

INFORME ANUAL SOBRE DERECHOS HUMANOS EN CHILE 2023



**Judith Schönsteiner (ed.)
Cristóbal Carmona (ed.)**

Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales.
Judith Schönsteiner (Editora general).
Cristóbal Carmona (coeditor).

Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2023.

Santiago de Chile. Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, 2023, 1ª edición, p. 588, 15x23 cm.

Dewey: 341.4810983.

Cutter: In38.

Colección Derecho.

Incluye referencias bibliográficas, notas y biografías de los autores.

Materias:

Desastres, seguridad pública y reformas sociales/ Justicia transicional/ Estallido social / Medidas estatales de seguridad/ Derechos de las personas migrantes / Derechos de las personas mayores / Derechos de los pueblos indígenas / Deber de restauración / Sistema de salud / Transparencia en materia de sustentabilidad corporativa / Institucionalidad de infancia / Institucionalidad de derechos humanos.

INFORME ANUAL SOBRE DERECHOS HUMANOS EN CHILE 2023

© vv.aa

© Ediciones Universidad Diego Portales 2023

Primera edición: noviembre 2023

Inscripción en trámite del Departamento de Derechos Intelectuales

ISBN 978-956-314-577-9

Universidad Diego Portales
Facultad de Derecho
República 112
Teléfono (56-22) 676 8806
Santiago de Chile

Editora general: Judith Schönsteiner

Co-editor: Cristóbal Carmona

Edición: vigésimo primera

Diseño: María Fernanda Pizarro Muñoz

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

Las opiniones y análisis en los artículos son de responsabilidad de sus autores.



INFORME ANUAL SOBRE DERECHOS HUMANOS EN CHILE 2023

CENTRO DE DERECHOS HUMANOS
FACULTAD DE DERECHO – UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES



EDICIONES
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

ÍNDICE

Desastres, seguridad pública y reformas sociales: los grandes desafíos para una mejorada regulación con enfoque de derechos humanos 13

Judith Schönsteiner, Cristóbal Carmona

Justicia Transicional	14
Nueva Constitución: La respuesta “desconfigurada” al estallido social	18
La amenaza del <i>backlash</i> en materia de derechos humanos	25
A cuatro años del estallido social: la responsabilidad de los superiores	28
Seguridad, migración y crimen organizado	30
Seguridad y derechos humanos en la Macrozona Sur / Wallmapu	35
Ordenamiento territorial, desastres y derechos humanos	39
Medioambiente, derechos sociales, derechos indígenas y empresas	43
Institucionalidad de derechos humanos y de infancia	46

“Que las promesas se vuelvan ciertas”: verdad, justicia, reparación, memoria y garantías de no repetición en Chile a 25 años de la reanudación de causas penales 50

Cath Collins, Andrea Ordóñez, et al.

Síntesis	50
Introducción	52
1. Verdad	54
1.1. Balance	54
1.2.1. Desaparición forzada: Chile y el Grupo de Trabajo de la ONU sobre desapariciones forzadas e involuntarias	55
1.2.2. Búsqueda e identificación	58
1.3. Novedades en la identificación y restitución de personas	63
1.4. Plan Nacional de Búsqueda	66
1.5. Otras noticias en torno a la desaparición forzada	71
1.6. Acta del Pleno de la Corte Suprema que limita acceso público a expedientes y carpetas electrónicas de causas	74

2. Justicia	76
2.1. Balance general	76
2.2. Actuación de tribunales nacionales	85
2.3.1. Tendencias recientes en materia penal: autoría mediata, atenuantes y agravantes, y usos novedosos del derecho	105
2.3.2. Ministras y ministros en visita y acciones de la Oficina de Coordinación Nacional de causas de DDHH	110
2.3.3. Procesos de DDHH ante el Tribunal Constitucional	113
2.4. Otros Actores Relevantes: la Corporación de Asistencia Judicial	116
2.5. Agentes	117
2.5.1. Número preocupante de agentes prófugos	118
2.5.2. Agentes fallecidos e impunidad biológica a nivel de causa	121
2.6. Chile ante el Sistema Interamericano de DDHH y ante las Naciones Unidas	122
3. Reparación	125
3.1. Reparación por vía administrativa: programas y medidas de políticas públicas	125
3.2. Reparación por vía judicial: demandas civiles	131
3.3.1. Reparación simbólica por vía judicial – disolución de condenas espurias dictadas por tribunales militares en tiempo de guerra	137
3.3.2. Otras formas de reparación no monetarias por vía judicial	139
4. Memoria	142
5. Garantías de no repetición	147
5.1. Protagonismo feminista y sobreviviente contra la tortura	149
5.2. Homenajes universitarios y judiciales a profesionales del Derecho	150
5.3. Universidad de Valparaíso inicia proceso de reflexión y reparación	152
5.4. Conmemoración ecológica intergeneracional e internacional	153
5.5. Interpelaciones a las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública: cultura institucional y garantías de no repetición	154
6. Conclusiones	156
Recomendaciones reiteradas	159
Recomendaciones	159

Responsabilidad de los superiores por los delitos cometidos por sus subordinados con ocasión del “estallido social” en Chile **162**

Sabrina Alejandra Perret Neilson

Síntesis	162
Introducción	163
1. Dinámica y peligros de la criminalidad cometida por miembros de organizaciones	168

2. La responsabilidad de los superiores jerárquicos en la Ley 20.357	171
2.1. El elemento internacional	172
2.2. La responsabilidad del superior en el artículo 35 de la Ley 20.357	174
2.2.1. Elementos materiales del delito	174
2.2.2. Elementos subjetivos: conocimiento por parte del superior de la perpetración de ilícitos cometidos por subordinados	177
3. Responsabilidad por el mando en el Artículo 150 letra A y D del Código Penal	178
3.1. Tipicidad objetiva	179
3.1.1. La organización y el sujeto activo del delito	179
3.1.2. Conducta: omisión y capacidad de actuar	181
3.1.3. Posibilidad de evitar el hecho (elemento “causal”)	184
3.2. Tipicidad Subjetiva	189
4. Conclusiones	191
Recomendaciones	193

Medidas estatales en materia de seguridad **194**

Victor Beltrán Román, Angélica Torres Figueroa, Judith Schönsteiner

Síntesis	194
Introducción	194
1. La agenda de seguridad	197
1.1. Panorama general de la agenda legislativa	198
1.2. Selección de leyes y proyectos	199
2. Análisis de las medidas estatales en materia de seguridad a la luz de las obligaciones estatales	202
2.1. Prevención y detección temprana de estructuras delictivas organizadas que pueden poner en riesgo la seguridad	206
2.1.1. Estándares	206
2.1.2. Análisis	208
2.2. Investigación y detección	213
2.2.1. Estándares	214
2.2.2. Análisis	215
2.3. Persecución e intervención en el territorio	218
2.3.1. Estándares	218
2.3.2. Análisis	221
2.4. Enjuiciamiento	223
2.4.1. Estándares	224
2.4.2. Análisis	224

2.5. Sanción y reinserción	229
2.5.1. Estándares	229
2.5.2. Análisis	230
3. Conclusiones	233
Recomendaciones	235
Estado de Chile y migración: desafíos en la protección de los derechos de las personas migrantes	237
<i>Isadora Castro Zumarán, Ignacio Fuentes Miranda, Constanza Nazar Ortiz</i>	
Síntesis	237
Introducción	238
1. Gobernanza de frontera: estándares de derechos humanos	241
1.1. Medidas para controlar el ingreso irregular en frontera y registrar a quienes están en situación irregular	245
1.1.1. “Devoluciones en caliente”: la reconducción inmediata como medida ineficaz para controlar la migración irregular en frontera	246
1.1.2. Participación de militares en frontera: ley de infraestructura crítica	251
1.2. Autodenuncia: incentivos y beneficios poco claros	254
2. Acceso al derecho a la educación de la población migrante y chilena	258
2.1. Contexto nacional	259
2.2. ¿Colapso de matrícula?	260
2.2.1. Medidas propuestas	262
2.2.2. Cuestiones pendientes	264
3. Demora en respuesta a la residencia definitiva	264
3.1. Datos entregados por el Servicio Nacional de Migraciones y el análisis realizado por la auditoría de la Contraloría	265
3.2. Derechos fundamentales en la Ley 21.325 y su acceso durante la tramitación de la residencia definitiva	270
3.4. Avances y desafíos	272
4. Conclusiones	273
Recomendaciones	277
El sistema de salud chileno en tiempos de reforma: Evaluación de un modelo segregado	279
<i>Catalina Milos Sotomayor</i>	
Síntesis	279
Introducción	280

1. Breve reseña sobre el sistema de salud chileno	283
1.1. Cómo funcionan los sistemas público y privado de salud	284
1.2. Financiamiento de ambos sistemas	286
1.3. Las agencias reguladoras y el rol de las Tribunales Superiores de Justicia	287
2. Problemas identificados en el sistema de salud chileno desde una perspectiva de derechos humanos	288
2.1. Los estándares de derecho internacional de los derechos humanos en materia de derecho a la salud	288
2.1.1. Obligaciones generales	291
2.1.2. Elementos esenciales del derecho a la salud	293
2.2. Problemas identificados en el sistema de salud chileno	293
2.2.1. Falta de equidad entre el sistema de salud público y privado	293
2.2.2. Mayores tiempos de espera en Fonasa e Isapres	301
2.2.3. Aumento de los y las afiliadas en Fonasa	303
2.2.4. Falta de claridad y equidad en los criterios de priorización en la atención de salud para los y las usuarias de Fonasa	305
2.2.5. Falta de respuesta del Poder Ejecutivo y Legislativo frente a las advertencias del Poder Judicial en materia de salud	309
2.2.6. Problemas de acceso a la justicia ante las Cortes Superiores de Justicia y Superintendencia de Salud	313
2.2.7. Fragilidad financiera del sistema privado de salud e incertidumbre	314
2.2.8. Notas generales sobre gasto público focalizado en el sistema de salud, avances y desafíos	315
3. Propuestas de reforma para mejorar el sistema de salud	316
3.1. Informe Comisión Asesora Presidencial Presidenta Bachelet sobre Reforma al Sistema Privado de Salud (2014)	316
3.2. Informe Final de Acuerdos Comisión de Expertos para las Reformas de las Isapre y del Fonasa, Informe Accorsi (2020)	317
3.3. Propuestas de solución para la crisis que enfrenta el sistema de Isapres. Informe exsuperintendentes (2023)	319
3.4. Proyecto de Ley Corta (2023)	320
4. Lineamientos para una futura reforma a la salud en Chile	322
Recomendaciones	324
¿Quién cuida a las cuidadoras de los establecimientos de larga estadía para personas mayores?	326
<i>Lidia Casas Becerra, Valentina Salazar Wattier</i>	
Síntesis	326
Introducción	327

1. El derecho internacional de los derechos humanos y las personas mayores	330
2. Estándares de derechos humanos sobre la protección a trabajadoras y trabajadores	334
3. “Casa de reposo”, “asilo” o “guardería de viejitos”: los establecimientos de larga estadía	337
4. Las trabajadoras en el ámbito del cuidado	344
5. Deber del Estado de fiscalizar los ELEAM y proteger a trabajadoras y trabajadoras	355
6. Conclusiones	362
Recomendaciones	364
¿Compartiendo beneficios en el Salar de Atacama? Recursos naturales, explotación del litio y modelo(s) de desarrollo en territorio del pueblo atacameño	365
<i>Cristóbal Carmona Caldera</i>	
Síntesis	365
Introducción	366
1. La explotación del litio en el Salar de Atacama	368
1.1. Marco normativo y regulación jurídica del litio en Chile	369
1.2. Explotación del litio y relacionamiento entre empresas y comunidades indígenas	370
2. El derecho a participar en los beneficios presente en el Convenio N°169	374
2.1. Fundamentos	374
2.1.1. Derecho al desarrollo	374
2.1.2. Proporcionalidad: la distribución equitativa de los costos y beneficios	376
2.2. Objetivos del derecho	379
2.3. Forma de implementación	380
2.3.1. Dimensiones de implementación	380
2.3.2. Obligaciones procesales	380
2.3.3. Sujetos activos	383
2.3.4. Tipos de beneficios	385
3. Participación en los beneficios en la explotación del litio en el Salar de Atacama	385
3.1. Medidas de participación en los beneficios incorporadas al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA)	386
3.1.1. Resultados	387
3.2. Acuerdos privados entre empresas y comunidades indígenas	389
3.2.1. Los acuerdos negociados para compartir beneficios en el Salar de Atacama	390

3.3. Mecanismo de distribución de beneficios Corfo-SQM	394
4. Análisis: ¿Beneficios compartidos en el Salar de Atacama?	398
4.1. Territorialidad y afectación: la necesidad de una aproximación en dos niveles	398
4.2. Desarrollo y proporcionalidad: los objetivos de la participación en los beneficios	401
4.2.1. Mejoramiento de condiciones de vida en el Salar	401
4.2.2. Proporcionalidad en la distribución de cargas y beneficios: las tensiones y oportunidades con la protección ambiental del territorio	402
4.3. Participación en diseño e implementación	407
5. Conclusiones	408
Recomendaciones	409

El deber de restaurar ecosistemas a la luz de instrumentos y estándares sobre derechos humanos y del medio ambiente, y su implementación en Chile 410

Paula Candia Inostroza

Síntesis	410
Introducción	411
1. La restauración desde las ciencias	414
1.1. Gradiente de actividades para recuperar ecosistemas dañados	415
1.2. La recuperación mínima necesaria para lograr un ambiente sano	419
2. Fuentes internacionales y regionales	420
2.1. El deber de restaurar en el derecho ambiental internacional	421
2.2. El derecho humano a un ambiente sano en relación con el deber de restaurar	423
2.3. Estándar del deber de restaurar en relación con el derecho humano a un ambiente sano	428
3. Tratamiento e implementación del deber de restaurar en Chile	430
3.1. Referencias regulatorias a la restauración en Chile	431
3.2. Contenido de los proyectos de restauración	437
3.3. Ausencia de restauración en el norte de Chile	444
3.3.1. Ejemplos de acciones recuperativas defectuosas en ecosistemas contaminados de la zona norte	445
3.3.2. Consideraciones finales en relación a la implementación de la restauración en Chile	451
4. Conclusiones	452
Recomendaciones	454

Transparencia en materia de sustentabilidad corporativa desde una perspectiva de derechos humanos 456

Carlos Miranda, Danny Rayman

Síntesis	456
Introducción	456
1. Estándares internacionales	459
1.1. El deber del Estado de proteger	459
1.2. La responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos	464
1.3. Acceso a la justicia y a mecanismos de reparación	468
2. Institucionalidad de transparencia sobre sostenibilidad corporativa	470
2.1. Entidades fiscalizadas y obligaciones de información	470
2.2. Contenido de la obligación de informar cuestiones ASG	472
2.3. Responsabilidad y sanciones por incumplimiento	477
3. Transparencia corporativa en materia de derechos humanos en Chile	480
3.1. Enfoque de derechos humanos en la información	483
3.1.1. Identificación de grupos afectados y localización geográfica	484
3.1.2. Enunciación de derechos impactados por empresa	485
3.2. Reclamación y remediación	488
3.3. Consideración de fuentes de terceros	491
3.4. Verificación externa de la información	491
4. Conclusiones	493
Recomendaciones	496

“Mejor Niñez”, ¿mejor servicio? Análisis del nuevo Servicio de Protección Especializada de la Niñez y Adolescencia 498

Francisco Estrada, María José Jara

Síntesis	498
Introducción	499
1. La creación de un nuevo servicio de protección	503
2. Marco normativo nacional	508
3. Análisis de la implementación	510
3.1. Desinstitucionalización	510
3.1.1. Prevención de la separación	512
3.1.2. Priorización de formas de cuidado familiar	516
3.1.3. Idoneidad del acogimiento residencial	518
3.2. Violencia en el sistema residencial	525

3.3. Instalación del Servicio	531
3.3.1. La normativa de la instalación	532
3.3.2. Las diversas dimensiones de la instalación	537
4. Conclusiones	544
Recomendaciones	546
La institucionalidad de derechos humanos en Chile: un balance a 30 años de los Principios de París	548
<i>Vicente Aylwin, Elvira Vergara</i>	
Síntesis	548
Introducción	549
1. La institucionalidad de derechos humanos a 30 años de los Principios de París	550
1.1. Estándares y evolución	550
1.2. Autonomía e independencia	554
2. La institucionalidad autónoma de derechos humanos: evaluación, balance y seguimiento de recomendaciones	559
2.1. INDH	559
2.1.1. Sobre la nueva composición del Consejo y el mecanismo de designación de sus miembros	559
2.1.2. La autonomía a la luz de la Ley de Presupuesto 2023	562
2.1.3. Autonomía frente a las querellas presentadas contra el exdirector por decisiones tomadas por el Consejo	566
2.2. Balance sobre la autonomía y seguimiento de recomendaciones	567
2.2. Defensoría de la Niñez	570
2.2.1. Autonomía en el proceso de designación del nuevo Defensor o Defensora de la Niñez	571
2.2.2. Autonomía financiera de la Defensoría de la Niñez	574
2.2.3. Pluralismo y participación de la sociedad civil en la Defensoría de la Niñez	576
2.2.4. Balance sobre la autonomía y seguimiento de recomendaciones	576
2.3. Comité para la Prevención de la Tortura	578
2.3.1. Autonomía en el mandato legislativo y autonomía funcional del Comité	578
2.3.2. Autonomía financiera del Comité	583
2.3.3. Pluralismo al interior del Comité	584
2.3.4. Balance sobre la autonomía y seguimiento de recomendaciones	585
3. Conclusiones	586
Recomendaciones	587

DESASTRES, SEGURIDAD PÚBLICA Y REFORMAS SOCIALES: LOS GRANDES DESAFÍOS PARA UNA MEJORADA REGULACIÓN CON ENFOQUE DE DERECHOS HUMANOS

Judith Schönsteiner¹
Cristóbal Carmona²

Los derechos humanos no son ni de derecha ni de izquierda. Este fue, indirectamente, el más importante reconocimiento de la Declaración de Viena de 1993 que este año cumple ya tres décadas de existencia. Se trata de un documento adoptado por consenso entre representantes de los entonces 171 Estados de la ONU que participaron de la Conferencia Mundial sobre los Derechos Humanos; naciones que durante la vigencia de la guerra fría adhirieron a una u otra interpretación polarizada –entre sí incompatibles– de los derechos humanos. En Viena, la división se superó. Pareciera que hoy –por otras razones a las que aludimos brevemente en esta introducción– este consenso vuelve a estar cuestionado en un clivaje que instalan extremistas de diferentes sectores del espectro político y religioso.

Este vigésimo primer Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile busca abordar y profundizar en distintos desafíos en relación al respeto, la protección y la garantía de los derechos humanos que se presentan en nuestro país. Las y los autores analizan, siempre desde el derecho internacional de los derechos humanos que Chile ha ratificado, los avances y desafíos en materia de justicia transicional; la capacidad del derecho penal de hacerse cargo de la responsabilidad penal de los altos mandos

¹ Profesora titular, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales. Investigadora del Centro de Derechos Humanos de la misma universidad. Miembro asociada del Centre for Human Rights Erlangen-Nürnberg, Friedrich Alexander-Universität. Agradecemos el trabajo imprescindible de los ayudantes de edición, Francisco Fierro, y Joaquín Torres, ambos estudiantes de pregrado de la Universidad Diego Portales.

² Profesor asistente, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales. Investigador del Centro de Derechos Humanos de la misma universidad.

por violaciones a los derechos humanos cometidas por policías y/o militares durante el estallido social; la agenda de seguridad del Gobierno; y la política y regulación migratoria. En temas de derechos sociales, analizan las reformas propuestas para el sistema de salud; las condiciones laborales de las cuidadoras en los Establecimientos de Larga Estadía para Adultos Mayores (ELEAM); el cumplimiento con las obligaciones de restauración ambiental; los acuerdos de impacto beneficio de las empresas del litio con las comunidades indígenas en el Salar de Atacama; y las nuevas obligaciones, definidas en la NCG 461, para que ciertas empresas que reportan a la Comisión de Mercado Financiero incluyan información sobre el respeto a los derechos humanos en sus memorias no-financieras. Dos capítulos, por último, analizan el Servicio Mejor Niñez, y la institucionalidad independiente de derechos humanos, respectivamente. Esta introducción, además, evalúa la conformidad del borrador del Consejo Constitucional con el derecho internacional de los derechos humanos vigente para Chile; los avances y desafíos en materia de la violencia en la Macrozona Sur / Wallmapu, y esboza algunas reflexiones sobre prevención y manejo de los desastres naturales desde una perspectiva de derechos humanos.

JUSTICIA TRANSICIONAL

En este 2023 se cumplió el aniversario de los 50 años del golpe de Estado en Chile; además, ya pasaron 25 años desde que Pinochet fuese detenido en Londres, el 16 de octubre de 1998, en virtud de una orden de captura expedida por el juez español, Baltazar Garzón. A la detención y posterior fallo de la Cámara de los Lores sobre la extradición del exdictador, le siguieron una serie de acciones en territorio nacional relacionadas a iniciativas para la búsqueda de la verdad, así como un avance en la investigación y condena en los crímenes contra la humanidad de la era Pinochet. De igual forma, el fallo de la Cámara de los Lores, al indicar que un exjefe de Estado no goza de inmunidad con respecto a cargos de tortura o conspiración para cometer dichos actos y al afirmar el principio de jurisdicción universal, marcó un hito en lo que se refiere al enjuiciamiento de extiranos en el resto del mundo. Recuérdese que en Chile la Corte Suprema llegó a extraditar a Fujimori³ al Perú, incluso, antes de que el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional hubiese sido ratificado.

En este contexto, en materia de Verdad, el 30 de agosto –fecha que conmemora el Día Nacional de las Víctimas de Desaparición Forzada– se

³ Corte Suprema de Chile, sentencia de fecha 21 de septiembre de 2007, rol 3744-07.

firmó en nuestro país, por parte del gobierno del presidente Gabriel Boric, el decreto que oficializó el Plan Nacional de Búsqueda (PNB). Este Plan supone una instancia de búsqueda administrativa, complementaria a lo judicial. Su objetivo es “esclarecer las circunstancias de desaparición y/o muerte de las personas víctimas de desaparición forzada, de manera sistemática y permanente, de conformidad con las obligaciones del Estado de Chile y los estándares internacionales”. De acuerdo a la información disponible en el sitio web del Plan, se cifra en 1.469 personas las víctimas de desaparición forzada, 1.092 personas reconocidas como víctimas detenidas-desaparecidas, 377 calificadas como personas víctimas de ejecución política “sin entrega de cuerpos” en el país durante la dictadura militar. De ellas, se informa, solo 307 han sido ubicadas y entregadas a familiares. Entre las finalidades del PNB se encuentra tanto esclarecer circunstancias y paraderos como garantizar información y participación, e implementar medidas de reparación y garantías de no repetición. En esta línea, es importante destacar que, entre la serie de iniciativas legislativas presentadas en el marco de los 50 años del golpe de Estado, el Gobierno anunció una que busca levantar parcialmente y bajo reserva el secreto de los testimonios prestados por víctimas ante la Comisión de Prisión Política y Tortura (Informe Valech 1 y 2). La decisión final sería, eso sí, prerrogativa de los y las sobrevivientes de la prisión y la tortura o de sus familiares cuando los primeros hayan muerto. Estas políticas e iniciativas son cada vez más relevantes si se tiene en consideración lo determinante que es el factor “tiempo” en la búsqueda y esclarecimiento de los crímenes de la dictadura y, en especial, en la ubicación de los cuerpos, y la sanción a los responsables. En este sentido, remeció la nota del periodista investigativo alemán Wilfried Huismann sobre el supuesto uso de la Pesquera Arauco, una planta para la elaboración de harina de pescado –cuyo dueño en la época de la dictadura era el SS Walter Rauff–⁴ en la eliminación de los cuerpos de personas desaparecidas. La Comisión de Búsqueda no podría descartar el testimonio reportado, pero tampoco otras hipótesis sobre el paradero de las personas víctimas de desaparición forzada.

En cuestiones relativas a Memoria, los 50 años mostraron un retroceso desde el punto de vista político, al relativizar en ciertos sectores la condena al golpe de Estado. Así, mientras que para la conmemoración de los 40 años del golpe, en 2013, el entonces presidente Sebastián Piñera hacía referencia a los “cómplices pasivos”, en alusión a los civiles que “sabían y

⁴ Tagesschau.de: Wilfried Huismann, “Walther Rauff: Pinochet deutscher Pate”, 3 de septiembre de 2023. <https://www.tagesschau.de/investigativ/wdr/chile-pinochet-diktatur-nazis-rauff-100.html>. Para una traducción al inglés, favor revisar derechoshumanos.udp.cl.

no hicieron nada o no quisieron saber y tampoco hicieron nada”, el 2023 los partidos de Chile Vamos se negaron a firmar la carta propuesta por el Gobierno con ocasión de los 50 años. Este documento –denominado “Compromiso: por la democracia, siempre”– además de referirse al “quiebre violento de la democracia en Chile” y plantear un compromiso en torno a la defensa y promoción de los derechos humanos, hace una mención expresa a la necesidad de cuidar la *memoria*, “porque es el ancla del futuro democrático que demandan nuestros pueblos”. Frente a ello, la oposición emitió sus propias declaraciones en las que, si bien se reafirmaba el respeto por los derechos humanos, se evitaba una condena al golpe de Estado, indicando que no se podía “pretender imponer verdades únicas”. Con esto se niegan las verdades que se han ido construyendo a partir de Comisiones de Verdad y procesos judiciales sobre los graves crímenes cometidos y lo injustificable que es el derrocamiento militar de un gobierno democráticamente elegido.

Es indicativa de este nuevo contexto, la norma sobre libertad de expresión que se aprobó en el Consejo Constitucional, que buscaría suprimir las “verdades oficiales”. En este sentido, en momentos en que el Consejo Constitucional vota una nueva propuesta, caminamos por una senda que propicia la negación o justificación de los hechos acontecidos en dictadura. El artículo relativo a la libertad de expresión, por ejemplo, se aprobó con una muy particular formulación que propicia la negación de lo que sectores del país consideran como verdades oficiales emanadas de los Informes Rettig y Valech, correspondiendo además a documentos que implementan obligaciones internacionales del Estado de Chile. La propuesta indica:

El Estado no puede privar, restringir, perturbar o amenazar la libertad de expresión por vías directas o indirectas que impidan la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. *En caso alguno podrá establecer ideas u opiniones como únicas u oficiales* y tampoco podrá sancionar la expresión de ideas u opiniones contrarias a la manifestada por el Estado, sus organismos, autoridades o funcionarios (Consejo Constitucional, 2023).

Esta polarización política contrasta con la indiferencia que experimentaría la ciudadanía frente al tema. Así, según datos de la encuesta Pulso Ciudadano-Activa Research, solo un 25% de los chilenos estaría interesado/muy interesado en la conmemoración de los 50 años⁵, mientras un 56% se manifestó como nada interesado/poco interesado. Al respecto, se debe

⁵ Emol.cl: "50 años: 56% de la población tiene un bajo interés por conmemoración y 70% estima que la fecha divide a los chilenos", 6 de septiembre de 2023.

recordar no sólo las obligaciones internacionales que le caben al Estado de generar una política que permita fortalecer la memoria pública sobre los crímenes de dictadura, sino también la responsabilidad que le compete a los medios de comunicación y a los partidos políticos de no avalar, ni mucho menos instalar, discursos negacionistas.

Además, se buscó establecer, en forma indirecta, beneficios carcelarios para un grupo específico de personas privadas de libertad, materia que no es propia de un texto constitucional, al contrario de lo que una enmienda de la bancada republicana en el Consejo pretende hacer creer. Esa propuesta finalmente se rechazó con algunos votos y abstenciones de la derecha. En el caso específico de los condenados por múltiples crímenes de lesa humanidad, desapariciones forzadas, tortura, ejecuciones arbitrarias, secuestro de niños y niñas: aunque se les deban aplicar razones humanitarias, el arresto domiciliario, o la entrega a los familiares por sobreesimiento (dadas las condiciones de salud por senilidad u otras), debe ser estricto y no es admisible que víctimas que hayan sufrido graves vulneraciones por sus órdenes o por sus propias manos, se puedan encontrar casualmente, en espacios públicos, con quienes fueron sus torturadores, gatillando de nuevo el trauma.

Igual de preocupante es la aprobación en el Consejo Constitucional de la eliminación de una frase propuesta por el Comité de Expertos, relativa al respeto irrestricto de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad a la democracia y a los derechos humanos.

Así es que podemos constatar un considerable riesgo democrático, no solo en la desafección de la mayoría de la población chilena (y latinoamericana) con la democracia; sino también en la creciente polarización en torno a temas contingentes como la seguridad y la migración, entre otros. Aunque los derechos humanos son políticamente neutros, hay ciertas posturas promovidas por los extremos del espectro político, que están claramente en contradicción con las normas del derecho internacional de los derechos humanos. Como sociedad y Estado, Chile no puede permitir que estas posiciones cristalicen en principios rectores de las políticas públicas, en legislaciones o en nuestra futura Constitución. Los votantes tenemos una considerable responsabilidad en ello, tal como la tienen los poderes del Estado. Debemos ser muy claros: los regímenes autoritarios y dictatoriales, una vez instalados, pudieron operar con bastante libertad en un sistema internacional que solía intervenir poco en los Estados –incluso si estuvieran los votos de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad necesarios para ello. Solo en contados casos, de los muchos que involucran violaciones sistemáticas y graves de derechos humanos, la ONU actuó. Los

órganos políticos de la OEA sólo intervinieron, más o menos exitosamente en estos años, en el golpe de Estado en Honduras; y no han intervenido en la situación en Venezuela ni en Nicaragua. Durante los 70, fueron sólo los organismos de derechos humanos –en particular, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y la Comisión de Derechos Humanos de la ONU a través del Grupo de Trabajo sobre la Situación en Chile–, los que, a partir de entrevistas con personas refugiadas y exiliadas, documentaron la tortura, en particular, la tortura sexual, cometida por el régimen militar.

Todos y todas tenemos responsabilidad en relación con el respeto a los derechos humanos. Tal como señala la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 30: “Nada en esta Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración.” No obstante, en todo el continente americano están surgiendo partidos que promueven programas políticos en cuyos contenidos está ausente y olvidado este aprendizaje básico de la humanidad: las lecciones de los crímenes internacionales cometidos por el Estado nazi.

En este complejo escenario, el capítulo de Cath Collins, Andrea Ordóñez y otros miembros del Observatorio de Justicia Transicional de la UDP, analiza los avances y retrocesos en materia de Verdad, Justicia, Reparación, Memoria y Garantías de No Repetición en Chile a 25 años de la reanudación de las causas penales.

NUEVA CONSTITUCIÓN: LA RESPUESTA “DESCONFIGURADA” AL ESTALLIDO SOCIAL

Después del rechazo, en el plebiscito del 4 de septiembre de 2022 (*Informe 2022*), de la propuesta emanada de la Convención Constitucional, se acordó encomendar un nuevo proceso constituyente a un Consejo Constitucional que debía discutir –y eventualmente, enmendar– un borrador de una comisión experta. Comentaremos aquí, en relación a esta temática, la consagración de los derechos fundamentales, en particular, los derechos sociales y su balance con otros derechos, y la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos.

El debate constitucional conlleva considerables riesgos para los derechos humanos. Sectores políticos que quedaron mayoritarios en los órganos constituyentes –de manera circunstancial o por campañas mediáticas enfocadas en contingencias, no en temas constitucionales– al parecer buscan excluir la influencia del derecho internacional de los derechos humanos

en la normativa internacional para revertir diversos avances sociales –entre otros, la educación integral sexual definida en el currículum educativo estatal; la inclusión de la diversidad sexual, y el aborto en tres causales– bajo el argumento de que serían imposiciones externas. Esta estrategia, además de desandar rutas ya conquistadas, podría instalar un sistema que impida, de paso, que la sociedad y los órganos internacionales de derechos humanos reaccionen eficazmente ante vulneraciones a los derechos y crímenes graves de parte de agentes del Estado.

El tercer proceso constitucional (después del proceso de 2015/2016 iniciado por la presidenta Michelle Bachelet, y el proceso de la Convención Constituyente entre 2020 y 2022) se enmarca, por decisión de los partidos y confirmado por el Congreso, en diez límites constitucionales; entre ellos se encuentra el respeto a los tratados internacionales que Chile ha ratificado, incluyendo los de derechos humanos:

3. La soberanía tiene como límite la dignidad de la persona humana y los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales ratificados por el Estado de Chile y que se encuentren vigentes. La Constitución consagrará que el terrorismo, en cualquiera de sus formas, es por esencia contrario a los derechos humanos. 4. La Constitución reconoce a los pueblos indígenas como parte de la nación chilena, que es una e indivisible. El Estado respetará y promoverá sus derechos y culturas. 5. Chile es un Estado social y democrático de derecho, cuya finalidad es promover el bien común; que reconoce derechos y libertades fundamentales, y que promueve el desarrollo progresivo de los derechos sociales, con sujeción al principio de responsabilidad fiscal y a través de instituciones estatales y privadas.⁶

El tercer límite constitucional, recién expuesto, recoge la redacción de la actual Constitución, reproduciendo la cláusula de incorporación de los tratados internacionales de los derechos humanos. Ni la comisión experta ni tampoco el consejo constitucional lograron un acuerdo para definir, además, la jerarquía de los tratados internacionales en relación con la Constitución. Sin embargo, la cláusula votada en el capítulo II cumple la función imprescindible de incorporar los derechos humanos en el régimen interno sin las limitantes –que se habían discutido en algún momento– en relación a la interpretación autoritativa de los órganos internacionales de

⁶ Acción Humanista y otros (partidos), Doce Bases Constitucionales, Texto oficial del 12 de diciembre de 2022, http://colegioabogados.cl/wp-content/uploads/2022/12/12-22-TEXT-OFI-CIAL_Acuerdo-Constitucional.pdf.

derechos humanos. Sorprende, en todo caso, la formulación que indica que el límite estaría constituido por derechos “esenciales” y no “derechos fundamentales” o “derechos humanos”. No queda claro si hubo una intención de restringir el significado del concepto al utilizar la expresión “derechos esenciales” (art. 5). Ciertamente, ningún derecho fundamental puede ser afectado en su esencia (art. 23, tercer inciso). Es además curioso, como destacamos abajo, que el único derecho cuya definición incluye una referencia a su contenido “esencial” sea el derecho a la libertad religiosa (art. 12 b). ¿Considera la mayoría del Consejo que este derecho tiene alguna característica especial que los tratados internacionales no le adscriben?

En cuanto a los derechos sociales, el derecho internacional no tiene preferencia si se opta por garantizarlos a través de sistemas públicos, privados o mixtos. Sin embargo, evalúa todas las soluciones que defina un Estado, según los criterios de no-discriminación (que no está sujeto a la progresividad, sino constituye una obligación inmediata) y todos los demás estándares de derechos sociales definidos en el derecho internacional. La garantía en el sistema privado no puede ser ni mayor ni menor que en el sistema público. La Corte Interamericana fue muy clara al respecto, cuando en todos los casos sobre privatización de servicios sociales que garantizan derechos, evalúa la obligación estatal sin considerar la debida diligencia, o sea, trata a las garantías privatizadas de la misma manera que las garantías implementadas por órganos públicos (casos Ximenes Lopes, Vera Rojas, etc.). Este aspecto debe estar reflejado en cualquier sistema de salud, educación, agua, vivienda o pensiones, por mencionar los más controvertidos para Chile, y la Constitución no puede limitar esta equiparación ni tampoco hacer caso omiso a la obligación de garantizar los derechos sociales sin discriminación alguna, en particular, por la situación socioeconómica de la persona. Debe, también, en este sentido, permitir las acciones afirmativas y la prohibición de la discriminación indirecta (OG 20). Asimismo, la Constitución debe asegurar la posibilidad de regular y fiscalizar los sectores que garantizan derechos sociales en este sentido. El capítulo votado en el Consejo Constitucional no cumple con estos requisitos.

Es clave, en este contexto, la mantención de una norma como el actual artículo 6 de la Constitución que consagra la eficacia horizontal de los derechos humanos, en particular, los derechos sociales y laborales. Por lo menos en el capítulo II no está incluida una norma de este tipo.

Además, se define como límite que “9. Chile protege y garantiza derechos y libertades fundamentales como el derecho a la vida, la igualdad ante la ley, el derecho de propiedad en sus diversas manifestaciones, la libertad de conciencia y de culto, el interés superior de los niños, niñas y adolescentes,

la libertad de enseñanza y el derecho-deber preferente de las familias de escoger la educación de sus hijos, entre otros.”⁷ Este listado destaca algunos derechos sin responder a una priorización de derechos en conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos. Mientras el derecho a la vida es ciertamente central, y la no-discriminación un principio transversal a todo el sistema de consagración e implementación de los derechos humanos –la Corte Interamericana lo define incluso como una norma de *ius cogens*–, otros derechos que serían prioritarios no se mencionan en forma explícita (si bien, la prohibición de la tortura, por ejemplo, fue incluida aunque no haya sido mencionada en los límites constitucionales, estando así conforme, en principio, con el derecho internacional, en particular, la Convención contra la Tortura).

Otros derechos mencionados de manera ejemplar, en el noveno límite, son derechos que no representan, en el derecho internacional, una prioridad específica. Más bien, se deben ponderar con los otros derechos, en virtud de que todos son “indivisibles, inalienables, e interdependientes”, como reza el artículo 5 de la Declaración de Viena. En el ejercicio de ponderación, según la interpretación autoritativa de la Corte Interamericana en el caso Karen Atala, que es vinculante para Chile, la no-discriminación debe tomar prioridad. Esto debe reflejarse en la Constitución chilena; o por lo menos, ninguna norma constitucional puede ser contraria a esta interpretación en caso de que el asunto quedara, como en la Constitución de 1980, relegado a la legislación.⁸ El borrador de expertos cumple con esta interpretación; no así los capítulos votados en el Consejo hasta el 30 de septiembre –como mostraremos enseguida–, en torno al derecho a la educación y su relación con el derecho a la libertad religiosa y la libertad de enseñanza.

El derecho a la educación, la libertad de enseñanza y la libertad religiosa son derechos que se deben ponderar con otros derechos y entre sí, tomando en cuenta sus distintos aspectos, sus diferentes derechohabientes, en particular, el interés superior del niño y de la niña y su progresiva autonomía. Especialmente, no hay que olvidar que la libertad de enseñanza –derecho *de los padres*, y *no* de las instituciones educativas a quienes ellos deleguen

⁷ Acción Humanista y otros (2022) op.cit.

⁸ Como muestra el *Informe* 2013, la Ley Zamudio está, en principio, conforme con el derecho internacional de los derechos humanos; sin embargo, la priorización automática de todos los aspectos del derecho a la libertad religiosa por sobre la no-discriminación, no se ajusta a las normas internacionales. Solo la libertad de conciencia (el fuero interno) está por sobre cualquier límite que el Estado puede definir. La expresión de la libertad religiosa, en sus aspectos tanto individuales como colectivos, siempre está sujeta a los límites autorizados en los tratados internacionales, especialmente, cuando entran en ponderación con derechos de terceros.

la implementación de esta libertad– debe ponderarse tanto con el derecho a la educación de niños, niñas y adolescentes como con su derecho a la libertad religiosa que ejercen con creciente autonomía. Muchas veces no se toma en cuenta que son las mismas religiones las que sitúan la mayoría de edad de sus fieles mucho antes de los 18 años. Los judíos, por ejemplo, a los 12 y 13 años (para niñas y niños, respectivamente, con la Bat Mitzvah y la Bar Mitzvah), y distintas denominaciones cristianas, alrededor de los 15 años, con la confirmación. Su derecho a la libertad religiosa –y, por lo tanto, su autonomía de conciencia y religiosa– es propia, ya no es de sus padres. Este aspecto debe ser considerado al interpretar y ponderar los derechos enunciados. Ciertamente, esta reflexión no necesita aparecer de manera explícita en la Constitución, pero su redacción no puede impedir la correcta ponderación de los derechos, impedimento que está, por ejemplo, en el artículo 2.

Solo para la libertad religiosa el texto constitucional define un núcleo esencial, especialmente protegido a través del art. 13 b del borrador votado en el Consejo Constitucional. Es por lo menos curioso que para todos los demás derechos este núcleo ni siquiera se mencione. Otro aspecto de este enaltecimiento –o sobreprotección– de la libertad religiosa es el hecho de que los “derechos de los demás” –que los tratados internacionales mencionan como una razón legítima de restringir la libertad religiosa– no están mencionados en el art. 13, pero sí en relación a otros derechos. Además, llama la atención que a las comunidades educativas se les otorgue el derecho a conservar la integridad e identidad de su proyecto educativo (religioso) sin referencia alguna al derecho a la educación de los niños, niñas y adolescentes, ni tampoco la educación en materia de derechos humanos que establece la ONU o el derecho a la libertad religiosa de los NNA. Esta definición constituye una violación a sus derechos, al no respetar su autonomía y al otorgarle una prioridad incuestionable a un derecho de sus padres por sobre el derecho a la educación de todo NNA, inherente a una sociedad democrática.

Una similar interpretación *inconforme* con el derecho internacional, a favor de supuestos derechos de las instituciones religiosas o de propiedad religiosa, la observamos en la protección constitucional de la objeción de conciencia *institucional* (encabezado del art. 13). Mientras la objeción de conciencia individual efectivamente es un derecho humano –que, por cierto, tiene restricciones legítimas desde una perspectiva de derecho internacional de los derechos humanos– la institucional no lo es. Llama la atención, adicionalmente, que, en este ámbito, el texto habla

del deber del Estado de *garantizar* este derecho, mientras en relación con varios derechos donde el derecho internacional sí exige la garantía (por ejemplo, el mismo derecho a la educación u otros derechos sociales), sólo requiere proteger y promover el derecho, sin mencionar su “garantía”. La contradicción con el derecho internacional de los derechos humanos es patente y al aprobarse el texto, constituirá, sin duda alguna, una regresividad prohibida en el artículo 2 del PIDESC y en el artículo 26 CADH. Todo ello –junto a la objeción de conciencia institucional– corre el riesgo de reforzar la discriminación en derecho y en los hechos en contra de ciertos colectivos –por ejemplo, personas de la diversidad sexual– en cuanto al acceso a ciertos bienes y servicios, incluyendo materias protegidas por derechos humanos como el derecho a la salud o la educación.

Por último, la definición del alcance y contenido de la libertad de enseñanza prohíbe, explícitamente, que el Estado condicione la entrega de recursos económicos al sector privado de educación, a alguna condición (art. 22 f). Esta cláusula haría inconstitucional, por ejemplo, la Ley de Inclusión Escolar (*Informe 2022 e Informes* allí referenciados), y si se considerara una interpretación amplia de esta cláusula, incluso se convertiría en inconstitucional el requisito de que un colegio no puede recibir fondos estatales si no cumple con la ley (cualquiera). Parece absurda la cláusula, tal como otra que excluye que el derecho a la educación de niños, niñas y adolescentes imponga límites a la libertad de enseñanza de los padres (art. 23 a). Como una norma de derecho administrativo –y no una norma constitucional– aparece otra cláusula contraria al derecho a la educación sin discriminación alguna: el art. 23 g limita el derecho del Estado a fijar contenidos mínimos al 50% de las horas lectivas. La calidad de la educación no se podrá garantizar si un 50% de los contenidos puede, simplemente, definirse sin ninguna relación a un estándar de calidad ni conformidad con los estándares de la UNESCO sobre educación en derechos humanos.

En relación a la libertad de expresión, preocupan dos aspectos, adicionalmente a los puntos relevados en la sección de justicia transicional de esta introducción: primero, la exigencia de leyes con quórum calificado para establecer libertades ulteriores –sin ninguna mención a la prohibición de discursos de odio, o negacionistas. Segundo, la libertad de expresión debiera diferenciar claramente entre opiniones y hechos, en particular en relación a hechos indesmentibles que constituyen violaciones graves y/o históricas a los derechos humanos.

Al definir con tanto detalle –poco típico para una Constitución– los tipos de víctimas de delitos violentos que pueden contar con “asesoría y defensa jurídica gratuitas” (art. 6 inciso cuarto), llama poderosamente la atención la ausencia de la violencia intrafamiliar, y las víctimas de abuso sexual y violencia institucionales, como lo han sido el abuso sexual y de conciencia al interior de comunidades religiosas. La falta de protección constitucional de las mujeres víctimas de violencia intrafamiliar, en las mismas condiciones que otras víctimas de violencia, no solo constituiría una violación de la CEDAW, sino también de la Convención Belem do Pará. Asimismo, la ausencia de protección frente a la violencia intrafamiliar contra niños, niñas y adolescentes es una violación de la Convención de los Derechos del Niño. El espacio privado no es un espacio libre de derechos fundamentales.

De la misma manera, el derecho al trabajo presenta falencias considerables, no solo en la –muy comentada– reducción del derecho a la negociación colectiva al sector laboral privado. La redacción aprobada en el Consejo Constitucional también prescinde de prohibir el trabajo forzado, y no menciona ninguna protección de las personas con discapacidad. Someter, además, el derecho a huelga en el sector privado a que no cause “grave daño” a la economía, sin definir este concepto (art. 26 d) y sin que este constituyera un límite autorizado por los tratados internacionales de la OIT, en particular, art. 11 del Convenio 87 de la OIT que Chile ha ratificado, es altamente problemático desde una perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos.⁹ El derecho a la huelga es una parte intrínseca del derecho a la asociación.¹⁰ La redacción constitucional, además, sería contraria a la definición restrictiva que la OIT da a los sectores donde el derecho a la huelga se puede limitar o prohibir. Así, no son servicios esenciales, por ejemplo, “la radio-televisión; el sector del petróleo; el sector de los puertos (carga y descarga); los bancos; los servicios de informática para la recaudación de aranceles e impuestos; los grandes almacenes; los parques de atracciones; la metalurgia; el sector minero; los transportes, en general; las empresas frigoríficas; los servicios de hotelería; la construcción; la fabricación de automóviles; la reparación de aeronaves; las actividades agrícolas;

⁹ Bernard Gernigon, Alberto Odero y Horacio Guido 2010, *Principios de la OIT sobre el Derecho de Huelga*, OIT, Ginebra, 2010. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_087989.pdf.

¹⁰ International Labour Conference, 99th Session, *Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, Report III (Part 1A) General Report and observations concerning particular countries*, 2010. Véase también, Jorge Leyton-García, “El derecho a la huelga como un derecho humano fundamental: reconocimiento y limitaciones en el derecho internacional”, *Revista chilena de derecho*, 44(3), 2017, pp. 781-804.

el abastecimiento y la distribución de productos alimentarios; la Casa de la Moneda; la agencia gráfica del Estado; los monopolios estatales del alcohol, de la sal y del tabaco; el sector de la educación; los transportes metropolitanos; los servicios de correos.”¹¹ Servicios esenciales son muy pocos –“el sector hospitalario, los servicios de electricidad, los servicios de abastecimiento de agua, los servicios telefónicos y el control del tráfico aéreo”–, sin que exista una lista taxativa.¹²

El derecho a la seguridad social cubre todas las contingencias del ciclo vital de las personas (vejez y enfermedades), calamidades y situaciones que el derecho internacional de los derechos humanos considera como parte de este derecho (Comité DESC, OG 19), incluyendo tanto la maternidad como la paternidad. Sin embargo, la siguiente cláusula del capítulo votado en el pleno del Consejo Constitucional prohíbe al Estado “a través de mecanismo alguno” expropiar o apropiarse de las cotizaciones previsionales. Si bien resulta lógico que el Estado no pueda, sin indemnización apropiada, expropiar los ahorros previsionales de las personas, la cláusula se extiende a las contribuciones futuras y, por lo tanto, prohibiría cualquier sistema de reparto o mixto que requiriera la apropiación, incluso temporal, de las cotizaciones. En combinación con un sistema restrictivo de tributación, la cláusula parece impedir un sistema de pensiones sin discriminación, tal como es exigido por el PIDESC y el Protocolo San Salvador que pronto entrará en vigencia para Chile. Tanto para el sistema de pensiones y seguridad social como para el derecho a la educación y el derecho a la salud, los tratados internacionales prohíben la regresividad.

LA AMENAZA DEL BACKLASH EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

Las votaciones de la mayoría republicana del Consejo, con apoyo –aunque reticente a veces– de Chile Vamos, representan la agenda anti-derechos de una campaña concertada contra el “strawman” (ideología de género que se ha ido visibilizando, a más tardar, desde 1995 en Beijing, en la IV Conferencia Mundial de la Mujer) y que fue plasmada, por ejemplo, en la postura del Vaticano en 2016¹³ y reiterada en un documento oficial

¹¹ Gernigon, 2000, op.cit., p. 21.

¹² Gernigon, 2000, op.cit., p. 20.

¹³ Vatican News: “La ideología de género es un paso atrás para la ONU”, 2016. <https://www.vaticannews.va/es/vaticano/news/2019-03/mons-auza-santa-sede-ideologia-genero-marcha-atras-pa-onu.html>.

en 2019.¹⁴ Esta campaña mundial se mezcla con la más doméstica que ya mencionamos arriba: el negacionismo de los crímenes de la dictadura. Sus promotores utilizan las mismas estrategias que el movimiento social en defensa de los derechos humanos ha utilizado en las últimas décadas: cambios legislativos y constitucionales, litigio estratégico, etc. Reúnen una coalición de actores religiosos de distintos credos (musulmanes, evangélicos y católicos fundamentalistas) y algunos no-religiosos. El movimiento de los derechos humanos –dividido en muchas agendas dispersas a favor de distintos temas y grupos vulnerables– no le ha tomado el peso a la amenaza a los derechos que representa esta agenda, y no ha logrado concertar un discurso para el resguardo de los derechos humanos. Los promotores de la limitación de los derechos humanos por razones de la “ley natural” o de la “voluntad de Dios” no solo abarcan la llamada agenda valórica; por lo menos en países de las Américas, también promueven una economía extremadamente desregulada y neoliberal y niegan –o por lo menos no abordan– el calentamiento global. Además, se oponen a la migración y promueven un discurso de seguridad que –hasta ahora en Chile– les ha permitido ganar las elecciones en el Consejo Constitucional. Como suele ocurrir en las campañas centradas en un solo tema –los “single issue campaigns”–¹⁵ muchas personas no distinguen las repercusiones que puede tener la votación del Consejo en otros ámbitos, por ejemplo, el matrimonio igualitario, el aborto en tres causales, o a la educación sexual integral, todos avances que la ciudadanía sigue apoyando mayoritariamente. En forma consciente o inconsciente, los votantes dan menos peso a las consecuencias generales y votan en función del asunto único (“seguridad y migración”) que los políticos han instalado, aunque la Constitución no sea, ni siquiera, el instrumento idóneo para resolver dicho asunto. Es la oportunidad, entonces, para ciertos sectores de entrar con la retroexcavadora en materia de derechos humanos.

En todos estos aspectos –valóricos, económicos, ambientales, y de migración e integración– la propuesta del Consejo, hasta ahora, entra en contradicción con las obligaciones internacionales que Chile ha ratificado y se encuentran vigentes. Las obligaciones internacionales en estos temas no son simples “interpretaciones de los órganos de tratados” que podrían declararse, al pasar, “soft-law” y, por lo tanto, rebajar su relevancia para los

¹⁴ Congregación para la Educación Católica, “*Varón y Mujer los creó*”. Para una vía de diálogo sobre la cuestión del género en la educación, Ciudad del Vaticano, 2019. http://www.educatio.va/content/dam/cec/Documenti/19_0998_SPAGNOLO.pdf.

¹⁵ Para una explicación del término, ver Georgy Egorov, “Single-Issue Campaigns and Multidimensional Politics”, *NBER Working Paper Series*, National Bureau of Economic Research, junio de 2015.

Estados. Fueron los mismos Estados los que han delegado la función de interpretar y aplicar los tratados de derechos humanos a los órganos internacionales. A menos que reemplacen la interpretación autoritativa por un tratado internacional nuevo, una enmienda, o la práctica subsiguiente compartida entre los Estados parte,¹⁶ estos compromisos siguen vigentes y serán la norma contra la cual se medirá el desempeño de los Estados en materia de derechos humanos.

Ciertamente, el contenido y alcance de los derechos se debe debatir. La Comisión de Expertos lo hizo y llegó a consensos importantes en relación al capítulo de derechos fundamentales y, también, en lo relativo a los sistemas político, judicial y económico, necesarios para poder implementar de manera correcta el respeto y la protección de los derechos humanos.¹⁷ Con lo votado en el Consejo Constitucional, hasta el 30 de septiembre de 2023, Chile se daría una Constitución contraria a varias de sus obligaciones internacionales. Perdería, además, la oportunidad de cerrar brechas de garantía de los derechos que existen hoy y aumentaría dichas brechas en vez de reducirlas. En particular, es contrario al derecho internacional la definición del interés superior de los niños, niñas y adolescentes (sólo) por los padres o tutores (Art. 14 del texto votado en el Consejo). La cláusula desconoce tanto el rol del Estado como garante directo de la integridad, vida e interés superior de NNA en caso, por ejemplo, de violencia ejercida por sus padres o tutores, así como la autonomía de los mismos niños, niñas y adolescentes. Esta cláusula, por lo tanto, es contraria a la Convención sobre los Derechos del Niño y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La propuesta de la comisión de expertos –a pesar de relegar muchos aspectos al legislador que hubieran podido quedarse refrendados en la Constitución para mayor protección de los derechos humanos– es un borrador que está, claramente en mayor medida que lo votado en el Consejo, reflejando la conformidad del derecho interno con las obligaciones que Chile ha contraído en materia de derechos humanos y, aunque no logre cerrar o reducir todas las brechas, por lo menos no las acrecienta y cierra otras. Este no es el caso del texto aprobado por el Consejo Constitucional. Quién esté consciente de la necesidad de garantizar los derechos humanos y fundamentales debería rechazar lo votado en el Consejo Constitucional hasta ahora, a menos que se logren introducir, por parte del Comité de Expertos, mejoras

¹⁶ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 de mayo de 1969, artículo 31.3c y 39-40.

¹⁷ Judith Schönsteiner (2021), “The Chilean Economic Constitution and Human Rights”, *Zeitschrift für Menschenrechte* 15 N° 1, pp. 64-83.

en la conformidad del texto con el derecho internacional de los derechos humanos. En algunos aspectos señalados arriba, representa la regresividad incluso en relación con la Constitución de 1980 (tal como fue reformada en 2005 y complementada con legislación en materia de discriminación y derechos sociales).

A CUATRO AÑOS DEL ESTALLIDO SOCIAL: LA RESPONSABILIDAD DE LOS SUPERIORES

El Centro de Derechos Humanos ha sostenido, desde los primeros días del estallido social y basado en las normas internacionales consagradas tanto en el derecho internacional de los derechos humanos como en el derecho penal internacional, que los crímenes cometidos en el contexto del uso excesivo de fuerza en las manifestaciones no pueden ser clasificados como crímenes de lesa humanidad (violaciones sistemáticas de derechos humanos), a menos que estemos ante una colaboración entre distintos órganos del Estado para cometerlos o dejarlos impunes.

A cuatro años del 18 de octubre, el avance en la justicia penal ha sido mínimo; el procesamiento de autores directos de disparos que causaron lesiones –entre ellas, 460 casos de trauma ocular (*Informes 2020, 2021, 2022* sobre cifras del INDH)– ha sido lento y, en muchos casos, fueron sobreseídas las causas por lo que previmos: la ausencia de evidencia concluyente dado el contexto en que ocurrieron los hechos, la reducida posibilidad de recabar pruebas y realizar peritajes oportunos, la falta de colaboración de los agentes del Estado (*Informe 2022*). En este sentido, se sumó a su vez, la tardía respuesta institucional de parte de la Fiscalía Nacional que –sumado a los factores anteriores– ha colaborado en estos resultados. Más allá de las responsabilidades de agentes individuales –respecto de algunos sí ha habido condenas–, la omisión de los mandos en la prevención de los excesos en el uso de fuerza es innegable, y debiera acarrear las consecuencias jurídicas –penales y / o administrativas– correspondientes para cumplir con las obligaciones internacionales de investigar, procesar y sancionar a los responsables de violaciones graves a los derechos humanos. Como señalamos en *Informes* anteriores (Introducción *Informe 2022*, por ejemplo), la absolución penal de los autores materiales de los delitos (el policía que disparó) –por ejemplo, por la incapacidad de determinar más allá de toda duda razonable que una persona en específico efectuó el disparo que lesionó a la persona– no significa que la responsabilidad del Estado de evitar la impunidad haya sido cumplida. Más bien, el Estado debe perseguir la responsabilidad administrativa y eventualmente penal tanto de los autores como de los mandos y, en

particular, considerando que las violaciones respondieron a ciertos patrones de intervención y de uso de fuerza que no fueron cesados, incluso cuando se conociera públicamente su grave impacto. De allí que esta arista acerca de la responsabilidad de los altos mandos aún está en desarrollo, y se habría esperado mayor celeridad en el proceso penal que lleva a cabo la fiscal especial Ximena Chong.

En este contexto, es particularmente grave el revés que sufrió el sumario de Contraloría en un tribunal de primera instancia al que acudieron los generales y mandos identificados en el sumario, alegando un exceso de las competencias de la Contraloría.¹⁸ La Contraloría indicó acudir a todas las instancias judiciales que correspondan para revertir la decisión. Parece curioso que la Contraloría no pueda revisar la legalidad de un acto administrativo, pues todos los servicios del Estado están supeditados a la Ley Orgánica General de Base de la Administración del Estado, especialmente cuando –en su artículo primero inciso segundo– establece con claridad que las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública son parte de la Administración del Estado. A su vez, el propio artículo 4 del citado cuerpo legal, señala la responsabilidad del Estado por los daños, sin perjuicio de las responsabilidades funcionarias.

Considerando que solo queda un año antes de la prescripción penal de los hechos –lo que ocurrirá en octubre de 2024–, en este *Informe*, la autora Sabrina Perret indaga la idoneidad del marco jurídico –y su conformidad con el derecho internacional– para investigar y, eventualmente, enjuiciar la responsabilidad penal de mandos en Chile, recordando la posibilidad y la obligación del Ministerio Público de dedicar todos los esfuerzos –que la debida diligencia demanda– a las investigaciones, acusaciones, imputaciones y procesos respectivos. Esta responsabilidad penal de mandos por su definición, abarca, potencialmente tanto a los generales de Carabineros como al entonces ministro del Interior y al presidente de la República de ese periodo. Esta responsabilidad no se debe confundir con los juicios políticos (acusaciones constitucionales) que ha habido, y que pueden considerarse parte de la rendición de cuentas (*accountability*) necesaria, pero no constituyen un cumplimiento suficiente de las normas internacionales

¹⁸ BiobíoChile.cl: “Duro revés a Contraloría: tribunal deja sin efecto cargos a generales de Carabineros por estallido”, 14 de septiembre de 2023. <https://www.biobiochile.cl/especial/bbcl-investiga/noticias/de-pasillo/2023/09/14/duro-reves-a-contraloria-tribunal-deja-sin-efecto-cargos-a-generales-de-carabineros-por-estallido.shtml>.

en relación con el uso excesivo de fuerza con consecuencias de lesiones y muertes, a partir del 18 de octubre de 2019.

