulneración es desde salud.

108 Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales (DSM) de la Asociación Americana de Psiquiatría (APA).

P: Y esa vulneración es desde salud y tiene que ver con la falta de formación del profesional. (Entrevista a profesional, CRS, atención secundaria).

La falta de capacitación y las actuaciones desde el prejuicio no solo impactan negativamente a los y las usuarios LGBTI+, sino que también tensionan el funcionamiento de la red de provisión de salud y de salud mental, tal como se aprecia en los extractos precedentes. En este escenario, algunos/as de los/as profesionales, sensibilizados/as con las necesidades de usuarios/as de la diversidad sexual y de género, intentan compensar la falta de capacitación y formación actuando desde lo que les dicta el sentido común y desarrollando estrategias, apelando a sus propias iniciativas.

P: Uno actúa desde la “guata”, desde los derechos humanos universales, pero si quizás tuviéramos mayor preparación, quizás podríamos haber concientizado mucho más a su mamá por ejemplo, que invisibilizaba el padecer de su hija.

E: Claro y ahí como que la respuesta es mucho más de comillas, una lectura más general de los derechos de los niños las niñas adolescentes, así como que no sean maltratados...

P: Desde lo general digamos, desde lo general pero no específico. (Entrevista a profesional, CESFAM, atención primaria).

E: Me hablaste de una colega que está haciendo algunas capacitaciones. ¿Es una iniciativa personal esa o la institución desde la preocupación, desde aumento de la consulta, no sé como que hay un interés por entrenamiento o al menos una capacitación han realizado?

P: ¿Respecto a este tema? Como te contaba, surgió a partir de un paciente “trans” adulto, que surgieron dudas respecto, desde la forma de nombrar en adelante, porque además el paciente no tenía tampoco mucha definición personal. En algunos momentos era femenino y en algunos momentos era masculino, estaba como de tránsito (...) y además era un caso grave psicopatológicamente, entonces al discutir el caso y ser nombrado como nombraba, empezaron a surgir como, a ver, hablemos bien de esto, y como no había una mala intención sino ignorancia al respecto, alguien dijo ‘ah mira yo les puedo contar más o menos de qué se trata’, ‘perfecto para la otra reunión entonces hacemos eso’, ‘y qué tal si lo ampliamos’, porque esa era una reunión de equipo, ‘qué tal si lo ampliamos al equipo’, porque nosotros tenemos una reunión semanal del equipo completo que es clínica en general o vemos estos temas o de capacitación. Entonces, se amplió y expuso básicamente digamos como elementos para que uno no “meta la pata” en la clínica así como eso; tenemos sistemáticamente el interés por autoformarnos. El tiempo no nos da, pero dentro de lo posible intentamos hacerlo. (Entrevista a profesional, COSAM, atención secundaria).

Todos los extractos y citas anteriores constituyen ejemplos que

buscan ilustrar los resultados del estudio, los cuales se condensan en las cuatro categorías que emergieron del análisis de las entrevistas realizadas. Cada una de estas cuatro categorías que apuntan a diferentes barreras y obstaculizadores de una atención de calidad en salud mental, dentro del aparato público, hacen referencia al incumplimiento o, al menos, a la falta de atención que el Estado de Chile ha tenido por los derechos de la comunidad LGBTI+.

CONCLUSIONES

El objetivo de este estudio fue detectar desigualdades, discriminaciones y barreras en el acceso y la atención de salud mental de personas LGBTI+. Al revisar los estándares internacionales de derechos humanos que hacen mención o establecen recomendaciones al respecto, es posible constatar importantes brechas entre la normativa doméstica –incluidas las regulaciones específicas provenientes del MINSAL, ente rector de la provisión de salud en Chile– y lo señalado en los instrumentos internacionales. Hay que recordar que el Estado de Chile hace un reconocimiento explícito al derecho que tienen todas las personas a acceder a la salud, sin discriminación de ningún tipo (principio de *accesibilidad* del Comité DESC). Sin embargo, respecto del principio de *aceptabilidad*, que propone el mismo órgano de tratado, no existen en Chile normativas o recomendaciones explícitas sobre el respeto ético a la sensibilidad cultural y psicológica de las personas de esta comunidad. La propia Convención interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia, suscrita, pero no ratificada, por el Estado de Chile en 2015, dispone expresamente que la orientación sexual, la identidad y la expresión de género son categorías sospechosas de discriminación y que, por lo tanto, cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia que limite su reconocimiento, ya sea en el ámbito público o privado, está contraviniendo este mandato. Asimismo, el número 17 de los Principios de Yogyakarta establece que los Estados deben implementar programas encaminados a disminuir las fuentes de discriminación que afectan a este grupo de especial protección. Esto, a través del desarrollo de políticas y programas de capacitación necesarios para posibilitar que quienes trabajan en el sector de salud brinden a todas las personas el más alto nivel posible de atención, con pleno respeto y sensibilidad por su orientación sexual e identidad de género. Por lo tanto, pareciera no ser suficiente proveer accesibilidad universal a la salud si el Estado de Chile no adopta ni se hace cargo, explícitamente, de las obligaciones y recomendaciones internacionales sobre el nivel de aceptabilidad en la provisión de salud mental en grupos vulnerables,

lo que podría ser una acción afirmativa del derecho más adecuada que debería proteger a estos grupos más vulnerables.

Por otra parte, no solo las recomendaciones del derecho internacional estimulan la adopción de acciones explícitas por parte del Estado de Chile, conforme al principio de aceptabilidad mencionado previamente, sino que la evidencia científica revisada es clara en destacar la disparidad, en cuanto a riesgo y vulnerabilidad en salud mental, entre las personas LGBTI+. Incluso, si tomáramos las recomendaciones internacionales, junto con las propias metas que se ha impuesto Chile con respecto a la salud mental de la población, nuevamente se constataría la tensión existente entre, por ejemplo, la expectativa de disminuir los índices de depresión y de suicidio, como objetivos sanitarios, y la identificación focalizada de grupos de alto riesgo. En este sentido, la inexistencia de registros específicos de la orientación sexual e identidad de género en el sistema administrativo de salud, claramente contraviene toda lógica epidemiológica que busque mantener al sistema informado para la toma estratégica de decisiones en salud mental.

Más allá de la invocación de sentido común con respecto a la deficiente inversión económica que Chile hace para mejorar la salud mental de su población, las entrevistas realizadas a personas que se desempeñan en diferentes niveles, y con diferentes grados de responsabilidad dentro del sistema de salud público, nos han permitido ahondar en las disparidades ya mencionadas y, al mismo tiempo, detectar barreras que impiden abordarlas.

El estudio realizado permite distinguir cuatro categorías que refieren y enmarcan diferentes barreras y obstaculizadores de una atención de calidad en salud mental en el sistema público de provisión de salud: *demanda de atención, (in)visibilización de poblaciones LGBTI+ en salud pública, barreras a nivel de sistema de salud y barreras técnicas de capacitación y formación*. De estas, la categoría invisibilización de las particularidades y vulnerabilidad de la comunidad LGBTI+ adquiere un sentido transversal dentro del sistema público de salud mental. Tal como se ha dicho previamente, este es un grupo de la población que presenta una alta vulnerabilidad en su salud mental, por tanto, la invisibilización de sus características, sensibilidades y especificidad de condiciones en que estas vulnerabilidades se constituyen en psicopatología, aumenta significativamente el riesgo de que este grupo presente problemas en este ámbito.

El ignorar esta vulnerabilidad lleva, obviamente, a que no se identifique su demanda de atención, que no se diseñen programas o políticas específicas, que no existan programas de educación sobre el tema y, lo más grave a nuestro juicio, que no se diseñe un sistema de prevención en este sentido, toda vez que el sistema de salud está económicamente sustentado en la promoción y prevención. Un ejemplo

característico que da cuenta de cómo se ignora el riesgo potencial de este grupo, es la no consideración de resguardos frente a prácticas violentas como son las llamadas “terapias reparativas o de conversión”, las que aumentan significativamente el nivel de suicidalidad de jóvenes LGBTI+. A pesar de estar prohibidas legalmente en varios países y con recomendación explícita de su inconveniencia por parte de la OMS, paradójicamente, la mitad de nuestros entrevistados/as no conocía el término o si lo habían escuchado alguna vez, ignoraban los efectos nocivos de estas “terapias”.

El llamado “modelo médico” o “basado en la enfermedad”, que parece prevalecer en la visión del ente rector de la salud pública en Chile, constituye una de las mayores barreras sistémicas que afecta la calidad de la provisión de salud mental a la población LGBTI+ y otras poblaciones vulnerables. Un interesante elemento que contradice, pero que paradójicamente también refuerza lo ya dicho, es la mayor visibilidad que ha adquirido la demanda de usuarios y usuarias trans. En los últimos cinco años, ya sea por la activa acción de la sociedad civil o por la visibilidad mediática, las personas trans han ocupado mayor espacio dentro del sistema de salud. Lo emblemático en este sentido, al menos oficialmente, es la obligatoriedad del uso del nombre social en los registros administrativos y, secundariamente, la preocupación de algunos servicios de salud por instalar dispositivos especiales de atención para esta población. Sin embargo, por un lado, esto parece solo reforzar lo dicho con respecto al modelo médico, ya sea porque aún se mantiene como una condición “patológica”, al menos en su expresión “disforia de género”, o porque como “condición” implica procedimientos médicos (endocrinológicos, quirúrgicos). Pero por otro lado, también responde a otro elemento transversal que emerge en las entrevistas: la acción humana, voluntaria o individual, con que responde el sistema. Todos nuestros entrevistados, de una u otra forma, hacen referencia a las voluntades individuales en cualquier acción con respecto a la población LGBTI+: desde buscar formación especializada, hasta generar dispositivos de atención en un consultorio. Esto no solo destaca una característica *sui generis* del sistema, sino que instala una alerta sobre el compromiso del Estado de Chile respecto al pleno derecho a la salud de su población y, de paso, con la falta de compromiso pleno con los derechos humanos que implica depender solo de las voluntades individuales.

RECOMENDACIONES

1. El Estado de Chile debe ratificar la Convención interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia y, basado en el contenido de los Principios de Yogyakarta, desarrollar un

- cuerpo normativo robusto que proteja los derechos de las personas LGBTI+.
2. El Ministerio de Salud debe considerar los planteamientos provenientes del modelo de Estrés de Minorías y las disparidades de salud mental en personas LGBTI+, como factores de riesgo que deberían ser incorporados en estudios epidemiológicos e incluidos en protocolos de prevención y tratamiento de suicidios, en los distintos niveles de atención en salud mental.
 3. El Estado de Chile, mediante sus órganos colegisladores –Ejecutivo y Congreso– debe establecer legalmente la prohibición –a cualquier servicio, prestación o consejería– de modificar la orientación sexual y/o identidad de género de una persona.
 4. El Ministerio de Salud debe formular estrategias para que los y las profesionales de la red asistencial, que trabajan en el ámbito de la salud mental, puedan acceder a instancias formativas para desarrollar una atención culturalmente competente orientada a personas LGBTI+.
 5. El Ministerio de Salud debe unificar el sistema de identificación y registro de usuarios y usuarias, incluyendo categorías referentes a la orientación sexual e identidad de género que amplíen la tradicional distinción binaria hombre-mujer o masculino-femenino.

LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD Y EL ACCESO A PRESTACIONES DE SALUD EN LAS CARCELES CHILENAS¹⁰⁹

109 Capítulo elaborado por Eduardo Alcaíno Arellano, en colaboración de los/as ayudantes Camila Jara, Marcela Vilches, Nicolás Espinoza y Javiera Alberti.

SÍNTESIS

Las personas privadas de libertad son titulares, como cualquier ciudadano/a, del derecho a la salud, por tanto, los Estados están obligados a garantizarles ese derecho de manera oportuna y efectiva. Sin perjuicio de lo anterior, el sistema penitenciario chileno tiene una serie de dificultades que impiden a las reclusas y los reclusos, acceder a prestaciones de salud básicas y en los tiempos requeridos de acuerdo a sus necesidades. Por lo anterior, resulta relevante conocer de qué manera el Estado de Chile se ha organizado para dar cumplimiento a esta obligación y, a su vez, conocer las principales dificultades que existen para que las prestaciones de salud se puedan brindar con la calidad requerida y en el tiempo adecuado.

PALABRAS CLAVE: Derecho a la salud, personas privadas de libertad, hospital penitenciario.

INTRODUCCIÓN

Marcos Valdés Araneda (en adelante, Marcos) se encontraba cumpliendo una condena por el delito de robo con intimidación. Durante su estadía en la cárcel y después de una larga y burocrática tramitación, supo que había sido diagnosticado de cáncer a los testículos con metástasis testicular.

El 17 de febrero de 2016, a las 8:15 horas, cuando aún no había pasado un año desde su diagnóstico, Marcos falleció en el Hospital Penitenciario que posee Gendarmería, luego de estar hospitalizado por más de 15 días. Se trató, por supuesto, de una noticia trágica, especialmente para su familia, que había tenido que vivir el drama de la pérdida de otro ser querido tras las rejas: Luciano Valdés Araneda, hermano de Marcos, fue una de las personas que falleció en el incendio de la cárcel de San Miguel en el año 2010.

El desenlace de Marcos no fue solo la consecuencia irreversible de una enfermedad mortal. En su caso, se le realizó un diagnóstico tardío, no obstante haber presentado múltiples solicitudes a Gendarmería para acceder a una hora con un especialista y ser trasladado a un centro médico exterior. Estas solicitudes no fueron escuchadas o resultaron derechamente denegadas. Recién pudo ser diagnosticado luego de que un defensor público penitenciario solicitara al Juzgado de Garantía que se ordenara gestionar la realización de exámenes a Marcos. Sin embargo, a esas alturas la enfermedad ya había avanzado a tal nivel que fue desahuciado, y tuvo que pasar sus últimos días en el Hospital Penitenciario. Marcos no tuvo la posibilidad de, eventualmente, sanar y recuperar después su libertad, ni siquiera contó con la opción de vivir esa etapa terminal fuera de la cárcel.

En octubre de 2016, Lorenza Cayuhán Llebul (en adelante, Lorenza), se encontraba privada de libertad en el Centro de Detención Preventiva de Arauco, con 32 semanas de embarazo. El jueves 13 de ese mes, a eso de las 14:00 horas, comenzó a sentir molestias físicas relacionadas con su embarazo. El paramédico del recinto penitenciario la evaluó y determinó, dentro sus capacidades, que Lorenza debía ser

trasladada de manera urgente a algún servicio de atención médica del exterior, con el objetivo de que un especialista pudiera atenderla.

Personal de Gendarmería de Chile (en adelante, Gendarmería) trasladó a Lorenza al servicio de urgencia del Hospital de Arauco. En dicho centro hospitalario, a eso de las 18:00 horas, fue diagnosticada de preclampsia¹¹⁰ y se la trasladó en ambulancia al Hospital Regional de Concepción. Durante ese viaje estuvo custodiada por dos funcionarios de Gendarmería (hombre y mujer) y, a su vez, engrillada por el pie izquierdo a la camilla. Ya en el recinto hospitalario, a eso de las 19:00 horas, personal médico evaluó a Lorenza, solicitando a funcionarios de Gendarmería, a cargo de su custodia en la habitación, que le retiraran los grilletes, a lo cual accedieron. De todas maneras, a las 22:00 horas, se volvió a engrillar a Lorenza a la camilla.

Si bien Lorenza recibió atención médica, estuvo sufriendo durante varias horas, una serie de malestares físicos, temiendo por su vida y por la de futura hija Sayen, alejada de su familia, engrillada en una cama y bajo custodia, ¿Podemos imaginarnos lo que puede haber sentido Lorenza? ¿Acaso somos capaces de entender el nivel de vulnerabilidad en que se encuentra una persona privada de libertad, bajo el control y custodia de agentes del Estado, limitada en sus lazos familiares, con severos malestares físicos? Para intentar, al menos, ponernos en sus zapatos, solo debemos imaginarnos la peor enfermedad que nos ha aquejado y cómo nos sentiríamos en la posición de Lorenza.

Los anteriores casos son un ejemplo de las condiciones que viven las personas privadas de libertad en las cárceles chilenas y el tipo de atención médica que reciben. En el caso de Marcos, se le privó de un diagnóstico y tratamiento oportuno, solo pudiendo recibir uno tardío tras la intervención de un juez. En el caso de Lorenza, si bien se le brindaron las atenciones médicas que permitieron que tanto ella como su hija vivieran, su asistencia careció de la dignidad mínima que merece una persona en su estado, al tener una de sus extremidades atadas y a personal de Gendarmería custodiándola y observando el proceso de parto.¹¹¹

Lamentablemente, la falta de consideración por la dignidad de los privados de libertad durante la entrega de prestaciones médicas —entre otras vulneraciones como las que sufrió Lorenza—, es la punta del “iceberg” del colapso del sistema penitenciario chileno. Existe un grupo importante de personas recluidas en cárceles chilenas que, a lo más, reciben atención médica deficiente, no especializada, tardía y, en muchos casos, inclusive, no llegan a recibir tratamiento alguno.

110 Es una enfermedad caracterizada por la presión arterial alta y signos de daño hepático o renal que puede ocurrir en las mujeres después de la semana 20 de embarazo.

111 De acuerdo con los registros médicos, Lorenza se encontraba físicamente imposibilitada de escaparse.

Debatir respecto a la situación anteriormente descrita resulta relevante por varias razones:

(i) Los problemas en recintos penitenciarios, en general, se encuentran invisibilizados, existiendo, con suerte, algún grado de discusión pública sobre las paupérrimas condiciones de vida al interior de las cárceles. En ese contexto, la discusión o, en general, la información disponible, sobre el cumplimiento de obligaciones relevantes, como sería garantizar el derecho a la salud de las personas privadas de libertad, se encuentra claramente postergada. Por lo mismo, resulta importante volver a recordar las obligaciones del Estado respecto a este tema;

(ii) Las personas privadas de libertad mantienen incólume su derecho a la salud y, en ese contexto, el Estado de Chile se encuentra obligado a garantizar su acceso. Como ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH), el Estado está obligado a respetar los derechos de todas las personas, pero, en especial, de las personas privadas de libertad, ya que se estima que “este deber es más evidente al tratarse de personas recluidas en un centro de detención estatal, caso en el cual el Estado es el garante de los derechos de las personas que se encuentran bajo su custodia”.¹¹² En ese sentido, el Estado deberá organizarse de manera de poder cumplir con dichas obligaciones, por tanto, el incumplimiento de lo anterior, no solo le podría generar responsabilidad internacional en consideración a los tratados internacionales que ha suscrito, sino que también, en su caso, responsabilidad penal y civil a los agentes del Estado que hayan intervenido o dejado de intervenir y, producto de ello, se haya producido un resultado lesivo.

Por todo lo anteriormente descrito, resulta imprescindible conocer de qué manera el Estado de Chile se ha organizado para dar cumplimiento a las obligaciones que tiene en cuanto a brindar el acceso a la salud a las personas privadas de libertad y de qué manera ha estado realizando dicha obligación. Por lo mismo, este es el objetivo central del capítulo: desarrollar una radiografía de la normativa y práctica en materia de prestaciones médicas a privados de libertad, los recursos e instituciones que se han dispuesto para aquello y las principales dificultades que se han detectado.

Para realizar los objetivos anteriormente descritos, el presente capítulo se dividirá en diversas secciones.

En una primera sección, se presentará una sistematización de los principales estándares de derechos humanos en relación con las obligaciones que tiene el Estado sobre las personas privadas de libertad, ya que son la principal fuente para evaluar las políticas públicas que pueden no estar funcionando y, al mismo tiempo, las que deben implementarse.

¹¹² Corte IDH, *Caso de las Penitenciarías de Mendoza contra Argentina*, sentencia del 18 de junio de 2005.

En una segunda sección, se describirá la estructura u organización que ha dispuesto el Estado y Gendarmería, a través de leyes y otras normas, para efectos de entregar prestaciones de salud a los internos y las internas. En concreto, se dará cuenta del procedimiento que debe seguir Gendarmería ante el conocimiento de la necesidad de una atención médica, la dinámica interna y, a su vez, la relación con los servicios médicos del exterior.

En una tercera sección, se realizará una descripción general del sistema penitenciario en materia de salud, dando cuenta de estadísticas relacionadas con la causa de muerte de las personas internas, la infraestructura, dotación y, en general, los recursos dispuestos por el Estado de Chile, en especial a Gendarmería, para efectos de prestar atención médica a las personas privadas de libertad.

En una cuarta sección, se describirán las principales dificultades que se han identificado en la prestación de salud las personas internas, mencionando si los hallazgos han sido constatados en ediciones pasadas del presente *Informe* sobre el sistema penitenciario chileno o, en general, en otros estudios llevados adelante respecto a este tema.

En relación con la metodología, este capítulo tuvo la posibilidad de acceder a diversos antecedentes, de parte de Gendarmería mediante solicitudes de acceso a información pública, sobre el tema que se abordará. A su vez, y especialmente respecto a la última sección, se realizaron diversas entrevistas a personas vinculadas con el sistema penitenciario y el sistema penal, entre ellos, abogados penitenciarios, jueces, médicos, personal auxiliar, personal de Gendarmería, etc. Además, se analizaron todos los estudios e informes que han recopilado información empírica acerca de la asistencia médica en las cárceles chilenas.

I. ESTÁNDARES DE DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO A LA SALUD DE LA PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD

El derecho a la salud es una garantía fundamental que el Estado debe asegurar a los ciudadanos, resultando indispensable para permitir el ejercicio de la vida cotidiana y, en general, de otros derechos de los cuales las personas son titulares.¹¹³

Por lo mismo, dicho derecho se encuentra contemplado en diversos instrumentos internacionales del sistema internacional de protección de los derechos humanos. Por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante, DUDH), en su artículo 25 N°1, estipula que “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le

113 ONU, Observación N°14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, 11/08/2000, 2000, p. 1.

asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar (...)”. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante PIDESC), reconoce, en su artículo 12 N°1, “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”, así como también obliga a los Estados partes a tomar medidas específicas destinadas a garantizar dicho derecho (artículo 12 N°2).

Adicionalmente, se encuentra consagrado este derecho como una garantía en otros instrumentos internacionales más específicos, como la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (artículo 5 inciso iv apartado e); Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (artículos 11 y 12); y la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 24).

En relación con las personas privadas de libertad, el sistema internacional de protección de los derechos humanos ha sido enfático en señalar que no pueden verse afectadas en el ejercicio de su derecho a la salud por la situación en la cual se encuentran. Específicamente, el Comité de Derechos Sociales, Económicos y Culturales (en adelante, Comité DESC), ha indicado que “el Pacto prohíbe toda discriminación en lo referente al acceso a la atención de la salud y los factores determinantes básicos de la salud, así como a los medios y derechos para conseguirlo, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o posición social, situación económica, lugar de nacimiento, impedimentos físicos o mentales, estado de salud (incluidos el VIH/SIDA), orientación sexual y situación política, social o de otra índole que tengan por objeto o por resultado la invalidación o el menoscabo de la igualdad de goce o el ejercicio del derecho a la salud”.¹¹⁴ En el mismo sentido, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (en adelante, UNCAT) señala expresamente, en su Artículo 2, que “Todo Estado Parte tomará medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción”, incluidas las personas privadas de libertad al no existir excepción alguna en su aplicación.

Por su parte, las Reglas mínimas de Naciones Unidas para el tratamiento de reclusos,¹¹⁵ en sus artículos 22 al 26, establecen explícitamente, entre otras, las siguientes obligaciones:

114 ONU, Observación N°14, op.cit., p. 6.

115 ONU, Asamblea General, Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos (conocidas como “Reglas Nelson Mandela”). Resolución aprobada por la Asamblea General, 8 de enero de 2016, A/RES/70/175, disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org/es/docid/5698a3c64.html>.

- Los recintos penitenciarios deben contar, al menos, con un médico especialista, inclusive, con algunos conocimientos psiquiátricos.
- Se dispondrá el traslado de los enfermos cuyo estado requiera cuidados especiales, a establecimientos penitenciarios especializados o a hospitales civiles.
- En caso de que el recinto penitenciario cuente con un servicio médico propio, deberá tener el material, el instrumental y los productos farmacéuticos necesarios, además de personal médico con suficiente preparación profesional, para proporcionar a los reclusos enfermos los cuidados y el tratamiento adecuados.
- En los establecimientos para mujeres deben existir instalaciones especiales para el tratamiento de las reclusas embarazadas, de las que acaban de dar a luz y de las convalecientes, intentando, dentro de lo posible, que los partos se realicen en un hospital civil.
- El personal médico deberá examinar a los internos al momento de su ingreso al recinto hospitalario y tomar todas las medidas, ya sean tratamientos o precauciones sanitarias, para evitar el contagio de enfermedades.
- El personal médico deberá examinar diariamente a los internos enfermos o que les llame la atención su estado de salud y, si corresponde, emitir un informe al director cuando la salud física o mental de un recluso haya sido, o pueda ser, afectada por una modalidad cualquiera de la reclusión.

Por otra parte, en los Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas de la CIDH¹¹⁶ (en adelante Principios y buenas prácticas CIDH), se establecen, entre otras, las siguientes obligaciones:

- El Estado deberá garantizar que los servicios de salud proporcionados en los lugares de privación de libertad funcionen en estrecha coordinación con el sistema de salud pública, de manera que las políticas y prácticas de salud pública sean incorporadas en los lugares de privación de libertad.
- Las mujeres deberán contar con atención médica ginecológica y pediátrica, antes, durante y después del parto, el cual no deberá realizarse dentro de los lugares de privación de libertad, sino en hospitales o establecimientos destinados para ello.

116 Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Resolución 1/08, Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas, 13 de marzo de 2008, N° 1/08, disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org/es/docid/487330b22.html>.

- En toda circunstancia, la prestación del servicio de salud deberá respetar los principios siguientes: confidencialidad de la información médica, autonomía de los pacientes respecto de su propia salud y consentimiento informado en la relación médico-paciente.
- Toda persona privada de libertad tendrá derecho a que se le practique un examen médico o psicológico, imparcial y confidencial, realizado por personal de salud idóneo, inmediatamente después de su ingreso al establecimiento de reclusión o de internamiento.
- Los traslados de las personas privadas de libertad deberán ser autorizados y supervisados por autoridades competentes, quienes respetarán, en toda circunstancia, la dignidad y los derechos fundamentales.

Respecto a este derecho, la Corte IDH ha sido particularmente explícita en señalar que, del artículo 5.1 y 5.2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se desprende que toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal, lo que implica, entre otras cosas, el deber del Estado de salvaguardar su salud y bienestar.¹¹⁷ Por lo mismo, la Corte IDH ha sido clara en indicar que la personas privadas de libertad deben gozar de una “(...) provisión de revisión médica regular y, cuando así se requiera, de un tratamiento médico adecuado, oportuno y, en su caso, especializado y acorde a las especiales necesidades de atención que requieran las personas detenidas en cuestión”.¹¹⁸

En efecto, la Corte IDH considera que la falta de atención médica adecuada a una persona que se encuentra privada de libertad y bajo custodia del Estado “podría considerarse violatoria del artículo 5.1 y 5.2 de la Convención, dependiendo de las circunstancias concretas de la persona en particular, tales como su estado de salud o el tipo de dolencia que padece, el lapso transcurrido sin atención, sus efectos físicos y mentales acumulativos y, en algunos casos, el sexo y la edad de la misma, entre otros”.¹¹⁹

Cabe hacer presente que, si bien las Reglas Nelson Mandela y los Principios y buenas prácticas CIDH no son vinculantes, tienen una

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

118 Corte IDH, *Caso Chinchilla Sandoval y otros versus Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 29 de febrero de 2016.

119 *Ibid.*

utilidad reconocida y han servido para construir los estándares sobre el tratamiento que debe ofrecerse a toda persona privada de libertad o reclusa en una institución penitenciaria.

Es preciso recordar que el sistema de protección de los derechos humanos ha demostrado un especial interés en aquellos grupos más vulnerables que se encuentran privados de libertad. En ese sentido, respecto de los niños, niñas y adolescentes, la Corte IDH ha indicado que “la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud, y compromete a los Estados a esforzarse por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios”.¹²⁰

En relación con las mujeres, existe una regulación específica en diversos instrumentos internacionales,¹²¹ estableciendo la obligatoriedad de atender sus necesidades fisiológicas y médicas. Especialmente, la Corte IDH ha indicado que “considera oportuno enfatizar la obligación de los Estados de tomar en consideración la atención especial que deben recibir las mujeres privadas de libertad embarazadas y en lactancia durante su detención”.¹²²

2. REGULACIÓN DE LA ATENCIÓN MÉDICA EN LA CÁRCELES CHILENAS

Luego de haber descrito la regulación internacional y los estándares de derechos humanos en la materia, en el siguiente apartado se realizará una descripción general de la regulación que existe en Chile respecto al derecho a la salud de las personas privadas de libertad en los diversos recintos penitenciarios de nuestro país. En especial, se abordarán las principales fuentes normativas y también los aspectos más relevantes de sus reglas.

120 Corte IDH, *Caso Mendoza y otros versus Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, sentencia del 14 de mayo de 2013. Véase también las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad.

121 Véase, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos, *Manual de capacitación en derechos humanos para funcionarios de prisiones*, Santiago, ONU, 2014.

122 Corte IDH, Asunto Centro Penitenciario de la Región Andina respecto de Venezuela, sentencia de 6 de septiembre de 2012. Véase Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok), Resolución aprobada por la Asamblea General, Sexagésimo quinto período de sesiones, Tema 105 del programa, 16 de marzo de 2011.

2.1. Reglamento de Establecimientos Penitenciarios (Decreto 518, del 22 de mayo de 2018)

La principal regulación que existe en este ámbito es el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios (en adelante, Reglamento) que, en su artículo 1º, indica: “La actividad penitenciaria se regirá por las normas establecidas en el presente Reglamento y tendrá como fin primordial tanto la atención, custodia y asistencia de detenidos, sujetos a prisión preventiva y condenados, como la acción educativa necesaria para la reinserción social de los sentenciados a penas privativas de libertad o sustitutivas de ellas”.

En relación con la atención médica de las personas internas, en el Título Tercero, denominado “De los derechos y obligaciones de los internos”, especialmente en el párrafo 2º, se encuentra una regulación específica de este tema, titulada “De la atención médica de los internos”. De acuerdo con dicha regulación, las cárceles chilenas establecen un sistema de atención médica que prioriza la evaluación interna y, bajo determinadas reglas, se permite la derivación a los centros asistenciales del medio libre. Específicamente, en su artículo 34, se dispone expresamente que las personas privadas de libertad que necesiten atención médica deberán ser atendidas por las “unidades médicas que existan en el establecimiento penitenciario”. Para el caso de las cárceles concesionadas, el Reglamento señala que la acción que se deberá realizar dependerá de lo que estipule el contrato de concesión.

Las personas privadas de libertad podrán ser derivadas a centros asistenciales del medio exterior, si es que se cuenta con autorización expresa del director regional y cuando el personal médico certifique alguna de las siguientes circunstancias (artículo 35):

- Casos graves que requieran con urgencia, atención o cuidados médicos especializados que no se puedan otorgar en la unidad médica del establecimiento. En esta situación, si la urgencia lo amerita, el jefe del establecimiento podrá autorizar la salida, lo que deberá ser ratificado por el director regional, dentro de las 48 horas siguientes;
- Cuando el recluso requiera una atención médica que, sin revestir gravedad o urgencia, no pueda ser prestada en el establecimiento.

En relación con el tipo de centros asistenciales del medio exterior a que pueden ser derivadas, el artículo 36 del Reglamento, siguiendo lo establecido en la Ley Orgánica de Gendarmería, dispone que, por regla, las personas privadas de libertad deben ser enviadas a “los establecimientos hospitalarios públicos que forman parte de los Servicios de Salud”. Excepcionalmente, si es que el interno o interna desea ser derivado/a a otro centro y cuenta con los recursos para financiarlo,

Gendarmería podrá trasladarlo/a a dicho centro. Respecto a este último punto, es relevante indicar lo regulado en el artículo 20 de la Ley Orgánica de Gendarmería, en el cual se dispone que los servicios de salud (enumerados en el Capítulo II del Libro I del Decreto con fuerza de ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud), prestarán atención sanitaria gratuita a las personas detenidas o privadas de libertad sometidas a la guarda de Gendarmería, a menos que ellas tengan derecho a la misma en virtud de su afiliación previsional o por otra causa.

Respecto a la duración de la internación médica de las personas privadas de libertad, el Reglamento, en su artículo 37, dispone que deberá ser determinada por personal médico de Gendarmería, solicitando o realizando evaluaciones periódicas para dichos efectos.

Por último, el Reglamento establece una regla explícita para aquellas personas reclusas que se encuentran cumpliendo la medida cautelar de prisión preventiva, que permite derivarlas a centros de salud externos. Específicamente, el director del establecimiento podrá autorizar —bajo su responsabilidad—, en casos graves de enfermedad o accidentes, la salida de las personas privadas de libertad. Inclusive, el director tiene la facultad de otorgarla sin autorización judicial, en caso de enfermedad grave y de extrema urgencia, cuando hubiese sido posible obtener dicha autorización oportunamente.¹²³

En términos generales, el Reglamento determina una regulación elemental del sistema de salud para las personas privadas de libertad de los diversos recintos penitenciarios del país. Principalmente, establece en forma expresa el derecho a recibir tratamiento médico, tanto dentro como fuera del recinto, sin necesidad de una orden judicial. A la vez, determina que la atención será gratuita si la persona no tiene seguro de salud y que, incluso, puede solicitar su traslado a una institución privada, si tiene los fondos para pagar dicha atención.

Sin perjuicio de ello, no se establece de manera explícita y específica ninguno de los derechos que poseen las personas reclusas en esta materia; tampoco los mecanismos internos que podrían utilizar para acceder a prestaciones de salud (vgr. consultas), ni siquiera ante la denegación o demora en el otorgamientos de esas prestaciones. En ese sentido, resultaría necesario que el Reglamento explicita los derechos específicos de los cuales son titulares las personas privadas de libertad,

123 Artículo 38.- Los detenidos y sujetos a prisión preventiva podrán salir de los establecimientos penitenciarios por orden del Juez de la causa en casos graves de enfermedad o accidentes. En caso de enfermedad grave y de extrema urgencia, el Jefe del Establecimiento podrá autorizar bajo su responsabilidad salidas sin la correspondiente autorización judicial, siempre que ésta no pudiere ser recabada oportunamente, adoptando las medidas necesarias para no entorpecer la acción de la justicia y dando inmediata cuenta de lo actuado al Juez de la causa y al Director Regional de Gendarmería de Chile.

de manera de identificar con claridad lo que resulta exigible a la autoridad. Adicionalmente, sería relevante que el Reglamento establezca los principales lineamientos de un procedimiento que permita a las personas privadas de libertad solicitar atención médica y recibir una respuesta en un plazo razonable, inclusive un procedimiento de reclamo ante la denegación o falta de respuesta.

2.2. Manual de Procedimientos Clínicos y Administrativos del Hospital Penitenciario¹²⁴

A través de una solicitud de acceso a información pública realizada a Gendarmería,¹²⁵ pudimos conocer la Resolución Exenta N°6206, del 29 de diciembre de 2008, que da cuenta del Manual de Procedimientos Clínicos y Administrativos del Hospital Penitenciario (en adelante, Manual), cuyos objetivos son los siguientes:¹²⁶

- Dar un ordenamiento al quehacer diario realizado por el personal del hospital, destinado a brindar una atención adecuada, rápida y expedita al paciente que ingresa a este establecimiento;
- Supervisar el cumplimiento de Normas de Infecciones Intrahospitalarias (IIH) del Ministerio de Salud;
- Respetar los acuerdos del Documento de Principio y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, que en su Principio X dice que las personas privadas de libertad tendrán derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel posible de bienestar físico, mental y social, que incluye entre otros, la atención médica, psiquiátrica y odontológica adecuada; la disponibilidad permanente de personal médico idóneo e imparcial; el acceso a tratamiento y medicamentos apropiados y gratuitos; la implementación de programas y promoción de salud, prevención y tratamiento de enfermedades infecciosas, endémicas y de otra índole; y las medidas especiales para satisfacer las necesidades particulares de salud de las personas privadas de libertad pertenecientes a grupos vulnerables o de alto riesgo, tales como las personas adultas mayores, los niños, niñas, personas con discapacidad, personas

124 El Hospital Penitenciario es el único hospital con dedicación exclusiva para atender a las personas privadas de libertad y se encuentra en la Región Metropolitana. Más abajo se brinda mayor información al respecto.

125 Solicitud N°AK006T0010605, respondida mediante Oficio N°481, de fecha 23 de abril de 2019.

126 Gendarmería de Chile, Manual de Procedimientos Clínicos y Administrativos del Hospital Penitenciario, accedido mediante Solicitud N°AK006T0010605, respondida mediante Oficio N°481, de fecha 23 de abril de 2019, pp. 2 y 3.

- portadoras del VIH-SIDA, tuberculosis y las personas con enfermedades en fase Terminal. El tratamiento deberá basarse en principios científicos y aplicar las mejores prácticas;
- Cumplir con las exigencias de la Reforma Procesal Penal que crea nuevos organismos intervinientes en la nueva operatividad del sistema y que constituyen la idea de un sistema procesal más adecuado a las exigencias del debido proceso que emanan de los tratados internacionales de derechos humanos y la Constitución Política, y que en sus artículos N°200 modificado y artículo 17 exige la atención de salud a todos los casos médico-legales, debiendo otorgar las facilidades necesarias para el cumplimiento de las órdenes judiciales o del Ministerio Público, previo diagnóstico del profesional de turno respecto de una eventual hospitalización. En caso de que deban someterse a exámenes u otras atenciones que no hagan necesaria la hospitalización, estas deberán efectuarse en forma expedita.

El Manual tiene 496 páginas, organizadas en 9 capítulos, abordando temáticas como derechos de los pacientes, patologías y procedimientos médicos, procedimientos de enfermería (atención básica y administrativos); normas de control de infecciones intrahospitalarias, procedimientos del servicio de alimentación, procedimientos del programa de salud mental, procedimientos de los programas del hospital penitenciario (regional del HIV-SIDA, indulto por razones humanitarias, tuberculosis, etc.); procedimientos del área de asistencia social, procedimientos del archivo y servicio de orientación médica y estadística, procedimientos del destacamento del hospital penitenciario. En general, consideramos que se trata de un protocolo con un contenido relevante que permite a los diversos funcionarios acceder a las pautas básicas de comportamientos al momento de prestar servicios médicos. De todas maneras, el Manual solo resulta aplicable al Hospital Penitenciario, por lo que existe una carencia relevante en relación a la conducta que deben mantener los funcionarios en los demás recintos penitenciarios. Esto, en especial, si consideramos que la mayoría de esos recintos cuenta con infraestructura y recursos humanos muy limitados, por lo tanto, deben establecerse con claridad los protocolos de atención y derivación.

En cada uno de los capítulos, se indican los objetivos específicos, el personal responsable, los procedimientos que se deben llevar a cabo, los insumos médicos con que deben contar, entre otras cosas. Particularmente, desde el punto de vista de la atención médica, se señalan las actividades que debe realizar el personal médico, los tratamientos y las circunstancias en las cuales se deberá derivar a los pacientes a centros médicos del exterior.

Cabe hacer presente que el objetivo del Manual es regular los procedimientos respecto al funcionamiento del Hospital Penitenciario, ubicado en la Región Metropolitana, que es la única región del país que cuenta con uno. Como se abordará más adelante en detalle, los demás establecimientos penitenciarios del país solo cuentan con unidades de asistencia médica primaria, las cuales, según nos indicó Gendarmería¹²⁷, no tienen ningún manual o normativa como la del Hospital Penitenciario.

Lo anterior resulta una carencia relevante para la mayoría de los centros de reclusión que carecen de la cobertura del Hospital Penitenciario. En esas unidades de asistencia médica primaria se requeriría también de un protocolo que definiera explícitamente las diversas actividades que debe desarrollar el personal médico y, a su vez, las circunstancias que justifican la derivación de las personas privadas de libertad a centros externos que tengan la capacidad de atender aquellas necesidades que desborden la capacidad de dichas unidades.

3. LA ATENCIÓN MÉDICA EN LAS CÁRCELES CHILENAS: DATOS, INFRAESTRUCTURA, DOTACIÓN Y LOS RECURSOS QUE EL ESTADO HA DISPUESTO PARA AQUELLO

3.1. Algunos datos sobre las muertes en las cárceles chilenas

De acuerdo con la información proveída por Gendarmería, desde el año 2000 hasta 2018, han fallecido 2.378 personas privadas de libertad que se encontraban reclusas en establecimientos penitenciarios.¹²⁸ La mayor causa de muerte (44,5%) se encuentra asociada a enfermedades. A continuación, se puede apreciar un resumen de las principales causas de muerte durante ese período:

Tabla 1: Total de personas privadas de libertad fallecidas (cantidad y porcentajes) entre 2000 y 2018 (divididas por causa de muerte)

| Causa | Personas | % |
|---------------|-----------------|----------|
| Enfermedad | 1069 | 44.95% |
| Riña/Agresión | 712 | 29.94% |
| Suicidio | 321 | 13.50% |
| Incendio | 118 | 4.96% |
| Accidente | 57 | 2.40% |

127 Solicitud N°AK006T0010605, respondida mediante Oficio N°481, de fecha 23 de abril de 2019.

128 Es importante hacer presente que la población penitenciaria del sistema cerrado, entre hombres y mujeres, a junio de 2019, alcanza las 50.749 personas privadas de libertad.

| | | |
|-----------------|------|-------|
| Otras causas | 45 | 1.89% |
| Intoxicación | 38 | 1.60% |
| Intento de fuga | 17 | 0.71% |
| S/I | 1 | 0.04% |
| Total muertes | 2378 | 100% |

Para apreciar un periodo más específico, a continuación, se puede apreciar la evolución de las causas de muerte desde 2010 a 2018:

Tabla 2: Causas de muerte de los privados de libertad por año (2010 a 2018)

| Causa | 2010 | 2011 | 2012 | 2013 | 2014 | 2015 | 2016 | 2017 | 2018 | Total general |
|-------------------|-------------|-------------|-------------|-------------|-------------|-------------|-------------|-------------|-------------|---------------|
| Enfermedad | 89 | 83 | 63 | 75 | 62 | 72 | 64 | 43 | 51 | 1069 |
| Riña/ Agresión | 40 | 52 | 42 | 37 | 62 | 60 | 52 | 48 | 42 | 712 |
| Suicidio | 24 | 26 | 27 | 17 | 16 | 20 | 15 | 11 | 9 | 321 |
| Incendio | 82 | 1 | | | | | | | | 118 |
| Accidente | 3 | 3 | 6 | 1 | 1 | 3 | 4 | 2 | 4 | 57 |
| Otras causas | 7 | | | 1 | 1 | 1 | 6 | 8 | 10 | 45 |
| Intoxicación | 2 | 2 | | 4 | 1 | | 1 | | 1 | 38 |
| Intento de fuga | 7 | | 1 | 1 | | | | | | 17 |
| S/I | | | | | | | | | | 1 |
| Total general | 254 | 167 | 139 | 136 | 143 | 156 | 142 | 112 | 117 | 2378 |
| PROMEDIO | 56.4 | 47.7 | 46.3 | 34.0 | 40.9 | 52.0 | 40.6 | 37.3 | 33.4 | |

Si se realiza una comparación entre los valores correspondientes a hombres y mujeres, se aprecia que, durante 2018, el 98% de las personas fallecidas son hombres. A continuación, se puede apreciar un detalle:

Tabla 3: Número y porcentaje de muertes de hombres y mujeres privados de libertad, entre 2000 y 2010

| Año | Femenino | Masculino | Total general | % Femenino | % Masculino |
|----------------------|-----------|-------------|---------------|-------------|--------------|
| 2000 | 1 | 66 | 67 | 1.5% | 98.5% |
| 2001 | 3 | 102 | 105 | 2.9% | 97.1% |
| 2002 | 2 | 74 | 76 | 2.6% | 97.4% |
| 2003 | | 86 | 86 | 0.0% | 100.0% |
| 2004 | 1 | 87 | 88 | 1.1% | 98.9% |
| 2005 | | 88 | 88 | 0.0% | 100.0% |
| 2006 | 2 | 115 | 117 | 1.7% | 98.3% |
| 2007 | 6 | 108 | 114 | 5.3% | 94.7% |
| 2008 | 5 | 121 | 126 | 4.0% | 96.0% |
| 2009 | 4 | 141 | 145 | 2.8% | 97.2% |
| 2010 | 6 | 248 | 254 | 2.4% | 97.6% |
| 2011 | 11 | 156 | 167 | 6.6% | 93.4% |
| 2012 | 2 | 137 | 139 | 1.4% | 98.6% |
| 2013 | 9 | 127 | 136 | 6.6% | 93.4% |
| 2014 | 5 | 138 | 143 | 3.5% | 96.5% |
| 2015 | 8 | 148 | 156 | 5.1% | 94.9% |
| 2016 | 3 | 139 | 142 | 2.1% | 97.9% |
| 2017 | 7 | 105 | 112 | 6.3% | 93.8% |
| 2018 | 2 | 115 | 117 | 1.7% | 98.3% |
| Total general | 77 | 2301 | 2378 | 3.2% | 96.8% |

La tabla, a continuación, presenta la cantidad de muertes que se ha producido en cada establecimiento penitenciario:

Tabla 4: Principales centros de detención y número de muertes

| CENTRO | Nº MUERTES |
|---------------------|------------|
| C.D.P. SANTIAGO SUR | 398 |
| C.C.P. COLINA II | 188 |
| C.P. VALPARAÍSO | 172 |
| C.D.P. SAN MIGUEL | 148 |
| C.D.P. SANTIAGO I | 114 |
| C.P. CONCEPCIÓN | 88 |
| C.P. ARICA | 82 |
| C.P. RANCAGUA | 79 |
| C.P. LA SERENA | 71 |

La tabla 5, a continuación, muestra la causa de muerte asociada a la persona, en cada centro de detención:

Tabla 5: Causas de muerte en los principales centros de detención

| Centro de detención | Accidente | Enfermedad | Incendio | Fuga | Intoxicación | Otras causas | Riña/Agresión | S/I | Suicidio | Total general |
|----------------------|-----------|------------|----------|------|--------------|--------------|---------------|-----|----------|---------------|
| C.D.P. SAN-TIAGO SUR | 7 | 197 | | | 10 | 1 | 160 | | 23 | 398 |
| C.C.P. COLINA II | 4 | 35 | | | | 1 | 140 | | 8 | 188 |
| C.P. VAL-PARAÍSO | 2 | 98 | | | 1 | 3 | 52 | | 16 | 172 |
| C.D.P. SAN MIGUEL | | 27 | 81 | | 2 | 1 | 31 | | 6 | 148 |
| C.D.P. SAN-TIAGO I | 1 | 53 | | | 3 | 8 | 19 | | 30 | 114 |
| C.P. CONCEPCIÓN | 1 | 45 | 9 | | 1 | 1 | 22 | | 9 | 88 |
| C.P. ARICA | 3 | 57 | | | 1 | 2 | 12 | | 7 | 82 |
| C.P. RANCAGUA | 2 | 25 | | 1 | 2 | 4 | 16 | | 29 | 79 |
| C.P. LA SERENA | 1 | 24 | 1 | | 1 | | 27 | | 17 | 71 |

Como se puede advertir en los datos anteriormente expuestos, la población masculina posee la mayor tasa de mortandad dentro de los recintos penitenciarios, lo cual, por supuesto, puede estar explicado por diversos factores. Entre ellos, el principal, es que gran parte de la población penitenciaria está conformada por hombres. De acuerdo con la información señalada, una política de salud para las cárceles basada en las reales necesidades que existen debiera considerar aspectos relativos al género de las personas recluidas.