Destacamos que la consecuencia de la impunidad transversal o sistémica de los hechos ocurridos, una vez prescritas las acciones penales, administrativas o civiles, tanto por eventuales negligencias, omisiones del Ministerio Público, errores en tribunales, o la intervención / ocultamiento de la evidencia por parte de Carabineros, tendría múltiples efectos jurídicos que cambiarían, fundamentalmente, la clasificación que hemos hecho antes de estos hechos (*Informes 2019, 2020, 2021 y 2022*). De esta forma, si hubiera lo que el derecho internacional de los derechos humanos califica como una denegación de justicia, algunas violaciones de derechos humanos cometidas durante el estallido se convertirían en violaciones sistemáticas. La razón es que se comprobaría la tesis de colusión de los poderes de Estado, que es un requisito a nivel internacional para la definición de los crímenes de lesa humanidad. Si fuera así, para estos casos, dejaría de aplicar cualquier prescripción y podrían ser investigados y sancionados con posterioridad al vencimiento del plazo.

El año próximo, ojalá podamos reportar un considerable avance en estos casos, evitando así una lamentable conclusión de que sí habríamos estado ante crímenes de lesa humanidad, no por una colusión del momento, sino por la connivencia de los órganos de justicia de nuestro país. El derecho internacional de los derechos humanos exige determinar administrativamente –y penalmente, en caso de que corresponda–, estas responsabilidades. El Contralor, por lo que consta, lo tiene claro. Esperaríamos tal claridad también de parte del Ministerio Público.

SEGURIDAD, MIGRACIÓN Y CRIMEN ORGANIZADO

Es innegable que el Estado tiene que hacerse cargo de su obligación de proteger a los y las habitantes de Chile ante los efectos de la creciente actividad del crimen organizado transnacional. Esto implica enfrentar sus nuevas formas de operar tanto para lo que había sido usual en Chile como en relación a renovadas formas delictivas en general, como –por mencionar solo un ejemplo– el lavado de activos que hoy sabemos que se hace, entre otros, por el *sourcing* ilegal de bitcoins, método recientemente descubierto por primera vez en el país.¹⁹ El Estado, desde una perspectiva de derechos humanos, debe actuar ante estos inéditos riesgos no solo protegiendo la

¹⁹ El Mostrador.cl: “Narcos Chilenos ahora incursionan en minería de criptomonedas”, 20 de septiembre de 2023. <https://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2023/09/20/narcos-chilenos-ahora-incursionan-en-mineria-de-criptomonedas/>.

propiedad privada, sino también, en particular, la integridad física y la vida de las personas. Uno de los elementos más preocupantes, desde una perspectiva estructural, es la creciente pérdida de presencia eficaz y de control territorial por parte de los actores estatales; considerando que el monopolio de la fuerza del Estado está siendo desafiado en diversos lugares por bandas delictuales organizadas, lo cual repercute negativamente en el respeto y la garantía de los derechos humanos de los y las habitantes de comunidades urbanas y rurales. Ante ello, el derecho internacional de los derechos humanos requiere una intervención temprana, tanto para la prevención de los delitos como el resguardo a testigos e informantes, quienes se encuentran ante un riesgo desproporcionado de represalias en sus propias comunidades. Asimismo, el poder estatal debe velar por la integridad de los funcionarios del Estado, en particular, las fuerzas de orden público y los agentes encubiertos que permiten infiltrar al crimen organizado. Víctor Beltrán, Judith Schönsteiner y Angélica Torres analizan, bajo esta perspectiva, la agenda de seguridad, distinguiendo entre medidas que parecen responder sólo al discurso público que exige aumentar la sensación de seguridad, de aquellas que buscan una real eficacia en la reducción del crimen organizado, en particular, del narcotráfico y los delitos conexos como tráfico de personas, especialmente con el fin de explotación sexual y transporte de drogas; lavado de activos; torturas en el ajuste de cuentas y homicidios.

Como se muestra en el capítulo sobre la agenda de seguridad, es necesario invertir en medidas realmente eficaces. Aumentar las penas o tipificar delitos “nuevos” –que no lo son realmente– puede reducir los niveles de sensación de inseguridad, pero no mejoran en lo sustantivo la seguridad pública. Desde una perspectiva de derechos humanos, se necesitan, más bien, medidas que mejoren la investigación, su eficacia, y que adelanten el momento de intervención estatal. Por ejemplo, la tipificación de ciertas acciones preparatorias o de blanqueo de los ingresos ilícitos a través de estrategias nuevas como el *sourcing* de bitcoins, o antiguas como la adquisición de bienes inmuebles y autos de alta gama. En este sentido, el rol del Servicio de Impuestos Internos y de la Unidad de Análisis Financiero son piezas clave en la prevención de la proliferación de pequeños y medianos negocios, a través de los cuales las redes de narcotráfico se instalan en comunidades con una fachada de emprendimiento y les permiten lavar el dinero y, además, controlar ciertos territorios.

Como lo muestran los autores del capítulo, las estrategias que se despliegan, desde distintos órganos del Estado, para investigar diversas formas de violencia no deben ni pueden ser homogéneas, pues responden a distintos

fenómenos como, por ejemplo, las manifestaciones violentas que irrumpen en poblaciones, en zonas rurales, en el centro de las ciudades o al interior de establecimientos escolares. Tampoco se puede intervenir con las mismas medidas en el contexto de movilizaciones pacíficas, ya que resultarían completamente desproporcionadas. Un enfoque primordial –por su relevancia estratégica– de la política de seguridad debe ser la prevención de infiltración y corrupción de los órganos encargados del proceso penal, tanto en el Ministerio Público como en las policías y, en particular, en el Poder Judicial.

Existen innegables vínculos empíricos entre la migración y el crimen organizado transnacional, lo que debería llevar a los Estados a colaborar entre sí, en especial, en relación con las personas que están ligadas a este tipo de criminalidad. Existe una clara preocupación a nivel regional dada la porosidad de las fronteras entre los países de la región y la articulación de las bandas en toda América del Sur. Según informes de prensa, esta cooperación entre naciones se estaría produciendo, pero pareciera que debe aún intensificarse.²⁰

Sin embargo, identificar a “los migrantes” de manera generalizada con el crimen organizado, y no actuar cuando terceros (privados) califican a las personas migrantes como “criminales”, constituye una violación del deber de garantizar la no-discriminación y la presunción de inocencia. Ahora, ante indicios de comisión de delitos por parte de extranjeros la presunción de inocencia debe operar en forma similar que para las demás personas. Lo que no se puede hacer es presumir la delictividad de alguien en base a su nacionalidad o su país de origen. Al mismo tiempo, las medidas migratorias que se tomen para contrarrestar el crimen organizado deben efectivamente responder, de manera eficaz, a este objetivo y no a otros. La Política Nacional de Migración, de la cual al cierre de esta introducción sólo estaba disponible un resumen ejecutivo, parece responder parcialmente a este requisito. Dicha política cuenta con un enfoque de derechos humanos, de género, de protección especial de la infancia, y de algunos grupos vulnerables y las categorías de otorgamiento del estatus de refugiado se ampliarán, en comparación con el derecho internacional, a través de la “protección complementaria”. No está claro, a partir del resumen ejecutivo, si esta protección responde a lo definido por ACNUR después de la entrada en vigencia de la Convención de Ginebra. Ahora, al definir solo los objetivos

²⁰ Por ejemplo, solo después de la fuga masiva de personas privadas de libertad de la cárcel de Tocarón en Venezuela donde nació el Tren de Aragua, los países de la región iniciaron una cooperación en materia de persecución penal. Recientemente, fue detenido el líder de la banda en Perú –que mantuvo contactos con Chile– y otro en Chile que permanecía en forma regular en nuestro país y que cruzaba, periódicamente, la frontera entre Perú y Chile. También fue detenida una persona en Estados Unidos que mantenía contactos en suelo nacional.

específicos –pero no las medidas y su diseño– tampoco se aclara cuál será el vínculo y la diferenciación de la política migratoria con la de seguridad pública.

Ignacio Fuentes, Isadora Castro y Constanza Nazar analizan para este *Informe* tres aspectos de la garantía de los derechos de las personas migrantes. Critican las “reconducciones inmediatas” porque su eficacia no habría sido comprobada y se realizan sin consideración a los derechos de niños, niñas y adolescentes, quienes durante el retorno corren mayor riesgo durante prolongados desplazamientos en el desierto y en altura. En su capítulo, también analizan la conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos de la Ley de infraestructura crítica, mostrando que, en principio, la participación de militares en el control fronterizo no es contraria al derecho internacional de los derechos humanos, pero que deben estar correctamente capacitados; su actuar debe regirse por la normativa policial (no la militar) y deben estar sujetos a la jurisdicción policial, supervisados por el Ministerio del Interior cuando se despliegan en funciones policiales. También tienen que estar disponibles los recursos administrativos y judiciales para denunciar eventuales abusos por parte de policías y militares. Las autoras demuestran que la denuncia, en relación con las reconducciones inmediatas es posible realizarla, incluso, desde fuera de Chile, lo que representa una medida proactiva para garantizar el derecho de acceso a la justicia de todas las personas que pudieran haber sufrido abusos por parte de las autoridades chilenas. Resta ver si estas denuncias, una vez que se producen, se tratan de manera diligente y si resultan eficaces, considerando que la persona, en general, permanece fuera de Chile mientras se realiza la investigación.

La evidencia –obtenida por las autoras a través de entrevistas y estadísticas– revela que solo hay denuncias muy puntuales de maltrato o delitos cometidos por parte de personal policial, basados en el uso de la fuerza. Sin embargo, no existe claridad sobre si las cifras son representativas de la verdadera magnitud del problema, porque existe el riesgo de que las personas en situación de migración irregular no denuncien eventuales vulneraciones por parte del personal militar o policial. Tampoco se pudo acceder, en esta materia, a estadísticas por parte de la PDI ni del Ejército. Como comentan las autoras, no hay evidencia de la implementación de capacitaciones relevantes para militares sobre el trato que deben otorgar a la población migratoria ni la asentada. Incluso los mismos jefes de las ramas de las Fuerzas Armadas, en una audiencia relacionada con la Ley de Infraestructura Crítica, habrían relevado esta necesidad.

El capítulo muestra, además, que cesaron las expulsiones colectivas que criticamos en el *Informe 2022*. Dicho esto, la política migratoria debe estar

coordinada de manera estrecha con la política de seguridad, sin que cada una de ellas pierda su razón de ser particular y específica. Una política migratoria no es idónea, por sí misma, para reprimir el crimen organizado ni una política de seguridad es útil necesariamente para regular la migración. Se debe buscar, en consecuencia, que ambas políticas respondan –en la medida que imponen límites a los derechos de las personas– a los requisitos de legalidad, necesidad, idoneidad y proporcionalidad, en sentido estricto. En este sentido, tanto la política migratoria como la política de seguridad deben tener un enfoque de derechos humanos, ponderando los distintos derechos en juego. Según el resumen ejecutivo que se conoció en julio de 2023, la política migratoria tendrá un enfoque de derechos humanos y habrá que conocer los detalles de la misma para ver si está alineada con una perspectiva conforme al derecho internacional de los derechos humanos. Por otra parte, la agenda de seguridad, no hace referencia al enfoque de derechos humanos, aunque –como muestran Beltrán, Torres y Schönsteiner en su capítulo– algunas medidas permiten responder a las obligaciones de derechos humanos que tiene el Estado de Chile en virtud de sus obligaciones internacionales.

Un nudo crítico para una política migratoria –creíble y eficaz– es la velocidad de tramitación de las solicitudes de inmigración interpuestas por quienes buscan cumplir las leyes. Durante 2022, el SERMIG logró bajar considerablemente el atraso en la tramitación de solicitudes, sin que aún se haya puesto al día. Exigir la solicitud de la visa desde el extranjero sin una respuesta oportuna no convencerá a las personas que quieren migrar si a.) estas solicitudes no se tramitan a tiempo y b.) si hay otras vías para acceder al país que (aunque siendo ilegales) logran ser percibidas como finalmente eficaces. Esto, sin embargo, no significa que el Estado tenga que renunciar a medidas que, en principio, podrían resultar ser efectivas en el control migratorio. Muchas personas que migraron no han encontrado en Chile lo que esperaban y así lo demuestran los importantes flujos de salida del país, no solo de entrada. Se ha podido constatar que, en busca de mejores condiciones de vida, las personas se mueven de un país a otro, de una región a otra, a través de pasos habilitados y no habilitados –no sólo en dirección a Chile–. Como se reportó en la prensa nacional, más de 16 mil niñas y niños chilenos de padres migrantes, la mayoría haitianos, han cruzado el tapón del Darién para llegar a la frontera con los Estados Unidos.²¹

Finalmente, las autoras/es hacen un seguimiento a la garantía del derecho a la educación, analizando la insuficiencia de las medidas en materia

²¹ El Mostrador.cl: “16 mil niños chilenos cruzaron el paso de la muerte del Darién para llegar irregularmente a EEUU”, 5 de octubre de 2023.

escolar para garantizar este derecho ante el aumento significativo de la demanda de plazas en las regiones nortinas. La recomendación del *Informe 2022* de implementar una política nacional de integración, buscando la repartición de la población migrante a lo largo del país para distribuir mejor la demanda de servicios sociales, no se ha cumplido, a pesar de que esté enunciada en la Política Nacional de Migración.

Tal como indican las autoras/es del capítulo, ningún desafío migratorio se puede resolver desde el país de destino solamente. Primero, habrá quienes “probaron suerte” y necesitan las facilidades (legales) para volver cuando no se cumplió su sueño; segundo, la migración forzada debe abordarse desde sus causas en los países de origen; y, finalmente, se requiere la coordinación con los países de tránsito (que son, eventualmente, también países de destino). Desde el derecho internacional de los derechos humanos, los detalles de esta cooperación no están prescritos más allá del mismo marco de respeto y garantía de los derechos humanos que vincula a los distintos países de la región. Sin embargo, es necesaria para cumplir con las obligaciones internacionales.

Junto con la seguridad y la garantía de los derechos sociales y ambientales (ver abajo), la migración y la integración de las y los migrantes serán, creemos, los desafíos mayores en materia de derechos humanos para los próximos años. Es, en este sentido, una buena noticia ver un presupuesto aumentado para estas materias. Debe ejecutarse, claro está, en conformidad con los derechos humanos.

SEGURIDAD Y DERECHOS HUMANOS EN LA MACROZONA SUR / WALLMAPU

En la edición anterior del *Informe*, se daba cuenta del aumento de la violencia –tanto política como delincencial– que se había experimentado en la Región de La Araucanía. En virtud de su obligación de proteger los derechos humanos frente a ataques de terceros, se indicaba que el Estado chileno debía adoptar una serie de medidas para prevenir, investigar, sancionar y reparar las vulneraciones a los derechos humanos que puedan cometer terceras partes. Estas medidas, claramente, debían respetar los estándares de derechos humanos en relación al uso de fuerza y los límites a otros derechos. Al respecto, el capítulo revisaba la aplicación de tres tipos de medidas estatales adoptadas durante el período 2017-2022: allanamientos policiales, utilización de legislación antiterrorista (LAT), y declaración de estado de emergencia. Tras su examen, se concluía que el proceder de los allanamientos y la utilización de la LAT no cumplían con lo demandado

por el derecho internacional de los derechos humanos. Por su parte, en relación al estado de emergencia, en particular al decretado el año 2022, se indicaba que, dada su fundamentación y su eficacia, podría considerarse como justificado. Sin embargo, se relevaba que aspectos como la duración de dichos estados de excepción y las facultades de las Fuerzas Armadas durante su vigencia, generaban cuestionamientos importantes en relación al cumplimiento de los estándares de derechos humanos.

En el tiempo transcurrido desde el cierre del *Informe* anterior, estas medidas enfocadas en la seguridad se han mantenido y profundizado. Comentaremos, someramente, si hoy cumplen con lo que mandata el derecho internacional de los derechos humanos en la materia. En lo que se refiere al estado de excepción constitucional de emergencia, una primera cuestión que habría que subrayar es que se ha mantenido desde su dictación, el 16 de mayo de 2022 por el Decreto Supremo 189/2022, siendo prorrogado de manera ininterrumpida.

El argumento principal por parte del Ejecutivo para perseverar con el estado de excepción es que ha probado ser eficaz en la disminución de actos de violencia en la Macrozona Sur. Así, según información presentada por el Gobierno, al momento de solicitar una nueva prórroga, hasta el 3 de septiembre de 2023 se registraba una disminución del 11% de los eventos de violencia rural en la Macrozona Sur, con respecto al 2022, y de un 39%, en comparación con 2021. De igual forma, en el período 2022-2023, se informó que los ataques incendiarios en las provincias bajo el estado de emergencia disminuyeron un 22%; y que los eventos con presencia de armas de fuego se redujeron en un 27%.²² A esto se agregan datos de Carabineros que dan cuenta de una disminución significativa en lo que respecta a usurpaciones en las zonas en conflicto.²³ Tal como se explicó en el *Informe 2022*, uno de los elementos que deben cumplir aquellas medidas que restringen derechos fundamentales es el ser *idóneas*, es decir, que tienen que ser conducentes a la concreción del objetivo buscado. En este orden de ideas, se debe reconocer que los datos permiten sostener que el estado de emergencia ha sido efectivo en la reducción de la violencia en La Araucanía. Con todo, en línea con lo prevenido en el *Informe 2023*, es menester volver a subrayar el carácter de “excepcional” del estado de emergencia, por lo que este debe regir solamente hasta que dure la situación extraordinaria, siendo

²² Camara.cl: “Nueva prórroga de 15 días del estado de excepción en la macrozona sur es aprobada en la Cámara”, 13 de septiembre de 2023.

²³ *El Mercurio*: “Es efectivo que las usurpaciones han disminuido... pero aún están por sobre el nivel de los últimos cinco años”, 23 de septiembre de 2023.

obligación del Estado mostrar con datos –y de manera periódica– la eficacia de las medidas.

Además, cabe hacer notar que en este último año se ha modificado el decreto que estableció el estado de emergencia. Así, por Decreto N° 262, del 12 de septiembre de 2022, se modificó el Decreto Supremo N° 189, ampliándose el foco de las medidas, al agregarse –a las que buscan “el aseguramiento del libre tránsito y la seguridad de las rutas”– la “protección de la vida de las personas”.²⁴ En junio de 2023, se realizaron cambios con el fin de fortalecer la coordinación entre las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad, bajo el mando de los jefes de la Defensa Nacional, estableciendo dos cambios de relevancia.²⁵ Primero, se prescinde de toda referencia a rutas, libre circulación, protección de las vías, seguridad y vida de las personas,²⁶ señalándose ahora solo que se decreta el estado de emergencia en las provincias que indica. Segundo, se elimina la especificación de las facultades de los jefes de Defensa Nacional, reemplazándola por una definición del siguiente tenor: “En el ejercicio de sus funciones, los Jefes de Defensa Nacional tendrán las facultades previstas en el artículo 5° de la ley N° 18.415. En el cumplimiento de las funciones encomendadas a los Jefes de la Defensa Nacional mediante el referido decreto, deberán observar las Reglas del Uso de la Fuerza contenidas en el decreto supremo N° 8, de 2020, del Ministerio de Defensa Nacional y el respeto a los derechos humanos.” El objetivo de dotar de mayor flexibilidad la coordinación entre las FFAA, de Orden y Seguridad Pública, es necesario para afrontar –lo que se denominó– un “cambio en la modalidad de ejecución de los hechos violentos”, –cambio que, por lo demás, no se especifica con precisión. Sin embargo, cabe hacer notar que esta modificación pareciera, más bien, orientada a dotar de mayor discrecionalidad en su operación a las FFAA y de seguridad. De ser así, por cierto, se requiere de una mayor fiscalización de esas fuerzas en relación al respeto a los derechos fundamentales.

En una línea similar, se debe mencionar que con fecha 27 de septiembre de 2022 se publicó la Ley N° 21.488. En lo medular, esta ley tipifica el delito de sustracción de madera, sancionando al que robe o hurte troncos o trozas de madera. Asimismo, habilita el uso de técnicas especiales de investigación para su persecución, tales como interceptaciones de comunicaciones telefónicas, filmaciones o fotografías. En este contexto, el 21 de septiembre de 2023 se efectuó la detención de once personas que, se informaría, estarían vinculadas a la Resistencia Mapuche Lafkenche (RML), en una investigación

²⁴ D.S. 262/2022, Art. 1.

²⁵ D.S. N° 156 de 2 de junio de 2023.

²⁶ D.S. N° 189/2022, Art. 3.

por asociación ilícita dedicada a cometer delitos en la provincia de Arauco, principalmente el robo de madera. La RML, se ha señalado en *Informes* anteriores, es una de las orgánicas mapuche más radicalizadas que ha surgido en los últimos años en Biobío. Un punto importante a recalcar es que entre los detenidos se encontraban dos carabineros: el cabo primero de la Cuarta Comisaría de Carabineros de Curanilahue, Darwin Carrillo y el exjefe de la Sección de Investigaciones Policiales de Carabineros, Luis Berna, actualmente en retiro. Asimismo, entre los detenidos había solo dos personas con apellido mapuche. Cabe consignar, a su vez, que la RML negó vínculos con los detenidos en el operativo.²⁷ Asimismo, a comienzos de octubre la PDI detuvo –en el marco de una investigación sobre robo con violencia de un camión y de un aserradero móvil– a Mijael Carvones, vocero de Temuicui. Sobre ambos hechos, es menester aguardar al término de las investigaciones antes de poder asignar responsabilidades.

Finalmente, es preciso recordar que una de las recomendaciones con las que concluía el capítulo sobre las distintas formas de violencia operando en territorio mapuche del *Informe 2023*, era que el Estado debía “hacerse cargo de las demandas territoriales, buscando el diálogo con aquellos actores involucrados en el conflicto que para la conquista de sus reivindicaciones estén dispuestos a una conversación basada en el respeto a los derechos humanos y al Estado de derecho”.²⁸ En esta línea, se debe hacer mención a la creación, el 21 de junio de 2023, de la Comisión Presidencial para la Paz y el Entendimiento (CPPyE).²⁹ Esta comisión fue creada con el objetivo de constituir “una instancia de diálogo y generación de consensos que permita tomar recomendaciones y propuestas desde las comunidades y los actores involucrados, para así construir y consolidar una solución de largo plazo a este conflicto” (D.S. 14/2023, Considerando 7º). En concreto, la CPPyE deberá: (i) cuantificar la demanda de tierra del pueblo mapuche; (ii) propiciar un proceso de diálogo y acuerdos entre los distintos actores involucrados, con el propósito de darle legitimidad política y sugerir soluciones en su informe final; (iii) recomendar mecanismos de reparación que permitan dar solución al conflicto ((D.S. 14/2023, Art. 2). La comisión está formada por 8 miembros, mapuches y no mapuches, de distintos sectores políticos.

Teniendo en consideración su conformación y mandato, se debe valorar la creación de esta instancia, pues permite complementar el enfoque de

²⁷ Adnradio.cl: “Resistencia Mapuche Lafkenche niega vínculos con detenidos en operativo policial”, 24 de septiembre de 2023.

²⁸ *Informe 2023*, p. 136.

²⁹ Cristóbal Carmona es asesor técnico del organismo.

seguridad que ha dominado las narrativas asociadas al conflicto, agregándole un componente político, de carácter transversal. Se busca superar, de esta manera, la falta de relevancia política de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato. Aun así, se tiene que tener presente que ya han existido iniciativas similares con antelación, las cuales se han limitado a efectuar diagnósticos del conflicto, sin contar con el apoyo político necesario para ir más allá. Estas gestiones frustradas minan la confianza en las acciones estatales para resolver el conflicto. Por ende, el Gobierno deberá tener el cuidado suficiente para –a la vez que maneja con realismo las expectativas que pueda generar este proceso– procurar que sus resultados se traduzcan en medidas concretas con un impacto real en la vida de las personas –mapuches y no mapuches– que habitan estos territorios.

Las medidas que implican uso de fuerza, no se podrían evaluar correctamente si no se abordan las causas del conflicto, que constituyen el telón de fondo no solo para el trabajo de la misma CPPyE sino, también, para entender –y enfrentar– el aprovechamiento del conflicto por parte del crimen organizado.

ORDENAMIENTO TERRITORIAL, DESASTRES Y DERECHOS HUMANOS

Es un conocimiento de larga data que el ordenamiento territorial en Chile es débil y presenta múltiples falencias que también tienen impactos concretos en materia de derechos humanos.³⁰ Fue, sin embargo, durante este año que inundaciones, socavones e incendios forestales, afectando directamente espacios urbanos, volvieron a mostrar la urgencia con la que se debieran abordar estas limitaciones.

La planificación del uso del suelo busca racionalizar la utilización del espacio para alcanzar un desarrollo armónico y equitativo. Entre otras cosas, ello supone determinar las zonas urbanas y su crecimiento, así como las áreas que se mantendrán al margen del asentamiento urbano,³¹ especialmente respecto de las mejores tierras agrícolas alrededor de las ciudades, lo que compromete también la posibilidad de mantener cultivos locales y reducir la importación de alimentos de otros países. Hace ya varios años, el profesor de derecho ambiental Eduardo Astorga comentaba que, salvo aquellas áreas colocadas bajo alguna categoría de protección –las que cubren

³⁰ Por ejemplo, Judith Schönsteiner y otros, *Línea Base sobre Empresas y Derechos Humanos*, Centro de Derechos Humanos UDP, 2016.

³¹ Ciper Chile.cl: “Tomás Blake y Tomás Gómez: Parcelas de agrado: el agrado de pocos a costa de muchos”, 12 de mayo de 2022. <https://www.ciperchile.cl/2022/05/12/parcelas-de-agrado-el-agrado-de-pocos-a-costa-de-muchos/>

aproximadamente el 21% del territorio nacional—,³² en el resto de Chile regía un verdadero “*Far West*” en materia ambiental, en el sentido que los proyectos se emplazan en base solo de consideraciones económicas.³³ Diversos acontecimientos del último año dan cuenta de que los déficits observados en la materia todavía persisten, e incluso se han acrecentado.

Un tema que ha ido adquiriendo particular relevancia en materia de ordenamiento territorial es el de la subdivisión de predios rústicos, de acuerdo al Decreto Ley N°3.516. Estas subdivisiones se incrementaron en casi un 170% entre los años 2019 y 2021.³⁴ Uno de los problemas asociados a estas parcelaciones, es su utilización por desarrolladores inmobiliarios para la instalación de proyectos habitacionales fuera de los límites urbanos, lo que supone la creación de verdaderos núcleos urbanos en espacios rurales, en terrenos que siguen teniendo fines agrícolas, ganaderos o forestales. Evidentemente, dicha actividad inmobiliaria trae consigo numerosas consecuencias negativas. Entre ellas, está la pérdida de biodiversidad y suelo productivo; el aumento de la presión sobre el uso del agua; tensiones con las comunidades locales rurales; la sobrecarga a la capacidad de servicios públicos tales como la recolección de residuos sólidos, la seguridad ciudadana, la salud y la educación, entre otros.³⁵ De esta forma, derechos humanos como el derecho al agua y al medio ambiente sano de las comunidades rurales, se ven puestos en entredicho con la creación de estos polos urbanos.

Ante este escenario, dos decisiones estatales son importantes de relevar. La primera, es la instrucción realizada por el Ministerio de Agricultura al Servicio Agrícola Ganadero, el 12 de julio de 2022, de suspender la tramitación de certificación de subdivisión de predios rústicos, requiriendo una serie de informes adicionales, “en el evento de advertir durante su evaluación situaciones que pudieran dar cuenta que el proyecto de subdivisión importa un eventual cambio del destino de los lotes o una vulneración de los artículos 55 y 56 de la LGUC” (Of. Ord. N°637/2022). En agosto de 2022, un grupo de empresas inmobiliarias impugnó esta instrucción, alegando que vulnera su derecho de propiedad y su derecho a desarrollar una actividad lícita. Con todo, este recurso fue rechazado tanto por la Corte de Apelaciones de Santiago como por la Corte Suprema.³⁶ La otra decisión de relevancia

³² CONAF.cl: “Protección SNASPE”.

³³ Eduardo Astorga, *Derecho Ambiental Chileno. Parte General*, Santiago, Thomson Reuters, 2014, p. 81.

³⁴ Pablo Allard y otros, “Parcelaciones rurales: Propuestas para el desarrollo de las subdivisiones rústicas en Chile”, *Puntos de referencia*, N°624, octubre de 2022, p. 3.

³⁵ *Ibíd.*, p. 10.

³⁶ Corte de Apelaciones de Santiago, 28 de abril de 2023, Rol N° 100856-2022; y Corte Suprema, 12 de julio de 2023, Rol N° 87.547-2023.

en esta materia emanó de la Corte Suprema, cuando acogió un recurso de casación contra el proyecto “Punta Puertecillo” en la costa de la región de O’Higgins.³⁷ En concreto, entre otras cosas, la Corte confirmó que las parcelaciones efectuadas por inmobiliarias en áreas rurales constituyen proyectos inmobiliarios o turísticos que producen urbanización y que, por lo mismo, deben ser evaluados ambientalmente. Con todo, como notaron Gumucio y Barrera, a pesar de esta decisión, “la incertidumbre persiste respecto a los proyectos que ya se están desarrollando en suelo rural, y si existe una obligación o no para la institucionalidad ambiental de evaluar un proyecto que no cumple con la normativa urbanística y que contraviene expresamente una situación sancionada por la [Ley General de Urbanismo y Construcciones]”.³⁸

Junto a ellos, diversos desastres naturales acaecidos en el último año, vinculados al cambio climático, han puesto en relieve la ausencia del Estado en materia de planificación territorial. El 22 de diciembre de 2022, un importante incendio afectó a la quebrada de Nueva Esperanza de Viña del Mar. El incendio dejó dos fallecidos y afectó a unas 400 viviendas. Independientemente de las acusaciones a las inmobiliarias como causantes del siniestro (asunto aún en investigación), este desastre dejó en evidencia la descoordinación estatal en la materia. Como repararon Blake y Gómez, ya existían en la región diagnósticos que indicaban que las zonas de quebradas e interfaz urbano rural presentaban un altísimo riesgo de incendio forestal con daños a viviendas y personas. A pesar de ello, ese mismo año el Ministerio de Vivienda y Urbanismo había iniciado un proceso de regularización del Campamento Felipe Camiroaga, justamente en la zona más afectada por el incendio. Por lo mismo, opinan estos autores, “el incendio desnuda una atomización de las funciones y atribuciones en el Estado, que resulta en acciones fragmentadas frente a desafíos que, en realidad, son interconectados”.³⁹

En el caso de los socavones en Viña del Mar, ocurridos en agosto y septiembre de 2023, la conclusión es similar. Como se sabe, las fuertes lluvias en la Región de Valparaíso provocaron dos desplazamientos de tierra en el campo dunar de Concón, situación que obligó a deshabitar una serie de edificios por riesgo de derrumbe. Aun cuando queda un tiempo hasta que se asignen las responsabilidades correspondientes, la situación de los socavones dejan en evidencia una serie de problemas respecto a la regulación

³⁷ Corte Suprema, 25 de noviembre de 2022, Rol N° 14.568-2021.

³⁸ Constanza Gumucio y Sofía Barrera, “Entre lo urbanístico y lo ambiental: protección de ecosistemas frente a macro loteos en el caso de Punta Puertecillo”, *Eco-Reflexiones*, Vol. III, N°1, abril de 2023.

³⁹ Ciper Chile.cl: “Tomás Blake y Tomás Gómez, Megaincendio en Viña del Mar: ¿tragedia fortuita?”, 9 de enero de 2023.

territorial, específicamente de los Planes Reguladores Comunales (PRC). Recuérdese que, de acuerdo a la Ordenanza General de Vivienda y Urbanismo, los PRC pueden definir “áreas de riesgo”, entendidas como aquellos territorios donde “se limite determinado tipo de construcciones por razones de seguridad contra desastres naturales u otros semejantes” (Art. 2.1.17), previo estudio de riesgo (2.1.10). Pues bien, el PRC de Viña del Mar, de 2002, indicaba que las dunas y sus barrancos de arena serían zonas de uso residencial, y no áreas de riesgo. La ausencia de esta restricción hizo que no fuera obligatorio para el director de Obras Municipales solicitar estudios que indicaran las obras a ejecutar para mitigar el riesgo.⁴⁰ En un plano más general, cabe reparar también en la situación en que se encuentran los instrumentos de planificación territorial en Chile. De acuerdo a un estudio reciente de la Cámara Chilena de la Construcción, al año 2022, el 26% de las comunas en Chile no cuenta con un PRC. De las que sí poseen uno, en tanto, un 46% tiene una vigencia de más de 15 años⁴¹ –el de Viña, recordemos, es de 2002–. Esta desactualización se vuelve más preocupante en un escenario como el actual, dado el aumento de desastres naturales causados por el cambio climático.

Al respecto, se debe tomar en cuenta que la Política Nacional de Ordenamiento Territorial de 2021 establece la directriz de “promover un enfoque preventivo y prospectivo orientado a la reducción del riesgo de desastres en la toma de decisiones”.⁴² En 2022-2023, se ha sumado la Política Nacional para la Reducción del Riesgo de Desastres, que incorpora esta variable en las evaluaciones y planes de ordenamiento territorial para proyectos nuevos. Por lo mismo, más allá de lo necesario que es fortalecer la institucionalidad para reaccionar adecuadamente ante este tipo de desastres, se debe subrayar que las medidas para enfrentarlos deben ser preventivas, tal como lo mandatan los tratados internacionales de derechos humanos y el Acuerdo de París, con sus obligaciones de adaptación. Para ello, es clave no solo la acción del Ejecutivo y el Legislativo, sino también de las empresas. Como expusimos en el *Informe 2017*, las empresas “deben renunciar a ejercer lobby, presiones o tráfico de influencias que impida la adopción e implementación de un marco regulatorio” y, además, respetar los derechos humanos en sus operaciones. Al fin, parece claro que la ausencia de una planificación territorial adecuada ha impedido prevenir vulneraciones a los derechos humanos y ambientales, como el derecho a

⁴⁰ Ciper Chile.cl: “Vicente Letelier, Tres enfoques ante los socavones”, 29 de septiembre de 2023.

⁴¹ Cámara Chilena de la Construcción, *Estado Planificación Comunal de Chile*, marzo 2023.

⁴² Decreto 469/2021.

la vivienda, el derecho al agua potable, el derecho a la salud y, lamentablemente, el derecho a la integridad personal y la vida.

Por último, un enfoque de derechos humanos del ordenamiento territorial toma en cuenta factores de discriminación. El Estado puede –y debe– priorizar el resolver problemas del derecho a la vivienda digna –aplicable a la primera vivienda de una persona– antes de resolver los problemas relacionados con segundas viviendas que no están cubiertas por el derecho humano a la vivienda, sino solo por el derecho a la propiedad. Esto, incluso si las personas que litigan por afectaciones al derecho a la propiedad de una segunda vivienda tienen más recursos para ello que personas que dependen de la ayuda legal del Estado para emprender esos litigios.

MEDIOAMBIENTE, DERECHOS SOCIALES, DERECHOS INDÍGENAS Y EMPRESAS

Los derechos sociales han constituido, desde que el *Informe* analiza la situación chilena, un desafío tanto en términos de igualdad de acceso como en calidad. Este año, Catalina Milos ha revisado las distintas propuestas para reformar el sistema de salud, desde un enfoque de derechos humanos, concluyendo que tanto el Seguro Único de Salud o un Plan Único de Salud permitirían un sistema más equitativo e inclusivo y, por lo tanto, una mejor garantía del derecho a la salud como está mandatada por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Aborda tanto los desafíos del sistema público de salud como la crisis financiera del sistema privado. La autora propone cuatro lineamientos para una reforma del sistema de salud con enfoque de derechos humanos: superar la discriminación, superar la demora en las listas de espera, mejorar la priorización de la atención y asegurar el financiamiento del sistema.

Lidia Casas y Valentina Salazar muestran, en un estudio inédito y novedoso, las falencias en el respeto y la protección de los derechos laborales de las cuidadoras que trabajan en los ELEAM, problemas que tienen consecuencias directas en la calidad del cuidado que reciben las y los residentes. Las cuidadoras que trabajan en los ELEAM son las que gozan –usualmente– de un estatus de formalidad laboral, siendo una minoría entre quienes cuidan personas mayores en Chile. Se podría presumir, entonces, que la protección de sus derechos es mejor de la que tienen personas que cuidan a familiares o vecinos sin percibir ingresos, cuidadoras de hogares clandestinos, trabajadoras de casa particular sin contrato o con contratos incompletos que sólo abarcan funciones de aseo pero no de cuidado, a pesar de prestar estos servicios. Investigar estas otras formas de cuidado, en las condiciones laborales

de las cuidadoras en general con un enfoque de derechos humanos, quedará para estudios futuros, que parecieran muy necesarios realizar considerando la realidad de trabajo precario de muchas de las cuidadoras en los ELEAM, que revelaron las autoras. El capítulo contribuye a justificar con datos empíricos la urgente necesidad de regulación en materia de cuidados, incluyendo el debate sobre el reconocimiento constitucional del derecho al cuidado y la necesidad de un sistema integral de cuidados.

En las condiciones actuales de degradación de la Tierra, la implementación de la restauración de ecosistemas se ha convertido en un deber de los Estados. El deber de restauración tiene por objetivo recuperar los ecosistemas degradados, al punto de permitir asegurar el derecho humano al medio ambiente sano. En este contexto, el capítulo de Paula Candia se detiene a revisar el estándar e implementación de este deber en Chile. Al respecto, la autora observa que la Ley Marco de Cambio Climático, la Contribución Determinada a Nivel Nacional actualizada, el Plan Nacional de Restauración de Paisajes, la Estrategia Climática de Largo Plazo y la Ley que Crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas, suponen avances en la materia. No obstante, todavía persisten brechas importantes. De partida, es necesario hacer confluír los conceptos científicos con la ciencia jurídica. Una interpretación armónica con enfoque de derechos humanos, indica la autora, debiera llevar a concluir que la obligación de restaurar debe ejecutarse para lograr el mayor nivel de recuperación del ecosistema que sea posible y a lo menos su rehabilitación, lo que no se condice con la definición de reparación presente en la Ley 19.300. Asimismo, se observa que los proyectos de restauración catastrados en plataformas públicas han tenido una marcada vocación forestal y de bosques. Esta tendencia sigue replicándose en los compromisos futuros. Dicha realidad contrasta con la ausencia de políticas públicas y regulación, en lo que se refiere al concepto de restauración en ecosistemas contaminados. Lo anterior, en especial, cuando existen zonas de Chile donde la implementación de proyectos de restauración o recuperativos es la única o una de las pocas soluciones que existen para disminuir los niveles de contaminación que han afectado, sostenidamente, a personas y ecosistemas durante décadas.

Los nuevos usos de carácter estratégico del Litio –por ejemplo, almacenamiento de energía en baterías eléctricas y en sales para acumuladores de termos solares– han hecho que la demanda por este mineral no metálico creciese de manera exponencial en los últimos años. Chile tiene una de las más grandes reservas de litio a nivel mundial –estimada entre el 36% y el 40%

del total global⁴³ concentrada en el Salar de Atacama, que es donde tienen sus operaciones las dos empresas que dominan la producción de litio en el país, a saber, Albemarle y SQM. El Salar es, al mismo tiempo, un ecosistema de gran fragilidad y territorio ancestral del pueblo atacameño. De acuerdo al derecho internacional de los derechos humanos, como muestra Cristóbal Carmona, este pueblo tiene una serie de derechos frente a la exploración y explotación de recursos naturales de titularidad estatal –como lo es, en este caso, el litio– existentes en ese territorio. Entre ellos, se encuentra el derecho a participar en los beneficios que reporten dichas actividades (Art. 15 N° 2, Convenio N°169 de la OIT). A pesar de que, a la fecha, no existe una regulación específica para el reparto de beneficios con las comunidades en cuyo territorio se encuentran los minerales a explotar, en los últimos años han emergido –de manera fragmentaria, descentralizada y no sistemática–, determinadas prácticas y esquemas en la explotación del litio en el Salar de Atacama que suponen o alegan ser, de una forma u otra, mecanismos de participación en los beneficios. En concreto, se trata de mecanismos privados y públicos. Por una parte, existen convenios entre empresas y comunidades indígenas ingresados o paralelos a la evaluación ambiental. Por otra, hay un mecanismo de carácter estatal –estipulado en uno de los contratos entre CORFO y SQM modificados el año 2018–, diseñado e implementado desde 2021.

En este orden de ideas, el autor analiza el grado de cumplimiento del derecho a participar en los beneficios del Art. 15 N° 2 del Convenio N° 169 en el Salar. Al respecto, se constata, primero, que existiría un incumplimiento estatal claro al no haber establecido, a más de diez años de la entrada en vigencia del Convenio N°169, una regulación específica de la distribución en los beneficios, no solo para el Salar, sino para todo el territorio nacional. En lo que corresponde a los mecanismos identificados operando en el Salar, el cumplimiento es más bien parcial y varía de acuerdo a cada mecanismo. Los acuerdos empresas-comunidades indígenas, aunque suponen una participación directa de las comunidades en la determinación del mecanismo y la distribución de los fondos, fallan en dar cuenta de la doble dimensión del derecho a participar en los beneficios (la territorial y la cercanía/afectación) y en la distribución de los recursos. Al mismo tiempo, producen ciertas tensiones respecto a la evaluación ambiental de proyectos relacionados, instancia relevante para asegurar que los beneficios se traduzcan en una distribución proporcional de los costos y beneficios que genera un proyecto. El mecanismo CORFO-SQM, en

⁴³ Gobierno de Chile, *Estrategia Nacional del Litio- Por Chile y su Gente*, 2023, p. 9.

tanto, distribuye los recursos tomando en cuenta consideraciones tanto territoriales como de cercanía / N° de socios, que mandata el estándar. No obstante, tanto en su origen como en su diseño, tiene serios déficits en lo que se refiere a la participación de las comunidades atacameñas. Estas conclusiones son relevantes de cara a la futura implementación de la Estrategia Nacional del Litio, que no considera reformas específicas para la regulación de la participación en los beneficios.

El presente *Informe* también incluye un capítulo que evalúa la norma sobre transparencia en materias sociales y ambientales adoptada por la Comisión de Mercado Financiero (CMF), que entró en vigencia a inicios de enero de 2023. Por primera vez, esta norma exige a algunas empresas que reportan a la CMF, incluir en sus memorias información sobre sus políticas, riesgos e impactos de derechos humanos. Carlos Miranda y Danny Rayman analizan tanto la norma misma –y su conformidad con los estándares internacionales de derechos humanos en la materia– como las memorias presentadas por las empresas de los sectores que más aportan al PIB y que, además, deben reportar a la CMF. Finalmente, evalúan el uso que hace la CMF de sus facultades de fiscalización sobre esta norma, en relación a los requisitos de reportar sobre derechos humanos. El capítulo se inserta en el debate sobre finanzas sustentables, en particular, se pregunta en qué medida la información publicada por las empresas permitiría a una institución financiera o inversionista saber si su préstamo o inversión, respectivamente, respeta los derechos humanos, según los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos y Empresas, así como de las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales. Los criterios de análisis desarrollados por los autores son, en este sentido, novedosos a nivel nacional.

INSTITUCIONALIDAD DE DERECHOS HUMANOS Y DE INFANCIA

Los últimos dos capítulos del *Informe* abordan el tema de institucionalidad de derechos humanos. Así, María José Jara y Francisco Estrada se enfocan en analizar el Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia (en adelante, SPE), a casi dos años del inicio de sus funciones. Como notan el y la autora, la respuesta especializada a problemáticas que afectan a la infancia en situación de vulnerabilidad constituye un paso importante hacia la instauración de un real sistema de garantías de derechos de niñas, niños y adolescentes. No obstante, señalan, la regulación e instalación de este servicio presenta, todavía, notables desafíos. Entre otras cosas, faltaría dotar de coherencia interna el proceso de cambios por el que

se está atravesando a causa de la implementación del SPE y del sistema de protección integral que establece la Ley 21.430. En lo que se refiere al proceso de desinstitucionalización de la infancia, uno de los asuntos más críticos en este eje es el mecanismo de reconversión de los Centros de Reparación Especializada de Administración Directa (CREAD) a Residencias Familiares (RF). Sobre la temática, junto con la demora en el cierre efectivo de los centros de cuidado masivo, y las dificultades presentadas en la transición a las RF, se releva que estas últimas han presentado falencias graves que permiten dudar acerca del cumplimiento, en la práctica, de las promesas de dicho modelo. Asimismo, para el y la autora, la nueva institucionalidad presenta problemas tanto en su diseño como en su ejecución, atribuibles principalmente al legislador y la administración. Su puesta en marcha previa a la aprobación de la Ley 21.430, sin que existieran todavía lineamientos ni marcos reglamentarios que rigiesen sus distintas líneas de acción, con dotación insuficiente, y sin la infraestructura mínima necesaria para funcionar como lo establece la ley, implicaron que el proceso de implementación del SPE estuviese destinado a enfrentar una serie de dificultades, desde sus inicios. A esto debe sumarse la existencia de ciertos retrocesos normativos, a propósito del debilitamiento del control jurisdiccional sobre las medidas adoptadas por el SPE. Al fin, para la y el autor, pese a los esfuerzos realizados, el SPE está todavía lejos de cumplir las promesas de avance en la protección de los derechos de la niñez y la adolescencia en Chile.

Vicente Aylwin y Elvira Vergara, por su parte, analizan, en base a los Principios de París, la institucionalidad autónoma de derechos humanos en Chile, es decir, aquella parte de la institucionalidad que, integrando el sistema nacional de protección de derechos humanos, posee autonomía frente al Gobierno. En concreto: el Instituto Nacional de Derechos Humanos (en adelante, INDH); la Defensoría de la Niñez (en adelante, Defensoría); y el Comité de Prevención de la Tortura (en adelante, CPT o Comité). Centrándose en el nivel de autonomía del que gozan estos órganos, a pesar de las fortalezas existentes en su diseño, el y la autora concluyen que todavía existen áreas problemáticas, las que se han hecho más patentes a la luz de las actuales condiciones políticas. A este respecto, una primera cuestión que aparece como compleja, es que los mecanismos de designación del Consejo del INDH y de la Defensora o Defensor de la Niñez generan situaciones de vacancia de cargos, así como también de nombramientos que no responden, necesariamente, a la trayectoria de las candidatas y candidatos, sino a consideraciones esencialmente políticas. Además, el y la autora muestran cómo la discusión política en torno a la

Ley de Presupuesto genera el riesgo de amenazar a la capacidad operativa de los órganos autónomos de derechos humanos. Por último, específicamente sobre el CPT, se indica que –si bien este goza de autonomía funcional– al estar inserto dentro del INDH hay ciertos tópicos en donde necesariamente debe coordinarse con este último organismo. Ello, en ocasiones, ha dificultado la operatividad del CPT. En suma, lo expuesto por este capítulo hace aconsejable revisar algunos engranajes institucionales que la práctica ha mostrado desgastados. Ello implica reconsiderar, entre otras cosas, el modo en que los órganos autónomos se vinculan y coordinan entre sí, el nivel formal de autonomía legal de que gozan –y su eventual reconocimiento constitucional–; los mecanismos de designación de las personas que los integran, la estructura territorial necesaria para ejercer su mandato, sus canales de comunicación y difusión, y los mecanismos de articulación con la sociedad civil.

Las recomendaciones de cada capítulo son realizadas por el Centro de Derechos Humanos. La gran mayoría ha sido propuesta por los y las autores, pero en algunos casos puntuales hemos realizado cambios a las recomendaciones para alcanzar la consistencia interna de este Informe o para retomar aspectos que hemos destacado en años anteriores.

Como editores y en nombre del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales y su directora, Lidia Casas, agradecemos especialmente a las y los autores que –con mucha dedicación, esfuerzo y *expertise*– elaboraron los 11 capítulos de este *Informe*. Agradecemos a las y los ayudantes –nombrados en cada uno de los capítulos en los que apoyaron. Para ellos y ellas este proyecto es un importante camino de aprendizaje y sin su labor el *Informe* no podría realizarse. En este espacio particular, un agradecimiento especial a los dos ayudantes de edición, Francisco Fierro y Joaquín Torres, estudiantes de la carrera de derecho de la UDP, por su apoyo minucioso con las notas al pie. Un agradecimiento especial, también este año, a nuestro editor de estilo, Vicente Parrini, quien no solo revisa con paciencia y precisión la redacción, asegurando que el análisis sea accesible a un público tanto general como experto, sino también la accesibilidad de las fuentes citadas. Por la diagramación, agradecemos a María Fernanda Pizarro quien convirtió al *Informe*, por primera vez, en *ebook* y al mismo tiempo, diagramó el capítulo sobre Justicia Transicional para la impresión. Finalmente, agradecemos el apoyo continuo de la universidad para este proyecto y, en particular, a Nieves León, asistente de proyectos de la Facultad de Derecho, a Felipe Gana, Ediciones UDP, a Simona Blanco y Milena Faiguenbaum por el apoyo en el lanzamiento, y a Tamara Tobar, Ignacio Gallegos, y Joaquín Palma del equipo de comunicaciones de la

UDP por su trabajo invaluable de difusión de este *Informe*, tanto en el momento de la presentación como a lo largo del año.

Esperamos que esta nueva versión del Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile aporte al respeto, la protección y la garantía de los derechos humanos para todos y todas las habitantes de nuestro país.

Judith Schönsteiner

Editora general

Cristóbal Carmona

Editor

30 de septiembre, 2023

“QUE LAS PROMESAS SE VUELVAN CIERTAS¹”: VERDAD, JUSTICIA, REPARACIÓN, MEMORIA Y GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN EN CHILE A 25 AÑOS DE LA REANUDACIÓN DE CAUSAS PENALES

Cath Collins, Andrea Ordóñez, et al.²

SÍNTESIS

Esta versión del capítulo preparado por el Observatorio de Justicia Transicional para el Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile coincide con diversos aniversarios de especial relevancia en la materia: en este año 2023 se cumplen 50 años del golpe de Estado, y 25 años desde que querellas penales interpuestas por familiares reactivaron la justicia en los tribunales domésticos, por las graves violaciones a los derechos humanos cometidas por la dictadura cívico-militar. Asimismo, se cumple un cuarto de siglo desde que el “caso Pinochet” en España, produjo la detención del exdictador en Londres. Por tanto, el presente capítulo combina una mirada general a la trayectoria de la justicia transicional en Chile desde 1998, con su habitual examinación más detallada del período reciente. Incluye comparaciones estadísticas para dos períodos: julio de 2022 a junio 2023, y julio de 2021 a junio de 2022, completando

¹ Palabras tomadas de la canción “Por si algún día”, de Illapu.

² Capítulo preparado por Cath Collins y Andrea Ordóñez, en calidad de coautoras, junto a las y los demás colaboradores permanentes del Observatorio de Justicia Transicional de la UDP (en adelante, Observatorio u Observatorio JT), y expertas y expertos invitados. Participaron en el presente capítulo, como investigadores asociados o asociadas al Observatorio, Francisco Bustos, Boris Hau, Loreto López y Francisco Ugás; como expertos temáticos, Pietro Sferrazza y Joaquín Rubio; y como ayudantes, Felipe Bouey, Felipe Candia y Carla Osorio. La coordinación, redacción y edición general estuvo a cargo de Andrea Ordóñez, abogada, integrante del equipo del Observatorio y editora de su boletín bimestral; y Cath Collins, catedrática de Justicia de Transición de la Universidad de Ulster, Irlanda del Norte, y directora del Observatorio, a quien le corresponde la responsabilidad editorial por el análisis aquí presentado. Agradecemos, como siempre, a todas las personas, agrupaciones, organizaciones sociales e instituciones que ayudaron con información, entrevistas, y otras colaboraciones para esta edición y a lo largo de nuestros 15 años de existencia como Observatorio.

así el análisis correspondiente al *Informe 2022*, año en que este capítulo no fue publicado.

En términos globales, se aprecia una diversificación en los dilemas de la justicia transicional y una “judicialización” de esos dilemas: se recurre ante los tribunales no solo en materia civil y penal, sino también en búsqueda de verdad, reparación simbólica, memoria pública y reformas que apuntan a prevención. En temas penales, se consolida el reconocimiento de las obligaciones internacionales del Estado, *inter alia* en materia de violencia sexual, y reparación en sede judicial. Aún existen limitaciones en la persecución penal de oficio de la tortura, el alcance de la justicia a perpetradores civiles, y la efectividad de las medidas cautelares. Pero hoy el enemigo principal de una justicia penal completa es, sin duda, la impunidad biológica. En tanto, los tribunales han sido interpelados para contrarrestar el negacionismo, disolver condenas espurias, y limpiar espacios públicos y lugares de formación castrense, de homenajes a personajes asociados a la dictadura. En materia civil, se dio un paso importante en la interpretación de la institución de la cosa juzgada.

En el ámbito de las políticas públicas, se empiezan a ver atisbos de cumplimiento de algunas de las promesas largamente esperadas. El Plan Nacional de Búsqueda procura aclarar las circunstancias de la desaparición forzada de centenares de personas, contribuyendo a verdad, justicia, y ojalá su recuperación y restitución. Una agenda de medidas anunciada a propósito de los 50 años del golpe de Estado apunta a materializar otras promesas, por ejemplo, en torno al secreto Valech, la tipificación de desaparición forzada, y la atención a clases de victimización hasta ahora invisibilizadas, entre ellas las llamadas “adopciones irregulares”. Se cuestiona, sin embargo, si el clima político actual permitirá que estas promesas efectivamente se vuelven ciertas, dado el surgimiento de corrientes políticas cada vez más hostiles, a pesar de la urgencia moral de las tareas pendientes. Es vital, no obstante, que las promesas se cumplan, esta vez sí, porque, en palabras de Séneca, “nada se parece tanto a la injusticia, como la justicia tardía”.

PALABRAS CLAVES: *verdad; justicia; reparación; memoria; garantías de no repetición; Consejos de Guerra; impunidad biológica; justicia transicional, dictadura; golpe de Estado; 50 años; Plan Nacional de Búsqueda; negacionismo; cosa juzgada fraudulenta; cosa juzgada ineficaz; agentes prófugos; Observatorio de Justicia Transicional.*

INTRODUCCIÓN

Con los múltiples aniversarios que confluyen en este 2023, es natural que se vuelvan a realizar balances y ponderar avances y vacíos. Son 50 años desde la violenta toma de poder que dio inicio al largo período de graves violaciones a los derechos humanos cuyos efectos, legado y actualidad son la materia de preocupación del Observatorio de Justicia Transicional y del presente capítulo, de su autoría. Este 2023 marca, a su vez, 25 años desde la reanudación formal de esfuerzos de justicia por esas violaciones, esfuerzos que socialmente nunca cesaron, pero que empezaron a recibir mayor acogida institucional –tibia y cautelosa, por cierto– en algunos rincones del sistema de justicia a partir del año 1998. Fue un año marcado por diversos puntos de inflexión muy significativos, partiendo con la acogida en enero de 1998 de querrelas criminales domésticas contra el exdictador Augusto Pinochet Ugarte, en los casos Calle Conferencia y Caravana de la Muerte, y culminando meses más tarde con su detención en Londres, en el marco de una investigación penal iniciada en España en el año 1996, invocando principios de jurisdicción universal. Las reverberaciones regionales e internacionales del “caso Pinochet” y otros fenómenos similares³ fueron medidas una década más tarde en la conferencia “El Efecto Pinochet”, realizada en la Universidad Diego Portales en octubre de 2008. Dicha conferencia dio paso, a su vez, a la fundación del Observatorio de Justicia Transicional, que nació motivado por el deseo de realizar un escrutinio y acompañamiento desde la academia a ese lento despertar de la justicia, y que se encuentra cumpliendo 15 años de existencia. Además de este aniversario de índole doméstico, el 2023 marca aniversarios trascendentales no solamente para Chile sino para sus vecinos. Son 50 años, también, desde el golpe de estado uruguayo, y 40 años desde que se inició la recuperación de la democracia en Argentina. En el plano internacional, por su parte, se cuentan 75 años desde la Declaración Universal de los DDHH, el primer esfuerzo internacional serio para enunciar y consolidar estándares normativos que aspiran a instalar, en el corazón de todo sistema político, ideológico, o económico, la protección de la vida y la dignidad humana como valores trascendentales.

Procurando identificar un fin específico para el presente capítulo en estas fechas tan cargadas, desde el Observatorio estimamos que es inabarcable

³ Tales como el reinicio de la persecución penal, esta vez por apropiación de niños y niñas, contra miembros de la Junta argentina indultados en 1990 por el presidente Carlos Menem, o la persecución de crímenes de guerra y de lesa humanidad en Perú que culminaron con la condena, en 2007, del exmandatario Alberto Fujimori. Ver Sebastián Brett, *El Efecto Pinochet*, Santiago, Universidad Diego Portales, 2009.

pretender una revisión exhaustiva de todo lo dicho, hecho, recorrido, y aun faltante en materia de verdad, justicia, reparación, memoria y garantías de no repetición, ya sea a lo largo de estos 50 años, o tan solo en los 25 que nos separan del “caso Pinochet”, o incluso en los 15 años de nuestra propia existencia. Estamos conscientes además de que, a diferencia de cuando empezamos en 1998, existen numerosas otras iniciativas, fuentes, y estudios, nacionales, regionales e internacionales, que dan cuenta de los mismos hechos y alimentan diagnósticos y proyecciones en materia de justicia transicional.⁴ El presente capítulo, por tanto, opta más bien por combinar observaciones generales sobre cada eje temático estudiado, con la síntesis de hechos particularmente ilustrativos ocurridos dentro del período reciente, que habitualmente ha sido la materia prima de este capítulo en cada una de sus iteraciones desde 2011.⁵

En cuanto al ambiente que rodea este año de aniversarios, existe una fuerte tentación, del todo atendible, de lamentar lo pendiente, lo que en materia de verdad, justicia, y reparación no se hizo, no se hizo a tiempo o, simplemente, ya es demasiado tarde para hacer. Los sentimientos de indignación o incredulidad que suelen acompañar este lamento a menudo se expresan en frases que abren con la pregunta “¿cómo es posible que a 50 años ...?”.⁶ En el presente capítulo, si bien los mencionados sentimientos no nos son ajenos, intentamos al mismo tiempo navegar hacia el futuro mejor al que nos invitan tanto los horizontes normativos internacionales,

⁴ Ver, entre los más recientes, Juan Pablo Mañalich. *Derecho Penal y Terrorismo de Estado: Problemas de justicia transicional a 50 años del golpe de Estado*, Santiago, Roneo, 2023; Hugo Rojas y Miriam Shaftoe, *Derechos Humanos y Justicia Transicional en Chile*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022; CECT, *La justicia en la balanza: Procesos, juicios y condenas por violaciones de los derechos humanos acontecidas en Chile entre 1973 y 1990*, Santiago, CECT, 2023; los proyectos en línea plancondor.org; Memoriaviva.org, expedientesdelarepresion.org, y Tecnologías Políticas de la Memoria, las páginas web del lugar de memorias londres38.org y del Museo de la Memoria y los Derechos Humanos, y el proyecto Memoria Histórica Digital del Poder Judicial chileno. A nivel de fuentes oficiales, la página web de la Unidad Programa de DDHH del Ministerio de Justicia y DDHH ha tenido altibajos como fuente activa de monitoreo y difusión de acciones en justicia, memoria y acompañamiento social; lo mismo ha de señalarse en relación con el trabajo de la oficina de prensa y el Portal Unificado de Sentencias del Poder Judicial, cuyo acceso se ha visto afectado recientemente por un Acta que promete invisibilizar algunas sentencias y carpetas (ver sección Verdad, *infra*).