2. HOSPITAL PENITENCIARIO Y UNIDADES DE ATENCIÓN MÉDICA

El sistema de atención de salud en las cárceles chilenas se encuentra estructurado en base a unidades de atención médica primaria ubicadas en todos los recintos penitenciarios, que se diferencian en lo relativo a la dotación y especialidades médicas con que cuentan y a los servicios que pueden prestar. En general, en dichas unidades se ofrece asistencia primaria

a las personas privadas de libertad, las cuales, dependiendo de la urgencia o la necesidad de infraestructura y personal más especializado, podrán ser derivadas a un centro de salud del medio exterior que corresponda.¹²⁹

La situación anteriormente descrita es aplicable a todas las regiones del país, salvo la Metropolitana. En esta última, como se señaló, se encuentra el único Hospital Penitenciario, ubicado en el Centro de Cumplimiento Penitenciario Santiago Sur, el cual brinda atención a los privados de libertad en ese lugar y, también, en teoría, debiera entregar cobertura al resto de los recintos penitenciarios de la Región Metropolitana, en caso de que sea requerido.¹³⁰ En los demás recintos penales de la Región Metropolitana, al igual que en las cárceles de regiones, el principal servicio médico que reciben los/as privados/as de libertad es través de unidades de atención primaria. De acuerdo con la urgencia o necesidad de atención especializada, esas unidades podrán solicitar que el interno/a sea trasladado/a al Hospital Penitenciario o a algún recinto médico del exterior.

a) Hospital Penitenciario

El Hospital Penitenciario tiene una data de construcción del año 1843, pero solo fue reconocido por el Ministerio de Salud mediante resolución 295 del 1 de junio de 1999. Luego, mediante la resolución N°446 del 19 de julio del 2001, se designa un cupo de 54 camas para hospitalización,¹³¹ las cuales están destinadas a los servicios de medicina, cirugía e infeccioso. El Hospital Penitenciario cuenta con los siguientes servicios y programas:¹³²

- Urgencia
- Medicina interna
- Cirugías menores
- Traumatología
- Urología
- Otorrino
- Oftalmología (tecnólogo)
- Psicólogo
- Psiquiatría
- Servicio de imagenología
- Laboratorio clínico
- Ecografía

129 Solicitud N°AK006T0010605, respondida mediante Oficio N°481, de fecha 23 de abril de 2019.

130 *Ibid.*

131 Dichas Resoluciones tienen una vigencia de tres años contados desde la emisión, de conformidad con el artículo 7mo del Código Sanitario (Ley 18498, del 4 de febrero de 1986). Este plazo se entenderá automática y sucesivamente prorrogado por periodos iguales, mientras no sean expresamente dejados sin efecto.

132 Solicitud N°AK006T0010605, *op.cit.*

Respecto a la dotación de personal y de acuerdo a lo informado por Gendarmería, el Hospital Penitenciario cuenta con los siguientes profesionales:

Tabla 6: Dotación de personal del Hospital Penitenciario

| Servicio | Personal | Número |
|----------------|-------------------------------------|--------|
| Urgencia | Médicos residentes | 6 |
| | Enfermeros residentes | 4 |
| | Técnicos paramédicos | 4 |
| | Técnicos paramédicos (ambulatorios) | 5 |
| Cirugía | Enfermera | 1 |
| | Técnicos paramédicos | 5 |
| Medicina | Enfermera | 1 |
| | Técnicos paramédicos | 5 |
| Pabellón | Enfermera | 0 |
| | Técnicos paramédicos | 0 |
| Esterilización | Enfermera | 0 |
| | Técnicos paramédicos | 2 |
| Policlínico | Enfermera | 1 |
| | Técnicos médicos oftalmólogos | 1 |
| | Técnicos paramédicos | 2 |
| Farmacia | Químico farmacéutico | 1 |
| | Técnicos paramédicos | 1 |
| Laboratorio | Tecnólogos médicos | 4 |
| | Técnicos paramédicos | 3 |
| Rayos | Técnicos paramédicos | 2 |
| Kinesiología | Kinesiólogo | 1 |
| Dental | Máxilo facial | 4 |
| | Técnico dental | 2 |

| | | |
|--------------|----------------------|----|
| Médicos | Cirujanos | 3 |
| | Internistas | 2 |
| | Psiquiatría | 1 |
| | Urología | 1 |
| | Otorrino | 1 |
| | Anestesiólogo | 1 |
| | Radiólogo | 1 |
| Total | Médicos | 16 |
| | Enfermeros/as | 8 |
| | Técnicos paramédicos | 31 |
| | Técnico dental | 4 |
| | Tecnólogos médicos | 5 |

La tabla presentada, de acuerdo con los datos proporcionados por Gendarmería, da cuenta de un numeroso personal médico especializado en el Hospital Penitenciario dedicado a la atención de las personas privadas de libertad en el Centro Penitenciario Santiago Sur. Como se podrá apreciar más adelante, se trata de una realidad muy diferente, en términos de recursos humanos, a la que presentan la mayoría de los recintos penales del país, especialmente los de regiones.

Además del numeroso equipo médico, el Hospital cuenta con una red de oxígeno propia y con dos ambulancias para traslados de pacientes.

En cifras generales correspondientes a todos los recintos penitenciarios, Gendarmería informó que, desde 2011 a 2018, al menos 9.115 funcionarios han prestado servicios en la asistencia médica de los privados de libertad, ya sea como funcionarios a contrata u honorarios.

En suma, se puede apreciar que las principales prestaciones de salud de las personas privadas de libertad en las cárceles chilenas se realizan a través de unidades de atención primaria. Al existir un solo Hospital Penitenciario, las situaciones de urgencia o que requieren médicos especializados, deben ser, en su gran mayoría, cubiertas por centros de salud del medio exterior.

3. UNIDADES DE ATENCIÓN PRIMARIA

De acuerdo con la información proveída por Gendarmería, los recintos penitenciarios cuentan, en su mayoría, con personal de enfermería y paramédico para brindar atención a las personas privadas de libertad. En relación con los paramédicos, Gendarmería incluye el personal

técnico y auxiliares de la salud, entre ellos, odontólogos, kinesiólogos, auxiliares de enfermería, matronas y tecnólogos médicos.

Considerando las cifras entregadas por Gendarmería, en las cárceles chilenas prestarían funciones aproximadamente 351 personas, entre enfermeros/as y paramédicos, los cuales tienen diversas formas de contratación y están sujetos a diferentes horarios de trabajo. Existe un grupo dedicado a prestar asistencia al personal institucional.

A continuación, presentamos una tabla donde se sintetiza la información anterior, respecto de algunos recintos penitenciarios, entre 2016 y 2018:

| Recinto penitenciario | 2016 | | 2017 | | | 2018 | | | |
|-----------------------|-------------|--------------------------|-------|-------------|---------------------------|-------|-------------|---------------------------|-------|
| | Enfermera/o | Paramédico (Técnico/Aux) | Total | Enfermera/o | Paramédico (Técnico/Aux.) | Total | Enfermera/o | Paramédico (Técnico/Aux.) | Total |
| C.C.P. Los Andes | 0 | 2 | 2 | 0 | 1 | 1 | 0 | 2 | 2 |
| C.D.P. Limache | 0 | 2 | 2 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| C.C.P. Iquique | 0 | 5 | 5 | 0 | 0 | 0 | 0 | 6 | 6 |
| C.C.P. Temuco | 0 | 0 | 0 | 0 | 1 | 1 | 0 | 1 | 1 |
| C.C.P. Bío Bío | 2 | 1 | 3 | 1 | 0 | 1 | 1 | 0 | 1 |
| C.C.P. Bulnes | 0 | 2 | 2 | 0 | 2 | 2 | 0 | 2 | 2 |
| C.C.P. Chillán | 0 | 8 | 8 | 0 | 5 | 5 | 0 | 5 | 5 |
| C.C.P. Collipulli | 0 | 0 | 0 | 1 | 1 | 2 | 0 | 1 | 1 |
| C.C.P. Osorno | 1 | 5 | 6 | 1 | 5 | 6 | 1 | 5 | 6 |
| C.C.P. San Felipe | 0 | 2 | 2 | 0 | 2 | 2 | 0 | 2 | 2 |
| C.D.P. Ancud | 0 | 2 | 2 | 0 | 2 | 2 | 0 | 2 | 2 |
| C.D.P. Lebu | 0 | 3 | 3 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| C.D.P. Quillota | 0 | 4 | 4 | 1 | 1 | 2 | 1 | 1 | 2 |

| | | | | | | | | | |
|--------------------------------------|---|---|---|---|----|----|---|----|----|
| C.P. Concepción | 2 | 6 | 8 | 2 | 14 | 16 | 2 | 13 | 15 |
| C.P. Puerto Montt | 0 | 0 | 0 | 0 | 2 | 2 | 0 | 1 | 1 |
| C.C.P. Antofagasta | 0 | 0 | 0 | 2 | 0 | 2 | 1 | 4 | 5 |
| C.C.P. Colina I | 1 | 6 | 7 | 0 | 0 | 0 | 1 | 9 | 10 |
| C.C.P. Colina II | 1 | 5 | 6 | 0 | 0 | 0 | 1 | 2 | 3 |
| C.C.P. Coyhaique | 0 | 2 | 2 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| C.C.P. Talca | 1 | 4 | 5 | 1 | 0 | 1 | 1 | 5 | 6 |
| C.D.P. Puente Alto | 1 | 5 | 6 | 0 | 0 | 0 | 2 | 5 | 7 |
| C.D.P. Santiago I | 1 | 0 | 1 | 0 | 0 | 0 | 0 | 1 | 1 |
| C.D.P. Santiago Sur | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 1 | 7 | 8 |
| C.D.P. Santiago Sur - Sector Módulos | 1 | 2 | 3 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| C.D.P. Santiago Sur - Sector Ovalo | 1 | 5 | 6 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 |

A partir de las cifras expuestas, es posible apreciar que algunos recintos penitenciarios no cuentan, al año 2018, con personal de enfermería ni paramédicos. El CDP de Limache tenía dos paramédicos en 2016, pero luego, durante el periodo 2017-2018, perdió a ambos profesionales. Se observa una situación similar en Coyhaique y en algunos sectores de C.D.P Santiago Sur.

En general, como se puede apreciar en la tabla, salvo excepciones, todos los recintos penitenciarios han visto disminuido su personal de salud y se observa en otros casos un número que oscila año tras año. Por ejemplo, en 2016 los recintos penitenciarios contaban con 12 enfermeras, en 2017 con 8 y, luego en 2018, vuelven a tener 12. En el caso del personal paramédico, en el año 2016 se contaba con 71 funcionarios, en 2017 con 34 y luego en 2018 aumentaron a 72.

Uno de los casos más problemáticos corresponde a Colina II: aunque dicha unidad es una de las que presenta mayor hacinamiento

(aproximadamente 2.351 privados de libertad en un recinto con una densidad penitenciaria de un 158%),¹³³ y altos indicadores de violencia,¹³⁴ solo cuenta con dos paramédicos y un enfermero.

4. DERIVACIONES A CENTROS ASISTENCIALES DEL MEDIO EXTERIOR

Como fue descrito anteriormente, el personal médico podrá solicitar que la persona privada de libertad sea trasladada a un centro asistencial del medio exterior de acuerdo con las circunstancias descritas en el reglamento. A continuación, se puede apreciar un resumen del número de derivaciones, realizadas desde 2015 a la fecha, y la especialidad que fue requerida:¹³⁵

Tabla 7: Número de derivaciones de privados/as de libertad a centros de salud del exterior

| Especialidad | 2015 | 2016 | 2017 | 2018 |
|------------------------------|------|------|------|------|
| Inmunología | 23 | 26 | 26 | 59 |
| Audiometría | 21 | 19 | 12 | 21 |
| Dermatología | 13 | 16 | 10 | 31 |
| Cirugía | 102 | 86 | 79 | 38 |
| Cirugía Vascul ar | 33 | 33 | 40 | 30 |
| Neurología | 88 | 86 | 66 | 78 |
| Neurocirugía | 32 | 32 | 61 | 40 |
| Electrocardiograma | 18 | 0 | 0 | 0 |
| Traumatología | 96 | 96 | 121 | 99 |
| Broncopulmonar | 56 | 88 | 32 | 78 |
| Gastroenterología | 79 | 102 | 38 | 80 |
| Exámenes | 90 | 83 | 27 | 86 |
| Resonancia Nuclear Magnética | 36 | 17 | 12 | 21 |

133 Fiscalía Judicial de la Corte Suprema de Chile, *Informe: Materia visitas recintos carcelarios 2017*, Santiago, 2018.

134 Véase, Revista Qué Pasa: "El Infierno Enjaulado". 17 de febrero de 2017.

135 Solicitud N°AK006T0010605, op.cit.

| | | | | |
|--------------------------------------|------|------|------|------|
| Tórax | 08 | 0 | 0 | 0 |
| Hematología | 49 | 33 | 62 | 76 |
| Oftalmología | 78 | 58 | 41 | 82 |
| Cardiología | 52 | 66 | 39 | 66 |
| Urología | 39 | 40 | 48 | 71 |
| Endocrinología | 56 | 28 | 32 | 31 |
| Coloproctología | 19 | 18 | 18 | 30 |
| Alivio del dolor | 10 | 0 | 04 | 19 |
| Otorrino | 78 | 26 | 39 | 41 |
| Infectología | 90 | 33 | 18 | 56 |
| Proctología | 59 | 29 | 23 | 41 |
| Oncología | 78 | 16 | 28 | 39 |
| Psiquiatría | 13 | 12 | 06 | 21 |
| Máxilo facial | 32 | 16 | 16 | 30 |
| Nefrología | 41 | 42 | 29 | 36 |
| Imagenología | 46 | 16 | 38 | 42 |
| Diabetología | 66 | 21 | 32 | 62 |
| Nutrición | 18 | 10 | 16 | 19 |
| Ginecología | 90 | 26 | 49 | 56 |
| Ecocardiograma | 06 | 0 | 0 | 0 |
| Odontología | 63 | 08 | 17 | 18 |
| Colonoscopia | 26 | 06 | 16 | 06 |
| TAC | 12 | 0 | 0 | 17 |
| Geriatría | 02 | 02 | 04 | 0 |
| Fonoaudiología | 03 | 08 | 03 | 0 |
| Gastroenterología | 01 | 11 | 02 | 06 |
| Total | 1727 | 1029 | 1103 | 1552 |
| Total, actualmente en trámite | 866 | | | |

De acuerdo con la tabla recién expuesta, si bien desde 2015 a 2017 hubo una disminución de las derivaciones (634 derivaciones menos), en 2018 volvieron a aumentar llegando a 1552 derivaciones. A la fecha

de la entrega de esta información por parte de Gendarmería, la institución tenía 866 solicitudes de derivación pendientes.¹³⁶

En la tabla expuesta, se pueden apreciar las especialidades a las que fueron derivadas las personas privadas de libertad. Esto daría cuenta de que esos especialistas no se encuentran en el Hospital de Gendarmería ni en las unidades médicas, o bien los que existen no dieron abasto. También se puede atribuir a la carencia de infraestructura o a cuadros graves de las personas privadas de libertad que necesariamente debieron ser remitidas a centro externos. Consultada Gendarmería, informó que las derivaciones se producen, principalmente, en el caso de:

- Pacientes que presentan patologías con riesgo vital o requieren ser hospitalizados en la UCI o UTI;
- Pacientes que requieren evolución de especialidad médica con que no cuenta el Hospital Penal;
- Pacientes con evolución –tratamiento seguimiento de neoplasias– de cáncer y que necesiten recibir quimio-radio terapia;
- Aquellas situaciones que requieran el peritaje del Servicio Médico Legal;
- Procedimientos de hemodiálisis en pacientes con enfermedades renales crónicas terminales;
- Pacientes que requieran evaluación de urgencia en patologías psiquiátricas.

5. PROBLEMAS EN LA ATENCIÓN DE LA SALUD DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD EN LAS CÁRCELES CHILENAS

El siguiente apartado presenta los principales problemas que fueron detectados en las entrevistas realizadas y, a su vez, en los diversos estudios e informes que se han elaborado para describir la realidad de las personas privadas de libertad en materia de salud.

5.1. Dificultades para garantizar el acceso expedito y oportuno a la atención médica en los recintos penitenciarios

Uno de los aspectos centrales de toda la información a la que se tuvo acceso y se ha analizado, es que las personas privadas de libertad no siempre tienen un acceso efectivo a las prestaciones médicas.

Parte de la información entregada por los entrevistados y refrendada por estudios e informes en la materia, da cuenta de que el sistema de salud en las cárceles, en general, funciona en casos de crisis o cuadros médicos graves en las personas privadas de libertad. El panorama

136 Solicitud N°AK006T0010605, op.cit.

presenta una serie de barreras cuando se trata de obtener un diagnóstico rápido, acceso a exámenes médicos y, en especial, a tratamientos y controles con especialistas. De acuerdo con lo señalado por una entrevistada, “la atención está pensada para los casos de peleas al interior de la cárcel” o “cuando una persona se encuentra en una situación de evidente gravedad”.

En aquellas situaciones en que las personas privadas de libertad se encuentran heridas por peleas en los penales o por enfermedad grave (riesgo de muerte), el sistema se activa y las personas privadas de libertad son asistidas por el personal de las unidades de atención médica. Cuando la situación lo amerita, se solicita la derivación a un centro de salud del medio exterior o al Hospital Penitenciario, si corresponde.

En ese contexto, resulta difícil acceder a una prestación médica cuando la persona privada de libertad no se encuentra en alguna de las situaciones descritas. Para este artículo se recogieron antecedentes que nos permiten hablar de una baja calidad de atención debido a los escasos medios disponibles en las cárceles, a la falta de personal calificado y a las dificultades que se presentan para derivar a las personas privadas de libertad a centros externos donde puedan ser atendidos.

a) Falta de personal médico calificado

Como fue descrito anteriormente, las personas privadas de libertad son principalmente atendidos por paramédicos o enfermeros, que muchas veces se ven excedidos en sus competencias por las situaciones médicas a las cuales se ven enfrentados.

Una persona entrevistada nos comenta que “los paramédicos viven una situación de mucha responsabilidad, donde incluso existe un riesgo profesional”. Comenta otro entrevistado que en ocasiones los paramédicos o enfermeros “han tenido que realizar intervenciones o suturas ante lesiones graves de los reclusos”. En otro testimonio se detalla que, por ejemplo, “en la Penitenciaría, con más de 4.000 privados de libertad, no dan abasto”. Inclusive una entrevistada comentó que “se supone que debe haber turnos para las urgencias, pero existen turnos en recintos donde [no] queda nadie para atender una emergencia” (sic).

En relación con la presencia de médicos, se observa que es muy reducida. Los entrevistados fueron categóricos en indicar que en los recintos penitenciarios no hay un médico fijo disponible las 24 horas. Se trata de personal contratado que, según los testimonios recopilados, realiza “visitas semanales” o permanece “no más de 4 horas” en los recintos de Gendarmería.

Analizando los datos entregados por la institución, Gendarmería cuenta, al año 2018, con 55 médicos para una población penitenciaria

de más de 50.000 privados de libertad. Es decir, un promedio aproximado de 1 médico por cada 909 privados de libertad.¹³⁷

Dicha situación se agrava cuando se analiza por recinto penitenciario y por región. Por ejemplo, en 2018, en la Región de Tarapacá hay un médico asignado a la Dirección Regional, el cual debe cumplir funciones en todos los recintos penitenciarios de la zona y, a su vez, en atención al personal institucional, de la siguiente forma: 17,6 horas en el C.C.P Iquique; 13,2 horas en el Policlínico Institucional; 8,8 Horas en el C.D.P Pozo Almonte; 2 Horas en C.P Alto Hospicio para atención a funcionarios. En la Región de Antofagasta hay dos médicos, uno asignado al C.D.P de Calama (11 horas de trabajo) y el otro al Policlínico Institucional (11 horas). En el caso de la Región de Coquimbo, hay un solo médico con dedicación de 11 horas en el Policlínico. En la Región de Magallanes y de la Antártica Chilena no hay médicos contratados para una población de casi 500 privados de libertad.

A continuación, se puede apreciar el promedio de médicos en relación con el número de personas privadas de libertad¹³⁸ en los recintos penitenciarios con mayor población penitenciario. Las regiones Metropolitana, de Valparaíso, de Antofagasta y de Los Lagos presentan altas cifras de privados de libertad por médico en la institución:

| Región | Internos | Médicos | Promedio |
|-------------|----------|---------|----------|
| Valparaíso | 5.601 | 8 | 700 |
| RM | 18.443 | 16 | 1152 |
| Bío Bío | 2.727 | 4 | 681 |
| Antofagasta | 2.975 | 2 | 1487 |
| Tarapacá | 2.859 | 1 | 2859 |
| Arica | 2.229 | 1 | 2229 |
| Maule | 2.439 | 4 | 609 |
| Araucanía | 2.086 | 10 | 208 |
| Los Lagos | 2.113 | 2 | 1056,5 |

El panorama descrito se ve agravado por las diversas modalidades de contratación y los términos de esos contratos, ya que algunos médicos prestan servicios por determinadas horas semanales, en diversos

137 Según el último informe del Ministerio de Salud sobre brechas de personal sanitario, con datos del 2018, en Chile existen 16 médicos por cada 10 mil habitantes, frente a un promedio de 34 en los países de la OCDE. Véase Ministerio de Salud, *Informe sobre brechas de personal de salud por servicio de salud*, Santiago, 2019.

138 Información extraída de <https://www.gendarmeria.gob.cl/estadisticaspp.html>.

centros penitenciarios y, en ciertos casos, dedicados también a la atención de los funcionarios de Gendarmería.

A esto se agrega que, muchas veces, el personal de enfermería o los paramédicos no poseen las competencias necesarias, ni dan abasto, para cubrir las necesidades médicas de los privados de libertad que requieren asistencia.

Esta compleja situación ya había sido descrita en el *Informe* 2007, donde se indica al respecto que “Tampoco ha habido mejoras en la atención médica (...) En efecto, la mayoría de las enfermerías no cuentan con un médico de planta”.¹³⁹ A su vez, el Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) ha sido enfático en constatar lo anterior: “En la mayoría de las unidades los/as profesionales que estaban a cargo de dirigir este servicio eran enfermeros/as o paramédicos/as. Esto implica que la responsabilidad de los servicios médicos recae principalmente en ellos/as, quienes muchas veces deben hacer frente a situaciones profesionales delicadas y de alta complejidad que exceden sus capacidades. De hecho, dentro de la dotación general de profesionales que constituyen los servicios, tanto los/as enfermeros/as como paramédicos/as son quienes registran más horas profesionales. Esto conduce necesariamente a un punto crítico en varias unidades donde se manifiesta abiertamente la falta de profesionales, sobre todo médicos/as. En aquellos recintos que cuentan con horas médico, estas suelen no ser suficientes para la demanda existente”.¹⁴⁰

b) Falta de infraestructura, de insumos médicos y de medicamentos

Otro de los temas que emerge desde la información recopilada, dice relación con la carencia de infraestructura, de insumos y de medicamentos.

Varios de los entrevistados para la elaboración de este capítulo, dan cuenta de la falta de instrumentos o máquinas que permitan realizar exámenes médicos al interior de las cárceles. Por ejemplo, una entrevistada nos señala que en Colina 1 y 2 “la máquina para sacar rayos x se encuentra mala hace más de 1 año”. En ese mismo sentido, en una de las cárceles donde se carece de una máquina de rayos X, una entrevistada nos indicó que los odontólogos confiesan que realizan sus atenciones en base a la hipótesis más probable ante la ausencia de aquel implemento tecnológico. Otros entrevistados se refieren a la falta de insumos médicos básicos como “alcohol para curaciones” y medicamentos para realizar el seguimiento de

139 *Informe* 2014, p. 20.

140 Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Estudio de las Condiciones Carcelarias en Chile 2011 - 2012: Diagnóstico del Cumplimiento de los Estándares Internacionales de Derechos Humanos*, Santiago, 2013, p. 103.

tratamientos. En ese sentido, una entrevistada nos comentó que, en las unidades, muchas veces, la atención farmacológica se reduce a entregarle al interno un analgésico tipo “paracetamol”. Esta realidad también fue constatada en ediciones anteriores del *Informe*: “Los internos se quejan de que sin importar la dolencia o problema que los lleva a la enfermería en la mayoría de los casos no se les dan los remedios adecuados y solo les da una aspirina o calmante como medida temporal.”¹⁴¹ En el mismo sentido, el INDH ha señalado que: “En algunos establecimientos la falta de atención adecuada se vio reflejada en los medicamentos que se suministran, ya que, independiente de la dolencia, los/as reclusos/as suelen recibir solamente analgésicos, según manifestaron.”

Otros entrevistados dan cuenta de la falta de elementos básicos en las unidades de atención médica. Por ejemplo, hay salas que fueron acondicionadas como enfermerías, y cuentan solo con una camilla, pero sin dotarlas de implementos básicos de examinación y atención. De hecho, una entrevistada nos comenta que en Santiago 1, especialmente la población portadora de VIH, en situaciones de necesidad de atención médica, es derivada a una clínica de la comuna de Providencia, ya que, derechamente, en las unidades reconocen no tener capacidad técnica ni de personal para atender a estos pacientes.

Algunos entrevistados comentaron que ciertos insumos y medicamentos son proveídos por los familiares de las personas privadas de libertad, ante la carencia de esos fármacos en los recintos penitenciarios. Por ejemplo, una entrevistada graficó esta precariedad comentando la compleja situación de algunas personas privadas de libertad que han sido sometidos a un procedimiento de colostomía. Esos pacientes requieren de una bolsa que va adherida al abdomen, que recoleta las heces fecales y debe ser cambiada periódicamente, la cual debe ser llevada, en ciertos casos, por los familiares ante la ausencia de este recurso en las unidades médicas. En casos extremos, los familiares no pueden proveer de dichas bolsas y Gendarmería tarda en entregarlas, lo cual afecta de manera importante la salud de dichas personas privadas de libertad.

En cuanto al Hospital Penitenciario, los/as entrevistados/as comentan que, si bien mantiene condiciones de higiene y atención razonables, su capacidad está diseñada para situaciones de baja y mediana complejidad, por ende, un grupo importante de prestaciones de salud no pueden ser proveídas y se requiere recurrir a la atención externa.

141 “Condiciones carcelarias”, en Felipe González (dir.), *Informe 2005*, Santiago, Universidad Diego Portales, 2005, p. 107. Véase también Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Estudio de las condiciones carcelarias en Chile 2014 - 2015: seguimiento de recomendaciones y cumplimiento de estándares internacionales sobre el derecho a la integridad personal*, Santiago, 2018, p. 78.

Respecto al tratamiento de personas portadoras de VIH, los entrevistados comentaron que, en general, los medicamentos son proveídos. De todas maneras, una entrevistada señaló que en algunos recintos los funcionarios de Gendarmería entregan los medicamentos maltratando a los privados de libertad, especialmente aquellos pertenecientes a grupos vulnerables como LGBT, mediante expresiones homofóbicas y discriminatorias. Cabe recordar que el Estado de Chile no solo debe cumplir con proveer de atención médica, garantizando el derecho a la salud, sino que también debe hacerlo velando por el respeto de la dignidad humana de los pacientes.

Todo lo anteriormente descrito constituiría un incumplimiento grave de las obligaciones que posee el Estado de Chile en la materia. En ese sentido, la Corte IDH ha sido particularmente clara —haciendo parte de su doctrina a las Reglas mínimas de Naciones Unidas para el tratamiento de reclusos y los Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos—, sobre la necesidad de una atención de salud oportuna, de calidad y realizada por personal calificado, tanto para casos de emergencias, como para la atención usual:

“Los servicios de salud deben mantener un nivel de calidad equivalente respecto de quienes no están privados de libertad (...) En particular, en atención a lo señalado en las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el Tratamiento de Reclusos, los Estados deben proveer atención médica calificada, inclusive psiquiátrica, a las personas privadas de libertad, tanto en situaciones de emergencia como para efectos de atención regular, ya sea en el propio lugar de detención o centro penitenciario o, en caso de no contar con ello, en los hospitales o centros de atención en salud donde corresponda otorgar ese servicio. El servicio de atención de la salud debe mantener historiales médicos adecuados, actualizados y confidenciales de todas las personas privadas de libertad, lo cual debe ser accesible para esas personas cuando lo soliciten. Esos servicios médicos deben estar organizados y coordinados con la administración general del servicio de atención en salud general, lo cual implica establecer procedimientos adecuados y expeditos para el diagnóstico y tratamiento de los enfermos, así como para su traslado cuando su estado de salud requiera cuidados especiales en establecimientos penitenciarios especializados o en hospitales civiles. Para hacer efectivos estos deberes, son necesarios protocolos de atención en salud y mecanismos ágiles y efectivos de traslado de prisioneros, particularmente en situaciones de emergencia o enfermedades graves”.¹⁴²

142 Corte IDH, *Caso Chinchilla Sandoval y otros versus Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 29 de febrero de 2016.

6. DIFICULTADES PARA GARANTIZAR DERIVACIONES MÉDICAS OPORTUNAS DE LOS PRIVADOS DE LIBERTAD A CENTRO EXTERNOS

Una consecuencia directa de las dificultades para acceder a atención oportuna y de calidad al interior de los recintos penitenciarios, es la necesidad de Gendarmería de derivar la atención a los centros de salud del medio exterior. Como indicamos anteriormente, en general, en aquellos casos de riesgos para la salud y la vida de las personas privadas de libertad, Gendarmería procede a trasladarlos a los centros hospitalarios del medio exterior. Sin perjuicio de ello, existen muchas derivaciones para consultas, exámenes y tratamientos que, a juicio de la autoridad, no reúnen las características de urgencia. En ese contexto, se produce una serie de trabas institucionales que impide que las personas privadas de libertad puedan obtener atención médica externa y, de llegar a conseguirse, suele ser tardía.

La percepción generalizada de las personas entrevistadas es que Gendarmería no muestra una actitud proactiva en lo que se refiere a la derivación a los centros externos. Por lo mismo, los/as privados/as de libertad deben recurrir a los abogados/as penitenciarios/as de la Defensoría Penal Pública para conseguir una hora en establecimientos externos a los centros de reclusión. Sin perjuicio de ello, una vez que las horas son conseguidas, el relato general de las personas entrevistadas coincide en que, la mayoría de las veces, Gendarmería no traslada a los/as reclusos/as y, por tanto, esas horas se pierden.

Para obtener el traslado de un interno, se debe realizar una solicitud administrativa a la autoridad del recinto penitenciario, quien dirimirá si lo autoriza. En caso de que se deniegue, en general, las personas privadas de libertad tienen la posibilidad de presentar alguna acción judicial con el objetivo de que se ordene el traslado al centro médico.

De acuerdo con los entrevistados, Gendarmería suele dar diversas razones para intentar justificar por qué no traslada a las personas privadas de libertad: en primer lugar, indican no tener los recursos para trasladarlos, especialmente, personal y transporte; en segundo lugar, aluden al riesgo que implica el traslado de las personas privadas de libertad, especialmente en aquellos casos de peligrosidad del recluso; en tercer lugar, señalan no tener la capacidad técnica de traslado, ya que en muchos recintos derechamente no poseen ambulancia para quienes requieren ser trasladados en ese vehículo especial.

Las personas entrevistadas señalan tener que recurrir continuamente a las acciones judiciales, mediante recursos de protección, amparo y otros, de manera que un juez ordene el traslado a un centro de salud externo para obtener la atención médica. Aun así, en diversas ocasiones, según las personas entrevistadas, Gendarmería no traslada a las personas privadas de libertad.

Además de las barreras burocráticas que impone Gendarmería y que le sirven de justificación para no efectuar un traslado, existen, también, obstáculos logísticos, por ejemplo, la carencia de ambulancias para aquellos/as privados/as de libertad que requieren transporte especial. De hecho, como comentan las personas entrevistadas, en general, los/as internos/as son trasladados/as en los mismos carros que Gendarmería ocupa para llevarlos/as ante los tribunales o de un recinto a otro. Debido a los múltiples destinos que suelen tener los vehículos de Gendarmería, en muchas ocasiones, se producen retrasos importantes que impiden a las personas privadas de libertad llegar a las horas médicas agendadas.

Ahora, de ser exitoso el traslado se genera un problema adicional. Muchas de las derivaciones requieren de un seguimiento y un tratamiento al paciente, el cual, en ocasiones, no puede ser provisto por personal de la unidad de atención de la cárcel. En esa circunstancia se requiere nuevamente acudir a un centro externo, para lo cual el recluso debe solicitar otra derivación que, como se ha relatado, en muchas ocasiones no es autorizada por la autoridad pertinente.

Inclusive, algunos/as entrevistados/as comentaron que hay personas privadas de libertad en condiciones de pagar una clínica privada, pero al conseguir la hora y habiendo obtenido la autorización para su traslado, finalmente no son llevadas al establecimiento particular.

La idea de que la atención médica no se proporciona si el recluso no padece de una situación de riesgo, está tan arraigada en la cultura institucional que, según comentan los entrevistados, las personas privadas de libertad muchas veces deben apelar a las autoridades de los recintos penitenciarios para ser revisadas por personal de las unidades de atención médica. Sin embargo, en ocasiones, ni siquiera así son llevadas, por lo que tienen que interponer acciones judiciales para que la atención se produzca.

Un ejemplo al respecto puede apreciarse en un recurso de protección¹⁴³ interpuesto por un interno de una cárcel concesionada, de Antofagasta, debido a la dilación y falta de coordinación para su derivación a un centro hospitalario externo. El interno había hecho presente a los profesionales médicos de la unidad los dolores que le aquejaban y la atrofia evidente de su extremidad superior izquierda, explicándoles, además, que mantenía un diagnóstico anterior por pégfigo vulgar, artrosis lumbar y artrosis cervical. Una serie de actos negligentes de parte de la autoridad impidió al recluso acceder a un especialista hasta que se produjo la acción judicial.

En este caso, Gendarmería, finalmente, propició el traslado en algunas ocasiones, pero debido a una falta de coordinación con la solicitud

143 Corte de Apelaciones de Antofagasta, sentencia de fecha 30 de octubre de 2018, Rol N° 2865-2018.

de las horas, el recluso no pudo ser atendido por personal especializado. Meses después de la solicitud, el interno logró ser atendido, pero Gendarmería no envió a la interconsulta los antecedentes médicos ni la ficha clínica del paciente, por lo que al momento de su atención solo contó con la información que él fue capaz de proporcionar. El especialista, en base a esos antecedentes y el examen, le sugirió tratamiento kinésico en el recinto penitenciario. Ante la persistencia de los dolores, defensores penitenciarios interpusieron una serie de acciones (amparo y cautela de garantías) para lograr que se coordinara una nueva hora de manera urgente, sobre todo porque el interno estaba recibiendo un tratamiento en base a analgésicos y el tratamiento kinésico se había visto frustrado por trabas de la autoridad. La situación del interno se puso en conocimiento de la Dirección Regional de Gendarmería, pero se mantuvo sin solución.

En este caso, la Corte de Apelaciones de Antofagasta acogió el recurso de protección, ordenando, a las autoridades de la cárcel concesionada, tomar las medidas respectivas para que coordinaran la solicitud de una hora médica y el traslado del interno.

Por su parte, la Corte Suprema, confirmó el fallo anteriormente señalado,¹⁴⁴ indicando que “(...) las demoras que se han evidenciado aparecen como descoordinaciones que exceden márgenes razonables de error, y desde esa perspectiva constituyen conductas arbitrarias”, agregando que “ciertamente, la descoordinación anotada vulnera el derecho a la integridad física que le asegura al recurrente el número 1 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, por lo que se hace necesario adoptar medidas de cautela coherentes con dicho escenario”.

Es relevante indicar que el panorama carcelario descrito en este capítulo ha sido una constante en el sistema penitenciario chileno¹⁴⁵ y, por tanto, reafirmado contundentemente por diversos estudios en la materia. Por ejemplo, en diferentes ediciones del *Informe*,¹⁴⁶ se ha descrito la falta de atención oportuna y de calidad en los recintos penitenciarios: “Tampoco ha habido mejoras en la atención médica, caracterizada no solo por la falta de remedios sino, además, por la falta de un acceso expedito y oportuno a la atención. En efecto, la mayoría

144 Corte de Suprema, Sentencia de fecha 15 de enero de 2019, Rol N° 29.324-2018.

145 Diario El Día: “Atención médica sería la principal falencia en cárceles de la región”. 11 de abril de 2019.

146 *Informes* 2003, 2005, 2006, 2007, 2014, 2018. Adicionalmente, desde el punto de vista de los mismos privados de libertad, el estudio conducido por el Centro de Estudios en Seguridad Ciudadana indica que un 17,5% de los reclusos dice no haber recibido nunca atención médica durante su encierro. Véase: *Condiciones de vida en los centros de privación de libertad en Chile. Análisis a partir de una encuesta aplicada a seis países de Latinoamérica*, Instituto de Asuntos Públicos, Centro de Estudios en Seguridad Ciudadana, Universidad de Chile, Santiago, 2015.

de las enfermerías no cuentan con un médico de planta y existen tres hospitales con un total de noventa y seis camas para atender a toda la población penal”.¹⁴⁷ Lo mismo ha sido retratado por el INDH¹⁴⁸ en sus diferentes estudios sobre la materia: “La escasez de profesionales, sobre todo en unidades penitenciarias del Estado, hace que se deban externalizar todas aquellas prestaciones que la Unidad Penal no es capaz de proveer. Así, los/as internos/as son derivados/as a la red de salud pública de la zona. Si bien este sistema logra dar un tipo de respuesta a este vacío, existen problemas con los tiempos de derivación, no solo por las listas de espera, sino que además se debe coordinar previamente la salida de la persona interna y su traslado”.¹⁴⁹

Desde el punto de vista de los propios privados de libertad, la situación descrita anteriormente es confirmada. En un estudio del Centro de Estudios en Seguridad Ciudadana, un 70,4% de los reos declaró haberse enfermado, otro 17,5% expresó que nunca recibió atención médica durante su encierro y el 3,3% manifestó que sufrió de enfermedades que implicaban un trastorno psicológico.

Lo descrito en este capítulo implica un incumplimiento grave de las obligaciones internacionales que tiene el Estado de Chile en la materia. En ese sentido, la Corte IDH ha sido enfática en determinar que: “el Estado tiene el deber, como garante de la salud de las personas bajo su custodia, de proporcionar a los detenidos revisión médica regular y atención y tratamiento médicos adecuados cuando así se requiera. Al respecto, la Corte recuerda que numerosas decisiones de organismos internacionales invocan las Reglas mínimas para el tratamiento de las personas privadas de libertad a fin de interpretar el contenido del derecho de las personas privadas de la libertad a un trato digno y humano”.¹⁵⁰

De hecho, la misma Corte IDH ha determinado que los Estados deben establecer medidas efectivas para garantizar la atención de salud: “En este sentido, la protección del derecho a la integridad personal supone la regulación de los servicios de salud en el ámbito interno, así como la implementación de una serie de mecanismos tendientes a tutelar la efectividad de dicha regulación”.¹⁵¹

147 “Condiciones carcelarias y derechos humanos”, en Marcelo Rojas (ed.), *Informe 2007*, Santiago, Universidad Diego Portales, 2007, p. 20.

148 Véase Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Estudio de las condiciones carcelarias en Chile*, op.cit., 2013, 2017 y 2018.

149 Véase Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Estudio de las condiciones carcelarias en Chile*, 2017, p. 105.

150 Corte IDH, *Caso Mendoza y otros versus Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, sentencia del 14 de mayo de 2013.

151 Corte IDH, *Caso Chinchilla Sandoval y otros versus Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 29 de febrero de 2016.

7. FALTA DE POLÍTICAS DE DETECCIÓN Y CONTROL DE ENFERMEDADES

Otro de los aspectos negativos en que concordaron los entrevistados, se refiere a la carencia de una política consistente y efectiva para el control de las enfermedades dentro de los recintos penitenciarios.

Por una parte, varios entrevistados comentaron sobre diversos casos de plagas y brotes de enfermedades dentro de los recintos. Por supuesto, dichas situaciones son habituales en lugares de hacinamiento y aglomeración de personas. Pero a eso se suma, y es un punto concordante en varias entrevistas, la tardía reacción de parte de la autoridad ante el inicio de brotes de enfermedades.

Un ejemplo de lo anterior fue lo acontecido en el año 2018, cuando diversos recintos penitenciarios sufrieron el brote de Parotiditis, conocida comúnmente como “papera”. Ese cuadro se pudo apreciar, entre otros casos, en recintos como Santiago 1, Colina 2 y en Curicó.¹⁵²

Sin embargo, según señala, una entrevistada, en Santiago 1 la situación fue tardíamente detectada y recién se tomaron medidas cuando un número considerable de privados/as de libertad y de gendarmes se contagió. Otra entrevistada se refirió a la “falta evidente de protocolos” y a la “improvisación” con que se actúa ante este tipo de situaciones. Por ejemplo, a propósito de ese brote de paperas, en la ex Penitenciaría de Santiago se comenzó a trasladar a los contagiados al módulo en el cual se encuentran los reclusos castigados, lo que provocó no solamente que estuvieran juntas poblaciones penales que debieran estar separadas, sino también el contagio de las personas privadas de libertad castigadas que llegaban a ese sitio.