⁵ Año en que, por primera vez, este capítulo temático del Informe fue asumido por el Observatorio de Justicia Transicional. Desde ese entonces ha figurado en cada edición del Informe, con la sola excepción de 2022. Para la presente edición, los datos del período julio de 2022 a junio de 2023 se complementan con la información del período julio de 2021 a junio de 2022, para preservar la necesaria continuidad en la cobertura estadística.

⁶ Ver también una carta abierta enviada por tres agrupaciones a la Corte Suprema, el 4 de agosto de 2023, que alude a lo que tanto el Estado como la sociedad misma “pudo haber hecho” en estos casi 50 años. Carta abierta de la Agrupación de Familiares de Detenidos Desaparecidos (AFDD), Agrupación de Familiares de Ejecutados Políticos (AFEP), y Londres 38, Espacio de Memorias a la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, fecha 4 de agosto de 2023, copia en el archivo del Observatorio de Justicia Transicional.

aquí señalados, como las aspiraciones y logros de quienes a nivel nacional han emprendido una peregrinación incesante en búsqueda de justicia, a lo largo de las cinco décadas que ya nos separan de la fecha nefasta del 11 de septiembre de 1973.

1. VERDAD

1.1. Balance

Las iniciativas oficiales en Chile para establecer y comunicar administrativamente verdades sobre la dictadura y sus crímenes son muy conocidas. Incluyen dos comisiones de la verdad, una de las cuales forma la base del relato de un museo enteramente dedicado a esta misma temática. Se suman dos décadas y media de revelaciones de verdades jurídicas, a través de minuciosas investigaciones e incluso, a veces, a confesión de partes. Nada de ello, al parecer, ha sido suficiente para impedir una creciente marejada de negación y ofuscación, ante la cual pelagra la noción misma de la validez del hecho empírico y el valor de tener, o no, la razón. Desafortunadamente, los ejemplos abundan, y reproducirlos aquí arriesga promulgarlos más. Así que nos conformamos con observar que, a 50 años del golpe, se hace muy difícil detectar gestos mínimos del tenor de los que sí se dieron en el marco de los 40 años. Los “cómplices pasivos” interpelados en el discurso presidencial del 11 de septiembre de 2013 aún campean sin vergüenza ni autocrítica, y el repudio social no se materializa: una porción preocupante de la ciudadanía los apoya, o al menos no los rechaza.⁷ Las cámaras legislativas y bancadas actuales, y el Consejo Constitucional hoy vigente, tampoco prometen estar a la altura de lo que la historia, y el momento político, exige.⁸ Ello sin duda dificultará el camino de algunas de las medidas legislativas —en sí,

⁷ La encuesta CERC-Mori, realizada en mayo de 2023, arrojó que, entre 2013 y 2023, el porcentaje de personas encuestadas que opinan que los golpistas de 1973 “tenían razón” subió en 20 puntos, de 16% a 36%, mientras que el rechazo absoluto a la legitimidad de un golpe de Estado registró una caída estrepitosa de 17 puntos porcentuales, quedando mayoritaria por el margen más estrecho posible, en 51%. Barómetro de la Política CERC-MORI, “Chile a la sombra de Pinochet: La opinión pública sobre la ‘Era de Pinochet’ 1973 -2023”, Santiago, mayo de 2023. La encuesta CADEM de junio de 2023, por su parte, muestra que lo anterior no es por ignorar los hechos, ya que el 71% de las y los encuestados son capaces de llamarle golpe al golpe, y 56% tienen claro que lo que sobrevino después fue una dictadura, con todas sus letras. Aun así, 27% aprueban la gestión del dictador. <https://cadem.cl/>.

⁸ El 22 de agosto de 2023, la bancada de derecha en la Cámara de Diputadas y Diputados insistió en imponer la lectura de un acuerdo de agosto de 1973, que muchos sindicaban como el guiño político que abrió la puerta al golpe. El tenor de la posición de los consejeros de derecha más dura en el Consejo Constitucional se puede deducir, en tanto, de su gesto de introducir una propuesta de enmienda —posteriormente retirada— que procuraba asegurar la liberación inmediata de buena parte de los criminales de lesa humanidad hoy recluidos. Ver *infra*, sección 2.

muy bienvenidas— anunciadas a principios de septiembre de 2023, y entre las cuales figura la eliminación del carácter de secreto de algunas leyes de la época dictatorial, y un levantamiento parcial y controlado del secreto que pesa sobre los archivos de la Comisión Valech.⁹

Ante ello, anuncios como el del Plan Nacional de Búsqueda de personas desaparecidas, o de la ampliación del reconocimiento de afectaciones a temas antes ignorados,¹⁰ si bien son significativos, no logran superar la sensación de vértigo y retroceso en cuanto a la verdad y sus consecuencias. Sobre todo este año, las verdades que se conmemoran y proclaman, y en particular las reflexiones y acciones a las que el Estado convoque o invite, no pueden ser tratadas como meras posiciones partidistas, ni adiciones efímeras u optativas a la cartelera cultural o la oferta patrimonial. Cultivar la democracia no pasa, a fin de cuentas, por una simple ‘diversificación’, que dé el mismo respaldo, espacio, o valor a cualquier relato o versión. Ni trata de ofertar verdades para que cada oyente comulgue o disienta a su antojo. Se anhela, en este aniversario, algo largamente ausente: un rayado de cancha claro en que el Estado chileno y sus actores públicos – entre ellos, sus partidos políticos– hagan causa común para nombrar, sin eufemismos, a hechos, causas, impactos y responsables, invitando al país a caminar en base a lo certero, por el estrecho sendero de lo memorioso, lo ético y lo justo.

1.2.1. Desaparición forzada: Chile y el Grupo de Trabajo de la ONU sobre desapariciones forzadas e involuntarias

En febrero de 2023, sesionó en Chile el Grupo de Trabajo sobre desapariciones forzadas e involuntarias de la Organización de las Naciones Unidas –ONU– (en adelante, Grupo de Trabajo). La sesión examinó casos de diversos países, ya que no constituía una visita orientada específicamente a evaluar la situación nacional, sino parte de la política habitual del Grupo de sesionar en forma itinerante en diferentes países y regiones, además de hacerlo en su sede en Ginebra, Suiza. De todos modos, la realización de la visita en el mismo año en que se espera la concreción del anhelado Plan Nacional de Búsqueda (ver *infra*, sección 1.4), sin duda ayudó a suscitar interés en la sesión, acentuado por el hecho de que dos de los expertos internacionales que

⁹ Gob.cl: "Gobierno presenta agenda legislativa de derechos humanos", 5 de septiembre del 2023. <https://www.gob.cl/noticias/agenda-legislativa-derechos-humanos-avance-gobierno-victimas-dictadura-delito-desaparicion-forzada/>.

¹⁰ Desde la Subsecretaría de Derechos Humanos se señala que se tomarán pasos en el reconocimiento explícito de categorías de victimización hasta ahora no atendidas: desplazamiento forzado, vulneraciones a jóvenes conscriptos, y la "adopción irregular" (apropiación), con connivencia del estado dictatorial, de niñas y niños. Respuesta escrita recibida el 16 de agosto de 2023 desde la Subsecretaría de DDHH, op. cit.

entonces integraban el Grupo han sido, a su vez, fuentes de apoyo técnico al Estado para el diseño del Plan.

El Observatorio apoyó a la sociedad civil a prepararse para la sesión, convocando espacios informativos virtuales para que familiares, organizaciones sociales y otros potenciales concurrentes pudieran conocer de cerca los objetivos del Grupo de Trabajo y preparar estrategias de participación. Los espacios informativos contaron con la presencia de expertos nacionales, el secretario ejecutivo del mismo Grupo de Trabajo, y familiares y activistas de asociaciones mexicanas y salvadoreñas con experiencia reciente en la participación en estas sesiones. Posteriormente, algunas asociaciones nacionales solicitaron la colaboración del Observatorio con el fin de elaborar o perfeccionar propuestas o memorándums para presentar ante el Grupo.

En dicha sesión el Observatorio expuso ante el Grupo sus propias observaciones sobre la situación nacional. Resumimos aquí consideraciones sobre tres de los temas abordados: adecuación del derecho interno, registro de personas forzosamente desaparecidas, y tratamiento jurídico-penal de la desaparición. Respecto a otras consideraciones tratadas ante la instancia informan las secciones sobre Búsqueda e Identificación, y sobre el Plan Nacional de Búsqueda, que aparecen *infra*.

En relación con la adecuación del derecho interno, cabe recordar que Chile no cuenta aún con una tipificación del delito de desaparición forzada (DF) como crimen ordinario o como delito autónomo. De momento, solamente se encuentra tipificada su comisión en contextos de crímenes de lesa humanidad (Ley 20.357, de 2009), motivo por lo cual el único caso de desaparición forzada en democracia hasta hoy judicializado, el de José Vergara, terminó sin penas privativas de libertad. Si bien un proyecto ley que cumpliría este propósito lleva casi una década en tramitación, ningún Ejecutivo del período impulsó su discusión.¹¹ Es por tanto bienvenida su inclusión en el paquete de iniciativas legislativas en materia relevante a justicia transicional anunciado a principios de septiembre, y mencionado *supra*. En lo particular, el anuncio incluye la promesa de “tipificación de los delitos de desaparición forzada y ejecución extralegal”, asimismo, de “calificación jurídica” del estatus de “ausente por desaparición forzada”, con la creación de un registro y certificación correspondiente.¹² Es llamativa, también, la inclusión entre las categorías de afectación por atenderse, de la “adopción irregular” (apropiación) de niñas y niños (ver *supra*, sección 1.1). Este último fenómeno, actualmente siendo investigado por el sistema de justicia, claramente colinda con la categoría de desaparición *stricto*

¹¹ Boletín 9818-17 Modifica el Código Penal, tipificando el delito de desaparición forzada de personas.

¹² “Gobierno presenta agenda legislativa de derechos humanos”, op. cit.

sensu, dado que se sabe que fue llevado a cabo con la connivencia de funcionarios e instancias estatales.

Otros proyectos legislativos informados por el Estado de Chile al Grupo de Trabajo, en 2012, como indicadores de avance, sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad, siguen en tramitación sin avances concretos conocidos,¹³ mientras que el proyecto de ley Boletín 4162-07, que anularía los efectos del Decreto Ley de Amnistía, fue archivado en 2022. Aunado a ello, sigue vigente la Ley 18.771, modificada en los últimos meses de la dictadura para permitir al Ministerio de Defensa y a las Fuerzas Armadas suprimir y eliminar antecedentes, en vez de mandarlos al Archivo Nacional (el Grupo de Trabajo instó al Gobierno de Chile, en 2013, a actuar al respecto).¹⁴

Por otra parte, la falta de “una nómina acumulada de la totalidad de víctimas [de desaparición forzada] reconocidas que sea accesible al público” o “que se encuentre en alguna repartición estatal”, advertida por el Grupo de Trabajo en el año 2013, persiste.¹⁵ Si bien se hace mención, en las medidas legislativas mencionadas arriba, de un “registro” que sería manejado por el Registro Civil, aparece planteado como una medida para administración estatal cuyo carácter público no se explicita (y cuya publicidad podría, sin duda, no ser idónea). Si bien existe, como veremos más adelante, el compromiso explícito de subsanar dicho déficit a través del Plan Nacional de Búsqueda, sería importante comprender cómo ambas iniciativas se interrelacionarían; asimismo, saber cuáles categorías de afectación serán incluidas en cuál registro o nómina (detenido-desaparecido, ejecutado político, sobreviviente), y dónde el Estado propone concentrar las tareas de recibir, evaluar y reconocer nuevos casos en cada categoría. Mientras tanto, desde que se declaró por primera vez, en 2019, la intención de elaborar una nómina actualizada de, al menos víctimas ausentes (desaparecidas o ejecutadas), solamente se ha conocido la elaboración de numerosos borradores.¹⁶ En efecto,

¹³ ONU A/HRC/36/39/Add.3, Informe de seguimiento del Grupo de Trabajo a Chile, 28 de julio de 2017. En particular el proyecto de ley Boletín 1265-10, para aprobar la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, ingresó al Congreso Nacional el 6 de julio de 1994 y, actualmente, está en segundo trámite constitucional, sin novedades en su tramitación desde octubre de 2014. Por su parte el proyecto de ley Boletín 9748-07, que modificaría la Constitución para establecer que los crímenes y delitos de guerra, lesa humanidad y genocidio no puedan prescribir ni ser amnistiados, ingresó el 10 de diciembre de 2014 al Congreso. Actualmente, sigue en primer trámite constitucional, ante el Senado, sin novedades en su tramitación desde enero de 2018.

¹⁴ A/HRC/22/45/Add.1, Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias Adición Misión a Chile, 29 de enero de 2013.

¹⁵ *Ibíd.*

¹⁶ Uno de los cuales, anunciando nuevos totales de personas desaparecidas y ejecutadas, fue subido a una página web oficial de acceso abierto en 2021, debiendo ser posteriormente bajado por presentar carencias metodológicas y conceptuales.

es un desafío que presenta dificultades metodológicas y definicionales, pero es esencial que se cuente con un registro oficial de esta naturaleza. Ello, no solamente para alimentar la búsqueda, ni tampoco para sortear las inconsistencias y (en menor medida) errores, en y entre las cifras producidas por distintas Comisiones de la Verdad; sino para hacer valer, para todo efecto, los derechos asociados a este reconocimiento para cada persona que actualmente y a futuro sea reconocida como víctima o sobreviviente.¹⁷

En lo que respecta al tratamiento jurídico-penal de la desaparición forzada, el Observatorio hizo presente al Grupo de Trabajo la aparente escasez de ministras y ministros en visita en comparación con el número creciente de causas penales, además de las consideraciones sobre sanción proporcional y beneficios resumidas en la sección 2 del presente capítulo. Un aspecto que tiene una relación particularmente estrecha con el derecho a la verdad es la recalificación como homicidio, en sentencias finales, de algunos episodios de desaparición investigados bajo la figura procesal del secuestro.¹⁸ Ello es preocupante en cuanto es importante señalar con claridad la comisión sistemática de la desaparición forzada por la dictadura chilena, asimismo, la particular gravedad del hecho, incluso cuando se esté obligado a trabajar con los tipos penales del Código Penal ordinario de la época.

1.2.2. Búsqueda e identificación

El memorándum presentado por el Observatorio al Grupo de Trabajo de la ONU, en febrero de 2023, resalta varios temas en relación con búsqueda e identificación. Entre ellos figuran las tasas de identificación y de judicialización, la toma de muestras de referencia a familiares, el tratamiento de vestigios y artefactos hallados y recuperados, y el efecto corrosivo de errores –asimismo, de percepciones y rumores de error– en la construcción y mantención de la confianza. Se subraya la importancia de actuar con cautela y responsabilidad, prescindiendo de cualquier afán de protagonismo personal o institucional, o de otro tipo de interés que no sea el de contribuir a la meta transcendental de avanzar en verdad, justicia y la restauración de identidades y de personas.

Ad portas de iniciarse el Plan Nacional de Búsqueda, el porcentaje de personas sometidas a desaparición forzada en Chile que han sido posteriormente halladas, identificadas y restituidas, representa cerca del 20%; mientras

¹⁷ Algo que, en el caso del derecho a reparaciones, probablemente requerirá de legislación adicional para sortear las deficiencias causadas por el cortoplacismo en la redacción de las leyes existentes, que no preveían futuras nuevas calificaciones.

¹⁸ Ejemplos incluyen ciertos episodios del caso Paine, asimismo, el caso Caravana, episodio Calama: Corte Suprema, Rol 24.061-2019, 23 de septiembre de 2022.

que el porcentaje cuyas causas han sido investigadas y resueltas por la justicia no excede el 40%.¹⁹ A su vez, no se cuenta con muestras familiares de referencia válidas²⁰ respecto de 242 de las cerca de 3.200 víctimas ausentes hoy reconocidas, en tanto, las muestras con las que hoy se cuenta en relación con unas 300 víctimas más, no reúnen la multiplicidad y/o grado de parentesco biológico que serían científicamente óptimos.²¹ Además, las campañas comunicacionales y esfuerzos individualizados actuales han desestimado, entre su público objetivo, a familiares de personas calificadas como “ejecutados políticos con entrega de restos”. Ambos hechos podrían obstaculizar el establecimiento de nuevas verdades sobre identificación, incluso respecto de restos²² completos o parciales ya hallados.²³ Las búsquedas y hallazgos hasta hoy realizados también han generado la recuperación de fragmentos de material, de origen humano, demasiado pequeños para periciar. Asimismo, en algunos pocos casos se ha recuperado e identificado a personas que no cuentan con familiares u otras comunidades de referencia en condiciones de recibirlas; y/o se han identificado artefactos pertenecientes a personas ya restituidas, cuyas familias no desean seguir siendo notificadas.²⁴ Se necesita definir canales

¹⁹ Los datos hoy disponibles respaldan esta aproximación, que se basa en cifras informadas por el Ministerio de Justicia el 30 de agosto de 2023, señalando que 1.469 personas fueron alguna vez sometidas a desaparición forzada, 307 de ellas, posteriormente, ubicadas y restituidas. Dichas cifras han sido cruzadas con cifras propias del Observatorio –presentadas en la sección 2.2, *infra*– respecto de causas terminadas. La inexactitud procede del hecho de que la categoría nueva de víctima de desaparición forzada representa una fusión parcial de dos categorizaciones existentes (detenido-desaparecido, y ejecutado político sin entrega de restos). En la actualidad, el Observatorio solo cuenta con datos judiciales desagregados respecto del primero. Pretendemos realizar a futuro el ajuste metodológico correspondiente, cuando se conozcan las nuevas nóminas oficiales respectivas (ver sección 1.4, *infra*).

²⁰ Para estos efectos, “válidas” refiere a aquellas muestras recolectadas post-2009.

²¹ Se trata de ausencias que de modo creciente –por el paso de tiempo– solamente pueden subsanarse a través de muestreo póstumo, una situación evidentemente indeseable desde varias perspectivas incluyendo la del consentimiento. Cifras obtenidas de un informe escrito provisto por la Unidad de Derechos Humanos del Servicio Médico Legal, con fecha del 17 de mayo de 2023, en respuesta a consultas formuladas por el Observatorio. Aprovechamos para agradecer a Marisol Intriago Leiva, y a su equipo, la confección de dicho informe, la resolución de consultas relacionadas con ello, y su disposición y apertura permanente a informar y colaborar, dentro de los límites de lo que su mandato permite.

²² Reconocemos que el término *restos* es controvertido, y que produce rechazo entre algunos familiares. No obstante, estimamos que es imposible evitar por completo su uso, para efectos de ser preciso en relación a este tema particular.

²³ Este grupo de personas es relevante por varios motivos. Su inclusión en la nómina de personas “EP con entrega de restos” se basa, en algunos casos, solamente en la existencia de una certificación de autopsia y/o de entierro, en determinada época histórica (inclusive durante la dictadura). Por ende, su ubicación actual no es necesariamente precisa y es posible además que se haya producido “*commingling*” (entremezclado) entre algunas de estas personas, y otras personas presentes en tumbas o fosas comunes o NN.

²⁴ De momento, algunos han sido enterrados en memoriales, en conversación con agrupaciones relevantes, y donde fuera necesario, preservando su trazabilidad para futuros efectos periciales.

más estables y permanentes para llegar a acordar el trato digno más adecuado en cada caso en que se dan estas circunstancias.

En tanto, el tema del error, y de la percepción y reporte de error, es particularmente delicado en cuanto socava las condiciones de posibilidad para la creación de respuestas estatales que cuenten con la confianza de la comunidad nacional en general, y de las familias y otras comunidades afectadas, en particular. Cabe recordar, en primer lugar, que la incertidumbre, la ambigüedad, extenuación, dolor y daño que ella conlleva, tienen en su raíz la decisión fría y calculada del Estado, de las Fuerzas Armadas y sus agentes en tiempos de dictadura, de sembrar terror, matar y hacer desaparecer, para luego ocultar, ofuscar, omitir y mentir sobre el hecho. Desde aquel entonces, una búsqueda incesante, en principio solamente resistente y familiar, luego, en parte, también estatal, administrativa y, últimamente, también judicial, ha generado ocasionales irrupciones y polémicas, algunas de ellas en torno a errores de identificación.²⁵ Asimismo, se han producido fuertes cuestionamientos del trato dado a restos humanos, o a evidencias que podrían contenerlos. Los ejemplos más recientes remontan a junio de 2018,²⁶ y a enero de 2023. En este segundo caso, denominado en los medios como “las cajas Universidad de Chile”, se denunció que unas 89 cajas de material pendiente de pericia, algunas recuperadas de sitios asociados a causas de DDHH, habrían estado guardadas durante años en un sótano del Departamento de Medicina Legal de la Universidad de Chile, sin haberse realizado las pericias necesarias, almacenadas además en condiciones inadecuadas y dañinas.²⁷

Debido a preocupaciones sobre posibles deterioros o pérdida de evidencias, el Servicio Médico Legal (en adelante, SML) logró la devolución del material a su custodia a fines de 2019, luego de repetidas solicitudes. A principios de 2023 se generó polémica por lo que ha sido sindicado como demoras o lentitud excesiva en su subsecuente pericia, ya fuera por la ausencia de las órdenes judiciales necesarias, una falta de la debida priorización y asignación de recursos desde la dirección del Servicio, y/o una sobrecarga de trabajo en la Unidad respectiva (la Unidad de Derechos Humanos, UDDHH). Actualmente se ha

²⁵ Siendo el caso de Patio 29, el ejemplo más conocido. Ver *Informe* anteriores.

²⁶ Descubrimiento en la sede de la Asociación de Familiares de Detenidos Desaparecidos, AFDD, en Santiago. Theclinic.cl: “Paradero de los restos óseos encontrados en la AFDD es un misterio”, 14 de junio de 2018.

²⁷ Hasta donde hemos podido establecer, se trata de material que fue depositado con la Universidad por orden del ministro Juan Guzmán, a inicios de la década de los 2000, en principio para que se siguiera adelante con su pericia, durante un período en que la unidad relevante del SML estaría siendo remodelada. Los contenidos correspondían, en gran parte a evidencias recolectadas durante la investigación de la causa Rol 2.182-98, que partió en enero 1998 investigando distintos episodios del caso Caravana de la Muerte.

logrado –a pesar de deficiencias en la catalogación e indexación del material devuelto–²⁸ una evaluación global preliminar, pudiendo constatarse la coexistencia de material claramente arqueológico con material de posible interés. Asimismo, se han reiterado solicitudes internas –ya elevadas con anterioridad– para que la Dirección Nacional del Servicio destine el personal y recursos necesarios para el trabajo exhaustivo que se requiere.

Algunos se han servido del episodio para formular sendas críticas a la Unidad de DDHH y/o al SML en general, incluso cuestionando la noción misma de que el Estado puede hacerse cargo de la identificación y el peritaje. En este sentido, estimamos, primero, que en el contexto chileno es no solamente inevitable, sino deseable, que los procesos de búsqueda, identificación, recuperación y restitución sigan concentrados, principalmente, en manos del Estado. Asimismo, creemos que algunos aspectos del episodio son más bien elocuentes sobre los riesgos que encierra la operación en base a criterios individuales, con el consiguiente peligro de dispersión de evidencias y materiales entre instituciones diversas. Finalmente, hacemos presente que toda acción pericial actual debe responder a una orden judicial específica, y que la ausencia de una “orden general de buscar”, así como de una política investigativa que trascienda la lógica del caso por caso o ministro por ministro, es una debilidad que muchas veces se ha remarcado. Añadimos que durante varios años se ha venido recomendando –con urgencia e insistencia– el reforzamiento de la dotación de profesionales de todas las áreas relevantes del SML, entre ellas, la Unidad DDHH, que se ha visto extenuada por la suspensión de procesos de contrataciones, la eliminación de cargos,²⁹ una expansión en el número y ritmo de investigaciones de DDHH, la ampliación de su mandato a casos criminales complejos contemporáneos y el impacto de la pandemia. Esta última redundó tanto en el congelamiento de reclutamiento de nuevo personal como en la postergación de numerosas intervenciones en terreno,³⁰ que están siendo (re)activadas ahora con numerosas solicitudes de ministras y ministros instructores, en calidad de urgentes.

Con miras a la instalación de un Plan de Búsqueda que requerirá de continuados aportes y colaboración desde las disciplinas periciales, es importante reafirmar las capacidades estatales en la materia y capitalizar al máximo el conocimiento y memoria institucional de quienes llevan mucho tiempo en

²⁸ Y necesariamente a costa de posponer otras tareas periciales en la misma temática, dado la falta de una dotación adecuada de peritos.

²⁹ Con una reducción significativa de funcionarias y funcionarios, entre 2019 y 2023, de hasta 10 jornadas equivalentes.

³⁰ Ver *Informe 2021*.

el rubro. Es esencial, asimismo, que una Unidad de este tipo pueda trabajar con un software especializado actualizado, compatible con el que utilizan los laboratorios externos a los que se deben delegar determinadas diligencias. Igualmente, es necesario reflexionar que estos redoblamientos de esfuerzos nacionales para calificar, buscar, recuperar e identificar a personas desaparecidas probablemente van a generar la toma de conocimiento de vacíos y/o errores en lo obrado hasta la fecha en la materia, tanto por el Estado como por otros. Ha de considerarse, por tanto, que revelaciones de error u omisión, requieren de mecanismos de rectificación que privilegien soluciones propositivas y crítica o autocrítica constructiva, mejorando resultados y procesos sin desincentivar que situaciones similares que puedan surgir a futuro, sean notificadas o reveladas. También es importante comprender que siempre existirán márgenes de error en los procesos de identificación, sean estos sociales y/o tecnológicos. En el plano comparativo, no existe oficina o mecanismo de búsqueda en la región, o en el mundo, que no haya tenido que enfrentar y gestionar dicha realidad, creando sistemas que, a la vez que procuran minimizar o eliminar el error, de todos modos, contemplan su temprana detección y enmienda, cuando ocurra.

Una última consideración general es que –tanto en otras partes de la región latinoamericana, como anteriormente en Chile–³¹ equipos no-estatales de arqueólogos/os y antropólogos/os forenses han hecho grandes aportes en contextos de graves violaciones de los DDHH. En Chile se ha configurado, aproximadamente desde 2019, un Equipo Chileno de Antropología Forense no-estatal (ECHAF), que ha realizado algunas asesorías a agrupaciones y familias en temas relacionados con el estallido social y con causas de tiempos de dictadura. Asimismo, ha participado como perito de parte en intervenciones o acompañamiento de intervenciones en algunos cementerios municipales. Es importante y útil sumar toda experticia, compromiso, y conocimiento posible para estas delicadas tareas. También nos compete a los demás actores con interés legítimo en el tema, ‘alfabetizarnos’ sobre la correcta interpretación de los resultados de técnicas científicas de identificación y otros aspectos relevantes del trabajo forense; un campo amplio que abarca la genética, la geografía humana, la antropología social y el trabajo archivístico. A su vez, es importante que todo trabajo pericial científico cuente con las garantías de calidad y *peer review* necesarias, ya sea este llevado a cabo por funcionarias/os estatales o por peritas/os independientes. Ello no significa necesariamente adoptar en forma rígida una determinada técnica, procedimiento, o umbral como si fuera única y suficiente en sí, sobre

³¹ En la forma del Grupo de Antropología Forense, GAF.

todo si con ello se crean dependencias económicas y tecnológicas,³² y/o se omite reconocer que la identificación, en particular, es una labor inherentemente social. Pero existen, a la vez, conversaciones, canales y depositarios de experticia que permiten trazar parámetros mínimos de confiabilidad y escrutinio mutuo. La posibilidad de trabajar con los respectivos colegios profesionales, nacionales o regionales, para crear sistemas de acreditación o registración, es una que podría explorarse.³³

1.3. Novedades en la identificación y restitución de personas

Durante el período estadístico más reciente reportado en el presente *Informe* (julio de 2022 a junio de 2023, inclusive) no se registraron identificaciones nuevas de personas calificadas como detenidas-desaparecidas o ejecutadas políticas, respecto de las cuales aún no se tenía noticia o indicio confiable alguno de su destino o ubicación. Sí se produjeron hallazgos de restos materiales que requerían mayor investigación: uno de ellos, en Antofagasta, ha sido excluido por elementos que manifiestan que se trata más bien de un caso de otras fechas, probablemente constitutivo de un crimen ordinario. El segundo, trata de elementos exhumados en el año 2000, que habían permanecido en la sede del Tribunal de Santa Juana. Ahora recuperados y enviados a pericia, se logró establecer que datan de tiempos coloniales. Al igual que el caso de la Universidad de Chile, estas situaciones ponen de manifiesto la importancia de que evidencias potencialmente relevantes sean concentradas en un solo lugar, con el debido registro y seguimiento.

Se dieron, en el período, sucesos en torno a confirmaciones y notificaciones en casos no calificados, o casos en que alguna respuesta ya se había configurado, igualmente importantes para las familias y comunidades que han vivido décadas de incertidumbre. En diciembre, el ministro Carlos Aldana informó a la familia de un joven conscripto desaparecido desde una base naval en 1975, de la confirmación de una identificación, permitiendo establecer que se encuentra fallecido. Se trata de Luis Alberto Villegas Meza, quien entró a cumplir su servicio militar en el Batallón de Infantes de Marina, en la Base Naval de Talcahuano, el 1 de octubre de 1975.

³² Expuestos a choques externos, asimismo, al control político a través de modificaciones presupuestarias, hecho que ha sucedido en Perú en el transcurso de 2023.

³³ A modo de ejemplo, la Asociación Latinoamericana de Antropología Forense (www.alafforense.org) ha introducido un proceso de certificación, así como un programa de formación continua para sus socias y socios. Iniciativas de este tipo permiten la creación y socialización de criterios profesionales que son autóctonos, en cuanto responden a las realidades y desafíos de la región. A su vez, el área forense del Comité Internacional de la Cruz Roja agrupa documentación y manuales de buenas prácticas en que el aporte de profesionales latinoamericanos está muy visible: <https://www.icrc.org/es/nuestras-actividades/ciencias-forenses-y-accion-humanitaria>.

Apenas una semana más tarde, una patrulla naval informó a su madre que Luis había desertado. Al año, agentes que se identifican como de la DINA, le señalaban que Luis había sido hallado, pero luego se había suicidado. Ambas versiones resultaron ser falsas, y en julio de 1990, información anónima señalaba que más bien Luis había muerto bajo tortura en el Fuerte Borgoño de Talcahuano. Desgraciadamente esta versión es respaldada por los nuevos descubrimientos, en que restos exhumados del cementerio municipal de Coronel –y originalmente hallados en el recinto naval– en efecto pertenecen a Luis. Se trata de un caso que ante la Comisión Rettig quedó inconcluso por “falta de convicción”. Es así como las verdades judiciales recientemente establecidas, y la labor forense a la que condujeron, arrojan por primera vez certeza sobre el destino final de Luis, prometiendo además al menos la posibilidad de establecer responsabilidades por su muerte. De todos modos, la historia de Luis es ilustrativa del limbo en que hoy quedan casos recientemente constatados, por la falta actual de vías de rectificar su no-calificación inicial y otorgar los derechos correspondientes. Ello subraya la importancia de la nómina dinámica, de calificación permanente, asociada al nuevo Plan Nacional de Búsqueda (ver *infra*, sección 1.4).³⁴

En tanto, a fines de enero de 2023, el ministro Vicente Hormazábal encabezó las diligencias de exhumación de restos consignados como los de José Segundo Rodríguez Torres, quien fue ejecutado con días de diferencia de su padre, José Rodríguez Acosta, en el Regimiento de Infantería N° 21 “Arica”, de La Serena, en noviembre de 1973. Ambos fueron inhumados, se suponía, en una fosa común del Cementerio Municipal de La Serena. Se practicó una exhumación para poder corroborar el hecho, dado que nuevos antecedentes y descubrimientos sugerían la posibilidad de la presencia de otras víctimas aún no identificadas, en la fosa. Se trata de un caso particularmente penoso en que el padre fue retenido y asesinado por autoridades represivas, cuando salió a buscar a su hijo. Los trabajos periciales respectivos siguen su curso. Otras diligencias, también destinadas a corroborar y reafirmar identificaciones producidas en otras épocas, lograron constatar la identidad de cuatro personas de los “12 de Tocopilla”, un montaje en que la masacre, en 1975, de una docena de personas fue disimulada so pretexto de una fuga masiva. Diez de las doce víctimas no fueron halladas sino años más tarde: en las diligencias recientes

³⁴ En una conferencia académica realizada en la Universidad de Chile el día 13 de septiembre, la jefa del Programa de DDHH del Ministerio de Justicia y DDHH, Paulina Zamorano, confirmó que los casos señalados “sin convicción” por la Comisión Rettig serán revisados por la nueva instancia de búsqueda.

se reconfirmaron las identificaciones de cuatro de ellas, junto con descartar la posibilidad de la presencia hasta ahora no detectada, de una quinta víctima.

No se produjeron, en el período, identificaciones nuevas realizadas en otros países. El sitio web oficial del nuevo Plan Nacional de Búsqueda (ver *infra*, Sección 1.4) anunciaba, al 30 de agosto de 2023, un total de 307 personas halladas y restituidas, del universo de personas alguna vez calificadas como detenidas-desaparecidas o “ejecutados(as) sin entrega de cuerpos”. Es un total que incluye a dos personas halladas con vida.³⁵ Sin embargo, la reconciliación exacta de este total con un desglose informado desde el SML nos ha resultado compleja, dado que el mencionado desglose señala 180 identificaciones por ADN nuclear, o ADN en combinación con otras técnicas, en el período post 2009 (incluidas las dos personas halladas con vida, ya mencionadas); más 123 identificaciones por otras técnicas sobre las cuales no pende ningún proceso de revisión ni cambio.³⁶ Ello arroja un total de 303 personas identificadas. Seguiremos intentando conciliar los datos exactos.

Las actividades de prospección y visita a terreno en el período suman 22, cada una de las cuales puede representar días o semanas de trabajo intensivo, implicando el traslado y permanencia en terreno de un número significativo de los técnicos y profesionales de la Unidad de DDHH. Se trata, además, de diligencias a veces postergadas por los efectos de la pandemia, produciendo una concentración de requerimientos judiciales, exacerbada también por el impacto de requerimientos por parte de fiscales para intervenir en terreno respecto de casos criminales complejos. En el mencionado período, el equipo fue llamado a realizar casi la misma cantidad de intervenciones –17– en este segundo tipo de casos, con la consiguiente merma en su capacidad de atender, con igual prontitud y cantidad de personal, a todos los requerimientos formulados. Se suma la necesidad de responder frente a desastres masivos, ante los cuales la Unidad facilita toda su colaboración para aumentar, temporalmente, la cantidad de especialistas disponibles en la región en cuestión.

Sin embargo, simplemente no es posible realizar cada vez más actividades, con cada vez menos personas y recursos, y es difícil percibir aún señal alguna del reforzamiento de la Unidad, y del SML en general, que se ha venido prometiendo en varios períodos anteriores del *Informe* y cuya materialización se esperaba con particular ilusión desde 2022. Más bien, la Unidad reporta 10 jornadas equivalentes menos –en comparación con

³⁵ Ambas personas son señaladas en el Informe Rettig como víctimas de nacionalidad chilena, menores de edad, desaparecidas en Argentina junto a sus padres a través de la práctica conocida como “apropiación” de niñas y niños.

³⁶ Informe escrito con fecha del 17 de mayo de 2023, op. cit.

2019–, con particulares vacíos en informática especializada, arqueología, antropología, y medicina legal misma (donde quedan solamente dos personas, de media jornada cada una).³⁷ Según la Unidad se requiere con urgencia, además, la reposición de puestos gradualmente perdidos por renuncia o jubilación –entre ellos en bioquímica genética– y existe, como ya se ha señalado (sección 1.2.2, *supra*) una necesidad perentoria de actualizar softwares obsoletos. Se trata en algunos casos de peticiones formuladas y pendientes desde 2016. En general, se siente una pérdida de los lazos de comunicación directa, transparencia, y fluidez de contacto con ministras/os, familiares, y otros actores claves que la Unidad había logrado, con mucho esmero, construir. Es preocupante que sean estas las circunstancias que subsisten, justamente, cuando se aprestan a lanzar una iniciativa de búsqueda que requerirá de una Unidad asertiva, conectada, capacitada y equipada para los múltiples nuevos desafíos que se avecinan.

1.4. Plan Nacional de Búsqueda

En materia de búsqueda, los planteamientos del Observatorio JT ante el Grupo de Trabajo sobre desapariciones forzadas e involuntarias de la ONU incluían la caracterización de la trayectoria de la búsqueda en Chile en el tiempo, asimismo, observaciones sobre las particularidades del patrón de desaparición forzada cometida por la dictadura chilena.³⁸ En este sentido se observó, por ejemplo, que desde aproximadamente 1998, la búsqueda de personas desaparecidas en Chile ha sido casi exclusivamente judicial. Ello supedita los derechos a la verdad y a ser buscado, a las exigencias y dinámicas propias del proceso penal, cuyo objetivo principal es, legítimamente, otro. Además, una búsqueda judicial organizada caso por caso, víctima por víctima, enfrenta dificultades adicionales en Chile por la remoción de restos, fenómeno que alarga la cadena de los sucesos y multiplica el número de intervinientes. En consecuencia, el perpetrador directo (físico) del secuestro con que se inicia una desaparición forzada, puede desconocer la ubicación actual de su víctima; mientras que quien participó en la inhumación o exhumación ilegal de restos puede desconocer las identidades precisas de las víctimas involucradas. Por ello es bienvenido, si bien algo tardío, el compromiso reciente del Estado de Chile de diseñar un mecanismo de

³⁷ Respuesta escrita recibida el 15 de julio de 2023 desde la Unidad DDHH del Servicio Médico Legal, a consultas de seguimiento formuladas por el Observatorio, archivada con el Observatorio.

³⁸ Memorándum presentado por el Observatorio al Grupo de Trabajo de la ONU sobre desapariciones forzadas e involuntarias, febrero de 2023 (archivado con el Observatorio), y Cath Collins, *Búsqueda e identificación de detenidos-desaparecidos en Chile 1990-2023*, Santiago: Universidad Diego Portales, 2023, <https://derechoshumanos.udp.cl/publicacion/busqueda-e-identificacion-de-detenidos-desaparecidos-en-chile-1990-2023/>.

búsqueda que responda a una dinámica administrativa (es decir, no judicial y complementario a lo judicial),³⁹ que prioriza la generación de nuevas hipótesis sobre la trayectoria y el posible paradero de personas víctimas de desaparición forzada. A su vez, debe procurar generar respuestas confiables y certeras sobre la suerte y destino final de personas que materialmente pueden resultar no ser recuperables, en cumplimiento del deber de garantizar el derecho a la verdad.

El anuncio de la complementación de la actual búsqueda judicial de víctimas ausentes aún sin hallar, con una instancia administrativa especializada, se convirtió desde temprano en una de las prioridades en políticas de DDHH de la actual administración gubernamental (2022-2026). Si bien se trata de una iniciativa largamente exigida, recomendada, y anhelada en y para Chile, sin duda adquirió especial connotación en el contexto de los 50 años. Con el cambio de gobierno, en marzo de 2022, se inició un proceso más activo de discusión y planificación, contemplando como horizonte de anuncio o lanzamiento, el 30 de agosto de 2023. La fecha marca el día en que, por iniciativa de la ONU, se conmemora el Día Internacional de las Víctimas de Desaparición Forzada. La narrativa oficial del proceso de planificación y diseño, y el actual estatus de la iniciativa, puede consultarse en el sitio web de la Subsecretaría de DDHH del Ministerio de Justicia y DDHH, ente impulsor del proceso.⁴⁰ El sitio informa que una propuesta preliminar del Plan fue aprobada el 28 de julio de 2023 por parte del Comité Interministerial de Derechos Humanos. El 30 de agosto de 2023 se realizó, en el Palacio de La Moneda, una ceremonia solemne en que el Presidente de la República firmó el decreto oficializando el Plan y abriendo su fase de implementación. Posteriormente, se distribuyó una presentación en forma de documento electrónico, con los logos del Ministerio de Justicia y DDHH y del nuevo Plan, que lleva por título “Plan Nacional de Búsqueda: Una Política Pública Permanente—Garantía de no repetición”. Tanto este documento como el contenido del mencionado sitio web, forman la base de las informaciones y observaciones que se ofrecen a continuación.

Ambas fuentes mencionadas anuncian, como objetivo general del Plan, “esclarecer las circunstancias de desaparición y/o muerte de las personas víctimas de desaparición forzada, de manera sistemática y permanente, de conformidad con las obligaciones del Estado de Chile y los estándares

³⁹ Para el concepto, y su diferenciación de la búsqueda por modalidad judicial, ver Pietro Sferrazza, “La búsqueda de personas desaparecidas en Chile: ¿necesidad de un complemento humanitario?”, *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, núm. 243, 2021.

⁴⁰ <https://www.derechoshumanos.gob.cl/plan-nacional-de-busqueda/>.

internacionales”, y señalan como cifra de personas por buscar un total de 1.469. La mayor parte de ellas (1.092) son personas actualmente reconocidas por el Estado como víctimas detenidas-desaparecidas (DD), con 377 más, calificadas como personas víctimas de ejecución política (EP) “sin entrega de restos”.⁴¹ En tanto, se fija en 307, el número de personas DD y EP que han sido recuperadas, identificadas y entregadas desde el inicio de la post-dictadura (1990). Es menester señalar que estas cifras, el conteo de restituciones de personas, e incluso las definiciones exactas de persona DD y persona EP, son temas genuinamente complejos. Por tanto, el hecho de que cifras ofrecidas en torno a esta temática presenten algunas variaciones entre fuente y fuente,⁴² o en una misma fuente en el tiempo, tiene explicaciones que son, en parte, atendibles. Es también importante comprender que una vez que la nueva instancia empiece sus operaciones, es posible que estas cifras vuelvan a experimentar modificaciones, producto de la adquisición, cruce, o corrección de informaciones y metodologías; asimismo, es de esperar, producto del eventual hallazgo y restitución de más personas.

De hecho, ha sido justamente una de las recomendaciones más reiteradas por el Observatorio y otros,⁴³ la creación de una nómina de víctimas DD y EP que sea dinámica en el tiempo, capaz de absorber y reflejar cambios, admitir casos nuevamente reconocidos, y subsanar errores históricos en los archivos existentes. Se nos ha señalado que el PNB llenará, justamente, los mencionados vacíos, adoptando como eje central el desafío de aclarar la trayectoria de cada persona desde su secuestro inicial a su destino final y/o ubicación actual.⁴⁴ Es muy importante y necesario que finalmente exista una instancia estatal que se dedique a esa tarea, y que además mantenga y haga accesible un registro fidedigno de personas

⁴¹ Categoría que, hasta donde hemos podido determinar fue adoptada durante, y post, Comisión Rettig para designar a víctimas respecto de quienes había algún indicio, entonces considerado creíble, de su deceso a pesar de que no se contaba con la materialidad de sus restos ni con información fidedigna sobre su ubicación. La designación colectiva de esas personas como “víctimas de desaparición forzada” para efectos del PNB es, a nuestro juicio, la mejor solución posible al puzzle ético e histórico presentado por la temprana instalación en Chile de una práctica de separar a las 3.200 víctimas ausentes producidas por la dictadura en dos grupos: personas detenidas-desaparecidas (DD), por una parte, y personas ejecutadas políticas (EP), por otra. Si bien es una diferenciación que puede resultar, a veces, técnica o jurídicamente inexacta, la construcción identitaria que se ha edificado en torno a ello ha calado muy hondamente. Respetarla es, por tanto, importante si la nueva instancia quiere asentarse como un ofrecimiento y un aporte.

⁴² Ver, al respecto, la cifra de 303 sugerida por datos obtenidos desde el SML (sección 1.3, *supra*).

⁴³ Ver *Informes* 2019, 2020, 2021 para mayor detalle y ejemplos. Ver también la colección de informes de reportaría producidos por el Observatorio desde 2017, alojados en el espacio web. <http://ulster.ac.uk/disappearances>, sección ‘Rapporteur Documents’.

⁴⁴ Respuesta escrita recibida el 16 de agosto de 2023 desde la Subsecretaría de DDHH, op. cit.

reconocidas, buscadas, halladas y restituidas. Para ello, debe concentrar, además del trabajo propio, los antecedentes más recientes obtenidos desde los registros históricos, los estamentos estatales relevantes, y el trabajo investigativo de los tribunales. Asimismo, para que este trabajo de monitoreo activo tenga la legitimidad y transparencia necesarias, es esperable que eventualmente se ofrezca mayor detalle metodológico y conceptual de lo que en la actualidad se observa en los textos señalados aquí como fuentes hoy disponibles. Es absolutamente clave, también, que las futuras cifras y nómina dinámica no solo sean explícitamente señaladas como registro oficial único y permanente, sino que además se les requiera a las demás entidades estatales, servirse de ellas en forma constante para garantizar, de manera proactiva, los derechos asociados al reconocimiento de víctima de desaparición forzada. En ese sentido parece correcta, pero insuficiente, la información provista a través de la Subsecretaría de DDHH a mediados de agosto, de que “una copia de la nómina será remitida” a los órganos de administración del Estado.⁴⁵ En tanto, es más prometedora la mención, en la presentación difundida post-30 de agosto, de que se producirá una “nómina única oficial”, que sería respetada por todo ente estatal, y que se protocolizará la recepción de información sobre otros casos.⁴⁶

Las obligaciones internacionales que Chile ha adquirido en esta materia, por haberse hecho parte de los tratados internacionales respectivos, requieren garantizar verdad, pero también justicia, reparación, y garantías de no repetición (incluyendo medidas de protección social, y de resolución de asuntos patrimoniales, para familiares y otras víctimas directas e indirectas). Dado ello, es prometedor ver que se especifican, entre las finalidades del PNB, no solamente esclarecer circunstancias y paraderos, sino también garantizar información y participación, e “implementar medidas de reparación y garantías de no repetición”. La omisión, en esta parte del texto, de mención explícita de la justicia podría explicarse por querer enfatizar el carácter complementario de la instancia, respetando el ámbito propio de los tribunales. A su vez, es de esperar que lo administrativo y lo judicial no se aíslen uno de otro, sino que resulten mutuamente potenciados.⁴⁷ Fuentes cercanas al PNB y al Poder Judicial nos han expresado su percepción o preocupación de que la interacción entre el futuro PNB y los tribunales es, justamente, una de varias

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ Permanecen, no obstante, dudas sobre si los nuevos casos denunciados se incorporarán plenamente a la mencionada nómina, de ser reconocidos; asimismo, sobre si la nómina solamente pretende abarcar víctimas de desaparición forzada, o si su alcance extenderá también a la totalidad del universo de personas hoy denominadas “víctimas de ejecución política”.

⁴⁷ Anhele que se note presente en la comunicación antes señalada (es decir, respuesta escrita recibida el 16 de agosto de 2023 desde la Subsecretaría de DDHH, *op. cit.*).

materias que requiere mayor desarrollo. Ello es preocupante si se considera que la coordinación –entre oficinas de búsqueda, fiscalías y tribunales– ha resultado ser uno de los principales puntos débiles –cuando no, el mayor talón de Aquiles– de otros esfuerzos similares que se conocen en la región y en el mundo.⁴⁸

También merece un comentario la referencia en el sitio web al carácter participativo del proceso, acompañado por un vídeo que expone, de manera didáctica, cómo este fue concebido y en qué consistió. Se detalla la realización de 67 encuentros, en distintas partes del territorio y a lo largo de ocho meses, en los que organizaciones y familiares pudieron compartir reflexiones, expectativas, exigencias e ideas. Se reporta haber interactuado con un total de 775 personas y la realización de cinco seminarios presenciales, también transmitidos virtualmente por YouTube, los que habrían sido presenciados o visualizados por unas 4 mil personas más. Los contenidos de cada seminario siguen disponibles en el sitio web. Los temas que tratan son: modelos comparados de PNB en América Latina; los estándares internacionales y principios de política públicas aplicables;⁴⁹ la ciencia forense y los archivos al servicio de las víctimas; la centralidad de familiares en los procesos de búsqueda; y los aprendizajes de los procesos actuales de búsqueda en Chile y en otras latitudes. A nuestro juicio los seminarios, por útiles y necesarios que fuesen, no deben considerarse instancias de participación *sensu stricto*.⁵⁰ También merece reparos el hecho de que las consultas territoriales hayan sido limitadas, en la práctica, a familiares y sus organizaciones. Es cierto que las y los familiares son o deben ser centrales y fundamentales en la realización del PNB, constituyendo expertas y expertos por vivencia, habiendo buscado sin cesar a sus seres queridos cuando el Estado no solamente se negó a hacerlo, sino que les hostigaba y amenazaba cuando lo hacían. Sin embargo, el desafío y deber de la búsqueda debe ser asumido por el país entero. También se debe considerar que, según la ONU, el término ‘víctima’ se refiere a toda/o aquel que haya sufrido perjuicios por una desaparición. Los sujetos del derecho de

⁴⁸ Cath Collins (ed.), *An Innovative Response to Disappearances: Non-Judicial Search Mechanisms in Latin America and Asia*, Global Initiative for Justice, Truth and Reconciliation, 2022.

⁴⁹ A modo de transparentar, hacemos mención que tanto la directora del Observatorio como el colaborador temático que aportó contenido a la presente sección, participaron en ellos en calidad de expositores.

⁵⁰ Es decir, en términos de aportar al cumplimiento por parte del Estado, del requisito normativo internacional de proveer espacios permanentes, de participación activa. A lo más, es de esperar que los seminarios hayan informado y nutrido la participación posterior de algunas/os asistentes a ellos. Ello es sin duda valioso, ya que procesos de ‘participación’ requieren de insumos y de agendas consensuadas, susceptibles de ser conocidas y trabajadas de antemano, para evitar que decaigan en meros procesos de encuesta de opinión, o que sean realizadas en desigualdad de condiciones en relación con el manejo de información e insumos.

participación, por tanto, se extienden más allá del núcleo familiar de cada persona desaparecida, para alcanzar a otros tipos de actores de la sociedad civil que pueden tener oficios, conocimientos y experiencia valiosa, digna de ser incorporada. Es por tanto bienvenida la información ofrecida en la presentación ministerial ya mencionada, que alude a reuniones mensuales que se pretenden sostener con agrupaciones de familiares y a la constitución de una mesa técnica que integrará a algunos de los demás actores mencionados.

Un resumen ejecutivo publicado en el mencionado sitio web sistematiza, usando una metodología de análisis narrativo, algunos productos del proceso participativo e individualiza temáticas o medidas concretas que el PNB debería incorporar.⁵¹ Entre las más destacables cabe mencionar la creación de una Nómina Única Nacional de Personas Víctimas de Desaparición Forzada, como ha sido mencionado arriba. También se anuncia la implementación de un Catastro Nacional de Archivos y un Catastro Nacional Georreferenciado de Sitios (de posible hallazgo, prospección, y/o exhumación); la elaboración de planes de trabajo para diligencias en terreno, la creación de un Archivo Nacional de la Memoria, y la provisión de servicios de acompañamiento integral. Se indica como una de las metas del PNB, la coordinación con el Poder Judicial y se observa que para ella se tendrían que actualizar diversos protocolos relacionados con el actuar del equipo jurídico de la Unidad Programa de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y DDHH, donde el equipo de desarrollo y planificación del PNB ha estado alojado hasta el momento. Se aclara también que la actividad forense, eventualmente asociada al PNB, será asumida por el Servicio Médico Legal (pero ver las preocupaciones señaladas *supra*, secciones 1.22 y 1.3).⁵² En relación con la participación, se promete la creación de un protocolo de participación continuada y la implementación de mesas de trabajo, adoptándose enfoques diferenciales. Además, se alude a actividades comunicacionales y de educación, que aportarían a la memoria y a la vez conformarían una herramienta práctica para la búsqueda de información y de personas.⁵³

1.5. Otras noticias en torno a la desaparición forzada

Hacia fines de 2022, el ministro coordinador en causas de derechos humanos de la Corte Suprema, Mario Carroza, y la entonces subsecretaria de Derechos Humanos, Haydee Oberreuter, encabezaron un webinar para

⁵¹ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, *Plan Nacional de Búsqueda. Proceso de Diálogos Participativos del Plan Nacional de Búsqueda, 2022-2023. Resumen Ejecutivo*, Santiago, 2023.

⁵² *Ibíd.*, pp. 4-10.

⁵³ *Ibíd.*, pp. 11-14.

analizar el “Protocolo de búsqueda e identificación de víctimas de desaparición forzada ocurridas entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1990”. Dicho protocolo, como el Observatorio ha señalado anteriormente, en realidad se asemeja más bien a un ‘protocolo sobre hallazgos e identificación’, cada vez que no apunta a generar ni proponer nuevas acciones o esfuerzos de búsqueda (en ese sentido, no duplica ni se tensiona con el nuevo Plan de Búsqueda). Mas bien, el Protocolo señala los pasos que deben seguir los entes estatales auxiliares a la justicia, ante la denuncia o hallazgo fortuito de lo que podría ser un sitio de entierro clandestino de víctimas de desaparición o ejecución; asimismo, ante la generación de información de similar índole durante una investigación penal. En la actividad se dio a conocer la historia de la Mesa Interinstitucional para Auxiliar a la Justicia en casos de búsqueda de víctimas de desaparición forzada en el período 1973-1990. En distintas configuraciones, esa Mesa ha existido desde aproximadamente 2016 para fortalecer la coordinación entre servicios y entes estatales cuyo trabajo dice relación con la investigación de desaparición forzada, y en cuyos inicios el Observatorio jugó un rol.⁵⁴ En el webinar expusieron también la ministra en visita de causas de derechos humanos de la Corte de Apelaciones de San Miguel, Marianela Cifuentes; la encargada de la Unidad de Derechos Humanos del Servicio Médico Legal, Marisol Intriago, y la entonces jefa interina –hoy titular– de la Unidad Programa de Derechos Humanos de la Subsecretaría de Derechos Humanos, Paulina Zamorano. La Mesa Interinstitucional y el protocolo que produjo, procura organizar el trabajo de diferentes entes del Estado cuyo objetivo es proveer de respuesta oportuna, información y datos actualizados a las investigaciones en casos de desaparición forzada de personas en el período señalado. El ministro Carroza explicó: “con el Protocolo se pretende asegurar el manejo de la evidencia encontrada mediante hallazgos accidentales o en el contexto de una búsqueda ordenada por la autoridad. Plasma el texto, adicionalmente, la garantía de respeto a los derechos de los familiares de las víctimas y una adecuada información y participación”.⁵⁵

El 15 de diciembre de 2022, el entonces ministro en visita para causas de DDHH de Concepción y Chillán, Carlos Aldana Fuentes, se reunió con familiares del soldado conscripto Luis Alberto Villegas Meza, quien desapareció en octubre de 1975, mientras cumplía con su servicio militar

⁵⁴ Gracias a un proyecto conjunto con la Universidad de Ulster impulsado por Macarena Arias, Joyce Stockins, y Lorena Albornoz, de la Unidad Especial de Identificación Forense del Servicio Médico Legal.

⁵⁵ Observatorio JT, Boletín 74, noviembre-diciembre 2022.

en el Batallón de Infantes de Marina, en la Base Naval de Talcahuano.⁵⁶ El caso de Luis fue presentado ante la Comisión Rettig, quedando como un caso “sin convicción”, esto es, no-calificado, debido a lo que la Comisión denominó la ausencia de “evidencias objetivas suficientes” para declararlo víctima de graves violaciones de derechos humanos.⁵⁷ En consecuencia, el ministro inició la causa frente a una serie de hipótesis, entre ellas la posible desertión de Luis. No obstante, osamentas exhumadas, en mayo de 2022, en el Cementerio Municipal de Coronel –y cuyo origen era, precisamente, la base naval– han podido ser identificadas, por el SML, como, efectivamente, las del joven Luis. Quedando así constatado el lugar de su muerte, se debe proceder a buscar a los responsables de ella; asimismo, atender a las necesidades de su familia ante esta noticia, y considerar las formas de, eventualmente, reconocerlo entre las personas reconocidas por el Estado como víctimas de desaparición forzada. De momento, el caso ejemplifica el limbo en que quedan nuevas verdades judiciales de este tipo, dado que – en ausencia de un Plan Nacional de Búsqueda operativo, y/o de la nómina y calificación permanente y dinámica, que se espera ello asuma– no hay forma de reconocer administrativamente este nuevo aporte a la verdad y la memoria histórica.

En 2023, bajo el lema “#Todo Chile busca”, el Observatorio de Justicia Transicional convocó a universidades de distintas partes del país a abrir espacios de reflexión y encuentro en torno a la búsqueda de las personas detenidas desaparecidas por la dictadura en Chile. De esta forma se busca acoger y ampliar la inquietud que motiva el nuevo Plan de Búsqueda, señalando a la búsqueda como algo que debe ser, además de objeto de preocupación y acción especializada desde el Estado, una preocupación, prioridad y responsabilidad compartida por la sociedad entera. Bajo el paraguas de este llamado, que partió en marzo de 2023, se han realizado o programado diversas actividades. Entre ellas figuran una presentación del libro *La Búsqueda* en Valdivia, bajo el auspicio de la Universidad Austral de Chile; la exhibición del documental “El juez y el general” en la Universidad de Valparaíso; un cineforo sobre el filme “Fernando ha vuelto” en la Universidad de la Frontera (Temuco), y la realización de una Ruta de la Memoria en

⁵⁶ PJUD.cl: “Ministro Carlos Aldana informa a familiares resultados de peritajes a restos de conscripto desaparecido en base naval en 1975”, 15 de diciembre de 2022.

⁵⁷ Respecto de Luis Alberto Villegas Meza, la Comisión Rettig señaló: “El día 1 de octubre de 1975 ingresó a hacer el servicio militar. El día 8 una patrulla naval le informa a la madre que su hijo desertó. No tuvo noticias de él hasta que en octubre de 1976 es visitada por agentes que se identifican como de la DINA, quienes le señalan que habían encontrado a la víctima y que esta se había suicidado. En julio de 1990 recibió un anónimo que indica que la víctima fue torturada junto con los comunistas en el Fuerte Borgoño y que a consecuencia de ello había muerto”.

la Universidad de Atacama. En octubre y noviembre, se proyectan actividades en el extranjero que convocarán a miembros de diásporas chilenas y organizaciones solidarias en Canadá, Londres, Belfast y Cambridge.

Entre las múltiples otras iniciativas de la UDP –que procuran hacer de estos 50 años una ocasión para poner en relieve aspectos poco atendidos de las deudas en verdad y justicia– se encuentra una del Centro para las Humanidades y el Laboratorio Digital de la UDP, que se enfoca en las y los adolescentes víctimas de la represión dictatorial, que aún no regresan a casa. El proyecto, que lleva por título “Vestigios”, es una propuesta transmedia que presenta un ejercicio de memoria reflexiva, en respuesta a los desafíos que plantea la conmemoración de los 50 años del golpe militar en Chile. Homenaje a adolescentes detenidos desaparecidos, de entre 11 y 17 años, quienes todavía no han sido encontrados. Cuenta en profundidad la historia de seis jóvenes y los entornos familiares y afectivos que siguen padeciendo su ausencia. Son vidas representativas de adolescencias vividas a menudo precariamente, en contextos sociales hechos vulnerables, y por ello más expuestos al abuso represivo perpetrado por los agentes del Estado dictatorial. Se perciben en estas historias, rastros de una política de *razzia* o limpieza social, aplicada bajo el manto de las represalias políticas. Se trata de relatos que no corresponde perder de vista, porque grafican los dramas que inundan los tiempos en que se pierde la democracia y, por lo mismo, el valor de dicha democracia para la vida colectiva. Estas historias condensan las pérdidas privadas y revelan como de ellas están hechas nuestras tragedias públicas: lo íntimo como colectivo. El proyecto –que incluye un cortometraje de animación, un sitio web⁵⁸ y la posibilidad de escuchar, en primera persona, a familiares de cada niño–, fue lanzado en el Centro Cultural Palacio de La Moneda el 23 de agosto de 2023.

1.6. Acta del Pleno de la Corte Suprema que limita acceso público a expedientes y carpetas electrónicas de causas

El 15 de febrero de 2022, el Pleno de la Corte Suprema adoptó el auto acordado Acta No.44-2022, denominado “Auto Acordado sobre criterios de Publicidad de sentencias y carpetas electrónicas”. Su propósito declarado es el de “armonizar” el sistema de consulta en línea de la Oficina Virtual del Poder Judicial con los principios de privacidad y las leyes de protección de datos personales.⁵⁹ Su impacto, más inmediatamente visible al público, ha sido la aparición de anotaciones dentro de la menciona-

⁵⁸ <https://vestigios.udp.cl/>.

⁵⁹ Acta No.44-2022, considerando primero. Se trata, *inter alia*, de la Ley 19.628, Ley de Protección de la Vida Privada, que contiene la definición de “datos personales” que el Acta adopta.

da plataforma, así como en el margen de los resultados arrojados al utilizar el buscador de causas de la Base Jurisprudencial.⁶⁰ Las anotaciones señalan, respectivamente, que “[l]a persona interesada podrá solicitar a la Comisión de Transparencia de la Corte Suprema su anonimización, en los casos de sentencias que contengan datos sensibles, sanciones o penas que se encuentren cumplidas, prescritas o cuyas acciones estén prescritas. Art. 6 Acta 44-2022. (transparencia@pjud.cl)”, y/o –al solicitar acceso a una causa afectada por la medida– que “[l]a causa se encuentra reservada según lo dispuesto por el Acta N° 44-2022 de la Corte Suprema (...)”. El efecto práctico, de momento, es la suspensión de acceso público en línea a la causa y a documentación relacionada, sin horizonte de tiempo para su reposición con los ajustes requeridos, cada vez que los procesos y canales para la anonimización estipulada no han sido definidos o activados aún.

El artículo 1° de la mencionada Acta trae una disposición que establece como regla general la publicación íntegra de las “sentencias que se dicten en causas en que se investiguen violaciones a los Derechos Humanos cometidos por agentes del Estado” –lo cual podría interpretarse como una excepción expresa a la posibilidad de anonimización.⁶¹ No obstante, no se indica quién decidirá si determinada causa constituye –o no– una “causa DDHH” para dichos efectos. La situación es aún menos clara en relación a las carpetas electrónicas que reúnen la documentación del proceso investigativo detrás de cada sentencia. Esas carpetas permiten conocer diligencias, declaraciones y otros antecedentes que son de particular importancia para las investigaciones en causas de DDHH y cumplen, además, funciones de revelación de la verdad y de construcción de la memoria histórica. Al respecto, aunque el artículo 7 establece como “regla general” la publicidad de carpetas, a continuación aparece una larga lista de excepciones, esta vez sin explicitar trato diferenciado alguno para causas de DDHH. De hecho, el Acta entrega al tribunal sentenciador la potestad y/u obligación de “suprimir” carpetas en determinados presupuestos, entre ellos, la comisión de delitos contra la integridad sexual, descriptor que sin duda alcanza buena parte de las causas DDHH iniciadas por sobrevivientes, especialmente por mujeres. Asimismo, las disposiciones transitorias del Acta ordenan la anonimización de “la totalidad de los fallos dictados en procedimiento penal

⁶⁰ <https://www.pjud.cl/portal-jurisprudencia>.

⁶¹ Acta No.44-2022, Art. 1°, que remite a diversas fuentes normativas internacionales sobre acceso a la justicia, reparación, y acceso a información para fundamentar la excepción.

no reformado”, procedimiento que, hoy en día, se sigue casi exclusivamente en causas por violencia del período dictatorial.

Como los procesos de anonimización no han sido, al parecer, aún aclarados ni puestos en marcha, de momento reina la incertidumbre y ya se han hecho sentir efectos secundarios que, se presume, no fueron previstos ni deseados. A modo de ejemplo, el Observatorio ha tomado conocimiento de abogadas/os patrocinantes en causas de DDHH que han visto temporalmente suspendido el acceso a sus propias causas, situación que se suponía expresamente prohibida por el art. 7º del Acta. Fuentes cercanas al proceso reportan incidentes en que personal de algunos tribunales han desactivado en forma “preventiva” el acceso a una o más sentencias o carpetas, obstaculizando incluso la labor de la misma Oficina de Coordinación de causas de DDHH.⁶² Consta, además, que al menos una agrupación de familiares no pudo recibir la lista de causas activas a nivel país que habían solicitado, ante aprensiones de que los nombres de las víctimas que aparecen en las carátulas de algunas causas, podrían constituir “datos personales” en los términos del Acta. Así las cosas, la medida ya ha redundado en notorio desmedro de los principios de publicidad y transparencia que el Poder Judicial ha trabajado tanto para instalar en las últimas décadas. Además, pareciera estar reñida con los planes que se anuncian en sección 2.3.2, *infra*, de construir un archivo físico y digital que reúna la totalidad de las investigaciones ya concluidas. Es por tanto positivo que, tomando nota de estas situaciones, el Pleno de la Corte Suprema ha dispuesto una revisión del contenido, interpretación, y aplicación de la medida.⁶³

2. JUSTICIA

2.1. Balance general

A mediados de 2021 el Relator Especial de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) para la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición publicó un informe sobre la persecución penal en contextos de justicia transicional.⁶⁴ El informe subraya que “[l]os Estados deben juzgar a los presuntos perpetradores de violaciones manifiestas de derechos humanos y violaciones graves al derecho internacional humanitario

⁶² Fuentes: Intercambios escritos y directos con funcionarios y autoridades del Poder Judicial, y con abogadas y abogados de causas DDHH, julio y agosto de 2023.

⁶³ Entrevista con el ministro Mario Carroza, ministro coordinador de causas DDHH para la Corte Suprema, Santiago, 25 de agosto 2023.

⁶⁴ ONU, A/HRC/48/60, *Rendición de cuentas: enjuiciar y sancionar las violaciones manifiestas de los derechos humanos y las violaciones graves del derecho internacional humanitario en procesos de justicia transicional*, 9 de julio de 2021.

con penas adecuadas, efectivas y proporcionales a la gravedad de los hechos” (...), absteniéndose de recurrir a “exenciones que protegen penalmente a los perpetradores”, y a “obstáculos legales, jurídicos y de facto (...) tales como inmunidades, amnistías totales o parciales, indultos, la aplicación de reglas de prescripción, irretroactividad de la ley penal, *ne bis in ídem* y cosa juzgada, y los beneficios en la ejecución de la pena que no se ajusten a la determinación y cumplimiento de un quantum de la pena”.⁶⁵ Señala que al imponerse sanciones desproporcionadamente leves puede incurrirse en impunidad de hecho.⁶⁶ Hace notar que “la liberación anticipada de condenados por violaciones graves de los derechos humanos tampoco está en conformidad con el derecho internacional”,⁶⁷ ya que “[las] pena[s] debe[n] efectivamente ejecutarse y cumplirse”.⁶⁸ Hace alusión crítica a intentos recientes en Chile de hacer extensivo a perpetradores de crímenes de lesa humanidad, la sustitución de penas privativas de libertad.⁶⁹

Junto con observar que “usualmente solo una pequeña fracción de las personas responsables (...) son investigadas penalmente”⁷⁰ el informe nombra, entre las causas de esta insuficiencia, la falta de una tipificación penal adecuada, la calificación equivocada de los tipos penales aplicables, y la “destrucción u obstaculización del acceso a la información contenida en archivos militares, policiales o administrativos”.⁷¹ El informe le otorga relevancia a la sintonía que debe existir entre el derecho nacional e internacional, ejemplificándolo con el uso de criterios de interpretación derivados del derecho internacional para subsanar vacíos en la tipificación interna, al momento de la comisión de los hechos.⁷² Se resaltan ejemplares esfuerzos intrarregionales, tales como el Acervo Documental Cóndor del Mercosur –en que nuestro país participa–

⁶⁵ ONU A/HRC/48/60, op. cit., párr. 97. La escisión señalada es nuestra.

⁶⁶ *Ibíd.*, párr. 25.

⁶⁷ *Ibíd.*, párr. 27.

⁶⁸ *Ibíd.*, párr. 87.

⁶⁹ *Ibíd.*, párr. 39. Si bien la referencia es a esfuerzos –infructuosos– de aprovecharse de la pandemia (ver, al respecto, Hito 49 en el documento Observatorio de Justicia Transicional, *Principales hitos jurisprudenciales, judiciales y legislativos en causas de DDHH en Chile 1990-2023*, Santiago, Universidad Diego Portales, 2023 –en adelante, Observatorio JT, “Principales hitos”–, <https://derechoshumanos.udp.cl/observatorio-de-justicia-transicional/>), ha surgido otro esfuerzo parecido en la forma de una “iniciativa popular de norma” presentada ante el Consejo Constitucional. Ella concedería prisión domiciliaria a todo condenado mayor de 75 años, sin diferenciar por la naturaleza del crimen que haya cometido. Casi la mitad de los posibles beneficiarios de ambas iniciativas serían criminales de lesa humanidad hoy reclusos en Punta Peuco o Colina I. Ver Biobiochile.cl: “Republicanos busca que mayores de 75 cumplan prisión en sus casas: incluye a presos de Punta Peuco”, 19 de julio de 2023.

⁷⁰ ONU A/HRC/48/60, op. cit., párr. 28.

⁷¹ *Ibíd.*, párr. 54.

⁷² *Ibíd.*, párr. 83.

y a la existencia en Chile de una entidad estatal especializada que asume la persecución penal.⁷³

Cada uno de los temas tocados por el Relator tienen resonancia para Chile hoy, con 25 años a cuestas de esfuerzos renovados de búsqueda de justicia. Dicha etapa se inició en 1998, con las primeras querrelas penales por crímenes de DDHH interpuestas contra el exdictador Augusto Pinochet.⁷⁴ En un primer tiempo post-1998, los principales desafíos y debates jurídicos giraron en torno a cómo (re)establecer el principio de punibilidad de los crímenes represivos más gravosos, superando los obstáculos de la amnistía, la prescripción, la cosa juzgada, y la jurisdicción militar.⁷⁵ En un segundo tiempo, aproximadamente entre 2004 y 2013, se expandió notablemente el universo de causas abiertas⁷⁶ y se agregaron nuevos debates penales, *inter alia*, sobre la cuantía de las penas y su cumplimiento. Una clara tendencia a la relativización y la lenidad, ejemplificadas en la concesión automática de la prescripción gradual y múltiples otros beneficios pre y post sentencia, fue parcialmente reemplazada por una mayor imposición de sanciones penales efectivas (sanciones privativas de libertad).⁷⁷ A su vez, se logró sentar las bases para activar la justicia civil como forma de reparación.⁷⁸ Empezaron a hacerse sentir, asimismo, los primeros impactos del uso del Sistema Interamericano de DDHH (SIDH) por familiares y sobrevivientes disconformes con las respuestas del Estado de Chile en materia de verdad, justicia y reparaciones.⁷⁹ Esta fase culminó en 2013, con el cuadragésimo aniversario del

⁷³ *Ibíd.*, párr. 67. Se refiere a al trabajo especializado de lo que hoy es la Unidad Programa de DDHH del Ministerio de Justicia y DDHH, en apoyar o –desde 2009– iniciar la persecución penal, aunque ello es solamente respecto de víctimas ausentes (ejecutadas o desaparecidas).

⁷⁴ Para mayor detalle sobre lo que sigue ver, en general, Observatorio JT, “Principales hitos”, *op. cit.*; o Juan Pablo Mañalich, “El procesamiento transicional del terrorismo de Estado a veinte años del caso Pinochet”, *Revista Anales de la Universidad de Chile*, N° 15, 2018, pp.73-85.

⁷⁵ Ver, en particular, el *Informe 2013*. El fallo CSJ Rol 517-2004 marca el punto de inflexión en 2004, ratificando una sentencia del ministro en visita Alejandro Solís que condenó por desaparición forzada bajo el tipo penal de secuestro permanente (crimen continuo mientras su víctima no aparece).

⁷⁶ Sobre todo, por la presentación de numerosas querrelas por la Agrupación de Familiares de Ejecutados Políticos (AFEP), procurando que cada una de las casi 2.000 víctimas de ejecución extrajudicial reconocidas, viera investigada su causa.

⁷⁷ Si bien con reverses. También existieron matices internos tales como una prevalencia de sentencias de mayor cuantía por secuestro (desaparición) que por homicidio (ejecución), mientras que la tortura, bajo las figuras propias del Código Penal de la época, pocas veces apareja penas que superan los cinco años, que suele ser el umbral para que una pena sea privativa de libertad. A la vez, se preserva, en parte, el patrón de repetidas condenas contra unos mismos perpetradores, condenas que por tanto suelen carecer de efecto práctico en el caso de los que ya se encuentran reclusos.

⁷⁸ A través del reconocimiento de imprescriptibilidad en materia civil. Ver Observatorio JT, “Principales hitos”, *op. cit.*, hito n°. 27.

⁷⁹ La Corte Interamericana de DDHH emitió sentencias contrarias a Chile en la materia en 2006 (caso Almonacid Arellano) y 2013 (caso García Lucero). Otras causas que serían falladas o resueltas por acuerdo en la década siguiente también ingresaron al sistema en esta época, o se hallaban ya en exa-

golpe y con dos reconocimientos inéditos. Uno vino del entonces mandatario de derecha, Sebastián Piñera, denunciando los “cómplices pasivos” de la dictadura; el segundo emanó del Pleno de la Corte Suprema, lamentando la “dejación de funciones” en que incurrieron sus antecesores, frente a flagrantísimos ilícitos ampliamente denunciados.⁸⁰

En la década más reciente, a partir de 2013, junto con acentuarse la tendencia hacia una imposición más frecuente de sanciones penales privativas de libertad,⁸¹ se han ido diversificando las controversias jurídicas y los tipos de acción legal emprendidos en materia de justicia transicional. En lo penal, una gama algo más amplia de tipos penales suelen ser hoy abordados –cuando antes solían limitarse a una querrela y condena por homicidio, en casos de ejecución; una querrela y condena por secuestro, en casos de desaparición, y una querrela por ‘apremios ilegítimos’ o similares, en causas iniciadas por sobrevivientes.⁸² Entre las innovaciones figura, además, la aplicación de tipos penales ‘compuestos’ más gravosos en que, por ejemplo, en vez de sumar una pena mínima, por “aplicación de tormentos”, a una condena por secuestro, se condena por el delito de secuestro con grave daño, el que tiene un marco punitivo mayor.⁸³ También se aprecia la creciente frecuencia

minación ante la Comisión Interamericana de DDHH (CIDH). Ver INDH, *Chile ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Síntesis de sentencias y soluciones amistosas*, Santiago, 2022.

⁸⁰ Declaración pública del Pleno de la Corte Suprema de Justicia, 6 de septiembre de 2013, publicado dos días después de que la Asociación de Magistrados emitiera una declaración más inequívoca, pidiéndole perdón a las víctimas y aseverando que “El Poder Judicial pudo y debió hacer mucho más”. Declaración Pública de la Asociación Nacional de Magistrados del Poder Judicial de Chile, 4 de septiembre de 2013.

⁸¹ Ver sección 2.2.1, abajo. Ha habido excepciones y controversias, por ejemplo, Corte Suprema, Sentencia Rol 12.196-2018, 16 de marzo de 2020, en que se declara prescrito el crimen por desconocer su carácter de crimen de lesa humanidad; o Corte de Apelaciones de Santiago Rol 1.734-2017, 13 de abril de 2020, que concedió prescripción gradual a todos los condenados en el caso Villa Grimaldi, episodio Iván Insunza y otros. Es positivo notar que este segundo fallo, calificado por Juan Pablo Mañalich como una “aberración jurídica” (ver *Informe 2020*, y Juan Pablo Mañalich, “Homicidio alevoso, intervención delictiva y prescripción gradual. Comentario a la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago en el caso «Villa Grimaldi» (Rol 1.734-2017)” *Revista de Estudios de La Justicia*, 32, pp. 209–227, 2020) fue revertido por la Corte Suprema el 28 de julio de 2023 (Rol 71.900-2020), reestableciéndose penas efectivas contra los 14 condenados.

⁸² También se ha ampliado el rango de causas en que se persigue, específicamente, el crimen de tortura –en versiones menores, propias de la época– para incluirlo en causas por crímenes cometidos contra víctimas ausentes (que solían solamente seguirse por homicidio o ejecución). Aplicando una lógica similar, han empezado a verse condenas por secuestro y privación ilegal de libertad de sobrevivientes que fueron, además, víctimas de tortura. Ver, por ejemplo, Corte Suprema, Sentencia Roles 45.519-2022, 25 de enero de 2023, o 72.039-2020, 31 de enero de 2023.

⁸³ Ver por ejemplo el actuar de la Corte de Apelaciones de Santiago en el caso de Víctor Jara y Littré Quiroga; o ver Francisco Bustos, “Recalificación de aplicación de tormentos a secuestro calificado, imprescriptibilidad de las acciones criminales y civiles por crímenes de lesa humanidad (comentario de jurisprudencia)”, *Revista de Ciencias Penales*, Vol. XLVI, 2019.

de tipos penales como la inhumación o exhumación ilegal,⁸⁴ o la figura de asociación ilícita, invocada contra miembros de aparatos estatales de represión y exterminio clandestino (aunque con un importante revés reciente).⁸⁵

Una manera más directa de co-atribuir a miembros de estos aparatos responsabilidades por los crímenes atroces cometidos fue ratificada, recientemente, por la Corte Suprema en el caso Operación Colombo, en la condena definitiva más masiva conocida hasta la fecha, contra 59 exagentes.⁸⁶ Se trata de una evolución, por parte de algunos ministros y ministros de instrucción e integrantes de tribunales superiores, hacia el reconocimiento de autoría mediata, control de convencionalidad, y otras doctrinas y maneras más sofisticadas y apropiadas de judicializar crímenes sistémicos.⁸⁷ Si bien estas señales son positivas, no son posiciones unánimes y sigue habiendo en los tribunales chilenos un énfasis en la participación física y/o presencia física en el lugar de los hechos punibles, que no comprende el aspecto esencialmente estructural, colectivo y jerarquizado de crímenes de esta índole. En parte por ello, aún se está lejos del horizonte de responsabilización a empresas, otros entes coludidos, y operadores del mismo sistema de justicia, que sí se han materializado en Argentina, y hoy se discuten ante la Jurisdicción Especial para la Paz en Colombia. En el caso de Chile, Sferrazza y Bustos diagnostican una “reticencia” para perseguir a este tipo de autores incluso en calidad de ejecutores materiales,⁸⁸ si bien ha habido uno que otro avance reciente en la responsabilización individual de colaboradores o instigadores civiles, no-agentes, tales como

⁸⁴ Corte Suprema, Sentencia Rol 24.061, del 23 de septiembre de 2022, ratificó condenas contra 11 personas por la remoción, en 1976, de restos pertenecientes a víctimas de la Caravana de la Muerte, ejecutadas en Calama en 1973.

⁸⁵ En Corte Suprema, Sentencia Rol 33.461-2019, del 17 de febrero de 2023, la Sala Penal ratificó condenas por secuestro contra ocho exintegrantes del Comando Conjunto, pero disolvió sus condenas por asociación ilícita acogiendo el argumento de *ne bis in idem*, siendo que los mismos perpetradores fueron sancionados por ese mismo delito en el año 2022 en otra causa (no relacionada). Ver Boletín 75, enero-febrero 2023.

⁸⁶ Corte Suprema, Sentencia Rol 25.384-2021, causa Operación Colombo, 2 de marzo de 2023.

⁸⁷ Ver Observatorio JT Boletines 75 (enero-febrero 2023) y 76, marzo-abril 2023, para fallos ilustrativos.

⁸⁸ Pietro Sferrazza y Francisco Bustos, “Persecución judicial de la complicidad económica y de civiles por la comisión de crímenes de lesa humanidad durante la dictadura en Chile”, en Pablo Galaín y Eduardo Saad-Diniz (eds.), *Responsabilidad Empresarial, Derechos Humanos y la Agenda del Derecho Penal Corporativo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 331-371.

médicos torturadores,⁸⁹ terratenientes,⁹⁰ o un notorio exfiscal militar.⁹¹ De paso se superó, ojalá de manera duradera, la noción de que personas no uniformadas no pueden ser más que cómplices de crímenes de lesa humanidad, incluso cuando su actuación es idéntica a la de militares o policías sindicados como autores.⁹² Es importante, no obstante, señalar que estos avances se limitan a causas en que se acepta la denominación de los hechos como crímenes de lesa humanidad. Dicha denominación no siempre se reconoce, incluso en casos que fueron reconocidos por las Comisiones de Verdad respectivas.⁹³

Otras tendencias notables en el escenario penal de la década más reciente incluyen una mayor presencia de sobrevivientes como impulsores de acciones judiciales,⁹⁴ y junto con ella, un mayor énfasis en el crimen de tortura, en parte por el ímpetu creado por la realización de la Comisión Valech en 2004-5 y su segunda iteración en 2010-11. También se ha visto una creciente presión para que los tribunales aborden la violencia sexual como forma particular de tortura,⁹⁵ tema que claramente tiene aristas de género, como también lo tiene el tema de participación de mujeres como

⁸⁹ Ver, a modo de ejemplo, Corte Suprema, Sentencia Rol 28.816-2019, 4 de enero de 2023, condenando a dos médicos civiles, además de cuatro agentes de la CNI, por el homicidio del profesor Federico Álvarez Santibáñez.

⁹⁰ Por ejemplo, condenas contra el civil Juan Luzoro Montenegro, y contra otros civiles fallecidos antes de que se pudieran ratificar sus condenas, en distintos episodios del caso Paine (*inter alia* Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol I 2.108-2020, de abril de 2021), o Corte Suprema, Sentencia Rol 1-568-2017, del 16 de noviembre de 2017; o diversas condenas contra jefes de la exColonia Dignidad.

⁹¹ Corte Suprema, Rol 154.811-2020, 6 de marzo de 2023. Podlech fue, en palabras de la Corte “de facto fiscal militar” en Temuco, a la época, habiéndose ofrecido de forma voluntaria para colaborar con las nuevas autoridades de facto en la persecución de opositores.

⁹² Corte Suprema, Sentencia Rol 24.143-2019, caso Santa Barbara-Quilaco, de 19 de octubre de 2022, y ver Observatorio Boletines 73 (septiembre y octubre de 2022) y 53 (mayo y junio 2019).

⁹³ Ejemplos recientes son Corte Suprema, Roles 19097-2022, 28 de febrero de 2023, y 25.052-2019, 17 de abril de 2023. Aunque la Comisión Rettig denunció, respectivamente, un “uso irracional” o “uso excesivo” de la fuerza, causando la muerte de dos personas, la Corte determinó que se tratarían de un crimen común, que declaró prescrito, y un caso de legítima defensa, absolviendo un total de 6 agentes.

⁹⁴ Ver abajo, Tablas B y C, si bien las causas impulsadas por sobrevivientes tienden a permanecer aún en etapas de instrucción o apelación, *inter alia* por haber sido iniciadas más recientemente. También hay causas iniciadas por sobrevivientes ante instancias internacionales, por ejemplo, las causas *García Lucero y otras contra Chile*, y *Maldonado y otros contra Chile*, resueltas ante la Corte Interamericana de DDHH en 2013 y 2015, respectivamente. Existen otras acciones en curso ante la Comisión y Corte, impulsadas por sobrevivientes.

⁹⁵ *Inter alia* Corte de Apelaciones de San Miguel, Sentencia Rol 1544-2021, causa sobreviviente Nieves Ayress, 4 de noviembre de 2021, y CSJ Rol 31.711-2017, Lara v Fisco, 23 de enero de 2018, en que la Corte reconoció por primera vez, que la violencia sexual puede llegar a constituir un crimen contra la humanidad. En el caso intervino la Corporación de Asistencia Judicial (ver *infra*, sección 2.4).

agentes perpetradores.⁹⁶ En cuanto a violencia sexual, el primer fallo de que tenemos registro, que aplica en forma explícita un enfoque de género para diferenciar el tipo penal aplicable y aumentar las penas correspondientes, fue emitido en 2020 y ratificado por la Corte Suprema en agosto de 2023.⁹⁷ En el mismo mes, la Corte de Apelaciones de Santiago resolvió una demanda civil con abundante desarrollo de consideraciones y normas específicas en materia de género y discriminación, en relación con violencia sexual.⁹⁸

La situación compleja de exconscriptos –algunos sindicados como perpetradores, otros exigiendo ser reconocidos como víctimas de vejámenes– ha surgido en distintos momentos y formas a lo largo de la década.⁹⁹ En sus irrupciones más recientes, se acusó inacción por parte de una exsubsecretaria de DDHH frente a relatos que podrían contener antecedentes útiles para investigaciones penales.¹⁰⁰ Por otra parte, mientras que la Corte Suprema rechazó una demanda civil masiva interpuesta por casi 500 exconscriptos,¹⁰¹ se nos señaló que desde la Subsecretaría de FFAA hay planes para un nuevo abordaje de la situación de conscriptos, algunos menores de edad, que fueron abusados físicamente, y obligados a soportar condiciones indignas.¹⁰²

Aún falta, por cierto, que el Estado se sume directamente a la persecución penal de crímenes contra víctimas sobrevivientes, querellándose de oficio o apoyando a sobrevivientes para que lo hagan.¹⁰³ Además, aún persiste la flagrante contradicción interna representada por las acciones

⁹⁶ Sentencias recientes que imponen penas de cárcel a mujeres van contrarias a una tendencia anterior, remarcada en el Informe 2013, de desestimar o disolver, en última instancia, procesamientos y/o condenas contra agentes mujeres.

⁹⁷ Corte Suprema, Sentencia Rol 84.451-2021, 21 de agosto de 2023, ratificando sentencia de primera instancia del ministro Mario Carroza, Rol 73-2016, causa “Episodio ‘Venta Sexy’ Cuaderno-A”, 5 de noviembre de 2020. En la causa hay un total de 10 víctimas sobrevivientes: respecto de los hombres, se condena a los perpetradores por secuestro y por tormentos, mientras que, respecto de las seis mujeres, se condena por secuestro y por “tormentos con violencia sexual”, decisión que este abundantemente desarrollada en las fundamentaciones y consideraciones del fallo de primera instancia.

⁹⁸ Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia Rol Civil 12.550-2022, 25 de agosto 2023.

⁹⁹ Leith Passmore, *La guerra en los cuarteles*, Santiago, Ediciones Universidad Alberto Hurtado, 2023.

¹⁰⁰ Se trata de relatos recopilados por la Subsecretaría en el último semestre de 2017, bajo el mandato de la actual diputada Lorena Fries. Remitidos al Poder Judicial a mediados de 2022, los relatos finalmente reportaron poca utilidad para investigaciones penales aún en curso.

¹⁰¹ Corte Suprema, Sentencia Rol 4.073-2021, 26 de septiembre de 2022. La Corte encontró insuficientemente acreditados los hechos alegados por los 483 demandantes, determinando además precedente la prescripción extintiva.

¹⁰² Fuente: respuesta escrita recibida el 16 de agosto de 2023 desde la Subsecretaría de DDHH, op. cit.

¹⁰³ Siendo la única excepción parcial a este vacío, el trabajo de la Corporación de Asistencia Judicial de la Región Metropolitana. Ver *infra*, sección 2.4.

del Consejo de Defensa del Estado (CDE), abogando férreamente para desconocer en materia civil las responsabilidades que se desprenden de hechos que en materia penal se reconocen. Por otra parte, a lo largo de la década, las estrategias de defensa de los perpetradores han gravitado desde la insistencia en inocencia o amnistiabilidad, hacia la relativización de los crímenes y sus impactos, y/o esfuerzos para evitar, disminuir, truncar o posponer su sanción. Ello llevó, en un momento determinado, a que perpetradores condenados intentasen instalar la concesión automática de libertad condicional, apelando a la Corte Suprema para revertir decisiones desfavorables de las comisiones penitenciarias competentes.¹⁰⁴ Ante el consecuente robustecimiento del reglamento aplicable,¹⁰⁵ empezaron más bien a copar el Tribunal Constitucional con recursos de inconstitucionalidad, esfuerzo que terminó por comprometer el prestigio de la institución.¹⁰⁶ Últimamente, se observa una tendencia de parte de los abogados defensores de simplemente omitir recurrir a casación, o de no comparecer cuando otra parte en la causa haya recurrido.¹⁰⁷ Es posible que ello se vincule con renovadas esperanzas de conseguir la concesión automática de condiciones alternativas de cumplimiento, en base solamente a la edad del perpetrador: a principios de 2023, la Corte Suprema empezó a conceder de oficio dichas condiciones, incluso sin mediar petición de parte.¹⁰⁸ Es difícil ver compatibilidad entre dicha práctica y las advertencias del Relator Especial, citadas al inicio de la presente sección.

A lo largo de estas dos décadas y media, el paso del tiempo ha hecho lo suyo, y en lo penal se empieza a hacer visible el desenlace de impunidad biológica a nivel de causa, en que ya no queda nadie vivo o en condiciones para ser responsabilizado. El Observatorio tiene registro de cinco casos, entre ellos, el de Ángel Carmona Parada, por cuya ejecución extrajudicial ya nadie será sancionado, dado que en febrero de 2023 la Corte Suprema resolvió omitir pronunciarse debido al fallecimiento del único sentenciado en la causa.¹⁰⁹ En causas así, solamente queda resolver asuntos relativos a

¹⁰⁴ Bajo los términos del anticuado Decreto Ley N° 321. Ver *Informe 2016* para una exposición detallada.

¹⁰⁵ Estableciéndose condiciones más estrictas en casos de crímenes de lesa humanidad, conforme al DIDH.

¹⁰⁶ Culminando incluso en una investigación penal en su contra. Ver sección 2.3.3, abajo, *Informes 2020 y 2021*, y Observatorio JT, “Principales hitos”, op. cit., hito 38, Caso Cerro Moreno.

¹⁰⁷ Diversos ejemplos involucrando a Miguel Krassnoff aparecen en Observatorio JT, Boletín 75 (enero-febrero de 2023).

¹⁰⁸ Corte Suprema, Roles 95.109-2020, 31 de enero de 2023, y 72.032-2020, 3 de febrero de 2023, con votos disidentes del ministro Brito y el ministro Brahm. Las concesiones son aún más preocupantes por tratarse de causas por tortura, delito por el cual, según reconocen los mismos fallos, hoy pesa una prohibición explícita de conceder sustitución de penas.

¹⁰⁹ Juan Pardo Villaroel. Observatorio JT, Boletín 75, op. cit.

la reparación. A veces es demasiado tarde incluso para ello, dado que sobrevivientes o familiares querellantes también han fallecido esperando la respuesta de la justicia.¹¹⁰ Por otra parte, se ha empezado a ver la comisión de crímenes nuevos para encubrir a los anteriores, tales como la destrucción de posibles evidencias, peligro previsto por el Relator Especial.¹¹¹ Ante ello cabe subrayar que el activo universo de demandas civiles en Chile representa, de alguna manera, la concreción de una responsabilidad colectiva estatal que perdura y que reconoce la naturaleza estructural, sistémica, e intencionadamente colectiva del daño causado por el terrorismo de Estado. También hace que sea pertinente remarcar que nuestros tribunales se han ido convirtiendo en un escenario donde se barajan múltiples dimensiones de la justicia transicional. En materia de verdad, por ejemplo, se ha apelado a la Corte para rectificar la publicación de mentiras oficiales en medios de la época;¹¹² para tomar medidas de combate al negacionismo,¹¹³ y para disolver, oficialmente, condenas espurias impuestas por autoridades dictatoriales.¹¹⁴ En materia de reparación, recientemente se ha asomado una solución a un retazo de desigualdad que desfavorecía a demandantes que actuaron temprano, con una resolución del alto tribunal que apela a deberes internacionales para disolver los efectos de la cosa juzgada en materia civil.¹¹⁵ En memoria y garantías de no repetición, existen fallos que se hacen cargo de aspectos simbólicos de la justicia, y/o ayudan a sanar el espacio público de herencias autoritarias, a la vez que procuran aportar a garantías de no repetición, fomentando cambios de cultura en instituciones perpetradoras.

En paralelo al hecho de que son cada vez más numerosos y complejos los dilemas de la justicia transicional sobre los que los tribunales son llamados a pronunciarse, se hace cada día más visible el recurso al derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) como fuente normativa o, al menos, criterio de interpretación. Varias sentencias relevantes de la Corte IDH han sido, al menos, parcialmente acogidas o cumplidas, incluyendo

¹¹⁰ Son decenas, sino centenares, los ejemplos que podrían citarse. Entre ellos figura el caso de don Manuel Antivil Huenunquero, expreso político sobreviviente, cuya causa penal por tortura fue resuelta recién en 31 de enero de 2023 con una condena de cumplimiento alternativo –debido a la avanzada edad del responsable– y una resolución civil de futuro incierto, habiendo fallecido el Sr. Antivil en el trascurso del proceso. Corte Suprema, Rol 95.109-2020, 31 de enero de 2023.

¹¹¹ A/HRC/48/160, op. cit. En 2017, por ejemplo, tres exoficiales de inteligencia del Ejército fueron procesados por haber quemado, en los años 2000 y 2001, archivos de la disuelta Central Nacional de Información (CNI). Observatorio JT, “Principales hitos”, op. cit., hito 47.

¹¹² Observatorio JT, “Principales hitos”, op. cit., hito 45, diario *La Tercera*.

¹¹³ *Ibíd.*, hito 54, el diputado Kaiser y discursos de odio.

¹¹⁴ *Ibíd.*, hitos 32, 34 y 41, y ver sección 3.3, abajo. Los Boletines del Observatorio desde 2019 en adelante detallan los pronunciamientos de la Corte Suprema en la materia.

¹¹⁵ *Ibíd.*, hito 52, cosa juzgada ineficaz, demandas caso Paine.

asuntos en materia preponderantemente reparatoria,¹¹⁶ produciéndose, de paso, un reconocimiento de responsabilidad del Estado que, si bien al parecer sigue siendo ignorado por el Consejo de Defensa del Estado (CDE), ha marcado un hito en la jurisprudencia posterior del máximo tribunal del país.¹¹⁷ También ha aumentado la frecuencia con la cual las y los ministros especializados en causas de DDHH citan proactivamente a preceptos y jurisprudencia internacionales como fundamentación de su actuar.¹¹⁸

El talón de Aquiles en la búsqueda de justicia es el tiempo: a cincuenta años del hecho que gatilló estos crímenes aberrantes, la justicia que no se hizo en el momento que correspondía ya es, en muchos casos, justicia que no se hará o, al menos, que no será presenciada por quienes más la anhelaron y persiguieron. A todas esas personas está dedicado el presente capítulo.

2.2. Actuación de tribunales nacionales

Según los registros del Observatorio JT, entre el año 1995¹¹⁹ y el 30 de junio de 2023,¹²⁰ se han dictado un total de 658 sentencias finales en causas por crímenes de lesa humanidad cometidos durante la dictadura (ver Tabla A). La gran mayoría de estas sentencias fueron emitidas o ratificadas por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia (CSJ).¹²¹ Un total de 534 de las

¹¹⁶ La ceremonia de reconocimiento de grados militares que se realizó en cumplimiento de la sentencia del caso Maldonado es particularmente digna de mención.

¹¹⁷ En el caso Órdenes Guerra, repercutiendo en el fallo clave en materia civil en el caso Paine (Corte Suprema, Sentencia Rol. 149.250-2020, 14 de junio 2022 y ver sección 3.2, *infra*).

¹¹⁸ Ver, por ejemplo, los razonamientos del ministro Álvaro Mesa de la Corte de Apelaciones de Temuco, *inter alia* en Rol 39.296. caso “NN de Villarrica”, 22 de abril de 2023. Cita los Convenios de Ginebra y abundante jurisprudencia de la Corte IDH e invoca la doctrina de control de convencionalidad, misma doctrina analizada por la Corte Suprema en la sentencia Rol 149.250-2020, de 14 de junio de 2022 (ver abajo, sección 3.2).

¹¹⁹ Nuestro monitoreo comprende el período postdictatorial completo, tomando 1990 como el año de inicio de la transición. Sin embargo, debido *inter alia* al efecto pro-impunidad del Decreto Ley de Amnistía de 1978, la primera sentencia final definitiva en estas materias data recién del año 1995 (caso Letelier, Rol 30.174-1994). Ver Observatorio JT, “Principales hitos”, op. cit.

¹²⁰ Fecha de cierre de la periodización de cobertura de cada Informe, para efectos de comparación estadística.

¹²¹ Una proporción muy menor de las sentencias finales, penales o mixtas, corresponde a sentencias emitidas por la Corte de Apelaciones respectiva, sobre las que no existió un recurso de casación elevándolas a la Corte Suprema (confirmándose, por tanto, el fallo de la Corte de Apelaciones como sentencia definitiva). De momento, tenemos registro de 15 causas de esta índole, contabilizadas aquí entre las 658 sentencias finales (y, de hecho, figurando todas entre el subgrupo de 534 de las 658, que son sentencias penales o mixtas). Es posible que existan otras causas similares aún no detectadas, por cuanto el total de 658 podría estar levemente por debajo del total real. Se trata de datos históricos que permanentemente nos esforzamos de rescatar e incorporar a nuestros registros. En tanto, una proporción menor de las 124 sentencias señaladas, que versan solamente sobre materia civil, fueron dictadas o ratificadas más bien por la Sala Constitucional de la Corte Suprema. Se trata de aquellas sentencias en materia civil que fueron elevadas en casación antes de fines del 2014, fecha en que la Corte Suprema, a través de Acta 233-2014, del 26 de diciembre, reasignó dicha materia para ser vista en adelante siempre por su segunda sala, Sala Penal. Ver *Informes* anteriores

658 aborda materias penales, o penales y civiles juntas (“causas mixtas”), mientras que los 124 fallos restantes tratan solo materias civiles.¹²²

Tabla A: Causas DDHH del período de la dictadura en que han recibido sentencia definitiva en los tribunales superiores chilenos entre 1995 y 30 de junio de 2023.

Número total de causas terminadas ^a	658
Demandas civiles	124
Causas penales o mixtas ^b	534

a. Terminadas en Corte Suprema (la mayoría) o en Corte de Apelaciones, sin elevación a casación.

b. ‘Mixtas’, aquí, significa con arista penal y arista civil.

De las 534 sentencias en materia penal, 228 enjuician crímenes contra personas detenidas-desaparecidas; otras 238 sentencian delitos contra personas calificadas, todas, como ejecutadas políticas; y 31 resuelven casos de crímenes cometidos contra grupos de personas que sobrevivieron. El remanente del total de 534 está compuesto por causas ‘mixtas’, es decir, que resuelven crímenes cometidos contra un grupo de personas compuesto por víctimas desaparecidas, ejecutadas y/o sobrevivientes (33 causas), o por causas que, por su naturaleza, no individualizan directamente a sus víctimas (ver Tablas B y C, a continuación).

Si bien la mayoría de las causas involucran una sola clase de victimización, en ellas figura más de una víctima, por cuanto los 534 juicios penales hacen referencia a crímenes cometidos contra un total de 1.363 personas victimizadas.¹²³ De ellas, 1.119 son víctimas ausentes: 521 personas calificadas por el Estado como detenidas-desaparecidas; y 598 como ejecutadas

y/o Observatorio JT, “Principales hitos”, op.cit., hito 31. Cabe señalar que no contamos con un registro confiable de sentencias en demandas civiles, terminadas pre-2014.

¹²² Dichos fallos resuelven, casi sin excepción, la cuestión de la responsabilidad civil del Estado (Fisco). Una pequeña proporción de las demandas tempranas (interpuestas alrededor del año 2000) intentaba, a su vez, responsabilizar civilmente a uno o más perpetradores directos. Un número aún menor van dirigidos al Fisco, pero específicamente por “falta de servicio” de parte del Servicio Médico Legal, referente a errores históricos en la identificación y entrega de restos de personas detenidas-desaparecidas. Cuatro de las 124 demandas civiles terminadas de las que hoy tenemos registro, tienen dicho carácter.

¹²³ Reconocemos que existen posturas contrariadas sobre lo apropiado o no, del uso del término “víctima”, ya sea para personas ausentes o personas sobrevivientes. La política general del Observatorio ha sido de limitar el uso del término a personas desaparecidas o ejecutadas, evitando su uso respecto a sobrevivientes, salvo cuando se utiliza –como aquí– en su acepción estrictamente jurídica.

políticas. Unas 254 personas, en tanto, son sobrevivientes, usualmente de prisión política y/o tortura.¹²⁴

Tabla B: Clases de victimización abordadas por las causas penales DDHH finalizadas entre 1995 y 30 de junio de 2023.

Número total de causas penales	534 causas
Causas cuyas víctimas fueron todas personas detenidas-desaparecidas, DD. ^a	228
Causas cuyas víctimas fueron todas víctimas de ejecución política, EP. ^a	238
Causas mixtas (con víctimas EP, DD, y/o sobrevivientes).	33
Causas por torturas y otros crímenes contra sobrevivientes.	31
Causa solamente por asociación ilícita. ^b	1
Causas solamente por exhumación ilegal. ^b	2
Causa por ley de control de armas. ^b	1

a. Para efectos de esta clasificación, se utilizan las mismas clasificaciones originalmente asignadas a cada persona por las Comisiones de la Verdad respectivas (comisiones Rettig/ CNRR, y Valech II). Respecto de víctimas no calificadas por dichas instancias, se clasifica según los hechos establecidos en el fallo.

b. Se tratan aparte estos casos, para los efectos de la presente tabla, por ser causas que no incorporan mención de nombres de víctimas individualizadas. Es posible que las causas que aparecen en otras filas de la tabla incluyan, a su vez, condenas por estos delitos: para efectos de la tabla, se clasifica cada causa según el tipo penal más gravoso mencionado en el fallo.

Tabla C: Números de víctimas ausentes y sobrevivientes representadas en causas penales DDHH finalizadas entre 1995 y 30 de junio de 2023.^a

Número total de víctimas ausentes (DD y EP) representadas.	1.119
Personas detenidas desaparecidas (DD).	521
Personas ejecutadas políticas (EP).	598
Número total de sobrevivientes representados.	254

¹²⁴ La mayoría de ellas habiendo sido reconocidas como tales por la Comisión Valech en una de sus dos iteraciones. Sin embargo, los tribunales en ciertas ocasiones han reconocido la calidad de víctima de crímenes de lesa humanidad a personas sobrevivientes que no aparecen en las nóminas Valech, que no son exhaustivas ni excluyentes como antecedentes para el establecimiento de verdades judiciales. No conocemos todavía una causa terminada que haya resuelto por una víctima no-calificada de ejecución o secuestro: si bien un primer fallo de este tipo fue dictado en abril 2023, por un víctima 'NN' ejecutada en Villarica (ver arriba, sección Verdad) dicho fallo permanecía, a fecha de cierre de edición, en calidad de sentencia de primera instancia.

a. Debido a la metodología utilizada, es posible que en este conteo aparezca en más de una oportunidad, una misma víctima: ello por las (escasas) oportunidades en que haya existido más de una investigación penal respecto de un mismo hecho. De todos modos, al detectar la mencionada situación se resta de registrar nuevamente a la persona para efectos del presente conteo (ver por ejemplo fallo número 75 del cuadro 2.2; segunda causa en torno a la desaparición de Luis Cornejo).

Una mirada analítica a este total de sentencias finalizadas en los tribunales nacionales evidencia las enormes deudas que persisten en materia de investigación, juzgamiento y sanción, a más de 30 años del inicio de la transición hacia la democracia, toda vez que solamente se han emitido sentencias definitivas en materia penal respecto de algo más de un tercio (34,7%) de las cerca de 3.200 personas hoy reconocidas por el Estado de Chile como víctimas ausentes (detenidas desaparecidas o ejecutadas).¹²⁵ Dicho eso, es menester destacar el aumento substancial –de 175 personas, representando cerca del 5,4% del total de víctimas ausentes hoy reconocidas– registrado en el último período estadístico analizado –julio de 2022 a junio 2023–, debido al elevado volumen de fallos finales emitidos por la Corte Suprema en el período. En tanto, la proporción de personas sobrevivientes actualmente reconocidas por el Estado que cuentan con una causa penal resuelta por los crímenes cometidos en su contra, es tan solo un 0,60%. Persiste, por tanto, la abrumante diferencia entre víctimas ausentes y sobrevivientes, con relación a los niveles de satisfacción de su derecho a un remedio penal, remarcada en *Informes* anteriores. Dicha diferencia se debe a diversos factores. Entre ellos figuran, sin duda, una relativa reticencia entre sobrevivientes de iniciar acciones penales,¹²⁶ y una preferencia correlativa por acciones civiles, pero dicha preferencia refleja, a su vez, vacíos históricos y actuales en la respuesta estatal. Históricos, primero, en cuanto a la práctica de aplicar solo los deficientes tipos penales de la época en materia de tortura, los que producen penas tan leves que muchas personas sobrevivientes prefieren iniciar acciones civiles. Vacíos históricos, también, porque cuando el Poder Judicial

¹²⁵ La cifra de 34,7% representa, a su vez, 42% de las personas hoy reconocidas como detenidos-desaparecidos, y 30% de las personas hoy reconocidas como ejecutados políticos. Teniendo presente la complejidad sobre cifras y nóminas resumida arriba, para efectos de este cálculo mantenemos la práctica de *Informes* anteriores de calcular sobre un universo total de 3.216 víctimas de desaparición forzada y ejecución política, y 38.254 sobrevivientes de prisión política y tortura. Para conocer los marcos conceptuales y metodológicos respectivos, ver *Informes* anteriores y Observatorio de Justicia Transicional, “*Cifras de víctimas y sobrevivientes de violaciones masivas a los DDHH oficialmente reconocidas por el Estado chileno*”, Santiago: Universidad Diego Portales, 2013.

¹²⁶ Acciones penales por víctimas ausentes son, en su mayoría, de larga data, habiendo sido iniciadas durante la misma dictadura (sobre todo, en el caso de víctimas detenidas-desaparecidas) y/o a poco andar después de la reanudación del impulso a la justicia que tomó lugar en 1998. En el caso de víctimas de ejecución política, en particular, hay una cobertura amplia que es producto no solamente de iniciativas de familias individuales, sino de la determinación y movilización sistemática de la Agrupación de Familiares de Ejecutados Políticos, AFEP.

en 1998 paulatinamente empezó a revertir su propia dejación –cuando no activa colusión–, de antaño, lo hizo pretendiendo excluir crímenes contra sobrevivientes de la definición de “causas DDHH” para delimitar su nuevo actuar.¹²⁷ Vacíos actuales, por cuanto dicha exclusión –hoy superada por las y los ministros en visita que investigan causas de DDHH– persiste en la falta de competencia de la Unidad Programa de DDHH del Ministerio de Justicia y DDHH para actuar en la persecución penal de crímenes cometidos contra sobrevivientes. La única instancia estatal que apoya activamente a (algunos) sobrevivientes, en ejercer su derecho al acceso a la justicia, es la Corporación de Asistencia Judicial de la Región Metropolitana, un actor cuyo aporte es muchas veces ignorado. Ver *infra*, sección 2.4.

Una debilidad de fondo, quizás naturalizada por tantas décadas de valiente movilización jurídica desde la sociedad civil, es la que supone, en forma errónea, que la persecución penal solamente puede realizarse ante la presencia de una o más víctimas individualizables y activas, ya sea como querellantes en derecho propio o representadas por familiares o agrupaciones. En los hechos, por supuesto, y como el Relator de la ONU destaca, el deber de persecución penal es de oficio y es del Estado.¹²⁸ Como tantas veces hemos sostenido, se trata de investigar a torturadores, no a torturadas/os, y nada inhibiría que se investigara por región geográfica, por rama de las FFAA, por estructura de mando o por centro clandestino, la decisión que durante la dictadura se tomó de armar, poner en marcha, sostener –y hoy encubrir– una máquina estatal para erradicar a opositores al autoritarismo, y sembrar terror para propósitos de disciplinamiento social. Se trata de un deber y una deuda que fue, a su vez, señalado por la Corte IDH a Chile en la sentencia García Lucero de 2013, observando que es el Estado de Chile –y no la víctima– quien debe iniciar la investigación penal por la tortura infligida.

Otra debilidad histórica –que aún persiste– es la ausencia de la aplicación visible y sistemática de una perspectiva de género a la justicia penal dentro de la JT. En los últimos años se ha notado una mayor presencia en relatos sociológicos, testimoniales, y científico-sociales sobre la dictadura, de un análisis y discurso diferenciado por sexo y género en todos sus aspectos. Pero no se ve todavía, cómo ello se refleja en los patrones ni en los resultados de la judicialización, salvo en los pocos casos judiciales señalados (*supra*, sección 2.1). Ellos tienden, además, a limitar la perspectiva de género casi exclusivamente al campo de la violencia sexual. Existen múltiples

¹²⁷ Pleno de la Corte Suprema de Justicia, Acta 36-2005, 6 de mayo de 2005, y Acta 81-2010, 1 de junio de 2010.

¹²⁸ ONU A/HRC/48/160, op. cit.

otras consideraciones, entre ellas, la proporción que guarda o no, la distribución por sexo de las causas penales resueltas, con la misma distribución de la victimización reconocida. Al respecto, si analizamos el universo de causas judicializadas según el sexo de las víctimas, vemos que hay 40 mujeres detenidas desaparecidas (DD) representadas dentro del total de 521 personas reconocidas como DD que aparecen en fallos finales. A su vez, son 29 las mujeres ejecutadas políticas (EP), entre el total de 598 personas EP que cuentan con causas terminadas en lo penal. Por tanto, hay 69 mujeres entre las 1.119 víctimas ausentes con casos penales terminados (6,1% del total). Aquella proporción es relativamente consistente con el desglose de victimización por sexo, documentado por las Comisiones de la Verdad respectivas. En tanto, son 89 las mujeres sobrevivientes de tortura y otros crímenes que han obtenido sentencias penales contra perpetradores. Eso constituye un 35% del total de 254 sobrevivientes en la misma situación, claramente excediendo, por tanto, las proporciones de calificación de mujeres realizada por Valech I (aproximadamente 12,5% de cuyos calificados eran mujeres) y Valech II (aproximadamente 16,1%). Este dato, consistente con el de *Informes* anteriores, sugiere que las mujeres sobrevivientes siguen siendo más propensas que sus pares masculinos a iniciar acciones penales, impulsadas *inter alia* por una determinación de visibilizar la violencia sexual cometida desproporcionadamente en su contra, como ‘castigo’ patriarcal por su activismo y resistencia. Sin embargo, ha de recordarse que, como el Programa de DDHH no actúa sino en casos penales por víctimas ausentes, la actual distribución por sexo del actuar de la justicia no es producto de una política estatal sistemática de persecución penal –a la cual se podría aplicar, conscientemente, una perspectiva de género, sino el resultado orgánico de la suma de voluntades y posibilidades individuales. Entonces, sigue siendo difícil percibir en qué se traduce, en lo concreto, el llamado a un acercamiento diferencial a la JT desde la perspectiva de género, recientemente emitido por el secretario general de la ONU.¹²⁹

¹²⁹ ONU A/75/174, *La perspectiva de género en los procesos de justicia transicional, nota del Secretario General*, 17 de julio de 2020. Ver también sección Garantías de no repetición, a continuación.

Tabla D: Porcentajes de mujeres representadas en las causas penales terminadas entre 1995 y junio de 2023, por tipo de caso.

Número total de personas, y número de ellas que son mujeres.	Porcentaje del total que son mujeres.
Víctimas ausentes (DD y EP): 1.119 personas, 69 de ellas mujeres.	6,1% del total de víctimas ausentes calificadas, con causa penal terminada.
Víctimas DD: 521 personas, 481 hombres, 40 mujeres.	7,6% del total de personas DD con causa penal terminada.
Víctimas EP: 598 personas, 569 hombres, 29 mujeres.	4,8% del total de personas EP con causa penal terminada.
Sobrevivientes: 254 personas en cuyos casos hay sentencia penal final, 165 hombres, 89 mujeres.	35 % de sobrevivientes de tortura calificados, con causa penal terminada, son mujeres.

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

Metodología: las víctimas nuevas en causas del periodo se desglosan y suman al registro anterior. La misma salvedad que aparece en la Tabla C procede en el caso de personas que registran más de una causa, si bien ello es un hecho poco frecuente. En el caso de personas sobrevivientes, hay un número pequeño de personas no-calificadas: en la medida que ello aumente, podría eventualmente generarse una leve sobreestimación en el porcentaje, por calcularse en base a la cifra de personas calificadas por las Comisiones Valech. De momento, la diferencia es tan pequeña que la cifra no varía.

Cuadro 1. Número de sentencias emitidas por la Sala Penal de la Corte Suprema entre 1 julio de 2010 y 31 de junio de 2023, en causas por violaciones a DDHH en tiempos de dictadura, en trece períodos estadísticos.

Periodización <i>1 de julio al 30 de junio de:</i>	Número de procesos ddhh finalizados en Sala Penal
2010 - 2011	23 (todos penales)^a
2011 - 2012	18 (todos penales)
2012 - 2013	4 (todos penales)
2013 - 2014	12 (11 penal^b, 1 civil^c)
2014 - 2015	44 (40 penal, 4 civil)
2015 - 2016	58 (42 penal, 16 civil)

Periodización <i>1 de julio al</i> <i>30 de junio de:</i>	Número de procesos ddhh finalizados en Sala Penal
2016 - 2017	55 (49 penal, 6 civil)
2017 - 2018	37 (31 penal, 6 civil)
2018 - 2019	44 (38 penal, 6 civil)
2019 - 2020	47 (32 penal, 15 civil)
2020 - 2021	39 (27 penal, 12 civil)
2021 - 2022	47 (37 penal, 10 civil)
2022 - 2023	85 (67 penal, 18 civil)

- a. Previo al año 2014, demandas civiles sin arista penal fueron vistas en casación en la Sala Constitucional, la mayor parte de ellas fueron denegadas por prescripción extintiva.
- b. Las causas penales pueden tener una arista civil asociada, si el o la querellante así lo dispone.
- c. Se refiere a demandas civiles solas, fuera del contexto de una investigación penal.
- Fuente: Elaboración propia, con datos proporcionados por fallos judiciales.

Cuadro 2.1. Detalle de las 47 sentencias de la Corte Suprema emitidas entre julio de 2021 y junio de 2022^a (inclusive) en causas por violaciones a DDHH en tiempos de dictadura.

- a. Datos para el período correspondiente al Informe 2022, debido a que dicha edición no incluyó un capítulo en materia de justicia transicional. Los datos equivalentes para el período más reciente aparecen a continuación (Cuadro 2.2)

Causa	Fecha fallo	Rol
Homicidio calificado de Juan Ramón Olivares Pérez y Rubén Eduardo Orta Jopia, Ejecutado Político (EP).	02.07.2021	31.866-2018
Demanda civil, Fernando Eugenio Iribarren González, EP.	06.07.2021	79.259-2020
Demanda civil, María Gladys Ávila Rosas, sobreviviente expresa política (ex PP).	26.07.2021	132.353-2020
Caso Operación Colombo, secuestro calificado de Luis Guendelman Wisniak y Carlos Gajardo Wolff, Detenido Desaparecido (DD).	28.07.2021	3.452-2018
Demanda civil, Washington Leonel Castro Hidalgo, ex PP.	12.08.2021	135.340-2020

Causa	Fecha fallo	Rol
Demanda civil, Juan Antonio Garcés Carreón, ex PP.	12.08.2021	33.344-2020
Homicidio calificado de Jorge Manuel Salas Sotomayor, EP.	18.08.2021	12.762-2019
Secuestro calificado de María Galindo Ramírez, DD.	23.08.2021	7.843-2019
Caso pobladores Quinta Bella, homicidio calificado de Sergio Alejandro Alcapia Cienfuego y Juan Carlos Valle Cortés, EP, y el secuestro calificado de Juan Ortiz Moraga, DD.	23.08.2021	33.457-2018
Demanda civil, Francisca Iribarren Arrieta, ex PP.	25.08.2021	99.422-2020
Homicidio calificado y aplicación de tormentos a los dirigentes sindicales Hugo Candia Núñez y Máximo Segundo Neira Salas, EP.	21.09.2021	28.310-2018
Secuestro calificado de Aladín Esteban Rojas Ramírez, DD.	23.09.2021	8.572-2019
Demanda civil, Christian Hernán Falcón del Pino, ex PP.	27.09.2021	92.043-2020
Secuestro calificado de Vitalio Orlando Mutarello Soza, DD.	05.10.2021	23.156-2019
Homicidio calificado de Víctor Carreño Zúñiga, EP.	05.10.2021	33.551-2018
Secuestro simple y homicidio calificado de Joaquín Segundo Montecinos Rojas, EP.	07.10.2021	14.594-2019
Caso Operación Colombo: secuestro calificado de los hermanos Carlos y Aldo Pérez Vargas, DD.	19.10.2021	8.561-2018
Secuestro calificado de José Domingo Llabulén Pilquinao, DD.	20.10.2021	28.552-2018
Homicidio simple de Exequiel Zigomar Contreras Plotsqui, EP.	20.10.2021	12.342-2019
Homicidio calificado de Juan Antonio Díaz Cliff, EP.	22.10.2021	13.364-2019
Caso Operación Colombo secuestro calificado de Juan Carlos Perelman Ide, DD.	25.10.2021	32.907-2018
Homicidio calificado de José Fuentes Fuentes, EP.	08.11.2021	12.820-2019

Causa	Fecha fallo	Rol
Secuestro calificado de Rossetta Gianna Pallini González, EP.	08.11.2021	16.096-2021
Demanda civil, Álvaro Enrique Tapia Quijada, ex PP.	09.11.2021	95.096-2020
Aplicación de tormentos a Patricio Rivera Cornejo y Daniel Pavez Casanova, ex PP.	10.11.2021	33.544-2018
Caso hermanos Esparza Osorio: aplicación de tormentos con resultado de muerte de Tomás Esparza Osorio, EP, y aplicación de tormentos a Javier Esparza Osorio, ex PP.	16.11.2021	7.671-2019
Secuestro agravado y homicidio calificado de Marta Ugarte Román, EP.	26.11.2021	223-2019
Homicidio simple de Eduardo Vielma Luengo, EP.	02.12.2021	17.518-2019
Homicidio calificado de Fernando Valenzuela Rivera, EP.	23.12.2021	41.099-2019
Secuestro simple de Jeremías Noé Jara Valenzuela, EP.	24.12.2021	19.203-2019
Homicidio calificado de Augusto Ramón Cepeda Venegas, EP.	24.12.2021	13.887-2019
Homicidio calificado de Evaldo Aburto Gallardo, EP.	01.03.2022	24.255-2019
Arista civil, ^b detención ilegal y arbitraria de Waldo César Alfaro Retamal, EP.	08.03.2022	125.421-2020
Homicidio calificado de Eulogio Fritz Monsalve, EP.	24.03.2022	10.662-2019
Arista civil, ^b caso de Ricardo Jorge Solar Miranda, EP.	28.03.2022	33.366-2019
Asociación ilícita y secuestro calificado de Aníbal Riquelme Pino, Francisco González Ortiz y Alfonso Araya Castillo, todos DD.	18.04.2022	36.977-2019
Delito de sustracción de menor, cometida contra Óscar Hernán Miranda Segovia, DD.	20.04.2022	13.368-2019
Homicidio calificado de Miguel Enríquez, EP.	09.05.2022	16.939-2019
Demanda civil, caso Arazatí Ramón López López, EP.	06.06.2022	130.949-2020
Demanda civil, caso Rosa Elvira Solís Poveda, DD.	07.06.2022	144.310-2020
Demanda civil, caso Sergio Nicolás Medina Godoy, EP.	10.06.2022	129.220-2020

Causa	Fecha fallo	Rol
Caso Paine, Episodio principal (38 ejecutados políticos). Homicidio calificado de: José Cabezas Bueno, Francisco Calderón Nilo, Héctor Castro Sáez, Domingo Galaz Salas, José González Espinoza, Juan González Pérez, Aurelio Hidalgo Mella, Bernabé López López, Juan Núñez Vargas, Héctor Pinto Caroca, Hernán Pinto Caroca, Aliro Valdivia Valdivia, Hugo Alfredo Arenas, Víctor Zamorano González, José Adasme Núñez, Pedro Cabezas Villegas, Ramón Capetillo Mora, José Castro Maldonado, Patricio Duque Orellana, José Fredes García, Luis Gaete Balmaceda, Carlos Gaete López, Luis Lazo Maldonado, Samuel Lazo Maldonado, Carlos Lazo Quinteros, Samuel Lazo Quinteros, René Maureira Gajardo, Rosalindo Herrera Muñoz, Jorge Muñoz Peñaloza, Mario Muñoz Peñaloza, Ramiro Muñoz Peñaloza, Silvestre Muñoz Peñaloza, Carlos Nieto Duarte, Andrés Pereira Salsberg, Laureano Quiroz Pezoa, Roberto Serrano Galaz, Luis Silva Carreño y Basilio Valenzuela Álvarez, todos EP.	14.06.2022	149.250-2020
Homicidio calificado de Segundo Muñoz Rojas, EP.	14.06.2022	33.452-2019
Delito de secuestro con grave daño de Arnoldo Camú Veloso, EP.	24.06.2022	33.309-2019
Homicidios calificados del exdiputado Luis Espinoza Villalobos y del dirigente campesino Abraham Oliva Espinoza, ambos EP.	28.06.2022	33.421-2019
Delito consumado de sustracción agravada de menor de 18 años, Víctor Fernando Maldonado Núñez, EP.	28.06.2022	22.962-2019
Homicidio calificado de Guillermo Hernán Herrera Manríquez, EP.	29.06.2022	41.287-2019

b. Causas que empezaron mixtas (penal con demanda civil asociada), pero en las cuales solamente la arista civil llegó ante la Corte Suprema. La arista penal en el caso de Waldo Alfaro terminó en impunidad biológica (muerte de todos los agentes procesados), mientras que en el caso de Ricardo Solar la arista penal se extinguió por la absolución de todos los agentes procesados.