Por otra parte, varios entrevistados nos comentaron sobre la carencia de un análisis médico detallado cuando los privados de libertad ingresan a los recintos penitenciarios, tomando en cuenta que dichos exámenes podrían detectar cualquier enfermedad que fuera contagiosa y, a su vez, requiriera un tratamiento del cual debiera hacerse cargo la institución carcelaria. En ese sentido, como nos comentó una entrevistada, en varios recintos penitenciarios, incluidas cárceles concesionadas, “el examen se reduce a consultar al interno si posee alguna enfermedad, determinar peso y estatura”.

En este mismo tema, los entrevistados se refirieron a la problemática del VIH, en cuanto a la falta de exámenes a privados/as de libertad para la detección de dicha enfermedad. Hay personas que desconocen ser portadores del VIH cuando ingresan a las cárceles y al no ser realizado el examen en los penales no pueden acceder a los medios y condiciones para prevenir el contagio y recibir la atención médica

152 La Nación: “Gendarmes advierten brote de paperas al interior de cárceles. 23 de mayo de 2018.

que requieren. Una entrevistada nos indicó varios casos de privados/as de libertad en cárceles concesionadas en las cuales, después de 2 a 3 meses, la autoridad se preocupa y toma las medidas para diagnosticar a las personas, solo ante su evidente y delicado estado de salud (que se manifiesta en pérdida de peso, enfermedades asociadas, etc.).

Esto último es de suma relevancia, ya que ha sido la misma Corte IDH quien ha indicado que los Estados no solo deben prestar atención médica a las personas privadas de libertad durante el cumplimiento de la sanción, sino que se requiere una examinación inicial: “Este Tribunal ha señalado que el Estado tiene el deber de proporcionar a los detenidos revisión médica regular y atención y tratamiento adecuados cuando así se requiera: El Principio 24 del Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión determina que ‘[s]e ofrecerá a toda persona detenida o presa un examen médico apropiado con la menor dilación posible después de su ingreso en el lugar de detención o prisión y, posteriormente, esas personas recibirán atención y tratamiento médico cada vez que sea necesario. Esa atención y ese tratamiento serán gratuitos’”.¹⁵³ Cabe recordar que tanto las Reglas mínimas de Naciones Unidas para el tratamiento de reclusos¹⁵⁴ como los Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas de la Comisión Interamericana,¹⁵⁵ establecen la obligación de realizar exámenes iniciales inmediatamente, luego de que una persona ingresa a un recinto penitenciario.

8. ATENCIONES PSIQUIÁTRICAS Y PSICOLÓGICAS

Respecto a las atenciones psiquiátricas y psicológicas, la situación es bastante crítica. Son pocos los recintos penitenciarios, como se expuso anteriormente, que poseen este tipo de atención y, por supuesto, dentro de la dinámica de las trabas institucionales para las derivaciones, no tiene ningún tipo de prioridad.

De hecho, un entrevistado nos describió una situación que ilustra lo señalado. En la Penitenciaría existe un módulo, exclusivamente, para privados de libertad que sufren trastornos psiquiátricos, pero que no

153 Corte IDH, *Caso Vélez Loor versus Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 23 de noviembre de 2010.

154 “El personal médico deberá examinar a los internos al momento de que ingresen y tomar todas las medidas, ya sean tratamientos o medidas sanitarias para evitar el contagio”.

155 “Toda persona privada de libertad tendrá derecho a que se le practique un examen médico o psicológico, imparcial y confidencial, practicado por personal de salud idóneo inmediatamente después de su ingreso al establecimiento de reclusión o de internamiento”.

fueron declarados inimputables. Nos indicó el entrevistado que dichas personas se encuentran aisladas del resto de los privados de libertad, bajo los efectos de medicamentos que los mantienen “dopados”, y sin atención ni seguimiento de sus trastornos.

El INDH, ha señalado, en este sentido, que: “La mayoría de los servicios no cuenta con atención de psiquiatras y/o psicólogos/as, por lo que las personas reclusas son derivadas a la red de salud pública, lo que dificulta la continuidad de los tratamientos”.¹⁵⁶

9. IMPARCIALIDAD DEL PERSONAL MÉDICO

Uno de los aspectos comentado por algunos entrevistados guarda relación con la falta de constatación de lesiones de parte del personal médico. Señalan que, en ocasiones, ante agresiones de Gendarmería o riñas internas, los informes realizados por el personal médico de los recintos penitenciarios no constatan lesión alguna, cuando la realidad es que se han producido y debieran ser atendidas y registradas.

Ante dichas situaciones de omisión, entrevistados señalan que resulta necesario interponer acciones judiciales para que sea el juez quien aprecie directamente las lesiones y, ordene que se le realice al interno o a la interna una nueva constatación de lesiones por un centro médico externo o el Servicio Médico Legal.

Cabe recordar que es una obligación de los Estados contar con personal médico no solo calificado, sino que también “imparcial” en sus diagnósticos. Por lo mismo, con el objetivo de garantizar una efectiva prestación médica, resulta necesario que los diagnósticos se puedan realizar sin ningún tipo de injerencia de parte de la autoridad.¹⁵⁷

CONCLUSIONES

Como hemos podido apreciar en el presente capítulo, el sistema carcelario chileno, por lo general, no proporciona las prestaciones de salud básicas ni en el tiempo requerido, a las personas privadas de libertad.

En ese sentido, este capítulo analizó, específicamente, las condiciones bajo las cuales se garantiza el derecho a la salud para las personas privadas de libertad, ya que como se ha repetido latamente, detrás de su cumplimiento se encuentra el grado de garantía de su integridad física y psíquica y, en último término, del derecho a la vida de dichas personas.

156 Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Estudio de las condiciones carcelarias en Chile*, 2017, p. 106.

157 Comisión IDH, *Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas*, 2008, Principio X.

Por lo tanto, si el Estado de Chile no cumple con establecer un sistema de atención médica razonable y con los mínimos requerimientos que la experiencia internacional y técnica indican, se encuentra en un grave incumplimiento de las obligaciones a las que voluntariamente se ha sometido a través de los tratados internacionales.

La Corte IDH ha sido clara en establecer que los Estados serán responsables si se acredita una falta de atención médica en los recintos penitenciarios, dado que “la falta de atención médica adecuada podría considerarse en sí misma violatoria del artículo 5.1 y 5.2 de la Convención dependiendo de las circunstancias concretas de la persona en particular, el tipo de dolencia que padece, el lapso transcurrido sin atención y sus efectos acumulativos”.¹⁵⁸

De acuerdo con lo descrito en este capítulo, la situación del sistema de salud de las personas privadas de libertad da cuenta de una serie de barreras que les impiden acceder a prestaciones de salud básicas, ser diagnosticadas de posibles enfermedades y, cuando sea necesario, recibir el tratamiento médico que requieren. En este sentido, el sistema penitenciario solo parece estar preparado para ofrecer atención de salud en situaciones de emergencia, especialmente después de riñas que desembocan en internos/as lesionados/as,

Lo anterior da cuenta de que existe una cadena de situaciones que impide a las personas privadas de libertad acceder, a tiempo, a prestaciones médicas de calidad. En los recintos penitenciarios no existe personal especializado ni los insumos mínimos para atender solicitudes médicas de cierta gravedad que plantean los privados de libertad, como tampoco una institucionalidad que permita que sean atendidos de forma efectiva en el medio exterior. Existe una carencia de recursos (medios de transporte y personal) y, a su vez, una burocracia creada para tal efecto, que impide, incluso, que aquellos privados de libertad que logran obtener una interconsulta en el medio exterior puedan ser llevados para ser atendidos. Lamentablemente, en la actualidad, muchos privados de libertad pueden ser efectivamente tratados solo si perseveran y, muchas veces, dependiendo de si tienen acceso a un defensor penitenciario que realice las solicitudes administrativas e incluso judiciales respectivas.

En concreto, si el Estado de Chile delega su sistema de atención de salud a los privados de libertad en las atenciones del medio exterior, debe establecer una estructura operacional y logística que permita aquello. De otra manera, está ante un claro incumplimiento de sus obligaciones internacionales.

158 Corte IDH, *Caso Vélez Loor versus Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 23 de noviembre de 2010. También *Caso Vera Vera y otras versus Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 19 de mayo de 2018.

Recordemos que la obligación de brindar atención y garantizar la salud de la población se mantiene con las personas privadas de libertad. Por ende, y como lo ha dicho la Corte IDH, el Estado tiene “el deber, como garante de la salud de las personas bajo su custodia, de proporcionar a los detenidos revisión médica regular y atención y tratamiento médicos adecuados cuando así se requiera”.¹⁵⁹

En resumen, existe una carencia importante en las atenciones de salud de los privados de libertad en las cárceles chilenas. Como fue descrito anteriormente, en un 45% de los casos de fallecimiento de privados de libertad se ha establecido como causa de muerte una “enfermedad”. Lo importante, especialmente a la luz de la evidencia expuesta en este *Informe*, es preguntarse en cuántos de esos casos el Estado de Chile pudo haber hecho algo más y, eventualmente, haber evitado la muerte de algún interno.

RECOMENDACIONES

1. Implementar una política de controles médicos adecuados y exhaustivos previo ingreso del interno a los recintos carcelarios, con el objetivo de determinar, con detalle, posibles enfermedades que pudiese padecer y, a su vez, controlar eventuales fuentes de contagio a otros privados de libertad.
2. Implementar un sistema de derivaciones a centros del medio exterior, estableciendo un proceso de gestión adecuado y profesionalizado que permita solicitar consultas, mejorar el seguimiento de estas y coordinar adecuadamente el traslado de las personas privadas de libertad.
3. Implementar un procedimiento de seguimiento de los tratamientos brindados a las personas privadas de libertad, que permita establecer su cumplimiento y, a su vez, la coordinación respectiva para efectos de los controles médicos que se determinen.
4. Realizar una inversión sustancial en el mejoramiento de la infraestructura de las cárceles, particularmente, para aumentar la dotación y el personal especializado, y para adquirir insumos médicos, ambulancias y máquinas que permitan realizar tratamientos y diagnósticos adecuados.
5. Promulgar una nueva ley de ejecución penitenciaria que incorpore explícitamente los derechos específicos relacionados a la salud que poseen las personas privadas de libertad y, a su vez, un procedimiento administrativo para efectos de solicitar atención médica.

159 Corte IDH, *Caso de las Penitenciarías de Mendoza contra Argentina*, Medidas provisionales, sentencia del 18 de junio de 2005.

6. Establecer un protocolo efectivo, basado en evidencia técnica, respecto al control de enfermedades contagiosas al interior de los recintos penitenciarios, con el objetivo de proteger la salud de las personas privadas de libertad y del personal de Gendarmería.
7. Iniciar inmediatamente un proceso de investigación ante el conocimiento de la muerte de algún interno por enfermedad, tomando todas las medidas para preservar los antecedentes médicos que se registren.
8. Generar una política pública destinada a favorecer la aplicación de las medidas alternativas a la prisión, así como, también, programas de reinserción social tanto al interior de las cárceles como en el medio libre. En este sentido, racionalizar el uso de las penas privativas de libertad efectivas como respuesta general ante la comisión de delitos, con el objetivo de disminuir el hacinamiento y los efectos negativos de la privación de libertad, entre otros, el efecto criminógeno y, por supuesto, los problemas de salud asociados al encierro.

ESTADO DE LA INFORMACIÓN SOBRE CALIDAD DE AIRE EN CHILE¹

- 1 Capítulo de autoría de Dominique Hervé Espejo y Jutith Schönsteiner. Agradecemos a los y las ayudantes Valentina Carrio Lezaeta, Roxana Núñez Becerra, Matías Barraza Moraga y Franco Contreras Arias por su excelente trabajo. Sin ellas y ellos, no habríamos podido levantar la información que se analiza en este capítulo. Agradecemos además los comentarios de Victoria Caroca Muñoz y Osvaldo de la Fuente Castro.

SÍNTESIS

Este capítulo revisa el Sistema de información ambiental en materia de calidad de aire en Chile, describiendo su funcionamiento y evaluando si cumple con las obligaciones internacionales del Estado chileno en materia de acceso a la información ambiental, del derecho a la salud y el derecho a vivir en un medioambiente limpio. Concluye que la información proporcionada es insuficiente, que hay problemas considerables con la calidad de la medición, con la accesibilidad de la información y con la adopción de políticas públicas en base a esta información. Esto impide que las personas ejerzan su derecho a la salud, su derecho a participar, de manera informada, en la adopción de las políticas públicas sobre contaminación y calidad de aire; y que el Estado proteja estos derechos según su compromiso internacional.

PALABRAS CLAVE: derecho a la salud, derecho a vivir en un medioambiente limpio, contaminación del aire, derecho de acceso a la información, cambio climático.

INTRODUCCIÓN

De acuerdo con el último Reporte del estado del medio ambiente en Chile, elaborado por el Ministerio del Medio Ambiente, la calidad del aire sigue siendo una prioridad en materia de gestión ambiental del país, en la medida que “la contaminación del aire afecta la salud de personas y animales, daña la vegetación y el suelo, deteriora materiales, reduce la visibilidad y tiene el potencial para contribuir significativamente al cambio climático”.² La OMS es aún más tajante al señalar que: “La contaminación del aire representa el mayor riesgo ambiental para la salud”.³

La magnitud del problema en el país no es menor. En efecto, el 98% de la población en Chile vive en áreas donde se exceden los máximos de material particulado fino (MP2,5) definidos por la OMS.⁴ Según el *World Air Quality Report* 2018, nueve de las 15 ciudades de América Latina más contaminadas por material particulado fino (MP2,5), están en Chile.⁵ Las ciudades de Padre Las Casas, Osorno, Coyhaique, Valdivia y Temuco lideran el ranking, seguidas por Santiago y Linares.⁶ Pero, este gravísimo problema no es el único desafío para las políticas públicas de descontaminación atmosférica.

A raíz de diversas crisis de contaminación que se han producido en el último tiempo –como los episodios experimentados en Puchuncaví y Quintero, durante 2018– existe la percepción pública de que las mediciones y datos existentes sobre contaminación atmosférica son deficientes, no confiables y que no alcanzan a la totalidad de los contaminantes

2 Ministerio del Medio Ambiente, *Cuarto reporte del estado del medio ambiente*, 2018, p. 104.

3 OMS, *Ambient Air Pollution. A global Assessment of Exposure and Burden of Disease*, 2016, p. 15.

4 OMS, *Air Pollution and Child Health. Prescribing Clean Air*, Advance Copy 2018, p. 10.

5 IQ Air, *World Air Quality Report* 2018, p. 16.

6 Llama la atención la inclusión de la ciudad de Linares en este listado, considerando que no se tiene conocimiento de que haya sido priorizada por el Estado de Chile en cuanto a la gestión de la contaminación atmosférica.

presentes en el aire.⁷ Sin perjuicio de que no es posible comparar la complejidad de la información sobre contaminación atmosférica proveniente de una zona con múltiples fuentes contaminantes, con la información de otros lugares en donde las fuentes son similares, se puede plantear –como se verá a lo largo de este capítulo– que existe un problema estructural en el país respecto al sistema de información ambiental referido a la contaminación atmosférica.

Esta situación de desconfianza respecto de la información ambiental, en calidad de aire, plantea una preocupación ambiental legítima de la población, en la antesala de la COP 25 que se realizará en Santiago de Chile en diciembre de 2019.

Esta investigación no pretende ni podría pronunciarse sobre si una u otra región o localidad excede los valores de contaminación permitidos por la legislación chilena. Tampoco se pronunciará sobre las medidas de prevención y reducción de estos contaminantes presentes en los distintos planes de prevención y descontaminación vigentes; ni respecto a otros instrumentos adoptados con fines de gestión de la contaminación (tal como el llamado “impuesto verde” a las fuentes fijas y móviles creado por la Ley N°20.780). Por esta razón, no nos referiremos, por ejemplo, a cómo reducir el material particulado fino en ciudades como Osorno, Coyhaique, Padre Las Casas o Temuco, aunque reconozcamos que el diseño de medidas y su eficaz implementación –incluyendo el financiamiento de las mismas y el apoyo económico a la población para colaborar en ello– es el mayor desafío en cuanto a la calidad de aire en estas ciudades.

Más bien, lo que se busca a través de este capítulo es revisar el sistema de información ambiental existente en Chile, es decir, analizar aquellos instrumentos regulatorios que tienen relación con la contaminación atmosférica y que permiten –o no– cumplir con los estándares internacionales de derechos humanos sobre información de calidad del aire. Es así como este análisis parte de la base que ningún sistema regulatorio puede funcionar eficientemente sin información adecuada, correcta y transparente sobre la materia.

Postulamos que hay, a pesar de los avances bajo la nueva institucionalidad ambiental, importantes debilidades en la obtención de información, en su procesamiento, en su consideración para la toma de decisiones y adopción de políticas públicas de descontaminación, y en

7 Esta percepción fue compartida por la sentencia de la Corte Suprema Rol 5888 de 2019, que acoge los recursos de protección interpuestos contra las empresas existentes en la zona y autoridades públicas competentes, en la crisis de contaminación atmosférica producida en Quintero–Puchuncaví, en 2018. En efecto, en dicho fallo la Corte sostiene que las autoridades no han cumplido con sus obligaciones en materia de producir, sistematizar y difundir información ambiental respecto de las sustancias contaminantes presentes en el aire en la zona afectada.

su difusión al público general, lo que significa que el Estado no tiene las herramientas necesarias para poder proteger el derecho a la salud de las personas.

1. ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS SOBRE INFORMACIÓN DE CALIDAD DE AIRE

El prisma de análisis que aquí se utiliza para evaluar el sistema de información ambiental nacional es el derecho internacional de los derechos humanos, en particular sus estándares procesales y sustantivos en relación con el derecho a la participación, el derecho de acceso a la información pública y el derecho a la salud. También es relevante el derecho a vivir en un medioambiente limpio, reconocido por la Constitución chilena y recogido por el derecho internacional.

1.1 Estándares sobre acceso a la información ambiental

El derecho a la información está consagrado, principalmente, en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada por Chile en 1990. Implica que el Estado tiene el deber de proveer acceso a la información pública –definida como toda información de interés público– a menos que consten razones, previamente definidas por ley, que justifiquen el secreto. Estas razones están circunscritas, por el mismo artículo 13, inciso 2 de la Convención Americana, a las siguientes: “el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.” En el sistema interamericano, las personas cuya reputación se protege solamente pueden ser personas físicas. Dado que la información ambiental no recae, usualmente, en ninguna de estas causales, no hay razón alguna para no hacerla pública. Es más, la información ambiental es de interés público. Eso abarca también la información sobre contaminación emitida por empresas. No vislumbramos ninguna razón de salud pública que pueda requerir mantener en reserva alguna información sobre contaminación del aire.

Las obligaciones de los Estados, de acuerdo a la Convención Americana, son el respeto y la garantía de los derechos humanos. En lo que se refiere al acceso a la información ambiental, esto implica, según el caso *Claude Reyes*, confirmado en el caso *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku*, que esa información es, en principio, de interés público y prevalece, incluso, ante el derecho a la confidencialidad económica.⁸ La reciente Opinión Consultiva sobre medioambiente y derechos

8 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Claude Reyes contra Chile*, párr. 73, *Caso Kichwa de Sarayaku contra Ecuador*, párr. 230.

humanos, también de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, específica, al respecto, que este interés público es “evidente”⁹ y que el derecho de acceso a la información es una “obligación de procedimiento” relacionada con la debida diligencia en materia ambiental, y establece que se rige por los principios de “publicidad y transparencia” para posibilitar el “control democrático” por parte de las personas bajo la jurisdicción del Estado. Además, este derecho es esencial para ejercer el derecho de participación pública en lo relativo al “desarrollo sostenible y la protección ambiental”.¹⁰ La Corte también indica que el Acuerdo de Escazú es una “medida positiva para garantizar el derecho de acceso a la información” en materia ambiental.¹¹ El acceso a la información debe ser “asequible, efectivo y oportuno”.¹²

El derecho de acceder a la información está acompañado de la obligación del Estado de generar y de proporcionar dicha información, en cuanto “resulte necesaria para que las personas puedan ejercer otros derechos, lo cual es particularmente relevante en materia del derecho a la vida, integridad personal y salud.”¹³ En específico, la transparencia activa abarca “información sobre calidad ambiental, el impacto ambiental en la salud y los factores que lo influyen, además de información sobre (...) cómo obtener esa información.”¹⁴ En casos de emergencias ambientales, la difusión de esta información debe ser “inmediata y sin demora”.¹⁵ El derecho puede ser restringido solamente si para ello hay una base legal previa, si la medida es necesaria y proporcional en una sociedad democrática y si satisface un “interés público imperativo” (seguridad nacional, orden público, salud o moral públicas, o los derechos de los demás).¹⁶ En cualquier caso debe operar siempre el principio de la máxima divulgación y cualquier restricción debe ser fundamentada.

Estos estándares reflejan y detallan lo establecido por el Principio Marco 7.¹⁷ El Relator Especial sobre los Derechos Humanos y el Medioambiente (en adelante, el Relator) explica, en este sentido: “Además de recopilar sistemáticamente información sobre la calidad del aire, los Estados deben compartir esa información con puntualidad y de manera accesible, educar al público sobre los riesgos que supone para la salud la mala calidad del aire y disponer de sistemas de alerta

9 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva sobre Medioambiente y Derechos Humanos*, OC 23, párr. 214.

10 OC 23, párr. 217.

11 OC 23, párr. 218. Chile aun no ha ratificado el Acuerdo de Escazú.

12 OC 23, párr. 220.

13 OC 23, párr. 221.

14 OC 23, párr. 223.

15 OC 23, párr. 223.

16 OC 23, párr. 224.

17 John Knox, *Framework Principles on Human Rights and the Environment*, 2018, disponible en <http://srenvironment.org/framework-principles>.

en caso de que la contaminación constituya una amenaza grave para la salud, en particular para los grupos de población vulnerables.”¹⁸ Así, la información que debe estar disponible es toda aquella que podría dañar la salud.

El acceso a la información es, además, crucial para poder participar adecuadamente en asuntos ambientales. El Principio 10 de la Declaración de Río de Janeiro sobre medio ambiente y el desarrollo, de la ONU, de 1992, establece que: “El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre estos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes.”¹⁹

Así, el Estado no se puede contentar con publicar solamente los datos originales sobre las mediciones ambientales que realiza. También debe permitir que la información sea comprensible para el público en general, de manera que las personas puedan tomar decisiones informadas en base a esos datos. Existe, entonces, la obligación de educar al público sobre la información disponible.²⁰

En cuanto a la obligación de alertar, adicionalmente, a la población en situaciones de emergencia(s) por contaminación atmosférica, el derecho internacional de los derechos humanos conoce dos estándares: Primero, el estándar de prevención de violaciones a los derechos humanos que tiene por consecuencia lógica la necesidad de alertar a la

18 Relator Especial sobre los derechos humanos y el medio ambiente, Informe 8 de enero de 2019, A/HRC/40/55, párr. 67.

19 Además del Principio 10, hay otros instrumentos que también consideran los derechos de acceso a la información y participación en asuntos ambientales, como: (i) el Preámbulo del capítulo 23 de la Agenda 21 de la Conferencia sobre Medio Ambiente y Desarrollo (considera a la participación ciudadana en la toma de decisiones y en los procedimientos de evaluación ambiental como un requisito para lograr el desarrollo sostenible); (ii) la Declaración de Estocolmo; (iii) la Carta de la Tierra; (iv) la Declaración de Río; (v) el Protocolo de Montreal sobre sustancias agotadoras de la capa de ozono; (vi) el Convenio de Estocolmo sobre contaminantes orgánicos persistentes; (vii) el Convenio de Basilea relativo al control de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación.

20 Relator, Informe 2019, párr. 67. Por ejemplo, el sistema de información al público sobre el nivel de rayos UVA y UVB, que se presenta con indicadores de peligrosidad para la salud humana.

población, informar e incluso evacuar en caso de emergencias atmosféricas.²¹ En este contexto, los Estados deben dedicarse a la “promoción de la educación y la concienciación pública”.²² Segundo, un estándar de prevención, información y reparación que aplica extraterritorialmente y está reconocido en la costumbre internacional,²³ reiterado recientemente por parte de la Corte IDH en relación a todo daño ambiental extraterritorial significativo.²⁴ No profundizaremos en las obligaciones extraterritoriales en esta investigación;²⁵ pero situaciones en que aplicarían los estándares respectivos en relación con la contaminación del aire surgen, por ejemplo, en ciudades fronterizas como Arica y Tacna.

Aunque Chile no haya ratificado el Acuerdo de Escazú, reconoció, en el artículo 11d de la Ley N° 20.285 el “principio de máxima publicidad” que la Corte IDH también considera parte del estándar aplicable. Además, tanto la Ley N° 19.300, la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente (LBGMA) –en sus artículos 31 bis y ss– como la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (LOSMA) –en sus artículos 31 y ss–, consagran la obligación de establecer sistemas de información ambiental de acceso público, que abarquen explícitamente la información sobre el componente aire.

Este capítulo se refiere a la información que debiera estar disponible en el país sobre contaminación atmosférica, a partir de la normativa nacional vigente, los estándares de la OMS y algunos estándares del régimen internacional climático. Cuando la ley nacional incorpora estándares más altos en la protección de los derechos humanos que la misma CADH, son estos, según el artículo 29b de la CADH, los que deben aplicarse en las evaluaciones realizadas por tribunales internacionales.

Finalmente, según el derecho internacional, no hay necesidad de acreditar interés directo para obtener información, o sea, la persona no necesita llegar a estar especialmente expuesta, o ya enferma por contaminación del aire, para tener derecho de acceso a la información.²⁶

21 OC-23, párr. 172, *mutatis mutandi*.

22 Relator, Informe 2019, párr. 59.

23 Artículos sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, adoptados por la Comisión de Derecho Internacional, en 2001, y anexados a la Resolución de la Asamblea General de la ONU, G.A. Res. 62/68, del 6 de diciembre de 2007, Doc. ONU A/RES/62/68.

24 OC-23, párr. 244.7.

25 Véase, para una discusión de los estándares, Judith Schönsteiner, “Proteger el medioambiente más allá de las fronteras: Opinión Consultiva de la Corte IDH sobre Medioambiente y Derechos Humanos”, *Revista Justicia Ambiental*, Vol. 10, 2018, pp. 233-249.

26 OC 23, párr. 219. Véase también, Petar Rajevic, “Derecho de acceso a la información y libertad de expresión”, Tomás Vial (ed.), *Informe 2018*, Santiago, Universidad Diego Portales, 2018, p. 272, citando *Claude Reyes*, párr. 77.

1.2 Contenido de la información que se debe proporcionar sobre contaminación de aire

Mientras los acuerdos concretos en relación a los contaminantes que los Estados deben controlar, se derivan de tratados o compromisos adquiridos mediante la membresía en organizaciones internacionales, la obligación de ejercer debida diligencia en la protección de la atmósfera y realizar una evaluación de impacto ambiental a las actividades que se desarrollan en su respectiva jurisdicción, es consuetudinaria, según el Proyecto de directrices de la Comisión de Derecho internacional, de 2018.²⁷ Esta obligación implica que cierta información ambiental debe estar disponible para poder realizar estas evaluaciones. Para la concreción de esta obligación en materia de contaminación atmosférica, sin embargo, debemos recurrir a estándares específicos.

Tomando en consideración las guías de la OMS y las recomendaciones del Relator referidas arriba, además de los conocimientos científicos sobre los contaminantes más dañinos para la salud humana, la obligación de sistematizar y publicar información ambiental atmosférica incluye, como mínimo, los antecedentes necesarios para proteger la salud. En este sentido, la información mínima que el Estado debiera producir y entregar se puede diferenciar entre la que se debe proporcionar a raíz de compromisos internacionales explícitos, y la que debiera ser entregada a partir de la obligación general de prevenir daños a la salud que violarían el derecho a la salud de las personas. En seguida, presentamos ambos tipos de estándares.

Según las guías de la OMS, los Estados deben monitorear ozono troposférico (O₃), dióxido de azufre (SO₂), dióxido de nitrógeno (NO₂), material particulado fino (MP2.5) y material particulado grueso o respirable (MP10), considerados “contaminantes criterio”.²⁸ Estos estándares serán actualizados en 2020,²⁹ y a partir de ese año, Chile tendrá que revisar el listado de contaminantes regulados para adecuarse a lo requerido por la organización. Por ahora, la información ambiental debe ser apta para determinar si Chile cumple los lineamientos de la OMS³⁰ en todos los lugares del territorio nacional. Aunque los estándares de la OMS no sean vinculantes en sí, la peligrosidad de los compuestos químicos obliga

27 CDI, Protection of the Atmosphere, Texts and Titles of Draft Guidelines and Preamble Adopted by the Drafting Committee on First Reading, A/CN.4/L.909, 6 June 2018, Guideline 3 and Guideline 4: “States have the obligation to ensure that an environmental impact assessment is undertaken of proposed activities under their jurisdiction or control which are likely to cause significant adverse impact on the atmosphere in terms of atmospheric pollution or atmospheric degradation.”

28 OMS, [https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/ambient-\(outdoor\)-air-quality-and-health](https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/ambient-(outdoor)-air-quality-and-health).

29 OMS, [https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/ambient-\(outdoor\)-air-quality-and-health](https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/ambient-(outdoor)-air-quality-and-health).

30 OMS, Air Quality Guidelines 2005. Se trata de un documento que en sí, no es legalmente vinculante para los miembros de la OMS (p. ix).

a informar sobre sus niveles por el riesgo que pueden llegar a representar para la salud de las personas. Cabe señalar que la totalidad de los efectos de la contaminación con MP2,5 aún se desconoce. Hay estudios preliminares y una gran preocupación, por ejemplo, por los efectos del MP2,5 sobre la fertilidad femenina y masculina.³¹ En este sentido, no sería sorpresivo si los resultados de futuros estudios muestren la necesidad de adecuar los máximos indicados por la OMS.

Tabla 1 Máximos según OMS 2005 ($\mu\text{g}/\text{m}^3$)³²

| Contaminante | Meta 1 | Meta 2 | Meta 3 | Estándar |
|-----------------------------------|--------|--------|--------|----------|
| PM10 (anual) | 70 | 50 | 30 | 20 |
| PM2,5 (anual) | 35 | 25 | 15 | 10 |
| PM10 (diario)* | 150 | 100 | 75 | 50 |
| PM2,5 (diario)* | 75 | 50 | 37,5 | 25 |
| NO ₂ (anual) | -- | -- | -- | 40 |
| NO ₂ (horario) | -- | -- | -- | 200 |
| Ozone O ₃ ** (8 horas) | 160 | -- | -- | 100 |
| SO ₂ (diario)*** | 125 | 50 | -- | 20 |

* Percentil 99 (3 días al año).

** SEfecto significativo sobre la salud desde 240 $\mu\text{g}/\text{m}^3$ en adelante, OMS 2005, p. 324.

*** Concentraciones sobre 500 $\mu\text{g}/\text{m}^3$ pueden tener efectos respiratorios y pulmonares en personas asmáticas a partir de una exposición de solo 10 minutos, OMS 2005, p. 413-414.

Por otra parte, la reducción de ciertos contaminantes atmosféricos tiene directa relación con el combate al cambio climático, pues los denominados Contaminantes Climáticos de Vida Corta (CCVC) son agentes que, si bien tienen una vida útil relativamente breve en la atmósfera (días o décadas), no solo afectan la calidad del aire en perjuicio de la salud humana, sino que aumentan las emisiones de Gases de Efecto Invernadero (GEI). Entre estos están el carbono negro, el metano (CH₄), el ozono troposférico (O₃) y los hidrofluorocarbonos (HFC). De hecho, el Panel intergubernamental sobre el cambio climático estima que, en conjunto, los CCVC son responsables de más del 30% del calentamiento climático global, aunque estudios recientes calculan que ese porcentaje habría aumentado al 40 y 45%.³³

31 Jaime Hurtubia, "Breve examen al cambio climático, contaminación del aire y salud en Chile", *Cuadernos Médico Sociales*, 59 (1), pp. 7-16, p. 13.

32 Ver también Frank de Leeuw y otros, "Evaluation of International Air Quality Standards", *ETC/ACM Technical Paper* 2016/10, December 2016; tabla de metas OMS 2006, p. 29.

33 Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente (AIDA) & Instituto de Energía y Medio Ambiente (IEMA), *Controlando los contaminantes climáticos de vida corta*, marzo 2016, p. 16.

En ese sentido, el abatimiento de los CCVC traería aparejado importantes beneficios paralelos, dado que su reducción en la atmósfera local no solo beneficiaría la calidad del aire y por ende la salud de la población, sino además estaría mitigando el cambio climático a escala global. Lo anterior sería coherente con los compromisos suscritos por Chile en el Acuerdo de París, el cual, en su artículo 2 letra a, precisamente establece que los países deberán mantener el aumento de la temperatura media mundial muy por debajo de 2°C, con respecto a los niveles preindustriales, y proseguir los esfuerzos para limitar ese aumento de la temperatura a 1,5°C en relación a los niveles preindustriales, reconociendo que ello reduciría considerablemente los riesgos y los efectos del cambio climático.³⁴

Según su Contribución Nacionalmente Determinada (o NDC por sus siglas en inglés), Chile se comprometió a reportar ciertos gases contaminantes, de acuerdo al Inventario Nacional de gases de efecto invernadero (1990-2010).³⁵ El compromiso incluye el reporte del dióxido de carbono (CO₂), del metano (CH₄), del óxido nitroso (N₂O), del hidrofluorocarbano (HFC) y del perfluorocarbano (PFC),³⁶ medidos en todo el territorio nacional. Cabe señalar que este compromiso aún no incluye varios gases y contaminantes altamente dañinos para la salud humana y el medioambiente, como son el monóxido de carbono, el benceno, el plomo, y el hollín.³⁷ En esta línea, el Relator hizo un llamado, a inicios de 2019, a “luchar con gran urgencia” contra el “carbono negro, el metano y el ozono troposférico”.³⁸ Además, manifiesta su preocupación por el benceno, los hidrocarburos aromáticos policíclicos, las dioxinas y el mercurio.³⁹ En todo caso, se debe señalar que incluso si Chile agregara todos estos contaminantes a su NDC, reportar solamente las emisiones no permitiría garantizar eficazmente el derecho a la salud, puesto que para ello sería necesario medir las concentraciones locales de los contaminantes a las que está expuesta la población.

Como se ha venido diciendo, en virtud del compromiso de medición en el NDC,⁴⁰ Chile debería medir emisiones totales, y desglosadas

34 Artículo 2 letra a) Acuerdo de París.

35 Ver <http://snichile.mma.gob.cl/contenido/el-snichile>.

36 Gobierno de Chile, *Contribución Nacional Tentativa de Chile (INDC), para el Acuerdo Climático de París 2015*, p. 13. Disponible en <https://mma.gob.cl/wp-content/uploads/2016/05/2015-INDC-web.pdf>.

37 OMS, *Evolution of Air Quality Guidelines: Past, Present and Future*, 2017, p. 25. A la fecha de cierre de este informe, el Ministerio de Medio Ambiente aún trabajaba en la actualización de la Contribución Nacionalmente Determinada, cuya presentación, se espera, se realizará en el marco de la Vigésimo quinta conferencia de las partes de la Convención marco de Naciones Unidas para el cambio climático (COP25), de la cual Chile tiene la presidencia.

38 Relator, Informe 2019, párr. 21.

39 Relator, Informe 2019, párr. 20.

40 De Leeuw 2016, tabla de metas OMS 2006, op. cit., p. 29.

por sector, de CO₂, metano (CH₄), óxido nitroso (N₂O), hidrofluorocarbono (HFC) y perfluorocarbono (PFC). Sin perjuicio que, a nivel de la OMS, aún no existen especificaciones de máximos tolerables o recomendados al respecto, se esperaría que en la actualización de la guía sobre calidad de aire de 2020, se cierre esta laguna. Cabe observar que el compromiso NDC no corresponde, necesariamente, al estándar que exigiría el derecho a la salud, ya que para conocer la peligrosidad de un contaminante es necesario determinar su concentración en el aire, tal como se hace, por ejemplo, para medir el material particulado.

A continuación, se presenta una tabla de los compromisos asumidos por Chile en materia de emisiones globales a través de su NDC.

Tabla 2 Contribución Nacionalmente Determinada (NDC)

| Contaminante | Compromiso NDC Chile | Estándar |
|--------------------------|---|--|
| CO ₂ | Reducción de un 30% en relación con 2007. | No actualizado por la OMS desde 1960. Principalmente efectos indirectos en los derechos humanos (vía cambio climático). ^a |
| CH ₄ (metano) | Compromiso de informar. | OMS no emitió estándar específico. Principalmente efectos indirectos en los derechos humanos (vía cambio climático). ^b |
| N ₂ O | Compromiso de informar. | OMS no emitió estándar específico. |
| HFC | Compromiso de informar. | OMS no emitió estándar específico. |
| PFC | Compromiso de informar. | OMS no emitió estándar específico. |

a Véase www.who.int/phe/health_topics/outdoorair/climate-reducint-health-risks-faq/es/.

b Véase www.who.int/phe/health_topics/outdoorair/climate-reducint-health-risks-faq/es/.

En este contexto, sería esperable que Chile continúe avanzando en materia de reducción y mitigación de GEI, y comience a medir sistemáticamente la emisión y prevalencia de los CCVC, incluyendo el establecimiento de una línea base. Así, la Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente (AIDA) constata que: “El país es socio de la Coalición del Clima y el Aire Limpio, y en 2015 incluyó la mitigación de los CCVC como parte de sus Contribuciones Previstas y Determinadas a Nivel Nacional (INDC por sus siglas en inglés). Para cumplir con dicho compromiso, un próximo paso sería incluir a los

CCVC entre los contaminantes a controlar por el sistema de monitoreo de calidad del aire.⁴¹

En relación con los otros CCVC, Chile se ha comprometido a medidas de adaptación, mitigación, implementación y gestión del cambio climático, tales como un “Programa de Clima y Aire Limpio”, “Despliegue de la movilidad eléctrica en el sistema de transporte público de Santiago” o de “Viviendas Sustentables”, a través de un instrumento de política pública, en función de una próxima etapa de compromisos en el contexto de la COP25.⁴² Por tanto, aún no es un compromiso vinculante en el contexto del Acuerdo de París. No obstante, considerando el impacto en la salud de las personas que tienen estos contaminantes (particularmente, monóxido de carbono, metano, benceno, plomo y hollín), Chile debería proporcionar la información fidedigna sobre ellos a su población. Esto, en virtud del derecho de acceso a la información pública, consagrado en el artículo 13 CADH, y de las obligaciones de información y prevención que se relacionan con el derecho a la salud de las personas, consagrado en el artículo 14 PIDESC. Pueden servir como referente los valores que fueron adoptados en la Unión Europea y en Estados Unidos (EPA), sin perjuicio de los resultados de la actualización de la guía de la OMS que se espera para 2020 y que debería basarse en la última evidencia científica disponible.

A su vez, se debe agregar que Chile tiene la obligación de reducir la emisión de ciertos compuestos peligrosos al mínimo, según la Convención de Basilea, y adoptar planes de reducción, de acuerdo al Convenio de Estocolmo (ver tabla y notas que acompañan). Por último, cabe señalar que los Compuestos Orgánicos Volátiles (COV), también identificados por la OMS y el Relator como dañinos para la salud humana,⁴³ aunque no están regulados específicamente a nivel nacional,⁴⁴ se encuentran incorporados de manera indiferenciada como parte del MP2.5 y, específicamente, en el contexto del Plan de Descontaminación de la Región Metropolitana de Santiago y en el reciente Plan de Descontaminación de Quintero-Puchuncaví.⁴⁵ Como informa una guía del Ministerio del Medio Ambiente, la particular peligrosidad de estos compuestos se produce en el smog fotoquímico, cuando reaccionan con otros elementos y generan “ozono (O₃) o dióxidos de azufre (SO₂), y otros contaminantes secundarios como formaldehído”.⁴⁶

41 Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente (AIDA) & Instituto de Energía y Medio Ambiente (IEMA), *Controlando los contaminantes climáticos de vida corta*, marzo 2016, p. 11.

42 Plan Nacional de Cambio Climático 2017-2022, especialmente, pp. 124, 244 y 234.

43 OMS, *Evolution of WHO Air Quality Guidelines: Past, Present and Future*, Copenhagen, WHO Regional Office for Europe 2017.

44 Ver, por ejemplo, <https://www.usach.cl/news/investigacion-exito-reducir-emision-compuestos-organicos-volatiles>.

45 Las normas fundantes de esta norma y planes se identifican en la próxima sección del capítulo.

46 MMA, *Guía de Calidad de Aire y Educación Ambiental 2016*, p. 24, <https://mma.gob.cl/wp-content/uploads/2018/08/Guia-para-Docentes-Sobre-Calidad-del-Aire-003.pdf>.

En este sentido, no parece suficiente medir estos contaminantes como parte del MP2.5, ya que su toxicidad tiene un efecto dañino adicional comparados con otros elementos del material particulado que carecen de esta toxicidad. Según la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA), Chile debería avanzar en la diferenciación entre cantidad de material particulado y la caracterización adecuada de su composición y, por lo tanto, en su efecto sinérgico.⁴⁷

La Tabla 3 resume los otros estándares relevantes en materia de calidad de aire que Chile debe medir, teniendo en consideración que la medición de la emisión no es suficiente para proteger la salud humana. Solamente la medición de concentraciones de estos químicos tóxicos en lugares habitados permite tomar decisiones de prevención adecuadas, ya que logra incorporar factores externos como la situación meteorológica, por ejemplo.

Tabla 3 Otros estándares definidos a nivel internacional o a nivel nacional en función de un compromiso internacional

| Contaminante | Estándares internacionales | Niveles máximos en otros países |
|------------------------|--|--|
| CO | OMS usa MP2,5 como proxy**; Oficina regional europea de la OMS define los siguientes máximos para la calidad de aire al interior: 15 minutos – 100mg/m ³ 1 hora – 35 mg/m ³ 8 horas – 10 mg/m ³ 24 horas – 7 mg/m ³ . ^c | UE ^d 10mg 8 horas EPA ^e 8 horas 9ppm; 1 hora 35ppm. |
| Benceno | OMS aún no ha emitido límite ya que no hay exposición no-dañina. ^f Reducir al mínimo (Convención de Basilea). ^g | UE 5 µg/m ³ anual. Sin límite en EPA. |
| Plomo | OMS aún no ha emitido límite, pero ha publicado informe técnico que hace referencia a 0,7 µg/m ³ (24 horas). ^h Reducir al mínimo (Convención de Basilea). | EPA: máximo de 0.15 µg/m ³ cuatrimestral, base continua (rolling basis). Unión Europea: máximo de 0,5 µg/m ³ anual. |
| Carbono negro (hollín) | OMS aún no ha emitido límite. | -- |
| Arsénico | OMS aún no ha emitido límite, pero ha publicado informe técnico que hace referencia a 3 µg/m ³ (24 horas). ⁱ Reducir al mínimo (Convención de Basilea). | UE 6 ng/m ³ anual. |

47 Entrevista telefónica con superintendente del Medio Ambiente, 11 de julio de 2019.

| | | |
|--|---|-----------------------------|
| Cadmio | Reducir al mínimo (Convención de Basilea). | UE 5ng/m ³ anual |
| Mercurio | Reducir al mínimo (Convención de Basilea). | -- |
| Selenio | Reducir al mínimo (Convención de Basilea). | -- |
| Bifenilos policlorados, cianuros inorgánicos, dibenzofuranos policlorados, Dibenzoparadioxinas policloradas. | Reducir al mínimo (Convención de Basilea). | -- |
| Compuestos de cobre. | Reducir al mínimo (Convención de Basilea). | -- |
| Dibenzoparadioxinas y dibenzofuranos policlorados, hexaclorobenceno, bifenilos policlorados. | Elaborar y aplicar un plan de acción destinado a identificar, caracterizar y combatir la liberación de estos químicos (Convenio de Estocolmo). ^j | -- |

- c World Health Organization (WHO), *Evolution of Air Quality Guidelines: Past, present and future*, 2017, p. 25. c
- d <https://ec.europa.eu/environment/air/quality/standards.htm>.
- e www.epa.gov/criteria-air-pollutants/naags-table/.
- f World Health Organization (WHO), *Evolution of Air Quality Guidelines: Past, present and future*, p. 25.
- g Art. 4.2a y Anexo I Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación, adoptado el 22 de marzo de 1989, ratificado por Chile el 31 de enero de 1991 y promulgado el 13 de octubre de 1992. Aunque el Convenio contenga principalmente obligaciones en relación con la importación y exportación de desechos peligrosos, cada parte debe tomar “las medidas apropiadas” para “reducir al mínimo la generación de desechos peligrosos y otros desechos en [su jurisdicción] teniendo en cuenta los aspectos sociales, tecnológicos y económicos”. Los metales y compuestos químicos en la tabla corresponden a los incluidos en el Anexo I que identifica las “categorías de desechos que hay que controlar”. El Convenio no distingue entre desechos sólidos, líquidos o gaseosos.
- h World Health Organization (WHO), *Evolution of Air Quality Guidelines: Past, present and future*, p. 3.
- i WHO 2017, p. 3.
- j Art. 5 y anexo C del Convenio de Estocolmo sobre contaminantes orgánicos persistentes (COP), adoptado el 22 de mayo de 2001, versión enmendada en 2017, ratificado por Chile el 20 de enero de 2005.