Fuente: Elaboración propia con datos proporcionados por fallos judiciales.

Cuadro 2.2. Detalle de las 85 sentencias de la Corte Suprema emitidas entre julio de 2022 y junio de 2023 (inclusive) en causas por violaciones a DDHH en tiempos de dictadura.

Causa	Fecha fallo	Rol
Demanda civil, José Ricardo Uribe Villegas, sobreviviente expreso político (ex PP).	07.07.2022	127.330-2020
Demanda civil, Renato Vital Arias Rozas, Manuel Patricio Jorquera Encina, Juan Miguel Molina Manzor, Luis Erasmo Retamal Jara y Héctor Clemente Vásquez Luncumilla, ex PP.	08.07.2022	104.460-2020
Secuestros calificados de José Arturo Weibel Navarrete, Carlos Enrique Sánchez Cornejo y Mariano León Turiel Palomera, todos Detenidos Desaparecidos (DD).	19.07.2022	18.762-2019
Secuestro calificado de Nicza Estrella Báez Mondaca, ex PP.	25.07.2022	33.661-2019
Secuestro calificado de Mario Salinas Vera, DD.	10.08.2022	33.853-2019
Demanda civil, caso Fernando Vergara Vargas, Ejecutado Político (EP).	29.08.2022	138.662-2020
Caso Pisagua episodio principal, delitos de homicidio calificado y secuestro agravado de Tomás Orlando Cabello Cabello, Nicolás Chanez Chanez, Juan Apolinario Mamani García, Luis Aníbal Manríquez Wilden, Hugo Tomás Martínez Guillén, Juan Orlando Rojas Osega y Nelson José Márquez Agosto, todos EP; y Rodolfo Jacinto Fuenzalida Fernández, Juan Antonio Ruz Díaz, José Demóstenes Sampson Ocaranza y Freddy Marcelo Taberna Gallegos, todos DD.	23.09.2022	36.319-2020

Causa	Fecha fallo	Rol
Caso Caravana episodio Calama, delitos de secuestro y homicidio calificado de Mario Argüelles Toro, Carlos Alfredo Escobedo Cariz, Luis Alberto Hernández Neira, Hernán Elizardo Moreno Villarroel, Fernando Roberto Ramírez Sánchez, Alejandro Rodríguez Rodríguez, José Gregorio Saavedra González, Jorge Jerónimo Carpanchay Choque, Luis Alberto Gaona Ochoa, José Rolando Hoyos Salazar, Roberto Segundo Rojas Alcayaga, Carlos Berger Guralnik, Bernardino Cayo Cayo, Daniel Jacinto Garrido Muñoz, Domingo Mamani López, Jorge Rubén Yueng Rojas, Manuel Segundo Hidalgo Rivas, Luis Moreno Villarroel, Rosario Aguid Muñoz Castillo, Sergio Moisés Ramírez Espinoza y Víctor Alfredo Ortega Cuevas, todos EP (personas encontradas e identificadas). Y de Haroldo Cabrera Abarzúa, David Ernesto Miranda Luna, Rafael Pineda Ibacache, Carlos Alfonso Piñero Lucero y Milton Alfredo Muñoz Muñoz, todos EP, aún no encontrados.	23.09.2022	104.259-2020
Caso Caravana Episodio Calama, delitos reiterados de exhumación ilegal de 26 personas EP <i>[las mismas personas nombradas en causa no. 8, supra].</i>	23.09.2022	24.061-2019
Demanda civil, caso José Enrique Conejeros Troncoso, DD.	23.09.2022	144.438-2020
Demanda civil, soldados conscriptos.	26.09.2022	4.073-2021
Caso Operación Colombo secuestro calificado de Rubén David Arroyo Padilla, DD.	03.10.2022	22.175-2018
Demanda civil, Roberto Eduardo Becerra Donoso, ex PP.	13.10.2022	104.558-2020
Caso Operación Colombo, secuestro calificado de Zacarías Antonio Machuca Muñoz, DD.	17.10.2022	24.683-2018
Homicidio calificado de Jaime Raúl Olivares Jorquera, EP.	17.10.2022	22.379-2019

Causa	Fecha fallo	Rol
Caso Santa Bárbara y Quilaco, 28 personas detenidas desaparecidas: secuestro calificado de José Domingo Godoy Acuña, Julio Godoy Godoy, Desiderio Aguilera Solís, José Nazario Godoy Acuña, Manuel Salamanca Mella, José Mariano Godoy Acuña, Miguel Cuevas Pincheira, Sebastián Hernaldo Campos Díaz, José Rafael Zúñiga Aceldine, José Secundino Zúñiga Aceldine, José Gilberto Araneda Riquelme, Juan de Dios Rubio Llancao, Julio Rubio Llancao, José María Tranamil Pereira, José Guillermo Purrán Treca, Elba Burgos Sáez, Juan de Dios Fuentes Lizama, Juan Francisco Fuentes Lizama, Sergio D´Apollonio Petermann, Aliro Oporto Durán, Cristino Humberto Cid Fuentealba, José Felidor Pinto Pinto, Luis Alberto Cid Cid, Luis Alberto Bastías Sandoval, Raimundo Salazar Muñoz, Gabriel José Viveros Flores, Segundo Marcial Soto Quijón y José Roberto Molina Quezada (todos DD).	19.10.2022	24.143-2019
Homicidio calificado de Cedomil Lucas Lausic Glasinovic, EP.	19.10.2022	44.105-2020
Caso Operación Colombo secuestro calificado de Enrique Segundo Toro Romero, Eduardo Enrique Lara Petrovich y José Caupolicán Villagra Astudillo, todos DD.	19.10.2022	3.739-2019
Demanda civil, familia Celpa Cubillos, ex PP.	20.10.2022	12.458-2021
Demanda civil, Heriberto Selín Murillo Urra, ex PP.	20.10.2022	39.048-2022
Demanda civil, Miguel Enrique Smith Padilla, ex PP.	20.10.2022	33.854-2021
Caso pobladores de San Gregorio, delitos de secuestro simple y homicidio calificado de Sergio Orlando Candía Salinas, Carlos Chamorro Salinas, Miguel Ángel Ponce Contreras y Jaime Alberto Veas Salinas, todos EP.	25.10.2022	36.435-2019
Demanda civil, Guillermo Orlando Anavalón González, ex PP.	2.11.2022	14.105-2019
Demanda civil, Benjamín Patricio Muñoz Díaz, ex PP.	03.11.2022	16.919-2021

Causa	Fecha fallo	Rol
Homicidio calificado de Patricio Leonel González González, EP.	15.11.2022	206-2020
Demanda civil, Jorge Hilario Alvarado Espinoza, ex PP.	16.11.2022	14.622-2021
Demanda civil, Sergio Gustavo Opazo Jara, ex PP.	29.11.2022	57.995-2021
Demanda civil, Mirtha Cecilia Montecinos Gamonal, Luis Sergio Montecinos Gamonal, Cristián Andrés Montecinos Gamonal, Ricardo Robinson Montecinos Gamonal y Raúl Eduardo Araya Veliz, ex PP.	12.12.2022	26.534-2021
Delito de asociación ilícita y secuestro calificado de Ramón Isidro Labrador Urrutia, DD.	13.12.2022	72.036-2020
Secuestro calificado de Luis Fernando Fuentes Riquelme, DD.	13.12.2022	30.508-2020
Caso Curarrehue, detención ilegal y homicidio calificado de Alberto Colpihueque Navarrete, Eleuterio Colpihueque Licán, ambos DD; y apremios ilegítimos a Abel Colpihueque Licán, ex PP.	14.12.2022	361-2020
Homicidio calificado de Juan Guillermo Ramírez Peña, EP.	14.12.2022	44.448-2020
Homicidio calificado de Jorge Manuel Vásquez Matamala, EP.	16.12.2022	42.792-2020
Aplicación de tormentos con resultado de muerte de Nolberto Enrique Seiffert Dossow, EP.	22.12.2022	44.103-2020
Secuestro calificado de Jorge Leonel Gaete Espinoza, EP.	04.01.2023	36.665-2019
Homicidio calificado de Federico Renato Álvarez Santibáñez, EP.	04.01.2023	26.816-2019
Demanda civil, Juan Esteban Aguilar Celis, ex PP.	04.01.2023	49.404-2021
Demanda civil, Pedro Antonio Casanova Torres, ex PP.	04.01.2023	58.366-2021
Homicidio calificado de Juan Humberto Hernández Guajardo, EP.	11.01.2023	27.791-2019
Secuestro calificado de Benedicto Poo Álvarez, DD.	13.01.2023	10.005-2022

Causa	Fecha fallo	Rol
Demanda civil, caso Luis Leopoldo Sepúlveda Núñez, DD.	16.01.2023	94.432-2021
Secuestro calificado de Sergio Emilio Vera Figueroa, DD.	19.01.2023	66.004-2021
Secuestros calificados de Juan Bautista Barrios Barros, Eduardo Enrique Alarcón Jara y Gumercindo Fabián Machuca Morales, todos DD.	19.01.2023	82.388-2021
Secuestro calificado de Miguel Enrique Rodríguez Vergara, DD.	23.01.2023	94.891-2020
Homicidio calificado de Juan Jorge Gallardo Núñez, DD.	24.01.2023	24.292-2020
Secuestro calificado de Francisco Segundo Sánchez Arguen, DD.	24.01.2023	122.175-2020
Secuestro con grave daño de Morelia del Rosario Fernández Montenegro, ex PP.	25.01.2023	45.519-2022
Apremios ilegítimos de Manuel Antivil Huenuqueo, ex PP.	31.01.2023	95.109-2020
Secuestro con grave daño de Abelardo Enrique Zamorano Barrera, ex PP.	31.01.2023	72.039-2020
Homicidio simple de Ángel Patricio Carmona Parada, EP.	02.02.2023	34.012-2021
Aplicación de tormentos a Harry Edwards Cohen Vera, ex PP.	03.02.2023	72.032-2020
Secuestro calificado de Waldo Ricardo Villalobos Moraga, DD.	06.02.2023	14.183-2020
Homicidio calificado de Justo Benedicto Cortés Díaz, DD.	06.02.2023	14.980-2020
Secuestro calificado de Gary Nelson Olmos Guzmán, DD.	08.02.2023	44.909-2021
Secuestro calificado de Nicomedes Segundo Toro Bravo y Raúl Gilberto Montoya Vilches, ambos DD.	17.02.2023	33.461-2019
Demanda civil, Jaime Rodrigo Bórquez Leichtle, ex PP.	20.02.2023	862-2022
Secuestro simple de los hermanos José Miguel e Isabel Verónica Sánchez Larraín, ex PP.	27.02.2023	21.037-2020

Causa	Fecha fallo	Rol
Homicidio calificado de José Ananías Zapata Carrasco, EP.	27.02.2023	19.097-2022
Secuestro calificado de Alejandro Ancao Paine, DD.	28.02.2023	30.338-2022
Secuestro calificado de Guillermo González de Asís, DD.	01.03.2023	269-2021
Aplicación de tormentos y secuestro con grave daño de Mario Alberto Ávila Maldonado, EP.	01.03.2023	122.173-2020
Caso Operación Colombo 16 personas detenidas desaparecidas: secuestro calificado de Francisco Aedo Carrasco, Juan Andrónicos Antequera, Jorge Andrónicos Antequera, Jaime Buzio Lorca, Mario Eduardo Calderón Tapia, Cecilia Castro Salvadores, Juan Carlos Rodríguez Araya, Rodolfo Espejo Gómez, Agustín Fiorasso Chau, Gregorio Gaete Farías, Mauricio Jorquera Encina, Isidro Pizarro Meniconi, Marcos Quiñones Lembach, Sergio Reyes Navarrete, Jilberto Urbina Chamorro e Ida Vera Almarza (todas personas DD)	02.03.2023	25.384-2021
Secuestro calificado de Jaime Emilio Eltit Spielmann, DD.	06.03.2023	154.811-2020
Caso Operación Colombo, secuestro calificado de María Inés Alvarado Borgel y Martín Elgueta Pinto, ambos DD.	06.03.2023	104.196-2020
Secuestro calificado de Héctor Jenaro González Fernández, Carlos Julio Fernández Zapata y Roberto Salomón Chaer Vásquez (quien fue parte del caso Operación Colombo), todos DD.	06.03.2023	129.356-2020
Secuestro calificado de Luis Justino Vásquez Muñoz, DD.	08.03.2023	135.452-2020
Secuestro calificado de Humberto Patricio Cerda Aparicio, DD.	14.03.2023	30.196-2020
Homicidio calificado de Bautista van Schouwen Vasey, DD; y de Patricio Munita Castillo, EP.	15.03.2023	36.978-2019
Homicidio calificado de Manuel Antonio López López, EP.	15.03.2023	28.214-2019
Caso Operación Colombo, secuestro calificado de Francisco Javier Bravo Núñez, DD.	27.03.2023	43.975-2020

Causa	Fecha fallo	Rol
Caso pobladores Nueva Matucana: homicidio calificado de Álvaro Acuña Torres, Miguel Moreno Caviedes, Guillermo Arriagada Saldías, Sergio Aguilar Núñez, Carlos León Morales, José Machuca Espinoza y Domingo Gutiérrez Aravena, todos EP; homicidio calificado frustrado de Osvaldo Cancino Muñoz, ex PP; y secuestro calificado de José Alfredo Vidal Molina, DD.	28.03.2023	50.334-2020
Caso Caravana episodio Cauquenes, homicidio calificado de Miguel Enrique Muñoz Flores, Manuel Benito Plaza Arellano, Pablo Renán Vera Torres y Claudio Arturo Lavín Loyola, todos EP.	28.03.2023	72.024-2020
Homicidio calificado de Gonzalo Hernández Morales, DD.	11.04.2023	17.200-2021
Secuestro calificado de Luis Ángel Cornejo Fernández, DD (Causa II). ^a	14.04.2023	82.310-2021
Homicidio calificado de Óscar Jesús Delgado Marín, EP.	14.04.2023	28.922-2021
Caso 14 ex presas y presos políticos sobrevivientes de Villa Grimaldi: secuestro calificado y aplicación de tormentos a: Beatriz Alessandra Miranda Oyarzún, Alicia Ana Hinojosa Soto, Elena Orfilia Sánchez Cordero, Mirtha María Compagnet Godoy, Sybil Marjorie Cleary Aceituno, Victoria Jeanette Villagrán Aravena, Marlene Luz Marina Leichtle Vargas, Claudio Antonio Herrera Sanhueza, Óscar del Tránsito de la Fuente Muñoz, Gilda de las Mercedes Bravo Riffo, Pedro Emeterio Cano Pagliai, Magdalena del Carmen Helguero Falcón, Dagoberto Mario Trincado Olivera y Juan Ernesto Segura Aguilar (todas personas ex PP).	14.04.2023	82.303-2021
Homicidio calificado de Hernán Correa Ortiz, EP.	17.04.2023	25.052-2019
Secuestro calificado de Agustín Corvalán Cerda, EP.	03.05.2023	27.625-2019
Homicidio simple de Sergio Osmán Negrete Castillo, EP.	04.05.2023	43.973-2020
Homicidio calificado de Gregorio Mimica Argote, DD.	08.05.2023	125.434-2020
Secuestro calificado de Sergio Órdenes Albornoz, DD.	25.05.2023	21.988-2021
Caso Operación Colombo, secuestro calificado de Eduardo Humberto Ziede Gómez, DD.	13.06.2023	21.337-2019

Causa	Fecha fallo	Rol
Caso Caravana, episodio Valdivia, homicidios calificados de Gregorio José Liendo Vera, Rudemir Saavedra Bahamondez, Víctor Eugenio Rudolph Reyes, Víctor Segundo Valeriano Saavedra Muñoz, Santiago Segundo García Morales, Luis Mario Valenzuela Ferrada, Sergio Jaime Bravo Aguilera, Luis Hernán Pezo Jara, Víctor Fernando Krauss Iturra, Pedro Purísimo Barría Ordóñez, Enrique del Carmen Guzmán Soto y José René Barrientos Warner, todos EP.	16.06.2023	122.163-2020
Homicidio calificado de Enrique López Olmedo, EP.	20.06.2023	43.575-2020
Caso Conferencia II, ^b secuestro calificado de Fernando Alfredo Navarro Allendes y Héctor Véliz Ramírez; y de secuestro simple y homicidio calificado de Juan Fernando Ortiz Letelier, Horacio Cepeda Marinkovic y Lincoyán Yalú Berríos Cataldo, todos DD.	22.06.2023	144.242-2020

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

a. Se trata de la segunda causa resuelta por una misma victimización, siendo que en la causa actual se condenó a otro perpetrador (Walther Klug Rivera), como cómplice. La primera causa por la desaparición de Luis Cornejo fue resuelta el 17 de julio de 2019, Rol 6.550-2018 (Corte Suprema), contra otros dos autores.

b. Aquí no se trata de una segunda causa por las mismas victimizaciones, sino del segundo episodio de un mismo hecho represivo (la desaparición forzada de miembros del Comité Central del Partido Comunista); hecho que es investigado en dos causas separadas.

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 trece periodos del Informe.

	Julio 2010– junio 2011	Julio 2011– junio 2012	Julio 2012– junio 2013	Julio 2013– junio 2014	Julio 2014– junio 2015	Julio 2015– junio 2016	Julio 2016– junio 2017	Julio 2017– junio 2018	Julio 2018 –junio 2019	Julio 2019 –junio 2020	Julio 2020 –junio 2021	Julio 2021 –junio 2022	Julio 2022 –junio 2023
Número de procesos finalizados en la Corte Suprema.	23	18	4	12 ^a	44 ^b	58 ^c	55 ^d	37 ^d	44 ^c	47 ^e	39 ^f	47 ^g	85 ^h
Total de aplicaciones de sobseci- mientos por fallecimiento.										19	22	38	124
Sobresesamientos de arista penal por fallecimiento del único condenado.					1				1 ⁱ		2	1	1
Total de absoluciones.	12	12	0	10	26	10	44	4	154	196	7	58	309
Total de condenas.	84	49	11	49	159	122	212	102	128	125	70	174	362
Número de estas condenas imponiendo pena privativa de libertad.	34	13	5	18	132	81	179	67	113	107	60	156	315
Número de estas condenas permitiendo cumplimiento alternativo.	50	36	6	31	27	41	33	35	15	18	10	18	47
Total de agentes involucrados en estos procesos.^k	64	48	11	53	103	98	155	78	--j	144	80	181	334
Número de estos agentes condenados en por lo menos una causa. ^l	52	40	11	43	73	88	127	68	77	81	60	119	204
Número de estos agentes sobre- seídos por fallecimiento al fin del periodo. ^m										14	14	27	60

- a. Uno de ellos solamente respecto a responsabilidades civiles.
- b. Cuatro de ellos solamente respecto a responsabilidades civiles.
- c. 16 de ellos solamente respecto a responsabilidades civiles.
- d. Seis de ellos solamente respecto a responsabilidades civiles.
- e. 15 de ellos solamente respecto a responsabilidades civiles.
- f. 12 de ellos solamente respecto a responsabilidades civiles.
- g. 10 de ellos solamente respecto a responsabilidades civiles.
- h. 18 de ellos solamente respecto a responsabilidades civiles.
- i. A veces se sigue, de todos modos, la arista civil de la causa, pero en este ejemplo particular, no hubo.
- j. Dato inaccesible.
- k. Los agentes suelen repetirse de un periodo a otro (i.e. la suma simple de todas las entradas de esta fila es una cifra mayor al número total de personas naturales involucradas a lo largo de los periodos). Las duplicaciones de nombres sí se eliminan para la cifra dentro de cada periodo, por cuanto para 2022-2023 se trata de 334 individuos diferentes).
- l. Es común que los agentes condenados en una o más causas en un periodo, también registran absoluciones dentro del mismo período, en otras causas.
- m. Es posible que algunos de estos agentes, de todos modos, registren condenas y/o absoluciones dentro del periodo, según la fecha de su muerte, o la fecha en que la Corte es notificada de la misma.

2.3.1. Tendencias recientes en materia penal: autoría mediata, atenuantes y agravantes, y usos novedosos del derecho

En el período más reciente se deja entrever una mayor adscripción, entre algunos ministras y ministros en visita y tribunales superiores, a tesis contemporáneas del derecho penal internacional. Entre ellas figuran, por ejemplo, las tesis de autoría mediata a través del dominio de aparatos de poder, asociada con Roxin (ver sección 2.1); asimismo, de la empresa criminal conjunta, tratada en extenso por el jurista Gerhard Werle.¹³⁰ Ya se ha citado el ejemplo de Operación Colombo,¹³¹ en donde ambas tesis fueron explícitamente invocadas por la Corte Suprema como parte de la justificación doctrinal para la condena de algunos agentes en calidad de coautores de secuestro calificado.¹³² Además, la autoría mediata ha sido explorada en forma explícita por la Corte en otras causas recientes.¹³³ Como tantas veces en la historia de innovación y avance en estas causas, se trata de tesis que

¹³⁰ Claus Roxin, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, 7º edición, Marcial Pons, Madrid, 2000; y Gerhard Werle, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 291. Ambas fuentes fueron citadas por la Corte Suprema en el fallo Operación Colombo que se detalla a continuación.

¹³¹ Corte Suprema, Sentencia Rol 25.384-2021, Operación Colombo-cuaderno principal, op.cit.

¹³² *Ibíd.*, considerando 60º. La Corte reestableció condenas por secuestro calificado inicialmente impuestas por el ministro en visita Hernán Crisosto, contra agentes operando en centros clandestinos 'intermedios' por los que pasaron algunas víctimas finalmente desaparecidas. Para hacerlo, recordó que el delito de secuestro no se reduce "solamente al acto de aprehensión de la víctima", y recalco que en lo que respecta a la DINA, "los sujetos que formaban parte de este aparato organizado de poder son responsables de las acciones antijurídicas que este desarrollaba", Corte Suprema, Sentencia Rol 25.384-2021, op. cit., considerando 60º.

¹³³ Por ejemplo, Corte Suprema Roles 27.791-2019, 11 de enero 2023, y 24.292-2020, 24 de enero 2023.

fueron invocadas, sin éxito, en causas previas¹³⁴ antes de lograr ser tomadas en cuenta por la Corte Suprema.

Sobre la proporcionalidad de las penas, junto con recordar las palabras del Relator de la ONU citadas arriba,¹³⁵ es menester reconocer que la práctica de los tribunales internacionales, y de entes domésticos especializados como la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) de Colombia, ha sido dispar y hasta cierto punto contradictoria en esta materia, y se requiere con urgencia un mayor desarrollo normativo internacional. De todos modos, fuentes normativas tales como el artículo 81.2.a) del Estatuto de Roma, establecen que la proporcionalidad es un principio orientador que se debe considerar a la hora de fijar penas para los crímenes de lesa humanidad, los más gravosos que el derecho concibe. Ahora bien, la determinación de la sanción que corresponde en un caso determinado requiere considerar una serie de factores, tales como: la tipificación del delito contemplado en la legislación vigente a la época de los hechos; el marco punitivo correspondiente; el grado de desarrollo del delito; la participación del responsable; la concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes, y la mayor o menor extensión del mal causado. Las normas o reglas de determinación de penas contenidas en el Código Penal se aplican teniendo presente tales factores. No obstante, la fijación de penas superficial o simbólicamente proporcionales es vaciada de todo efecto real si otros factores, tales como la edad del condenado, llegan a sobredeterminar, *ex post*, el lugar, las condiciones, e incluso la materialización, o no, del cumplimiento de esa pena, como también nos recuerdan las palabras del Relator Especial de la ONU, citadas al inicio de la sección 2.1.

En materia de atenuantes, en *Informes* anteriores hemos hecho eco de las sendas críticas de organismos internacionales sobre la concesión, en Chile, de prescripción gradual como hiperatenuante para rebajar ostensiblemente, incluso a cuantías ínfimas sanciones penales a criminales de lesa humanidad. Este es uno de los temas en que la Corte IDH tiene pendiente pronunciarse en casos contra Chile ya declarados admisibles ante la Corte.¹³⁶ Por tanto, es positivo observar que la Sala Penal de la Corte Suprema ya parece haber asentado un criterio jurisprudencial que reconoce la inaplicabilidad de la media prescripción, por compartir la misma naturaleza jurídica que la prescripción, institución cuya inaplicabilidad a

¹³⁴ A modo de ejemplo, ver Corte Suprema, Sentencia Rol 36.731-2017, episodio Operación Colombia, secuestro de Sergio Flores Ponce, 25 de septiembre de 2018.

¹³⁵ ONU A/HRC/48/160, op. cit.

¹³⁶ *Caso Arturo Vega González y otros contra Chile*, ingresado el 19 de noviembre de 2021. El caso alega la vulneración al derecho a garantía judicial de un total de 48 víctimas y sus familias.

estos crímenes es ampliamente reconocida.¹³⁷ En cuanto a las defensas basadas en haber seguido las órdenes de un superior jerárquico –conocidas informalmente como la ‘defensa Núremberg’– han sido poco utilizadas en Chile y, en general, correctamente, han sido aducidas o acogidas solamente como posibles atenuantes, nunca como eximentes. Entre 1995 y 2021, tenemos registro de su uso en solamente once procesos. Aunque se trata de una cifra superficialmente armoniosa con los preceptos del DIDH –que prevé su potencial aplicabilidad en casos y con condiciones muy restrictivas–, una mirada más de cerca demuestra que pocos de los que han sido favorecidos fueron los agentes de bajo rango o conscriptos para quienes la figura está contemplada. Más bien, los arts. 211, 214 y 411 del Código de Justicia Militar fueron invocados en siete de los 11 casos para beneficiar a agentes de la DINA, CNI, o inteligencia naval, generalmente con rango de oficiales. En dos casos más se trataba de perpetradores de la Caravana de la Muerte, la comitiva de aniquilamiento de alto nivel encargada personalmente por Pinochet. Ello sugiere, cuando menos, aplicaciones injustas cuyo efecto es propiciar la impunidad a través de la rebaja indebida de las penas.¹³⁸

Otro atenuante muy cuestionable, que la Corte Suprema aún insiste en conceder o ratificar en medida mucho mayor, es el de la “irreprochable conducta anterior” prevista en el artículo 11 N° 6 del Código Penal. Es concedido una y otra vez a notorios criminales de lesa humanidad, incluso cuando estos ya tienen decenas de condenas previas por crímenes similares, porque se considera el prontuario del condenado no al momento de la sentencia más reciente, sino a partir de la comisión del crimen. Dado el contexto de impunidad flagrante que se vivía durante la dictadura, es una interpretación que ha motivado reclamos y recomendaciones expresas al Estado de Chile por parte de diversos órganos domésticos y del Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos. No obstante, la Corte Suprema ha sostenido el criterio jurisprudencial consistente en que basta la ausencia de una anotación judicial anterior al crimen que se juzga en el

¹³⁷ Corte Suprema, Sentencia Rol 25.384-2021, op. cit., considerandos 63° a 65°; y Rol 71.900-2020, 28 de julio de 2023, Villa Grimaldi-episodio Iván Inzunza Bascuñán y otros, motivos 48° a 50°.

¹³⁸ Francisco Bustos, “La obediencia jerárquica en el Derecho Penal Internacional: un examen a la jurisprudencia chilena por crímenes de lesa humanidad (1995-2020)”, en Camila Guerrero (coord.) *El Derecho Penal Internacional en Chile y ante la Corte Penal Internacional*. Santiago, Ius Civile, 2022, pp. 189-213.

certificado de antecedentes del sujeto condenado, para considerar concurrente el atenuante.¹³⁹

Pasando al tema de los agravantes, a partir del año 2019 el Observatorio empezó a relevar una práctica muy condescendiente de los tribunales para con las y los condenados, absteniéndose de invocar los agravantes que podrían contrarrestar, al menos en parte, la concesión de rebajas mencionada con anterioridad. En el *Informe 2020* presentamos un estudio demostrando que solo entre 1993 y 2018 se habían considerado circunstancias agravantes en ocho de los más de 350 procesos penales entonces finalizados.¹⁴⁰ El *Informe 2021* actualizó el mismo estudio, detectando que la no consideración de agravantes en derecho aplicables seguía contribuyendo a las bajas penas dictadas, las que constituyen, a todas luces, una falta de proporcionalidad (habiéndose aplicado agravantes en menos de 3% de las causas finalizadas en el año calendario 2020). La Comisión Interamericana de Derechos Humanos se pronunció en la misma línea, en 2022, nombrando entre los desafíos para el acceso a la justicia en Chile: “la no aplicación, en ciertas circunstancias, de sanciones adecuadas y proporcionales a la gravedad de [los] crímenes [de la dictadura]”.¹⁴¹ En los hechos, la cifra ha mejorado ostensiblemente en dos años calendario 2021 y 2022, con la aplicación de agravantes en un 17% de las causas terminadas (13 de un total de 77), desglosadas de la siguiente manera: i) “prevalerse del carácter público del culpable” (art. 12 N° 8 CP), aplicada en siete procesos;¹⁴² ii) “ejecutar [el delito] con auxilio de gente armada o de personas que proporcionen la impunidad” (art. 12 N° 11 CP), cuatro procesos;¹⁴³ iii) “abusar del delincuente de la superioridad de sus fuerzas” (art. 12 N° 6 CP), un proceso;¹⁴⁴ y iv) “ejecutar el hecho con ofensa o desprecio del respeto por la autoridad del ofendido” (art. 12 N° 18 CP), en el proceso por

¹³⁹ Ejemplos recientes incluyen, de nuevo, Corte Suprema Rol 25.384-2021, op. cit., considerando 11°.

¹⁴⁰ Francisco Bustos, “La circunstancia agravante del artículo 12 N° 8 del Código Penal y su (in)aplicación en causas sobre crímenes contra el Derecho internacional. Un análisis de la jurisprudencia chilena (1993-2018)”. Tesis para optar al grado de magíster en Derecho, mención Derecho internacional. Santiago, Universidad de Chile.

¹⁴¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Situación de Derechos Humanos en Chile*, 2022, p. 24 (párr. 62).

¹⁴² Corte Suprema, Sentencia Rol 26204-2018, 02 de junio de 2021; Corte Suprema, Sentencia Rol 8572-2019, 23 de septiembre de 2021; Corte Suprema, Sentencia Rol 23156-2019, 05 de octubre de 2021; Corte Suprema, Sentencia Rol 28552-2018, 20 de octubre de 2021; Corte Suprema, Sentencia Rol 12342-2019, 20 de octubre de 2021; Corte Suprema, Sentencia Rol 12820-2019, 08 de noviembre de 2021, y Corte Suprema, Sentencia Rol 13877-2019, 24 de diciembre de 2021.

¹⁴³ Corte Suprema, Sentencia Rol 20396-2018, 22 de marzo de 2021; Corte Suprema, Sentencia Rol 125421-2020, 08 de marzo de 2022; Corte Suprema, Sentencia Rol 33452-2019, 14 de junio de 2022, conjuntamente a aquella del art. 12 N° 12 CP (ejecutarlo de noche), y Corte Suprema, Sentencia Rol 22962-2019, 28 de junio de 2022.

¹⁴⁴ Corte Suprema, Sentencia Rol 24953-2018, 05 de abril de 2021.

el asesinato de Jorge Vásquez Matamala, gobernador de Elqui.¹⁴⁵ Si bien es destacable que en los últimos 2 años se hayan aplicado más agravantes que en todos los años previos, la mayoría de las concesiones datan de 2021. Además, buena parte de ellas se compensan con atenuantes, de modo que no inciden de forma relevante en la determinación de las penas. Debemos, por tanto, concluir que sigue habiendo motivos de preocupación por la falta de aplicación de penas proporcionales y adecuadas, con miras a evitar la impunidad.

En relación a usos novedosos del derecho y de los tribunales, tendencia que empezamos a bosquejar en el *Informe 2021*, su diversificación ya es tal que algunas de sus expresiones son tratadas en otras secciones del presente capítulo, por involucrar al derecho civil, administrativo y/o constitucional.¹⁴⁶ Aquí nos limitamos a mencionar una innovación reciente en materia penal, que procura el reconocimiento del carácter de crimen de lesa humanidad de un hecho, en sí paradigmático, que el Estatuto de Roma definiría como desplazamiento forzoso. Se trata del violento despojo sufrido por las y los expobladores de la Villa San Luis de Las Condes, un proyecto urbano de integración social diseñado, a fines de la década de 1960, por el arquitecto Miguel Lawner. Durante la dictadura sus entonces habitantes –integrantes de más de mil familias–, legítimos asignatarios de sus viviendas, fueron violentamente desalojados a punta de pistolas y metralletas, y con violencia y amenazas, por militares a lo largo de diversas incursiones entre 1976 y 1980. Las familias fueron dispersadas por diversas comunas de la Región Metropolitana, trasladadas en camiones y, luego, abandonadas en sitios eriazos, canchas barriales, basurales y otros lugares precarios. La chocante historia fue relatada, a principios del 2023, en un reportaje televisivo de TVN,¹⁴⁷ motivado por la presentación de parte de algunas de las personas afectadas, de una querrela criminal ante la Corte de Apelaciones de Santiago.¹⁴⁸ La querrela apunta, *inter alia*, al rescate de la verdad y la memoria; esta última que también se busca construir a través de la instalación de un memorial que recuerda el emblemático proyecto, iniciativa que cuenta incluso con la venia de la sociedad inmobiliaria que hoy se encuentra en el lugar. Aun así, la agrupación de asignatarios quiso interponer una querrela

¹⁴⁵ Corte Suprema, Sentencia Rol 42792-2020, 16 de diciembre de 2022.

¹⁴⁶ Ver, *inter alia*, secciones, 3.2 (reparación por vía jurídica), 3.3 (reparación simbólica) y 5 (garantías de no repetición).

¹⁴⁷ TVN, 24 Horas.cl: “Crónicas del Domingo. Primeros habitantes de Villa San Luis buscan justicia: ‘los despojados de Las Condes’”, 24 de abril de 2023. <https://www.24horas.cl/programas/cronicas-del-domingo/cronicas-del-domingo-primeros-habitantes-de-villa-san-luis-buscan-justicia> .

¹⁴⁸ A nombre de la Fundación de Desalojados Villa San Luis. Causa Rol ingreso Corte de Apelaciones de Santiago N° 120-2023.

criminal por los delitos de aplicación de tormentos o apremios ilegítimos, dentro de un contexto que los constituye como crímenes de guerra y de lesa humanidad. En los hechos se trata de reconocer como tortura el trato sufrido por las y los pobladores, utilizando, por el principio de legalidad, los mencionados tipos penales, deficientes en cuanto no dimensionan la gravedad de los hechos, pero vigentes en la normativa nacional de la época. Al cierre de edición del presente capítulo la querrela se encontraba en fase de investigación, ante la ministra Paola Plaza. De paso, el caso vuelve a poner en la mira la apropiación espuria e ilegal, por parte de las Fuerzas Armadas y de Orden, de numerosos predios, terrenos y bienes, tanto fiscales como privados, de los cuales siguen usufructuando como si fueran propios.

2.3.2. Ministras y ministros en visita y acciones de la Oficina de Coordinación Nacional de causas de DDHH

Según información recibida desde la Oficina de Coordinación de Causas de DDHH 1973-1990, de la Corte Suprema¹⁴⁹ (en adelante, Oficina de Coordinación), durante el período de julio de 2022 a junio de 2023 un total de 14 ministros y ministras en visita, adscritos a un total de ocho Cortes de Apelaciones a lo largo del país, instruían causas penales en DDHH.¹⁵⁰ Doce de ellos lo hacían en calidad de dedicación exclusiva, los otros dos con dedicación preferente. Se informó además que, a contar del 1 de julio de 2023, el ministro Rafael Corvalán Pazols, de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, dejó de instruir dichas causas, las que fueron traspasadas a dos colegas de la misma Corte.¹⁵¹ Los dos ministros con dedicación preferente también habrían culminado su período en estas funciones.¹⁵² Así, el número de ministros y ministras activas queda en 11, repartido entre siete Cortes de Apelaciones, para el segundo semestre de 2023.¹⁵³ Ello deja en evidencia

¹⁴⁹ Informe escrito provisto por la Oficina de Coordinación de Causas de Derechos Humanos 1973-1990 al Observatorio el 14 de agosto de 2023, ref. IODH-154-2023, en respuesta a consultas formuladas por el Observatorio. Agradecemos como siempre la colaboración de Cristian Sánchez y su equipo para la confección de dicho Informe y la resolución de consultas relacionadas con ello.

¹⁵⁰ Cabe subrayar que las y los ministros en visita solamente instruyen causas penales, asimismo, que las estadísticas informadas por la Oficina de Coordinación se limitan a materia penal. Demandas civiles que ingresan en forma autónoma (independiente de una causa penal) son tramitadas en primera instancia por el Juzgado de Letras respectivo.

¹⁵¹ La ministra María Cruz Fierro Reyes y el ministro Max Cancino Cancino.

¹⁵² La ministra Dora Mondaca Rosales, de la Corte de Apelaciones de San Miguel, y el ministro Hernán González García, de la Corte de Apelaciones de Talca.

¹⁵³ Valparaíso, San Miguel, Santiago y Concepción (con dos ministros cada una); Punta Arenas, La Serena y Temuco (un ministro cada una). Una dotación de detectives de la brigada especializada de la Policía de Investigaciones acompaña la labor de cada ministro o ministra: si bien la brigada hoy cuenta con un total de 67 funcionarios, con el tiempo su enfoque en causas de tiempos de dictadura se ha visto diluido con la adición de otras tareas, incluyendo algunas relacionadas con el estallido social.

una reducción si se compara con los 17 ministros operando al culminar el período del *Informe 2021*. Lo anterior, a pesar de que se registró, a su vez, un aumento sustantivo en el universo de causas penales activas: a julio de 2023 se informa un total de 2.040 causas (comparadas con solamente 1.462 a fines de 2022). De las 2.040 causas actuales, 210 (10,2%) contaban con un fallo de primera instancia,¹⁵⁴ 212 (10,3%) estaban en plenario,¹⁵⁵ y 1.618 se hallaban en etapa de sumario (es decir, aún bajo investigación). El 17% del total –358 causas– corresponde a investigaciones iniciadas en lo que va del año calendario 2023. Más de la mitad de los nuevos ingresos (193 de 358) están bajo conocimiento de la ministra Yolanda Méndez Mardones, de la Corte de Apelaciones de Concepción;¹⁵⁶ en tanto que otro 28% (101) son actualmente de conocimiento del ministro Vicente Hormazábal, de la Corte de Apelaciones de La Serena. Durante el mismo período (el primer semestre de 2023), se reportan 34 causas penales falladas en primera instancia, y 75 causas más, archivadas por la ministra o el ministro en visita respectivo. En tanto, 85 causas penales fueron falladas por las Cortes de Apelaciones, entre el 1 de enero y el 30 de junio, y otras 36 vistas ante la Corte Suprema.

La mayoría de las 2.040 causas penales hoy activas (1.193, o 58,4% del universo total de causas) investigan hechos constitutivos de tortura, ya sea como materia principal (716 causas, o 35% del total) o en asociación con otros delitos tales como secuestro u homicidio (477, o 23%). Lo anterior es positivo en cuanto demuestra que la tortura está siendo cada vez más tomada en cuenta en la judicialización de los crímenes de lesa humanidad en Chile.¹⁵⁷ La gran mayoría de las causas que versan exclusivamente sobre tortura están bajo conocimiento de la ministra Méndez (402 de 716) mientras que el ministro Hormazábal instruye otras 213 de las 716. Independientemente de si esta concentración de causas por tortura en manos de apenas dos ministros es o no adrede, podría facilitar una mayor identificación de patrones de victimización, develando las estructuras de mando detrás de los crímenes, investigando por región, rama o centro clandestino,

¹⁵⁴ Encontrándose, por tanto, a la espera de la resolución de algún recurso de apelación o casación, ante el tribunal superior respectivo.

¹⁵⁵ Listas para la dictación de la sentencia de primera instancia.

¹⁵⁶ Ello por disposición expresa del Pleno de la Corte Suprema, que dispuso en el auto acordado AD 739-2010 del 6 de junio de 2023, que: “los nuevos ingresos que se verifiquen, independiente de la naturaleza de los hechos a investigar, al interior de las Cortes de Apelaciones de Chillán y Concepción, serán asignados exclusivamente a la Ministra en visita Extraordinaria de la Corte de Apelaciones de Concepción, señora Yolanda Méndez Mardones”; asimismo, con una formulación similar, ingresos correspondientes a San Miguel serán asumidos por la ministra Mariánela Cifuentes.

¹⁵⁷ Habiendo sido, en un primer tiempo, incluso excluida de la definición de tales crímenes, formulada por el Poder Judicial, como hemos informado con anterioridad.

y responsabilizando a los autores mediatos e intelectuales, conforme se plantea en la sección 2.2, *supra*. Así, la justicia podrá seguir las recomendaciones del Relator Especial de la ONU, al “[no solamente] determinar la responsabilidad penal individual por transgresiones aisladas, sino también apuntar directamente contra las estructuras o redes que permitieron a los distintos actores cometer atrocidades”.¹⁵⁸

A su turno, se informó que durante la totalidad del año calendario 2022 se fallaron, en primera instancia, 35 casos penales, lo cual se puede contrastar con los 34 ya dictados solo entre enero y fines de junio de 2023. Si bien apreciamos, así, un aumento del ritmo de dictación de sentencias de primera instancia, la cifra para 2022 es relativamente baja en términos históricos, manifestando la misma ralentización percibida durante la pandemia (y reportada en el *Informe 2021*). De todos modos, la mejora en el ritmo de avance de causas en primera instancia para 2023 es acorde con los esfuerzos que se hacen notar en todo nivel para agilizar resoluciones: el ejemplo de la Corte Suprema ya ha sido mencionado en la sección 2.2, *supra*. A ello se suma que, de acuerdo con la información recibida desde la Oficina de Coordinación Nacional, de las 110 causas penales registradas al 15 de junio de 2023 como esperando para ser conocidas ante la Corte Suprema, 109 se encontraban con autos en relación, a la espera de la designación de un o una relator/a, o bien con esta ya designada, y en tabla. Ello sugiere que han surtido efecto las medidas adoptadas por el Pleno de la Corte Suprema para agilizar el conocimiento y resolución de las causas penales (ver *Informe 2021*). A la vez, se nos informa de la toma de medidas similares en junio de 2023, mediante la configuración de una tabla prioritaria en el máximo tribunal para la resolución de casación en materia de demandas civiles. Es positivo remarcar estos avances en la garantía del acceso a la justicia y reparación por vía judicial para las víctimas y sobrevivientes, no obstante, no puede dejar de mencionarse que las medidas han llegado demasiado tarde para muchos de ellos.

Por otra parte, dentro de las iniciativas impulsadas por la Coordinación Nacional de Causas de Derechos Humanos, se destaca el denominado “Plan sobre Inventario y Registro de Expedientes de la Transición”, que procura el resguardo, indexación y eventual digitalización de los procesos ya terminados, actualmente archivados en diferentes dependencias y sin registro único. Tras reuniones iniciales con representantes de distintos tribunales, del Archivero Judicial, del Programa de DDHH del Ministerio de Justicia y DDHH, y del archivo de la exVicaría de la Solidaridad

¹⁵⁸ ONU A/HRC/27/56, *Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición*, Pablo de Greiff, 27 de agosto de 2014.

(FUNVISOL), se ha identificado un espacio en la sede donde funciona actualmente el 34° Juzgado del Crimen de Santiago, como lugar para el acopio y registro de los mencionados expedientes. El proyecto promete facilitar una gestión óptima de los datos de importancia histórica que los expedientes contienen, lo cual podría permitir detectar y evidenciar mejor los patrones de macrocriminalidad del terrorismo de Estado. Si bien no se explicita si el archivo final será de acceso público pleno, su construcción podría constituir un aporte a la memoria histórica oficial del país y al derecho social a la verdad, a través de las verdades judiciales. Sería esencial, por lo mismo, no permitir que los términos del Acta 44-2022 –ver sección Verdad, *supra*– limiten innecesariamente su utilidad.

El proyecto también cobra relevancia en paralelo con otras acciones tomadas por el ministro Carroza, ministro coordinador nacional de causas DDHH 1973-1990 de la Corte Suprema, para asegurar una articulación óptima entre el Poder Judicial y el nuevo Plan Nacional de Búsqueda.¹⁵⁹ También, se inició un programa de visitas a terreno para permitir al ministro identificar las dificultades que las jurisdicciones regionales enfrentan en la tramitación de causas. Cinco visitas habían sido concretadas a la fecha de cierre de edición. En ellas se prevé, *inter alia*, enfatizar la importancia de los informes periódicos que la Oficina de Coordinación recibe de cada ministro/a, y fortalecer vínculos con la Brigada de DDHH de la Policía de Investigaciones, en cuanto ente auxiliador. Otras iniciativas realizadas o anunciadas incluyen un seminario anual, que en 2023 versó sobre el cumplimiento de sentencias de tribunales internacionales; asimismo, una reorganización de la Oficina de DDHH de la Corte Suprema para lograr una mayor transversalización de la preocupación por los derechos humanos en el quehacer de la Corte. Son medidas y acciones que promueven las garantías de no repetición, siendo además muy acordes con la trayectoria del ministro Carroza, quien antes de ascender a la Corte Suprema demostraba una larga preocupación para con el tema, oficiando durante varios años como ministro en visita en numerosas causas de DDHH.

2.3.3. Procesos de DDHH ante el Tribunal Constitucional

En ediciones anteriores del presente *Informe* (2017-2021) se ha analizado la intervención del Tribunal Constitucional (TC) en causas de DDHH. Durante el período más reciente, 2022-2023, se ha consolidado la tendencia,

¹⁵⁹ Entre las metas del proyecto Expedientes de la Transición se dispone que el acervo histórico creado “sirva al plan de búsqueda”. Informe AD 739-2010, 10 de agosto de 2023, facilitado al Observatorio por su autor, ministro Mario Carroza, Ministro Coordinador Nacional Causas de DDHH 1973-1990.

expuesta en los *Informes* de 2019 a 2021, hacia una disminución de esfuerzos por parte de los acusados de apelar al TC para lograr la paralización de los procesos en su contra. De hecho, la actividad ha bajado estrepitosamente a niveles casi nulos, con lo cual el TC ha dejado de figurar, en los hechos, como un mecanismo de impunidad, del modo que sí lo fuera en el período 2015-2018.¹⁶⁰ A modo de explicación, se debe de incluir, sin duda, los cambios en la composición del tribunal que habíamos señalado entre 2019 y 2021. Tales cambios volvieron al TC una sede cada vez menos atractiva para lograr fines favorables a la impunidad, particularmente con la salida, programada, de los ministros Aróstica y Romero, y la llegada de nuevos ministros y ministras, tales como Rodrigo Pica Flores, nombrado por la Corte Suprema (y recientemente fallecido), Nancy Yáñez, actual presidenta del TC, y Daniela Marzi, ambas nombradas durante el período presidencial en curso. No obstante, el tenor de dichos cambios fue parcialmente revertido cuando, a fines de agosto, la Corte Suprema eligió al ministro Raúl Mera para llenar la vacante dejada por el fallecimiento del ministro Pica.¹⁶¹

Durante los dos períodos de cobertura estadística que se reportan en el presente capítulo (julio de 2021 a junio de 2022, y julio de 2022 a junio de 2023), todas las causas remanentes del período anterior fueron falladas y rechazadas. A su turno ingresaron dos procesos nuevos,¹⁶² también ahora concluidos. El primer grupo, a saber, las causas remanentes, fue compuesto de: (i) el requerimiento presentado en el Caso Paine, Episodio Principal¹⁶³ por la defensa de Arturo Fernández Rodríguez, hoy condenado por 38 homicidios calificados; (ii) las causas 10927-21-INA y 10929-21-INA (ambas impugnando normas sobre presunciones y el artículo 457 del Código de Procedimiento Penal), promovidas por las defensas de Juan Carlos Nielsen Stambuk y Jorge Romero Campos, ambos acusados por dos desapariciones forzadas;¹⁶⁴ y (iii) un requerimiento (declarado inadmisibles) de la defensa de Arturo Montero Souper, buscando la imposición de una pena remitida.¹⁶⁵

El segundo grupo, causas ingresadas en el período, consta, en primer lugar, del requerimiento de inaplicabilidad rol 12229-21-INA, interpuesto

¹⁶⁰ Ver Francisco Bustos, “Los casos por crímenes de lesa humanidad ante el Tribunal Constitucional (2005-2018): Análisis jurisprudencial”, Tesis para optar al grado de magíster en Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Santiago, Universidad Diego Portales, 2020.

¹⁶¹ Ver *Informe 2020* sobre la trayectoria del ministro Mera en causas DDHH, en la Corte de Apelaciones de Valparaíso.

¹⁶² Tribunal Constitucional, Sentencias Rol 12.229-21-INA, y Rol 14167-23-INA.

¹⁶³ Tribunal Constitucional, Sentencia Rol 9.629-20-INA, 21 de octubre de 2021.

¹⁶⁴ Tribunal Constitucional, Sentencias Rol 10.927-21-INA, 25 de noviembre de 2021, y 10.929-21-INA, 25 de noviembre de 2021.

¹⁶⁵ Tribunal Constitucional, Sentencia Rol 10.864, resolución de inadmisibilidad, 3 de junio de 2021.

por la defensa del sentenciado René Villarroel Sobarzo,¹⁶⁶ buscando dejar sin aplicación los artículos 485, 486, 487 y 488, todos del Código de Procedimiento Penal, relativos a la prueba y las presunciones en un proceso en su contra, por los homicidios de Abraham Oliva Espinoza y Luis Espinoza Villalobos. El proceso se encontraba en la Corte Suprema, listo para su vista cuando fue suspendido, en noviembre de 2021, producto del recurso ante el TC. La paralización finalizó en abril de 2022, después de los alegatos ante el TC, lo que permitió que la causa fuera vista con normalidad ante la Sala Penal de la Corte Suprema. Finalmente, esta causa por inaplicabilidad ante el TC fue rechazada (6-2), a principios de junio del 2022.¹⁶⁷ A fines de ese mismo mes la Corte Suprema dictó la sentencia definitiva del caso, condenando a Villarroel –a 15 años y un día de presidio– y a otro perpetrador.¹⁶⁸ El segundo recurso ingresado durante el período corresponde a la inaplicabilidad rol 14167-23-INA, presentada por la defensa de Alberto Roque Badilla Grillo contra diversas normas del Código Penal y del Código de Procedimiento Penal, en el marco del proceso por el homicidio calificado de Enrique López Olmedo. De modo muy confuso el recurso cuestionaba todo aspecto del proceso penal, *inter alia* procurando la concesión de prescripción y amnistía, rechazando el sistema procesal antiguo, y alegando que el proceso debió ser conocido por la justicia militar. Sus reclamos parecían ser una mala recopilación de todo lo planteado por otros perpetradores ante el TC, entre 2016 y 2019.¹⁶⁹ El requerimiento fue admitido a trámite, sin suspensión de la causa que dio origen a ella, y finalmente declarado inadmisibile (4-1), por considerar el TC que los preceptos invocados no tienen aplicación y por carecer de fundamento plausible.¹⁷⁰ La causa penal respectiva fue resuelta por la Corte Suprema el 20 de junio de 2023.¹⁷¹

Un antecedente menos positivo surgió cerca de la fecha de cierre de edición cuando el Tribunal, luego de cerca de dos años sin hacerlo, nuevamente suspendió la tramitación de una causa que se encontraba lista para ser vista ante la Corte Suprema. Se trata de una inaplicabilidad presentada ante el TC por la defensa de dos agentes, buscando impedir que se ratifiquen sus condenas por el tipo penal de aplicación de tormentos, en su

¹⁶⁶ Quien anteriormente ya había presentado un recurso de inaplicabilidad, Rol 3285-16-INA, en el marco de otra causa (Episodio “Fundo El Toro”).

¹⁶⁷ Tribunal Constitucional, Sentencia Rol 12229-21-INA, 1 de junio de 2022.

¹⁶⁸ Corte Suprema, Sentencia Rol 33421-2019, 28 de junio de 2022.

¹⁶⁹ Tres de las cuales –roles 3019-16-INA, 3055-16-INA e, indirectamente, 2928-15-CAA– fueron presentadas por distintos perpetradores en la misma causa: el homicidio calificado de Enrique López Olmedo.

¹⁷⁰ Tribunal Constitucional, Rol 14167-23-INA, resolución de inadmisibilidad, 14 de junio de 2023.

¹⁷¹ Corte Suprema, Sentencia Rol 43575-2020, 20 de junio de 2023. Badilla y otros dos agentes fueron condenados.

versión vigente a 1973. Lo preocupante es que el TC acogió suspender el procedimiento mientras se discute la admisibilidad, con el consiguiente retraso adicional, a última hora, de un proceso que lleva casi 50 años a la espera de justicia.¹⁷²

2.4. Otros Actores Relevantes: la Corporación de Asistencia Judicial

La Corporación de Asistencia Judicial de la Región Metropolitana (CAJ-RM) es un actor relevante en el escenario jurídico, cuya importancia no hemos subrayado en ninguna edición anterior del presente *Informe*. Esto, a pesar de que se trata de la única oficina estatal que ofrece no solo asesoría, sino representación jurídica a sobrevivientes de tortura y de otras violaciones graves cometidas en dictadura. Es, además, el único ente estatal que actúa tanto a favor de la persecución penal como de la reparación por vía judicial a través de demandas civiles, en circunstancias de que –a diferencia del CDE o de la Unidad Programa de DDHH del Ministerio de Justicia y DDHH– no actúa en representación o a nombre del Estado, sino de los intereses de la persona –en este caso, por lo general, de la persona sobreviviente que necesite de sus servicios.¹⁷³ Dicha necesidad no se mide, en materia de crímenes de lesa humanidad, por bajos ingresos o escasez de recursos, ya que la CAJ puede atender y/o representar a cualquier persona que así lo solicite.¹⁷⁴ Actualmente (a mediados de 2023), la CAJ actúa en alrededor de 150 causas activas, 100 en sede penal y 50 en sede civil (indemnizaciones), repartidas entre los tribunales de San Miguel y Santiago. Ello, pese a contar con tan solo tres abogados.¹⁷⁵ Una buena proporción de dichas causas corresponde a acciones penales y/o civiles, por tortura y otros crímenes conexos cometidos contra personas sobrevivientes, entre ellas expresas y expresos políticos. Cuando se trata de personas cuya victimización cae fuera del limitado alcance del mandato de la Comisión Valech, o bien no fue presentada a dicha instancia, se debe emprender el engorroso camino de probar los hechos del caso, sin poder descansar en el relato oficial publicado en el Informe respectivo. Es usual, por ello, que se generen acciones civiles como arista dentro de una

¹⁷² Tribunal Constitucional, Rol 14623-23-INA, resolución de admisión a trámite con suspensión, 23 de agosto de 2023. La suspensión fue otorgada por mayoría 3-1 (con la ministra Yáñez, y los ministros Vásquez y Fernández, a favor): el ministro Pozo estuvo por denegarla, justamente “atendido su estado actual de tramitación”.

¹⁷³ Lo cual la convierte, además, en la única instancia estatal que puede apoyar y representar a familiares o sobrevivientes, incluso en reclamos o casos que se siguen contra Chile en el SIDH.

¹⁷⁴ Si bien la oficina mencionada, en lo formal, está delimitada geográficamente a la Región Metropolitana, la Corporación tiene presencia en otras regiones, pero no necesariamente con dependencias especializadas en la asistencia jurídica en derechos humanos.

¹⁷⁵ Más una persona de apoyo técnico-jurídico y estudiantes de derecho realizando pasantías.

querrela penal, o bien subsecuente a una causa penal, pudiendo entonces aducir los hechos probados y verdades judiciales establecidas en ella, para determinar responsabilidades civiles y ejercer el derecho a resarcimiento del daño moral infligido.

La Corporación depende institucionalmente del Servicio Regional Ministerial (SEREMI) de Justicia de la RM y, por tanto, del Ministerio de Justicia y DDHH. Su abogado jefe actual es Pedro Contreras.¹⁷⁶ Entre las causas y temas importantes en justicia transicional que ha impulsado –a lo largo del período post-1998, que es de nuestro mayor interés– se incluyen la causa Lara con Fisco –cuya importancia en el trato judicial de género y de violencia sexual remarcamos en la sección 2.1, *supra*– y la causa Araya con Fisco, en que se establece que se trata de un hecho público y notorio –que, por tanto, se dispensa de probar– que en Chile, desde el 11 de septiembre de 1973 y por varios años, existió una política sistemática de represión generalizada.¹⁷⁷ A pesar de que la CAJ no cuenta, en la actualidad, con una dotación de recursos y personal que permita ofrecer servicios tales como apoyo social y/o psicosocial, su mayor libertad para representar a los intereses de la persona, así como su experiencia en representar a personas sobrevivientes, lo convierten en un actor cuya relevancia no debería ignorarse. Respecto de la dramática mejora que se requiere en la garantía estatal de los derechos de sobrevivientes, actualmente calificados o no, la Corporación ofrece incluso un modelo alternativo a la expansión del mandato del área jurídica de la Unidad Programa de DDHH del Ministerio de Justicia, que hemos sugerido en *Informes* anteriores, y volvemos a barajar en otras secciones del presente capítulo.

2.5. Agentes¹⁷⁸

A fines de julio de 2023, se reportaban 258 reclusos a nivel nacional, por crímenes relacionados con causas de DDHH de tiempos de dictadura.¹⁷⁹

¹⁷⁶ Desde 2016. Fue precedido en el mencionado puesto por Franz Möller, y por Nelson Caucoto, quienes siguen ejerciendo funciones afines, como abogados de DDHH del sector no-estatal.

¹⁷⁷ En palabras del tribunal, “en el estado actual de la historiografía nacional, ratificada por innumerables investigaciones y sentencias judiciales, es un hecho público y notorio –que, por tanto, dispensa de probarlo–, que en nuestro país, desde el 11 de septiembre de 1973 y por varios años después, diversos organismos e instituciones estatales, estuvieron al servicio, o actuaron como parte, brazos o auxiliares, de una estructura destinada a la represión generalizada de miles de compatriotas, principalmente por su pensamiento político adverso al régimen militar imperante, pero también por diversas otras incomprensibles razones”, CSJ Rol 26554-2021, 12 de diciembre de 2022, considerando 4º.

¹⁷⁸ Ver también las secciones 2.1, 2.2, 2.3.1, y 2.3.3, (*supra*), sobre estrategias de defensa, uso del Tribunal Constitucional, y el aprovechamiento de beneficios y atenuantes.

¹⁷⁹ Este total, y el desglose que le sigue, según cifras informadas por la profesora Myrna Villegas en la conferencia “A 50 Años del Golpe de Estado: El tratamiento penal de los crímenes vinculados

Unas 134 de esas personas estaban reclusas en Punta Peuco, lo cual significaría que dicho penal tiene incluso levemente sobrepasado su tope nominal de capacidad para 130 personas. Los demás presos, 124, se reportaban reclusos en un módulo especial dentro de la cárcel de alta seguridad Colina I. En las mismas fechas se conoció una iniciativa de un grupo de diputadas y diputados de diferentes bancadas, que proponían el cierre de Punta Peuco para criminales de lesa humanidad, destinándolo más bien –en atención a las superiores condiciones que presenta– a la reclusión de mujeres embarazadas o con niñas o niños lactantes. Dado que 137 de los actuales presos por crímenes de lesa humanidad tendrían 75 años o más, es incierto si la medida, de prosperar, conduciría al traslado de los actuales reclusos a Colina I, o si más bien sería aprovechado para solicitar la remisión de sus penas o la concesión de cumplimiento alternativo, por ejemplo, bajo arresto domiciliario.

2.5.1. Número preocupante de agentes prófugos

A principios de septiembre de 2023, al menos trece perpetradores de crímenes de lesa humanidad estaban prófugos de la justicia. Se trata de 12 exagentes y un empresario.¹⁸⁰ Once de ellos se encuentran condenados a firme en al menos una causa,¹⁸¹ y varios siguen recibiendo condenas y sumando penas de cárcel, incluso estando ya prófugos. Se trata de: Jorge Octavio Vargas Bories, exagente de la Central Nacional de Informaciones (CNI), sentenciado recientemente a 10 años y un día como coautor del asesinato del profesor Federico Álvarez Santibáñez;¹⁸² Rubén Aroldo Morales López, exoficial de Carabineros, condenado a 10 años y un día como autor del homicidio calificado de Jorge Vásquez Matamala;¹⁸³ Luis Enrique Barrueto Bartning, empresario, condenado a 10 años y un día como coautor de siete secuestros en el caso Santa Bárbara-Quilaco;¹⁸⁴ Alberto Roque del Sagrado Corazón Badilla Grillo, exoficial de la Armada, sentenciado a 12 años por homicidio calificado, y a 541 días por aplicación de tormentos (tortura), ambos cometidos contra Enrique López Olmedo;¹⁸⁵ Juan Dio-

a la dictadura”, realizada los días 12 y 13 de septiembre de 2023 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. La cifra de 134 presos en Punta Peuco ha aparecido, a su vez, en diversas fuentes de prensa.

¹⁸⁰ Según información proporcionada por la Unidad Programa de DDHH del Ministerio de Justicia y DDHH.

¹⁸¹ Uno más está condenado por sentencia de primera instancia, y el último se encuentra en calidad de procesado, con una orden de prisión preventiva vigente.

¹⁸² Corte Suprema, Sentencia Rol 26.816-2019, 4 de enero de 2023.

¹⁸³ Corte Suprema, Sentencia Rol 42.792-2020, 16 de diciembre de 2022.

¹⁸⁴ Corte Suprema, Sentencia Rol 24.143-2019, 19 de octubre de 2022 (Episodio Santa Bárbara-Quilaco).

¹⁸⁵ Corte Suprema, Sentencia Rol 43.575-2020, 20 de junio de 2023.

nisio Opazo Vera, exconscripto, prófugo desde junio de 2022, condenado a 10 años y 1 día por 38 homicidios calificados; y cuatro exagentes de la Dirección de Inteligencia Nacional (DINA) condenados en junio de 2023 por numerosos secuestros calificados de miembros del Comité Central del Partido Comunista (PC), en el episodio Conferencia II. Los cuatro son: Federico Humberto Chaigneau Sepúlveda, José Miguel Meza Serrano, Eduardo Alejandro Oyarce Riquelme, y Víctor Álvarez Droguett.¹⁸⁶ Droguett ya se hallaba fugado, tras ser condenado a 10 años por el secuestro calificado (desaparición forzada) de Marta Ugarte Román.¹⁸⁷ A estos nueve nombres se sumaron, en agosto de 2023, Juan Jara Quintana y Nelson Haase Mazzei, ambos condenados a dos penas –de 15 años 1 día, y de 10 años– por el secuestro calificado y homicidio calificado de Víctor Jara y Littré Quiroga.¹⁸⁸ Los dos prófugos que no cuentan aún con sentencias a firme son Daniel Riquelme Reyes, excarabinero, sentenciado en primera instancia como cómplice de cuatro homicidios calificados, coautor de siete delitos de tortura, y cómplice de un cargo más por tortura,¹⁸⁹ y Guillermo Mella Colpihueque, procesado por el ministro Álvaro Mesa en la causa Rol 13-2013. Además, a la fecha de cierre de edición, quedaban pendientes de aprehensión, y siendo activamente buscados por la Policía de Investigaciones, tres de los ocho perpetradores recientemente condenados en el caso del asesinato del diplomático español Carmelo Soria.¹⁹⁰

Otros tres prófugos fueron capturados en el transcurso de 2023: en los primeros días de septiembre fue capturado, dentro del país, el agente que más tiempo llevaba prófugo (casi dos años). Se trata de Héctor Fernando Osses Yáñez, exoficial de Carabineros y dirigente gremial de militares en retiro, condenado como autor de seis asesinatos en la Población San Gregorio.¹⁹¹ En junio de 2023 habían sido capturados Olegario González Moreno, y Manfredo Jürgensen Caesar. González Moreno, exagente de la

¹⁸⁶ Corte Suprema, Sentencia Rol 144242-2020, 22 de junio de 2023 (Episodio Conferencia II).

¹⁸⁷ Corte Suprema, Sentencia Rol 223-2019, 26 de noviembre de 2021. Jorge Vargas Borjes fue condenado anteriormente y purgó condena como autor de los asesinatos de José Carrasco Tapia y Abraham Muskatlit Eidelstein, Corte Suprema, Sentencia Rol 2406-2008, 13 de agosto de 2009.

¹⁸⁸ Corte Suprema, Sentencia Rol 7.885-2022, 28 de agosto de 2023.

¹⁸⁹ Ministro Álvaro Mesa. Rol 27.530 A y B. Sentencia de 17 de abril de 2023 (Episodio Bernardo Nahuelcoy y otros).

¹⁹⁰ Se trata de Guillermo Salinas Torres, René Quilhot Palma y Pablo Belmar Labbé, todos exagentes de la Brigada Mulchén, y todos aún sin ser hallados a ocho días de la emisión, el 28 de agosto de 2023, de órdenes de detención en base a la sentencia Corte Suprema Rol 36.336-19, 22 de agosto de 2023.

¹⁹¹ Corte Suprema, Sentencias Rol 14.594-2019, 7 de octubre de 2021; Rol 19.203-2019, 14 de diciembre de 2021; Rol 22.962-2019, 28 de junio de 2022; Rol 36.435-2019, 25 de octubre de 2022; Rol 27.791-2019, 11 de enero de 2023, y Rol 24.292-2020, 24 de enero de 2023 (víctima: Juan Jorge Gallardo Núñez).

DINA, entró a la cárcel en junio de 2023 a cumplir una pena de 10 años por nueve secuestros calificados. Jürgensen, médico que colaboró durante la dictadura con la CNI, fue sentenciado en enero de 2023 como coautor del homicidio calificado de Federico Álvarez Santibáñez. Su pena, que en instancias inferiores había sido de cumplimiento alternativo, fue aumentada en esa sentencia final a 8 años de presidio,¹⁹² con lo cual Jürgensen pasó a la clandestinidad, dejando instruida a su defensa solicitar la concesión de prisión domiciliaria, no obstante encontrarse en rebeldía.¹⁹³ Pese a tener arraigo nacional y estar en calidad de buscado por prófugo, Jürgensen –quien tiene doble nacionalidad chilena-alemana– logró renovar su pasaporte alemán, en la Embajada respectiva,¹⁹⁴ y salir de Chile a Argentina sin dejar registro en inmigraciones y/o por algún paso no habilitado. Afortunadamente, su condición de buscado por la justicia fue detectada en el aeropuerto de Ezeiza, Buenos Aires, el 3 de junio de 2023, mientras intentaba abordar un vuelo a Frankfurt. Fue detenido y, estando pendiente la resolución de una solicitud de extradición emitida desde Chile, falleció en Argentina unos días después.¹⁹⁵ Durante el período del presente *Informe* se supo también del fallecimiento en los EE.UU, en abril de 2022, de Carlos Minoletti Arriagada, exmayor del Ejército dos veces fugado de la justicia chilena, procesado por el secuestro calificado del sobreviviente Leopoldo García Lucero y condenado en el caso Caravana de la Muerte-Calama, cuya extradición fue solicitada en 2017 y 2018, sin llegar a concretarse.¹⁹⁶

Entre los diversos motivos que explican la existencia de agentes prófugos se cuenta el hecho de que los tribunales nacionales suelen imponer medidas cautelares muy limitadas, prefiriendo la libertad bajo fianza y el arraigo nacional, antes que la prisión preventiva. Otro factor de riesgo es el mal funcionamiento del sistema de notificación y cumplimiento de las resoluciones judiciales. Como hemos observado en *Informes* anteriores, se suelen producir demoras excesivas entre resoluciones finales de la Corte Suprema, y la devolución de la causa respectiva a la Corte de Apelaciones correspondiente, donde debe dictarse el cúmplase. Producto de estas demoras, que suelen exceder con creces los plazos formales, perpetradores que aún se encuentran en libertad pueden enterarse de manera anticipada de sus condenas, y su cuantía, por filtraciones, por canales públicos del Poder

¹⁹² Corte Suprema, Sentencia Rol 26.816-2019, 4 de enero de 2023.

¹⁹³ Petición que fue denegada por la Corte de Apelaciones de Santiago el 3 de abril de 2023, en Rol 1.216-2023 (Penal).

¹⁹⁴ Corte Suprema, Rol 106.733-2023 (extradición activa de Manfredo Jürgensen).

¹⁹⁵ Ver Observatorio Boletín 77, mayo-junio 2023.

¹⁹⁶ Corte Suprema, solicitud de extradición Rol 37.255-2017, 9 de noviembre de 2017, ampliada el 17 de julio de 2018.

Judicial, y/o a través de los medios de comunicación. De modo preventivo, en particular cuando se dictan contundentes penas contra personas cuya posición económica y condición de exoficiales les convierta claramente en potenciales prófugos, se puede y se debe contemplar realizar acciones para notificar las sentencias y entonces proceder a las detenciones respectivas, antes de la publicación general de la noticia del fallo, como ocurrió recientemente con algunos perpetradores en el caso Paine. Es, en particular, preocupante notar que respecto de dos de los prófugos aquí mencionados (Osses y Badilla) el cumplimiento de sus sentencias se había demorado casi un mes, cuando la parte querellante (la agrupación AFEP) debió intervenir ante tribunales para agilizarlo. Consultado respecto de las medidas que se pueden tomar para evitar este fenómeno, el ministro coordinador de causas DDHH para la Corte Suprema aseguró que se “robustecerá” un acuerdo existente, que procura poner a las y los ministros sentenciadores –en quienes recae la dictación del cumplimiento– sobre aviso cuando la Sala va a resolver una causa que les compete.¹⁹⁷ Se podría, asimismo, contemplar un robustecimiento general de medidas cautelares, un aumento de la vigilancia ante la proximidad de sentencias finales, y una mayor coordinación en pasos fronterizos respecto de las listas de personas que están siendo buscadas por la justicia.¹⁹⁸

2.5.2. Agentes fallecidos e impunidad biológica a nivel de causa

Es notable que de 334 agentes alcanzados por las 67 sentencias finales emitidas por la Sala Penal de la Corte Suprema, en el período estadístico más reciente, 57 ya se encuentran fallecidos. Dado que muchos de ellos –en particular los que eran agentes de la DINA– estaban implicados en numerosos crímenes, hubo un total de 124 ocasiones en que el máximo tribunal tuvo que dictar o ratificar sobreseimientos por fallecimiento, a uno o más de los condenados o acusados en una causa. Así se observa cómo cada vez más perpetradores son alcanzados por la impunidad biológica. En tanto, en el *Informe 2020* usamos el término “impunidad biológica a nivel de causa”, para referirnos a lo que sucede cuando fallece la totalidad de los procesados o condenados en una misma causa, antes de que ella llegue a término. En los tres períodos del *Informe* transcurridos desde esa primera mención, tenemos registro de la ocurrencia del fenómeno al menos en cinco ocasiones. Como mínimo en dos de ellas, recordamos, la

¹⁹⁷ Entrevista con el ministro Mario Carroza, 25 de agosto 2023 op. cit.

¹⁹⁸ Es especialmente preocupante, además, que al menos uno de los prófugos del período – el médico Manfredo Jürgensen – logró renovar un pasaporte en su segunda ciudadanía (alemana) durante el período en que se hallaba sentenciado.

Corte Suprema, además, tuvo que intervenir para confirmar la vigencia de la demanda civil asociada. La quinta de las mencionadas ocasiones tuvo lugar durante el período estadístico más reciente (julio de 2022 a junio de 2023), en la causa por el homicidio de Ángel Patricio Carmona Parada, baleado por militares por un simple altercado de tránsito. La sentencia de primera instancia, ratificada por la Corte de Apelaciones respectiva, condenó al exmilitar Juan Pardo Villarroel a una pena sustitutiva (libertad vigilada) como cómplice, habiendo ya fallecido el autor del disparo letal. Pero Pardo también falleció –el 1 de julio de 2022– antes de que se alcanzara a ver el recurso de casación, dejando la causa sin acusados, y obligando a la Corte Suprema a omitir un pronunciamiento de fondo.¹⁹⁹ De las demás muertes de agentes durante el período, generó particular conmoción la muerte a mano propia del exmilitar Hernán Chacón Soto, al momento de ser detenido para cumplir sus dobles condenas de 15 y de 10 años, por los secuestros y asesinatos de Víctor Jara y Littré Quiroga.

2.6. Chile ante el Sistema Interamericano de DDHH y ante las Naciones Unidas

Durante el segundo gobierno de derecha presidido por Sebastián Piñera (2018-2022), las relaciones de Chile con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) experimentaron tensiones. A modo de ejemplo, en una carta oficial de abril de 2019, Chile se unió a otros gobiernos de derecha de la región para expresar “inquietud” sobre el actual funcionamiento del sistema.²⁰⁰ Las tensiones fueron exacerbadas en el contexto del estallido social, redundando en una visita *in loco* de la CIDH en enero de 2020, seguido de un informe crítico diagnosticando “uso excesivo de la fuerza” por parte del Estado.²⁰¹ Desde que asume la presidencia Gabriel Boric –11 de marzo de 2022– se han producido mejoras en la fluidez de la relación entre el Estado de Chile y los sistemas regionales e internacionales de monitoreo y protección de derechos. Durante 2022 el cargo de Canciller chilena fue ejercido por Antonia Urrejola, otrora presidenta de la CIDH, y a inicios de 2023 Chile fue la sede donde se realizaron el 157º período de sesiones ordinarias de la Corte IDH, y una sesión ordinaria del Grupo de Trabajo de la ONU en materia de desaparición forzada. Asimismo, diversos otros órganos

¹⁹⁹ Corte Suprema, Sentencia Rol 34.012-2020, 2 de febrero de 2023.

²⁰⁰ Comunicado de prensa Ministerio de Relaciones Exteriores – Ministerio de Justicia y Derechos Humanos sobre Sistema Interamericano de Derechos Humanos, fecha 23 de abril de 2019.

²⁰¹ Organización de Estados Americanos, Comunicado de Prensa no. 018/22, y OEA/Ser.L/V/II. Doc. 1/22, Informe Situación de derechos humanos en Chile, aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 24 de enero de 2022.

y autoridades del sistema universal de la ONU visitaron Chile en 2023, y/o lo harán en 2024.²⁰²

Considerando, específicamente, la relación de Chile con el SIDH en lo que respecta a la materia de justicia transicional, un análisis tipo ‘FODA’ –relevando fortalezas, oportunidades, debilidades y amenazas– sin duda empezará en positivo, reconociendo tanto un creciente apego y citación de la jurisprudencia de la Corte IDH en sentencias finales – ver secciones 2.1 y 2.3.1– como una creciente aceptación del principio de obligatoriedad respecto de las sentencias de la Corte. Indicios y ejemplos concretos de cumplimiento progresivo también pueden verse en el informe del INDH *Chile ante el Sistema Interamericano*, que sintetiza el estado actual e impacto de casos relevantes, incluyendo cuatro sentencias de la Corte: Almonacid Arellano (2006, sobre la Ley de Amnistía); García Lucero (2013, sobre reparaciones a sobrevivientes); Maldonado Vargas (2015, sobre confesiones falsas extraídas bajo tortura a aviadores constitucionalistas); y Órdenes Guerra (2018, sobre prescripción civil); un caso con sentencia pendiente (Vega González, sobre prescripción gradual y falta de proporcionalidad de sanciones penales); y un caso en que se llegó a acuerdo ante la CIDH (Rivera Matus, 2020, sobre prescripción civil).²⁰³ En la mencionada publicación, se reporta cumplimiento total o parcial por parte del Estado, salvo en: asegurar que el Decreto Ley de Amnistía deje de ser un obstáculo para la investigación y sanción de responsables (Almonacid Arellano);²⁰⁴ investigar la tortura sufrida, dentro de un plazo razonable (García Lucero, Maldonado

²⁰² En junio de 2023 Chile fue, además, país anfitrión de un encuentro subregional para el examen de avances y desafíos en materia de justicia transicional en los países del Cono Sur, organizado por la Oficina Regional para América del Sur del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los DDHH. El encuentro contó con el apoyo de diversos entes oficiales chilenos, con colaboración y/o participación desde el Ministerio de Justicia y DDHH y la Oficina de DDHH del Poder Judicial, entre otros. Ver: <https://www.ohchr.org/es/statements/2023/06/chile-high-commissioner-addresses-regional-meeting-transitional-justice>, último acceso 6 de agosto de 2023.

²⁰³ Existen dos casos más que no suelen ser considerados en análisis de justicia transicional, pero dicen relación con la dictadura y sus actuaciones arbitrarias y vulneratorias de derechos. Se trata de *Urrutia Laubreaux contra Chile*, por un juez indebidamente sancionado por una tesis criticando el actuar del Poder Judicial en dictadura, y *Profesores de Chañaral contra Chile*, en que cerca de 850 profesores exigieron el pago de asignaciones adeudadas desde la municipalización de parte del sistema de educación pública durante la dictadura. (INDH, *Chile ante el Sistema Interamericano*, op. cit., casos 11 y 13).

²⁰⁴ Aunque fuentes estatales apuntan a que la práctica actual de tribunales es hoy acorde al tenor de esta medida, el Observatorio –al igual que muchas fuentes nacionales e internacionales– ha abogado para que se legisle al respecto, conforme se prometió durante el gobierno en que se produjo la sentencia. Es una recomendación que se ha repetido en cada edición del Informe desde 2010. También ha habido preocupantes votos, afortunadamente aún de minoría, que siguen pretendiendo invocar el Decreto Ley de Amnistía (el más reciente en 2021, por tres ministros del Tribunal Constitucional. Ver Observatorio, Boletín 64, marzo y abril de 2021).

Vargas); y pagar indemnizaciones y gastos procesales (Órdenes Guerra).²⁰⁵ En relación a justicia, de hecho no se conocen esfuerzos sistemáticos de parte del Estado para judicializar, de oficio, las torturas sufridas no solamente por Leopoldo García Lucero y por los protagonistas del caso Maldonado, sino por todas las demás personas cuyas condenas espurias por Consejos de Guerra han sido, con posterioridad, disueltas por haber sido obtenidas bajo tortura (ver *infra* sección 3.3.1). En tanto, la causa doméstica seguida por los crímenes cometidos contra el Sr. García Lucero se encuentra sobreesida debido al fallecimiento de la única persona hasta la fecha imputada, seguido por el fallecimiento del mismo Sr. García Lucero, sin ver justicia en su causa.²⁰⁶

Persiste, además, escepticismo en algunos espacios estatales respecto de la admisibilidad y/o alcance de la doctrina de control de convencionalidad;²⁰⁷ asimismo, diferencias y desconocimiento en y entre los poderes del Estado en cuanto a dónde y en quién reside la obligación de hacer cumplir sentencias, recomendaciones y acuerdos. Todo ello redundará en variaciones en los niveles de voluntad activa, a lo cual se suman impedimentos normativos y/o políticos, por ejemplo, cuando el cumplimiento de alguna sentencia o acuerdo requiere modificaciones legislativas para las cuales no existen mayorías aseguradas.²⁰⁸ Tampoco la falta de voluntad se da siempre o exclusivamente dentro del ámbito parlamentario, dado un

²⁰⁵ Desde Cancillería se informa que, subsecuente a la publicación citada, se completaron todos los pasos necesarios para que los pagos pendientes en dicho caso se concreten (comunicación electrónica recibida el 16 de agosto de 2023). Los abogados de las personas peticionarias en la causa reportan, no obstante, un camino dificultoso en que, debido a errores en los cálculos y realización de los pagos, algunas familias inicialmente recibieron un monto insuficiente, mientras que otros fueron oficiados para devolver una porción de lo recibido. Una solicitud de condonación, en relación con esa segunda situación, fue resuelta favorablemente por la Tesorería General de la República justo antes del cierre de edición (comunicación electrónica de Cancillería, recibida el 28 de agosto de 2023).

²⁰⁶ En 2022 se produjo el fallecimiento, en calidad de fugado, de Carlos Minoletti, el único agente inicialmente procesado en la causa, aunque nada impide que se siga investigando para identificar y perseguir a otros responsables. Así se agotaría la investigación, como es debida frente a un crimen de lesa humanidad. Si ello no sucede, la causa, sobreesida temporalmente, terminará en impunidad biológica. Tenemos entendido, asimismo, que el camino para que su familia inicie una demanda civil se ve impedido por la insistencia de la Corte de que las acciones civiles por crímenes contra sobrevivientes solamente pueden ser iniciadas por la persona directamente afectada.

²⁰⁷ Discusiones y ponencias en el seminario de apertura del 157º período ordinario de sesiones de la Corte IDH, realizado el 24 de abril de 2023 en la Universidad de Chile, y en que se estimó que existe una tendencia entre los demás poderes del Estado de percibir el control de convencionalidad como un deber que obliga solamente al Poder Judicial.

²⁰⁸ Se hizo notar que una creciente tendencia de la Corte de resolver y recetar medidas diversas en materia de reparación, ha incrementado la frecuencia con la cual sus sentencias necesariamente requieren acción legislativa para su satisfacción plena. Fuente: entrevista al embajador Tomas Pascual, director de Derechos Humanos para el Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, realizada por plataforma virtual el 17 de mayo de 2023.

debate público cada vez más dominado por preocupaciones ‘securitizantes’ poco propicias para la expansión de derechos. Con todo, se hace notar la necesidad y utilidad de un mecanismo dedicado y robusto dentro del Estado que se encargue del cumplimiento de sentencias y acuerdos amistosos, cuyo diseño comprenda que Cancillería no es el único ente estatal llamado a protagonizar acciones de cumplimiento, ni puede, por sí solo, lograr dicho cumplimiento. Se podría también aspirar a que las causas actualmente pendientes ante el sistema sean resueltas en acuerdo, dado que las causas están demorando, en promedio, 12 años solamente para ser examinadas ante la Comisión –es decir, previo a determinarse su traspaso, o no, a tramitación ante la Corte.

3. REPARACIÓN

3.1. Reparación por vía administrativa: programas y medidas de políticas públicas

El Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, de las Naciones Unidas, señala que el derecho a la reparación puede materializarse tanto mediante recursos judiciales como a través de programas legislativos y/o administrativos.²⁰⁹ Al respecto, el Relator Especial de la ONU en materia de justicia transicional caracterizó a los programas de reparación, en su informe anual de 2019, como “procesos administrativos establecidos por los Estados con miras a hacer frente a una gran cantidad de víctimas” que serían, en dichas circunstancias, probablemente el “instrumento más eficaz para que las víctimas (...) obtengan reparación”, dado que sin programas de cobertura masiva, “las víctimas tendrían que demostrar su condición ante un tribunal, entre otras cosas, presentando todas las pruebas necesarias, pagando los onerosos costos judiciales, y esperando varios años”.²¹⁰ A esta caracterización debe agregarse la posibilidad de secuencialidad y, por tanto complementariedad, entre una vía (la administrativa) y la otra (la judicial), tomando en cuenta que conforme al mismo conjunto de principios ya mencionado, la reparación es un derecho al que toda víctima debe poder acceder “tanto por la vía penal como por la civil, administrativa o disciplinaria”.²¹¹ Como

²⁰⁹ ONU E/CN.4/2005/102/Add.1, Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, 8 de febrero de 2005, Principio 32.

²¹⁰ ONU A/HRC/42/45, *Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición*, 11 de julio de 2019.

²¹¹ ONU E/CN.4/2005/102/Add.1, Principio 32, op. cit.

veremos a continuación (sección 3.2), en los hechos –si bien tardíamente–, sobrevivientes, familiares, y sus representantes legales han logrado, por fin, abrir también en Chile la vía jurídica, dejando establecido además que es una vía adicional, y no excluyente, para ejercer sus derechos a reparación.

En relación con la vía administrativa, el Relator exhorta a que esté dotada de una celeridad, amplitud, coherencia, y sustentabilidad, condiciones que en Chile han estado más bien ausentes por haber primado un abordaje esporádico e improvisado. Con ello, han surgido problemas muy previsibles, tales como la incompatibilidad entre medidas, falta de responsabilidades claras para su ejecución, una aparente jerarquización de víctimas y victimizaciones –en particular desmedro de sobrevivientes– y una falta de evolución de las medidas para acompañar a una misma persona en el tiempo.²¹² En el *Informe 2019*, que presta especial atención a este tema, diagnosticamos, a la vez, una tendencia a privilegiar la indemnización, es decir, la entrega de reparación en la forma de transferencias económicas directas.²¹³ Ninguna de estas deficiencias ha sido superada. No obstante, y en el contexto nacional de discusiones sobre una reforma previsional general, para esta edición nos enfocamos en el tema de pensiones. Para ello, analizaremos los resultados de consultas realizadas al Instituto de Previsión Social, IPS, sobre la situación de administración de pensiones por graves violaciones, como la inaceptable incompatibilidad actualmente existente, entre estas y la nueva pensión garantizada universal, PGU.²¹⁴

De acuerdo con información entregada al Observatorio por parte del IPS, a mayo de 2023 el Estado entregaba pensiones de reparación a familiares (víctimas indirectas) del 42% de las personas ejecutadas y desaparecidas (víctimas ausentes) calificadas por la Comisión Rettig.²¹⁵ Esto significa

²¹² Ver Observatorio de Justicia Transicional, *Tabla leyes y medidas de reparación en Chile, 1991-2011*, Santiago: Universidad Diego Portales.

²¹³ Sin perjuicio de haber reconocido, en las mismas fuentes del Observatorio ya citadas, la existencia de medidas de otra índole, tales como el Programa de Reparación y Atención Integral en Salud y Derechos Humanos, PRAIS (ver *Informe 2021*), las ‘becas Valech’, medidas simbólicas tales como exenciones del servicio militar obligatorio, o iniciativas directas o indirectas de memorialización.

²¹⁴ Otra línea de seguimiento, sobre el procesamiento de miles de solicitudes relacionadas con exoneración política, que a 2019 permanecían aún sin respuesta, será retomada en futuras ediciones, dado que unos datos oficiales recibidos no pudieron ser analizados a tiempo para el cierre de la presente edición.

²¹⁵ “Causante” es el término utilizado por el IPS para referirse a la persona cuya victimización por el Estado, da origen a los derechos a reparación. Por “Comisión Rettig”, para estos efectos, nos referimos conjuntamente a la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, 1991, y la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, 1996. El número de personas reconocidas como desaparecidas o ejecutadas fue aumentado en 30, en 2011, por la Comisión Asesora para la Calificación de Detenidos Desaparecidos, Ejecutados Políticos y Víctimas de Prisión Política y Tortura, más conocida como “Valech II”; aumento que ha sido incorporado al total y los cálculos aquí mencionados.

pensiones para 1.636 familiares, que corresponden a 1.358 “causantes”.²¹⁶ A su turno, a mayo de 2023 un total de 19.573 personas sobrevivientes de prisión política y tortura, y 4.191 cónyuges sobrevivientes de estas (para un total de 23.764 personas), recibían la pensión de reparación establecida en la Ley N° 19.992. El mencionado total equivale al 62,1% de las personas reconocidas como sobrevivientes de prisión política y tortura.²¹⁷ Ello representa una disminución en el tiempo, dado que, según el IPS, históricamente “un total de 35.216 víctimas [sobrevivientes] han sido beneficiarias de pensión de reparación”; en tanto, un total de 4.888 familiares de víctimas ausentes alguna vez han recibido una pensión de reparación. Se trata de una disminución causada por el paso del tiempo, y el consecuente fallecimiento de familiares y sobrevivientes.

El IPS también señala que, desde 2015, ha realizado “gestiones tendientes a la ubicación directa de víctimas eventualmente beneficiarias, con el objeto de informarles la posibilidad de acceder a este beneficio, como asimismo para informar a aquellas personas a quienes, habiéndoles concedido el beneficio, no ha (sic) hecho cobro de este”, y que “se tienen registro a la fecha [mayo de 2023] de que un total de 398 víctimas [sobrevivientes] no han solicitado su pensión de reparación”.²¹⁸ Esta situación, si bien no es idónea, representa un avance respecto de lo informado en el *Informe 2019*, cuando se dio a conocer que al año 2016, el número de personas sobrevivientes de prisión política y tortura respecto de las cuales nunca nadie había ejercido el derecho correspondiente ascendía a 467. Lamentablemente, no se registra semejante mejora en el número de personas haciendo uso de sus derechos respecto de las y los familiares de personas ejecutadas políticas o detenidas-desaparecidas. Según el IPS, consultado por víctimas calificadas respecto de quienes, nunca, nadie ha ejercido el derecho al pago correspondiente, “las víctimas señaladas, no se encuentran individualizadas con un rol único nacional (R.U.N.) y, en muchos casos, el registro de éstas solo se realizó con un nombre de pila y/o

²¹⁶ Cifras informadas al Observatorio JT por el Instituto de Previsión Social mediante oficio ORD. D.N. N° 68337, del 12 de mayo de 2023 (en adelante, IPS Oficio, op. cit.), cálculo de porcentaje basando en 3.216 como el universo de víctimas ausentes (desaparecidas o ejecutadas) hoy reconocidas por el Estado.

²¹⁷ IPS Oficio, op. cit. Cálculo realizado con base en las 38.254 personas reconocidas como sobrevivientes de prisión política y tortura por las comisiones “Valech I” y “Valech II”, en 2004/5 y 2011 (Comisión Nacional de Prisión Política y Tortura, y Comisión Asesora para la Calificación de Detenidos Desaparecidos, Ejecutados Políticos y Víctimas de Prisión Política y Tortura).

²¹⁸ IPS Oficio, op. cit.

con un solo apellido, lo que no asegura la identificación inequívoca de la relación de parentesco que pueda existir con algún eventual beneficiario”.²¹⁹

Si bien se comprenden las dificultades mencionadas por el IPS –respecto de la identificación y trazabilidad de algunas de las personas hoy reconocidas como ejecutadas políticas y detenidas desaparecidas–, se hace presente, ante la diversidad de entidades estatales que trabajan activamente sobre ese mismo universo de personas, que es importante mantener y acentuar esfuerzos para seguir superando dichas dificultades. En particular, la Oficina de Derechos Humanos del Registro Civil ha ejercido, durante mucho tiempo, una actividad del todo encomiable en resolver temas patrimoniales, registrales y administrativos –caso por caso, persona por persona–, labor que ha incluido la constatación de la necesidad de enmendación –y donde fuera necesaria, asignación– de RUN a víctimas que por diversos motivos nunca los tuvieron.²²⁰ Se toma nota de que la agenda legislativa anunciada el 7 de septiembre (ver *supra*) promete algún avance en reconocer, sistematizar, y operativizar a nivel de Estado, algunos de los resultados y aprendizajes de dicha actividad.

Cabe señalar que, pese a los distintos registros y nóminas mencionados *supra*, persiste incertidumbre sobre si se trata, o no, de la instalación largamente recomendada de una comisión calificadora permanente (y única) de víctimas y sobrevivientes de graves violaciones a los derechos humanos, estipulada como una acción en la que avanzar en el marco del primer Plan Nacional de Derechos Humanos. El segundo Plan Nacional de Derechos Humanos, aprobado por Decreto Supremo el 18 de enero de 2023, omite mención del tema,²²¹ y en ninguna de las iniciativas señaladas arriba se explicita si versarán sobre víctimas ausentes solamente. De ser así, cabe preguntarse cuál instancia se hará cargo de la calificación, y garantía de los derechos correspondientes, a personas sobrevivientes de prisión política y tortura no reconocidas por la Comisión Valech; asimismo, a las personas eventualmente reconocidas en su calidad de afectadas por las demás categorías de victimización que, a principios de septiembre, se anunciaron como materia de especial preocupación

²¹⁹ *Ibíd.*

²²⁰ La Oficina incluso ha sido proactiva en generar propuestas para soluciones estructurales y/o legislativas, al parecer solo recientemente, y en parte, atendidas. También es relevante la labor del Servicio Electoral, la Unidad Programa de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y DDHH, el Servicio Médico Legal, y la Policía de Investigaciones, organismos que se dedican a identificar y localizar testigos y familiares para efectos de investigación, identificación, etc.

²²¹ La acción incluida en el Primer Plan Nacional de Derechos Humanos, elaborado en 2017, era: “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)”, definiendo como indicador de cumplimiento un “Borrador de Proyecto de Ley ingresado al Parlamento”.

(ver *supra*, sección 1). A este respecto, es especialmente relevante considerar que en los (ya varios) casos en que investigaciones judiciales establecen la situación de victimización (de cualquier índole) de personas que no fueron calificadas en su momento por la comisión respectiva, a dichas personas se les sigue privando de su derecho a reparación por vía administrativa. Dada la particular y encomiable preocupación que se ha notado desde el Programa de DDHH del Ministerio de Justicia y DDHH, para que el Plan Nacional de Búsqueda sea una iniciativa integral que preste atención por igual a todas las dimensiones de la justicia transicional –tomando en cuenta, a su vez, que muchas personas sobrevivientes son también familiares de víctimas ausentes– la ampliación de iure y de facto del mandato, dotación, y presupuesto del Programa para que aborde también a violaciones sobrevividas, sería una forma de lograr dicho objetivo.

En esta misma línea, se debe relevar la falta de complementariedad entre la nueva Pensión Garantizada Universal (PGU) –una medida de seguridad social, introducida a principios de 2022– y las pensiones reparatorias que, como hemos visto, pertenecen a otro orden de cosas y deberes.²²² La Ley 20.255 (ley de reforma previsional de 2008, modificada en 2022) establece, en su artículo 36, que “los titulares de pensiones otorgadas conforme a las leyes N°s. 18.056; 19.123; 19.234; 19.980 y 19.992,²²³ podrán acceder a la pensión básica solidaria de invalidez y a la Pensión Garantizada Universal solo respecto del mayor monto de estas últimas respecto de las primeras”. En la práctica, considerando los montos promedio de las pensiones de reparación actuales, es una condición que excluye casi la totalidad de las personas que hoy ejercen su derecho a alguna pensión relacionada con violación a sus derechos humanos.²²⁴ Esta imposibilidad de facto para acceder a la PGU comporta también el impedimento de acceder a otras medidas

²²² Por cuanto no debería considerarse ni para efectos impositivos ni para excluir al derechohabiente de medidas sociales destinadas a asegurar derechos básicos universales.

²²³ Leyes que incluyen las que establecen el derecho a pensiones de reparación, de quienes hayan sufrido diversas categorías de violaciones graves.

²²⁴ Según información oficial vista por el Observatorio, a julio de 2023, las pensiones de reparación de la Ley N°19.992 (‘pensiones Valech’) variaban (según edad) entre \$207.773 y \$237.796 mensuales, mientras que el valor máximo de la PGU era de \$185.000. En dicho caso, ningún/a sobreviviente de prisión política y tortura calificada sería potencial beneficiaria/o de la PGU. Respecto de las pensiones de reparación de la Ley N°19.123 (‘pensiones Rettig’), la situación imperante también dejaba a sus destinatarios fuera de la PGU: las ‘pensiones Rettig’ partían desde los \$248.183 mensuales (según parentesco y número de personas en el núcleo familiar). Entonces tampoco serían potenciales beneficiarios/as de la PGU, familiares de víctimas de ejecución política y desaparición forzada. Para las personas calificadas como exoneradas/os políticas/os, la situación de ingresos por derecho a reparación es mucho más variable, dado que la reparación extendida mayoritariamente no paga en forma directa una pensión fija, sino que acredita años de cotización perdidos por los efectos de la represión. No obstante, quienes sí percibían pagos directos recibían, en promedio, \$198.373 mensuales, también siendo excluidos, en consecuencia, de la PGU.

asociadas, entre ellas, el bono ordinario de invierno (artículo 5 de la Ley 21.419), y una asignación por muerte (conocida como ‘cuota mortuoria’, artículo 34 de la Ley 20.255). En consecuencia, a mediados de 2022, 80 diputados de la bancada oficialista aprobaron un proyecto de resolución instando al Presidente de la República a suprimir las incompatibilidades en la legislación previsional, describiéndolas como “fuente de discriminación respecto de aquella personas víctimas de violaciones de derechos humanos durante la dictadura cívico militar”.²²⁵ Un proyecto de ley para reformar al sistema de pensiones (Boletín 15.480-13), presentado por el Ejecutivo en noviembre del 2022, contempla derogar el citado artículo 36, permitiendo la complementariedad efectiva entre la PGU y las pensiones otorgadas a título de reparación.²²⁶ Desde la Subsecretaría de DDHH se informó, a agosto de 2023, la intención de “busca(r) terminar con la exclusión de las víctimas a beneficios (sic) como la PGU”,²²⁷ y el 13 de septiembre, la página web del Ministerio de Desarrollo Social y de Familia anunció una medida administrativa que discontinúa el conteo de las pensiones de reparación como ingresos económicos en el Registro Social de Hogares, situación que debería permitir a unos 13.427 hogares –o unas 23.180 personas– recuperar el tramo de calificación socioeconómica que realmente corresponde, y hacer uso de los derechos que de ello se desprenden.²²⁸

No obstante, a la fecha, la norma que genera la mencionada incompatibilidad entre PGU y pensiones de reparación se encuentra vigente; existiendo, además, una resistencia férrea desde la derecha política a resolver la incompatibilidad a favor de las y los derechohabientes. Terminar con esa incompatibilidad sería la única forma de reconocer, como es debido, que las reparaciones por graves violaciones no son meras prestaciones de gracia, ni regalías, ni tampoco medidas de seguridad social, cuya entrega es procedente sin más requisito que ser ciudadana/o en situación de necesidad, conforme las categorías establecidas por la medida social en cuestión. En cambio, en palabras de la ONU, el derecho a reparación tiene a “la violación de los derechos, al margen de toda contra consideración”, como “condición necesaria y suficiente”.²²⁹ Es decir, procede por la sola existencia de un daño grave que se haya sido infligido por el Estado, como reconoció el mismo

²²⁵ Cámara de Diputados y Diputadas, proyecto de resolución N°98, 16 de mayo de 2022.

²²⁶ Boletín 15.480-13, 7 de noviembre de 2022, Proyecto de Ley que Crea un nuevo Sistema Mixto de Pensiones y un Seguro Social en el pilar contributivo, mejora la Pensión Garantizada Universal y establece beneficios y modificaciones regulatorias que indica.

²²⁷ Fuente: respuesta escrita recibida el 16 de agosto de 2023 desde la Subsecretaría de DDHH, op. cit.

²²⁸ Desarrollosocialyfamilia.gob.cl: “Gobierno no considerará las pensiones de reparación como ingresos económicos en el Registro Social de Hogares”, 13 de septiembre de 2023.

²²⁹ ONU A/69/518, op. cit., párr. 89.

Estado ante la Corte IDH en el caso Órdenes Guerra, (*supra*, sección 2.6) y como también ahora han comprendido, como veremos a continuación, los tribunales superiores (*infra*, sección 3.2, caso Paine). Por último, y respecto al discurso con que algunos sectores políticos y sociales intentan desvirtuar o cuestionar estas formas de reparación a sus derechohabientes, cabe recordar las palabras del Relator Especial cuando explica que la reparación no es “una opción de política”, a la vez que repudia la estigmatización de las víctimas.²³⁰ Existe, además, una lógica de bien social, en que es el Estado quien se rehabilita a través de esta particular expresión de su reconocimiento de responsabilidad, restaurando el tejido social por “fomentar la confianza en las instituciones que (antes) cometieron abusos”, señalando así que el deber de no repetición está siendo tomado con seriedad.²³¹

3.2. Reparación por vía judicial: demandas civiles

Producto del mismo largo caminar de perseverancia y creatividad que fue necesario para derrumbar obstáculos en el ámbito penal, Chile hoy cuenta con una situación relativamente avanzada en materia de respuesta judicial a demandas civiles de reparación. Ello, porque los tribunales superiores hoy reconocen tanto el deber estatal de reparar como su imprescriptibilidad y fundamentación en deberes internacionales superiores. Comprenden, además, que la reparación del daño moral mediante órdenes de indemnización contra el Fisco es distinta de, y plenamente compatible con, el ejercicio de derechos a la reparación a través de medidas administrativas. En ello los tribunales superiores demuestran una posición de relativa vanguardia no solamente respecto de otros países, sino también en relación a otros poderes del Estado, si consideramos el contraste con la actitud del Consejo de Defensa del Estado, que actúa, se supone, en pro de los intereses del Estado.²³² Nuevamente, no obstante, se ha de remarcar que el aprendizaje judicial, por cierto bienvenido, ha demorado tanto, que muchos de las y los sobrevivientes que abrieron este camino no alcanzaron a ver su fin.²³³ Van quedando, además, obstáculos o dilemas relativos a los criterios para la

²³⁰ ONU A/HRC/42/45 párrs. 27, 28, y 30.

²³¹ ONU A/69/518, op. cit.

²³² Sin perjuicio de que el CDE pareciera estar reñido o rezagado incluso en relación con el Poder Ejecutivo, siendo que en el caso Órdenes Guerra ante la CIDH, la misma Presidencia de la República hizo un sendo reconocimiento de responsabilidad que hace aún más irrazonable la postura subsecuente del CDE.

²³³ El liderazgo de sobrevivientes en el uso de recursos en derecho civil, en particular post-Valech I, se debe en parte a que la tortura –el crimen más prevalente en causas sobre crímenes sobrevividos– es procesada bajo figuras penales antiguas tan deficientes que las penas impuestas siempre fueron, y hasta cierto punto siguen siendo, irrisorias.

determinación de montos de indemnización, así como a los criterios para dar por probados los hechos.²³⁴

En los primeros años post-1998, cuando incluso la responsabilización penal parecía un desafío lejano, la vía del derecho civil era poco usada y en escasas ocasiones exitosa. Se desplegaba toda una gama de barreras para disuadir la presentación de demandas y/o para desestimarlas. Ellas incluían cierto estigma social, no del todo ausente de la misma comunidad de los derechos humanos, que valoraba principalmente la responsabilización penal y albergaba cierto cuestionamiento moral hacia la estimación de daños en términos monetarios. El caso Domic Bezic, resuelto en 2002, es ilustrativo de los argumentos en virtud de los cuales la judicatura de aquel entonces rechazaba demandas civiles.²³⁵ En tal caso, la Corte Suprema afirmó la aplicabilidad de las normas regulares en materia de responsabilidad civil, con sus respectivos plazos de prescripción, mucho más cortos que los que prevalecen en materia penal (en la especie, cuatro años). Lo hizo por estimar que las normas derivadas del derecho internacional –en particular, de los convenios de Ginebra– en materia de inexcusabilidad de la responsabilidad del Estado, no regían sobre responsabilidades civiles y patrimoniales. El fallo, además, acogió el argumento del Consejo de Defensa del Estado de que las medidas de reparación administrativa ya otorgadas constituían reparación suficiente del daño, o al menos hacían inadmisibles la búsqueda judicial de indemnización por los mismos hechos.²³⁶

Sin embargo, las y los demandantes y sus representantes legales fueron perseverantes²³⁷ y se planteó una lucha jurídica en dos frentes. Por una

²³⁴ Hoy en día, el CDE generalmente no discute los hechos respecto de personas calificadas por Rettig o Valech, limitándose a debatir aspectos jurídicos de los deberes de reparación. Pero sí discute los hechos en casos de víctimas o sobrevivientes no calificados: demandas por víctimas indirectas cuyo parentesco no coincide con las categorías de familia nuclear establecidas –muchas veces en forma arbitraria– por cada ley de reparación administrativa; víctimas de segunda o tercera generación (desconociendo, así, la transmisión intergeneracional del daño). Pero en casos en que la investigación penal cuestiona o desconoce el estatus de crimen de lesa humanidad del ilícito perpetrado, el CDE sí discute los hechos y/o vuelve a exigir la declaración de prescripción extintiva, incluso cuando la persona victimizada está calificada por la comisión de verdad respectiva.

²³⁵ Corte Suprema Sentencia Rol 4573/2001, 15 de mayo de 2002.

²³⁶ Este argumento, la llamada 'excepción de pago', tuvo vigencia durante muchos años como motivo de disminución, cuando no derechamente de rechazo, de montos exigidos como reparación por vía judicial. Es un argumento particularmente cínico en el caso de sobrevivientes, sobre todo en la época del fallo Domic Bezic (es decir, previo al Informe Valech I y las leyes de reparación subsiguientes a ello), dado que muchas de las medidas administrativas existentes a la época estaban destinadas solamente a familiares de víctimas ausentes (en particular, las medidas económicas).

²³⁷ Ver, sobre los orígenes estratégicos y fácticos del universo de demandas civiles, Andrea Gattini y Francisco Bustos, "El Caso Paine, Episodio Principal, contra Nelson Iván Bravo Espinoza y otros: Imprescriptibilidad de la acción civil e ineficacia de la excepción de cosa juzgada en casos de crímenes de lesa humanidad", *Anuario de Derechos Humanos*, N° 18(2), 2022, pp. 235-6.

parte, el de las demandas civiles generadas en el transcurso de una investigación penal, que ofrecen la posibilidad de valerse de los hechos probatorios expuestos en el marco de la misma. Y por otra, las demandas civiles generadas en forma autónoma ante la justicia civil, las cuales enfrentan obstáculos probatorios específicos, sobre todo si no hay investigación penal ya concluida, ni relato de una Comisión de la Verdad que el tribunal esté dispuesto a admitir.²³⁸ Con todo, el trato dado a demandas civiles ha sido notoriamente poco uniforme.²³⁹ Una de las principales fuentes del trato diferencial fue eliminada en diciembre del 2014, durante la presidencia de la Corte Suprema del ministro Sergio Muñoz –a la sazón también ministro coordinador de causas de DDHH. El 26 de diciembre de 2014, el pleno de la Corte adoptó el Acta administrativa 233-2014, según la cual las demandas civiles por hechos relacionados con la dictadura pasarían a ser vistas, en casación, por la Sala Penal de la Corte.²⁴⁰ Esta unificación de criterios obró, en los hechos, a favor de las y los demandantes, redundando en la consolidación del reconocimiento explícito de que la imprescriptibilidad que se les reconoce a crímenes de lesa humanidad en su aspecto penal, también rige en materia civil.²⁴¹

En los años sucesivos –alimentado, en parte, por pronunciamientos y actuaciones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH)–²⁴² se empezó tímidamente a ganar respuestas más favorables en ambas clases de demanda civil (con y sin arista penal). Hubo además un

²³⁸ La tendencia de exigir calificación ante una Comisión de la Verdad como base para una demanda es del todo infundada, siendo que el estatus jurídico de verdades administrativas de esta índole nunca ha sido formalizado. Tampoco el tema ha sido tratado en forma consistente con certificaciones del programa estatal PRAIS, siendo desestimadas en numerosas oportunidades –pero aceptadas en otras– como constataciones del daño causado. Además, son múltiples los hechos victimizantes que caen fuera del mandato acotado y estrecho de la Comisión Valech, en particular.

²³⁹ Ver *Informes* 2011, 2012 y 2013.

²⁴⁰ Antes del Acta, demandas civiles solas (sin arista penal acompañante) iban a la Tercera Sala, Sala Constitucional, en que aún prevalecía una posición favorable a la prescripción extintiva. En contraste, la Segunda Sala (sala penal) reconoce, desde 2006, la calidad de crímenes de lesa humanidad a la mayor parte de los crímenes represivos y, desde fines de 2008, que la calidad de imprescriptibilidad que dichos crímenes revisten se extiende a su aspecto civil.

²⁴¹ No sin pasar por retrocesos. Ver por ejemplo Observatorio JT, Principales Hitos, op. cit., hitos 26 y 27, casos Grober Venegas Islas y Eduardo González Galeno. En este último, resuelto en enero de 2013, el Pleno de la Corte intentó imponer un punto de inicio para el cómputo de la prescripción civil, decidiéndose por la fecha de publicación del Informe Rettig (1991). No obstante, la Sala Penal, en la próxima causa relevante que vio, resolvió indemnizar a pesar de que la mencionada condición no se cumplía (CSJ Rol 64-2009, caso Cecil Alarcón, 18 de julio de 2013).

²⁴² En el caso *García Lucero* la Corte afirmó la compatibilidad entre medidas de reparación judiciales y administrativas: “la existencia de los programas administrativos de reparación (...) no puede llegar a violar el libre y pleno ejercicio del derecho a las garantías judiciales”, Corte IDH, *García Lucero y otras contra Chile*, Sentencia del 28 de agosto de 2013. En Órdenes Guerra, por primera vez la Corte avaló en forma explícita la imprescriptibilidad civil de crímenes de lesa humanidad, invocando deberes de control de convencionalidad y felicitando a la Corte Suprema por el cambio

uso exitoso, aunque poco conocido, de un recurso civil en los tribunales domésticos de un tercer país (los EEUU). Ello redundó, años más tarde, en la pérdida, por parte de uno de los asesinos de Víctor Jara, de su nacionalidad estadounidense adquirida.²⁴³ En el plano local, mientras tanto, quedó en relativa desventaja un grupo importante de demandantes que habían interpuesto demandas civiles antes del cambio de criterio sobre imprescriptibilidad, y/o en tiempos en que sus recursos de casación habían sido vistos, y rechazados, por la Sala Constitucional de la Corte Suprema. Esos familiares y/o sobrevivientes se tuvieron que enfrentar con un nuevo argumento de parte del Consejo de Defensa del Estado, que empezó a alegar, y ganar, denegaciones o reversiones de indemnización, basado en la cosa juzgada (es decir, alegando que, al existir una sentencia previa, el Estado no podía volver a discutir la materia, dejando dicha sentencia en pie, aunque en ella se hubieran vulnerado diversas obligaciones del Estado). Se daba incluso el efecto pernicioso de introducir diferencias en la respuesta judicial a un mismo grupo de demandantes afectados por un mismo crimen, si entre el grupo figuraban algunas personas que habían emprendido demandas civiles anteriores, denegadas, y otras que no. Entonces con la cosa juzgada el CDE podía cambiar sus argumentos: el Fisco no tendría que responder, ya no porque el daño no existiera ni porque el Estado no sería demostrablemente el responsable de ello, sino a causa de un intento anterior de hacer valer los mismos derechos que había resultado infructuoso (aunque fuera por criterios erróneos, ahora superados). En la práctica, se imponía un castigo a las personas sobrevivientes o familiares por haber sido vanguardistas en hacer valer sus derechos, habiendo reclamado la reparación por vía judicial antes de que el Estado fuera capaz de reconocérsela.

Dicha posición, y las injusticias e inequidades que producía, perduró hasta hace muy poco, a pesar de que ya en 2018, en la sentencia *Órdenes Guerra*, la Corte IDH había adelantado que, si bien la cosa juzgada constituye “un principio garantizador que debe ser respetado en un Estado de derecho”... “en este tipo de casos el instituto de la cosa juzgada no debería

de criterio que había tomado lugar mientras el caso se encontraba en trámite. Corte IDH, *Órdenes Guerra y otros contra Chile*, 29 de noviembre de 2018. Sobre ambos casos ver, además, sección 2.6.

²⁴³ En junio de 2016, un corte distrital en Florida, EEUU, responsabilizó civilmente a Pedro Pablo Barrientos por la tortura y asesinato de Víctor Jara en el Estado Chile –hoy Estadio Víctor Jara– en 1973. El veredicto llevó directamente a la revocación, en junio de 2023, de la nacionalidad estadounidense que Barrientos adquirió en 2010. Debería redundar finalmente en su expulsión del territorio, como ha sucedido en casos similares involucrando perpetradores salvadoreños. US District Court, Middle District of Florida, Orlando Division, case no. 6:22-cv-1252-RBD-EJK, 17 de junio de 2023, y ver Observatorio JT (2023), op. cit., hito 33.

constituir un obstáculo para que las víctimas [...] puedan finalmente acceder a las reparaciones que les puedan corresponder por vía judicial”.²⁴⁴ Esta última barrera finalmente empezó a ceder en junio del 2022, cuando la Corte Suprema dio un paso destacado en un caso antes alcanzado por la excepción de cosa juzgada. Se trata del episodio principal del caso Paine. Junto a revocar la concesión de prescripción gradual en lo penal, la Corte rechazó la invocación de la cosa juzgada con la cual el CDE pretendía denegar la indemnización a algunas de las familias de las 38 víctimas involucradas. Para ello la Corte reconoció en forma explícita su deber de control de convencionalidad, declarando que en atención a ello “se constata la irrelevancia de cualquier excepción de cosa juzgada en relación con la acción civil que pretende la reparación íntegra de los daños”.²⁴⁵ Se declaró, en efecto, una suerte de ‘cosa juzgada ineficaz’ en relación con las resoluciones anteriores.

Bustos y Gattini (2022) se refieren al fallo como una “histórica sentencia que hace primar las obligaciones internacionales por sobre las excepciones de derecho interno”.²⁴⁶ En efecto es un fallo potencialmente trascendente en tanto reconoce que el efecto de la excepción de cosa juzgada no debe ser impedimento para que el Estado cumpla con su obligación de reparar, cuando esta procede de una responsabilidad internacional que Chile soberanamente ha adquirido.²⁴⁷ Dado que la aplicación, en los últimos años, de la excepción de cosa juzgada ha provocado el rechazo de decenas de demandas interpuestas por segunda vez –hecho que ha motivado diversas peticiones, en la actualidad, bajo examen ante el SIDH–, esta reciente línea jurisprudencial de la Corte Suprema, de sostenerse, podría ser beneficiosa para numerosos casos actuales y futuros. Asimismo, sería ventajoso para el Estado de Chile que, de esta manera, avanzaría –e incluso se destacaría entre sus pares– en el cumplimiento de sus responsabilidades internacionales en esta materia. Ahora bien, dada la naturaleza e importancia de la institución de la cosa juzgada, tanto las y los demandantes, como la Corte, fueron cautelosos en señalar, en palabras de Gattini y Bustos, que “[n]o se falla ... en contra de la cosa juzgada propiamente tal, se falla en favor del deber de reparación”.²⁴⁸ Así la Corte, al sustentar su cambio jurisprudencial, “[n]o ... desconoce de ninguna manera la importancia de la cosa juzgada como mecanismo que procura la certeza jurídica, como tampoco se desconoce la validez y legalidad de los juicios civiles originalmente

²⁴⁴ Corte IDH, *Órdenes Guerra*, op. cit., párrs. 113 y 114.

²⁴⁵ Corte Suprema, Sentencia Rol 149.250-2020, 14 de junio de 2022.

²⁴⁶ Gattini y Bustos, op. cit., p. 231.

²⁴⁷ Ver también el cumplimiento del Estado de Chile de la sentencia de la Corte IDH en el caso *Norín Catrیمان contra Chile*, 29 de mayo de 2014.