** OMS indica que incluso concentraciones muy bajas de MP2,5 tienen efectos nocivos en la salud y, por lo tanto, solo definió valores referenciales para MP2,5, asumiendo que deberían evitarse del todo. Esto podría cambiar con la actualización de la Guía, en 2020, por parte de la OMS. La organización reconoce que los componentes del MP2,5 identificados en la tabla aún no han sido estudiados de la misma manera que el MP2,5, OMS 2016, p. 19.

1.3 Calidad de la información

En general, la información que el Estado publique debe ser fidedigna, estar actualizada, ser accesible, fácilmente comprensible, y dar cuenta no solo de los datos sobre contaminantes y sus concentraciones en la atmósfera, sino también sobre los riesgos de salud asociados y los protocolos de prevención indicados. Específicamente, los Estados deben “vigilar la calidad del aire y sus efectos en la salud humana; evaluar las fuentes de contaminación atmosférica; poner a disposición del público la información, incluidos los avisos de salud pública; establecer la legislación, reglamentos, normas y políticas sobre la calidad del aire; elaborar planes de acción sobre la calidad del aire a nivel local, nacional y, de ser necesario, regional; aplicar un plan de acción sobre la calidad del aire y hacer cumplir las normas; y evaluar los procesos realizados.”⁴⁸ En cada etapa, el público debe poder participar, y disponer de la información necesaria para aquello.⁴⁹

Si esa información no estuviera disponible, el Estado tiene la obligación de *producirla*, para lograr efectivamente proteger el derecho a la salud, el derecho a un medioambiente libre de contaminación, y el derecho a la integridad personal, sin discriminación alguna por razones de raza, etnia, género y, en especial, nivel socio-económico. Ello está establecido en el PIDESC artículo 14 en conjunto con artículo 2, CADH artículos 4.1 y 5.1 en relación con el artículo 1.1. En cuanto al derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación, está garantizado en el artículo 19º inciso 8º de la Constitución chilena y convertido en obligación internacional en virtud del artículo 29b de la CADH.

Para medir, controlar y monitorear la calidad de aire la tecnología cumple un rol importante pues, a diferencia de otro tipo de contaminaciones, la del aire no es fácilmente perceptible por los sentidos humanos. Es así como, se requiere que exista una red de monitoreo que identifique y recoja las emisiones y la calidad atmosférica del área que controla. No se puede proporcionar cualquier información sobre estos componentes, ya que debe responder a ciertos criterios de calidad para cumplir con las obligaciones internacionales. Un elemento que incide en la calidad de la información son los intervalos de medición o acumulación de los valores durante el periodo de evaluación. Así, en el caso de varios contaminantes, no es confiable conocer solo una medición por año, mes o semana, sino que debemos realizar de manera más frecuente y aleatoriamente repartidas dichas mediciones, según lo establecido por la OMS (ver arriba), y hacer accesible estos valores de manera sistemática y de forma inmediata, cuando se produzcan emergencias ambientales.

48 Relator, Informe 2019, párr. 61.

49 Relator, Informe 2019, párr. 62.

Otro criterio de calidad tiene que ver con la confiabilidad de los datos, que deberían estar validados según normas técnicas adecuadas.⁵⁰ En general, la calidad de las mediciones se regula con estándares industriales privados, típicamente, validados por la ISO o como Norma Chilena. Si presumimos que el estándar ISO representa técnicas adecuadas, deberían existir mecanismos independientes e imparciales de fiscalización para la validación de los datos, más allá de si el sistema de mediciones está organizado en base a una lógica pública o privada. Para los CCVC, hay un sistema estandarizado para la medición que se menciona en los Acuerdos de París.⁵¹ Este, sin embargo, no llega a especificar los detalles técnicos necesarios para garantizar la calidad de la información. La ISO define un listado de mediciones estandarizadas para aire ambiental⁵² y para emisores fijos.⁵³ Estos estándares pueden considerarse suficientes para cumplir con la calidad de la medición en términos técnicos (frecuencia, calibración de los instrumentos, lugares de medición etc.) y su cumplimiento debe ser garantizado por parte del Estado, aunque haya privatizado la medición. Si la medición la realiza un organismo público, este debe, de la misma manera, estar sujeto a los estándares de calidad de la medición.

En este sentido, la calidad y estado de estos dispositivos incidirá directamente en la calidad de la información que se recoja. Esta dependencia de la tecnología para el control de la calidad del aire exige, por tanto, que las condiciones, mecanismos y estado en que se encuentren estos dispositivos sea tal que permita entregar información confiable y veraz para una adecuada toma de decisiones. Por ejemplo, un plan de descontaminación solo será eficaz y adecuado en la medida que el diagnóstico, sobre el cual este se construye, cuente con información lo suficientemente veraz como para revelar la situación de contaminación atmosférica actual de la que se tiene que hacer cargo y su variación en el tiempo.

Finalmente, es importante destacar que Chile también asumió compromisos de políticas públicas de desarrollo en relación con la contaminación, tales como los Objetivos de Desarrollo Sustentable de 2015 (ODS). Así, según la OMS, la contaminación del aire ha sido identificada como una prioridad mundial de la salud en la agenda de desarrollo sustentable. La OMS tiene la responsabilidad de supervisar tres indicadores relacionados con contaminación del aire, para monitorear

50 De acuerdo con la normativa nacional, este aspecto se conoce como “representatividad” de las mediciones, que será analizado más adelante.

51 Metodología de reportes en virtud de los Acuerdos de París, Directrices de la Convención para la presentación de los informes bienales de actualización de las partes no incluidas en el anexo I de la Convención (Anexo III, Decisión 2/CP.17), disponible en <http://unfccc.int/resource/docs/2011/cop17/spa/09a01s.pdf>.

52 Disponible en <https://www.iso.org/committee/52750/x/catalogue/p/1/u/0/w/0/d/0>.

53 Disponible en <https://www.iso.org/committee/52704/x/catalogue/p/1/u/0/w/0/d/0>.

el progreso en relación a los ODS (objetivo 3 sobre salud, 11 sobre ciudades y 7 sobre energía).⁵⁴

2. INSTITUCIONALIDAD Y REGULACIÓN NACIONAL SOBRE INFORMACIÓN DE CALIDAD DE AIRE

En el sistema chileno de generación, reporte y verificación de la información sobre calidad de aire intervienen actores públicos y privados, los cuales juegan un rol clave a la hora de promover un sistema de información que cumpla con los estándares internacionales en materia de derechos humanos.

La LBGMA establece que corresponderá al Ministerio de Medio Ambiente (MMA) administrar los Programas de Medición y Control de la Calidad del aire (PMCCA) para velar por el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (artículos 33 y 70 letra u). También establece que será el propio MMA el responsable de generar y recopilar información técnica y científica precisa para la prevención de la contaminación y la calidad ambiental, en particular en relación a la contaminación atmosférica (artículo 70 letra t).

En la práctica, este mandato es desarrollado por la División de calidad de aire y cambio climático del MMA.⁵⁵ Esta repartición, entre otras funciones, administra el Sistema Nacional de Información de Calidad de Aire (SINCA), cuyo rol, según señala su página web, es estandarizar los procedimientos asociados al monitoreo y al reporte de información, y promover la centralización de la información con el objeto de optimizar los recursos disponibles en el país, en esta materia.⁵⁶ Específicamente, el SINCA funciona como un portal que entrega información sobre mediciones de calidad de aire realizadas en todo el país en tiempo real, según señala, y presenta un seguimiento histórico de los datos recogidos en las estaciones de calidad de aire (públicas y privadas) distribuidas a lo largo de Chile.⁵⁷ Estas estaciones pueden haber sido instaladas por privados, ya sea como exigencia de una Resolución de Calificación Ambiental (RCA) para el seguimiento de los impactos ambientales de un proyecto, o bien, producto de una exigencia planteada por un Plan de Descontaminación Atmosférica (PDA). A su vez, las estaciones públicas se instalan con el objeto de medir la calidad del aire para evaluar cumplimiento normativo.

54 Véase OMS, *Ambient Air Pollution. A global Assessment of Exposure and Burden of Disease*, 2016, p. 11.

55 <https://mma.gob.cl/aire/>.

56 <https://sinca.mma.gob.cl/index.php/pagina/index/id/quienes> (visitado por última vez con fecha 8 de julio de 2019)

57 Ministerio de Medio Ambiente, *Guía Calidad de Aire y Educación Ambiental*, p. 32.

Según datos del MMA,⁵⁸ las primeras mediciones de aire en el país se realizaron en 1964, tras lo cual, en 1976, se instala la Red de vigilancia de calidad de aire y en 1988 la red automática MACAM para la Región Metropolitana, que actualmente es conocida como MACAM III. Antes de 2012, las redes de monitoreo públicas eran administradas por el Ministerio de Salud a cargo de la RED SIVICA que abarcaba desde la Región de Coquimbo hasta la de Aysén y por la Seremi de Salud de la Región Metropolitana, organismo que administraba la RED MACAM III (exclusiva de esta región). Desde 2012, el MMA se ha hecho cargo de la administración de todas las redes públicas que existen en el país. Por su parte, las estaciones de calidad de aire privadas continúan siendo responsabilidad de las empresas titulares de dichas estaciones.

Cabe señalar que, independiente de la titularidad o dominio de las estaciones de monitoreo, la operación de las mismas puede recaer en actores privados.⁵⁹ De esta manera, lo relevante para efectos del sistema de información de calidad de aire no dice relación con la titularidad o administración de una estación, sino con la operación de las redes, que debe cumplir con las condiciones exigidas para garantizar la fiabilidad de los resultados de la medición, los cuales constituyen la base para acreditar la calidad del aire.

El Decreto Supremo N°61 de 2008 del Ministerio de Salud es el instrumento normativo que indica cómo se deben operar las estaciones de monitoreo atmosférico. Se trata de una normativa que “expresa en términos generales los principales requisitos que debe tener una estación de monitoreo, el personal con el que se debe contar, la manera en que deben procesarse los datos para poseer calidad y cómo debe fiscalizarse el cumplimiento de sus estipulaciones”.⁶⁰ Este decreto sigue aplicándose en la actualidad por la SMA —que ha reemplazado a la Autoridad Sanitaria en la fiscalización de las normas de calidad del aire, como se verá más adelante—, entidad que no ha modificado lo establecido en este instrumento, sino que ha optado por dictar algunas instrucciones complementarias. Según la SMA, este decreto está en estos momentos en proceso de revisión, fundamentalmente con el propósito de clarificar el uso de las estaciones, en particular, la definición de las estaciones que sirven como base para los planes de prevención y descontaminación y las que están asociadas a algún proyecto o RCA. En este sentido, el Superintendente del Medio Ambiente considera “problemático el que se haya adscrito representatividad a algunas estaciones de RCA”, puesto

58 *Ibíd*, p. 9. Quisimos obtener información adicional solicitando una entrevista en el MMA, pero no pudimos contar con esta entrevista.

59 La regla general es que la operación de las estaciones de monitoreo públicas, administradas por el MMA, sea licitada a actores privados. En la práctica, son pocas las estaciones públicas que administra directamente el MMA. En particular, se puede mencionar la Red Macam III de la Región Metropolitana.

60 Centro Mario Molina, *Evaluación y rediseño de las redes de monitoreo de calidad del aire*, Informe Final para el Ministerio del Medio Ambiente, 2017, p. 121.

que confunde estaciones de monitoreo para la gestión de calidad del aire de una ciudad o zona, con aquellas que son operadas para dar seguimiento a los impactos de un proyecto.⁶¹

Como se ha señalado, el objetivo de las estaciones de monitoreo de calidad de aire existentes en el país es, por una parte, generar información que permita evaluar el cumplimiento de las normas de calidad de aire que rigen en Chile; y, por la otra, proporcionar información para el seguimiento de un proyecto calificado favorablemente por una RCA (como ya se indicó, una gran cantidad de estaciones de titulares privados se instalan para cumplir obligaciones de seguimiento ambiental dispuestas en una RCA). La primera de estas funciones es la más relevante desde la perspectiva de la generación de información para adoptar decisiones de política pública en materia de contaminación atmosférica.

En virtud del artículo 32 de la LBGMA, el MMA en conjunto con el Ministerio de Salud, debe dictar Normas Primarias de Calidad Ambiental (normas primarias) que definan los niveles de contaminación permitidos y que en el caso de ser sobrepasados originarían situaciones de riesgo para la vida o salud de la población.⁶² En efecto, estas normas primarias establecen límites para las concentraciones y períodos máximos o mínimos permisibles en el ambiente, de elementos, compuestos, sustancias, derivados químicos o biológicos, energías, radiaciones, vibraciones, ruidos o combinación de ellos—artículo 2 letra n), LBGMA—, como por ejemplo, el MP10 o el MP2,5. Es así como, para efectos de este capítulo, interesa especialmente revisar lo relativo a las normas primarias, toda vez que los efectos de su excedencia impactan directamente en la vida y salud de las personas.

Actualmente, Chile cuenta con siete normas primarias en aire, para regular material particulado respirable (MP10),⁶³ material particulado fino (MP 2.5),⁶⁴ ozono troposférico (O₃),⁶⁵ dióxido de nitrógeno (NO₂),⁶⁶ dióxido de azufre (SO₂),⁶⁷ monóxido de carbono (CO)⁶⁸ y plomo (Pb).⁶⁹

61 Entrevista telefónica Superintendente de Medioambiente (s), 11 de julio de 2019.

62 También existen Normas secundarias de calidad ambiental, cuya superación constituye un riesgo para la protección o la conservación del medio ambiente, o la preservación de la naturaleza (artículo 2 letra ñ) LBGMA).

63 Decreto Supremo Nº59/1998, Ministerio Secretaría General de la Presidencia. En proceso de revisión de la norma por parte del Ministerio del Medio Ambiente. http://planesynormas.mma.gob.cl/normas/ver.php?id_expediente=929517.

64 Decreto Supremo Nº12/2012, Ministerio de Medio Ambiente.

65 Decreto Supremo Nº112/2002, Ministerio Secretaría General de la Presidencia. En proceso de revisión de la norma por parte del Ministerio del Medio Ambiente. http://planesynormas.mma.gob.cl/normas/ver.php?id_expediente=930180.

66 Decreto Supremo Nº14/2002, Ministerio Secretaría General de la Presidencia. En proceso de revisión de la norma por parte del Ministerio del Medio Ambiente. http://planesynormas.mma.gob.cl/normas/ver.php?id_expediente=930180.

67 Decreto Supremo Nº104/2018, Ministerio de Medio Ambiente.

68 Decreto Supremo Nº115/2002, Ministerio Secretaría General de la Presidencia. En proceso de revisión de la norma por parte del Ministerio del Medio Ambiente. http://planesynormas.mma.gob.cl/normas/ver.php?id_expediente=930180.

69 Decreto Supremo Nº136/2000, Ministerio Secretaría General de la Presidencia.

Específicamente, la norma primaria para el MP10 fija límites para la concentración de 24 horas y anual. El límite es de 150 microgramos por metro cúbico normal ($\mu\text{g}/\text{m}^3\text{N}$) para 24 horas y de $50 \mu\text{g}/\text{m}^3\text{N}$ para la concentración anual. Cabe señalar que en 2013, a través del Decreto Supremo N° 20, se intentó derogar la limitación anual al MP10, manteniendo el límite de concentración cada 24 horas. Lo anterior no fue aceptado por el Tribunal Ambiental (posteriormente confirmado por la Corte Suprema),⁷⁰ quien ordenó invalidar el DS N°20 y realizar en el plazo más breve un nuevo proceso de revisión de la Norma MP10 establecida en el vigente DS N° 59/1998.⁷¹ Con todo, se debe resaltar que el estándar contemplado en la normativa nacional es más laxo que el establecido por la OMS, que limita en $50 \mu\text{g}/\text{m}^3\text{N}$ la concentración de 24 horas, y en $20 \mu\text{g}/\text{m}^3\text{N}$ la concentración anual de MP10.⁷²

En tanto, la norma primaria de MP2,5 establece estándares de concentración de $50 \mu\text{g}/\text{m}^3\text{N}$ cada 24 horas y de $20 \mu\text{g}/\text{m}^3\text{N}$ para el promedio anual, lo que en comparación con los límites recomendados por las OMS, de $25 \mu\text{g}/\text{m}^3\text{N}$ cada 24 horas y de $10 \mu\text{g}/\text{m}^3\text{N}$ para el promedio anual, resultan un 50% más laxos.⁷³ Por su parte, la norma primaria que regula el O_3 establece una concentración máxima de ozono en 61 ppbv ($120 \mu\text{g}/\text{m}^3\text{N}$) cada ocho horas, que constituye un límite más laxo que el de $100 \mu\text{g}/\text{m}^3\text{N}$ cada ocho horas, recomendado por la OMS.⁷⁴ En relación al NO_2 se fijó una concentración anual de 53 ppbv ($100 \mu\text{g}/\text{m}^3\text{N}$) y una concentración de una hora de 213 ppbv ($400 \mu\text{g}/\text{m}^3\text{N}$), máximos también más laxos que los de la OMS, que establece los límites en $40 \mu\text{g}/\text{m}^3\text{N}$ anual y $200 \mu\text{g}/\text{m}^3\text{N}$ para una hora.⁷⁵ En cuanto a la norma primaria para SO_2 , cabe señalar que recientemente fue modificada y se aumentó su exigencia, estableciéndose una concentración anual de 23 ppbv ($60 \mu\text{g}/\text{m}^3\text{N}$), una concentración de 24 horas de 57 ppbv ($150 \mu\text{g}/\text{m}^3\text{N}$) y una concentración de 1 hora de 134 ppbv ($350 \mu\text{g}/\text{m}^3\text{N}$). Aun cuando constituye una mejora considerable del estándar nacional, está por debajo de la recomendación de la Oficina regional europea de la OMS que recomienda un estándar de $20 \mu\text{g}/\text{m}^3\text{N}$ cada 24 horas y $500 \mu\text{g}/\text{m}^3\text{N}$ cada 10 minutos.⁷⁶ En tanto, la norma primaria para CO fija

70 Segundo Tribunal Ambiental, sentencia de fecha 16 de diciembre de 2014, Rol R-22-2014; y Corte Suprema, sentencia de fecha 30 de septiembre de 2015, Rol 1119 de 2015.

71 El Decreto Supremo N°59 de 1998 se encuentra aún en proceso de revisión, según da cuenta el expediente disponible en sitio web del MMA.

72 Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente (AIDA) & Instituto de Energía y Medio Ambiente (IEMA), *Controlando los contaminantes climáticos de vida corta*, marzo 2016, p. 47.

73 *Ibid.*, p. 48.

74 *Ibid.*, p. 48.

75 OMS, *Evolution of Air Quality Guidelines: Past, Present and Future*, p. 14.

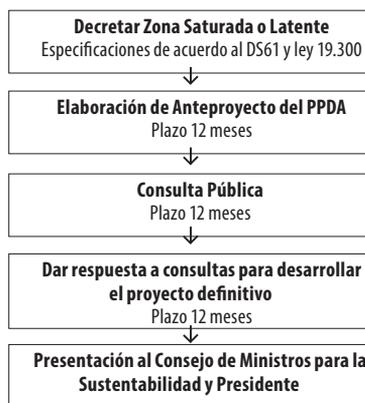
76 *Ibid.*, p. 14.

una concentración de 9 ppmv (10 $\mu\text{g}/\text{m}^3\text{N}$) cada 8 horas y de 26 ppmv (30 $\mu\text{g}/\text{m}^3\text{N}$) cada 1 hora, que cumple con el estándar recomendado por la oficina europea de la OMS, en 1987.⁷⁷ Finalmente, la norma primaria para el plomo establece una concentración anual de 0,5 $\mu\text{g}/\text{m}^3\text{N}$, correspondiente al estándar europeo, en tanto la OMS hace referencia a una concentración de 0,7 $\mu\text{g}/\text{m}^3\text{N}$ como promedio de 24 horas, y 0,5-1,0 $\mu\text{g}/\text{m}^3\text{N}$ anuales.⁷⁸ De lo señalado precedentemente, es posible colegir que la mayoría de los estándares exigidos por las normas de calidad del aire nacionales son menos exigentes que los recomendados por la OMS.

En términos concretos, la medición en el aire de la concentración de los contaminantes recién establecidos dará lugar, ya sea a la declaración de una “zona latente”, si la medición se sitúa entre el 80% y el 100% del valor de la respectiva norma primaria, o como “zona saturada” si esta ha sido sobrepasada (artículo 2, letras t) y u) LBGMA). Enseguida, si una zona es declarada como latente el MMA deberá evitar que las normas sean sobrepasadas, debiendo elaborar un Plan de Prevención Atmosférica (PPA), en tanto, si fue declarada como saturada deberá elaborar un Plan de Descontaminación Atmosférica (PDA), cuyo objetivo será reducir la presencia de contaminantes a los niveles fijados como permitidos en las normas primarias.

Con todo, la elaboración y dictación de un PDA es un proceso complejo y extenso que, en general, no se condice con el sentido de urgencia de la situación ambiental existente al producirse la superación de una norma primaria de calidad, a pesar de ser un instrumento que, precisamente, busca evitar mayores riesgos en la salud de la población expuesta a niveles excesivos de contaminantes atmosféricos.

El siguiente diagrama detalla los pasos y plazos que debe contemplar la elaboración de un PDA:



Fuente: MMA, Guía Calidad de Aire y Educación Ambiental

77 *Ibíd.*, p. 14.

78 *Ibíd.*, p. 3 y 14.

De acuerdo con este proceso, y en conformidad a lo establecido en el Decreto Supremo N°39/13⁷⁹ del MMA, deberá elaborarse un anteproyecto de PDA que tendrá, en principio, un plazo de 12 meses para ser aprobado. En este proceso el MMA solicitará por oficio la opinión del Consejo Consultivo Nacional y los Consejos Consultivos Regionales sobre el anteproyecto, los que, a su vez, tendrán un plazo de 60 días para emitir su opinión. Asimismo, luego de la publicación del extracto del anteproyecto en el Diario Oficial, se abrirá un período de consulta pública que se extenderá por 60 días para que se puedan presentar observaciones y preguntas. Este extracto deberá contener, a lo menos, la zona impactada, las medidas propuestas por el Plan, un resumen de sus fundamentos e informará acerca del plazo para la recepción de observaciones y consultas. Sin perjuicio de que el texto íntegro del anteproyecto deberá publicarse en el sitio electrónico del MMA. Una vez vencido este plazo, el Ministerio tendrá 120 días para elaborar el proyecto definitivo del PDA, el cual será posteriormente presentado al Consejo de Ministros para la Sustentabilidad y al Presidente de la República.⁸⁰

Es necesario señalar que un sistema completo de información sobre calidad del aire y contaminación atmosférica se construye no solo con datos relacionados con el cumplimiento de las normas primarias de calidad, sino que se deben considerar también los datos provenientes del cumplimiento de las Normas de Emisión –establecidas como un instrumento normativo propiamente tal– y de aquellas normas establecidas en los Planes de descontaminación y prevención, para regular las fuentes responsables de la calidad del aire de la zona específica.

79 Reglamento para la Dictación de Planes de Prevención y Descontaminación.

80 A la fecha, se encuentran vigentes los siguientes Planes de Prevención y/o Descontaminación Atmosférica en el país: PDA para las comunas de Temuco y Padre Las Casas (Decreto Supremo N°8 de 2015 del MMA, para MP2,5 y MP10); PDA para la comuna de Osorno (Decreto Supremo N°47 de 2015 del MMA, para MP 2,5 y MP10); PDA para las comunas de Talca y Maule (Decreto Supremo N°49 de 2015 del MMA, para MP10); PDA para Chillán y Chillán Viejo (Decreto Supremo N°48 de 2015 del MMA, para MP2,5 y MP10); PDA para la comuna de Los Ángeles (Decreto Supremo N°4 de 2017 del MMA, para MP2,5 y MP 10); PDA para el Valle Central de la Región del Libertador General Bernardo O'Higgins (Decreto Supremo N°10 de 2013 del MMA, para MP10); PDA para la comuna de Valdivia (Decreto Supremo N°25 de 2017 del MMA, para MP2,5 y MP 10); PDA para la comuna de Coyhaique (Decreto Supremo N°46 de 2015, del MMA, para MP10); PPDA para la Región Metropolitana (Decreto Supremo N31 de 2017, del MMA, para MP2,5, MP 10 y O₃); PPA Huasco y zona circundante (Decreto Supremo N°38 de 2017 del MMA, para MP10); PDA Tocopilla (Decreto Supremo N°70 de 2010 del MMA, para MP10); PDA para Andacollo (Decreto Supremo N°59 de 2014 del MMA, para MP10); PPDA para las comunas de Concón, Quintero y Puchuncaví (Decreto Supremo N°105 de 2018 del MMA, para MP2,5 y MP10); PDA Fundición de Potrerillos, CODELCO (Decreto Supremo N°179 de 1998 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, para SO₂ y MP10); PDA Fundición Hernán Videla Lira, ENAMI (Decreto Supremo N°180 de 1994 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, para SO₂, MP10 y arsénico); PDA Fundición Caletones, CODELCO (Decreto Supremo N°81 de 1998, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, para MP10 y SO₂).

En cuanto a las normas de emisión atmosférica, se entiende por ellas “las que establecen la cantidad máxima permitida para un contaminante medida en el efluente de la fuente emisora” (artículo 2 letra o) LBGMA). Es necesario precisar que buena parte de la información necesaria para realizar una gestión adecuada en contaminación atmosférica proviene de la fijación de estándares de emisión al aire y del control de su cumplimiento. En el país, las normas de emisión atmosférica vigentes para fuentes fijas son, principalmente, las siguientes: Norma de Emisión para fundiciones de cobre y fuentes emisoras de arsénico (regula emisiones de MP, SO₂, arsénico y mercurio, respecto de las fuentes indicadas);⁸¹ Norma de Emisión para incineración, co-incineración y coprocesamiento (regula una serie de contaminantes asociados a cada tipo de proceso indicado);⁸² Norma de emisión de material particulado, para los artefactos que combustionen o puedan combustionar leña y pellet de madera;⁸³ Norma de emisión para centrales termoelectricas (regula emisiones de MP, óxidos de nitrógeno (NO_x), SO₂ y mercurio);⁸⁴ Norma de emisión de compuestos TRS⁸⁵ generadores de olor, asociados a la fabricación de pulpa kraft o al sulfato;⁸⁶ Norma de emisión para la regulación del contaminante arsénico emitido al aire;⁸⁷ y Norma de emisión de material particulado a fuentes estacionarias puntuales y grupales.⁸⁸ A su vez, se encuentran vigentes una serie de normas de emisión respecto a las fuentes móviles, tales como aquellas aplicables a vehículos motorizados livianos,⁸⁹ vehículos motorizados medianos⁹⁰ y vehículos motorizados pesados.⁹¹

Es importante indicar que cada norma de emisión de fuentes fijas establece su propio sistema de generación y reporte de información por

81 Decreto Supremo N°28 de 2013, Ministerio de Medio Ambiente.

82 Decreto Supremo N°29 de 2013, Ministerio de Medio Ambiente.

83 Decreto Supremo N°39 de 2012, Ministerio de Medio Ambiente.

84 Decreto Supremo N°13 de 2011, Ministerio de Medio Ambiente.

85 De acuerdo con el artículo 2 b) de la Norma de Emisión, se entiende por compuestos TRS: Corresponde a la sigla inglesa de “Total Reduced Sulphur” o “Azufre Total Reducido”, que representa los compuestos líquidos y gaseosos organosulfurados formados durante la etapa de cocción de la madera en el proceso de producción de celulosa Kraft. Principalmente son metil mercaptano, sulfuro de dimetilo, disulfuro de dimetilo y ácido sulfhídrico o sulfuro de hidrógeno, medido como sulfuro de hidrógeno (H₂S).

86 Decreto Supremo N°37 de 2013, Ministerio de Medio Ambiente.

87 Decreto Supremo N° 165 de 1998, Ministerio Secretaría General de la Presidencia.

88 Decreto Supremo N° 4 de 1992, modificada por última vez el 2010, Ministerio de Salud.

89 Decreto Supremo N° 211 de 1991, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, que establece normas de emisión de vehículos motorizados livianos (modificado por última vez el 21 de marzo de 2019).

90 Decreto Supremo N° 54 de 1994, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, establece normas de emisión aplicables a vehículos motorizados medianos que indica (modificado por última vez el 21 de marzo de 2019).

91 Decreto Supremo N° 55 de 1994, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, que establece normas de emisión aplicables a vehículos motorizados pesados que indica (modificado por última vez el 16 de abril de 2010).

parte de las fuentes reguladas,⁹² sin perjuicio de que toda la información debe estar disponible en el Registro de Emisiones y Transferencias de Contaminantes (RETC) que, de acuerdo con el artículo 70 letra p) de la LBGMA, debe ser administrado por el MMA.⁹³ En cuanto a las emisiones de fuentes móviles, su control corresponde al Ministerio de Transportes, a través de un sistema de homologación vehicular realizado por el Centro de Control y Certificación Vehicular⁹⁴ y mediante revisiones técnicas periódicas de los vehículos.⁹⁵

Es particularmente relevante lo dispuesto por la LBGMA en relación con el RETC, para entender el sistema de información ambiental vigente. Se trata de la mantención de una base de datos, en la cual se debe registrar y sistematizar, por fuente o agrupación de fuentes de un mismo establecimiento, la naturaleza, caudal y concentración de emisiones de contaminantes que sean objeto de una norma de emisión. El Reglamento del RETC⁹⁶ hace extensiva la obligación de registro – mediante “una declaración o estimación” – a las emisiones de aquellos contaminantes que no se encuentran regulados en una norma de emisión, PDA u otra regulación vigente, cuando se trate de emisiones que corresponden a fuentes difusas o que son consideradas en convenios internacionales suscritos por Chile. De acuerdo a lo señalado por el reglamento, las estimaciones las realizará el MMA mediante la información que entreguen los diferentes órganos de la Administración del Estado. Los objetivos del RETC son, entre otros, facilitar el acceso a la información sobre emisiones, promover el conocimiento de la información en la ciudadanía, y constituir una herramienta de apoyo para la adopción de políticas públicas y de regulación.

Es importante destacar el rol que cumple la SMA dentro de la institucionalidad encargada de la gestión de la contaminación atmosférica en Chile. Específicamente a la SMA, en conformidad al artículo 2 de su ley orgánica (LOSMA, Artículo 2 de la Ley 20.417 de 2010), le

92 Por regla general, las fuentes deberán reportar datos sobre su cumplimiento a la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA), autoridad encargada de fiscalizar las normas de emisión.

93 Ver: <http://www.retc.cl/>.

94 Este sistema consiste en el análisis técnico de vehículos motorizados que sean prototipos o vehículos de producción de modelos que pretendan comercializarse en el país, constatando su nivel de emisiones. Por cada modelo aprobado mediante este procedimiento se emite un certificado de homologación que permite a los fabricantes, importadores o sus representantes, emitir certificados individuales para cada vehículo que se comercializa, que permite a su vez obtener el permiso de circulación. Ver Decreto Supremo N° 54 de 1997 Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones, dispone normas sobre homologación de vehículos. <https://www.mtt.gob.cl/archivos/5609>.

95 Decreto Supremo N° 156 de 1990 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, reglamenta revisiones técnicas y la autorización y funcionamiento de las plantas revisoras.

96 Decreto Supremo N°1 de 2013, del Ministerio del Medio Ambiente.

corresponde ejecutar, organizar y coordinar el seguimiento y fiscalización de las RCA, de las medidas de los PPA y PDA como del contenido de las Normas de calidad ambiental y Normas de emisión, y de los Planes de manejo, cuando corresponda, y de todos aquellos otros instrumentos de carácter ambiental que establezca la ley. Para realizar lo anterior, la SMA puede fiscalizar mediante tres modalidades: 1. Directamente a través de sus propios funcionarios; 2. mediante organismos sectoriales con base en subprogramas de fiscalización; o 3. a través de terceros debidamente acreditados (autorizados) por la SMA, conocidos como Entidades Técnicas de Fiscalización Ambiental (ETFA).

Es necesario considerar la relevancia de las ETFA para efectos de contar con un sistema de información ambiental robusto. De acuerdo con la regulación contenida en la LOSMA,⁹⁷ el Reglamento específico⁹⁸ y las instrucciones dictadas por la SMA,⁹⁹ los terceros autorizados (laboratorios) deberán colaborar –cuando sean contratados por la autoridad– en la realización de labores de inspección, verificación, medición o análisis del cumplimiento de las normas. Además, los titulares de fuentes, actividades o proyectos que deban reportar información ambiental a la SMA, en razón de obligaciones derivadas de algún instrumento de carácter ambiental, deberán contratar a una ETFA que efectúe las actividades de muestreo, medición o análisis necesarios para la elaboración del reporte o informe de que se trate. Igual obligación pesa respecto de aquellos titulares que deben, en cumplimiento de un instrumento de carácter ambiental, recolectar información relativa al tema, sin necesariamente tener el deber de remitirla a la SMA.

De esta manera, la ETFA recoge datos en un informe de resultados que, posteriormente, se entregan al titular que la contrató, quien derivará la información que corresponda a la SMA, adjuntando al reporte, o informe de seguimiento, el informe de resultado elaborado por la ETFA.

Las ETFA cumplen un rol clave en un sistema de control y aseguramiento de calidad de la información ambiental. El proceso de autorización de terceros por la SMA ha sido lento, paulatino y gradual, no existiendo aún ninguna ETFA autorizada para medir calidad de aire.¹⁰⁰ Según la SMA todos los laboratorios autorizados deberían estar acreditados según la norma ISO 17025.¹⁰¹

La SMA debe ejercer su potestad de fiscalización de manera planificada y priorizada a través de los programas y subprogramas de

97 Artículo 3 letra c).

98 Decreto Supremo N° 38 de 2013, del Ministerio del Medio Ambiente que “Aprueba el Reglamento de Entidades Técnicas de Fiscalización Ambiental de la Superintendencia del Medio Ambiente”.

99 <https://entidadestecnicas.sma.gob.cl/>.

100 <https://entidadestecnicas.sma.gob.cl/Home/ListadoEtfas>.

101 <https://entidadestecnicas.sma.gob.cl/>.

fiscalización ambiental, que se encuentran regulados en los artículos 16 y siguientes de la LOSMA. Estos artículos exigen que la Superintendencia determine de manera anual –a través de un procedimiento y determinación de etapas que incorporan criterios de priorización–¹⁰² el número de actividades de fiscalización que realizará y el presupuesto asociado para cada instrumento de gestión ambiental que se incluye en el programa y subprograma respectivo.

Sin perjuicio de lo indicado en el párrafo precedente, la LOSMA solo permite la fiscalización de las Normas de calidad mediante el establecimiento de programas de fiscalización (artículo 16 letra e), por lo que las actividades de fiscalización deben ser realizadas directamente por los funcionarios de la SMA.

Así, la SMA en cumplimiento de su potestad de fiscalización de las normas de calidad ambiental, supervisa el proceso de validación de datos obtenidos por las estaciones de monitoreo existentes, en la medida que cuenten con representatividad poblacional y sean priorizadas.¹⁰³ El objetivo del ejercicio de esta función pública es obtener información sobre la calidad ambiental que sea representativa del estado en que se encuentra el componente ambiental observado, es decir, en este caso, información sobre la calidad del aire. Con ello se busca que las decisiones que deba adoptar el MMA –en cuanto a declarar zonas latentes o saturadas y elaborar los correspondientes PPA y PDA– se basen en datos fiables. En cuanto a las normas de emisión, el objetivo de la fiscalización es evaluar el cumplimiento de los estándares establecidos por parte de las fuentes reguladas. Respecto a los planes de prevención y descontaminación, la fiscalización de la SMA tiene como propósito verificar el cumplimiento de las medidas establecidas en los mismos, para efectos de evaluar la recuperación de los niveles señalados en las normas de calidad ambiental de una zona calificada como latente o saturada por uno o más contaminantes.

Teniendo en cuenta lo explicado con anterioridad, es posible identificar en la institucionalidad y regulación nacional –aplicable al sistema de generación, reporte y verificación de información ambiental sobre calidad de aire– una serie de debilidades, tanto en lo relativo a su diseño regulatorio como a su aplicación e implementación, según se analizará a continuación.

102 Estos criterios han sido desarrollados por la SMA a través de su Resolución Exenta N°1171 de 2015.

103 En la práctica, la representatividad poblacional se otorga solo a aquellas estaciones de monitoreo que sean priorizadas por el MMA para efectos de política pública. Es decir, aquellas estaciones que se instalan en cumplimiento de RCA y no son priorizadas por la autoridad, no son objeto de calificación de representatividad poblacional y no serán consideradas al momento de evaluar cumplimiento normativo (es decir, sus datos son considerados solo para efectos de la fiscalización de la RCA).

3. DEBILIDADES DEL SISTEMA DE INFORMACIÓN SOBRE CALIDAD DE AIRE Y CONTAMINACIÓN ATMOSFÉRICA

Las debilidades del sistema de información sobre calidad de aire y contaminación atmosférica que pudimos identificar, se pueden agrupar en tres tipos: 1. La generación de datos insuficientes o deficientes; 2. la falta de una planificación transparente y eficiente en la medición y su fiscalización; y 3. problemas de accesibilidad y disponibilidad de la información, que, sin embargo, se debe principalmente a la ausencia de datos.

3.1 GENERACIÓN DE DATOS DEFICIENTES/INSUFICIENTES

La problemática de la calidad de aire, vale decir de la necesidad de mantener en el ambiente límites permitidos de contaminantes atmosféricos de manera que sus concentraciones no afecten la salud o la vida de las personas, se construye sobre un supuesto básico: la información sobre la cual se tomen las decisiones públicas debe ser confiable, veraz, oportuna y accesible.

Los estándares respecto al tema, como ha sido dicho, se fundamentan en el sistema internacional e interamericano de los derechos humanos, donde se sostiene, entre otras cosas, que la mala calidad del aire impacta negativamente un amplio grupo de derechos como el derecho a la vida, a la salud, al agua, a la alimentación, a la vivienda y a un nivel de vida adecuado, entre otros. Es más, el propio Relator Especial sobre los Derechos Humanos y el Medioambiente, sostiene que debiera existir un derecho al aire puro, así como existe el derecho al agua limpia,¹⁰⁴ considerando que la contaminación atmosférica es causa de muertes prematuras, problemas respiratorios, complicaciones cardíacas, aumentando el riesgo de las enfermedades no transmisibles. Sumado a lo anterior, la contaminación atmosférica impacta especialmente a grupos vulnerables como niños, mujeres, poblaciones más pobres y pueblos indígenas,¹⁰⁵ agudizando conflictos de justicia ambiental.

En este contexto, la situación de la información de la calidad de aire en Chile presenta una serie de desafíos desde el punto de vista de los derechos humanos, pues las actuales deficiencias generan vulneraciones específicas a los estándares establecidos a nivel internacional.

3.1.1 Ausencia de datos e información ambiental sobre contaminantes dañinos para la salud

En primer lugar, como ha sido señalado, Chile cuenta con siete normas primarias, diversos PDA y varias normas de emisión que regulan

104 Relator, Informe 2019, párr. 44.

105 Relator, Informe 2019, párr. 31.

los contaminantes en el aire. Sin embargo, según lo establecido por el reciente fallo del *Caso Quintero-Puchuncaví*,¹⁰⁶ uno de los problemas en nuestro país en materia de calidad de aire, es que no se regulan todos los contaminantes que inciden en el deterioro y afectación de la salud y vida de las personas. De hecho, y tal como fue establecido por la Corte Suprema, lo más emblemático de este caso fue que determinó que los contaminantes regulados estaban en norma, sin embargo, se produjeron graves alteraciones a la salud (desmayos, intoxicaciones, dolores agudos de cabeza, afecciones a la piel) provocados, precisamente, por contaminantes sobre los cuales no se contaba con ningún tipo de información. En la sentencia de ese fallo se señala: “No hay controversia alguna entre quienes obran en la causa, hay una completa y absoluta falta de antecedentes en torno a este extremo, hasta el punto de que es posible aseverar que, transcurridos más de nueve meses desde los primeros hechos materia de autos, aún se ignora qué productos los provocaron”.¹⁰⁷

Uno de los problemas de la falta de información asociada a contaminantes presentes en el aire deriva de la deficiente regulación en materia de calidad y emisiones atmosféricas, lo que implica que no existe la obligación de medir y obtener datos respecto de todos los contaminantes que afectan la salud de la población. Por ejemplo, la información que Chile levanta en relación a agentes de cambio climático —como monóxido de carbono, plomo, hollín— son datos de emisión.¹⁰⁸ No se presentan datos de calidad primaria de aire en relación a estos contaminantes. Además, los compuestos químicos regulados en la Convención de Basilea y el Convenio de Estocolmo (ver tabla 3), con excepción del plomo, no se miden en cuanto a su concentración. Específicamente, un contaminante tan peligroso como el arsénico, no cuenta con norma de calidad. Si bien se adoptó una regulación en el año 1994, el respectivo decreto fue derogado solo cinco meses después.¹⁰⁹ Esto significa que no se dispone de información suficiente para determinar si en un momento existe un riesgo para la salud de las personas, a causa de tales contaminantes. Desde la SMA, reconocen que falta avanzar en materia de hidrocarburos y aerosoles secundarios.¹¹⁰

106 Corte Suprema, Sentencia Rol N°5888 de 2019.

107 Corte Suprema, Sentencia Rol N°5888 de 2019.

108 MMA, *Tercer informe bienal de actualización de Chile sobre cambio climático*, 2018, p. 78-79.

109 Ministerio Salud, Norma de Calidad primaria para arsénico respirable D.S. N° 477/1994, derogado cinco meses después mediante D.S. N° 1364 del Ministerio de Salud, véase Terram, *La negligente realidad de la Bahía de Quintero*, octubre 2018, p. 6.

110 Entrevista telefónica al Superintendente del Medio Ambiente (s), 11 de julio de 2019.

3.1.2 Ausencia de un sistema de control y aseguramiento de calidad de la información obtenida

Una segunda cuestión que incide directamente en la calidad de la información de aire en Chile, es la ausencia de un sistema robusto de control y aseguramiento de calidad de la información obtenida. En efecto, tal como se ha señalado con anterioridad, la mayor parte de las estaciones, sean públicas o privadas, son operadas por actores privados que no se encuentran sometidos a un sistema de control y aseguramiento de calidad. Esta característica resulta especialmente compleja desde el punto de vista de la generación fiable de información sobre calidad de aire.

En efecto, en primer lugar, los operadores de las estaciones de calidad de aire no se encuentran acreditados como tales. Es decir, se trata de actores privados, completamente desregulados, que no cuentan con ninguna clase de autorización del Estado para ejecutar tales labores, de manera que se pueda garantizar la fiabilidad de la información generada. Por otro lado, los operadores generan la información a solicitud de los titulares de las estaciones sin contar con autorización como tercero (ETFAs)¹¹¹ y sin existir en Chile un Laboratorio de Referencia que vele por la calidad de la información generada y permita contrastar los resultados obtenidos en las estaciones de monitoreo operadas por actores desregulados.¹¹² Asimismo, según constata el estudio del Centro Mario Molina, las empresas que prestan servicios de operación de redes de monitoreo son las mismas que realizan auditorías a sus pares, por lo que no se cuenta con auditorías externas e independientes.¹¹³ Este problema no es ajeno a las estaciones administradas por el MMA, ya que solo las estaciones de la Región Metropolitana están efectivamente en manos públicas y todas las otras están concesionadas a operadores privados o son de titularidad privada.¹¹⁴

En el mismo sentido, y a propósito del caso específico de Quintero-Puchuncaví, el Instituto Nacional de Derechos Humanos recomendó que se implementaran sistemas de mediciones de las emisiones monitoreadas de manera independiente, con autonomía técnica, permanente, efectiva, veraz, que cuenten con la participación de la comunidad y que estén ubicados en los lugares adecuados.¹¹⁵ En todo caso, cabe señalar que, aun cuando la situación puntual de Quintero-Puchuncaví sirve para ilustrar el problema, nos enfrentamos a un conflicto estructural y de envergadura nacional.