²⁴⁸ Andrea Gattini y Francisco Bustos, op. cit., p. 249.

planteados por demandantes. En su lugar, se reconoce que la Constitución sitúa en un lugar preeminente a los tratados sobre derechos humanos, así como la exigencia de adecuar la normativa interna.”²⁴⁹ Desde la dictación de esa decisión hasta el cierre estadístico de la presente edición, la Corte ha dictado al menos cinco fallos definitivos más, aplicando ese mismo criterio jurisprudencial.²⁵⁰

Igual o más llamativa ha sido la evolución reciente de la invocación de la cosa juzgada fraudulenta en materia penal. Habiendo buscado una figura inédita (“cosa juzgada ineficaz”) para referirse a su propio actuar anterior incluso en materia civil, podría suponerse que la Corte se muestre aún más reticente a aludir a sus actuaciones previas en materia penal, o modificarlas. Incluso se preveía que la causa de Carmen Gloria Quintana y Rodrigo Rojas de Negri,²⁵¹ cuya resolución se espera prontamente, sería la primera prueba definitiva de si la Corte estuviese dispuesta o no a distanciarse, en estos términos categóricos, de decisiones tomadas en tiempos postdictadura.²⁵² No obstante, en el caso Soria, resuelto el 22 de agosto de 2023, la Corte no demostró reparos en declarar cosa juzgada fraudulenta respecto de la invocación del Decreto Ley de Amnistía en una sentencia emitida por el mismo máximo tribunal, a mediados de los noventa.²⁵³

Si efectivamente se ha superado la barrera de la cosa juzgada, la atención necesariamente se debe centrar en la otra principal fuente de disparidad en materia de reparación por indemnización: la fijación del monto indemnizatorio.²⁵⁴ La Corte Suprema ha señalado que es deber de las y los juzgadores, “analizar cada caso en base a sus especificidades y particularidades”, siendo insuficiente “utiliza(r) como parámetro sumas reguladas en otras causas por hechos similares”, ni que se empiece a operar con una suerte de ‘escala fija’ por categoría de parentesco.²⁵⁵ Así, en el caso por la desaparición forzada de Humberto Cerda Aparicio,²⁵⁶ la

²⁴⁹ *Ibid.*

²⁵⁰ Corte Suprema, Sentencia Rol 36.319-2020, 23 de septiembre de 2022; Rol 862-2022, 20 de febrero de 2023; Rol 25384-2021, 2 de marzo de 2023; Rol 72024-2020, 28 de marzo de 2023; y Rol 122163-2020, 16 de junio de 2023.

²⁵¹ Juan Pablo Mañalich, “Cosa juzgada fraudulenta en el caso ‘quemados’” *Política criminal*. vol.16, no.31, 2021.

²⁵² Siendo que en los casos penales anteriores en que se ha declarado cosa juzgada fraudulenta, siempre ha sido sobre una decisión tomada en su totalidad, o en parte, por tribunales militares y/o en tiempos de dictadura: por ejemplo, el caso hermanos Vergara Toledo (CSJ Rol 7.089-2009, 4 de agosto de 2010)

²⁵³ En que se sobreescribió el caso, en 1996, a través del Decreto Ley de Amnistía. Ver el fallo reciente, CSJ, Rol 36.336-19, 22 de agosto de 2023.

²⁵⁴ Ver *Informe 2021* para un primer acercamiento.

²⁵⁵ Corte Suprema, Sentencia Rol 269-2021, 1 de marzo de 2023.

²⁵⁶ Corte Suprema, Sentencia Rol 30196-2020, 14 de marzo de 2023.

Corte reafirmó la improcedencia de utilizar criterios tales como el “Barremo Jurisprudencial Estadístico del Poder Judicial”.²⁵⁷ Si bien resulta deseable que la determinación de los montos indemnizatorios obedezca a un examen detallado de las consecuencias particulares de la violación, y el daño moral causado, también se deben considerar los estándares internacionales aplicables. Estos incluyen, en particular, la Resolución 60/147 de la Asamblea General de Naciones Unidas, que estipula que la indemnización, como toda otra clase o forma de reparación de esta clase de crímenes, debe considerar y reflejar la gravedad de los hechos.

3.3.1. Reparación simbólica por vía judicial – disolución de condenas espurias dictadas por tribunales militares en tiempo de guerra

Aunado a la evolución en materia de demandas civiles, reportada en la sección inmediatamente anterior, han empezado a diversificarse las formas de reparación otorgadas en sede judicial. En la presente sección ponemos el foco en la reversión, tardía pero muy necesaria, de una de las más flagrantes injusticias infligidas directamente por el mismo sistema de justicia: las sentencias arbitrarias impuestas por tribunales militares no-competentes, contra personas civiles. Se trató de acciones destinadas a extender un manto de supuesta legalidad sobre una parte de la represión dictatorial, condenando a opositores por delitos inexistentes, falsificando o inventando pruebas, y/o usando la tortura para extraer supuestas ‘confesiones’ carentes de toda veracidad.

Hoy en día, como hemos remarcado en *Informes* anteriores, en pos de cumplir con el fallo de la Corte IDH en el caso *Maldonado Vargas y otros contra Chile*, se ha designado el recurso de revisión ante la Corte Suprema como el canal a través del cual las personas afectadas pueden por fin deshacerse formalmente de las condenas falsas que aún arrastran. Así se deja constancia, en la misma sede judicial, de que lejos de ser ‘criminales’ o ‘terroristas’, fueron víctimas de aberraciones jurídicas practicadas en su contra. Se trata, como también hemos remarcado, de un remedio imperfecto, ya que deja la iniciativa a la persona afectada y/o a su familia, en vez de disolver en forma proactiva y colectiva las sentencias en cuestión. De todos modos, ya se suman varias resoluciones en que la Corte Suprema explícitamente ha reconocido “la existencia de un método, patrón o sistema general de menoscabo físico o mental y de afrenta a su dignidad, al que fueron sometidos los acusados ante los Consejos de Guerra (...) los

²⁵⁷ Se trata, según la página web del Poder Judicial, de una herramienta “de carácter referencial y no vinculante (...), que permite el acceso a jurisprudencia, estadísticas y tablas de montos indemnizatorios mínimos y máximos fijados en materia de daño moral respecto de casos similares”.

que fueron cometidos por parte de sus interrogadores, celadores u otros funcionarios que intervinieron en el procedimiento (...) con el objeto de obtener su admisión o confesión de los hechos que se les atribuían”.²⁵⁸ Por ende, se han declarado espurias dichas condenas, disolviendo sus efectos y restableciendo así, el reconocimiento estatal de la dignidad inherente de las personas afectadas, y de su buen nombre en cuanto personas totalmente inocentes de los cargos falsos imputados.

Desde el primer recurso en ser resuelto, en 2016,²⁵⁹ se han dictado un total de 37 sentencias de esta índole, ocho de ellas en los dos períodos estadísticos más recientes, declarando la absolución y total inocencia de un total de 17 personas injustamente condenadas.²⁶⁰ Resulta novedoso además para este período, que luego de dictadas las mencionadas resoluciones definitivas por parte de la Corte Suprema, las personas afectadas han tomado dos caminos legales distintos en aras de obtener una reparación del daño causado. Uno de ellos ha sido la interposición de demandas civiles, en el marco de procedimientos ordinarios de hacienda dirigidos contra el Fisco (representado por el CDE). El otro ha sido una declaración que se impetra ante la Corte Suprema para que declare injustificadamente erróneas o arbitrarias estas decisiones condenatorias, conforme al artículo 19 N° 7, inciso segundo literal i), de la Constitución de 1980. Con dicha declaración, se procede ante un tribunal civil para que este, en un procedimiento breve y sumario también dirigido contra el Fisco, determine la indemnización correspondiente. Entre julio de 2021 y junio de 2023, inclusive, hemos identificado tres sentencias de este segundo tipo, contemplando un total de 24 personas.²⁶¹

En la tramitación de estas declaraciones previas de error judicial, nuevamente debemos advertir que resulta lamentable la posición del CDE, que se opone también a estas pretensiones de reparación por parte de quienes no solamente fueron condenados en forma injusta, por tribunales que no tenían competencia sobre ellos, sino además lo fueron en base a ‘pruebas’ obtenidas mediante represión y tortura. No obstante, el CDE ha usado dos

²⁵⁸ Corte Suprema, Sentencia Rol 150.176-2020, 10 de noviembre de 2022.

²⁵⁹ En el caso de los “aviadores constitucionalistas”: Corte Suprema, Consejo de Guerra FACH Rol 1-73, 3 de octubre de 2016.

²⁶⁰ Corte Suprema, Sentencia Rol 76.358-2020, 9 de agosto de 2021; Rol 79.500-2020, 18 de agosto de 2021; Rol 79.497-2020, 25 de agosto de 2021; Rol, 92937-21, 3 de junio de 2022; Rol 150.176-2020, 10 de noviembre de 2022; Rol 127.171-2020, 10 febrero de 2023; Rol 10.564-2022, 13 de marzo de 2023, y Rol 79.866-2020, 27 de marzo de 2023.

²⁶¹ Corte Suprema, Sentencia Rol 2.627-2020, 14 de septiembre de 2021; Rol 104.623-2020, 10 de noviembre de 2022; y Rol 90.651-2020, 14 de marzo de 2023. El total supera a las 17 personas mencionadas en el párrafo anterior, porque algunas de las declaraciones realizadas en el período se fundamentan en sentencias de revisión emitidas con anterioridad.

líneas de argumento. Una es, nuevamente, la excepción de pago, en virtud de la cual supuestamente las y los expresos políticos ya habrían recibido reparación (administrativa) y, por tanto, según el CDE, no debía prosperar la declaración de error judicial.²⁶² Una segunda línea planteada por el CDE ha sido alegar que el carácter de comisión especial de los Consejos de Guerra impide considerar sus dictámenes como capaces de generar responsabilidad del Estado por actos del juzgador. Al respecto, la Corte Suprema ha señalado la contradicción evidente entre dicha posición y la conducta previa del CDE, al solicitar la revisión de una sentencia dictada por los Tribunales de Justicia Militar en tiempo de guerra en la causa Rol 1-73 (“Fuerza Aérea de Chile contra Bachelet y otros”, conocida como “los aviadores constitucionalistas”). Como observó la Corte Suprema, “[en] los argumentos vertidos para respaldar la referida solicitud de revisión [el CDE] ha reconocido lo que ahora se niega: el carácter de resolución emanada de un órgano jurisdiccional, única forma de admitir su revisión, susceptible de ser invalidada por la transgresión flagrante de las normas del debido proceso en su dictación, posibilitando la dictación de una decisión acorde al ordenamiento jurídico; todo esto en el marco de una relación jurídica procesal que vincula a los mismos sujetos que comparecieron en el referido proceso de revisión”.²⁶³ Finalmente, y para resolver a favor de los solicitantes, la Corte reafirma, en el mismo fallo, que las flagrantes ilegalidades y/o atropellos en los que incurrieron los Consejos de Guerra no les priva, sin más, de carácter oficial para efectos de evaluar si el Estado debe o no hacerse responsable de sus efectos.

3.3.2. Otras formas de reparación no monetarias por vía judicial

La medida de satisfacción es, según la ONU, una de las formas necesarias de la reparación.²⁶⁴ Al respecto, se produjo una novedad en una sentencia dictada a mediados de 2022 por la Corte de Apelaciones de Santiago, en el cuaderno principal de la causa Operación Cóndor.²⁶⁵ Se trata de ordenar medidas específicas, y más bien simbólicas (o bien, no pecuniarias) en casos determinados: una práctica que la Corte IDH hace tiempo adoptó en las medidas de reparación que ordena, a veces siguiendo las solicitudes

²⁶² Corte Suprema, rol N° 90.651-2020, 14 de marzo de 2023.

²⁶³ Corte Suprema, rol N° 90.651-2020, op. cit.

²⁶⁴ Junto a restitución, indemnización, rehabilitación, y garantías de no repetición. ONU, *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*, aprobadas por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005, por Resolución 60/147.

²⁶⁵ Corte de Apelaciones de Santiago, “Operación Cóndor-cuaderno principal”, Sentencia Rol N° 4.545-2019-penal, 25 de julio de 2022.

del recurrente, a veces diseñando o sugiriendo medidas propias. No es la primera vez que querellantes o demandantes han solicitado a los tribunales nacionales disponer acciones de la misma índole, como parte de sus sentencias, pero previo a este fallo las y los sentenciadores nacionales se habían mostrado renuentes a hacerlo, con el argumento de que no podían dictar este tipo de medidas porque excedían su ámbito de competencia.²⁶⁶

En el caso particular, la Corte de Apelaciones ordenó, a título de reparación, que el Fisco “destin[e] la suma de [CLP] \$15.000.000 para que a través del Ministerio de Educación se adquieran libros sobre la temática de los Derechos Humanos, que deberán entregarse equitativamente a todas las escuelas públicas de la comuna de Chiguayante”. Los libros serán instalados junto a una placa informando que fueron entregados “en memoria de Alexei Jaccard Siegler, víctima de violación a los Derechos Humanos durante la dictadura militar”. Asimismo, se ordenó la entrega de CLP \$75.000.000 a la Universidad de Concepción para instituir un premio, a nombre de la víctima, que será otorgado anualmente a un/a estudiante que desarrolle una investigación en temas de derechos humanos. Se trata de medidas específicamente solicitadas por la querellante, Paulina Veloso Valenzuela, cónyuge de Alexei, en vez del pago de una suma de dinero para sí. Además, el fallo ratificó la decisión del ministro Mario Carroza, en la sentencia de primera instancia, de: “ordenar la publicación de un extracto del fallo en el portal web de noticias del Poder Judicial, exhortar al Estado de Chile a que sus instituciones y demás reparticiones den cumplimiento a lo dispuesto en el “Reglamento de Servicio de Guarnición de las Fuerzas Armadas” e instar al Estado a dar cumplimiento a las obligaciones internacionales que ha contraído y a la propia legislación interna y que continúe haciendo los máximos esfuerzos para hallar a las víctimas”.²⁶⁷ Para fundamentar su decisión, la Corte de Apelaciones destacó “la especial naturaleza de los procesos por vulneraciones a los derechos fundamentales en que el demandado además es el Estado”, señalando que esta justifica que una sentencia no se limite a obligar pagos de sumas de dinero, “sino eventualmente [incluya] a otro tipo de satisfacciones, porque con ello se cumple la exigencia impuesta por la legislación internacional de los Derechos Humanos de reparación integral

²⁶⁶ Ver por ejemplo Caso Comando Conjunto, Alonso Gahona Chávez y otros, Sentencia Rol 120.133-p, 7 de abril de 2021, ministro Miguel Vázquez Plaza.

²⁶⁷ Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia Rol N° 4.545-2019-penal, 25 de julio de 2022.

de la víctima”.²⁶⁸ Al cierre de esta edición, la causa se encontraba en estado de acuerdo ante la Corte Suprema.²⁶⁹

En la misma línea, no dejan de ser relevantes las palabras recientes del presidente del máximo tribunal, Juan Eduardo Fuentes Belmar, al declarar que: “la reparación en esta materia [frente a crímenes de lesa humanidad] no se agota en la determinación de una responsabilidad penal determinada o de una indemnización pecuniaria específica. También existen acciones concretas de otro orden que, ejercidas dentro de las competencias legalmente establecidas, permiten realzar la importancia de respetar y garantizar valores imprescindibles para toda persona y sociedad (...). El aporte del Poder Judicial en este ámbito no solo se expresa en el ejercicio de sus facultades jurisdiccionales; también desde nuestras funciones no jurisdiccionales existen posibilidades de acción que suman a una reparación integral”.²⁷⁰

Otra forma reciente de procurar satisfacción ha implicado utilizar recursos de protección para dirigirse en contra de medios privados que funcionaron como la máquina de propaganda de la dictadura. No obstante, se trata de un esfuerzo que ha tenido poco éxito reciente, a pesar de un inicio alentador. Así, en 2019, familiares de dos personas extrajudicialmente ejecutadas obtuvieron una orden de retractación contra el diario *La Tercera*, tomando la emisión de una sentencia penal definitiva como base fáctica.²⁷¹ No obstante, acciones similares tomadas por dos grupos de familiares de víctimas de Operación Colombo han corrido una suerte distinta. Ello a pesar de que se trata de uno de los más notorios agravios mediáticos de toda la época dictatorial: la publicación por el diario *La Segunda*, el 24 de julio de 1975, de una portada con el título “Exterminados como ratones”.²⁷² En 2019, la Corte de Apelaciones de Santiago determinó rechazar en el fondo un recurso de protección interpuesto por la hermana de una víctima de Operación Colombo, quien acusaba insuficiencia en la respuesta de *La Segunda* a una solicitud de retractación que se le había formulado en forma directa (sin orden judicial mediante), luego de que un fallo penal estableciera la verdad jurídica sobre el hecho.²⁷³ En octubre de 2020 la Corte Suprema ratificó el rechazo

²⁶⁸ *Ibíd.*

²⁶⁹ Desde el 31 de julio de 2023, bajo el rol de ingreso N° 147.560-2022.

²⁷⁰ La ocasión fue una ceremonia de titulación póstuma de la Corte Suprema, de abogadas y abogados víctimas de desaparición o ejecución. Ver Observatorio Boletín 74, noviembre-diciembre 2022.

²⁷¹ Corte Suprema, Sentencia Rol 11.044-2019, 17 de septiembre de 2019 (Oyarzún con COPESA).

²⁷² La nota acompañante pretendía, además, encubrir el hecho de que se tratara de una masacre ejecutada por agentes de la dictadura, acusando que 59 víctimas se habrían matado entre sí mientras realizaban ejercicios guerrilleros en Argentina.

²⁷³ Cabe señalar que la retractación solicitada había sido parcialmente realizada en forma voluntaria. Lo que se cuestionaba era la suficiencia (en términos de visibilidad, y de reconocimiento explícito de la inaceptabilidad de su conducta histórica) de lo que el medio ya había accedido a hacer.

(aunque con un voto de minoría), hechos que motivaron una denuncia ante la CIDH. La emisión, a principios de 2023, de la sentencia penal final en la investigación de otro episodio de la misma operación,²⁷⁴ motivó a otro grupo de familiares a tomar una acción similar (nuevamente cuestionando la suficiencia de una rectificación que el medio accedió a realizar). Pero en esta oportunidad el recurso ni siquiera fue admitido.²⁷⁵ Entonces, y a pesar de los avances mencionados en la sección 2, los medios de comunicación y otros entes privados en Chile aún se mantienen relativamente intocados, y aparentemente impenitentes, ante el llamado a rendir cuentas, reconocer culpas, e intentar enmendar actuaciones.

4. MEMORIA

En Chile ha hecho falta, durante el período post-dictatorial entero, una política estatal de memoria que conduzca el recuerdo público sobre la dictadura de manera consistente y concertada, acentuando los aprendizajes cívicos que fortalecen la democracia. Dicha ausencia ha significado que la sociedad civil organizada ha sido el motor principal del proceso de memorialización, construyéndose en forma orgánica un calendario conmemorativo en torno a fechas significativas cuyo alcance se extiende mucho más allá del 11 de septiembre, y en que figuran múltiples iniciativas y formas de recuerdo en cada territorio, así como también, de modo creciente, en el espacio virtual. Aquella proliferación, por una parte, muy bienvenida, encierra un riesgo de regresividad dada la ausencia, hasta ahora, de acciones decididas del Estado para impedir que se desvirtúen, se relativicen, o derechamente se nieguen los graves crímenes cometidos, a pesar de las verdades administrativas y judiciales que se han ido construyendo en las Comisiones de Verdad y los tribunales de justicia. Es por ello bienvenido el anuncio, hecho a principios de septiembre, de una agenda legislativa que pretende implementar una Política Nacional de Memoria y Patrimonio, *inter alia* para mejorar el financiamiento y mantención de los espacios de memoria, y fortalecer su regulación. Es de esperar que las distintas bancadas y fuerzas políticas representadas en el Parlamento actúen con seriedad, responsabilidad y altura de miras ante tal iniciativa, ya que los fines que

²⁷⁴ Operación Colombo, cuaderno principal (Corte Suprema, Rol 25.384-2021, 27 de febrero de 2023).

²⁷⁵ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol de ingreso N° 9.992-2023-protección, *Andrónicos contra El Mercurio S.A.P – La Segunda*, interpuesto el 26 de mayo de 2023, declarado inadmisibile por la Corte de Apelaciones el 30 de mayo de 2023, inadmisibilidad confirmada por la Corte Suprema el 20 de junio de 2023.

persigue son un bien común que favorece a todas y todos, independiente de color político.

En tanto, en el escenario actual, ausente tal política de memoria y los acuerdos morales y éticos mínimos que debieran sostenerla, en el período se pueden observar logros o avances en algunas áreas tales como la construcción, cofinanciación, o declaración de nuevos memoriales o sitios de memoria, y/o la sanación del espacio público de elementos que celebran el autoritarismo; pero a su vez se registran retrocesos, esfuerzos descoordinados, o pasos en falso. Hechos ilustrativos incluyen una iniciativa ciudadana para retirar una señalética que asocia el nombre de Augusto Pinochet a la Carretera Austral. La imponente instalación ha ocupado, durante muchos años, un lugar muy prominente en el pueblo La Junta, al inicio de la carretera. Ante la iniciativa de cambio, para lo cual se impulsó una recolección de firmas en la plataforma Change.org, el Gobierno estaría evaluando sustituir la señalética por una que homenajea al cuerpo militar que trabajó en la construcción de la carretera.²⁷⁶ Cabe recordar que no es la primera vez que este lugar se incluye en solicitudes de retiro de monumentos: en 2017, la Cámara de Diputadas y Diputados aprobó el Proyecto de Resolución N° 920, solicitando a la entonces presidenta Bachelet “el retiro de aquellos monumentos que exalten la figura de las personas que formaron parte de la Junta Militar y, en su caso, renombrar aquellos espacios situados en bienes nacionales que actualmente rinden tributo a dichas personas”.²⁷⁷ La Resolución estuvo antecedida por el proyecto de ley que procura prohibir homenajear y/o exaltar la dictadura cívico-militar, presentado por la diputada Karol Cariola en el año 2014, pero que desde 2018 no registra ninguna actividad o avance.²⁷⁸

Buscando fines similares, mejor suerte tuvo el largo camino judicial emprendido para el retiro de la estatua del golpista, excomandante en jefe de la Armada, y exintegrante de la Junta dictatorial José Toribio Merino, desde el frontis del Museo Marítimo de Valparaíso, a solicitud del abogado y sobreviviente Luis Mariano Rendón y de la Corporación Memoria Histórica. El monumento fue finalmente retirado por la Armada en junio de 2022, luego de que la Corte de Apelaciones de Santiago acogió un recurso de protección.²⁷⁹ El fallo hace referencia a las obligaciones del Estado en materia de

²⁷⁶ *La Tercera*: “¿Se va Pinochet de La Junta? Gobierno planea reemplazar monumento en plena carretera austral por los 50 años del Golpe”, 5 de junio de 2023.

²⁷⁷ Infogate.cl: “Diputados de Nueva Mayoría piden a Presidenta Bachelet retirar monumentos que recuerden dictadura militar”, 12 de septiembre de 2017.

²⁷⁸ Cámara de Diputados y Diputadas, Boletín 9746-17.

²⁷⁹ Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia Rol 37.319-2021, 17 de junio de 2022. Ver también *Informe 2020, e infra*, sección 5.5.

garantías de no repetición y “debida reparación”,²⁸⁰ y rechaza la justificación de la Armada –de que se trata de un excomandante en jefe– señalando que “fue precisamente, en esa calidad que éste participó y dirigió las fuerzas navales en contra del gobierno de la época, legítimamente constituido” (...) y que “formó parte [de un régimen de facto] como miembro de la Junta Militar, responsable de muertes, desapariciones y torturas de innumerables personas, de las cuales, a casi 50 años, los tribunales de justicia siguen conociendo”.²⁸¹ La Corporación ha seguido trabajando en la misma línea, interpellando a la Armada, Carabineros, y los Ministerios de los que dependen (ver sección 5.5, *infra*). Por otra parte, y luego de una larga espera, se cumplió el anhelo de la familia de Sergio Tormen Méndez, campeón de ciclismo y militante del Movimiento de Izquierda Revolucionaria (MIR), desaparecido por la dictadura en 1974, de ver el velódromo del Estadio Nacional bautizado con el nombre de su familiar.²⁸²

La importancia, y a veces las dificultades, de asegurar participación, acogimiento, y ojalá incluso unanimidad entre comunidades geográficas y/o de personas interesadas alcanzadas por esta clase de iniciativas es ilustrada, *inter alia*, por el caso de la ex calle Regimiento, de Puerto Montt, que fue renombrada como “Los Deportistas” en homenaje a cuatro futbolistas asesinados por efectivos de la Fuerza Aérea en 1974.²⁸³ Un grupo local ha solicitado la revocación del cambio, alegando inconveniencias administrativas ocasionadas por dicho cambio.²⁸⁴ Mayor ruido fue el suscitado por una iniciativa del Concejo Municipal de Santiago de acoger, en el marco de los 50 años, solicitudes ciudadanas que incluyeron once cambios de nombre de calles, nueve de ellos a nombres de personas desaparecidas y/o ejecutadas por la dictadura.²⁸⁵ Las inquietudes anteriores se centraban en lo lícito o no del reemplazo de los nombres, en objeciones que algunas fuentes relativizaban como posiciones negacionistas y/o de ultraderecha; mientras que *ex post*, se lamentaba que una de las propuestas borró el nombre original de la calle Santa Mónica, emblemática sede del Comité

²⁸⁰ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 37.319-2021, op. cit., y DiarioUchile: “Corte de Apelaciones ordena a la Armada retirar estatua del almirante Merino del Museo Marítimo”, 17 de junio de 2022.

²⁸¹ Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia Rol 37.319-2021, op. cit.

²⁸² Cultura.gob.cl: “Velódromo del Estadio Nacional se llama Sergio Tormen en homenaje a ciclista detenido desaparecido”, 30 de abril de 2023.

²⁸³ Véase *Informe 2021*.

²⁸⁴ SoyChile.cl: “Vecinos de calle Los Deportistas de Puerto Montt inician campaña para revocar cambio de nombre”, 3 de mayo de 2023. Cabe señalar que el grupo, al parecer, no se opone a la conmemoración en sí, habiendo sugerido que, en lugar del cambio de nombre de calle, se erija un monolito.

²⁸⁵ Entre ellas Alicia Aguilar Carvajal, muerta por balas militares en 1973, con tan solo seis años de edad, mientras jugaba en las afueras de su casa.

ProPaz, antecesor a la Vicaria de la Solidaridad.²⁸⁶ A su vez, siguiendo el mismo patrón de acciones autogestionadas que mencionamos a inicios de la sección, desde hace tiempo se han hecho notar, en el sector del centro cívico, barrio universitario y barrio Brasil de la capital, intervenciones callejeras reemplazando letreros oficiales, en varias intersecciones, con etiquetas autoadhesivas que llevan los nombres de personas detenidas-desaparecidas o ejecutadas. Acciones similares fueron realizadas en estaciones del Metro en 2019, en aquella ocasión con un impulso específicamente feminista.

Adicionalmente, aunque con menor intensidad que en años anteriores, se han continuado registrando agravios a espacios de memoria a lo largo del país. Entre 2018 y 2022 se conocieron al menos 118 hechos agraviantes, 39 de ellos durante 2021 y 2022.²⁸⁷ La mayor parte de los ataques afectan a memoriales (45,8%), luego a sitios de memoria (36,4%). La Región Metropolitana concentró la mayor proporción de los reportes, con un 40,7% del total, seguida por Valparaíso (16,9%) y Biobío (10,2%). Los espacios de memoria cumplen una importante función social de constituir medidas de satisfacción, en el marco de las obligaciones estatales de reparación y garantías de no repetición, pero solamente pueden cumplir estas funciones si son accesibles a toda la ciudadanía. Es, por tanto, preocupante que el Estado no disponga de acciones efectivas para proteger, sustentar y mantener estos espacios. En ese sentido, es positivo, aunque tardío, el anuncio de que por fin se estaría por concretar la relocalización del monumento “Mujeres en la Memoria. Monumento a las Mujeres Víctimas de la Represión Política 1973-1990”, actualmente ubicado en el bandejón central de la Alameda sobre la estación Los Héroes del Metro, en Santiago. El monumento, inaugurado en 2006, ha pasado mucho más de la mitad de su vida en un estado de absoluto deterioro y destrucción, como hemos denunciado en reiteradas oportunidades en *Informes* anteriores. Se ha anunciado que será reconstruido y reubicado en el emplazamiento para el cual originalmente fue diseñado, en el Paseo Bulnes, si bien no se incluye

²⁸⁶ Elmostrador.cl: “Las historias de niñas y mujeres ejecutadas detrás del renombre de calles en Santiago”, 9 de agosto de 2023, y Elmostrador.cl “Lamentan cambio del nombre a calle del Comité Pro Paz: ‘violenta la memoria de los derechos humanos’”, 11 de agosto de 2023.

²⁸⁷ Fuente: Unidad de Cultura, Memoria y Derechos Humanos del Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio (2023), Informe de Agravios a Lugares y Sitios de Memoria entre los años 2018 y 2022, Santiago: Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio (MinCAP).

información sobre medidas que se dispondrían para que corra mejor suerte en esa nueva ubicación.²⁸⁸

Es destacable, además, que desde 2022 se haya otorgado el estatus de Monumento Nacional a once sitios de memoria, varios de los cuales estaban en espera de esta medida –desde el gobierno anterior– por la protección legal que supone para esos espacios. Incluyendo a estas nuevas designaciones, al cierre de edición del presente capítulo, el número total de sitios protegidos, a través de la Ley 17.288, asciende a 48. A la vez, desde fines de 2022, el Estado a través de distintas reparticiones ha entregado cinco sitios de memoria, en concesión de uso gratuito o en permiso de uso, a las organizaciones que durante años lucharon para su recuperación. Ello permite que un total de 16 sitios, en distintas partes de Chile, estén abiertos a la ciudadanía para fines educativos. A lo anterior se agregó, el 1 de septiembre, el anuncio de la exitosa conclusión de gestiones para la expropiación del exrecinto de detención ubicado en la calle Irán 3037 de la comuna de Macul, Santiago, lugar hecho notorio por su asociación con la práctica de violencia represiva extrema, de índole sexual.²⁸⁹ Simultáneamente, el Servicio Nacional del Patrimonio Cultural se encuentra implementando el Programa Sitios de Memoria, dirigido a apoyar la gestión patrimonial de estos espacios.²⁹⁰

Sin duda los sitios de memoria van a figurar prominentemente en la agenda pública en lo que respecta a la conmemoración de los 50 años del golpe por parte del Estado. La mayoría de las actividades oficiales –y no oficiales– anunciadas o registradas a la fecha, están asociadas a, o tomarán lugar en, estos espacios.²⁹¹ Asimismo, se nos ha informado de la destinación específica de recursos para una nueva Ruta de Memoria que une el Patio 29 con el Memorial en el Cementerio General de Santiago, y para un monolito y placa peatonal a instalarse en la calle Morandé para conmemorar las víctimas del bombardeo a La Moneda.²⁹² También, se nota un fuerte énfasis en el uso activo de sitios y espacios de la memoria en las acciones

²⁸⁸ Cultura.gob.cl: “Ministra de las Culturas anuncia reubicación y reconstrucción de ‘Mujeres en la Memoria. Monumento a las Mujeres Víctimas de la Represión Política 1973-1990’”, 7 de marzo de 2023.

²⁸⁹ Anuncio realizado por el Ministerio de Vivienda y Urbanismo, Diario Oficial No. 43.642, 1 de septiembre de 2023.

²⁹⁰ Servicio Nacional de Patrimonio Cultural, Resolución exenta n° 0452 de 4 de abril de 2023, por medio de la cual se “aprueba las bases de convocatoria pública del programa denominado Sitios de Memoria: reconocimiento, resguardo y sostenibilidad patrimonial, del servicio nacional del patrimonio cultural, de acuerdo a la partida 29, capítulo 03, programa 01, asignación 210, de la Ley 21.516, de presupuesto para el sector público, año 2023”.

²⁹¹ Fuente: <https://www.50.cl>, una plataforma estatal que se ha puesto a disposición, bajo el alero del MinCAP, para concentrar la comunicación de iniciativas de diversa índole relacionadas con la conmemoración de los 50 años del golpe, bajo el lema “Democracia es memoria y futuro”.

²⁹² Además de “trabajo coordinado” entre varios ministerios para contemplar acceso público y un memorial para Lonquén. Respuesta escrita recibida el 16 de agosto de 2023 desde la Subsecretaría de DDHH, op. cit.

que se incluyen en el segundo Plan Nacional de DDHH (período 2022-2025). Diez de las 13 acciones que se anuncian en torno a la meta “[a] segurar el acceso a la verdad, a la investigación y sanción de todos los casos de violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos cometidos en dictadura, la reparación de las víctimas de estos crímenes y la preservación de la memoria histórica”, se vinculan específicamente a sitios y espacios de memoria. Junto con celebrar este hecho, es importante recalcar la importancia de que la conmemoración y la memoria no se acoten a, ni se privaticen en, lugares determinados, sino que permeen todos los espacios *públicos*, físicos, virtuales, y discursivos, *inter alia* para contrarrestar las fuertes tendencias hacia la relativización y la negación, comentadas *supra* en la sección Verdad.

5. GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN

Un entendimiento amplio del concepto de garantías de no repetición (GNR) podría considerar que la situación general en derechos humanos que prevalece en cualquier país posdictatorial o postconflicto, constituye un indicio del éxito que ha tenido en aprender lecciones de su pasado reciente. En este sentido, la totalidad de los capítulos del presente *Informe* dan cuenta de aciertos, pero también de importantes vacíos, en el recorrido de Chile a 50 años del golpe de Estado, y a casi dos décadas y media de recuperada la democracia. Pero el presente capítulo opera en base a una concepción más acotada del concepto de garantías de no repetición (GNR), en que, conforme señaló el entonces Relator Especial de las Naciones Unidas en la materia, el objetivo específico y prioritario de prevención en un marco de justicia transicional, es evitar la recurrencia de violaciones de tipo grave y/o sistemática.²⁹³ Con esta mirada, cobran especial relevancia los capítulos del presente *Informe* que abordan la respuesta lenta, parcial y aún deficiente del Estado frente a las vulneraciones a los derechos humanos cometidas por integrantes de fuerzas armadas de orden y seguridad, en el contexto de la violencia represiva desatada durante la irrupción social de 2019.²⁹⁴ A su vez, el Relator actual ha recalcado que hoy por hoy, violaciones sistemáticas tienden a tener múltiples raíces y puntos de origen, involucrando a veces a actores no estatales, entre ellos empresariales, como perpetradores y

²⁹³ ONU A/HRC/30/42, *Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición*, Pablo de Greiff, 7 de septiembre de 2015.

²⁹⁴ Respuesta que, según se informa, pretende apoyarse en algunos de los programas inicialmente creados en respuesta a la represión dictatorial, por ejemplo, el PRAIS. Fuente: respuesta escrita recibida el 16 de agosto de 2023 desde la Subsecretaría de DDHH, op. cit.

facilitadores.²⁹⁵ Ello vuelve a ampliar el campo de actuación, llevando a que la justicia transicional legítimamente abogue por transformaciones progresivas y profundas en sociedades posconflicto o posautoritarias; asimismo, que atienda a las dimensiones sociales, colectivas y culturales de la prevención de violencia y de graves violaciones. Es acorde a dicha interpretación, por ejemplo, celebrar iniciativas para actualizar y fortalecer la actual Ley antidiscriminación, al ser consonantes con la meta de promover GNR en aras de la justicia transicional.²⁹⁶

La amplitud del desafío de promover una cultura respetuosa de los DDHH implica, además, que –sin perder la centralidad del Estado como principal sujeto de obligaciones– las GNR deben ser siempre una preocupación colectiva y compartida, involucrando a todo tipo de actores sociales.²⁹⁷ Otro informe reciente del Relator Especial sobre la justicia transicional hace hincapié en el valioso papel de la movilización social, incluyendo el protagonismo de sobrevivientes, como motor clave de cambios necesarios para la transformación y prevención, recomendando un especial énfasis en fomentar la participación juvenil.²⁹⁸ En tanto, un informe sobre perspectivas de género, del mismo Relator, recomienda que el campo de la memorialización –uno de los principales ámbitos donde las GNR se concretan y cobran sentido– profundice su acercamiento y articulación con el género, trascendiendo la mera visibilización de memorias “de mujeres”, para reconocer y promover los modos propios que tienen las mujeres a la hora de transmitir memoria.²⁹⁹

A continuación, relevamos diversas iniciativas recientes en Chile –entre otras muchas posibles– que ejemplifican el valioso papel de los actores sociales y culturales como motores de cambios colectivos, necesarios para la transformación y prevención. Se trata de acciones que son protagonizadas por sobrevivientes y que abarcan diversas generaciones, al tiempo que visibilizan perspectivas de género. Otro aspecto digno de atención, son aquellas iniciativas que demuestran que es posible articular colaboraciones

²⁹⁵ ONU A/HRC/51/34, *Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Fabián Salvioli, La función y las responsabilidades de los actores no estatales en los procesos de justicia de transición*, 12 de julio de 2022.

²⁹⁶ La actual Ley 20.609. Respuesta escrita recibida el 16 de agosto de 2023 desde la Subsecretaría de DDHH, op. cit.

²⁹⁷ ONU A/HRC/30/42, op. cit.

²⁹⁸ ONU A/77/162, *Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Objetivos de Desarrollo Sostenible y justicia de transición: no dejar a ninguna víctima atrás*, 14 de julio de 2022.

²⁹⁹ ONU A/75/174, *Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, La perspectiva de género en los procesos de justicia transicional*, 17 de julio del 2020.

positivas entre movimientos sociales críticos e instituciones estatales o entes públicos. Que estos ejemplos tomen lugar, sobre todo, en el ámbito de la cultura, no es casual. Sugiere que dicho ámbito es quizás particularmente apto o abierto a articulaciones creativas en las que las instancias públicas no sienten la necesidad de adoptar posiciones defensivas o distantes, ante las expresiones y reivindicaciones de los movimientos sociales que fungen de contrapartes.

5.1. Protagonismo feminista y sobreviviente contra la tortura

A mediados de julio de 2023 se realizó una conmemoración del Día Internacional de la Solidaridad con Sobrevivientes de Tortura, con sede en el Museo de la Memoria y los Derechos Humanos. En esa ocasión un grupo de organizaciones sociales y ONG históricas, convocaron a un evento masivo con notable énfasis en las mujeres como líderes, resistentes, dirigentes, sobrevivientes y protagonistas en la lucha para poner fin al flagelo de la tortura dondequiera y cuando sea que ella ocurra. Un sentido saludo y reconocimiento entregado por Juanita Aguilera, co-organizadora de la Comisión Ética contra la Tortura (CECT), hizo referencia a una amplia gama de mujeres que siguen arriesgando su integridad física y psíquica por oponerse a diversas, continuas y nuevas formas de violencia estructural y patriarcal. El evento, celebró, a su vez, a muchas mujeres presentes en el público que fueron activas luchadoras y colaboradoras en tiempos dictatoriales, cobijando, acogiendo y protegiendo a presas y presos políticos, denunciando y publicitando el escándalo de la tortura como práctica empleada por agentes estatales sin otro propósito que el de causar sufrimiento. Se observó que el regreso a la democracia no ha sido suficiente para poner fin a este flagelo y se hizo un sentido llamado para el diseño y aplicación de medidas de no repetición explícitamente apuntadas a prevenir, investigar y sancionar la tortura en sus manifestaciones actuales. El evento –así como sus orígenes en el trabajo continuo y activo de CECT, del Centro de Salud Mental y Derechos Humanos (CINTRAS) y de otras organizaciones convocantes– ofrece un ejemplo del llamado que hace la ONU, arriba reportado, a aunar esfuerzos para la transformación de las sociedades.

El mismo lema de “no más tortura” adoptado por la conmemoración mencionada arriba fue una de varias causas reivindicadas en un llamativo, emotivo, y masivo evento, realizado el 22 de julio de 2023 en homenaje a las 119 víctimas de la Operación Colombo, operación represiva dictatorial ejecutada por la DINA. Esas 119 personas – en su mayoría jóvenes militantes del MIR, desaparecidos o ejecutados en dicha Operación – volvieron a llenar las calles de Santiago con luz y color –a pesar del sombrío día de

lluvia— cuando sus familiares, compañeras y compañeros, defensores de los DDHH, amigos y amigos de todas las generaciones, llevaron sus siluetas “vivas” —hechas con la semblanza exacta de cada persona desaparecida o ejecutada— en un pasacalle. Se trazó un recorrido por la ciudad entre el Museo de la Memoria y los DD.HH y el Museo Nacional de Bellas Artes. El acto —que según estimaciones de algunas fuentes de prensa, reunió a más de 2.000 personas— contó, además, con numerosas intervenciones artísticas y simbólicas, desde danza a mímica, y fue escenario de manifestaciones en contra del negacionismo y la impunidad.³⁰⁰ La actividad configura otro ejemplo del impulso social mencionado arriba, y de la colaboración positiva entre entes estatales y colectividades sociales, ambos factores vitales para avanzar en la causa de las GNR. El evento se transformó, de paso, en homenaje póstumo a José Rodríguez, el artista responsable de la creación original de las siluetas, quien lamentablemente falleció, a mano propia, poco tiempo antes del evento.

5.2. Homenajes universitarios y judiciales a profesionales del Derecho³⁰¹

Entre junio de 2022 y agosto de 2023, el Colegio de Abogados de Chile, la Corte Suprema y tres universidades nacionales organizaron ceremonias para completar la titulación y/o juramento profesional de un total de 25 personas del rubro del derecho, que fueron objeto de represión dictatorial. Se trata de una iniciativa coimpulsada por la Agrupación de Familiares de Ejecutados Políticos (AFEP), e integrantes de la Comisión de Derechos Humanos del Colegio de Abogados, quienes a mediados de 2019 instaron a su asociación gremial a tomar medidas para rescatar y honrar la memoria de sus colegas desaparecidas, desaparecidos, o víctimas de ejecución política. Como primer paso, se realizó una revisión minuciosa del archivo histórico del Colegio, pudiendo confeccionar un listado de 10 personas detenidas-desaparecidas o ejecutadas políticas, quienes fueron abogados colegiados, habiendo prestado el debido juramento ante la Corte Suprema antes de la fecha de su desaparición o ejecución. Con fecha 13 de junio del 2022, se organizó una ceremonia de memoria y reparación en la sede del Colegio, ante la presencia de autoridades y de familiares de las personas homenajeadas. Se leyó un texto con la biografía de cada persona homenajead, relatando recuerdos personales y rasgos destacados de sus carreras y vocaciones, además de recordar las circunstancias de su muerte o desaparición.

³⁰⁰ DiarioUCHile: “Siluetas en homenaje a las 119 víctimas de la Operación Colombo marchan por Santiago”, 22 de julio de 2023.

³⁰¹ Para el contenido de esta sección se agradece de manera especial a Joaquín Rubio Schweizer, abogado integrante de la AFEP y de la Comisión de Derechos Humanos del Colegio de Abogados de Chile A.G.

Se develó una placa en la biblioteca del Colegio, obsequiando además una réplica de esta a las y los familiares. Diez abogados fueron conmemorados en dicha ocasión: Carlos Berger Guralnick, Julio César Cabezas Gacitúa, Rubén Guillermo Cabezas Parez, Arnoldo Camú Veloso, León Eduardo Celedón Lavín, Roberto Guzmán Santa Cruz, Sócrates Ponce Pacheco, Reinaldo Salvador Poseck Pedreros, Arsenio Poupin Oissel, y Carlos Helen Salazar Contreras.

A continuación, la Comisión y la AFEP solicitaron a la Corte Suprema el otorgamiento del título póstumo de abogado a quienes a la fecha de su desaparición o ejecución no habían alcanzado aún a titularse, y/o a jurar ante la Corte, para así iniciar el ejercicio de su vocación. Un trabajo mancomunado posterior entre el Colegio, la AFEP, y diversas autoridades judiciales y académicas dio fruto y un total de 13 personas más han sido, o pronto serán, reconocidas en su calidad de profesionales del Derecho. Se trata, en primer lugar, de Cecilia Gabriela Castro Salvadores, Germán Rodolfo Moreno Fuenzalida, Patricio Munita Castillo, Juan Ramón Soto Cerda y Marcos Orlando Letelier del Solar, cuyos títulos póstumos fueron reconocidos por el pleno de la Corte Suprema mediante sentencia del 11 de enero de 2022.³⁰² Además de dicha sentencia, se realizó un acto solemne, el 16 de noviembre de 2022, con la presencia de ministras y ministros de la Corte Suprema, presidentes de las Cortes de Apelaciones de todo el país y diversas autoridades del sector justicia. Emulando una ceremonia solemne de juramento, se entregaron los respectivos títulos a familiares de cada persona.

Tras esta primera resolución de la Corte Suprema, se solicitó audiencia con los decanos de las Facultades de Derecho de la Universidad de Chile, la Universidad de Concepción y la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, con el objeto de que se les confiriera el grado póstumo y simbólico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales a quienes aún no habían terminado sus estudios de derecho al momento de ser victimizados/as por la dictadura. Un total de ocho personas recibieron títulos póstumos otorgados por las tres Facultades mencionadas. En base a este hecho, el pleno de la Corte Suprema accedió a realizar una segunda ceremonia de entrega del título de abogado, efectuada el 29 de agosto de 2023, en vísperas de la conmemoración del Día Internacional del Detenido Desaparecido. En dicha ocasión, fueron homenajeadas las siguientes personas: Silvio Vicente Pardo Rojas, Fernando Álvarez Castillo, Jaime Emilio Eltit Spielmann, Littré

³⁰² Corte Suprema, Autos Rol AD 964-2020, 11 de enero de 2022.

Quiroga Carvajal, Héctor Mario Silva Iriarte, José Tohá González, Fernando Abraham Valenzuela Rivera y Guillermo Osvaldo Vallejo Ferdinand.

Estos actos de memoria constituyen una reparación simbólica para los familiares de las víctimas y para la sociedad en su conjunto, además de representar una oportunidad para los colegios profesionales, las universidades, y el mismo Poder Judicial de ser protagonistas de la verdad y de la memoria, enmendando indiferencias o complicidades históricas. En la medida en que sirven como medida de sensibilización para actuales y futuros miembros de la profesión, el Colegio de Abogados y el Poder Judicial, son, además, una contribución a las garantías de no repetición de estos inaceptables crímenes. Existen otros gremios profesionales y casas de estudio que han tomado iniciativas similares o están en vías de hacerlo,³⁰³ y que dan cuenta de cómo estos ejemplos pueden ser emulados, reivindicando el aspecto colaborativo entre autoridades y sociedad civil, que ya ha sido remarcado al inicio de esta sección.

5.3. Universidad de Valparaíso inicia proceso de reflexión y reparación

Con motivo de los 50 años, en marzo de 2023 la Universidad de Valparaíso (sede Valparaíso de la Universidad de Chile, hasta 1981) creó una comisión universitaria conformada por representantes de funcionarios y funcionarias, académicos y académicas y estudiantes, apoyada con la participación del Programa de Reparación y Atención Integral en Salud (PRAIS) de la zona, el Taller de Memoria Histórica³⁰⁴ y un asesor en derechos humanos. El propósito era identificar personas de la comunidad universitaria que sufrieron represión dictatorial, y proponer acciones de reivindicación y de reparación simbólica apropiadas. La Comisión creó distintas formas de ubicar, invitar, y escuchar a quienes quisieran dar su testimonio –estudiantes, académicas/os y funcionarias/os–, ya fuera en persona o a través de familiares, abriendo espacios virtuales y físicos destinados especialmente para ello, todo con el apoyo del PRAIS. Junto a lo anterior –y procurando aplicar y activar los estándares y modelos internacionales–, se realizaron tres ciclos de audiencias públicas para que individuos, colectividades y organizaciones interesadas pudieran participar activamente en el proceso.

Hasta mediados de 2023, la Universidad había recibido más de 150 testimonios de personas miembros de la comunidad universitaria que fueron víctimas de la represión en la dictadura, o que tuvieron familiares en dicha

³⁰³ Tenemos entendido que, por ejemplo, el Colegio Médico se encuentra realizando un proceso de reflexión interna, con un formato de comisión de la verdad.

³⁰⁴ Una organización social de Valparaíso que realiza trabajo entre pares que sufrieron la violencia política en dictadura, y promueve actividades contra la impunidad.

situación. Entre las medidas de reparación simbólica que la institución contempla realizar se considera el reconocimiento de todas las víctimas en un acto público en el mes de septiembre; la entrega de títulos póstumos a quienes hoy se encuentran desaparecidos o fallecidos, habiendo visto sus carreras truncadas como consecuencia de la represión; y, por último, la creación de una cátedra de derechos humanos. Con esta iniciativa la Universidad manifestó su compromiso con los pilares fundamentales de la verdad y las garantías de no repetición, y definió con esta conmemoración el inicio de un proyecto más amplio, orientado al futuro, llamado “Memoria Universidad de Valparaíso”.

5.4. Conmemoración ecológica intergeneracional e internacional

La detención de Pinochet en Londres en 1998 suele ser considerada como un hito que gatilló secuelas importantes, sobre todo en el ámbito de la justicia penal. No obstante, en los hechos son diversos los procesos que nacieron al alero del activismo internacionalizado, protagonizado por comunidades de la diáspora y solidaridad, que antecedió y contribuyó a la mencionada detención, y/o fueron suscitados por ella. Un ejemplo de ello es el proyecto Ecomemoria.cl, iniciativa de algunas de las mismas personas protagonistas de *memoriaviva.com*.³⁰⁵ Ecomemoria es un proyecto intergeneracional de personas exiliadas por la dictadura chilena, que en su primera fase fomentó la plantación de árboles en la Araucanía, y en distintas partes del mundo, como acto de homenaje a las víctimas de la represión dictatorial y como aporte a un futuro de mayor conciencia ecológica. En su fase dos, coincidente con el aniversario 50 del golpe de Estado, Ecomemoria planea ampliar su intervención en Curacautín, Región de La Araucanía, para que haya un árbol nativo plantado a nombre de cada víctima ausente (persona ejecutada o desaparecida por el régimen cívico-militar). Es un proyecto que recoge la intergeneracionalidad y el protagonismo compartido, referidos en los *Informes* temáticos del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, en relación a las GNR y a los objetivos del desarrollo sostenible.³⁰⁶

³⁰⁵ Proyecto mencionado arriba, sección Justicia, y que se describe a sí mismo como “un colectivo que nace en Londres como respuesta a la permanente denegación de justicia en Chile, con el objetivo de contribuir a un futuro sin impunidad”. <https://memoriaviva.com/>

³⁰⁶ ONU A/HRC/30/42 y A/77/162, op.cit.

5.5. Interpelaciones a las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública: cultura institucional y garantías de no repetición

Como anticipamos *supra*, en sección 4, a lo largo de varios años la Fundación Memoria Histórica, presidida por el abogado y sobreviviente Luis Mariano Rendón, ha protagonizado numerosas iniciativas invitando a las Fuerzas Armadas y de Orden a demostrar ante el país, arrepentimiento por su actuación en dictadura y un compromiso concreto con el “nunca más”. Dichas invitaciones apuntan, en particular, a que enmienden su cultura interna con miras a la formación valórica de nuevas generaciones. Las acciones, si bien se iniciaron con solicitudes administrativas y acercamientos informales, se volcaron al espacio judicial a partir de 2018, ante la poca o nula respuesta de las instituciones interpeladas. Desde entonces, se ha ido configurando una constelación de acciones legales, utilizando de forma novedosa la figura del recurso de protección para hacer valer los preceptos del DIDH en cuanto a reparación simbólica, verdad y, sobre todo, garantías de no repetición. Las acciones apuntan contra diversos retazos del culto a la dictadura, y personajes asociados con ella, que persisten en las instalaciones y prácticas militares.³⁰⁷ En la medida en que las acciones se han hecho conocidas, fuentes internas y externas han contactado a la Fundación proporcionándole informaciones que revelan la vigencia y activa reproducción de una cultura interna reñida con los valores democráticos, constitucionales y respetuosos de los derechos humanos, que deben infundir las instituciones castrenses.³⁰⁸

Las primeras acciones legales emprendidas, reportadas en extenso en el *Informe 2020*, procuraron obligar la remoción de artefactos homenajeando a Manuel Contreras y a José Toribio Merino, en estamentos castrenses y de la Armada, respectivamente. Para entonces hubo éxito solamente parcial, en cuanto se ordenó remover placas y fotografías de Contreras, probablemente el mayor criminal de lesa humanidad del período de la dictadura, medido en condenas y años de pena acumulados. Desde ese tiempo se han adelantado nuevas acciones, tanto jurídicas como de diálogo con las FFAA, que han redundado, además, en la remoción de la estatua de Merino de su lugar de honor en los jardines del Museo Naval de Valparaíso. Se trata de un desenlace largamente deseado y exigido, tanto por la Corporación como por numerosos otros actores locales y nacionales del mundo de los DDHH. En un fallo contundente, de junio de 2022, la Corte de Apelaciones de Santiago acogió un recurso de protección que aducía el daño psíquico y social ocasionado por la permanencia de la estatua, que dejaba a

³⁰⁷ Ver <https://memoriahistorica.cl/> para una lista completa.

³⁰⁸ Entrevista con Luis Mariano Rendón, Santiago, 28 de abril de 2023.

Merino como uno de tan solo tres excomandantes en jefe de los últimos 90 años, en ser distinguido de semejante manera.³⁰⁹ Ordenó, en consecuencia, el retiro de la imagen no solamente de su emplazamiento actual, sino de “cualquier otro inmueble o espacio público”.³¹⁰ Luis Rendón, quien interpuso el recurso en su calidad de sobreviviente de prisión política y tortura, acogió el resultado como un “triumfo notable” y “una victoria del movimiento de derechos humanos en general, y de las víctimas de la Armada en especial”. Junto a ello, tuvo palabras críticas por los entonces titulares de los ministerios de Defensa, y de Justicia y DDHH, a quienes consideró “sumiso(s)” ante el militarismo, por indicar en informes ante la Corte que el retiro o no de la estatua sería una decisión “privativa” de la Armada.³¹¹

Una vez efectuado el retiro, se dieron una sucesión de otros recursos e interacciones dirigidos a conocer el destino de la imagen removida; crear y corroborar un catastro de sitios, artefactos, y homenajes similares en otras dependencias navales, incluyendo la Isla Dawson, y solicitar lo mismo respecto de ellos. Ante este emplazamiento, finalmente, la Armada replicó, en marzo de 2023, el cumplimiento de lo solicitado, salvo respecto de un retrato y una fotografía de Merino que permanecía en una galería junto a representaciones de todos los demás comandantes en jefe. La Corte de Apelaciones de Santiago, en actitud decidida, determinó que los retiros ya realizados representaban una concesión, por parte de la Armada, del principio bajo discusión, por cuanto, debía proceder a eliminar también la foto y el retrato –aunque la Corte se negó a ordenar la instalación, en su lugar, de un memorial a las víctimas que el recurrente había solicitado.³¹² A través de solicitudes posteriores de acceso a información, la Corporación ha podido tomar medidas de corroboración de las acciones ordenadas. También ha seguido tendiendo líneas de comunicación con la jefatura institucional, siendo que la intención es obrar y/o apoyar cambios en el pensamiento de la institución y en las actitudes tanto de quienes la lideran como de las y los jóvenes oficiales que hoy se forman en su interior. Con una lógica similar, se han solicitado diversas medidas al interior de Carabineros, relacionadas con homenajes a los ex directores generales César Mendoza (1973-1985) y

³⁰⁹ Los otros dos son Thomas Cochrane y Manuel Blanco Encalada.

³¹⁰ Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia Rol 37.319-2021, 17 de junio de 2022.

³¹¹ Diario UChile: “Corte de Apelaciones ordena a la Armada retirar estatua del almirante Merino del Museo Marítimo”, 17 de junio de 2022; corregida en correspondencia con el Sr. Rendón el 14 de agosto de 2023.

³¹² Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia Rol 1.887-2022, 17 de marzo de 2022 (acogiendo recurso de protección). El mismo día se emite, bajo Sentencia Rol 10-2022, el rechazo de otro recurso dado que la acción –que exigía el retiro de un busto de Merino de la Escuela Naval– ya había sido realizada.

Rodolfo Stange (1985-1995),³¹³ y a la actual denominación de la Escuela de Suboficiales.³¹⁴

Las acciones legales tomadas en los ejemplos mencionados se dirigen, a su vez, contra los Ministerios respectivos –el Ministerio de Defensa, Ministerio del Interior y Seguridad Pública, y Ministerio de Justicia y DDHH– en el entendimiento, respaldado por el razonamiento de la Corte en los recursos acogidos hasta la fecha, de que las garantías de no repetición son un deber internacional que compromete al Estado en su totalidad, y en atención al papel directo que cada uno cumple, en concretar el sometimiento de las FFAA y de Orden al mando civil, que es propio de una democracia.

6. CONCLUSIONES

En el *Informe 2021* repasamos todas las recomendaciones formuladas en las distintas iteraciones de capítulos de Justicia Transicional elaborados por el Observatorio. Dicha revisión permitió constatar los avances alcanzados desde 2011, pero también las numerosas acciones pendientes para garantizar los derechos a la verdad, a la justicia, a la reparación y a las garantías de no repetición, de conformidad con los estándares internacionales y las obligaciones del Estado de Chile. Las conmemoraciones y aniversarios aludidos en la introducción de este capítulo –de los 50 años del Golpe de Estado, los 25 años desde que se reanudaron los juicios penales, y los 15 años del Observatorio– constituyen una nueva oportunidad para examinar los logros obtenidos, visibilizar las deudas pendientes y evaluar posibles recomendaciones a formular o reiterar, para que la justicia transicional en Chile garantice, en mayor medida, los derechos de las personas y de la sociedad y los correspondientes deberes del Estado en la materia.

En el presente capítulo, correspondiente a 2023, se destaca, primero, la nueva política pública de búsqueda y, segundo, una notable tendencia a que acciones o medidas en cada una de las demás dimensiones, se plantean ante los tribunales. El fin al secreto Valech ha sido perseguido, hasta ahora, a través de recursos judiciales interpuestos por algunas/os sobrevivientes y asociaciones. La retractación del negacionismo flagrante ha sido intentada a través de acciones constitucionales de protección.

³¹³ Respecto a quien ya hubo polémica en agosto de 2020, cuando la institución propuso bautizar a su Academia de Ciencias Policiales en “honor” a quien fuera vinculado con el encubrimiento del “caso Degollados”, rehusándose, además, a renunciar cuando el entonces presidente Eduardo Frei así se lo solicitó, en los primeros años postdictadura.

³¹⁴ Lleva el nombre de Fabriciano González Urzúa, suboficial mayor de Carabineros que murió a pocos días del golpe de Estado.

Se ha perseguido reparación material por vía de indemnización, a través de las demandas civiles. Recursos de revisión han sido designados como la forma de conseguir la disolución de condenas espurias impuestas por consejos de guerra. Incluso la ‘despinochetización’ del espacio público y castrense ha sido materia de recurso judicial. Dicha judicialización tiene un lado positivo, en cuanto ha acentuado tendencias favorables dentro del sistema de justicia hacia una mayor familiarización con, y aceptación de, estándares internacionales aplicables ante crímenes de lesa humanidad, y la necesidad de interpretar y aplicar la normativa nacional de manera acorde con ellos. A su vez, es preocupante, en sí, que todo se judicialice. Primero, porque representa y requiere iniciativas y protagonismo de las propias víctimas, algo que debió ser innecesario si los deberes estatales se hubiesen cumplido a tiempo, y de oficio. Segundo, porque “se está haciendo tarde”: los procesos judiciales se alargan, dejando a muchas personas privadas de la posibilidad de presenciar la cuota de justicia que largamente anhelaban. Además, porque –como las mediciones de opinión pública aquí reportadas revelan– las verdades judiciales no se decantan de manera automática en verdades sociales. No podemos, por tanto, creer en un ‘legalismo mágico’ a través del cual tanta sentencia, condena y demanda llevará, sin más, a los cambios culturales, institucionales y sociales necesarios para inculcar la conciencia, y garantizar la no repetición. Al mismo tiempo, las tareas educativas y preventivas quizás nunca han sido más urgentes, si vemos como campea no solamente la negación, sino algo quizás más insidioso: la justificación, actitud que –a diferencia de la negación– ni siquiera demuestra pudor o vergüenza respecto del hecho que se celebra.