111 Como ya se ha indicado, no existen todavía ETFAs autorizadas en calidad de aire.

112 Centro Mario Molina, op.cit., p. 30

113 *Ibíd.*

114 Entrevista telefónica al Superintendente de Medioambiente (s), 11 de julio de 2019.

115 INDH, *Informe Misión de Observación –Zona de Quintero y Puchuncaví– 11 al 13 de septiembre de 2018*, p.21.

El Estado debe también hacerse cargo de factores que posiblemente interfieran en la calidad o validez de los datos generados por los operadores de las estaciones. No se puede simplemente presumir la buena fe. Estos factores suelen relacionarse con intereses económicos, prevención insuficiente de monopolios en la medición de la calidad de aire, posibles fenómenos de colusión en el uso coordinado de tecnología sub-estándar, todos elementos que han sido identificados por la literatura en relación a la fiscalización con modelos de intervención público-privada.¹¹⁶ Tal como hemos indicado, una manera de aumentar las garantías al respecto, es autorizar entidades técnicas de fiscalización ambiental en calidad de aire y, particularmente, la instalación de un laboratorio de referencia en el país.

3.1.3 Problemas técnicos en la generación de información sobre calidad de aire

Las mediciones actuales en calidad de aire presentan deficiencias técnicas concretas que se pueden identificar y que permiten cuestionar la fiabilidad de la información obtenida. En primer lugar, tal como se ha indicado, una de las condiciones de operación de las estaciones de monitoreo, de acuerdo con la normativa vigente, es la calificación de la representatividad poblacional de la medición.¹¹⁷ Esta calificación se realiza mediante resolución de la autoridad competente,¹¹⁸ previa entrega de todos los antecedentes técnicos que permitan verificar y asegurar que las condiciones de emplazamiento y las características técnicas de los equipos, sean las adecuadas para presentar un estado general de la zona que se está midiendo y, asimismo, asegurar que las mediciones no hayan sido alteradas por condiciones particulares y aisladas, como el polvo de una obra de construcción o una industria cercana a la estación. Únicamente los datos provenientes de estaciones que cumplan con este requisito podrán ser considerados para la adopción de decisiones de política pública.

116 Véase Francisco Durand, *Extractive Industries and Political Capture: Effects on Institutions, Equality, and the Environment*, Oxfam, 2016. Para el concepto, Joel Hellmann y otros, "Seize the State, Seize the Day: State Capture and Influence in Transition Economies", *Journal of Comparative Economics* 31, 2003, pp.751-773. Para problemas concretos en Chile, Judith Schönsteiner y otros, *Estudio línea base sobre empresas y derechos humanos*, 2016.

117 Decreto Supremo N°61 de 2008, Ministerio de Salud.

118 La autoridad competente, de acuerdo con el DS N°61 de 2008, era la autoridad sanitaria. Sin embargo, con la entrada en vigencia de la Ley 20.417 de 2010, a la SMA le corresponde el seguimiento y fiscalización del contenido de las normas de calidad ambiental. Lo anterior implica velar porque se cumplan las condiciones establecidas en la norma, dentro de las cuales se encuentra la calificación de representatividad como condición para otorgar valor a las mediciones realizadas. Ver Resoluciones Exentas SMA N°106 de 2013 y N°744 de 2017, que establecen criterios de emplazamiento para calificar estaciones de monitoreo de MP2,5 y MP10 –respectivamente– como de representatividad poblacional.

Lo anterior es relevante, puesto que –como se verá a continuación– muy pocas de las estaciones, cuyos datos se encuentran en SINCA, tienen calificación de representatividad poblacional y, por lo tanto, sus datos no pueden ser considerados para la toma de decisiones.¹¹⁹ Por ejemplo, de las 81 estaciones de monitoreo cuyos datos están en línea y miden MP2.5, solo un 11% de ellas (9 estaciones) cuentan con representatividad poblacional. Esta alarmante cifra de escasa representatividad se repite en la mayoría de las estaciones de monitoreo de contaminantes. Específicamente, de las 111 estaciones que miden SO₂, solo 34 de ellas cuentan con representatividad, vale decir, se puede contar, nada más que con la información de un 30% de estas estaciones. En relación al NO₂ la situación es aún más grave pues de las 62 estaciones de monitoreo existentes, solo un 22% cuenta con representatividad poblacional, vale decir, 14 de ellas. En cuanto a las 52 estaciones que miden CO, 18 cuentan con representatividad poblacional, o sea, un 35% del total. Esta cifra se repite respecto de las 58 estaciones que miden O₃, únicamente 20 (35%) cuentan con representatividad. El único contaminante medido en estaciones con cifras más altas de representatividad, es el MP10: de las 150 estaciones que lo miden, 70 de ellas cuenta con representatividad, es decir, un 46% de dichas estaciones.

Este escaso porcentaje de representatividad poblacional de las estaciones existentes permite concluir que es igualmente escasa la información que se encuentra validada por la SMA. Es decir, los datos provenientes de la mayoría de las estaciones de monitoreo existentes no son objeto de ningún procedimiento de verificación o validación por parte de la autoridad pública competente.

La discusión en materia de redes de monitoreo, entonces, no debe, necesariamente, estar orientada a aumentar el número de estaciones existentes en el país, sino que debe apuntar a determinar cuáles redes de monitoreo son necesarias para evaluar cumplimiento normativo en esas zonas donde se requiere de información válida y confiable para adoptar decisiones públicas en materia de descontaminación atmosférica.

Una idea similar fue expresada en el estudio realizado por el Centro Mario Molina, el cual señala que “no hay relación entre el número de estaciones de calidad de aire en cada una de las zonas estudiadas con la calidad de las mediciones que estas entregan. Todas las redes de monitoreo analizadas presentan un sobredimensionamiento del número de estaciones que no es posible justificar desde un punto de vista técnico”.¹²⁰ A su vez, agrega que “un buen diseño de red tendrá representatividad total de la zona, y el número de estaciones y parámetros de monitoreo a considerar estará dado por la compensación entre

119 Véase <https://sinca.mma.gob.cl/index.php/estadisticas/representatividad>.

120 Centro Mario Molina, op.cit., p. 36.

necesidades y recursos.¹²¹ De esta manera, lo fundamental, desde un punto de vista técnico, es la elección de los sitios de monitoreo, antes que el número de estaciones que contemple una red.

En segundo lugar, se pueden identificar importantes obstáculos técnicos en la generación de información ambiental, a partir de debilidades en las condiciones de operación de las estaciones de monitoreo de calidad de aire. Con el objeto de determinar las características de las deficiencias técnicas de este monitoreo en el país, se han revisado los hallazgos detectados por los 72 informes de fiscalización de la SMA en calidad de aire.¹²² Como el objetivo de este trabajo no es la evaluación de la contaminación misma, sino del sistema de información, se analizaron con mayor profundidad solamente los 36 informes que contienen observaciones sobre la calidad de la medición, calibración de medidores, y otros aspectos relacionados con las estaciones de monitoreo.¹²³ 20 de estos informes concluyeron que la medición cumplía con la normativa; en varios se registran desviaciones de la normativa que, sin embargo, no afectaron la representatividad de la medición. 16 de los informes identificaron incumplimientos, tales como falta de calibración de los equipos con la frecuencia requerida, la ausencia de fichas y registro de mantenimiento de equipos, y consecuentes problemas de emplazamiento. En definitiva, un porcentaje importante de la información de monitoreo fiscalizada no cumple con los requisitos técnicos necesarios, de tal forma que la información sea fidedigna y pueda ser utilizada para tomar decisiones adecuadas sobre la salud pública.

3.2 Falta de una planificación, transparente y consistente, respecto del ejercicio de las potestades públicas que intervienen en la generación y validación de la información ambiental de calidad del aire

Como ya se indicó, uno de los instrumentos de gestión pública que permite al MMA planificar y ordenar el seguimiento a ciertos componentes del medio ambiente, según el artículo 33 de la LBGMA, son los Programas de medición y control de la calidad ambiental que, precisamente, apuntan a levantar información ambiental (PMCCA) para efectos de política pública.

121 *Ibíd.*, p. 9.

122 Cabe recordar que estos informes de fiscalización se refieren exclusivamente a aquellas estaciones de monitoreo que han sido priorizadas por la autoridad para efectos de adoptar decisiones de política pública (que como vimos, representan un porcentaje muy bajo del total de estaciones existentes).

123 Es preciso señalar que todas las calificaciones y decisiones metodológicas en la revisión de informes de fiscalización se sometieron a una doble codificación, con los mismos criterios. Período de observación: 2014-2019, N=72.

Sin embargo, hasta la fecha, no se han dictado los PMCCA para aire. En efecto, a pesar de que en relación con calidad de aguas, la SMA dictó la Resolución Exenta N° 670/2016 –publicada en el Diario Oficial el 27 de julio de 2016, mediante la cual dicta instrucciones generales sobre la elaboración de los PMCCA en materia de aguas–, no sucede lo mismo respecto del componente aire, por lo que no existen a la fecha instrucciones generales para la elaboración de esos programas.

La ausencia de este instrumento en la planificación de la fiscalización de las normas de calidad de aire se traduce, en la práctica, en que la decisión sobre qué estaciones y cuáles contaminantes monitorear anualmente no se encuentra establecida de manera oficial y previa por el MMA y la SMA. Por el contrario, el MMA irá señalando a la SMA, sin planificación previa, donde priorizar sus esfuerzos de control y revisión de la información de calidad de aire. Lo anterior constituye una debilidad en el sistema de programación de la fiscalización ambiental que –tal como ya lo explicamos– requiere de priorización previa. Así, al no contar con un PMCCA de aire, no se establece un criterio orientador claro, técnicamente adecuado, transparente y consistente en relación a cuáles estaciones de monitoreo son de interés público para el MMA y, por tanto, deberían ser objeto de especial atención en función de los principios preventivo y precautorio. Eso es especialmente importante en el contexto de múltiples intereses que podrían querer influenciar las mediciones, desde vecinos de una comuna que quieren evitar la instalación de alguna industria en un lugar donde, hasta ahora, no han sufrido mayores impactos por el desarrollo económico e industrial del país, hasta industrias o empresas que buscan instalarse en cierto territorio a pesar de la saturación ambiental existente en ese espacio.

Con el objeto de respaldar estas afirmaciones se han revisado los 72 informes de fiscalización a las normas de calidad de aire emitidos por la SMA, entre 2014 y 2019, desde la entrada en funcionamiento de la nueva institucionalidad ambiental. A su vez, se han considerado los programas de fiscalización de normas de calidad de aire en idéntico período de tiempo.

La revisión de estos antecedentes buscó identificar, por una parte, los cambios y la evolución en la planificación de las actividades de fiscalización de la SMA, en relación a las normas de calidad de aire, desde su entrada en vigencia. Y, por otra parte, determinar si la selección, por parte de la autoridad, de las estaciones de monitoreo específicas a fiscalizar y los criterios aplicados en la evaluación de la calidad de las mediciones son consistentes, o si dejan margen a una discrecionalidad injustificada, que influenciaría negativamente en la posibilidad de tomar decisiones de política pública en relación a la descontaminación.

En general, al analizar los programas de fiscalización para el período 2015-2019, sorprende una baja dramática en cantidad de fiscalizaciones

programadas respecto de normas de calidad en 2019, a pesar de un aumento considerable del presupuesto:

Tabla 4: Actividades de fiscalización en el tiempo: Programas de fiscalización de normas de calidad

| Año | 2015 | 2016 | 2017 | 2018 | 2019 |
|---|---------------|---------------|----------------|----------------|----------------|
| Cantidad total de fiscalizaciones programadas. | 108 | 115 | 115 | 170 | 41 |
| Cantidad de fiscalizaciones para normas primarias de calidad de aire. | 70 | 80 | 86 | 80 | 33 |
| Presupuesto asignado total. | \$ 86.090.574 | \$ 86.460.302 | \$ 107.475.080 | \$ 112.215.699 | \$ 153.719.177 |

Según la SMA, los criterios para fiscalizar algunas estaciones, y no otras, se define en el MMA, según “prioridades políticas y sensibilidades en las regiones”.¹²⁴

También analizamos los informes sobre calidad de aire y monitoreo realizados por la SMA, lo que nos permite conocer con mayor detalle la labor fiscalizadora. Con excepción de las regiones de Los Lagos, Los Ríos y Coquimbo (Andacollo), la SMA determinó en todas las fiscalizaciones si la estación cumple –o no– con la representatividad poblacional. Varios informes a lo largo del país concluyen que no es así. La frecuencia de fiscalizaciones por región varía considerablemente. Mientras en el norte, contamos con siete informes para Antofagasta y diez para Atacama (aún no hay informe para Tarapacá), y en el centro del país hay diez para la Región Metropolitana, ocho para el Maule y seis para Vaparaíso. Hay regiones donde se realizaron pocas fiscalizaciones (2014-2019): Coquimbo (2), BíoBío (3), La Araucanía (1), Los Ríos (1), Magallanes (0). Los Lagos y O’Higgins (4), Aysén (5).

Mientras –con la excepción de La Araucanía (Temuco)– la cantidad de fiscalizaciones parece tener relación con el riesgo de superación de los valores, es deficiente la cantidad de contaminantes que la SMA puede fiscalizar en ciertas zonas de riesgo. Así fue establecido por la Corte Suprema en relación a la bahía de Quintero-Puchuncaví, donde hasta ahora solo se fiscalizaron las mediciones de material particulado, plomo y SO₂, con máximos claramente por encima de lo establecido por

124 Entrevista telefónica al Superintendente del Medio Ambiente (s), 11 de julio de 2019.

la OMS. En lo particular, la SMA depende de la adopción de Planes de prevención y descontaminación o de una decisión política del MMA para fiscalizar. Esa dependencia puede traducirse en eventuales impedimentos para una fiscalización completa, independiente y eficaz.¹²⁵

En una situación de escasez de recursos, es ciertamente justificado, desde una perspectiva de derechos humanos, priorizar la fiscalización según una matriz del mayor riesgo. Sin embargo, esa fiscalización debe considerar como riesgos principales las deficiencias estructurales del sistema. Además, corresponde revisar si la asignación del presupuesto para una institución es adecuada y suficiente para realizar su labor. Según el *Estudio línea base sobre derechos humanos y empresas*, de 2016, la SMA está sub-financiada.¹²⁶

Considerando la necesidad de concentrar los recursos y el hecho que la gran mayoría de las estaciones no cuenta con representatividad poblacional, preocupa que la SMA solamente sea capaz de fiscalizar algunas estaciones específicas, con la consecuencia de no enterarse del real o eventual mal funcionamiento de otras estaciones. Se podría evaluar la posibilidad que la SMA, por algunos años, invierta la mayoría de sus recursos en asegurar la validez técnica y la representatividad del sistema, para garantizar la mejora de los aspectos sistémicos identificados como deficientes en esta investigación.

3.3 PROBLEMAS DE ACCESIBILIDAD Y COMPRENSIBILIDAD DE LA INFORMACIÓN

3.3.1 Ausencia de información en línea y accesible a la ciudadanía

La información en materia de calidad de aire y emisiones atmosféricas solo parcialmente se encuentra accesible –de manera electrónica, o a través de otras formas– para la ciudadanía. Esta realidad vulnera el derecho de acceso a la información pública y, en consecuencia, el derecho a la salud y el derecho a participar en la elaboración de políticas públicas ambientales.

Mientras algunos datos están disponibles “en línea” (en tiempo real), otros no se publican o no se han publicado últimamente.¹²⁷ Por ejemplo, la página www.airechile.mma.gob.cl, en la sección *Registro*

125 Corte Suprema, Sentencia Rol N°5888 de 2019, considerando 5º letra o), donde el argumento es usado como defensa por parte de recurridos en el recurso de protección.

126 Judith Schönsteiner y otros, *Estudio línea base sobre empresas y derechos humanos*, 2016, pp. 75-76.

127 Se debe prevenir, sin embargo, que el solo hecho de contar con información “en línea” o en “tiempo real” no significa que tal información sea válida, pues dicha validación debe ser realizada por la autoridad competente. Por ello, contar con mayor información en línea o en tiempo real no significa, necesariamente, el acceso a información ambiental válida por parte de la ciudadanía.

mensual de emisiones críticas para MP2,5, contiene registros solamente hasta septiembre de 2018; no existen para los últimos meses de 2018 ni para el año 2019. Ciertamente, el formato en que un dato específico debe estar publicado depende de varios factores y no todos los datos tendrán que estar en línea en tiempo real. Sin embargo, la ausencia de información, como en los ejemplos señalados, o la falta de datos comprometidos en tiempo real, es preocupante al no permitir a la ciudadanía participar de manera informada en las políticas públicas ni tomar las decisiones adecuadas sobre su propia salud.

En Chile, como se ha explicado con anterioridad, existen tres plataformas de información ambiental: el SNIFA, el SINCA y el RETC. De ellos, solamente el SNIFA cuenta con información validada.

De la información sobre calidad de aire disponible en SINCA, es posible afirmar que de las 197 estaciones de monitoreo existentes, 102 entregan su información “en línea” al sistema a través de esta página web.¹²⁸ En otras palabras, solo el 52% de las estaciones existentes en el país ponen a disposición del público la información monitoreada por estas redes, lo que implica que la ciudadanía no puede acceder a la información de casi la mitad de las estaciones en Chile.¹²⁹

El SNIFA es el único sitio que cuenta con información validada y, por lo tanto, es el que, en principio, cumple mejor los estándares internacionales sobre acceso a la información en materia de calidad de aire. Para los efectos discutidos en este capítulo, es especialmente relevante constatar que los Planes de prevención y/o descontaminación no están contenidos en el sitio de SNIFA. En este sitio, únicamente, se publica un enlace para acceder a ellos, ya que no hay obligación de que estén contenidos en esa plataforma. Encontrar la información sobre la fiscalización de los planes es muy difícil, ya que se encuentra dispersa en distintos sitios y no hay un modo de acceder directamente desde el Plan a los procesos de fiscalización. Esto nos lleva a plantear que la información sobre normas, planes y su respectiva fiscalización, debiera estar interconectada, de tal manera que sea mucho más fácilmente entendible y accesible.

Tal como se indicó en la sección anterior, el RETC tiene como uno de sus objetivos facilitar el acceso de la ciudadanía a la información ambiental. Sin embargo, de una simple revisión del sitio web que lo alberga, se puede concluir que la información disponible no se encuentra actualizada ni permite un acceso simple a dicha información. Así, específicamente, no pudimos encontrar los Informes consolidados de emisiones y transferencias de contaminantes ni los Reportes Anuales,

128 <https://sinca.mma.gob.cl/index.php/redes>.

129 Esto, sin considerar el problema identificado con anterioridad, esto es, que gran parte de la información que entregan estas estaciones no se encuentra validada.

desde 2017 en adelante.¹³⁰ Aún más, es posible verificar que dicho Registro no incorpora toda la información relativa a la materia que, de acuerdo con su propio reglamento, la autoridad se obligó a incluir.

Además, deberían estar disponibles los dictámenes de la Contraloría General de la República y las decisiones de los Tribunales Ambientales. El sitio SNIFA, por su parte, solo proporciona un enlace a las páginas generales de estos órganos, no indica cómo encontrar información relevante en ellas o con qué términos de búsqueda revisar. A menos que se posea información especializada sobre derecho administrativo y el funcionamiento de estos órganos, no se encontrará la información relevante.

Por último, existe el sitio SINIA, Sistema Nacional de Información Ambiental, donde se puede encontrar información sobre el Estado del Medio Ambiente en Chile, recogiendo 109 indicadores ambientales, los que incluyen indicadores sobre calidad de aire.¹³¹ Mientras estos informes son fácilmente accesibles, en la sección sobre estudios, su disponibilidad para el público depende de crear una cuenta SINIA, para lo cual hay que rellenar un formulario. Probando el acceso, nos fue imposible crear el usuario, porque es incompatible con todos los navegadores habituales y, a pesar de rellenar la información solicitada, el formulario online arroja un error señalando que la información es incompleta, aunque se llene en forma adecuada. En síntesis, fue imposible poder acceder a los estudios recientes de la página SINIA.¹³²

En definitiva, son preocupantes, desde una perspectiva del derecho de acceso a la información, en especial la dispersión de la información ambiental y la ausencia de datos, que pareciera ir en claro aumento en los últimos meses y años (desde 2017).

3.2.2 Dificultad de comprensión de la información disponible para la ciudadanía

En cuanto a la presentación de la información y la utilidad para la toma de decisiones (por ejemplo, si las personas deben usar o no una mascarilla para prevenir la inhalación de material particulado), existe un sistema de “semáforos” en la página web www.airechile.mma.gob.cl, que permite una decisión rápida en relación a la información que está disponible en el sistema. También, especifica los riesgos para la salud que tiene una cierta calidad de aire, lo que es un elemento clave para la toma de decisiones. Sin embargo, esta herramienta solamente existe para material particulado fino. Para otros contaminantes, no nos consta que esté presente esa información, lo que limita la posibilidad

130 Última fecha de revisión: 19 de agosto de 2019.

131 El último informe data de 2018.

132 Testeado el 19 de agosto de 2019.

que las personas puedan tomar decisiones informadas en relación a la protección de su salud.

Además de una información simplificada, deberían también estar accesibles las mediciones técnicas originales, para permitir la participación informada de expertos independientes en el diseño de las políticas públicas. Esta información podría estar en formatos que no sean de acceso inmediato (por ejemplo, a través de solicitudes en las oficinas respectivas), aunque lo ideal sería que estuvieran disponibles online.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

A partir de un estudio del sistema de información ambiental en materia de calidad y contaminación de aire, a la luz de las obligaciones internacionales de derechos humanos –particularmente el derecho de acceso a la información pública, el derecho a la salud y el derecho a vivir en un medioambiente sano–, esta investigación concluye que la información existente en esta materia es insuficiente para tomar decisiones tendientes a la protección del derecho a la salud, ya sea de manera individual, o en forma de una política pública como un Plan de descontaminación. Así, se advierten falencias especialmente en relación a contaminantes no regulados con un estándar de calidad de aire, ya que no existen criterios para la medición de sustancias peligrosas para la salud tales como el arsénico, dado que esos elementos químicos no cuentan con una regulación específica. Esto significa que el Estado de Chile no tiene la información suficiente para poder tomar decisiones adecuadas sobre la protección de la población.

Además, la calidad y validez de la información disponible no es suficiente para la protección de los derechos humanos, en particular, el derecho a la salud. Así, no hay suficientes garantías sobre la calidad técnica de las mediciones y su representatividad tampoco se cumple en todas partes. Las decisiones de políticas públicas se toman en base a datos que no cuentan con la suficiente confiabilidad. Este hallazgo se basa en las debilidades existentes en la implementación del sistema de autorización de terceros de la SMA (ETFAs) y en la ausencia de un laboratorio de referencia en el país, que permita contrastar la información generada por los diversos actores que participan del sistema nacional de generación, reporte y verificación de la información sobre calidad de aire.

Aunque la información sobre contaminación se generara a tiempo, a través del monitoreo y las fiscalizaciones (ambas cuestiones que, en muchos casos, no se cumplen), los tiempos establecidos para la adopción de un plan de prevención y descontaminación son demasiado

extensos como para lograr la protección adecuada del derecho a la salud de las personas.

Por último, la información sobre contaminantes del aire solo está parcialmente disponible. La buena solución existente respecto de información simplificada para material particulado fino, no se ha aplicado aún en relación a otros contaminantes.

Sobre la base de los hallazgos presentados, se recomienda:

1. La creación, como un objetivo final, de un laboratorio de referencia en el país, de manera que se pueda garantizar la calidad de la información ambiental.
2. Además de la creación de dicho laboratorio, se debe avanzar en establecer las condiciones para un sistema independiente y transparente de verificación de la calidad de los datos generados en las estaciones de monitoreo. Esto se conseguiría si las estaciones fueran operadas por entidades debidamente autorizadas y con la certificación de los laboratorios, entre otras medidas idóneas.
3. Determinar de manera consistente, previa y transparente, cuáles son las redes de monitoreo de calidad del aire necesarias para adoptar decisiones de política pública. Este objetivo se puede lograr mediante la implementación de los PMCCA en aire.
4. Poner en línea los datos originales y simplificados necesarios para la toma de decisiones de urgencia, y hacer accesible todos los datos sobre contaminantes peligrosos o dañinos para la salud, especialmente, los regulados en tratados internacionales y por parte de la OMS.
5. Definir criterios sobre vigilancia en relación con contaminantes aún no regulados, por lo menos para áreas de riesgo.
6. Antes de la actualización de los Planes de descontaminación (cada cinco años), verificar y actualizar una línea base con metodología de calidad, ya que los informes previos a 2013 no cuentan con ninguna claridad sobre estándares aplicados.

LA INSTITUCIONALIDAD DE DERECHOS HUMANOS EN CHILE: EL INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, LA SUBSECRETARÍA DE DERECHOS HUMANOS Y LA POLÍTICA EXTERIOR CHILENA¹

1 Capítulo elaborado por Alberto Coddou Mc Manus, con la colaboración de los ayudantes Cristián Fuentes y Mariana Sandoval.

SÍNTESIS

El objetivo general del presente capítulo es someter a evaluación la institucionalidad de derechos humanos en Chile, de acuerdo con los estándares que sobre el tema se pueden derivar del derecho internacional de los derechos humanos (en adelante, DIDH). En concreto, se busca evaluar el funcionamiento de la recientemente creada Subsecretaría de Derechos Humanos (en adelante, SSDDHH), y del Instituto Nacional de Derechos Humanos (en adelante, INDH), que va a cumplir 10 años de existencia. Además, se incluye un acápite que somete a consideración el funcionamiento de nuestra institucionalidad de derechos humanos en temas de política exterior. Para ello, se utilizarán como fuentes principales los hechos acaecidos desde comienzos de 2018 y que dan cuenta de una institucionalidad de derechos humanos con algunos avances importantes, muchas carencias y grandes desafíos por delante.

PALABRAS CLAVE: Institucionalidad de derechos humanos, Instituto Nacional de Derechos Humanos, Subsecretaría de Derechos Humanos, Plan Nacional de Derechos Humanos, política exterior.

1. INTRODUCCIÓN

1.1 Una institucionalidad de derechos humanos ante el DIDH

En el DIDH, es conocida la existencia de obligaciones generales referidas a la creación de instituciones que respeten, protejan y promuevan los derechos humanos. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 2, señala que “los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”. Este tipo de cláusulas supone que los Estados partes tienen la obligación de crear instituciones que, a nivel doméstico, hagan efectivas las normas a las que libre y soberanamente se han comprometido ante la comunidad internacional.

De este modo, si bien todos los Estados partes están sujetos a los mismos estándares de derechos humanos que se derivan de un instrumento internacional, las formas de cumplir con ellos a nivel interno pueden diferir. Así, si bien este tipo de cláusulas otorga cierta flexibilidad en cuanto al modo de incorporación del DIDH, muchos autores han entendido que no basta con dar cumplimiento a la obligación de integrar las normas internacionales al ordenamiento jurídico interno, sino que se exige la existencia de una institucionalidad para hacer efectivo el DIDH.² Este capítulo busca aportar respuestas a la pregunta por el tipo de institucionalidad que cumple de mejor manera con las obligaciones que derivan del DIDH, lo que nos reconduce a la obligación general de garantía. Con respecto a esta última, que plantea la obligación de garantizar a las personas el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) ha señalado que “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

2 Alberto Coddou Mc Manus, “Deberes generales de respetar, proteger y promover derechos fundamentales”, en Pablo Contreras y Constanza Salgado, eds., *Manual sobre derechos fundamentales: Teoría general*, Santiago, LOM ediciones, 2017, pp. 373-402.

público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.”³

La obligación general de “garantizar” se subdivide en las obligaciones de prevenir, investigar y sancionar. Las dos últimas corresponden, en general, a funciones del Poder Judicial, que investiga y sanciona las violaciones a los derechos humanos. Con respecto a la primera, sin embargo, es importante recalcar que, para prevenir eventuales violaciones de derechos humanos, la existencia de una institucionalidad que pueda “organizar todo el aparato gubernamental” y “las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público” adquiere un rol primordial.⁴ Es justamente la obligación general de prevenir violaciones a los derechos humanos a lo que está abocada una institucionalidad de derechos humanos, sin perjuicio de ciertos roles que pudieran añadirse a esta institucionalidad y que se relacionan con las obligaciones de investigar y sancionar, como veremos a propósito de eventuales reformas al INDH.

En el espacio de soberanía en el que los Estados pueden libremente optar por diversas formas de implementar sus obligaciones internacionales, el estudio por la institucionalidad de derechos humanos adquiere suma importancia. De acuerdo con los Principios de París y con la Declaración y Programa de Acción de Viena, dos de los principales instrumentos internacionales dedicados al tema que nos convoca, los países deben realizar esfuerzos por coordinar las relaciones entre sus instituciones, y entre estas y la ciudadanía, con el objeto de garantizar la efectividad de los derechos humanos.⁵ En la actualidad, diversos especialistas favorecen un enfoque sistémico, que permita a los Estados el desarrollo de verdaderos sistemas nacionales de derechos humanos, con diversos actores y mecanismos de protección, y que promueva una adecuada coordinación inter-institucional y división de funciones, por ejemplo, entre la prevención, la vigilancia o fiscalización, y la implementación.⁶ De este modo, las distintas instituciones –autónomas y dependientes, generales y sectoriales, unipersonales y colegiadas, etc.– deben coordinarse, de acuerdo a sus distintas competencias, para lograr que el sistema nacional de derechos humanos se articule en su mejor versión posible, de acuerdo con el fin declarado de proteger y promover

3 Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez versus Honduras*, sentencia del 29 de julio de 1988, párr.166.

4 Anne Gallagher, “Making Human Rights Treaty Obligations A Reality: Working With New Actors And Partners”, en Phillip Alston y James Crawford, eds, *The Future of UN Human Rights Treaty Monitoring*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

5 Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Resolución 1992/54 (Principios de París)*; Conferencia Mundial de Derechos Humanos, *Declaración y Programa de Acción de Viena*, sección 15.

6 Tom Pegram y Katerina Linos, “What Works in Human Rights Institutions?”, *The American Journal of International Law*, 112(3), 2017.

los derechos humanos. En términos más amplios, las instituciones son formas de organizar los procesos de tomas de decisiones públicas, y una institucionalidad sería la particular manera que un país adopta para la distribución y coordinación de las distintas competencias que se requieren para el cumplimiento de los fines o intereses públicos, en este caso, el cumplimiento de estándares del DIDH.⁷ En el lenguaje del derecho internacional público, la creación y consolidación de arreglos institucionales robustos a nivel nacional serían una forma de honrar el principio de “efecto útil”, de modo de dar cumplimiento a la obligación general de cumplir de “buena fe” las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos.

En términos generales, podemos decir que la Constitución chilena carece de directrices que determinen la forma que habrá de adoptar la institucionalidad de derechos humanos.⁸ De acuerdo con el derecho constitucional comparado, existen diversas modalidades de consagrar las bases de una institucionalidad de derechos humanos que nos permitan cumplir, de mejor manera, con las obligaciones generales de respetarlos, protegerlos y promoverlos.⁹ Lo más importante es observar que, aun cuando la Constitución no diga nada al respecto, siempre habrá consecuencias institucionales que afectarán el modo de realizar los derechos fundamentales/humanos. Así, por ejemplo, en aquellas constituciones que contemplan un control de constitucionalidad concentrado y con efectos generales, la constitucionalización de un derecho fundamental implicará otorgar mayores poderes a la judicatura o al tribunal constitucional correspondiente.¹⁰ Sin embargo, en la práctica del derecho constitucional comparado, varias constituciones establecen las bases de instituciones o de procesos de toma de decisiones en materias de derechos fundamentales que van más allá de las garantías jurisdiccionales.

En principio, el rol de las constituciones como distribuidoras de competencias entre diferentes potestades creadoras de normas jurídicas, otorga facultades relevantes para que tanto la potestad legislativa como administrativa complementen a la Constitución en el aseguramiento de los derechos de las personas, otorgando espacios relevantes

7 Para una explicación general del enfoque institucional, véase Neil Komesar, *Imperfect Alternatives: Choosing Institutions in Law, Economics and Public Policy*, Chicago, University of Chicago Press, 1994; además, para una aplicación de este enfoque a temas de derechos humanos, véase Johana Croon, ‘Comparative Institutional Analysis, the European Court of Justice and the General Principle of Non-Discrimination—or—Alternative Tales on Equality Reasoning’, *European Law Journal*, 19, 2013.

8 Ángela Vivanco, “Institucionalidad Chilena en Derechos Humanos”, *Institucionalidad de Derechos Humanos: Desafíos para su creación e implementación*, INDH, 2016.

9 Coddou, op. cit., p. 386.

10 Neil Komesar, “The Logic of the Law and the Essence of Economics: Reflections on Forty Years in the Wilderness”, *Wisconsin Law Review*, 265 (1217), 2013.

a la innovación institucional. Más aún, en varias constituciones se establece la creación de organismos autónomos para la lucha contra la discriminación y el racismo, o la creación de comisiones nacionales de derechos humanos con diferentes atribuciones en la materia. Dejan así el rol de la judicatura en un segundo plano, y se convierten en garantes del buen funcionamiento de una institucionalidad de derechos humanos que favorece el surgimiento de remedios estructurales para abordar y prevenir violaciones generalizadas de esos derechos. El presente capítulo pretende analizar el modo en que el derecho chileno ordena algunos de sus procesos de tomas de decisiones con respecto a las obligaciones que se pueden derivar del DIDH, y para ello se requiere explicitar los criterios que nos permiten distribuir potestades entre los actores que participan de la institucionalidad de derechos humanos, entre ellos, el INDH, la SSDDHH, y el Ministerio de Relaciones Exteriores, principales organismos a ser analizados en este capítulo. En cuanto a los hechos que son materia de este estudio, se incluyen todos aquellos que tuvieron lugar hasta el 15 de agosto de 2019.

1.2 El dilema de toda institucionalidad de derechos humanos: concentración/integración o fragmentación

Una de las discusiones más controversiales sobre la institucionalidad de derechos humanos en Chile, es el dilema entre crear instituciones distintas para la protección de diferentes derechos humanos o de diversos grupos vulnerables, o concentrar las variadas funciones y ámbitos en una sola institución. En términos concretos, podríamos decir que el dilema actual se reduce a dos alternativas: fragmentar la institucionalidad creando órganos dedicados a la protección y promoción de derechos humanos de ciertos grupos desaventajados, dividiéndolos de acuerdo a ciertas áreas temáticas (por ejemplo, empresas y derechos humanos), o utilizar las capacidades instaladas que ya han desarrollado, instituciones como el INDH, entre otras. Este dilema (fragmentación o integración versus concentración) tuvo que ser abordado por las agencias de políticas públicas de diversos gobiernos europeos al momento de implementar las Directivas de Igualdad de la Unión Europea, que obligaban a la creación de órganos de igualdad y no discriminación en contextos domésticos donde ya existían instituciones nacionales de derechos humanos.¹¹ Los países europeos optaron por diversas soluciones institucionales, y hasta el momento no hay evaluaciones comparadas que establezcan cuáles son los parámetros de éxito. Sin embargo, como comentario general, podemos sostener que existe consenso en torno a

11 Consejo de la Unión Europea, *Directiva 2000/43/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico*; y *Directiva 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación*.

favorecer la fusión de organismos dedicados a la protección de los derechos humanos con aquellos abocados a la protección de la igualdad y la no discriminación.¹² En Europa, diversos actores sociales fueron escépticos de este enfoque integrador, pues muchas de las fusiones se dieron en contextos de recortes presupuestarios del gasto social, lo que generó cierta resistencia entre líderes sociales.¹³ El caso australiano, que puede ser considerado como el más exitoso en lo referido a la fusión o integración de funciones, tiene características que no son fácilmente exportables a otras regiones. En el caso chileno, este dilema se erige en el principal desafío que debiera abordar la discusión sobre una institucionalidad de derechos humanos.

Este dilema fue abordado durante la tramitación de la ley del Mecanismo Nacional de Prevención de Tortura (MNPT), que implicó pensar en el INDH como una organismo marco para crear, dentro de su institucionalidad, una suerte de “pequeño instituto dentro del INDH”, como comentó la ex directora del INDH, Lorena Fries.¹⁴ Ello implicó un desafío institucional no menor, pues obligó a considerar tanto las capacidades instaladas y la autonomía del INDH, como las obligaciones, y estándares internacionales relativos a todo MNPT y el cumplimiento de las directrices del Subcomité para la Prevención de la Tortura (SPT). En efecto, y como señaló el propio mensaje del proyecto de ley mencionado, de acuerdo a las Directrices impartidas por el Subcomité para la Prevención de la Tortura, cuando el órgano designado como mecanismo cumple otras funciones además de las previstas en el Protocolo, las tareas que desempeñe en cuanto mecanismo deben tener lugar en un departamento distinto, que cuente con su propio personal. Por ello es que se propone la realización de esta nueva función a través de un Comité de expertos y expertas que contarán, dentro de la institucionalidad del INDH, con independencia para la realización de sus funciones en la prevención de la tortura.¹⁵

Si bien otros países de la región optaron por crear una nueva institucionalidad que acogiera el MNPT, el modelo adoptado por el Estado

12 Colm O’Cinneide, “The Catalytic Potential of Equality and Human Rights Commissions”, *Journal of Poverty and Social Justice*, 4(1), 2016.

13 Tom Pegram, “Bridging the Divide: The Merger of the Irish Equality Authority and Human Rights Commission”, *Studies in Public Policy*, 29, Policy Institute, University College of Dublin, 2013.

14 Entrevista a Lorena Fries, ex directora del INDH y ex subsecretaria de Derechos Humanos, 22 de marzo de 2019. Esta discusión también se dio a propósito de la creación de la Defensoría de la Niñez. Domingo Lovera, “Institucionalidad de Derechos Humanos en Chile”, *Institucionalidad de Derechos Humanos: Desafíos para su creación e implementación*, INDH, 2016.

15 Mensaje presidencial, proyecto de ley que designa al Instituto Nacional de Derechos Humanos como el Mecanismo nacional de prevención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la Ley 21.154*, p. 5.

de Chile ha sido implementado, además, por Uruguay, Panamá, Perú, Costa Rica, México, Nicaragua y Ecuador. En efecto, como no hay un modelo único, Chile se vio beneficiado por ser el último país de la región en aprobar un MNPT y tener la ventaja de considerar la experiencia regional en materia de implementación y operatividad del mecanismo.¹⁶ Al optar por tal modelo, el Estado chileno asumió el desafío de crear un MNPT que, si bien formalmente adscrito al INDH, pudiera tener la independencia necesaria dado su carácter técnico. Para ello, el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura exige que el MNPT tenga autonomía operativa tanto en lo relativo a sus recursos como con respecto a su plan de trabajo, incluyendo las conclusiones, recomendaciones y contacto directo y confidencial con el SPT.¹⁷ Una primera cuestión compleja con respecto a la autonomía del MNPT, tuvo lugar durante el primer gobierno de Sebastián Piñera, que pretendía crear el MNPT a través de un decreto, lo que hubiera tenido la consecuencia de erosionar la autonomía requerida para este tipo de instituciones. Finalmente, la creación del MNPT a través de una ley permitió sortear este primer obstáculo.¹⁸ El cumplimiento de estos estándares va a depender de la actividad del MNPT, que podremos evaluar en futuras publicaciones.¹⁹

Entre las razones que se consideraron para incluir el MNPT en la institucionalidad del INDH se encuentran necesidades presupuestarias, cuestiones prácticas, y el deseo de resaltar el rol preventivo que también debe cumplir el MNPT. Con respecto a esta última motivación, las opiniones de expertos durante la tramitación de la ley que crea el MNPT, resaltaron las capacidades instaladas del INDH para generar fórmulas de diálogo con las autoridades y con organizaciones internacionales, evitando de esta manera que solo se produjeran reacciones ex post, y creando mecanismos de prevención de la tortura. Entre las cuestiones prácticas, se consideró la presencia en regiones del INDH, que facilita la futura expansión e instalación del MNPT en todo el territorio nacional.²⁰ En cuanto a las necesidades presupuestarias, tanto las opiniones expertas como aquellas de autoridades políticas y administrativas fueron contestes en referirse al ahorro de recursos fiscales que implicaba la adhesión del MNPT al INDH.²¹

16 Véase la opinión de Audrey Olivier, directora de la Oficina Regional para América Latina de la Asociación de Prevención contra la Tortura (APT), Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la Ley 21.154*, pp. 27-28.

17 Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, 2008.

18 Véanse las opiniones de Lorena Fries y Branislav Marelic, Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la Ley 21.154*, pp. 64-65.

19 Véanse las opiniones de Branislav Marelic, Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la Ley 21.154*, p. 32.

20 Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la Ley 21.154*, pp. 64-65.

21 Véanse las opiniones del ministro de Justicia y Derechos Humanos, Hernán Larraín, así como del diputado Sanhueza y del senador Von Muhlenbrock, Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la Ley 21.154*, pp. 225 y 235.

Los dilemas revisados nos debieran motivar a pensar en una institucionalidad de derechos humanos entendida como una política pública de largo plazo. En el contexto actual, debiéramos aprovechar de reflexionar acerca de este dilema como sucedió en Europa, donde no hubo recortes presupuestarios ni otros obstáculos financieros. En palabras de Lorena Fries, ex directora del INDH y ex subsecretaria de Derechos Humanos, “lo que está faltando es un pensamiento estratégico de la institucionalidad de derechos humanos a 20 años, que vaya progresivamente fortaleciendo lo ya existente, y aprendiendo de los errores”.²² Justamente, bajo esta perspectiva, estudiaremos la trayectoria del INDH y el estado actual de esta institución; también revisaremos el joven funcionamiento de la SSDDHH, y terminaremos con un breve análisis del impacto de la institucionalidad de derechos humanos en la política exterior chilena.

2. EL INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS

2.1 Autonomía, independencia y elección de consejeros

Las instituciones nacionales de derechos humanos (en adelante, INDHs), –definidas por Naciones Unidas como organizaciones estatales con el mandato constitucional o legislativo de promover y proteger los derechos humanos–, se han expandido rápidamente por el mundo y, actualmente, son más de 120 las que están activas.²³ Creadas para acortar la brecha que existe entre los estándares internacionales de derechos humanos y la realidad en diversos países y regiones, las INDHs pueden constituir el “eslabón perdido” que nos permita hacer que el DIDH deje de ser visto como un mero “derecho suave” (*soft law*) o como un derecho internacional que poco hace por validarse a través de su eficacia y aplicación práctica.²⁴ De acuerdo a diversos estudios empíricos, la mera creación de INDHs reduce las violaciones a la integridad física y contribuye en los procesos de ratificación de los principales tratados internacionales de derechos humanos.²⁵ En otras palabras, su sola presencia constituye un factor para prevenir violaciones a ciertos derechos humanos. En esta sección, nos ocuparemos del modo en que

22 Entrevista a Lorena Fries, ex directora del INDH y ex subsecretaria de Derechos Humanos, 22 de marzo de 2019.

23 Véase el informe del Secretario General de la ONU en el Consejo de Derechos Humanos en el 39º período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos, 10 al 28 de septiembre de 2018.

24 Tom Pegram y Katerina Linos, “What Works in Human Rights Institutions?”, *The American Journal of International Law*, 112(3), 2017.

25 Wade Cole y Francisco Ramírez, “Conditional Decoupling: Assessing the Impact of National Human Rights Institutions, 1981 to 2004”, *American Sociological Review*, 78(4), 2013.

la configuración y práctica institucional del INDH ha cumplido con los estándares internacionales que se pueden derivar del DIDH, es decir, de los tratados internacionales de derechos humanos, así como de otros instrumentos internacionales y de las recomendaciones que han emanado de diversas instancias dedicadas al tema.

Durante 2018, el INDH realizó un proceso de planificación estratégica y se definió como “la institución estatal que en forma autónoma y pluralista promueve una cultura respetuosa de los derechos humanos, monitorea el quehacer del estado en base a estándares en la materia y protege la dignidad de las personas que habitan en el territorio nacional”.²⁶ El INDH continúa en proceso de instalación y consolidación institucional, y se encuentra actualmente en etapa de expansión regional, que le permitirá tener presencia en todo el territorio nacional, cuestión que abordaremos en la sección siguiente. Este proceso de planificación estratégica permite “actualizar la Misión y los objetivos de largo plazo de la institución, con la finalidad de adaptarla a las transformaciones y nuevas demandas de la ciudadanía, así como a la complejidad que implica dirigir una entidad con presencia en todo el país.”²⁷

De acuerdo al diagnóstico realizado por las propias unidades del INDH, en conjunto con un informe entregado por una consultora externa, existen una serie de problemas institucionales: entre otros, problemas relativos a la ausencia de procesos formalizados y de planes de control, gestión y monitoreo institucional; la inexistencia de una carrera funcionaria que permita dotar de coherencia y estabilidad a la gestión del personal del INDH; la falta de un plan comunicacional externo e interno; ausencia de mecanismos de coordinación de equipos. Asimismo, presenta una serie de limitaciones que terminan afectando la labor del INDH en su rol de organismo autónomo y de carácter técnico, como aquellas relativas a la necesidad de mejorar las tecnologías de información que permitan una mejor toma de decisiones, o vinculadas al mal clima laboral entre los propios funcionarios, lo cual resulta más evidente aún entre los funcionarios de la sede central.²⁸

A pesar de estos diagnósticos, que parecen cuestionar el proceso de consolidación institucional del INDH, esta institución ha sabido desempeñar sus roles de manera transparente y, sobre todo, reconociendo las dificultades que implica ser una institución autónoma del Estado que está constantemente recordándole cuáles son sus obligaciones de

26 INDH, *Informe Anual 2018: Hitos de la Gestión*, p. 266.

27 *Ibíd.*, p. 260.

28 Véanse las actas del Consejo del INDH, sesiones extraordinarias 432 y 434.

derechos humanos.²⁹ Las cuestiones internas han sido objeto de variados debates al interior del Consejo, involucrando diversos argumentos relativos al diseño institucional, al rol del INDH y al impacto social y político de sus acciones.³⁰ En este contexto, corresponde analizar el rol del INDH y su posición como principal órgano de la institucionalidad de derechos humanos en Chile.

El INDH es un órgano independiente, cuyo mandato está formalmente definido por la ley que lo crea.³¹ Si bien la independencia no está garantizada constitucionalmente, existen diversos factores que colaboran con su autonomía, como el modo de nombramiento de sus consejeros, la estabilidad y certeza de contar con recursos financieros, el mandato legal, y otros factores institucionales que se han ido consolidando con el tiempo. Sin embargo, el hecho de que el Poder Ejecutivo pueda nombrar directamente a dos miembros del Consejo del INDH, genera algunas dudas con respecto a la garantía institucional de su independencia del gobierno de turno. En este sentido, la presencia de “representantes” del Presidente de la República en el Consejo del INDH ha generado dudas sobre el rol que puede atribuirse al INDH en la promoción del DIDH. Esto, porque algunos de ellos buscarían reforzar una interpretación estricta y exclusiva de la potestad constitucional que ostenta el presidente para conducir las relaciones internacionales, en desmedro de lo que pueda hacer el INDH en estas materias, que debiese tener la autonomía suficiente para vincularse y relacionarse con organismos e instituciones internacionales. Este problema, que se deriva del diseño institucional del INDH, sigue siendo una de las grandes deudas con los estándares contenidos en los Principios de París, según los cuales “los representantes de las administraciones solo participarán en los debates a título consultivo.”³²

Además de este problema, han surgido diversas polémicas respecto a la trayectoria en la defensa y promoción de derechos humanos que ostentan las personas que han sido propuestas como candidatos al Consejo, comprometiendo la independencia del INDH como un órgano con un mandato legalmente definido y que aspira, dentro de lo posible,

29 Como reconoce la propia directora del INDH en una de sus sesiones extraordinarias, los desafíos institucionales suponen necesariamente una planificación estratégica: “Hay que pensar que, desde el primer instituto, que recibió el primer año cerca de 1.500 millones de pesos, se tiene un INDH con un presupuesto mucho mayor, que marca la curva de crecimiento de la institución, por lo tanto, se requiere de una estructura organizacional que dé cuenta de los cambios, no sólo de hoy, no hay que pensar en hoy, hay que pensar en 5 años más, en 10 años más”. Consejo del INDH, *Acta sesión extraordinaria 434*, 23, de julio de 2018, p. 3.

30 Para esta afirmación, se tuvieron en cuenta todas las sesiones ordinarias y extraordinarias del Consejo del INDH, desde el 1 de enero de 2018 hasta el 27 de mayo de 2019. Las actas de las sesiones están disponibles en la biblioteca digital del INDH.

31 Ley 20.405, entrada en vigencia 10 de diciembre de 2009.

32 Asamblea General de la ONU, Resolución 48/134 (Principios de París), art. 1.e.

a proveer de opiniones técnicas en temas de derechos humanos. En primer lugar, la participación de las cámaras del Congreso Nacional en la elección de ciertos consejeros ha seguido la “práctica binominalizada” de los nombramientos de autoridades públicas, que supone no cuestionar el nombramiento realizado por la oposición y entregar los votos exigidos por los quórum supermayoritarios, con el objeto de respetar una suerte de acuerdo tácito de no agresión entre las principales coaliciones políticas.³³ El consejero electo por la Cámara de Diputados, durante 2019, Cristián Pertuzé, realizó una breve exposición ante la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara, sin ser evaluado o cuestionado por su trayectoria en el área, por su concepción sobre el significado de los derechos humanos en el Chile de hoy, o por su idea acerca del rol de una institucionalidad de derechos humanos. Cercano a Renovación Nacional, Pertuzé fue electo con 102 votos en la Cámara de Diputados, y viene de ser gerente de Administración y Finanzas del Centro de Información de Recursos Naturales (CIREN), cuestión que pone en duda la seriedad con que se aborda el requisito de que los consejeros cuenten con una “destacada trayectoria” en temas de derechos humanos (sin perjuicio de que puedan tenerla en otros ámbitos).³⁴

Lo mismo sucede, de acuerdo a fuentes consultadas, con la elección de otros consejeros, incluidos aquellos que deben ser elegidos por los decanos de las facultades de derecho de las universidades del Consejo de Rectores y de las universidades autónomas.³⁵ Durante el primer semestre de 2019, en una reunión que no duró más de 30 minutos, se confirmó la reelección de Sergio Micco Aguayo como consejero por este cupo, sin realizar ninguna evaluación de su trayectoria o de su especialización en materia de derechos humanos, relativas a la materia, para ejercer el cargo. Como señala un participante, en aquella reunión, los decanos de estas facultades habían optado por sus candidatos favoritos de manera previa, y en base a actividades informales de influencia. Ello, evidentemente, se aleja de lo que señalan los Principios de París, como explica un documento del ACNUDH en relación a las personas que forman parte de los órganos directivos de las INDHs:

Los miembros deben tener las calificaciones profesionales y la experiencia necesarias para desempeñar sus funciones. Los criterios de nombramiento deben ser claros y bien conocidos. Debe contarse con

33 Véase una explicación de esta práctica, a propósito del nombramiento de ministros de tribunales superiores de justicia, en Juan Enrique Vargas, “Nombramientos y promociones judiciales: ¿Es realmente la política el problema?”, en Javier Couso (ed.), *Anuario de Derecho Público*, Santiago, Universidad Diego Portales, 2014, p. 155.

34 *La Tercera*: “Cámara de diputados elige a Cristián Pertuzé como nuevo consejero del INDH”, 4 de junio de 2019.

35 Entrevista a un decano de una facultad de Derecho que participó de esta decisión, realizada el 4 de abril de 2019.

una competencia y experiencia reconocidas en la esfera de los derechos humanos y una trayectoria personal de total integridad, competencia e independencia.³⁶

Lo señalado sobre la elección de consejeros no solo se aparta del modo en que han sido interpretados los Principios de París, que articulan los principales estándares internacionales en la materia, sino que se aleja de cierto consenso al que han arribado diversos expertos con respecto a la elección de los miembros de cualquier institución –nacional, regional o internacional– destinada a promover o proteger derechos humanos. La falta de reflexión adecuada sobre el mecanismo de selección de los miembros del INDHs entra en contradicción con los lineamientos surgidos de diversos debates, como el que se produjo, por ejemplo, a propósito de la elección de los miembros de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). En efecto, distintas organizaciones de la sociedad civil, como el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, han llamado a mejorar sustantivamente el mecanismo de elección de los miembros de la CIDH, planteando la creación de un comité consultivo independiente, capaz de proporcionar evaluaciones competentes, justas e imparciales de los nominados, equivalente a los que existen para supervisar los procesos de selección en otros organismos internacionales, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Penal Internacional.³⁷ Durante 2019, se formó por quinta vez un comité de expertos para evaluar a los candidatos a la CIDH propuestos por los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA), incluyendo la realización de audiencias abiertas para que la sociedad civil pueda analizar la trayectoria de los candidatos y su visión acerca del significado y el rol de los derechos humanos a nivel regional. Esta instancia concluye con la presentación de un informe que debe ser enviado con anterioridad a la celebración de la Asamblea General de la OEA en que se realice la elección final de los comisionados.³⁸ Es importante mencionar que mediante este proceso no solo se busca que el candidato sea idóneo y que tenga conocimiento comprobado en materia de derecho internacional de los derechos humanos, sino que se visibiliza, además, la importancia de

36 ACNUDH, *Instituciones nacionales de derechos humanos: Antecedentes, principios, funciones y responsabilidades*, p. 49.

37 Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, “Expertos y expertas independientes evalúan postulantes a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, 1 de abril de 2019, Visto en: <https://www.cejil.org>.

38 El informe final de este panel fue muy crítico con el último proceso eleccionario de miembros de la CIDH, en que hubo cinco candidatos para cuatro vacantes, y en el que dos de los candidatos no cumplían con los requisitos mínimos para presentar candidaturas. Véase, Panel Independiente de Expertos y Expertas para la evaluación de candidatos y candidatas a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 5 de junio de 2019.

que los seleccionados respeten una cierta paridad de género, que sean representativos de las diversidades regionales, y que ofrezcan garantías profesionales de independencia. Esta última característica es vital para asegurar la credibilidad de instituciones de protección y promoción de los derechos humanos.³⁹

A nivel nacional, algunas organizaciones de la sociedad civil han planteado propuestas para mejorar la transparencia y publicidad de la elección de los consejeros del INDH por parte de autoridades políticas. Así, por ejemplo, la ONG llamada Comisión Chilena de Derechos Humanos ha propuesto que las comisiones de derechos humanos de la Cámara y del Senado establezcan un procedimiento que permita que la organizaciones de la sociedad civil presenten candidatos, incluyendo la posibilidad de presentaciones individuales; que fijen criterios objetivos de preselección en torno al requisito legal de que los consejeros tengan “reconocida trayectoria en el ámbito de derechos humanos” y, por último, la realización de audiencias públicas en que los candidatos preseleccionados puedan exponer ante la sala. Estas propuestas pretenden reforzar la autonomía e independencia del INDH al mejorar la evaluación de las trayectorias profesionales y personales de quienes llegan al órgano político del INDH, así como optimizar la calidad técnica de sus deliberaciones, en tanto cuerpo colegiado de un organismo autónomo e independiente del gobierno de turno.

Por otra parte, también han surgido cuestionamientos en torno al rol de las organizaciones de la sociedad civil que forman parte del registro de entidades que, además de desarrollar importantes tareas en la promoción y protección de los derechos humanos, deben elegir a cuatro consejeros del INDH. En efecto, durante 2018, se elaboró una consultoría externa para “evaluar y mejorar el registro de instituciones del INDH”, que destacó la falta de descentralización del registro, la ausencia de financiamiento de las instituciones y su funcionamiento a través del voluntariado, factores que merman la capacidad de algunas organizaciones para incidir en la agenda y ser reales aportes al INDH.⁴⁰ Por ello, diversos consejeros, de variadas sensibilidades políticas, han solicitado que este proceso electoral sea observado por el Servicio Electoral.⁴¹

A pesar de estos problemas, que generan importantes desafíos para el futuro cercano, el INDH ha demostrado, en la práctica, ser un órgano con la suficiente independencia y autonomía, tanto respecto del Estado como de quienes participan en el nombramiento de los miembros de su

39 Alejandra Vicente, *Por una representación adecuada en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, Cejil, 2017.

40 Véase acta sesión ordinaria del Consejo del INDH, N° 446, 1 de octubre de 2018.

41 *Ibid.*, pp. 2-3.

Consejo. En efecto, y más allá de los conflictos que se han producido con diversos sectores de la opinión pública, no han existido modificaciones legales que disminuyan la independencia del INDH, y el presupuesto público ha crecido anualmente y de manera constante durante gobiernos de diferente sensibilidad política, a excepción de los últimos dos años del primer mandato de Sebastián Piñera.⁴² En lo que sigue, analizaremos algunos temas que consideramos revelan el desarrollo institucional del INDH y su posición actual en la institucionalidad de derechos humanos que ha ido creando el Estado de Chile.

2.2 Madurez institucional: conflictos internos y externos

Durante 2018, y tal como consignó el INDH en su informe anual del año pasado, los temas más importantes fueron el contexto institucional y otros relativos a la contingencia que se tomaron la agenda, como los temas de infancia, mujeres, migrantes y medioambiente.⁴³ A diferencia de otros años, donde predominaron los conflictos entre el INDH y otras instituciones del Estado, el 2018 estuvo marcado por el conflicto interno que provocó la decisión del Consejo del INDH, de remover a su entonces director, Branislav Marelic.⁴⁴ Este último interpuso un recurso de protección en contra de su remoción, a comienzos de 2018, el cual fue acogido en primera instancia por la Corte de Apelaciones de Santiago. En segunda instancia, la Corte Suprema rechazó por unanimidad el recurso de protección, ratificando la “autonomía reforzada” del INDH, que constituye la principal garantía de su efectividad como órgano promotor y protector de los derechos humanos.⁴⁵

En concreto, la Corte Suprema concluyó que “la decisión de remoción del actor de su cargo de Director del Instituto Nacional de Derechos Humanos fue adoptada por su Consejo, órgano competente para hacerlo conforme a lo dispuesto en el artículo 6° del Reglamento de Funcionamiento del Instituto, en relación con el artículo 9 de sus Estatutos y los artículos 1 y 8 N° 9 de la Ley N° 20.405; el que procedió en la forma que prescribe la ley”.⁴⁶ Por otra parte, la sentencia de la Corte Suprema destacó que la conformación plural del órgano político del INDH (Consejo) se erige por sobre la labor ejecutiva y unipersonal de su director/a. La interpretación desarrollada por la Corte Suprema en este caso, contrasta con la decisión sobre la remoción, por parte del Contralor General de la República, de la subcontralora Dorothy Pérez,

42 INDH, *Informe Anual 2018*, p. 268.

43 *Ibid.*

44 La polémica fue objeto de discusión durante diversas sesiones del Consejo del INDH, durante 2018. Por ejemplo, véanse actas sesiones extraordinarias N° 410, del 27 de febrero de 2018; N° 430, del 25 de junio de 2018; y N° 439, del 13 de agosto de 2018.

45 Corte Suprema, *Branislav Marelic contra Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos*, 24 de septiembre de 2018.

46 *Ibid.*, considerando 8°.

que también marcó la agenda durante 2018. La máxima corte del país decidió acoger el recurso de protección interpuesto por Dorothy Pérez, señalando “que la separación del cargo, a diferencia de la designación en él, no queda entregada a la voluntad de quien encabeza la institución de control, pues, ante todo, se impone la necesidad de impedir la remoción en aras de garantizar la autonomía en la adopción de las decisiones que en función de sus cargos le corresponden.”⁴⁷ Como se puede apreciar, según la Corte Suprema, la autonomía de la Contraloría General de la República no depende únicamente de la voluntad de quien “encabeza la institución de control”, quien puede nombrar ciertos cargos, sino que del mandato constitucional y legal de quienes desempeñan cargos en tal institución. En otras palabras, la autonomía de aquella institución depende del respeto por el modo en que el mandato legal se ha ido concretizando en la estructura jurídica de la CGR.

En el caso del INDH, por el contrario, la Corte Suprema destacó que la autonomía del Instituto no solo depende del ejercicio adecuado de sus atribuciones legales, sino que de las deliberaciones y decisiones que se acuerden por su órgano político y de carácter colegiado, en el cual pueden existir legítimas diferencias que deben resolverse a través de un cauce institucional. Como se reconoce en diversas actas de las sesiones del propio Consejo, este estamento tiene la calidad de “órgano de dirección superior”.⁴⁸ Si bien existen algunos reparos al modo en que se llevó a cabo la remoción del ex director del INDH, en especial cuando se aplica un estándar robusto de “debido proceso”, no queda duda que las preguntas sobre la independencia y autonomía del INDH dependen de variables relacionadas con el diseño institucional del mismo.

A pesar del respaldo que la Corte Suprema otorgó a la decisión del Consejo del INDH, diversas organizaciones de la sociedad civil reclamaron por la remoción de Marelic ante la Alianza Global de Instituciones Nacionales de Derechos Humanos (GANHRI), alegando violaciones al debido proceso, “mermando la imagen y el prestigio internacional que el INDH pudo haber ganado en años anteriores”.⁴⁹ En mayo de 2018, el subcomité de acreditación de GANHRI decidió iniciar una revisión especial de la clase de acreditación del INDH, en base a las alegaciones anteriores. En octubre de 2018, sin embargo,

47 Corte Suprema, *Dorothy Pérez contra Contraloría General de la República*, 30 de noviembre del 2018, considerando N°12.

48 Véase acta sesión extraordinaria n° 434, 23 de julio de 2018.

49 En concreto, las alegaciones se fundaron en que “en la remoción participaron consejeros designados por el Parlamento y Presidencia de la República, lo cual transgrede la normativa internacional de INDH sobre el rol consultivo no vinculante de los consejeros designados por el Gobierno”. Pauta. cl: “La denuncia internacional que acecha al INDH”. Miércoles 18 de abril de 2018.

se ratificó que el INDH fue calificado con la acreditación “clase A”, que se otorga a aquellas instituciones que cumplen a cabalidad con los Principios de París.⁵⁰ En términos generales, y a pesar de las polémicas que se generaron por la remoción del ex director Marelic, el INDH logró sortear el proceso de acreditación, recibiendo la máxima calificación posible. Este conflicto, que puso en evidencia la capacidad del INDH de sortear su primera gran crisis institucional interna, nos permite entender el éxito del camino recorrido, hasta hoy, por esta joven institución.

Al límite de la fecha de cierre de la edición de este *Informe*, dos sentencias de las cortes de apelaciones de Iquique y Arica, en las que se rechazaron recursos de amparo presentados por el INDH en favor de ciudadanos venezolanos, produjeron un nuevo conflicto y motivaron diversas acusaciones por parte de parlamentarios y otras autoridades en contra de la institución. En uno de los fallos mencionados se alude a supuestas irregularidades que habrían cometido funcionarios del INDH para facilitar el ingreso de venezolanos al país.⁵¹ Según informaciones de prensa, ello habría generado un conflicto que terminó con salida de la consejera Consuelo Contreras de la dirección del INDH. Por su parte, el lunes 29 de julio de 2019, el Consejo del INDH nombra a Sergio Micco como nuevo director. Aunque la elección de nuevo director estaba contemplada para finales de julio de 2019, la consejera Contreras decidió no repostularse al cargo, dando paso a una elección entre dos candidatos, Yerko Ljubetic y Sergio Micco, en la que resultó electo este último.⁵²

En uno de los casos señalados en el párrafo anterior, la Corte de Apelaciones de Iquique señaló que funcionarios de la Policía de Investigaciones (PDI) habrían rechazado en la frontera el ingreso de 20 ciudadanos venezolanos a territorio nacional, aun cuando muchos de estos habrían solicitado refugio.⁵³ La posición del INDH era que la PDI no inició el procedimiento de asilo, vulnerando el principio de no

50 De acuerdo con el Subcomité de Acreditación del Comité Internacional de Coordinación, las instituciones de clase o *categoría A* “pueden participar plenamente en las actividades regionales e internacionales y en las reuniones de instituciones nacionales como miembros votantes y pueden ocupar cargos en la Mesa del Comité Internacional de Coordinación o en cualquier subcomité que esta establezca. También pueden participar en los períodos de sesiones del Consejo de Derechos Humanos y pueden hacer uso de la palabra en relación con cualquier tema del programa, presentar documentación y ocupar un asiento específico.” ACNUDH, *Instituciones nacionales de derechos humanos: Antecedentes, principios, funciones y responsabilidades*, p. 53.

51 Biobío Chile: “Corte acusa al INDH de manipular ingreso de venezolanos a Chile desde Bolivia y Perú”. 12 de julio de 2019.

52 El Mostrador: “Sergio Micco es el nuevo director del INDH y oposición acusa ‘operación’ de Piñera”, 29 de julio de 2019.

53 Corte de Apelaciones de Iquique, *Instituto Nacional de Derechos Humanos contra Policía de Investigaciones de Chile*, 5 de julio de 2019.

devolución, entre otros derechos comprometidos. Ante este escenario adverso, funcionarios del INDH habrían recomendado a los ciudadanos venezolanos que solicitaran “asilo” en vez de pedir ingreso como “turistas”, para poder hacer ingreso al país. En virtud de lo anterior, la Corte determinó que el INDH usó sus facultades de manera irregular, “tendiente a encuadrar las circunstancias como si fueran constitutivas a una petición de asilo”.⁵⁴ En otro caso, la Corte de Apelaciones de Arica rechazó una acción constitucional de amparo interpuesta en favor de un militar venezolano desertor, a quien la misma PDI habría negado su entrada como turista al territorio nacional, en circunstancias que alegaba tener estatus de refugiado.⁵⁵ La Corte estimó que no era posible comprobar que el ciudadano venezolano hubiera efectuado la solicitud de refugio, por lo que no se le podía atribuir ilegalidad o arbitrariedad al actuar de la PDI.

El nuevo director del INDH, Sergio Micco, respaldó el actuar del INDH en los eventos relacionados con la crisis migratoria venezolana que ha tenido lugar en la frontera norte de Chile, señalando que en temas migratorios las decisiones del Consejo han tendido al consenso.⁵⁶ De acuerdo con una declaración emitida por el Consejo del INDH, con fecha 1 de julio, se instó al Estado a garantizar el ejercicio del derecho a refugio.⁵⁷ Esta declaración se sustenta en un exhaustivo trabajo de funcionarios del INDH que entrevistaron a cientos de personas y que constataron los problemas que habían enfrentado ciudadanos venezolanos al tomar contacto con funcionarios de la PDI, que en muchos casos habría terminado por restringir o afectar de manera injustificada el ejercicio del derecho a refugio. Los funcionarios del INDH encontraron fundamentos para “encuadrar” esos hechos bajo la calificación jurídica de la definición de una persona refugiada, después de una actividad destinada a recopilar información en terreno. Por lo tanto, y más allá del cambio en la dirección del INDH, ligado a estos sucesos, se aprecia un respaldo al actuar funcionario en relación al tema, desmintiendo cualquier situación de abuso de las facultades legales que competen al INDH.

Recapitulando, a partir de estos dos fallos, surgieron diversas acusaciones contra la ex directora del INDH, Consuelo Contreras, que sugerían que el Instituto estaba abusando de sus atribuciones en la protección y promoción de los derechos de personas migrantes.⁵⁸ Dos

54 *Ibíd.*, considerando 5º.

55 Corte de Apelaciones de Arica, *Policía de Investigaciones de Chile*, 28 de junio de 2019.

56 CNN Chile: “Entrevista al Director del INDH, Sergio Micco”. 1 de agosto de 2019.

57 INDH: “Declaración Consejo ante Situación de Venezolanos/as en las Fronteras”. 1 de julio de 2019.

58 El Mostrador: “Crisis migratoria pone al INDH en la mira de la derecha”. 19 de julio de 2019.

diputadas ingresaron un proyecto de acuerdo a la Cámara para solicitar la remoción de Contreras como consejera, además de acusar que el INDH está poniendo a los “migrantes primero, el resto a la fila”.⁵⁹ Estos cuestionamientos, principalmente provenientes de autoridades de gobierno o representantes del Congreso, son comunes en la agenda política, y dan cuenta de la incomodidad que genera el rol del INDH en los agentes de poder.⁶⁰ El INDH ha sido muy activo en materia migratoria, solicitando el cumplimiento de los compromisos internacionales de derechos humanos, sobre todo en casos de solicitudes de refugio o asilo, y en situaciones donde pueden existir crisis humanitarias que ponen en peligro a las personas. Es importante recordar que tanto la agenda como las formas de intervención del INDH son discutidas y aprobadas por su Consejo, de modo que el rol del director siempre supone una orientación del órgano colegiado y el debido apoyo del cuerpo funcionario del INDH.

Lo analizado en esta sección nos llama a cuidar esta institución y a estar alertas ante nuevos ataques que puedan comprometer su autonomía, que cuestionan tanto el diseño institucional como la práctica del INDH.⁶¹ Del mismo modo, es un llamado a reforzar su mandato legal de promover y proteger los derechos humanos, orientándose por aquellos compromisos que libre y soberanamente Chile ha decidido contraer con la comunidad internacional de derechos humanos. En la medida en que el INDH pueda incluir diversas opiniones sobre el modo de proteger y promover los derechos humanos en Chile, debidamente apoyados por una planta funcionaria con cada vez mayores y mejores competencias, el grado de compromiso del Estado de Chile con los derechos humanos irá mejorando.

2.3 Presencia regional del INDH e imagen ante la opinión pública

Uno de los hitos más importantes durante 2018 y lo que va del presente año, lo constituye la presencia en regiones del INDH, cubriendo

59 Véanse, por ejemplo, las publicaciones de *twitter* de la diputada Paulina Flores, quien ha liderado una suerte de “cruzada” en contra del rol del INDH.

60 En efecto, en diversas ocasiones, y producto de acciones del INDH, congresistas u otras figuras públicas de “Chile Vamos” han pedido la reforma del INDH, por ejemplo, para incorporar a Carabineros, PDI y Gendarmería en su Consejo. Incluso, como señaló José Antonio Kast, han prometido cerrar el INDH de tener poder para hacerlo. Véase, por ejemplo, La Tercera: “UDI pide patrocinio del gobierno para reformar el INDH”: 6 de abril de 2019.

61 Véanse, por ejemplo, algunos cuestionamientos realizados por quienes ahora ocupan cargos de ministros de Estado. Eldinamo.cl: “Manuel José Ossandón y Alberto Espina se van en picada contra el INDH y Twitter les responde”, 23 de enero de 2016; Cooperativa: “Chadwick instó a Lorena Fries a no comportarse como dirigente de ONG”, 15 de diciembre de 2011. En este contexto, también resultan preocupantes ciertas opiniones de figuras públicas que han propiciado condiciones que permiten ataques al INDH, incluyendo, en algunos casos, amenazas de muerte en contra de sus consejeros: INDH: “INDH respalda a consejeros ante amenazas”, 31 de julio de 2019.

casi la totalidad del territorio nacional. Uno de los desafíos relevantes de las sedes regionales del INDH consiste en la autonomía funcional que pudieran tener para actuar de manera rápida y eficaz en la protección de derechos humanos con un carácter marcadamente local.⁶² Si bien los liderazgos de los jefes regionales del INDH son un factor importante, existe una necesidad de aclarar cómo las oficinas regionales pueden priorizar ciertos temas en la agenda que exigen un enfoque local, como sucede con conflictos ambientales o reclamos de pueblos indígenas, que no pueden abordarse sin un conocimiento del contexto particular. La obligación constitucional de descentralizar la función de los órganos del Estado, de modo que no existan casos de abandono institucional, supone desafíos importantes para el INDH, que comenzó un proceso de regionalización de manera autónoma, a tal punto que durante el presente año tendrá presencia en todas las regiones.

En materia de acciones judiciales, las oficinas regionales operan con un carácter funcionalmente autónomo con respecto a la dirección nacional, ejercida desde Santiago, pero deben actuar en acuerdo con la Unidad Jurídica y Judicial, y siempre siguiendo las directrices del Consejo del INDH. Existe un mayor grado de autonomía funcional con respecto a requerimientos administrativos, especialmente en relación al monitoreo de las condiciones carcelarias en cada región, una labor fundamental que realizan las sedes de regiones. De acuerdo a diversos jefes regionales, sin embargo, la capacidad institucional de esas sedes no se condice con los desafíos que enfrentan, pues muchas regiones tienen zonas aisladas a las que cuesta mucho llegar y que exigen un trabajo en terreno mucho más detallado, sobre todo en la zona sur del país. Por otra parte, existen ciertos reparos con respecto a temas locales que no son suficientemente abordados por el informe anual, y que podrían ameritar una suerte de informe regional de derechos humanos para levantar una agenda que pueda comprometer a actores locales, como municipalidades, gobernaciones, y sociedad civil.⁶³

Por otra parte, y siguiendo con los temas institucionales, de acuerdo con la Encuesta Nacional de Derechos Humanos 2018, la imagen del INDH, para una mayoría de los encuestados, es la de una institución que “protege los derechos humanos de todas las personas en Chile” y que “defiende a todas las personas”.⁶⁴ Si bien la encuesta referida fue encargada por el propio INDH, lo que sugiere cierto sesgo, esta imagen cuestiona ciertas críticas que ven al INDH como una institución partidaria (“reducto de cierta izquierda que busca intereses propios”),

62 Entrevista con un director regional del INDH, realizada el día 25 de marzo de 2019.

63 *Ibíd.*

64 INDH, Encuesta Nacional de Derechos Humanos, ante la pregunta “Cuando escucha Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH), ¿Qué ideas se le vienen a la mente?” (respuesta múltiple y espontánea).

facciosa, o como una institución que no logra generar legitimidad en un sector amplio de la sociedad.⁶⁵ Por su parte, en cuanto al posicionamiento del INDH ante la opinión pública, y frente a la pregunta “si sus derechos humanos fueran vulnerados, ¿a qué institución recurriría primero?”, la primera institución es Carabineros, seguida por el INDH y el Poder Judicial. Lo llamativo no es tanto que Carabineros sea la primera institución, sino que el INDH, que carece de atribuciones de recibir denuncias o reclamos individuales y es un organismo relativamente nuevo, aparezca sobre los tribunales de justicia. Esto último nos motiva a estudiar más en detalle el modo en que el INDH, en tanto institución autónoma, ha hecho uso de sus atribuciones legales, y de los desafíos que se proyectan para su futuro.

2.4 Las atribuciones del INDH: ¿transición hacia un modelo ombudsman?

La composición y el mandato legal del INDH nos permiten calificarlo como perteneciente al modelo “comisión”, considerando el carácter colegiado de su órgano político, y la carencia de atribuciones investigativas, en especial, la imposibilidad de recibir y tramitar denuncias individuales o colectivas por violaciones a los derechos humanos.⁶⁶ Para otras clasificaciones, el INDH sigue, en efecto, un modelo de “instituto”, al ser un órgano político de carácter plural, que representa una diversidad de visiones y experiencias, orienta el actuar de una planta funcionaria permanente y de carácter profesional, que usualmente no tiene facultades de recibir denuncias de particulares.⁶⁷ El INDH, de todos modos, tiene la capacidad de actuar como sujeto procesal e iniciar las acciones judiciales que estime convenientes para el cumplimiento de su mandato, lo que lo aleja de un modelo de “comisión” meramente consultiva o centrada en acciones de promoción.

Actualmente, existe cierta presión para que el INDH transite hacia un modelo *ombudsman*, considerando las grandes expectativas que genera su rol en la protección de los intereses de grupos desaventajados, especialmente en un contexto de baja legitimidad de las instituciones relacionadas con la protección de los derechos de las personas, así como con los problemas de acceso a la justicia, sean de carácter judicial, administrativo o constitucional. La presencia regional del INDH, y su involucramiento en conflictos de carácter local, aumenta aún más las

65 Para visiones críticas sobre el INDH, atribuyéndole ser una “institución de izquierdistas”, véase El Líbero. cl: “Rosario Moreno: INDH: ¿Se justifica tal como funciona hoy?”, 5 de diciembre de 2018; El Líbero.cl: “Luis Larrain, Bolsonaro y la Incredulidad Progresista”, 11 de octubre de 2018.

66 Pegram y Linos, op. cit., p. 634.

67 ACNUDH, *Instituciones nacionales de derechos humanos: Antecedentes, principios, funciones y responsabilidades*, pp. 21-22.

expectativas que pudieran surgir con respecto a su papel como protector de los derechos humanos, ya que, como vimos, se encuentra mejor posicionado ante la opinión pública que los tribunales en esta materia.

En América Latina, la mayoría de las INDHs fueron creadas con anterioridad a la aprobación los Principios de París, principal instrumento del DIDH que contiene los estándares a cumplir por toda INDHs que pretenda merecer tal calificación. Este dato cronológico sugiere que las INDHs de América Latina siguieron el modelo iberoamericano, que era el más influyente hasta ese entonces, y que suponía la creación de instituciones autónomas del poder estatal y con capacidades investigativas fuertes o robustas, ya sea como receptoras de denuncias o como sujetos procesales con capacidad de litigar en contra de otros poderes del Estado. El caso chileno es relativamente tardío, y su opción por asignarle funciones de promoción se explica, en parte, porque su creación se realizó con posterioridad a los Principios de París, que minimizaron la importancia de las funciones investigativas o protectoras.⁶⁸ Otros autores han agregado que la existencia de una institucionalidad relativamente robusta en Chile puede explicar que, al momento de su creación, se optó por dejar al INDH como una institución promotora.⁶⁹

Las atribuciones investigativas no constituyen, en estricto rigor, un requisito exigido por los Principios de París, pero han sido descritas como cruciales por la literatura que evalúa la efectividad de las INDHs.⁷⁰ En Chile, diversos expertos recomiendan que el INDH debiera transitar hacia un arreglo institucional más parecido a un Defensor del Pueblo (modelo *ombudsman*), que incluya fuertes capacidades investigativas, inclusive la resolución de reclamos individuales.⁷¹ Sin embargo, no existe claridad ni algún estudio que adelante los posibles riesgos que ello implicaría para el INDH, como las capacidades institucionales que se requerirían, o la pérdida de una mirada estratégica y selectiva para definir prioridades en temas de derechos humanos.⁷² Ello podría implicar, por ejemplo, la falta de poder para definir y combatir los problemas estructurales que más afectan los derechos humanos de la población interesada, o los derechos humanos que exigen una mirada más detallada para su protección. Sin embargo, cuando las INDHs

68 Tom Pegram y Katerina Linos, "The Language of Compromise in International agreements", *International Organization*, 70(3), 2016.

69 José Francisco García y Sergio Verdugo, "Radiografía al instituto nacional de DD.HH: entre la política y el derecho", *Revista Actualidad Jurídica*, 26, 2012.

70 Wade Cole y Francisco Ramírez, "Conditional Decoupling: Assessing the Impact of National Human Rights Institutions", *American Sociological Review*, 78(4), 2013.

71 Ximena Gauche, "El caso del Instituto Nacional de Derechos Humanos", en INDH, *Institucionalidad de Derechos Humanos: Desafíos para su creación e implementación*, 2016.

72 Richard Carver, "Assessing the Effectiveness of National Human Rights", *International Council on Human Rights*, 2005.

pueden de oficio iniciar investigaciones o denuncias en casos individuales, a diferencia del rol meramente reactivo de la judicatura, ello ha sido considerado como un factor importante en la protección de derechos. De acuerdo a Pegram y Linos, si el INDH incorporara facultades de investigación, su efectividad como institución protectora mejoraría sustancialmente, considerando un análisis comparado.⁷³

En sus primeros años de existencia, la labor más importante del INDH, a ojos de la opinión pública, ha sido su trabajo en la promoción de derechos humanos, generando y diseminando información, y actuando como un actor relevante en temas de interés público, ya sea frente a otros poderes públicos (por ejemplo, actuando en el proceso de formación de leyes), o ante la ciudadanía (por ejemplo, en conferencias de prensa con ocasión de hechos relevantes). Un claro ejemplo de ello fue la labor del INDH durante las polémicas desatadas por el denominado *caso Catrillanca* (abordado en detalle en otro capítulo de este *Informe*), en que funcionarios de Carabineros mataron a un joven comunero mapuche durante un operativo policial en la región de la Araucanía. En efecto, para los familiares y amigos de la víctima, la presencia y el rol del INDH fueron fundamentales para abordar los problemas políticos que desató el asesinato del joven comunero, al tener legitimidad para actuar tanto antes las víctimas como ante otras instituciones con competencia en un caso de complejidad mayor.⁷⁴ Del mismo modo, el rol simbólico que pudiera jugar el INDH ante la opinión pública tampoco ha impedido que haga uso de sus atribuciones legales cuando lo ha estimado conveniente, como veremos a propósito del ejercicio de acciones judiciales.

2.5 El rol consultivo del INDH y su participación en el proceso de formación de las leyes

Entre las atribuciones consultivas del INDH, destaca la elaboración de un informe anual sobre la situación de los derechos humanos en Chile, que elabora el Departamento de Estudios del INDH, cuyo borrador es presentado por la directora al Consejo y debe ser aprobado por los dos tercios de sus consejeros en ejercicio.⁷⁵ El informe anual realizado por el INDH constituye un aporte fundamental al levantar datos que otras entidades no tienen la posibilidad de producir. El INDH, en este sentido, tiene atribuciones para requerir o solicitar información a organismos públicos y propone recomendaciones en cada una de las

73 Tom Pegram y Katerina Linos, "What Works in Human Rights Institutions?", *The American Journal of International Law*, 112(3), 2017, p. 663.

74 Esto fue reconocido por el diputado Miguel Crispi durante la tramitación legislativa de la creación del MNPT. Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la Ley 21.154*, p. 235, discusión en sala.

75 Artículo 9 N° 5, Ley 20.405.

materias que se tratan en las respectivas versiones del informe. Uno de los aspectos fundamentales del proceso de elaboración del informe es el grado de discusión que se produce respecto a la estructura y los contenidos del mismo, así como de sus recomendaciones.⁷⁶ La discusión al interior de las sesiones del Consejo del INDH es intensa y se deja constancia de los disensos y opiniones discordantes, en especial en lo referido a las recomendaciones. Además del informe, el Consejo del INDH realiza diversas sesiones en las que se discute tanto de coyuntura nacional como sobre intrincados aspectos técnicos respecto al rol de los derechos humanos en las sociedades modernas. A ratos, las actas de las sesiones ordinarias y extraordinarias representan una rica fuente de discusiones, tanto políticas como técnicas, acerca de la posición y función de los derechos humanos en el Chile de hoy.⁷⁷ A ello se agrega el rol del Consejo Consultivo, que muchas veces sesiona en conjunto con el Consejo y que contribuye con visiones más frescas de la sociedad civil y de la academia, convirtiéndose en aportes significativos para fortalecer el rol del INDH.⁷⁸ En general, podemos señalar que las opiniones del INDH vienen respaldadas tanto por una intensa discusión al interior del Consejo, como por el trabajo de sus equipos técnicos. A ello se suma la retroalimentación del Consejo Consultivo, aunque quedan dudas con respecto a la fluidez de la comunicación entre este último y el INDH.

Otra de las funciones centrales del INDH, enmarcada en sus funciones consultivas, es ofrecer su opinión durante el proceso de formación de leyes que puedan afectar derechos humanos o que tengan algún rol en la promoción y protección de los mismos. Lo interesante de estas funciones es que se pueden ejercer de oficio, sin necesidad de esperar requerimientos o solicitudes de órganos del Estado. La participación del INDH, en particular en las comisiones permanentes de ambas cámaras, permite mejorar el debate legislativo, contribuyendo con argumentos técnicos que pudieran mejorar un proyecto de ley y compatibilizar su contenido con los estándares internacionales de derechos humanos. Las minutas o informes legislativos que el INDH remite al Congreso requieren previa aprobación del Consejo, cuyos miembros discuten de manera muy activa acerca de sus detalles y

76 Véase, por ejemplo, la sesión ordinaria 450 del Consejo del INDH, del 29 de octubre de 2018, durante la cual se discutió la propuesta del Informe Anual 2018.

77 Véase, por ejemplo, la sesión extraordinaria 477 del Consejo del INDH, del 29 de abril de 2019, en que se realizó una sesión temática, en conjunto con diversos profesores de derecho internacional público, acerca de la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico interno y las obligaciones emanadas para el Estado de Chile.

78 Véase, por ejemplo, la sesión extraordinaria 459 del Consejo del INDH, en conjunto con diversos miembros del Consejo Consultivo, de fecha 4 de diciembre de 2018, en que se discutió sobre una propuesta de diálogo del INDH con los pueblos indígenas.

fundamentos, otorgando un mayor grado de legitimidad técnica a la opinión del INDH.⁷⁹

Durante los últimos años, el INDH ha participado en la tramitación legislativa de diversos proyectos de ley. Por ejemplo, en el proyecto relativo al derecho de las mujeres a una vida libre de violencia,⁸⁰ el que establece la libertad condicional para los penados,⁸¹ el que determina normas de reconocimiento y protección de los derechos fundamentales de las personas con enfermedad o discapacidad mental,⁸² o el que modifica la tipificación del delito de tortura, eleva sustancialmente su penalidad y establece su imprescriptibilidad.⁸³ Evaluar la incidencia de la participación del INDH en el proceso de formación de las leyes supone determinar el grado de influencia que los informes elaborados por el INDH puedan tener en la deliberación política. En los ejemplos referidos más arriba, los informes del INDH no parecen haber tenido mayor influencia, si se tiene en cuenta la casi nula referencia dentro del debate legislativo, ya sea en las comisiones o en sala, a los informes enviados por el INDH, a excepción de ciertos casos puntuales.

2.6 El INDH y el derecho internacional de los derechos humanos

En torno a esta función, debemos recordar que el INDH ha definido, de acuerdo con su propia visión estratégica, que se trata de una institución articulada “entre la Comunidad Internacional, el Estado y la Sociedad Civil”. En una era de profundos retrocesos en torno al compromiso con la democracia a nivel mundial, y de marcado escepticismo ante el rol pacificador y reparador que pueda tener el DIDH, este “eje articulador” se vuelve fundamental. En efecto, al intentar ser el “eslabón perdido” para hacer realidad las variadas promesas que contiene el DIDH, las INDHs pretenden implementar políticas y programas con anuencia tanto de los Estados como de la sociedad civil. En medio de esa tensión entre cambio y evolución, y atravesados por conflictos que pudieran producirse entre los intereses estatales y aquellos de la comunidad internacional, las INDHs buscan que los Estados se puedan comprometer a ciertos estándares mínimamente exigibles por un mínimo común, derivado principalmente de los tratados internacionales de derechos humanos. En este escenario, la labor de promoción del DIDH a nivel doméstico ha sido históricamente una función crucial

79 Véase, por ejemplo, el acta de la sesión ordinaria del Consejo del INDH, N° 415, de fecha 26 de marzo de 2018, durante la cual se discutieron las minutas legislativas sobre el proyecto de ley de “Derechos Lingüísticos de los Pueblos Originarios de Chile”, y del proyecto de ley sobre “Reconocimiento Formal al Pueblo Tribal Afrodescendiente Chileno”.

80 Biblioteca del Congreso Nacional, boletín 11077-07.

81 Biblioteca del Congreso Nacional, boletín 10.696-07.

82 Biblioteca del Congreso Nacional, boletines 10.755-11 y 10.563-11 refundidos.

83 Biblioteca del Congreso Nacional, boletín 9589-17.

del INDH, no solo por el carácter orientador que se deriva de la normativa internacional en la materia, sino por la posibilidad de articular redes y diálogos internacionales distintos de aquellos desarrollados por el Estado en su calidad de principal sujeto activo/pasivo de derecho internacional.

En tanto organismo estatal independiente, el Consejo del INDH debe “hacer seguimiento a las recomendaciones y/u observaciones particulares realizadas al Estado de Chile por los organismos convencionales y por otras instancias de Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos, en materia de derechos humanos”. El reglamento que establece esta atribución fue aprobado por la ex directora del INDH, Lorena Frías, en una resolución exenta, “en virtud de la lógica de un organismo independiente, sin injerencia de uno de los poderes del Estado.”⁸⁴ En ejercicio de estas atribuciones o potestades reglamentarias, que concretan el mandato legal del INDH, esta institución ha mantenido un monitoreo y evaluación permanente de la implementación de sentencias y recomendaciones, no obstante carecer de atribuciones jurídicas para hacer cumplir las medidas cautelares o sentencias de tribunales internacionales o de órganos del sistema universal o interamericano de derechos humanos.

Durante 2018, la actividad internacional del INDH estuvo marcada por su permanente participación en el sistema universal de derechos humanos, principalmente, a través del envío de informes alternativos ante diversos órganos de tratado. Del mismo modo, presentó un informe de carácter general, de gran valor sintético, ante el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en el marco del Examen Periódico Universal de Chile.⁸⁵ Con respecto al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el INDH sigue aplicando un convenio de colaboración con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con el objeto de enviar toda la información disponible y las evaluaciones realizadas por el INDH con respecto al grado de cumplimiento de las obligaciones internacionales libremente asumidas por el Estado de Chile.⁸⁶

Por último, es importante destacar la incansable labor del INDH en recordarle al Estado, de manera casi insidiosa, la necesidad de firmar o ratificar los tratados internacionales de derechos humanos que se encuentran pendientes y que permitan la plena incorporación del Estado chileno al sistema universal e interamericano de derechos humanos.

84 Judith Schönteiner y Javier Couso, “La implementación de las decisiones de los órganos del sistema interamericano de Derechos Humanos en Chile: Ensayo de un balance”, *Revista de derecho (Coquimbo)*, 22(2), 2015, p. 331.

85 INDH, *Examen Periódico Universal de Chile: Informe Complementario*, sesión 32.

86 Acuerdo de Cooperación entre la Secretaría General de la OEA y el INDH, 2018. Visto en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/acuerdos.asp>.

A pesar de ello, hemos podido notar algunas omisiones. Por ejemplo, en el último informe complementario que el INDH envió al Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, no mencionó la necesidad de que el Estado ratifique el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, una de las demandas históricas de diversas organizaciones sociales feministas.⁸⁷

2.7 INDH como sujeto activo legitimado procesalmente para actuar en tribunales

En los últimos años, el rol del INDH como sujeto legitimado procesalmente para actuar en tribunales ha ido en aumento de manera significativa. Como dijimos antes, el INDH no tiene atribuciones legales para recibir denuncias o reclamos individuales, pero gran parte de su rol como sujeto legitimado para intervenir jurídica y judicialmente deriva de la gran cantidad de solicitudes de atención que recibe, o de la gran demanda por asistencia jurídica que existe en nuestro país. Entendido como parte de sus funciones de protección, los poderes del INDH para presentar acciones judiciales, en el ámbito de su competencia, se han constituido en una labor fundamental.⁸⁸ Si bien el artículo 3 de la Ley 20.405 solo hace referencia a la posibilidad de “deducir querrela respecto de hechos que revistan carácter de crímenes de genocidio, de lesa humanidad, tortura, desaparición forzada, tráfico ilícito de migrantes o trata de personas”, y presentar recursos constitucionales de amparo y protección, la interpretación de estas facultades siempre se ha realizado a la luz del mandato general del INDH de promover y proteger los derechos humanos, siguiendo los Principios de París. En efecto, a través de su Unidad Jurídica y Judicial, el INDH ha interpuesto múltiples acciones judiciales, con una buena tasa de victorias. Sin embargo, el importante rol que juega el INDH en la opinión pública, y su ambicioso programa de descentralización y de expansión del “trabajo en terreno”, pueden parecer problemáticos si no se acompañan de mayores atribuciones en esta materia, o si no se le otorgan los recursos económicos suficientes para fortalecer su rol como sujeto procesal activo. En efecto, las crecientes expectativas normativas que ha generado el INDH pueden contrastar con la falta de atribuciones de conocer y decidir con respecto a reclamos o denuncias individuales, o con el limitado rango de delitos o crímenes que puede perseguirse en cortes de justicia.

87 INDH, *Informe Complementario al Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer*, enero de 2018.

88 Raúl Letelier Wartenberg, “El Instituto Nacional de Derechos Humanos y la gestión de su auctoritas”, en Javier Couso, ed., *Anuario de derecho público*, Santiago, Universidad Diego Portales, 2011.

A pesar de que el INDH no puede recibir reclamos o denuncias, la propia institución ha interpretado sus atribuciones de modo que los canales con la ciudadanía se mantengan siempre abiertos. Con este propósito, en 2015 se creó una Unidad de atención y colaboración con la ciudadanía, que intentó dar respuestas a las diferentes solicitudes, de modo que no todas ellas derivan necesariamente en acciones judiciales.⁸⁹ En abril de 2019, esta unidad dejó de existir y su estructura pasó a formar parte de la Unidad Jurídica y Judicial, la que ha desarrollado una destacada trayectoria, iniciando acciones en diversas áreas, de acuerdo con los criterios y directrices ordenados por el Consejo. Esta rearticulación institucional nos dice mucho acerca del modo en que las solicitudes de atención o asistencia, que realizan las personas que recurren al INDH por su función de protección de derechos humanos, se transforman en potenciales formas de intervención jurídica y/o judicial. De algún modo, el INDH ha sabido lidiar con estas solicitudes y dar respuestas institucionales con las atribuciones legales que posee.

La mencionada Unidad ha aumentado de manera significativa la litigiosidad en diversas líneas de trabajo ya consolidadas, como en casos de delitos de tortura, y en amparos en establecimientos penitenciarios, en temas de violencia policial, y de desaparición forzada. La expansión regional del INDH explica en gran medida el aumento de acciones judiciales presentadas, generando un punto de inflexión durante el período 2017-2018.⁹⁰ Con respecto al delito de torturas, se han presentado 260 querellas por torturas, apremios ilegítimos u otras vejaciones injustas entre 2010 y 2019, obteniendo sentencias favorables (condenatorias) en un 31% del total de causas terminadas, lo que definitivamente constituye un éxito para cualquier entidad con este tipo de poderes. En casos de violencia carcelaria, se han presentado 73 acciones constitucionales de amparo entre 2010 y 2018, obteniendo un resultado favorable en un 63% de las causas. En relación a temas de violencia policial entre 2010 y 2018, el INDH ha presentado 56 acciones constitucionales de amparo, con un resultado favorable en 27 causas (48%), con una especial efectividad en casos de violencia contra niños, niñas y adolescentes mapuche (70,8% de efectividad). En otros casos, el INDH ha intervenido judicialmente, previa aprobación del Consejo, en 19 ocasiones, con una importante efectividad (de las 8 causas terminadas en estos casos, hay 6 que han finalizado con una condena penal).

89 Entrevista a Rodrigo Bustos, director de la Unidad Jurídica y Judicial, 5 de mayo de 2019.

90 Información proporcionada por la Unidad Jurídica y Judicial del INDH ("Minuta Acciones Judiciales INDH"), en poder del autor.

Además de las líneas de trabajo consolidadas, la Unidad Jurídica y Judicial ha desarrollado nuevas áreas de incidencia. Por ejemplo, después que se destapa el escándalo del Servicio Nacional de Menores (SENAME), a partir del *caso Lissette*, el INDH ha presentado querellas por diversos delitos ocurridos al interior de centros del SENAME, con una efectividad del 67% en causas terminadas.⁹¹ Por su parte, en relación a las expulsiones de migrantes, entre 2017 y 2019, el INDH ha interpuesto 27 recursos de amparo, de los cuales 17 han terminado con un resultado favorable (63% de efectividad).⁹² En casos de solicitudes de asilo, el INDH ha utilizado acciones constitucionales de protección y amparo, con especial énfasis en la zona norte del país, y con una importante tasa de efectividad en juicios de protección (75%).⁹³ Otra de las nuevas líneas interesantes la constituyen las acciones de protección presentadas para la protección de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), entre las cuales destaca la sentencia favorable obtenida a propósito de los episodios de contaminación en Quintero y Puchuncaví, durante 2018, y que terminó con una sentencia favorable de la Corte Suprema, incluyendo diversas medidas de reparación de carácter estructural propuestas por el INDH.⁹⁴ En estas materias, resalta la intervención del INDH en conflictos socioambientales que afectan a un número indeterminado de personas en hechos que revisten un indudable interés público y que, además, son monitoreados constantemente por el INDH a través del mapa de conflictos ambientales que se va actualizando periódicamente.⁹⁵ Debido a ello, el Consejo del INDH ha decidido aprobar un protocolo de intervención judicial y administrativa en casos sobre DESCA.⁹⁶ También destacan las acciones judiciales presentadas en el marco de las “adopciones irregulares” llevadas a cabo durante la dictadura, que son objeto de análisis en otro capítulo de este *Informe* (Ver capítulo: “Justicia transicional”).

Esta Unidad cuenta con unos pocos abogados dedicados exclusivamente a litigios judiciales, más otros abogados al seguimiento legislativo y al análisis de las condiciones carcelarias y funciones policiales. Otra sección de esta Unidad está dedicada de manera exclusiva a temas de memorias y violaciones de derechos humanos del pasado. A pesar del reducido personal, esta Unidad ha podido expandir su presencia nacional, ya que en todas las regiones cuenta con al menos un abogado. Además, cuando sus capacidades se ven sobrepasadas, y en casos

91 *Ibíd.*

92 *Ibíd.*

93 *Ibíd.*

94 Corte Suprema, *Francisco Chahuan contra Empresa Nacional de Petróleos, Enap S.A.*, 28 de mayo de 2019.

95 <https://mapaconflictos.indh.cl/#/>

96 Consejo del INDH, acta sesión ordinaria n 461, de fecha 17 de diciembre de 2018.

excepcionales, pueden utilizar la figura de los “abogados colaboradores”, a quienes se paga por obra o faena y que, generalmente, permiten solucionar problemas de agenda o tope de audiencias u otras gestiones judiciales. Con respecto a esto último, el INDH podría mejorar sus estándares de transparencia, visibilizando los criterios que se utilizan para la selección de los “abogados colaboradores”. Al día de hoy, no existe claridad con respecto a cómo se seleccionan estos colaboradores de la actividad procesal del INDH. Aparte de los abogados que se requieren para este tipo de funciones, la complejidad de los asuntos tratados supone la necesidad de contar con profesionales de las ciencias de la salud, asistentes sociales, psicólogos y otros especialistas que puedan colaborar en el diseño de una estrategia de litigio estructural, con capacidad de generar cambios e impactar de manera más amplia en el resto de la población.

La eficiencia de esta Unidad y la visibilidad de la función que cumple, queda en evidencia en la tasa de éxito que presenta en la obtención de condenas o sentencias favorables, la cual supera con creces el promedio de éxito en la justicia ordinaria.⁹⁷ Además, y como lo ha ratificado la propia justicia ordinaria, las atribuciones legales del INDH deben interpretarse de manera amplia, cumpliendo, asimismo, con lo señalado en los Principios de París.⁹⁸ En efecto, en diversas instancias los tribunales de justicia han aceptado que el INDH pueda interponer querellas por el delito de lesiones graves u homicidio, a pesar de que estos no se encuentran dentro de la enumeración de delitos respecto de los cuales el INDH puede ejercer acciones judiciales. De este modo el mandato de protección de derechos humanos del INDH debe interpretarse extensivamente, sin que se haya cuestionado si el INDH es o no competente para ello.⁹⁹ Por otra parte, la propia Contraloría General de la República ha interpretado, de acuerdo con el principio *pro persona*, que el INDH tiene potestad para acceder a información en causas judiciales cuando el interés público en la aplicación de su mandato así lo exija.¹⁰⁰ La Unidad mencionada también ha acudido a la Contraloría General de la República para requerir una interpretación de las facultades legales del INDH y comisionar a sus personeros de tal

97 Véase, a modo de ejemplo, el contraste con las tasas de éxito que se obtienen en casos de violencia policial en la justicia militar u ordinaria, o en casos de violencia carcelaria. Jörg Stippel, *Cárcel, derecho y política*, Santiago, LOM Ediciones, 2013; Ciperchile.cl: “Alberto Coddou, Violencia policial en Chile: ¿Denuncias ‘al voleo’?”. 27 de agosto de 2012.

98 ACNUDH, *Instituciones nacionales de derechos humanos: Antecedentes, principios, funciones y responsabilidades*, p. 38.

99 Corte de Apelaciones de Valparaíso, *Rodrigo Avilés Bravo contra NN*, 13 de agosto de 2018. Querrela criminal presentada por el INDH en el denominado “caso Catrillanca”, ante el juez de garantía de Collipulli, 21 de noviembre de 2018.

100 Entrevista a Rodrigo Bustos, director de la Unidad Jurídica y Judicial, 5 de mayo de 2019.

forma que puedan ingresar a los vehículos policiales a cumplir con su mandato legal¹⁰¹ También ha solicitado a la CGR una interpretación de la obligación de los órganos del Estado de proveer información solicitada por el INDH.¹⁰² Del mismo modo, ha requerido ante el Consejo Nacional de Televisión, por el respeto a la honra y vida privada –en casos puntuales y ante diversas superintendencias– a objeto de exigir el respeto por los derechos fundamentales en la prestación de diversos servicios públicos.¹⁰³ En el ejercicio de estas atribuciones, además, esta Unidad ha hecho constante referencia al trabajo informativo y consultivo del INDH, utilizando los diversos reportes e informes anuales que realiza el Instituto para contribuir a comprender el contexto en el que tienen lugar ciertas violaciones a los derechos humanos.¹⁰⁴

3. SUBSECRETARÍA DE DERECHOS HUMANOS (SSDDHH)

La Subsecretaría de Derechos Humanos fue creada por la Ley 20.885, publicada en 2016, durante el segundo mandato presidencial de Michelle Bachelet. Tratándose de una repartición relativamente nueva, podríamos señalar que se encuentra en proceso de instalación, y que sus roles aún no son comprendidos cabalmente por los propios funcionarios del Estado y por la opinión pública en general.¹⁰⁵ En efecto, y de acuerdo con la práctica de la propia SSDDHH, algunos episodios han generado aún mayor confusión en la opinión pública en relación a la distribución de competencias entre el INDH, como organismo autónomo, y la SSDDHH, como organismo dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.¹⁰⁶ Durante la tramitación de la ley que creó esta Subsecretaría, surgieron diversas opiniones que cuestionaron

101 Contraloría General de la República, *Dictamen 58070N12*, de fecha 21 de septiembre de 2012.

102 Contraloría General de la República, *Dictamen 004558N19*, de fecha 13 de febrero de 2019.

103 Entrevista a Rodrigo Bustos, director de la Unidad Jurídica y Judicial, 5 de mayo de 2019.

104 Por ejemplo, esto sucedió en la querrela que interpuso el INDH a propósito del denominado *caso Catrillanca*.

105 De acuerdo a una revisión del portal de “transparencia activa” del sitio web de la SSDDHH, esta entidad tiene 5 funcionarios de planta (subsecretaria, 3 jefes de división y 1 un jefe de unidad), 39 funcionarios a contrata, y 49 funcionarios a honorarios cuyas funciones terminan el 31 de diciembre de 2019.

106 Por ejemplo, en el caso de un ciudadano haitiano que murió en el aeropuerto de Santiago, luego de perder un vuelo y permanecer dos días pernoctando ahí, la SSDDHH se hizo cargo de agilizar los trámites de repatriación, y el INDH presentó una denuncia ante el Ministerio Público. Ambas instituciones aparecieron ante la opinión pública cumpliendo funciones similares de atención a las víctimas de vulneraciones de derechos. INDH: “INDH presenta denuncia por haitiano fallecido en aeropuerto”. 5 de octubre de 2018.

la utilidad de esta nueva repartición, señalando que se estaban repitiendo funciones que ya eran desarrolladas por el INDH, ignorando la diferente posición institucional que tienen estos órganos.¹⁰⁷ Por ejemplo, en 2012, José Francisco García y Sergio Verdugo señalaban lo siguiente:

Intriga que el gobierno haya presentado un proyecto de ley que crea la Subsecretaría de Derechos Humanos, pese a que la literatura en general rechaza la multiplicidad de NHRI dentro de un mismo Estado. Se trata de una cuestión no solo discutible desde la perspectiva del actual funcionamiento de diversos programas de derechos humanos en la Administración, que hacen innecesario crear una Subsecretaría en la materia; sino también, y más grave aún, que podría demostrar que el INDH aún no se ha ganado un espacio de legitimidad al interior de nuestro país.¹⁰⁸

La SSDDHH no es una institución nacional de derechos humanos acorde con los Principios de París, y su carácter dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos invita a pensar que se trata de una agencia del Estado preocupada de dotar de consistencia y profesionalismo a las políticas públicas de derechos humanos. A pesar de las confusiones que se pudieren generar y del traslape de roles con el INDH, los primeros años de funcionamiento de la SSDDHH han logrado sortear, con algún grado de éxito, estos problemas. Si bien algunos episodios invitan a pensar que el discurso de los derechos humanos ha sido utilizado como mera herramienta política, sobre todo en materias de política exterior, la SSDDHH constituye un aporte invaluable a la seriedad con que estos temas debieran ser abordados por las autoridades. En la actualidad, ningún Estado serio se puede presentar como legítimo ante sus ciudadanos o ante la comunidad internacional si es que no puede mantener un cierto nivel de coherencia y mostrar un importante grado de compromiso con los derechos humanos.

De acuerdo con el actual artículo 8° de la Ley orgánica constitucional del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, la SSDDHH cumple con diversas funciones, entre las cuales destaca la de desarrollar y proponer políticas, planes y programas relacionados con derechos humanos, incluyendo la elaboración y proposición del Plan Nacional de Derechos Humanos (PNDH) al Comité Interministerial de Derechos Humanos, que es la entidad intersectorial que se creó para coordinar y dotar de consistencia la política de derechos humanos del Poder Ejecutivo. Otra función relevante de la SSDDHH es “prestar asesoría técnica al Ministerio de Relaciones Exteriores en los procedimientos ante los tribunales y órganos internacionales de derechos humanos”,

107 Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley 20.885.

108 José Francisco García y Sergio Verdugo, op. cit., p. 195.

considerando su experticia técnica en el tema y su capacidad de entregar una visión más amplia que la que podría proporcionar la Dirección de Derechos Humanos de la Cancillería. Como veremos más adelante, la coordinación y comunicación entre la SSDDHH y la Cancillería constituye uno de los grandes desafíos en la materia, considerando los problemas y episodios que han tenido lugar durante los últimos años y que dan cuenta de ciertas contradicciones o inconsistencias entre la política exterior de derechos humanos y lo que se hace con la normativa interna.

Con relación a diversos proyectos de ley, la SSDDHH opera a través del Departamento Legislativo de su División de Protección, principalmente asesorando a otros ministerios cuando así lo requieren, apoyando y coordinando, además, ciertos proyectos de interés desde una perspectiva de derechos humanos. Al no existir criterios que nos permitan decir cuándo un proyecto debe ser apoyado y coordinado por la SSDDHH, todo parece descansar en la competencia técnica o en la voluntad de la propia dirección política del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos o la SSDDH. Es importante destacar el rol de la SSDDHH en la tramitación legislativa de la Ley 21.154, que designó al INDH como MNPT. Sin embargo, con respecto al rol de la SSDDHH en la tramitación de un proyecto de ley que crea un catastro nacional de mortinatos para facilitar su individualización y sepultación, no existe claridad sobre los criterios que nos permitan decir por qué se prioriza la tramitación de este proyecto de ley y no de otros que pueden requerir mayor urgencia o mejor apoyo técnico durante el proceso de formación de la ley.¹⁰⁹

Por otra parte, con respecto a la asesoría técnica que la SSDDHH presta a la Cancillería, la División de Protección actúa a través de informes, reuniones periódicas y discusión de casos, y en coordinación con la Dirección de Derechos Humanos de la Cancillería. De acuerdo con información proporcionada por la propia SSDDHH, durante 2018 y lo que va de 2019, esa es la función que probablemente demanda mayor tiempo y energía de esta repartición, incluyendo la tramitación de los casos ante la CIDH o la Corte IDH, así como la relación con los órganos y procedimientos del sistema universal de protección de los derechos humanos de la ONU, antes coordinadas por el Ministerio de Relaciones Exteriores.¹¹⁰ En este ámbito, la articulación y defensa de los intereses de Chile supone tanto la consideración de asuntos de derecho doméstico (por ejemplo, la oposición de excepciones de admisibilidad a peticiones ante la CIDH por la falta de agotamiento de recursos

109 Biblioteca del Congreso Nacional, Boletín 12.018-07.

110 Agradecemos la información proporcionada por Nicolás Pizarro, jefe de gabinete de la subsecretaría de Derechos Humanos.

internos), como de asuntos de política exterior (por ejemplo, la adopción de estrategias que puedan comprometer la imagen de Chile como un líder regional y global en ciertas agendas de derechos humanos). Es por ello que la coordinación con la Dirección de Derechos Humanos de la Cancillería exige la adopción de protocolos que nos permitan decir cómo se puede materializar esa necesidad. De acuerdo con la ex subsecretaria de DDHH, Lorena Fries, existió un principio de acuerdo, que nunca se logró materializar en un protocolo, para que la coordinación de esta función con Cancillería también incluyera la opinión de otros órganos del Estado que pudieran mejorar la calidad de la defensa de los intereses y la proyección de la imagen internacional de Chile.¹¹¹ La defensa del Estado de Chile en el procedimiento ante la Corte IDH en el caso *Poblete Vilches y otros* puede constituir un modelo en este sentido: la delegación, al considerar la opinión de otros órganos del Estado, optó por reconocer que el Estado violó ciertos derechos invocados por los peticionarios, y adoptó una actitud colaborativa con la Corte IDH en varias materias, actitud antes ausente en los procedimientos frente a la Corte IDH.¹¹²

En otros casos, sin embargo, destaca la ausencia de una opinión técnica de la SSDDHH que aporte una perspectiva de derechos humanos más integral a la proyección de la imagen de Chile ante la comunidad internacional de derechos humanos. Así, por ejemplo, en la presentación de un informe voluntario ante la reciente sesión del Foro político de alto nivel sobre el desarrollo sostenible del Consejo Económico y Social, la delegación de Chile, liderada por la subsecretaria de Desarrollo Social, Alejandra Candía, realizó diversas menciones en temas de derechos humanos, describiendo un conjunto de políticas o programas, como los “cinco grandes acuerdos” a los que convocó el Presidente Piñera al comienzo de su segundo mandato.¹¹³ Entre estos acuerdos, se hizo especial hincapié en el denominado “Plan Araucanía”, a propósito del objetivo de desarrollo sostenible ONU sobre reducción de desigualdad, a pesar de que, en su texto oficial, no incluye mención alguna a los derechos humanos de los pueblos indígenas o al DIDH.¹¹⁴ La SSDDHH, con su experticia técnica y perspectiva especial, puede evitar la fragmentación que muchas veces se produce por el ejercicio de competencias sectoriales que impiden una evaluación más integral de los derechos humanos. Ello, a su vez, permitirá al Estado proyectar,

111 Entrevista con Lorena Fries, ex directora del INDH y ex subsecretaria de Derechos Humanos, 22 de marzo de 2019.

112 Corte IDH, *Caso Poblete Vilches y otros contra Chile*, 8 de marzo de 2018.

113 Véase la presentación de Chile, desde el minuto 48:15, en la WebTV de la ONU, webtv.un.org.

114 Gobierno de Chile: “Acuerdo Nacional por el Desarrollo y la Paz en La Araucanía”. 24 de Septiembre de 2018.

ante la comunidad internacional de derechos humanos, su responsabilidad y compromiso institucional con el DIDH, evitando justificarse con alguna compleja disposición de derecho interno o echando mano al principio de separación de poderes. La SSDDHH, al igual que el INDH, puede jugar un rol interesante como “puente integrador” entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho doméstico.

El rol de la SSDDHH también ha sido cuestionado por la posición que ha mostrado en procedimientos ante organismos internacionales. Un ejemplo de esto último se pudo apreciar en la presentación del último informe de Chile ante el Comité contra las desapariciones forzadas. En esa presentación, el jefe de la División de Protección de la Subsecretaría de Derechos Humanos, articulando la respuesta oficial de la delegación chilena, señaló que no era responsabilidad del Poder Ejecutivo responder por las decisiones que, autónomamente, adopta el Consejo de Defensa del Estado para resguardar los intereses patrimoniales del fisco ante acciones civiles en casos de desaparición forzada. Ante ello, uno de los miembros del Comité le recordó al mencionado director que lo que estaba en juego en aquella sesión especial era la posición del Estado chileno, y no solo de uno de sus poderes ante la Convención contra las desapariciones forzadas, por lo que la explicación de Chile era inaceptable.¹¹⁵ Aunque corresponda a distintos órganos del Estado asumir funciones especiales en relación al respeto, protección y garantía de los derechos humanos, es el Estado quien responde ante los órganos internacionales, donde no podrá invocar su estructura interna como excusa.

Finalmente, es imposible soslayar la última respuesta que ha dado el Estado de Chile, a través de la delegación encabezada por la SSDDHH, en el marco del Examen Periódico Universal (EPU). Es importante recordar que este es un foro multilateral que, a través de un diálogo colaborativo y abierto, con el adecuado respaldo técnico, permite exponer los avances, desafíos o compromisos pendientes que tienen los Estados ante la comunidad internacional de derechos humanos. En el marco del 32° período de sesiones del EPU, el Estado de Chile recibió 266 recomendaciones relativas a obligaciones y compromisos internacionales de derechos humanos, de las cuales 198 fueron aprobadas. Además, “tomó nota”, sin pronunciarse al respecto, sobre 49 recomendaciones (18,42%), que refieren en su mayoría a la adopción y ratificación de tratados internacionales de derechos humanos que amplían la protección de los derechos para las personas que habitan en el

115 Comité contra las Desapariciones Forzadas, sesión 16° (presentación de Chile), webtv.un.org, (véase minuto 2:25 en adelante).

territorio.¹¹⁶ Lo más preocupante es que la defensa del Estado de Chile, enviada por el Ministerio de Relaciones Exteriores a través de la Misión Permanente ante los organismos internacionales (Ginebra, Suiza), alegó que la ratificación de aquellos tratados depende de atribuciones del Congreso Nacional, ignorando la calidad de poder co-legislador que en nuestro sistema jurídico tiene el Presidente de la República, quien ostenta poderes para controlar el ritmo y la distribución de la agenda legislativa.¹¹⁷ Como lo han planteado diversas organizaciones de la sociedad civil, esta respuesta desconoce que “ante la comunidad internacional el Estado es uno y responde por las actuaciones de todos los poderes del Estado en dicho foro.”¹¹⁸

Además, la respuesta del Estado de Chile a la última sesión del EPU culminó con la desaprobación de 18 recomendaciones (6,76%) relacionadas con la adopción de medidas contra el racismo y la xenofobia, la aplicación de la Ley Antiterrorista, el abuso policial, la implementación de la Ley de Interrupción del Embarazo y la descriminalización de todo tipo de aborto voluntario.¹¹⁹ Más allá de que el Estado pueda legítimamente rechazar recomendaciones realizadas en el marco de una evaluación entre pares, que es la virtud principal del EPU, llama la atención la gran cantidad de recomendaciones desaprobadas. Esto es inédito, ya que en los dos ciclos anteriores en que fue examinado, el Estado de Chile rechazó no más de cuatro o cinco recomendaciones.¹²⁰ Esta última respuesta del Estado ha llamado la atención no solo entre organizaciones de la sociedad civil, sino entre diversos expertos en el funcionamiento del EPU, para los cuales “tomar nota” de las recomendaciones, sin pronunciarse al respecto, constituye una suerte de reconocimiento de que existen cuentas pendientes, y para quienes la desaprobación de recomendaciones exige proporcionar buenas razones para ello.¹²¹ Es importante destacar que este es el primer EPU de Chile que

116 Consejo de Derechos Humanos, “Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal: Observaciones sobre las conclusiones y/o recomendaciones, compromisos voluntarios y respuestas del Estado examinado (Chile)”. (A/HRC/41/6/Add.1).

117 *Ibid*, párr. 15: (“el Estado no puede comprometer una fecha cierta para la discusión y posible ratificación de instrumentos internacionales. Esto debido al requisito constitucional de aprobación por parte del Congreso Nacional, proceso que no cuenta con una duración determinada.”).

118 Corporación Humanas y otras, *Articulación de DDHH frente a respuesta del Estado tras recomendaciones entregadas por el Consejo de Derechos Humanos de NNUU*, 7 de junio de 2019.

119 Véanse los comentarios de la ex subsecretaria de Derechos Humanos, Lorena Fries, *La Tercera*: “El examen ante naciones unidas y la respuesta de Chile”. 10 de julio de 2019.

120 Véanse los tres ciclos de examen a que ha sido sometido el Estado de Chile en el marco del EPU, www.upr-info.org

121 Véase, por ejemplo, la carta del presidente del Consejo de Derechos Humanos sobre las reglas y prácticas del grupo de trabajo del EPU, para quien los Estados deben abordar todas y cada una de las recomendaciones, debiendo “adoptar una posición clara” frente a las mismas, 18 de septiembre de 20013, www.ohchr.org.

ha sido “gestionado” por la SSDDHH, constituyendo una instancia de aprendizaje institucional, aunque resulta preocupante que la experticia técnica de esta entidad no haya mejorado la calidad de la respuesta del Estado, especialmente en cuestiones básicas de DIDH.

En general, la SSDDHH tiene pocos años de vida y sus potenciales aportes a la estructura administrativa del Estado aún no están del todo desarrollados. Aunque su capacidad institucional es relativamente limitada –considerando el desconocimiento de su rol y el eventual traslape de funciones con el INDH, que percibe la opinión pública–, su potencial contribución es significativa. En sus pocos años de existencia, aún no existe claridad respecto a los límites de su competencia, ni sobre la importancia que pueda adquirir al interior la arquitectura administrativa del Estado. El aumento de peticiones ante el SIDH y la gran cantidad de reportes e informes que Chile debe entregar de manera periódica en los órganos de tratado y otros foros internacionales, suponen una gran carga para la SSDDHH. Si a ello le agregamos la responsabilidad de elaborar, implementar y monitorear el Plan Nacional de Derechos Humanos, además de otras funciones específicas, los desafíos parecen ser mayores. Sin embargo, el aumento del “trabajo administrativo” en temas de derechos humanos no debiera generar alarma ni preocupación, sino ofrece una oportunidad para fortalecer este organismo, y mejorar los canales de coordinación y comunicación con el resto del aparato estatal. En lo que sigue, desarrollaremos una sección dedicada al Plan Nacional de Derechos Humanos y una evaluación más integral sobre la institucionalidad de derechos humanos y los impactos en materia de política exterior.

4. PLAN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS

Si bien la idea de realizar planes nacionales de derechos humanos surgió en 1966, con la firma del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), se ha escrito muy poco sobre el tema, y no se han desarrollado criterios que nos permitan evaluar el diseño e implementación de estos planes.¹²² Ello ha llevado a que los planes, la mayoría de las veces, terminen siendo contaminados por el

122 El origen de la idea de realizar planes nacionales de derechos humanos se funda en la interpretación del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que señala lo siguiente: “Todo Estado Parte en el presente Pacto que, en el momento de hacerse parte en él, aún no haya podido instituir en su territorio metropolitano o en otros territorios sometidos a su jurisdicción la obligatoriedad y la gratuidad de la enseñanza primaria, se compromete a *elaborar y adoptar, dentro de un plazo de dos años, un plan detallado de acción para la aplicación progresiva, dentro de un número razonable de años fijado en el plan, del principio de la enseñanza obligatoria y gratuita para todos.*” (Las cursivas son nuestras).

gobierno de turno que participe en su creación, o que sean, a veces, utilizados como herramientas político-discursivas.¹²³ A pesar de esta falta de reflexión crítica sobre el tema, la creación de un plan nacional de derechos humanos con el objeto de realizarlos de la mejor manera posible constituye, hoy día, una obligación internacional de los Estados. Esta obligación deriva de una interpretación integral de lo señalado en los nueve principales tratados internacionales de derechos humanos, en los comentarios generales y en los informes de los órganos de tratado de la ONU, y en lo señalado por la doctrina internacional. La práctica del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC), en especial a través de sus “observaciones finales” en reportes de país, ha sido pionera en exigir a los Estados la creación de planes nacionales de derechos humanos que sean detallados y que tiendan a la implementación progresiva, dentro de un margen de tiempo razonable, para que cumplan con estándares relacionados con casi todos los derechos señalados por el PIDESC.¹²⁴ De acuerdo con diversos comentarios generales del Comité DESC, esta obligación constituye una subobligación que se deriva de lo señalado en el artículo 2.1 del PIDESC, en relación al deber de “adoptar medidas (...) hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”. Esta interpretación de la obligación internacional de realizar planes nacionales de derechos humanos se ha extendido a otros tratados internacionales.¹²⁵ A su vez, la Declaración y Programa de Acción de Viena recomienda a todos los Estados desarrollar planes nacionales de derechos humanos, que cubran todos los derechos humanos que los Estados se han comprometido a garantizar ante la comunidad internacional.¹²⁶

Naciones Unidas contempla diversos estándares para el diseño, realización e implementación de planes nacionales de derechos humanos, que están vigentes desde el año 2002:

Un plan nacional de derechos humanos debe estar basado en estándares universales de largo aliento y que sean compartidos por todos los sectores de la sociedad. Es parte de un proceso de largo plazo encaminado a reforzar el cumplimiento doméstico de estándares universal que deben sobrevivir cambios de gobierno y estar por sobre disputas políticas.¹²⁷

123 Azadeh Chalabi, “The Nature and Scope of States’ Obligation to Adopt a National Human Rights Action Plan”, *The International Journal of Human Rights*, 18(4), 2014, p. 391.

124 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Comentario General 1*, párr. 4.

125 Chalabi, op. cit., pp. 396-402.

126 Conferencia Mundial de Derechos Humanos, *Declaración y Programa de Acción de Viena*, parte 2, sección 71.

127 (UN Handbook, sección 3.1).

En lo que sigue, evaluaremos la implementación del Plan Nacional de Derechos Humanos chileno (PNDH), cuya elaboración finalizó en diciembre de 2017.¹²⁸ De acuerdo con la agenda contemplada en el PNDH, la implementación debía comenzar en enero de 2018, dos meses antes del comienzo del segundo período presidencial de Sebastián Piñera. Un primer problema surgió a propósito de la toma de razón del Decreto Supremo que aprueba el PNDH. El 12 de enero de 2018, durante la parte final del segundo mandato de la ex presidenta Bachelet, el Decreto fue ingresado a Contraloría. Posteriormente, con fecha 19 de marzo de 2018, a una semana de haber asumido el cargo, el presidente Sebastián Piñera retira el Decreto, y lo reingresa con fecha 23 de marzo del mismo año.¹²⁹ Según algunos funcionarios que trabajaron en la elaboración del plan, el retraso en la toma de razón ha generado diversos problemas, primero, permitiendo que el actual gobierno alterara la implementación del PNDH y retirara el decreto que tenía que ser aprobado por la Contraloría y, segundo, la pérdida de tiempo valioso para la implementación de un plan que solo dura cuatro años.¹³⁰ Según informaciones de prensa, diversos expertos señalan que estos contratiempos han implicado la pérdida de un año completo de implementación del PNDH.¹³¹ De acuerdo con información proporcionada por la SSDDHH, el presidente Piñera retiró el Decreto Supremo del PNDH respondiendo a diversas observaciones que realizó el ente contralor y que motivaron el proceso de ajuste que inició la subsecretaría mencionada, y que comentaremos más adelante.¹³² Un problema relacionado ha surgido con el monitoreo del PNDH, sobre todo con la información y reportes trimestrales que las propias entidades y autoridades públicas debían subir a las

128 El texto definitivo del decreto supremo que aprueba el PNDH fue ingresado a la Contraloría General de la República el día 5 de septiembre de 2019, con posterioridad al plazo considerado en este capítulo para incluir los hechos materia de evaluación. Sin perjuicio de ello, creemos que el análisis realizado en esta sección sigue estando vigente, ante la posibilidad de que su tramitación pueda demorar más de lo esperado, considerando las polémicas que se han suscitado en torno a la modificación de la acción relativa a la promoción, por parte del poder ejecutivo, de un acuerdo de solución amistosa que obliga al Estado chileno a realizar esfuerzos por aprobar el matrimonio igualitario. La Tercera: "Fundación Iguales recurrirá a Contraloría por Plan Nacional de DD.HH. y acusa que el gobierno 'está vulnerando el acuerdo'". 8 de septiembre de 2019.

129 La Segunda.cl: "Los atrasos de Contraloría: trámites pueden pasar hasta dos años esperando respuesta". 9 de enero de 2019. A pesar de esta información de prensa, en el sitio web de la Contraloría General de la República, no consta que el mencionado decreto supremo se encuentre en tramitación.

130 Entrevista realizada el 20 de marzo de 2019. Entrevistado/da ha solicitado anonimato.

131 La Segunda.cl: "Los atrasos de Contraloría: trámites pueden pasar hasta dos años esperando respuesta". 9 de enero de 2019.

132 Respuestas elaboradas por la SSDDHH y recibidas por el autor del capítulo el viernes 12 de julio de 2019.

plataformas digitales, y que tenían que comenzar a entregarse en abril de 2018. En efecto, de acuerdo a una solicitud de información realizada por el INDH a la Subsecretaría de Derechos Humanos, consta que el Decreto Supremo aún no ha sido reingresado, lo que ha retrasado la publicación de estos informes, que solo estarán disponibles una vez que la Contraloría General de la República tome razón del mencionado decreto.¹³³

Adicionalmente, los problemas que supone el retraso del Decreto Supremo que aprueba el PNDH han generado cierta confusión en los roles que deben cumplir las diferentes entidades, públicas y privadas, con relación al monitoreo. De acuerdo al texto actualmente disponible del PNDH, se señala lo siguiente:

Las acciones de monitoreo del PNDH por parte de organizaciones independientes al gobierno serán coordinadas por el Instituto Nacional de Derechos Humanos/INDH, a través de un conjunto de instituciones integradas por las presidencias de los COSOC [consejos de la sociedad civil] de los Ministerios que integran el Comité Interministerial de Derechos Humanos, (5) representantes de grupos de trabajo de organizaciones de la sociedad civil inscritas en el registro de organizaciones del INDH, y (2) personas representantes de centros académicos de derechos humanos. La Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (ACNUDH) participará en calidad de observador.¹³⁴

Sin embargo, el supuesto rol del INDH en tanto coordinador y articulador del monitoreo realizado por la sociedad civil, nunca fue consultado con el Consejo del INDH ni aprobado por este. El 4 de abril de 2018, el Consejo del INDH abordó el asunto y acordó que las organizaciones de la sociedad civil deben hacer el seguimiento de manera autónoma y que el rol del INDH es el de ofrecer cooperación técnica, pero dejando claro que nunca deben confundirse los roles.¹³⁵ Por lo tanto, de acuerdo con el propio Consejo del INDH, esta institución no coordina el monitoreo que deben realizar las organizaciones de la sociedad civil.¹³⁶

Hasta ahora, y de manera autónoma, el INDH ha elaborado una propuesta de monitoreo cuantitativo a las acciones del plan y que pretende

133 Oficio Ordinario 578/2019, enviado por la subsecretaría de Derechos Humanos, Lorena Recabarren, a la directora del INDH, Consuelo Contreras, 2 de julio de 2019.

134 Plan Nacional de Derechos Humanos, p. 266.

135 Consejo del INDH, Acta Sesión Ordinaria 418, 4 de abril de 2019.

136 En septiembre y octubre de 2018, el INDH realizó 5 capacitaciones a la sociedad civil en diferentes regiones del país, entregando orientaciones y nociones básicas de metodologías de monitoreo. Información obtenida a través de correo electrónico con la Unidad de Estudios del INDH, 2 de julio de 2018. Por otra parte, aún se encuentra pendiente la articulación del rol de las organizaciones de la sociedad civil en el monitoreo del PNDH.

implementar durante el segundo semestre de 2019, una vez que el texto definitivo del PNDH esté publicado oficialmente. En forma paralela, el INDH realizará un monitoreo a 50-60 recomendaciones que ejecuta periódicamente en sus informes anuales y que coinciden con recomendaciones priorizadas por órganos de tratados del sistema universal de protección de los derechos humanos de la ONU y que están contenidas en el PNDH.¹³⁷ Si bien existe constancia de una serie de reuniones entre la SSDDHH y la Dirección de Estudios del INDH, a objeto de coordinar el monitoreo del PNDH, el retraso en la aprobación definitiva del PNDH ha generado diversos problemas institucionales.

En su programa de gobierno, “Construyamos tiempos mejores para Chile”, el presidente Piñera se había comprometido a consolidar el rol del PNDH como instrumento articulador de las políticas públicas al interior de la administración.¹³⁸ Después de asumir en el cargo, la subsecretaria de Derechos Humanos, Lorena Recabarren, comenzó un proceso de revisión de las acciones del plan, con el propósito de evaluar la implementación y de adecuar las acciones requeridas de acuerdo con las observaciones realizadas por la Contraloría. En agosto de 2018, la SSDDHH publicó un *Análisis de aplicación del enfoque basado en derechos humanos en el Plan Nacional de Derechos Humanos*, que contiene una serie de comentarios y observaciones realizadas por las nuevas autoridades políticas, donde se destacan una serie de problemas metodológicos en el diseño de las acciones aprobadas por el PNDH, además de resaltar varias dificultades de fondo para la implementación de algunas acciones.

A pesar de que la Subsecretaría de Derechos Humanos reconoce la necesidad de que el PNDH sea transversal, es decir, que constituya un “instrumento de política estatal que excede los lineamientos programáticos de uno u otro gobierno”, la propuesta descansa en la nueva legitimidad política de las autoridades electas tanto para revisar las acciones requeridas de los distintos entes públicos, así como determinar nuevas prioridades dentro del PNDH.¹³⁹ El cambio de gobierno, como reconoce el documento citado, genera una “alternancia en los puntos focales (...) que impactan en la fluidez del trabajo (...) y en el posicionamiento al interior de la institución responsable, lo que puede generar desfases en el trabajo coordinado, especialmente en las tareas relativas a reportes de seguimiento”.¹⁴⁰ A raíz de estas dificultades, la SSDDHH

137 Información obtenida a través de correo electrónico con la Unidad de Estudios del INDH, 2 de Julio de 2018.

138 Comando presidencial de Sebastián Piñera, “Construyamos tiempos mejores para Chile”, p. 143.

139 Subsecretaría de Derechos Humanos, *Análisis de aplicación del enfoque basado en derechos humanos en el Plan Nacional de Derechos Humanos*, p. 27.

140 *Ibid.*, p. 29.

inició este proceso de revisión que terminó con la determinación de nuevos criterios de actualización del PNDH. Esto ha generado diversas reacciones entre organizaciones de la sociedad y en el INDH. En el marco del Consejo de la Sociedad Civil del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, diversos miembros han manifestado su preocupación y exigido conocer las actas de los comités evaluadores del PNDH e invitar al INDH y a otros expertos a dar su opinión sobre la materia. En efecto, en todas las sesiones celebradas durante 2019, los miembros del Consejo de la Sociedad Civil han manifestado su repudio al actuar del gobierno, ya sea por la falta de transparencia o por la omisión de actores relevantes en la materia, como los expertos de la División de Estudios del INDH.¹⁴¹

En cuanto a la evaluación del PNDH, recordemos que el texto final que le dio vida contemplaba dos instancias de evaluación: una intermedia, al finalizar el segundo año de ejecución (diciembre 2019), y otra final, una vez transcurridos los cuatro años de duración del PNDH (diciembre 2021). Como lo reconoce el propio gobierno, las acciones descritas en el párrafo anterior califican como una “evaluación del PNDH”, cuestión que pone en duda la estabilidad y consolidación del PNDH como un instrumento propio de una política de Estado. Para Tomás Vial, este proceso de evaluación iniciado por la SSDDHH podría constituir un alejamiento de los criterios orientadores que tienen las recomendaciones adoptadas en el marco de los sistemas universal e interamericano de derechos humanos, pues se mezclan otras consideraciones para realizar instancias de evaluación.¹⁴² El retraso en la aprobación administrativa del PNDH, de este modo, puede ser visto como una estrategia para impedir nuevas instancias de evaluación como las que ha desarrollado el actual gobierno, ya que cualquier modificación del PNDH, en tanto norma administrativa, debe ser realizada por otra norma de la misma jerarquía.

Si bien es cierto que toda acción de evaluación puede constituir un aporte al mejoramiento del PNDH como instrumento transversal de política pública, sobre todo en cuanto al diseño y metodología con que se determinaron las acciones, y en lo referido a las capacidades institucionales requeridas para su implementación, el actuar de la SSDDHH puede ser considerado como errático y alejado de los estándares de participación y transparencia al que está sometido el monitoreo y la evaluación de todo PNDH. En la “Cuenta Pública Participativa de 2018”, el ministro de Justicia y Derechos Humanos, Hernán Larraín,

141 Consejo de la Sociedad Civil Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, “Informe Acta Reunión Ordinaria”, sesiones de fecha 14 de marzo de 2019 y 4 de abril de 2019.

142 Ver opinión de Tomás Vial: *La Tercera: “Plan Nacional de Derechos Humanos”*. 1 de agosto de 2018.

resaltó el proceso de evaluación iniciado por la Subsecretaría del ramo a petición del Comité Interministerial de Derechos Humanos.¹⁴³ No obstante, y como se puede advertir, los documentos de la sesión del Comité Interministerial en que se determina este asunto no se encuentran disponibles en el sitio web del PNDH ni en el sitio de transparencia activa del propio Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.¹⁴⁴ De este modo, se hace difícil examinar los criterios o directrices políticas que se tuvieron para analizar y evaluar el PNDH a meses de iniciada su ejecución.

En el acta de la tercera sesión del Comité Interministerial de Derechos Humanos, celebrada el 24 de agosto de 2018,¹⁴⁵ constan diversos comentarios cuestionando el lenguaje utilizado en el PNDH en torno a asegurar o garantizar ciertos derechos, por el compromiso que puedan generar en lo que se refiere a la responsabilidad del Estado ante la comunidad internacional.¹⁴⁶ De acuerdo a estas opiniones, sería conveniente sacar el verbo “garantizar” del PNDH. Por otra parte, según lo señalado por la propia subsecretaria de Derechos Humanos, muchas de las acciones serían cuestiones meramente programáticas a las que dichas acciones pueden estar orientadas, pero que no pueden ser garantizadas, en el sentido estricto de aquella palabra. En la misma acta constan las opiniones de la actual consejera del INDH, Consuelo Contreras, quien recalcó que el verbo “garantizar” es utilizado en el DIDH para dar cuenta de la obligación y el compromiso estatal con los derechos humanos, y que supone una actividad estatal que no se materializa de manera inmediata, sino que implica crear las condiciones institucionales para que ello sea posible.¹⁴⁷ Además, es importante recordar que el PNDH deriva de los estándares del DIDH, de modo que incorporar el lenguaje de este último resulta fundamental para la implementación del PNDH.

En general, podemos señalar que el PNDH ha enfrentado diversos obstáculos que parecen propios de una política pública nueva y que es desconocida por los funcionarios encargados de implementarlo. Probablemente, habrá que esperar los resultados de la primera gran

143 Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, *Cuentas Públicas Participativas: Gestión 2018*, pp. 16-18.

144 En efecto, en el sitio web www.planderechoshumanos.gob.cl solo están disponibles las actas de las dos primeras sesiones del Comité Interministerial, pero no aquella en que se mandata a la SSDDHH a iniciar un proceso de evaluación del PNDH.

145 El acta de esta sesión fue obtenida gracias a un correo electrónico enviado a la SSDDHH.

146 Véanse, por ejemplo, los comentarios del subsecretario para las Fuerzas Armadas y el subsecretario del Interior. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Resolución Exenta 113, que aprueba el Acta de la tercera sesión del Comité Interministerial de Derechos Humanos, de 30 de octubre de 2018.

147 *Ibíd.*

evaluación para mirar hacia atrás y mejorar aquello que no ha funcionado de manera eficiente y oportuna. Como lo reconoce la propia SSDDHH, “al ser el primer plan nacional en esta materia, todo lo que se ha realizado en su diseño, implementación y futura evaluación es un aprendizaje para el Estado y debe servir como insumo para la elaboración de los siguientes instrumentos.”¹⁴⁸ Sin embargo, es importante no abrir espacios de duda, ya que generan legítimas suspicacias entre aquellos que se preguntan si acaso el PNDH ha sido utilizado como una herramienta política antes que como una política pública de largo aliento.

5. LA INSTITUCIONALIDAD DE DERECHOS HUMANOS Y LA POLÍTICA EXTERIOR CHILENA

A nivel global, y considerando el escenario internacional actual, con el ascenso de políticos de corte nacionalista en varios países, se suele decir que estamos en presencia de un retorno del principio de soberanía estatal, en virtud del cual todo el orden jurídico internacional debe estar estrictamente basado en el consentimiento de los Estados y en el respeto de los asuntos internos. En el último tiempo, diversas instancias han advertido acerca del peligro que representa el “arcaico principio de la soberanía nacional” para la fuerza normativa del DIDH.¹⁴⁹ Esta discusión sugiere que el DIDH es incompatible con la defensa de un principio de soberanía robusto y representaría una visión anticuada frente al orden moral universal que se impone a través cortes y otros organismos internacionales de derechos humanos.

Sin embargo, podemos argumentar que estos dos principios no son incompatibles, y que la soberanía representa una adecuada canalización de los estándares que suponen los derechos humanos, los cuales muchas veces vienen garantizados de manera abstracta en los instrumentos internacionales. Del mismo modo, la soberanía puede articular espacios de reflexión crítica acerca de los “puntos ciegos” del orden internacional y cuestionar los consensos internacionales que, a veces, esconden intereses particulares de los actores dominantes en el orden global.¹⁵⁰ Para evaluar si acaso la soberanía estatal puede ser utilizada como una aliada del DIDH, podemos analizar tanto el modo de incorporación de este último al derecho interno, así como las posiciones de

148 Respuestas de la SSDDHH a preguntas elaboradas por el autor, recibidas el 12 de julio de 2019.

149 Véase, por ejemplo, la reacción de *Human Rights Watch* ante la iniciativa de varios países latinoamericanos de cuestionar el sistema interamericano de derechos humanos por su intromisión en asuntos propios de la soberanía de los Estados. *El Tiempo*: “HRW denuncia ataque de Colombia y otros países contra la CIDH”. 24 de abril de 2019.

150 Emol.cl: “Jorge Contesse, Derechos Humanos bajo ataque”. 2 de mayo de 2019.

los Estados en materia de política exterior, y abordar el modo en que se articula una posición coherente que nos permita conciliar estos dos ámbitos aparentemente contrapuestos. En lo que sigue, nos interesa analizar la política exterior del Estado de Chile en materia de derechos humanos, que ha sido una de las cuestiones más polémicas durante el último año, en especial si consideramos el escenario actual del orden mundial, en que la soberanía estatal parece estar usándose como justificación para negarse a cooperar con el DIDH.

Una serie de eventos han evidenciado la fragilidad de nuestra institucionalidad de derechos humanos en lo relativo a la política exterior, una de cuyas funciones principales es dotar de profesionalismo y consistencia a las relaciones y posiciones de Chile ante la comunidad internacional de derechos humanos. Todos estos eventos, como veremos en esta sección, cuestionan el supuesto consenso que ha inspirado a gobiernos de diversa orientación política en las últimas décadas en el país. En palabras del propio exministro Ampuero, en un discurso en el Centro Wilson (Washington, mayo de 2018,) se trata de

[u]na política de Estado, basada en un amplio consenso acerca de lo que representa el interés nacional para nosotros. El pilar de la continuidad radica en nuestra tradición diplomática y orden institucional. En la asunción de cada nuevo gobierno, se entiende que nadie está buscando diseñar una estructura de política exterior totalmente nueva, sino que se busca añadir un nuevo piso a este edificio.¹⁵¹

Más allá de las legítimas diferencias que pueden existir en materias complejas de derechos humanos, la idea de crear una institucionalidad permanente encargada del tema, que sobreviva los cambios de gobierno, busca que la política exterior de derechos humanos sea consistente en el tiempo y permita la integración plena de Chile a la comunidad internacional de derechos humanos. Actualmente, la institucionalidad chilena supone que la Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores es el principal organismo técnico encargado de estas temáticas, apoyado por las labores de asesoría técnica que debe prestar la SSDDHH a la Cancillería.

Por otra parte, la propia Secretaría General de Gobierno cuenta con un equipo técnico-político que asesora al Presidente de la República en estas materias (el denominado “segundo piso”) que suponen temas sensibles tanto para la posición de Chile ante la comunidad internacional, como en cuestiones de política interna. En efecto, la existencia de una institucionalidad de derechos humanos debe permitir la articulación de cuestiones o asuntos propios de la política interna, como los

151 Roberto Ampuero, “Foreign Policy of Chile: Principles and Challenges on the Current Global and Regional Stages”, Washington D.C., Thursday, May 10th, 2018 (la traducción es nuestra).

ajustes que se requieren para cumplir con un tratado internacional, con complejas consideraciones de política exterior, como el voto en una resolución en el Consejo de Derechos Humanos. Durante el año 2018 y lo que va de 2019, la coordinación entre las diferentes reparticiones que participan de la institucionalidad de derechos humanos y la elaboración de la política exterior se ha visto tensionada por diversos eventos.

Uno de los episodios que marcó el mandato del ex ministro Ampuero a cargo del Ministerio de Relaciones Exteriores, fue la carta enviada por el Estado de Chile, en conjunto con Argentina, Brasil, Colombia y Paraguay a la Corte IDH, con fecha 11 de abril de 2019. En esa carta el Estado de Chile manifestaba la preocupación por el respeto de la soberanía de los Estados parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), y de la aplicación del principio de subsidiariedad, incluyendo la “necesidad de que tanto la Comisión como la Corte apliquen de forma estricta las fuentes de derecho internacional en la resolución de los casos sujetos a su conocimiento.”¹⁵² El envío de esta carta generó una serie de cuestionamientos entre expertos en derechos humanos y agrupaciones de la sociedad civil, quienes manifestaron su preocupación por el sentido y el mensaje que se estaba enviando a los Estados y usuarios del SIDH.¹⁵³

Además, generó un debate en el marco de la Comisión de Relaciones Exteriores de la Cámara de Diputados, que visibilizó algunos problemas de la institucionalidad de derechos humanos en Chile en su relación con el sistema interamericano de derechos humanos. En la sesión celebrada a tal efecto, los representantes del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (ministro y subsecretaria) y la Subsecretaría del Ministerio de Relaciones Exteriores defendieron la misiva, señalando que se trató de una invitación al diálogo y una crítica constructiva al sistema interamericano de derechos humanos.¹⁵⁴ En el marco de la sesión mencionada, sin embargo, destacaron dos cuestiones. La primera, fue el reconocimiento del ministro de Justicia y Derechos Humanos de que “probablemente se pudo haber hecho mejor las cosas (...) si hubiésemos tenido un mejor manejo y control”, evidenciando la falta de coordinación entre el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y el Ministerio de Relaciones Exteriores.¹⁵⁵ La segunda, fue que no

152 La Tercera: “Chile y cuatro países envían carta a la Comisión Interamericana de DD.HH. manifestando inquietudes al sistema regional de protección del organismo”. 23 de abril de 2019.

153 El Mostrador: “Reacción a la carta de cinco gobiernos para limitar rol del Sistema Interamericano”. 25 de abril de 2019 (carta enviada por varios abogados y académicos expertos en temas de derechos humanos).

154 Cámara de Diputados.cl: “Ejecutivo explicó alcances de carta a Comisión Interamericana de DD.HH”. 2 de mayo de 2019.

155 El Dínamo: “Hernán Larraín defendió carta enviada al CIDH pero reconoció que tema se manejó mal”. 26 de abril de 2019.

intervino la subsecretaría de Derechos Humanos y, en consecuencia, no pudo aclarar el rol que le correspondió a esa entidad pública en el contenido de esta carta, considerando su experticia y obligación legal de “prestar asesoría técnica al Ministerio de Relaciones Exteriores en los procedimientos ante los tribunales y órganos internacionales de derechos humanos”.

Esto último cobra aún mayor importancia con la decisión del gobierno de Sebastián Piñera de nombrar un “agregado cultural” en la embajada ante la OEA con un enfoque específico en la supervisión de la gran cantidad de causas pendientes ante el SIDH y que generarían una sobrecarga administrativa importante, según lo ha reconocido el propio ministro de Justicia y Derechos Humanos, Hernán Larraín.¹⁵⁶ Esta decisión estaría fundada en un documento interno que da cuenta del crecimiento de la litigiosidad internacional del Estado ante el SIDH.¹⁵⁷ Estos antecedentes nos permiten inferir que la política exterior en temas de derechos humanos, al menos en lo que respecta al SIDH, ha sido utilizada para marcar una diferencia con gobiernos anteriores, enviando complejas señales diplomáticas en una era en que la cooperación internacional es fundamental para avanzar en temas de derechos humanos.¹⁵⁸ Según ciertas informaciones de prensa, citando diversas fuentes al interior de la diplomacia chilena, el conflicto con la CIDH evidenció una de las cuestiones más polémicas sobre la política exterior del actual gobierno en temas de derechos humanos, consistente en la falta de coordinación y en la existencia de ciertas contradicciones en el envío de las instrucciones a la Misión Permanente de Chile ante Naciones Unidas y al embajador ante la OEA, para determinar las posiciones de nuestro país con respecto al sistema universal e interamericano de derechos humanos.¹⁵⁹

La falta de transparencia y claridad, en este sentido, han motivado diversas hipótesis al respecto. Por un lado, algunos sugieren un exceso de control de la política exterior en derechos humanos por parte

156 Es importante notar que la decisión de nombrar un “agregado cultural” con una especial preocupación por la “responsabilidad internacional del Estado” en temas de derechos humanos, dice bastante sobre el modo en que los derechos humanos se erigen en una temática de disputa cultural. Dicho de otro modo, la señal que se envía es que los derechos humanos serían una cuestión de interés cultural, generando confusión con la idea de que los derechos humanos serían el objeto primordial de las “guerras culturales”, en desmedro de su rol como promotores de un orden moral universal.

157 El Mercurio: “Preocupa el aumento explosivo de causas chilenas ante la Comisión Interamericana de DD.HH.”. 22 de julio de 2019.

158 Las polémicas surgidas a propósito de la carta comentada tuvieron eco durante la última sesión de la Asamblea General de la OEA, en que se eligieron los nuevos miembros de la CIDH. El País.com: “Derrotada la iniciativa encabezada por Colombia para reformar la defensa de Derechos Humanos en la OEA”. 28 de junio de 2019.

159 El Mostrador: “Canciller sólo para la foto”. 7 de mayo de 2019.

del “segundo piso” de la Moneda, donde se habría redactado y luego enviado la carta a la Corte IDH, comentada más arriba. También se menciona la comunicación directa de un funcionario de la Subsecretaría de Derechos Humanos (jefe de División de Protección) con la Subsecretaría de Relaciones Exteriores para determinar la posición de Chile en temas de derechos humanos, en especial, ante el Sistema Universal de Naciones Unidas. Asimismo, se comenta el desmedido rol que algunas entidades o ministerios han tenido para definir la posición de Chile ante la comunidad internacional en temas de derechos humanos, como sucedió a propósito del Ministerio del Interior y el denominado Pacto Migratorio Global (“Pacto de Marrakech”), o con la Dirección de Derechos Humanos de la Cancillería para la gestión de los votos de Chile en el Consejo de Derechos Humanos. A continuación, analicemos algunos de estos episodios.

A propósito de la polémica que generó la no aprobación del Pacto de Marrakech por parte de Chile, quedó en evidencia que la SSDD-HH no fue capaz de mediar, a través de opiniones técnicas, entre las distintas visiones que surgieron respecto al tema migratorio entre los Ministerios de Relaciones Exteriores e Interior, dando cuenta de una institucionalidad de derechos humanos con carácter frágil y relegada a un segundo plano. Más allá de los problemas comunicacionales por los que atravesó el gobierno para informar sobre la no suscripción del Pacto de Marrakech, en diciembre de 2018, el caso resaltó por la falta de opiniones técnicas ofrecidas por el Estado de Chile, al menos desde la perspectiva del DIDH.¹⁶⁰ Recordemos que el Estado de Chile había participado de las primeras fases de negociación y redacción del texto del Pacto Migratorio Global, de modo que la imagen de Chile ante la comunidad internacional quedaba comprometida si no se daban muy buenas razones para explicar el cambio de posición en la materia.¹⁶¹ En el Ministerio del Interior se hablaba de que la razón principal era la necesidad de que las reformas que este gobierno había comprometido en temas migratorios no se vieran afectadas por la aprobación de normativa internacional. En cambio, desde el Ministerio de Relaciones Exteriores se insistía, al menos hasta noviembre de 2018, en que el Pacto de Marrakech no implicaba compromiso alguno de la soberanía, no solo porque se trataba de un instrumento no vinculante, sino porque el texto mismo del Pacto descansaba en la decisión soberana de los países de

160 Véase, por ejemplo, la carta “Pacto Migratorio y Fake News”, firmada por más de 400 abogados, publicada en *El Mercurio*, 20 de diciembre de 2018.

161 En efecto, diversas publicaciones oficiales, como la página web del Ministerio de Relaciones Exteriores o las cuentas de Twitter e Instagram, dieron cuenta del rol primordial que había jugado Chile, incluso durante el actual gobierno, en las fases de negociación y redacción del texto final del denominado Pacto Migratorio. Véase, por ejemplo, los tuits de la cuenta @ChileONU, con anterioridad al 10 de diciembre de 2018.

organizar su política migratoria con un grado importante de discrecionalidad.¹⁶² Finalmente, habría primado la posición del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, encargado de llevar adelante la agenda migratoria, en desmedro de las recomendaciones del cuerpo diplomático chileno y de las opiniones de la propia Cancillería, organismos que habrían destacado la importancia de abordar el tema migratorio desde una perspectiva global y de cooperación internacional.¹⁶³

Otros problemas se han generado a propósito de las posiciones de Chile ante el Consejo de Derechos Humanos (en adelante, Consejo DDHH), que representa el principal órgano de Naciones Unidas para la discusión de la política internacional en la materia. En primer lugar, ha llamado la atención la ausencia del Estado de Chile en el patrocinio de diversas resoluciones del Consejo DDHH, por sus referencias al Pacto Migratorio o al Acuerdo de Escazú (“Acuerdo regional sobre el acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia en asuntos ambientales en América Latina y el Caribe”). Estas omisiones de Chile terminan erosionando la fuerza de ciertas resoluciones del Consejo DDHH que gozan de un intenso trabajo diplomático previo.¹⁶⁴ Un ejemplo de lo anterior se dio a propósito de las resoluciones aprobadas durante el 40° período de sesiones del Consejo de DDHH, celebrado entre el 25 de febrero y el 22 de marzo de 2019, relativas al “Reconocimiento de la contribución que hacen los defensores de los derechos humanos relacionados con el medio ambiente al disfrute de los derechos humanos, la protección del medio ambiente y el desarrollo sostenible” y a la “Cuestión del ejercicio efectivo, en todos los países, de los derechos económicos, sociales y culturales”.¹⁶⁵

De acuerdo con la explicación oficial de la delegación diplomática chilena, la no suscripción de estas resoluciones obedece a que hacían referencia a pactos de los cuales Chile no es parte.¹⁶⁶ Sin embargo, en

162 La Tercera: “Enredo por pacto migratorio: La Cancillería quería firmar pero Interior se impuso”. Lunes 10 de diciembre de 2018.

163 Como no existe confirmación oficial de estas posiciones, estas afirmaciones se basan en informaciones de prensa. El Libero.cl: “Un embajador en desacato: la historia no contada del rechazo de Chile a firmar el Pacto de Migración de la ONU”, 13 de diciembre de 2018; Interferencia.cl: “La piñerización de la política exterior”, 23 de marzo de 2019; Emol.cl: “La trama detrás del rechazo de Chile al pacto de migración de la ONU”, 16 de diciembre de 2018.

164 A través de una solicitud de acceso a la información, se pidió toda la documentación, comunicación, memorando o instrucción que pudiese contener los fundamentos de la posición de Chile en estas resoluciones. Al cierre de la edición de este informe, aún no llegan las respuestas oficiales, que se encuentran dentro del plazo establecido por la Ley de acceso a la información pública.

165 <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session40/Pages/ResDecStat.aspx>

166 Véase la explicación del voto de Chile ofrecida por el embajador Juan Eduardo Eguiguren, realizada el 22 de marzo de 2019, ante el Consejo de Derechos Humanos. <https://bit.ly/2LtyU4t>.

otra resolución del Consejo DDHH aprobada durante la misma sesión, relativa a “repercusiones negativas de las medidas coercitivas unilaterales en el disfrute de los derechos humanos”, y cuyo borrador fue presentado por Venezuela, el voto favorable chileno se debió a su membresía en el “movimiento de países no alineados”, ignorando las consideraciones de derechos humanos que la política exterior chilena ha venido levantando a propósito de la República Bolivariana de Venezuela.¹⁶⁷ En relación a los casos mencionados, según una fuente del Ministerio de Relaciones Exteriores, una hipótesis que se maneja es que la Dirección de Derechos Humanos de la Cancillería y su rol de coordinación con la diplomacia chilena, han perdido relevancia en la discusión de política exterior en derechos humanos, cediendo su espacio a la politización de estos asuntos por cuestiones internas. Esto ha cambiando el patrón de conducta del Estado de Chile y su trayectoria como un país con una política internacionalista y de plena cooperación con la comunidad internacional.¹⁶⁸ En otras palabras, y como se ha destacado en diversos temas, el hecho de quitarle relevancia a la diplomacia chilena —concentrada en las embajadas, misiones permanentes y la Dirección de Derechos Humanos de la Cancillería y su experiencia en derechos humanos— ha implicado mezclar asuntos de política interna con la política exterior chilena generando un grave daño a la imagen de Chile ante la comunidad internacional.¹⁶⁹ Por otra parte, las contradicciones que se vislumbran en algunas de estas posiciones, sugerirían que, más que un intento por politizar la política exterior chilena en materias de derechos humanos, fueron producto de serios déficits técnicos en la coordinación entre Cancillería y el cuerpo diplomático chileno, sin que se asuman las responsabilidades políticas correspondientes.

Durante el 41º período de sesiones del Consejo DDHH, la política exterior del país en la materia, de nuevo, derivó en una polémica, por la abstención del voto chileno en una resolución que condenaba las ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas cometidas en Filipinas, en el marco de una denominada “guerra contra las drogas”.¹⁷⁰ La

167 *Ibíd.* Debido a las repercusiones que esta posición provocó en la discusión política interna, en sus explicaciones el embajador Eguiguren sostuvo que, si se entendía esta posición como un respaldo al gobierno venezolano, Chile, entonces, retiraría el apoyo a esta resolución.

168 Entrevista realizada el viernes 12 de julio de 2019. Entrevistado/da ha solicitado anonimato.

169 En efecto, y como mencionaron diversos senadores de oposición al actual gobierno, en una sesión especial convocada por el Senado para discutir la política exterior chilena, es lamentable que el actual presidente Sebastián Piñera “haya introducido por primera vez desde el retorno de la democracia, la decisión de llevar los temas de política exterior a la política doméstica”. Senado.cl: “Sesión especial por política exterior de Chile”. 19 de marzo de 2019.

170 Consejo de Derechos Humanos, *Promoción y Protección de los Derechos Humanos en Filipinas*, 5 de julio de 2019, A/HRC/41/L.20.

resolución, que había sido presentada por Islandia, buscaba presionar a quienes gobiernan Filipinas para que adoptaran todas las medidas necesarias con el fin de prevenir las ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas, llevar a cabo investigaciones imparciales y perseguir las responsabilidades de quienes han cometido violaciones a los derechos humanos en el contexto de la “guerra contra las drogas”. Además, la resolución mandata al Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos a hacer un informe de seguimiento e instar al cumplimiento de los estándares de derechos humanos aplicables.

Para explicar la posición de Chile ante esta resolución, la actual Cancillería ha entregado diversas respuestas, que dan cuenta de la ambigüedad y equivocidad de la posición oficial de Chile. En primer lugar, y de acuerdo a algunas fuentes de prensa, el Presidente se habría enterado después de que se conociera la postura de Chile en este tema, y una de las hipótesis es que la Cancillería habría evitado involucrar al asesor presidencial en temas de política internacional –Benjamín Salas Kantor–, con quien habría cierta tensión.¹⁷¹ Para el actual canciller, Teodoro Ribera, la explicación del voto chileno ante la resolución sobre Filipinas descansa en su consistencia con votos similares que habría emitido la diplomacia chilena en “declaraciones anteriores”, durante 2017 y 2018.¹⁷² Más aun, de acuerdo a lo afirmado por el canciller, “en este caso la resolución no concitó apoyo transversal en el subgrupo regional al que pertenece Filipinas”, lo que constituiría un antecedente relevante para explicar la posición de Chile en temas de política exterior de otras regiones. Además, según Ribera, se trataría de la “primera resolución sobre la materia”, lo que sugeriría esperar mayores consensos regionales al respecto.¹⁷³ Sin embargo, cabe mencionar dos cuestiones relevantes en relación a esta “nota explicativa”: en 2017, Chile no era miembro de Consejo de Derechos Humanos, por lo que habría que buscar antecedentes de la posición chilena en otros foros internacionales; además, en esas ocasiones, se trataba solo de una declaración conjunta, aprobada después de un debate general (no sometida a votación), y que no tenía el trabajo diplomático previo ni la importancia que tiene una resolución del Consejo de Derechos Humanos.¹⁷⁴ Ello, además, contrasta con resoluciones similares, presentadas por Chile y otros países, y por primera vez, en relación a la violación de derechos humanos en Nicaragua y Venezuela, y que fueron aprobadas por Chile

171 La Tercera: “Cómo se gestó la decisión sobre Filipinas, el primer traspíe de Ribera en Cancillería”. 18 de julio de 2019.

172 Radio Cooperativa: “Chile se abstuvo: Consejo de DDHH aprobó aumentar la presión sobre Filipinas”. 11 de Julio de 2019.

173 *Ibíd.*

174 La Tercera: “Paulina Astroza: Filipinas: incomprensible abstención de Chile”. 15 de julio de 2019.

a pesar de no existir consenso en el subgrupo regional de América Latina y El Caribe.¹⁷⁵

Por otra parte, en el marco de una sesión especial realizada en la Comisión de Relaciones Exteriores de la Cámara de Diputados, la subsecretaria de Relaciones Exteriores explicó que el voto de abstención de Chile se debió al reconocimiento de que la “guerra contra las drogas” librada por el Presidente de Filipinas, Rodrigo Duterte, quien dirige un gobierno “democráticamente electo”, ha observado “ciertos avances”.¹⁷⁶ Si bien desde Cancillería han descartado que la posición de Chile se explique por la cautela que deben tener con los invitados a la futura cumbre del Foro de Cooperación Económica de Asia Pacífico (APEC), a realizarse en Chile durante noviembre de este año, y al cual Filipinas está invitado, fuentes al interior de ese ministerio sugieren que la posición de la Dirección de Derechos Humanos habría sido influenciada por la opinión de la Dirección Asia Pacífico, que tiene un enfoque principalmente económico.¹⁷⁷ La existencia de diferentes y contradictorias versiones para explicar la posición de Chile en estos casos ha dado lugar a una serie de elucubraciones que dañan la imagen de Chile ante la comunidad internacional de derechos humanos y dan cuenta de que la vanagloriada política de Estado en la materia es sumamente frágil.

La Dirección de Derechos Humanos de la Cancillería no ha sabido explicar estas posiciones ni justificar el doble estándar con que se han abordado estos temas, dependiendo del impacto que tiene la política exterior en temas de política interna o ante la comunidad internacional de derechos humanos.¹⁷⁸ Por su lado, la SSDDHH no ha logrado influir en la agenda, ni poner la nota de cautela que su experticia técnica en la materia podría aportar a la política exterior de derechos humanos. Como se ha reconocido en diversos foros, las consecuencias de estos problemas, derivados de una deficiente institucionalidad de derechos humanos, terminan siendo asumidos por los funcionarios diplomáticos, quienes ostentan cargos permanentes para la representación de los intereses de Chile ante la comunidad internacional.

Por último, es importante recordar que, antes del cierre de la edición del presente *Informe*, el presidente Sebastián Piñera convocó a una reunión especial en La Moneda a la totalidad de los integrantes de las comisiones de Relaciones Exteriores de ambas cámaras. Durante el encuentro, reconoció algunos errores y justificó la posición de Chile

175 Para revisar el contenido de esas resoluciones, véase el sitio web de las sesiones del Consejo DDHH, www.ohchr.org/SP/HRBodies/HRC/Pages/Sessions.aspx.

176 La Tercera: “Filipinas: el nuevo dolor de cabeza de la Cancillería”. 17 de julio de 2019.

177 Entrevista realizada el viernes 12 de julio de 2019. Entrevistado/da ha solicitado anonimato.

178 La Tercera: “Director de Human Rights Watch cuestiona a gobierno chileno por decisión de abstenerse en condena a Filipinas”. 15 de julio de 2019.

ante la comunidad internacional de derechos humanos en diversas instancias. En la reunión, realizada el miércoles 24 de julio de 2019, el Presidente de la República reconoció que no tuvo conocimiento previo de la posición de Chile ante la resolución del Consejo de Derechos Humanos sobre Filipinas, y que él habría tomado otra posición de haber tenido la oportunidad de decir algo al respecto.

Según parlamentarios que asistieron a esa reunión, el Presidente no aclaró quién tomó la decisión final en este caso, pero se mostró abierto a explorar alternativas para abordar el problema de derechos humanos en Filipinas.¹⁷⁹ Por otra parte, el presidente, en conjunto con el ministro de Relaciones Exteriores, defendió su posición de no sumarse al Pacto Migratorio y al denominado Acuerdo de Escazú, reiterando el peligro que estos instrumentos pueden representar para los intereses de Chile ante posibles demandas internacionales o por las restricciones que podrían representar para la discusión de asuntos internos, como la reforma en materia de migraciones que propone el actual gobierno. Más allá de que estas posiciones jurídicas son cuestionables, como lo han destacado diversos expertos en derecho internacional público y otros analistas, es importante que la atribución constitucional que ostenta el Presidente de conducir las relaciones internacionales se haga en constante diálogo con los representantes electos del Congreso. Como reconoció un parlamentario opositor, “Piñera utilizó un tono franco y directo (...) tenía ganas de dialogar, debo reconocer que no esquivó ningún tema, dio sus razones para cada uno de ellos y eso lo valoramos. Ahora, en algunos aspectos las discrepancias persisten y en otros se mostró abierto a un diálogo para ver qué podemos concluir”.¹⁸⁰ El contenido de la reunión no se ha hecho público, pero de acuerdo a diversos testimonios, puede representar un punto de inflexión para la definición en complejas cuestiones de política exterior para lo que queda del actual gobierno.

Para concluir esta sección, podríamos señalar que el modo en que un país modela su política exterior en temas de derechos humanos obliga a mantener una suerte de coherencia entre lo diseñado y practicado a nivel interno, y lo proyectado hacia afuera. En este contexto, vale la pena preguntarse por el modo en que el diseño y práctica en torno a la política exterior de derechos humanos cumple con los estándares internacionales que se pueden derivar al respecto, y que obliga a los países a configurar sus sistemas institucionales del modo que mejor garantice la consistencia que debe existir entre la política interna y la política exterior, y el cumplimiento de buena fe de las obligaciones internacionales

179 El Mercurio: “Escenario abierto sobre Filipinas y firmeza ante pacto migratorio y Escazú: Las posturas de Piñera en reuniones sobre RR.EE.” 27 de julio de 2019.

180 *Ibid.*

de derechos humanos. Es justamente este arreglo el que ha estado en cuestión en relación a los hechos evaluados en el presente capítulo.

CONCLUSIONES

El presente capítulo ha presentado un estado general de la institucionalidad de derechos humanos en Chile, en especial considerando los años de consolidación institucional del INDH y la recientemente creada Subsecretaría de Derechos Humanos.

A pesar de alguna confusión y traslape de roles, estos órganos han sabido diferenciarse, considerando su diversa posición institucional. A través de estas páginas, hemos pretendido presentar un enfoque innovador con respecto al rol de las instituciones y sus capacidades, así como las necesidades de coordinación que surgen en una estructura estatal cada vez más compleja, que combina organismos autónomos y dependientes.

Los derechos humanos se promueven y protegen no solo por la aprobación de instrumentos normativos, sino más bien por la capacidad institucional que tenemos de implementar esos estándares en determinados contextos. El Estado de Chile ha avanzado mucho al respecto, sobre todo con la aprobación de una institución nacional de derechos humanos, siguiendo los estándares internacionales contenidos principalmente en los Principios de París y en recomendaciones subsecuentes, y con la creación de una Subsecretaría de Derechos Humanos con un rol articulador y coordinador al interior de la administración del Estado. A pesar de que estas instituciones aún no se logran distinguir del todo, en particular, a ojos de la opinión pública y de algunos funcionarios públicos, la actual institucionalidad de derechos humanos ha permitido dejar atrás las opiniones escépticas de quienes pensaban que estas instituciones eran redundantes o que constituían meras armas institucionales al servicio de intereses facciosos o partisanos.

Existe una diversidad de desafíos para el futuro, sobre todo en cuanto a la consolidación institucional de estos organismos, y su capacidad de coordinar a todos los actores relevantes en la materia. Para el INDH, surge la necesidad de implementar una estrategia de largo plazo y de cumplir con la planificación estratégica que la propia institución se ha impuesto. Para el Estado chileno, en especial para quienes ejercen posiciones de poder, es fundamental consolidar la autonomía e independencia con que debe operar el INDH, el cual ha debido enfrentar conflictos internos y externos que pretenden disminuir el poder que tiene para promocionar y proteger derechos humanos. Como hemos visto en este capítulo, la visibilidad y presencia del INDH en diversos conflictos, ha traído como consecuencia la incomodidad de

quienes gobiernan u ocupan posiciones de poder, generando incentivos para erosionar el rol fundamental de esta institución. Desde el DIDH, debemos estar alertas ante los riesgos y desafíos a la autonomía del INDH.

En el caso de la SSDDHH, se deben aclarar cuáles son los criterios de intervención, y se plantea la necesidad de consolidar una visión más integral del Estado que nos permita hacer evaluaciones desde una perspectiva de derechos humanos. Además, con respecto al PNDH, es fundamental no retrasar su puesta en marcha, de modo que esta primera experiencia constituya una oportunidad de aprendizaje institucional para el futuro. En este sentido, no podemos permitir que las instancias de evaluación y monitoreo del PNDH dependan de quien ejerce el gobierno de turno, y se dificulte tanto el acceso a la información disponible como la articulación de instancias de participación de la sociedad civil. Por último, no podemos olvidar el rol orientador que ejerce el DIDH con respecto al PNDH, de modo que este constituya un verdadero instrumento de políticas públicas que implemente, en un contexto específico, los estándares universales de derechos humanos.

Además, el capítulo ha incluido un análisis del rol de la institucionalidad de derechos humanos en la política exterior chilena, cuestión que ha estado en el centro de la agenda noticiosa durante el mandato del actual gobierno. Ello nos ha permitido ilustrar algunos de los problemas que surgen en nuestra institucionalidad, y que ponen de manifiesto la complejidad de los desafíos que tanto el discurso como el lenguaje de los derechos humanos pueden imponer a los actores estatales. En efecto, las tensiones que han surgido con la política exterior de derechos humanos, durante el segundo mandato presidencial de Sebastián Piñera, nos recuerdan lo complejo que puede resultar utilizar la política exterior como mera estrategia retórica, ignorando la premisa básica de que dicha política debe ser una proyección adecuada de lo desarrollado a nivel interno.

RECOMENDACIONES PARA EL ESTADO DE CHILE

Elaborar una visión sistémica de la institucionalidad de derechos humanos, así como un análisis institucional comparado, considerando las capacidades institucionales de los distintos órganos del Estado, con miras a mejorar la promoción y protección de los derechos humanos;

Reforzar la autonomía e independencia del INDH, sobre todo, eliminando la posibilidad de que los consejeros nombrados por el Poder Ejecutivo tengan voz y voto al interior del Consejo,

Elaborar un protocolo de coordinación interinstitucional para que la defensa de los intereses de Chile ante la comunidad internacional de

derechos humanos incluya la participación de todos los órganos pertinentes, de modo que dicha defensa represente una posición del Estado chileno y no la opinión del gobierno de turno;

Elaborar criterios, y supervisar su implementación, para mejorar la selección de candidatos y candidatas al Consejo del INDH por parte de los diferentes actores involucrados, en especial, respecto de las personas elegidas por las cámaras legislativas;

Apoyar la implementación del proceso de planificación estratégica que ha comenzado el INDH;

Mantener actualizada toda la información necesaria para el monitoreo y evaluación del Plan Nacional de Derechos Humanos, una vez que finalice la tramitación del decreto supremo que apruebe el texto definitivo del mismo;

Mejorar la coordinación interinstitucional requerida para que la institucionalidad de derechos humanos aborde de manera integral los asuntos de política interna y de política exterior, de modo que no se produzcan inconsistencias y/o contradicciones en la promoción y protección de derechos humanos.

Cath Collins

Investigadora asociada al Centro de DDHH de la Universidad Diego Portales, y entre 2007 y 2013 fue profesora adjunta de la Escuela de Ciencia Política de la misma casa de estudios. Hoy es catedrática en justicia transicional de Ulster University, Irlanda del Norte. El Observatorio de Justicia Transicional, fundado en 2008, monitorea el estado de cumplimiento en Chile de los derechos y deberes en verdad, justicia, reparaciones, memoria, y garantías de no repetición, respecto a las graves violaciones de los derechos humanos cometidas durante la dictadura de 1973 a 1990.

Tomás Vial Solar

Profesor de derecho constitucional, abogado y posee los grados de Licenciado en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Católica de Chile; LL. M (Legal Master) en Derechos Humanos, de la Universidad de Notre Dame, Estados Unidos; Magíster en Derecho Público, mención derecho constitucional, de la Pontificia Universidad Católica de Chile; y doctor en derecho, del University College London (UCL), Reino Unido. Entre 2012 y 2018 fue miembro del Centro de Derechos Humanos de la UDP y Editor General de su Informe Anual. Actualmente es Director de Aseguramiento de la Calidad de la Facultad de Derecho de la Universidad Andrés Bello y profesor de derecho constitucional de esa facultad y de la de Derecho UDP.

Antonia Rivas

Abogada, licenciada en Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Diego Portales y doctora P.hD en Antropología Sociocultural de la Universidad de California, Berkeley. Ha realizado diplomados y cursos en Antropología del Derecho, Decolonialidad, Interculturalidad y Políticas Públicas.

Fernanda Gutiérrez Merino

Abogada, licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Andrés Bello, Magíster en Administración Públicas y Organizaciones Sin Fines de Lucro de la Universidad de Memphis, Estados Unidos, Magíster en Ciencias Políticas de la Universidad de Mississippi, profesora asistente de la Clínica Jurídica de Migrantes y Refugiados de la Universidad Diego Portales y abogada a cargo de proyecto en colaboración del Centro de Derechos Humanos de la misma casa de estudios y ACNUR para asistir y monitorear la situación de las personas venezolanas en Chile.

Claudia Charles Pacheco

Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Diego Portales. Pasante en la Escuela de Derecho de Yale, Estados Unidos, mediante el Programa Linkage 2018. Ganadora primer lugar del Concurso Nacional del Semillero de Derecho Procesal 2016. Profesora ayudante de la Clínica Jurídica de Migrantes y Refugiados de la Universidad Diego Portales y encargada de la atención específica en el proyecto en colaboración del Centro de Derechos Humanos de la misma casa de estudios y ACNUR.

Ester Valenzuela Rivera

Abogada, Magíster en derechos de Infancia Adolescencia y Familia Universidad Diego Portales, Postítulo en Mediación Social Universidad de Chile Académica Universidad Diego Portales.

Paula Correa Camus

Abogada Pontificia Universidad Católica, Académica Universidad Diego Portales, Mediadora y Directora del Programa Curadurías Ad litem Facultad de Derecho Universidad Diego Portales.

Liliana Ramos Abadie

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.

Miguel Órdenes

Investigador de la alianza entre la Universidad de California-Berkeley (UC Berkeley) y el Centro de Desarrollo de Liderazgo Educativo (CEDLE) de la Universidad Diego Portales (UDP). Miguel es Sociólogo de la Pontificia Universidad Católica de Chile, además tiene el grado de Máster y Doctor en Estudios de Políticas y Organizaciones de la Escuela de Graduados de Educación de UC-Berkeley.

Gloria Maira

Economista, Maestría en Ciencias Sociales con especialidad en género y diplomado superior en género y políticas públicas (ambas de Flacso, Ecuador). Feminista, ha ocupado funciones de alta responsabilidad en el sector público, y de dirección ejecutiva y coordinación en espacios no gubernamentales y ciudadanos en el país y la región, todos relacionados con derechos humanos y derechos humanos de las mujeres.

Karla Varas Marchant

Abogada U. de Chile, profesora asociada derecho del trabajo PUCV, Doctora en derecho por la Universidad Diego Portales y Universidad de Salamanca, España, Magister en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Universidad de Talca.

Claudio Martínez Guzmán

Psicólogo clínico y psicoterapeuta psicoanalítico. Doctor en Psicología y Magister en Psicología Clínica. Profesor Titular y Director del Centro de Estudios en Psicología Clínica y Psicoterapia (CEPPS) de la Facultad de Psicología de la Universidad Diego Portales. Investigador Asociado del Instituto Milenio para la Investigación de la Depresión y Personalidad (MIDAP). Docente y supervisor de la Unidad de Psicoterapia Dinámica del Instituto Psiquiátrico. En los últimos años ha desarrollado investigación en psicoterapia y salud mental en personas de la diversidad sexual y de género. Actualmente coordina una red Latinoamericana de Investigación en Psicoterapia con personas LGBT.

Alemka Tomicic

Psicóloga y Doctor en Psicología de la P. Universidad Católica de Chile. Directora de la Escuela e Psicología de la Universidad Diego Portales y miembro del Centro de Estudios en Psicología Clínica y Psicoterapia (CEPPS) de la Facultad de Psicología UDP. Investigadora Asociada del Instituto Milenio para la Investigación en Depresión y Personalidad (MIDAP).

Sebastián Del Pino Rubio

Abogado, licenciado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica y magíster en Pensamiento Contemporáneo de la Universidad Diego Portales. Actualmente se desempeña como investigador en la Unidad de Estudios del Instituto Nacional de Derechos Humanos y ayudante senior en el Programa de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

Eduardo Alcaíno

Abogado y Magíster en Ciencias Jurídicas, Universidad de Stanford. Profesor de Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. 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 cárcel, persecución penal, funcionamiento y organización de policías y fiscales, tanto en Chile como en América Latina.

Dominique Hervé

Profesora asociada de la Facultad de Derecho de la UDP y dirige el Programa de Derecho y Política Ambiental de la misma Facultad. Es abogada de la Universidad de Chile, LLM en derecho ambiental del University College London y doctora en derecho por la P. Universidad Católica de Valparaíso. Se especializa en temas de regulación ambiental y recursos naturales.

Judith Schönsteiner

Profesora asociada de la Facultad de Derecho de la UDP e investigadora de su Centro de Derechos Humanos. Tiene un doctorado en derecho y un LL.M. en Derecho Internacional de los Derechos Humanos por la Universidad de Essex, Reino Unido. Se especializa en temas de regulación de actividades empresariales y derechos humanos. Es miembro de la Business and Human Rights Scholar Association.

Alberto Coddou Mc Manus

Abogado de la Universidad de Chile, Máster en Derecho por la Universidad de Nueva York, y Doctor en Derecho por la Universidad de Londres. Trabajó como investigador del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales. Actualmente, es profesor del Instituto de Derecho Público de la Universidad Austral de Chile, campus Isla Teja, Valdivia.

El Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales presenta su décimo séptimo *Informe anual sobre Derechos Humanos*, donde trata los hechos relativos a esta materia ocurridos entre mediados de 2018 y mediados de 2019 y también investigaciones en materia de derechos humanos. En esta edición, el *informe* incluye ocho capítulos de actualidad, escritos por diversos autores y autoras de distintas disciplinas y comunidades académicas, en donde relevan estos hitos ocurridos en el último año, analizándoles a la luz de los estándares de derechos humanos aplicables. Además, se incluyen cuatro capítulos de investigación, que profundizan en temáticas de derechos humanos, mostrando los avances y desafíos existentes en cada una de ellas. El *informe* se inicia, como es costumbre, con un capítulo sobre justicia transicional, respecto a las violaciones a los derechos humanos ocurridos bajo la dictadura militar en Chile. Contiene, luego, capítulos sobre derechos de las personas LGBTI; pueblos indígenas; personas migrantes, solicitantes de asilo y refugiadas; niños, niñas y adolescentes; derecho a la educación; derechos de las mujeres, y derechos laborales. Posteriormente encontramos los capítulos de investigación, que versan sobre el acceso a la salud mental de personas LGBTI+; las personas privadas de libertad y acceso a prestaciones de salud en las cárceles chilenas; el estado de la Información sobre calidad de aire en Chile y la institucionalidad de Derechos Humanos en Chile.

En cada capítulo, el *Informe* determina cuáles son los estándares de derechos humanos aplicables y con ello se realiza el análisis de normas, políticas o hechos, con el objetivo de apreciar de qué forma el Estado de Chile cumple o no con sus obligaciones internacionales. Lo anterior con el propósito de colaborar en la construcción de una sociedad que respete, promueva y proteja los derechos humanos de todas las personas.

ISBN 978-956-314-453-6



9 789563 144536