Una mejor y mayor voluntad política, de la cual hay señales tanto en el PNB como en las medidas anunciadas en septiembre de 2023, no puede hacerse cargo, por sí sola, de esta gigantesca tarea social que nos compromete a todas y todos. Tarea que implica, a final de cuentas, revisar cómo nos tratamos, y cómo y sobre qué les hablamos a nuestros y nuestras hijas, hijos, vecinas, vecinos, estudiantes, colegas, parejas y pares. Aun así, dicha voluntad también es esencial, y siempre es bienvenida, y durante este período se ha hecho notar, particularmente, aunque no exclusivamente, en el lanzamiento del Plan Nacional de Búsqueda, iniciativa que quizás de manera inevitable acapare buena parte de la atención que este aniversario ha generado, tanto dentro como fuera del país. Sin embargo, no se puede desatender a todo lo demás, y por ello son llamativas tanto la mencionada agenda legislativa cómo la promesa de atender, en 2024, a otras categorías

de victimización, entre ellas, las así llamadas “adopciones irregulares”. También es prometedor, ahora de vuelta en el ámbito de tribunales, observar que se empiezan a revertir inequidades e injusticias incluso postdictatoriales en el tratamiento de la “cosa juzgada” en materia penal y civil. Con todo, los tribunales chilenos figuran entre las pocas jurisdicciones domésticas en el mundo que han sido obligadas –mayoritariamente por las propias víctimas y familiares– a emprender un caminar sostenido y ya largo, en busca de la proporcionalidad en la sanción y la satisfacción en la reparación. Lo han hecho de una manera caso a caso, y quizás indebidamente individualizante: pero no es aún del todo tarde para que los actores relevantes en el sistema de justicia sean más consistentes y coherentes, aplicando una perspectiva ‘macro’ a la persecución penal, sanción y reparación. Asimismo, hay vacíos notables –algunos de ellos, estructurales y sistémicos– que se podrían y deberían subsanar, por ejemplo, para prevenir la fuga de condenados, y para asegurar, monitorear, e informar del estado de cumplimiento de penas privativas de libertad una vez impuestas.

A su vez, hay aspectos de las tareas propias de la justicia que devuelven la batuta al ámbito gubernamental: una disolución generalizada de los resultados de los Consejos de Guerra, la derogación y/o anulación de los efectos del Decreto Ley de Amnistía, la creación de un sistema de supervisión del cumplimiento de sentencias, y la determinación del contenido y entorno de una formación castrense democrática y sometida al mando civil, son materias para quien gobierna y legisla. Como el Plan Nacional de Búsqueda demuestra y promete, algo se puede hacer, y aún hay mucho por avanzar en reconocer, calificar y reparar a las víctimas y sobrevivientes de otras graves, masivas y sistemáticas violaciones a los derechos humanos, asimismo, en enmendar lo que el Consejo de Defensa del Estado entienda por los “intereses del Estado”.

Para buscar, hallar, e identificar, asimismo, para afirmar la verdad, seguir haciendo justicia, y procurar evitar repeticiones, se requiere del compromiso de todas y todos, y de la experticia de quienes desde los intersticios del Estado llevan tiempo intentando enmendar, mejorar y fortalecer la –hasta ahora– tibia respuesta que las y los defensores de los DDHH han logrado obtener desde el Estado.

Por tanto, entre las muchas medidas pertinentes, nos permitimos reiterar o proponer las siguientes:

RECOMENDACIONES REITERADAS

1. Derogar y privar de todo efecto jurídico el Decreto Ley 2.191 de 1978 (Decreto Ley de Amnistía).
2. Definir, por parte de los Tribunales de Justicia, criterios claros y públicos para la determinación de las cuantías o montos indemnizatorios en reparación por vía judicial, incluyendo criterios diferenciales en razón de género y categorías de personas o poblaciones de especial consideración y protección.
3. Dotar al Programa de DDHH del Ministerio de Justicia y DDHH del mandato, facultades, capacidad investigativa y presupuesto necesarios para ampliar su trabajo –y, en particular, su actuación legal– a crímenes afectando víctimas sobrevivientes, y al requerimiento de la disolución de condenas espurias impuestas por Consejos de Guerra dictatoriales.
4. Asegurar que el Consejo de Defensa del Estado, al igual que los demás entes estatales, acate sus responsabilidades de cumplimiento con los deberes internacionales asumidos por el Estado de Chile, *inter alia* en materia de reconocimiento del deber de reparación, evitando la victimización secundaria en el trato que reciben las personas que ejercen su derecho a solicitar reparación.

RECOMENDACIONES

1. Velar por el adecuado cumplimiento y pronta implementación de la agenda legislativa anunciada a inicios de septiembre del 2023, en lo que respecta a la desaparición forzada, las leyes secretas, el secreto Valech, y la política nacional de memoria y patrimonio. En cuanto a esto último, asegurar el resguardo y conservación de los sitios de memoria y de los archivos nacionales pertinentes. Asimismo, hacer explícito que el cultivo de prácticas y culturas antiautoritarias y respetuosas de los derechos humanos dentro de las instituciones del Estado –incluyendo las FFAA de Orden y Seguridad– es parte integral de una política de memoria enfocada a la no-repetición.
2. Disponer los recursos humanos y financieros suficientes para asegurar la adecuada implementación del Plan Nacional de Búsqueda, garantizar su articulación con otras medidas de justicia transicional en marcha, su sustentabilidad en el tiempo, y la permanente participación en esa instancia de organizaciones de la

sociedad civil y de familiares, asimismo de todo otro actor con legítimo interés. Prestar particular consideración a la experticia archivística e informática necesarias para sostener en el tiempo dicho Plan.

3. Mantener e incrementar los esfuerzos existentes del sistema de justicia para avanzar en la investigación y sanción de los responsables de graves violaciones a los DDHH, de acuerdo con el estándar de debida diligencia y ante los crecientes riesgos de impunidad biológica. Revertir la gradual dilución de funciones –causada por la introducción de otras tareas y prioridades– en el quehacer de los entes auxiliares especializados dentro de la Policía de Investigaciones y el Servicio Médico Legal. Instruir la investigación, de oficio, de políticas sistemáticas de tortura, incluyendo las sufridas por personas condenadas en forma espuria por Consejos de Guerra en tiempos de dictadura.
4. En la determinación de la cuantía de las penas, considerar el principio de proporcionalidad, reevaluando la pertinencia de la atenuante de irreprochable conducta anterior, habida cuenta de la situación de impunidad vigente a la época de la comisión de los hechos. Así también, considerar la agravante relativa al prevalecimiento del carácter público del ofensor, conforme aparece en el Estatuto de Roma (regla 145 párr. 2b.ii). Elaborar y poner en marcha medidas de refuerzo para actuar de manera oportuna y celeres en la aprehensión de agentes prófugos y la prevención de fugas futuras, estableciendo nuevas medidas cautelares y/o mecanismos más eficientes y rigurosos para el control de las medidas cautelares actuales, incluyéndose una vigilancia fronteriza adecuada.
5. En materia civil, revisar y, de ser necesario, explicitar las bases según las cuales personas familiares de víctimas ausentes, y/o de las personas sobrevivientes posteriormente fallecidas, pueden o no ejercer el derecho a solicitar reparación del daño moral causado. Esto, atendiendo a los principios de igualdad y habida cuenta de la falta de consistencia y de explicitación de fundamentación en las disposiciones que al respecto prevalecen, en las medidas de reparación administrativa existentes.
6. Establecer una instancia, bien sea mediante una entidad nueva o a través de la asignación de nuevas competencias a entidades en funcionamiento, que coordine y articule las diferentes iniciativas, planes, programas y políticas en materia de justicia transicional, asegurando su coherencia interna y externa, y que elabore

y explicita un enfoque de género en medidas existentes y futuras. Asegurar la debida complementariedad de las medidas de reparación con provisiones en seguridad social. Asimismo, garantizar el cumplimiento del deber estatal de reparación respecto de quienes –producto de avances en verdad, justicia, y búsqueda– sean reconocidos a futuro como pertenecientes a categorías de afectación existentes o a nuevas categorías que se lleguen a definir.

7. Velar para que la Política de Memoria y Patrimonio, anunciada a principios de septiembre, procure estimular una conciencia social sobre las causas, las responsabilidades, y las consecuencias de los crímenes y la violencia del pasado; estableciendo, a la vez, como hechos públicamente reconocidos, verdades cuya aceptación es una condición necesaria para que el diálogo y la convivencia social sean sanos y racionales. Incluir la disposición de los recursos suficientes para que el Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio, y el Ministerio de Bienes Nacionales ejerzan sus respectivas funciones. Considerar, para toda propuesta relacionada con archivos de la época dictatorial, los enlaces necesarios con el Ministerio de Defensa, el Ministerio del Interior y Seguridad Pública y el Ministerio de Relaciones Interiores.

RESPONSABILIDAD DE LOS SUPERIORES POR LOS DELITOS COMETIDOS POR SUS SUBORDINADOS CON OCASIÓN DEL “ESTALLIDO SOCIAL” EN CHILE

Sabrina Alejandra Perret Neilson¹

SÍNTESIS

Las protestas que comenzaron el 18 de octubre de 2019 en Chile y que dieron origen a lo que se denominó el “estallido social”, fueron escenario de graves violaciones a los derechos humanos, durante la represión de los mismos por parte de las fuerzas de orden y seguridad. Ante esas vulneraciones ha surgido un cuestionamiento respecto a su relevancia jurídica y la eventual responsabilidad internacional del Estado frente a esas violaciones. Resulta de suma importancia, en ese sentido, determinar la responsabilidad individual no sólo de los autores directos o ejecutores de los delitos, sino también –o especialmente– respecto de las autoridades o mandos de las instituciones estatales involucradas que pudieron haber fallado en evitar o controlar adecuadamente a sus subordinados, debiendo hacerlo. Como se verá, tratándose de organizaciones jerarquizadas es en particular relevante el manejo y la reacción de sus miembros superiores –o altos mandos– frente a la comisión de delitos por parte de sus subordinados, en especial si se trata de instituciones estatales armadas. Un control deficiente de sus miembros permite la instauración de un clima de tolerancia respecto de conductas antijurídicas y –si se trata de fenómenos repetitivos y masivos– puede desembocar en el reemplazo de valores institucionales –y patrones de comportamiento– por otros nuevos de carácter criminal. El grave atentado a los derechos humanos que la comisión de este tipo de delitos implica, torna

¹ Investigadora adjunta, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales. Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, abogada y máster en Derecho Penal y Procesal Penal UDP. Doctora en Derecho UDP, Santiago de Chile y Hu-Berlín, Alemania.

en particular relevante la respuesta del sistema criminal frente a las causas que actualmente se tramitan en el país, pues es deber del Estado investigar, juzgar y sancionar esta clase de hechos.

PALABRAS CLAVES: Estallido social; responsabilidad de altos mandos; deber de investigar y sancionar; deber de investigar diligentemente; diligencia en la investigación; criminalidad compleja.

INTRODUCCIÓN

Existe una responsabilidad internacional del Estado chileno frente a violaciones a los derechos humanos y, por tanto, tiene la obligación de investigar, juzgar y sancionar cuando esas vulneraciones se producen.

El sistema de justicia de nuestro país se ha visto enfrentado los últimos años a una diversidad de casos en los cuales se ha cuestionado el actuar policial de las Fuerzas Armadas de Orden y Seguridad Pública, así como de algunas autoridades. De manera masiva, luego del denominado “estallido social” y ante el actuar, a veces desmedido y reñido con la legalidad, de las fuerzas de orden y seguridad en funciones represivas, se iniciaron procesos a miembros de dichas instituciones y de sus mandos superiores, así como a algunas autoridades políticas del país. El *Informe* ha dado cuenta en años anteriores del deficiente avance de esas causas, y de la reacción general del sistema ante las mismas. Los retrasos y falta de actuar –en el ámbito estatal, administrativo y penal– son, en especial, problemáticos si se considera que estamos frente a casos de violación de derechos fundamentales frente a los cuales el Estado tiene la obligación internacional de investigar, juzgar y sancionar.² Desde el punto de vista de los derechos humanos, una vulneración de los mismos no puede ocurrir con el apoyo o la tolerancia del poder público ni quedar en la impunidad, lo cual es una consecuencia básica del deber del Estado de respetar y garantizar los derechos fundamentales de toda persona.³

En este sentido, el Estado tiene la obligación de prevenir e investigar seriamente, con los medios a su alcance, las vulneraciones que afecten los derechos humanos de las personas, a fin de identificar a los responsables e imponerles las sanciones pertinentes, asegurando una adecuada reparación

² Corte IDH, Caso *Velásquez Rodríguez contra Honduras*, 29 de julio de 1988, párrs. 173 y ss.; Corte IDH, caso *Tiu Tojín contra Guatemala*, 26 de noviembre de 2008, párr. 77.

³ Organización de los Estados Americanos (OEA), Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, 22 de noviembre de 1969, Art. 1.1. Ver Corte IDH, Caso *Velásquez Rodríguez contra Honduras*, 29 de julio de 1988, párr. 173.

de las víctimas. Si el Estado actúa de modo que la vulneración quede impune, incumple su deber de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos de las personas consagrados en la Constitución, las leyes y los tratados internacionales suscritos por el país.⁴ Por supuesto, la obligación de investigar y de prevenir son de medios y no necesariamente de resultados, sin embargo son compromisos que deben emprenderse con seriedad y proactividad por parte del Estado y no como una simple formalidad condenada a la infructuosidad de antemano.⁵ En este punto, resulta relevante considerar la proactividad en la práctica de diligencias investigativas, las que debieran ejecutarse de manera oportuna, así como en la estrategia de investigación que se adopta.⁶

En este caso, respecto a la investigación y sanción de hechos complejos, un tema relevante es el de los diferentes niveles de responsabilidad en función de las distintas hipótesis de participación en un delito, y por los disímiles niveles jerárquicos de los funcionarios. En este sentido, resulta de especial relevancia la consideración de la complejidad del caso, del hecho que haya sido cometido por integrantes de fuerzas de orden y seguridad y de la responsabilidad que le pudo caber a distintos miembros de las mismas por la ejecución o falta de control de sus subordinados. En relación a lo anterior, es preciso considerar que sólo últimamente la investigación de estos casos comenzó a abarcar la conducta de los mandos superiores o de autoridades con responsabilidades de prevención y supervisión al momento de comisión del delito. Dada la dinámica de la criminalidad de este tipo (que se expondrá en el apartado siguiente), enfocarse solo o primordialmente en la identificación de los autores ejecutores individuales, como medio investigativo del ente persecutor, es condenar los procesos a su infructuosidad, en particular, en aquellos casos en que vulneraciones han sido cometidas por miembros de instituciones estatales. En esas circunstancias no será infrecuente, como se verá, la dificultad de recabar pruebas o identificar a los ejecutores materiales precisos de los hechos. Por lo señalado, es necesario –tanto desde el punto

⁴ Corte IDH, *caso Rochac Hernández y otros contra El Salvador*, 14 de octubre de 2014, párrs. 171 y s.; ver también Corte IDH, *caso González y otras ("campo algodonero") contra México*, 16 de noviembre de 2009, párr. 602, ver punto 5; Corte IDH, *caso González y otras ("campo algodonero") contra México*, 16 de noviembre de 2009, párr. 236, sobre la obligación de garantía de los derechos y la necesidad de prevenir, investigar, juzgar y sancionar sus vulneraciones.

⁵ Corte IDH, *caso Velásquez Rodríguez contra Honduras*, 29 de julio de 1988, párr. 174 y ss.

⁶ Ver Corte IDH, *caso González y otras ("campo algodonero") contra México*, 16 de noviembre de 2009, párr. 452 s. y 454, refiriéndose a la obligación de investigar, sancionar y juzgar, lo que incluye patrones de actuación conjunta y consideración de los distintos niveles de responsabilidad de distintos agentes.

de vista de la prevención como de la necesaria seriedad de la investigación–, centrar la atención en los mandos superiores y autoridades responsables.⁷

Este enfoque lo ha desarrollado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sucesivas sentencias, estableciéndose que las investigaciones han de valorar y constatar, en particular, la presencia de patrones sistemáticos que pudieron haber permitido la violación de derechos humanos, y que descartan su carácter de fenómeno aislado.⁸ Se considera también esencial determinar si se omitieron medidas para detener esos patrones de conducta y, en el peor de los casos, la existencia de órdenes para que los subordinados aplicaran un uso excesivo de la fuerza. Cuando los delitos son cometidos desde un ente del Estado o en el marco de operativos de agentes estatales, una investigación diligente ha de reflejar la complejidad de los hechos, los patrones que explican su comisión, el complejo de personas a distintos niveles de la estructura que pudieren estar involucradas o resultar responsables, así como el contexto de comisión de los ilícitos. Las líneas de investigación que se adopten han de ser claras y lógicas respecto a la recolección de la evidencia de estos elementos. Asimismo, deben realizarse indagaciones oportunas con el objeto de recabar la prueba necesaria.⁹ En este sentido, periodos de inactividad o la falta de promoción de la investigación, sobre todo en las primeras etapas, comprometen la seriedad y debida diligencia con que deben llevarse a cabo las mismas.¹⁰

Así, la Corte Interamericana considera que “el incumplimiento del deber de iniciar una investigación *ex officio* en el presente caso, la ausencia de líneas de investigación claras y lógicas que hubieran tomado en cuenta el contexto de los hechos y la complejidad de los mismos, los largos períodos de inactividad procesal, la negativa de proporcionar información relacionada con los operativos militares, la falta de diligencia y exhaustividad en el desarrollo de las investigaciones por parte de las autoridades a cargo de

⁷ Consultar al respecto, Corte IDH, *caso mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco contra México*, 28 de noviembre de 2018, párrs. 291 y s. y 294 y ss., señalando que es obligación del Estado investigar, juzgar y, en su caso, sancionar respecto a la participación de agentes federales, considerando la responsabilidad de la cadena de mando y las diversas hipótesis de autoría que pudieren resultar relevantes; Corte IDH, *caso Tiu Tojín contra Guatemala*, 26 de noviembre de 2008, párr. 78.

⁸ Corte IDH, *caso Radilla Pacheco contra Estados Unidos Mexicanos*, 23 de noviembre de 2009, párr. 206; Corte IDH, *caso Rochac Hernández y otros contra El Salvador*, 14 de octubre de 2014, párr. 150 y ss.; Corte IDH, *caso Anzualdo Castro contra Perú*, 22 de septiembre de 2009, párr. 154; Corte IDH, *caso Tiu Tojín contra Guatemala*, 26 de noviembre de 2008, párr. 78.

⁹ Corte IDH, *caso Rochac Hernández y otros contra El Salvador*, 14 de octubre de 2014, párrs. 150 y ss.; Corte IDH, *Caso de la Masacre de La Rochela contra Colombia*, 11 de mayo de 2007, párr. 155; Corte IDH, *caso Anzualdo Castro contra Perú*, 22 de septiembre de 2009, párr. 154.

¹⁰ Corte IDH, *caso Rochac Hernández y otros contra El Salvador*, 14 de octubre de 2014, párr. 159; Corte IDH, *caso Radilla Pacheco contra Estados Unidos Mexicanos*, 23 de noviembre de 2009, párr. 212; Corte IDH, *Caso de la Masacre de La Rochela contra Colombia*, 11 de mayo de 2007, párr. 155.

las mismas, así como la falta de coordinación entre los diversos órganos estatales”, llevan a la conclusión de que no han existido los recursos efectivos para garantizar los derechos establecidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos.¹¹ Examinando la debida diligencia, se ha de tener presente, en particular, el número de personas que participaron en el delito, la cooperación y aquiescencia de autoridades y agentes estatales, los grupos u organizaciones involucradas y sus vínculos con la fuerza pública, así como la reacción de las autoridades frente a los crímenes.¹²

Respecto de lo acontecido en Chile durante el “estallido social” y considerando el desenvolvimiento de los hechos, era lógico considerar el contexto, el “clima” político-jurídico, así como la postura y el actuar de las autoridades nacionales, supuestamente combatiendo un “enemigo poderoso e implacable”.¹³ No era difícil adelantar que los acontecimientos se

¹¹ Corte IDH, *caso Rochac Hernández y otros contra El Salvador*, 14 de octubre de 2014, párr. 171.

¹² Corte IDH, *Caso de la Masacre de La Rochela contra Colombia*, 11 de mayo de 2007, párr. 157.

¹³ Prensa presidencia. Comunicado. Discurso público del presidente Piñera, transmitido en cadena nacional el 20 de octubre de 2019. Disponible en https://www.cnnchile.com/pais/pinera-estamos-en-guerra-contra-un-enemigo-poderoso_20191021/. En efecto, y sólo a modo de muestra, tuvieron que ser de relevancia y tener repercusión en el clima político institucional las sucesivas declaraciones de la máxima autoridad nacional de la época, el presidente Sebastián Piñera, quien señaló desde el primer momento: “Estamos en guerra contra un enemigo poderoso, implacable, que no respeta a nada ni a nadie y que está dispuesto a usar la violencia y la delincuencia sin ningún límite, incluso cuando significa la pérdida de vidas humanas, con el único propósito de producir el mayor daño posible” (...); identificando a los manifestantes como “aquellos que quieren destruir nuestra democracia, nuestras libertades, nuestro estado de derecho y atentar contra sus vidas, su tranquilidad, su libertad y sus derechos (sic)”. O, asimismo, las declaraciones dadas durante las semanas posteriores, en las cuales sigue utilizando un discurso inflamatorio y que generaliza a los participantes de las protestas como delincuentes y enemigos que actúan de manera organizada y violenta y que requieren una reacción enérgica, relativizando la comisión de delitos por parte de las fuerzas de orden. Así, señaló, por ejemplo: “En estas semanas hemos visto estallar ese clamor, y también hemos visto una ola de violencia, de destrucción, provocada por grupos criminales organizados. (...) Decía que en esta ola de violencia participan grupos muy organizados que antes no conocíamos en Chile, a la cual se suman la delincuencia tradicional, el narcotráfico, los anarquistas y muchos más. Demostraron voluntad de destruirlo todo, sin respetar a nada ni a nadie. (...) En 15 minutos, de forma coordinada y simultánea, incendiaron siete estaciones de Metro. De 136 estaciones, 80 fueron quemadas, vandalizadas o destruidas. Eso no es algo espontáneo ni casual. Es la obra de grupos criminales organizados... (...) La situación era tan compleja, había tantos atentados en tantos lugares distintos, con tanta potencia, con tanta planificación, con tanta maldad, que no se pudo controlar el orden público”. Asimismo, agregó que “He recibido mucha información, alguna de ella de origen externo, que afirma que aquí hubo intervención de Gobiernos extranjeros. Pero quiero ser prudente, hemos entregado esa información a la Fiscalía, que es la que por mandato de la ley debe investigar los delitos en Chile”. Estas son declaraciones del día 9 de noviembre de 2019, en una entrevista al diario español *El País* (se puede acceder a parte de esta información en: El mostrador.cl: “Piñera a la prensa internacional: ‘He recibido mucha información sobre intervención de gobiernos extranjeros’”, 10 de noviembre de 2019. <https://www.elmostrador.cl/dia/2019/11/10/pinera-a-la-prensa-internacional-he-recibido-mucha-informacion-sobre-intervencion-de-gobiernos-extranjeros/>). El 28 de Noviembre insistiría en el uso de esta retórica en una ceremonia de graduación de detectives de la Policía de Investigaciones: “Aquí no hay que dar

enmarcaban en un determinado contexto y modo de operar que trascendía la particularidad de cada hecho aislado y que podía resultar relevante verificar la responsabilidad que le cabían a diversos agentes, en distintos niveles de responsabilidad, Esto, sobre todo, considerando la falta de prevención y control de los hechos, y la implementación o no de medidas generales y específicas de evitación de actos constitutivos de violaciones a los derechos humanos, en especial una vez que los mismos se desencadenaron de manera pública.¹⁴

Los superiores que presencian la comisión de delitos por parte de sus subordinados no pueden permanecer impávidos frente a hechos de carácter criminal. Es su deber controlar y mantener la organización dentro de los márgenes de la legalidad, sancionando a los involucrados. Tanto el ámbito administrativo como el penal proveen de herramientas a los superiores y jefes para mantener la disciplina jerárquica dentro de los organismos, cuya legalidad deben permanentemente vigilar, además de estar ellos mismos sujetos a tales medidas. En los casos de uso excesivo de fuerza, tortura, o tratos inhumanos y degradantes hubiera resultado relevante la utilización de herramientas –administrativas y/o penales– para excluir y prevenir la conducta criminal por parte de sus subalternos. Como se verá a continuación, existen una serie de herramientas penales para valorar esta clase de hechos desde el punto de vista jurídico. Este capítulo presentará a continuación dichas herramientas, comenzando por una sección general que se referirá a los peligros de este tipo de criminalidad, la manera en que se desenvuelve y la grave amenaza que representa para los derechos humanos.

Respecto de la existencia de patrones sistemáticos que pueden estar presentes en la organización y posibilitar la ocurrencia de esta clase de crímenes –más allá de la comisión de delitos individuales–, es crucial observar el actuar de los altos mandos y autoridades, quienes detentan el poder y el deber

espacio ni a la tibieza ni la ambigüedad ni mucho menos a la debilidad; estamos enfrentando a un enemigo poderoso e implacable que no respeta a nada ni a nadie, que no respeta la vida de los seres humanos, que no respeta a nuestros héroes (...)”. Se puede revisar la declaración completa en: El Desconcierto: “Tras 42 días Piñera no cambia su discurso: ‘Estamos frente a un enemigo poderoso e implacable’”, 28 de noviembre de 2019. <https://www.eldesconcierto.cl/nacional/2019/11/28/tras-42-dias-pinera-no-cambia-su-discurso-estamos-frente-a-un-enemigo-poderoso-e-implacable.html>.

¹⁴ Ver Corte IDH, *caso González y otras (“campo algodónero”) contra México*, 16 de noviembre de 2009, párrs. 165 ss. y 236, respecto a superiores que no adoptaron previsiones para prevenir o hacer cesar los delitos y a la obligación del Estado de adoptar medidas específicas de prevención; Corte IDH, *caso mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco contra México*, 28 de noviembre de 2018, ver especialmente párr. 165 acerca de las diversas medidas que se pudieron haber adoptado como la posibilidad de haber regulado de manera efectiva a los cuerpos de seguridad, capacitarlos adecuadamente en el cuidado del orden público y, una vez desatados los hechos virulentos, tener la capacidad de detener y controlar los abusos que se puedan estar cometiendo.

de controlar el accionar de sus subordinados, en especial ante la comisión de delitos o frente a la presencia de patrones delictivos. El presente capítulo se centra sobre todo en este último punto, presentando y analizando varias herramientas que el sistema penal provee para este tipo de casos y que podrían resultar relevantes. Este trabajo pretende, de manera prioritaria, destacar la importancia de que se exija y promueva un estándar de conducta mínimo a autoridades y superiores frente a la comisión de crímenes de parte de sus subordinados. La ausencia de una reacción adecuada por parte de los superiores de las instituciones involucradas, así como de otras autoridades con poder o deberes de control –administrativo o penal– sobre ellas, sólo empeora la situación, contribuyendo a generar un clima de tolerancia ante la conducta criminal. Esta situación, cuando se produce al interior de una organización jerarquizada, termina por cambiar los valores y patrones de conductas legítimos por otros nuevos de carácter antijurídico. En efecto, las dinámicas de la criminalidad “organizada” o cometida en el seno de organizaciones –en este caso estatales– han de ser tenidas en cuenta en este tipo de casos, tanto desde el punto de vista procesal –en relación a las medidas que se adoptan– como sustantivo –en la focalización de la responsabilidad penal individual en los superiores. No está demás reiterar, en este sentido, que es deber del Estado investigar de manera diligente las violaciones a los derechos humanos cometidas en contra de su población, juzgando y sancionando con el fin de prevenir esta clase de conductas.

1. DINÁMICA Y PELIGROS DE LA CRIMINALIDAD COMETIDA POR MIEMBROS DE ORGANIZACIONES

La denominada criminalidad “organizada”, así como la criminalidad internacional, se caracterizan por el hecho de que la comisión de delitos se realiza en el contexto de una organización estructurada. Al margen de la discusión de si está presente o no el “elemento internacional” (que revisaremos en la siguiente sección), existen ciertos rasgos de la criminalidad organizada o internacional que se deben tener presentes en consideración a la dinámica con que esta se desenvuelve, así como de sus peligros específicos. Estos elementos han de tenerse en cuenta tanto desde el punto de vista de la prevención, como de la investigación, juzgamiento y sanción de esta clase de hechos.

Como ya se mencionó, en los crímenes organizados los agentes actúan coordinados al amparo de una asociación estructurada y no meramente agrupados con un plan criminal, como en los casos de la criminalidad

común.¹⁵ El medio ambiente organizacional provee una estructura para la coordinación y actuación de los diferentes miembros que operan como agentes de dicha organización. En efecto, un aspecto crucial de este tipo de crímenes (internacionales, organizados o sistemáticos), es que existen diferentes sujetos que actúan coordinados y estructurados de una cierta manera que trasciende la mera actuación individual. Esta permanencia y disposición de medios, herramientas y valores, que funciona como trasfondo o plataforma delictiva, dota a los sujetos, que desde ella actúan, de un aparataje especialmente peligroso del cual la criminalidad común –individual o grupal– carece.

Este contexto puede darse en una organización ya existente o tener un origen puramente delictivo. En efecto, la organización puede operar de manera singular y aislada, o bien “enquistada” en una organización más amplia ya existente, como el Estado, el Ejército o un área específica de la administración estatal. En este último caso, la asociación como un subsistema comienza a (re)organizar los objetivos y recursos de la institución en contra de la autoridad legal, reemplazando los antiguos valores y prácticas por otros nuevos, de carácter ilegal, cambiando la cultura institucional hacia conductas violentas que no respetan el imperio del derecho ni los derechos individuales. En organizaciones de características ilegales, autoritarias o abusivas, el imperio del derecho comienza a abandonarse (en todo, o más comúnmente en parte), generando un subsistema de obediencia a otros patrones y normas criminales.¹⁶

En este tipo de contextos, el establecimiento, formación o surgimiento de la organización criminal como tal, así como sus límites, puede ser difícil de establecer toda vez que el nacimiento del plan criminal y la pérdida de autoridad del derecho tiende a ocurrir de manera difusa y en completo anonimato: “Con frecuencia no sabremos quién fue el primero en dictar el inicio de las nuevas estructuras de la organización ilegal”.¹⁷ Normalmente, lo que ocurre es una transformación del ambiente o “clima normativo” al interior del colectivo que resulta en una erosión de las inhibiciones morales en contra

¹⁵ Como se verá, en el ámbito del Derecho Penal Internacional, la presencia del denominado elemento contextual es un requisito de entrada de la responsabilidad internacional individual Helmut Satzger, *Internationales und Europäisches Strafrecht. Strafanwendungsrecht. Europäisches Straf- und Strafverfahrensrecht. Völkerstrafrecht* (8ª edición), Baden-Baden, Nomos, 2018, p. 361.

¹⁶ Acerca del fenómeno de la “macrocriminalidad” y las dinámicas de la criminalidad de grupo, ver Herbert Jäger, *Makrocriminalität: Studien zur Kriminologie kollektiver Gewalt*, Frankfurt del Meno, Suhrkamp, 1989, pp. 132 ss.

¹⁷ En este sentido Hannah Arendt, *Los orígenes del totalitarismo*, Madrid, Alianza Editorial, 2007, p. 503.

de la comisión de crímenes. En este sentido, en fenómenos de criminalidad masiva, la comisión de delitos al interior de la organización puede verse como un mecanismo de “adaptación” al grupo y su “subcultura”. En este tipo de situaciones la conducta criminal comienza a ser regular y no una excepción al interior de la organización. Desde el punto de vista de la conducta individual, la existencia de un grupo con sus propias reglas, autoridades y referentes de conducta determina e influencia la actuación de los diferentes agentes, condicionándola hacia determinados valores. En ámbitos altamente regulados –como el Estado, el Ejército o las policías– la facultad de juicio o de elección se ve afectada o de frente está ausente en estas situaciones. Esto sucede porque en un ambiente con altos niveles de control y regulación se tiende a automatizar la acción, suspender el juicio y, eventualmente, oscurecer la distinción entre conductas correctas e incorrectas como se entendía antes del surgimiento de la organización criminal.¹⁸

Si indagamos en el Derecho Penal Internacional y en su historia, podemos ver, de cierta manera, que al interior de organizaciones jerárquicas los estándares morales y valores del sistema pueden cambiar de la noche a la mañana y lo que subsiste es el mero hábito de aferrarse a algo, a las prácticas colectivas, a las dinámicas del grupo. En efecto, en estos ambientes el raciocinio individual es una de las primeras cualidades en desaparecer: “una vez que el sujeto ha sido admitido al grupo, caerá bajo el hechizo de las prácticas del colectivo”.¹⁹ Este hallazgo nos ayuda a ilustrar un aspecto crucial de este tipo de criminalidad: hay una predisposición entre los miembros de la organización a cometer delitos, dado el “clima normativo” que los rodea, en especial cuando la asociación está inmersa en un medio ambiente de tolerancia o aquiescencia respecto a la violencia o las conductas ilegales. Esto sucede, con frecuencia, si existen prácticas regladas que –aunque no ordenen expresamente un plan

¹⁸ Desde el punto de vista de las ciencias sociales, los mecanismos de adaptación individuales a la presión del grupo y las “técnicas de neutralización” en contra de la resistencia al crimen, tales como el establecimiento de un sistema de valores paralelo, dinámicas de grupo paralelas y la influencia de las mismas en la conducta individual, así como el fenómeno de la “difusión de responsabilidad”, es típico de estos escenarios. Su importancia para el Derecho Penal y el establecimiento de los elementos materiales del delito, Herbert Jäger, 1989, op. cit., pp. 132 y ss. También acerca de la transformación del “clima normativo” típico de esta clase de criminalidad sistemática, ver André Nollkaemper and Harmen Van Der Wilt, *System Criminality in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 5 s.; asimismo la descripción de estos crímenes como “crímenes de obediencia”, en los cuales los mismos tienen lugar no sólo en contra de las autoridades y normas del colectivo, sino que también conforme a las mismas, ver Herbert Kelman, “The Policy context of International crimes”, en André Nollkaemper and Harmen Van Der Wilt (eds.), *System Criminality in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009 pp. 26 ss.

¹⁹ Desarrollando este punto en el ámbito del derecho penal André Nollkaemper and Harmen Van Der Wilt, 2009, op. cit., p. 6 s.

violento– deshumanizan a las víctimas, toleran la violencia o están asociadas a algún tipo de adoctrinamiento o entrenamiento especial de fuerzas armadas en contra de “enemigos peligrosos” internos o externos.²⁰

2. LA RESPONSABILIDAD DE LOS SUPERIORES JERÁRQUICOS EN LA LEY 20.357

El contexto en que se comete este tipo de delitos puede ser también relevante desde el punto de vista dogmático, cuando los hechos podrían revestir la calidad de “crímenes internacionales”. Como es sabido, ya desde los primeros días de la ocurrencia del denominado “estallido social” surgió la pregunta –y el debate– en torno a si las vulneraciones a los derechos humanos por parte de agentes del Estado caían o no en la categoría –o calidad– de crímenes internacionales.²¹ Esta interrogante todavía permanece abierta a falta, hasta ahora, de un pronunciamiento del sistema judicial al respecto. El carácter de crimen internacional y la posible aplicación de las normas de Derecho Penal Internacional al caso, depende justamente de la existencia de un determinado contexto o elemento organizacional, el que se ha de juzgar con independencia de la existencia de delitos específicos. El referido elemento no es sólo un requisito de entrada respecto de la responsabilidad internacional, sino que también un requisito objetivo del delito que debe establecerse en adición a los requisitos materiales típicos de cada crimen individual.²² Sumado a lo anterior, respecto de cada delito corresponderá determinar la responsabilidad individual, lo que se realiza conforme a las reglas correspondientes, en este caso las establecidas en la Ley 20.357 que implementa en Chile el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, especialmente sus artículos 1º, 2º y 35. Ambos aspectos serán tratados a continuación, comenzando por el denominado “elemento internacional” para revisar a continuación las reglas de responsabilidad del superior contenidas en el artículo 35 de la referida ley.

²⁰ Ver así André Nollkaemper and Harmen Van Der Wilt, 2009, op. cit., pp. 6 s., acerca del surgimiento de la organización delictiva y el contexto necesario para la perpetración de crímenes internacionales.

²¹ Ver la discusión entre los profesores Mañalich y Ambos, disponible en: CIPER Chile.cl: Juan Pablo Mañalich, “Los crímenes de lesa humanidad bajo la Ley 20.357: una respuesta a Bascuñán y Ambos”, 3 de diciembre de 2019. <https://www.ciperchile.cl/2019/12/03/los-crimenes-de-lesa-humanidad-bajo-la-ley-20-357-una-respuesta-a-bascunan-y-ambos/>. Visitado por última vez el 17 de agosto de 2023.

²² Así, el elemento contextual sería un elemento objetivo adicional que ha de establecerse junto a la conducta, el resultado, la causalidad y otras circunstancias relevantes para la tipicidad. Ver al respecto, Helmut Satzger, , 2018, op. cit., p. 361.

2.1. El elemento internacional

La existencia de crímenes internacionales implica, en primer lugar, su comisión por parte de una asociación de ciertas características, entre ellas la más crucial es la existencia de una estructura jerárquica que opere en base a los principios de autoridad y obediencia.²³ Las entidades colectivas u organizaciones involucradas en crímenes de derecho internacional pueden tomar variadas formas, desde constituir pequeños grupos de individuos, hasta regímenes que se extienden en diferentes áreas de un Estado. Asimismo, el grado de organización puede ser alto (como sucedió con la burocracia de la Alemania nazi) o más bien informal (como en el caso de los crímenes internacionales cometidos en algunos países de África).²⁴

Conviene tener presente que cuando la organización que comete crímenes está “enquistada” en una organización más grande, como se ha señalado, será difícil constatar su estructura específica y los detalles de su surgimiento. En estos casos, los miembros de la organización comienzan a desviar o utilizar sus medios y recursos de forma criminal, reemplazando la autoridad del Derecho por una nueva e ilegal.²⁵ Cómo es posible que una política así tome poder en contra del Derecho y dé lugar a un “clima” en el cual la comisión de delitos comienza a tolerarse y –de cierta manera– esperarse, es difícil de responder. Esta duda nos advierte acerca de las limitaciones de toda organización y la importancia que tiene la reacción oportuna de las autoridades y miembros de la organización –estatal– más amplia. Los superiores que no han participado activamente u ordenado la comisión de delitos deben tomar medidas activas ante la comisión de delitos por parte de sus subordinados, y no pueden –cumpliendo con sus

²³ Acerca del elemento organizacional, la existencia de una política y la asociación como agrupación de personas caracterizada por la existencia de una estructura que permite coordinar la acción hacia objetivos criminales más allá de la comisión de situaciones específicas concretas, ver en el derecho penal internacional: Gerhard Werle y Boris Burghardt, “Do Crimes Against Humanity Require the Participation of a State or a ‘State-Like’ Organization?”, *Journal of International Criminal Justice*, 10, 2012, pp. 1156 s. y 1163. Sobre el “contexto político” y la caracterización de estos crímenes como “crímenes de obediencia”, ver Herbert Kelman, 2009, op. cit., pp. 26 ss.

²⁴ André Nollkaemper and Harmen Van Der Wilt, 2009, op. cit., pp. 18 y 19.

²⁵ Ver la caracterización de la organización como un “Estado dentro de un Estado”, en consonancia con el requisito de que la organización se encuentre “al margen del Derecho”, lo que implica que la estructura tiene su propia autoridad organizada en contra de la autoridad del Derecho, ver Claus Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft* (10th Edition), Berlín, Boston, De Gruyter, 2019, p. 277 s.; acerca de la concurrencia de un sistema normativo paralelo con sus propios valores y patrones de conducta, así como la existencia de técnicas de neutralización en contra de la comisión de crímenes, ver Herbert Jäger, 1989, op. cit., p. 191.

deberes legales– permanecer impávidos cuando parte de la organización está comportándose de manera criminal.

El límite entre contribuciones activas y omisivas en un medio ambiente organizacional es especialmente difícil de establecer: mientras que algunos agentes se verán envueltos de manera directa y obvia en acciones criminales, otros realizarán labores que contribuyan en forma menos directa. La conducta criminal de los miembros más altos de la cadena será difícil de identificar y podría ser percibida como si no pasara el umbral de una contribución activa.²⁶

La casuística del derecho penal internacional enseña que en general, respecto a altos mandos, solo encontraremos signos vagos de apoyo, que no permitirán establecer claramente sustento o contribución, pero es en este nivel en el cual podemos percibir el surgimiento de la “política”. En efecto, en el plano de la “formación de la política”, en general, no encontraremos órdenes criminales, sino que, en primera instancia, el surgimiento de un discurso vago y poco preciso, aunque peligroso, acerca de la necesidad de “protección” de la sociedad o del Estado en contra de amenazas y “enemigos poderosos” que afectan su seguridad, integridad o valores. La práctica de la violencia es justificada entonces para mantener el estado de derecho, el orden o la seguridad de la comunidad. En una segunda etapa, este discurso puede ser complementado con técnicas de entrenamiento o adoctrinamiento especial. Por último, estas acciones, discursos y prácticas, que no son explícita o directamente criminales, son complementadas por el “etiquetamiento” de un cierto grupo como “enemigo”: al interior del sistema, entonces, y sin la necesidad de órdenes o de un plan explícito, este auténtico “reseteo” de valores se transmite a las cadenas inferiores de mando y se traduce en la comisión de acciones violentas y crímenes concretos.²⁷

En un contexto de esta naturaleza –y sobre todo cuando los agentes tienen a su disposición los medios y recursos de la organización (que están utilizando para acciones criminales)– es absolutamente crucial la respuesta que reciben de los miembros superiores de la organización o cómo se comporta el medio ambiente organizacional en respuesta a sus actos criminales. Las autoridades que presencian la ejecución de estos delitos están obligadas jurídicamente a impedir la comisión de los mismos por parte de sus subordinados y a sostener el imperio de la ley. Los superiores

²⁶ Gerhard Werle y Florian Jessberger, *Völkerstrafrecht*, (4th Edition), Oxford, Oxford University Press, 2020, p. 265, resaltando la categoría omisiva de responsabilidad del superior como relevante para lidiar con conductas que parecieran no pasar el umbral de la participación activa directa.

²⁷ Acerca del surgimiento de una “política” en general, tomando casos específicos de tortura, ver Herbert Kelman, , 2009, op. cit., p. 26 ss.

son quienes deben frenar en seco la comisión de crímenes y la nueva regularidad criminal que comienza a imponerse dentro de la organización. Cuando, por el contrario, esto no ocurre y los superiores son tolerantes y, peor aún, alientan, aunque sea vagamente los actos, no es de extrañarse que la organización crezca en miembros y medios, conquistando y ampliando sus límites.

2.2. La responsabilidad del superior en el artículo 35 de la Ley 20.357

2.2.1. Elementos materiales del delito

El artículo 35 de la Ley 20.357 establece en Chile la responsabilidad de los superiores por omisión por los crímenes internacionales cometidos por sus subordinados. Dicha norma implementa el Artículo 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional (o Estatuto de Roma, en adelante), constituyendo a su respecto una “implementación modificatoria”, en el sentido de desarrollar a su homólogo internacional de una manera diferenciada.²⁸ De acuerdo a dicho artículo 35, las autoridades, jefes militares o aquellos que actúan efectivamente como tales pueden ser hechos responsables criminalmente por la comisión de un crimen por parte de otro, cuando no lo impidieron, pudiendo hacerlo. Adicionalmente –y de forma claramente separada (cuestión que no ocurre en el ordenamiento internacional)– se establece la responsabilidad de aquellos que omitieren dar aviso oportuno, a las autoridades competentes, de los delitos de los cuales hubieren tenido conocimiento. La legislación chilena sólo establece la responsabilidad para casos de comisión dolosa, alejándose en este punto de su par internacional que establece hipótesis negligentes de responsabilidad. Dado que se trata de una ley incorporada recientemente al ordenamiento nacional y cuyo origen es el derecho internacional, para su desarrollo se utilizará especialmente doctrina de esta última área, que desarrolla en forma específica esta clase de responsabilidad.²⁹

Desde el punto de vista material u objetivo, diversos elementos deben probarse. En primer lugar, y como ya fue mencionado con anterioridad, en crímenes internacionales el denominado elemento contextual es un

²⁸ Acerca de los tipos de implementación del Derecho Penal Internacional en los ordenamientos nacionales, ver Gerhard Werle y Florian Jessberger, 2020, op. cit., pp. 184 ss.

²⁹ Sobre el recurso al derecho penal internacional para interpretar la ley nacional que lo implementa, ver Claudia Cárdenas, “La aplicabilidad del Derecho Internacional por tribunales chilenos para interpretar la ley N°20.357”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 20-No 1, 2013, pp. 121-145, pp. 130 y ss; y Claudia Cárdenas, “¿Qué actos pueden constituir un ataque contra una población civil en la tipificación de crímenes de lesa humanidad de la ley N°20.357?”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (LV)*, 2º semestre de 2020, pp. 131-155, pp. 136 y s.

elemento material u objetivo del delito que, como tal, debe ser probado. Nos remitimos en este punto a lo ya examinado previamente acerca de cuándo puede considerarse que este elemento está presente, teniendo en mente que sólo ante este supuesto contextual, puede tener aplicación la responsabilidad penal en los términos del Art. 35 de la Ley 20.357. Adicionalmente, como primer elemento material de esta clase de responsabilidad ha de probarse la existencia de una relación de autoridad y subordinación o relación “superior subordinado”. En efecto, a pesar de que la norma se remite a señalar que la autoridad o jefe responden por delitos cometidos “por otro”, en el Derecho Penal Internacional se afirma como un requisito básico de esta clase de responsabilidad la existencia de una relación de subordinación,³⁰ lo cual implica por parte del superior, la capacidad de dar órdenes válidas a los subordinados que están cometiendo delitos.³¹ La identificación de los superiores relevantes dependerá del control efectivo que tengan dentro de la organización, pero se ha señalado que un superior puede ser cualquier miembro de la cadena de mando, desde aquella autoridad inmediatamente superior al ejecutor directo, hasta los miembros más altos de esa cadena, si es que es posible establecer su efectivo control sobre los mandos ejecutores del ilícito. Asimismo, se ha definido en la jurisprudencia internacional que la identificación de los autores precisos no es necesaria en estos contextos masivos para imputar responsabilidad al superior, mientras conste, considerando la cadena de mando, que los autores pertenecían a la misma unidad u organización.³²

Un segundo requisito objetivo de esta clase de responsabilidad por omisión es la capacidad de actuar o adoptar medidas.³³ En efecto, y como sucede en general con la responsabilidad por omisión, se exige que la ejecución de la acción mandatada haya sido posible para el agente en el momento en que ocurrieron los hechos. Lo anterior implica la verificación de medidas disponibles para los superiores al momento en que los hechos estaban siendo cometidos y considerando su posición respecto de los riesgos. El

³⁰ Acerca de la necesidad de una relación “superior-subordinado” en el Derecho Penal Internacional, ver Gerhard Werle y Florian Jessberger, 2020, op. cit., pp. 268 ss.; Kai Ambos, *Treatise on International Criminal Law*, Volumen I, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 208; y Helmut Satzger, 2018, op. cit., p. 382.

³¹ Acerca de la capacidad de dar órdenes y el deber de obediencia como elementos centrales de la relación superior-subordinado, ver en la literatura internacional, Chantal Meloni, *Command responsibility in international criminal law*, La Haya, TMC Asser Press, 2010, pp. 155 ss.; y Kai Ambos, 2013, op. cit., p. 209.

³² En este sentido, Cour Pénale Internationale, Bemba Trial Judgment, párr. 187, e International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, ICTY, Judgment, Blaškić, párr. 217.

³³ Acerca de este requisito en el Derecho Penal Internacional, ver Kai Ambos, 2013, op. cit., pp. 217 s; Chantal Meloni, 2010, op. cit., pp. 114 s.

superior no está obligado a lo imposible, ni tampoco a realizar toda medida imaginable a posteriori, sino sólo aquellas que resultaban posibles y razonables al momento de ocurrencia de los hechos.³⁴ La verificación de este requisito es, por ende, fáctica y caso a caso, basada en la evidencia y no meramente en ejercicios hipotéticos realizados por el juez a posteriori.³⁵ A la hora de juzgar la existencia de este elemento, convendrá tener en cuenta el desenvolvimiento de los acontecimientos delictivos, si su ocurrencia fue pública o evidente, la cercanía de los superiores con los mismos, los medios a su disposición, y la efectividad de su autoridad para con sus subordinados.

Un tercer requisito de esta clase de responsabilidad, en su variante de falta de evitación (y no de falta de denuncia), es la capacidad de evitar el resultado o requisito causal. En efecto, dado que se reprocha al superior no haber impedido los crímenes de sus subordinados, es necesaria la verificación de que dichos delitos eran en efecto evitables dadas las circunstancias del hecho y las posibilidades del superior al momento de su ocurrencia.³⁶ Como ha desarrollado la jurisprudencia internacional, un aspecto crucial a observar, respecto de este elemento, es la efectiva autoridad del superior y la obediencia de sus subordinados hacia las órdenes que emite. La averiguación fáctica necesaria, desde el punto de vista de la causalidad, dice relación con la posibilidad de que los subordinados hayan en efecto acatado las órdenes de sus superiores en contra de los crímenes, constatando así la efectividad de su autoridad.³⁷ Si existe, entonces, evidencia de la aptitud y poderes necesarios para poder dirigir la conducta de los subordinados hacia la legalidad, evitando los hechos delictivos, podrá afirmarse la capacidad de actuar y evitar los crímenes por parte del superior.

En lo relevante para las vulneraciones analizadas en este capítulo, pueden considerarse –por ejemplo– la vigencia de la autoridad de los mandos de Carabineros de Chile respecto de los subordinados y las medidas que podrían haber evitado delitos concretos. Esto, considerando la tardía reacción, producida varias semanas después de comenzadas las manifestacio-

³⁴ Acerca del carácter “necesario y razonable” de las acciones debidas que eran posibles para el superior al momento de los hechos, ver Kai Ambos, 2013, op. cit., p. 218; y Gerhard Werle y Florian Jessberger, 2020, op. cit., p. 274; Chantal Meloni, 2010, op. cit., p. 120, p. 274, ver la Corte Penal Internacional en Bemba Appeals Judgment, párrs. 167 y ss.

³⁵ Resaltando el carácter “material” o fáctico de este elemento, Kai Ambos, 2013, op. cit., pp. 218 s; Chantal Meloni, 2010, op. cit., p. 121; Gerhard Werle y Florian Jessberger, 2020, op. cit., p. 273.

³⁶ Acerca de la necesidad de una conexión causal entre la *omission* y los delitos de los subordinados en el sentido de la *aptitude* de la acción para su evitación, ver en el derecho penal internacional, Chantal Meloni, 2010, op. cit., pp. 175 s.

³⁷ Acerca del control efectivo del superior y la obediencia de sus subordinados como elemento central de la causalidad o capacidad de evitar los resultados en el derecho penal internacional, ver Bemba Trial Judgment, párr. 188 ss. Hadzihasanovic and Kubura (IT-01-47-A), Appeals Chamber, 22 de abril de 2008, párr. 192 y 225 ss.

nes, que logró disminuir significativamente los eventos delictivos, como, sucedió con la limitación en el uso de las escopetas antidisturbios.³⁸ Dichas medidas, de haber sido adoptadas de manera oportuna, podrían haber alterado significativamente el curso de los hechos durante las primeras semanas de mayor ocurrencia de delitos por parte de funcionarios de Carabineros.

2.2.2. Elementos subjetivos: conocimiento por parte del superior de la perpetración de ilícitos cometidos por subordinados

A diferencia del Art. 28 del Estatuto de Roma, la norma de implementación chilena contempla sólo una alternativa de estándar subjetivo de responsabilidad penal, correspondiente al dolo, exigiendo el conocimiento de la perpetración de los crímenes por parte del superior. De esta manera el Art. 35 de la Ley 20.357 deja de lado las hipótesis negligentes de intervención, sin embargo, de todas formas podrían castigarse considerando la comisión por omisión y su variante negligente, como veremos en la siguiente sección (IV).

En el caso de la responsabilidad de los superiores, el conocimiento debe incluir todos los elementos objetivos o materiales del tipo específico.³⁹ El superior ha de estar enterado del riesgo de comisión de crímenes por parte de sus subordinados; de las circunstancias fácticas que lo obligan a controlar el riesgo, así como de su capacidad de actuar adoptando medidas posibles para que no se produzcan los ilícitos. Asimismo, respecto de la posibilidad de evitar los delitos, el superior ha de saber que el abanico de acciones de que dispone le permitirían evitarlos.⁴⁰ Para establecer este requisito no es necesario un conocimiento detallado sobre cada delito individualmente perpetrado. La información acerca de la identidad de víctimas específicas, o los medios precisos para la comisión de delitos, así como la identidad de los perpetradores, no son necesarios, de acuerdo a la literatura

³⁸ Considerar, por ejemplo, el Informe sobre la misión a Chile de la Oficina del alto comisionado para los derechos humanos de Naciones Unidas, de 30 de octubre-22 de noviembre de 2019. Disponible en línea: https://www.ohchr.org/Documents/Countries/CL/Report_Chile_2019_SP.pdf. En ese Informe se establece que “las autoridades tenían información sobre el alcance de las lesiones causadas en este contexto desde el 22 de octubre. Sin embargo, las medidas tomadas no fueron inmediatas y efectivas para poner fin al uso de armas menos letales, especialmente de las escopetas antidisturbios con perdigones. La pronta acción de Carabineros podría haber evitado que otras personas sufrieran heridas graves.”

³⁹ Ver Kai Ambos, 2013, op. cit., p. 221 y Ana María Garrocho, *La responsabilidad del Superior por Omisión en Derecho Penal Internacional*, Pamplona, Thompson Reuters, 2016, p. 382.

⁴⁰ En un sentido similar, ver Ana María Garrocho, 2016, op. cit., p. 382.

comparada, mientras el superior sí conozca la comisión de delitos castigados por el derecho internacional que hayan cometido sus subordinados.⁴¹

Además de los elementos materiales del delito, el superior ha de conocer el denominado “elemento contextual”. Como fue señalado más arriba, el componente internacional o contextual no sólo es un prerequisite para la responsabilidad internacional, sino que es un hecho que integra el tipo objetivo y, como tal, ha de ser conocido por el agente para que surja la responsabilidad penal.

Un aspecto crucial respecto del elemento subjetivo o el dolo, es la evidencia o prueba del mismo. Hay acuerdo en la literatura internacional de que el dolo puede ser concluido de evidencia circunstancial y no directa, pero no puede ser presumido.⁴²

Desde cierto punto de vista, muchas veces respecto de acciones masivas como las producidas durante el “estallido social”, la prueba del conocimiento no representará un especial desafío de evidencia, toda vez que la escala y magnitud de los crímenes los hace difícil de ignorar o negar.⁴³ Esto es precisamente lo que podemos observar en el caso de las vulneraciones a los derechos humanos durante el llamado “estallido social”, dado que los hechos fueron de público conocimiento y denunciados prontamente por organismos de derechos humanos y otras organizaciones de la sociedad civil. Además, los canales de comunicación internos de Carabineros permiten afirmar que existía información en tiempo real (incluidas imágenes y videos) que llegaba a mano de las autoridades relevantes.

3. RESPONSABILIDAD POR EL MANDO EN EL ARTÍCULO 150 LETRA A Y D DEL CÓDIGO PENAL

Las vulneraciones a los derechos humanos por parte de agentes del Estado ocurridas en el contexto del denominado “estallido social” pueden tener también relevancia penal de conformidad con el Art. 150 A o D. Ambos Artículos castigan a quien teniendo conocimiento de las conductas activas descritas en la primera parte (apremios ilegítimos o tortura) “no impidiere o no hiciere cesar la aplicación de aquellas conductas, teniendo la facultad o autoridad necesaria para ello o estando en posición para hacerlo”. Estas figuras son equivalentes, desde el punto de vista funcional,⁴⁴ a las establecidas

⁴¹ En un sentido similar, ver Roger O’Keefe, *International Criminal Law*, Oxford, 2015, p. 206.

⁴² Así Kai Ambos, 2013, op. cit., p. 221; Ana María Garrocho, 2016, op. cit., p. 395.

⁴³ Ana María Garrocho, 2016, op. cit., p. 396.

⁴⁴ En métodos comparativos, se habla de equivalente o método funcional como técnica para comparar normas desde su estructura y el problema que enfrentan, más allá de la forma o literalidad de las mismas. Al respecto ver Jaime Couso, “Intervención delictiva y organización. Necesidad y

en el Artículo 35 de la Ley 20.357 –que implementa en Chile el Estatuto de Roma–, específicamente la denominada “Responsabilidad del Superior”.⁴⁵ Respecto a la naturaleza omisiva de esta forma de intervención en el crimen de apremios ilegítimos, puede considerarse que se trata o bien de una “omisión propia” por estar expresamente establecida en la ley,⁴⁶ o de una “omisión impropia” en cuanto –a pesar de estar expresamente descrita– exige la evitación de un resultado (y no meramente la ejecución de una acción).

Respecto del disvalor que representa la conducta de no evitación de los apremios, malos tratos o tortura, la norma en comento zanja expresamente que las conductas omisivas se castigan con igual pena que aquellas de naturaleza activa. En efecto, a diferencia de la norma que la precedió, el Art. 150 D establece hipótesis activas y omisivas que se castigan con “igual sanción”. De manera similar al Art. 35 de la Ley 20.357, el legislador tomó una decisión –no clara en el derecho penal internacional y aún discutida respecto de la comisión por omisión– de equiparar las conductas omisivas a las activas.

3.1. Tipicidad objetiva

3.1.1. La organización y el sujeto activo del delito

La figura omisiva contenida en el Art. 150 letra D del Código Penal castiga al empleado público que conociendo de la ocurrencia de las conductas de apremios y otros tratos –descritas en dicho artículo–, no las impidiere o no las hiciere cesar, teniendo la facultad o autoridad necesaria para ello o estando en posición de hacerlo. Siendo este un delito de omisión expresamente contemplado en la legislación, no es necesaria la búsqueda previa de una fuente del deber, toda vez que el mismo deriva directamente del tipo penal en comento (Art. 150 A y D del CP). Es cierto que este tipo penal requiere la evitación de un resultado además de la ejecución de una acción, y es, en este sentido, estructuralmente semejante a la comisión por omisión, pero aquí no se requiere, como allá, la búsqueda de la fuente del deber y posición de garante para poder circunscribir el círculo relevante de obligados a actuar, ya delimitado en el tipo penal que estamos analizando. Al respecto, el sujeto especialmente obligado a actuar en este delito de omisión es, en pri-

complejidades de una comparación funcional entre el Derecho chileno y el derecho internacional y comparado”, *Revista Chilena de Derecho*, 42, 2015, pp. 280 ss.

⁴⁵ Similar respecto a la equivalencia entre la figura omisiva del Artículo 150 letra A) en comento y la responsabilidad del superior en los términos del Artículo 35 de la Ley 20.357, ver Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez, *Manual de Derecho Penal Chileno Parte especial*, 4ª edición, Tirant lo Blanch, 2021, p.179.

⁴⁶ Esta es la opinión de Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez, , 2021, op. cit., pp.179 s., acerca de la figura omisiva del tipo penal de tortura (artículo 150 letra A del CP).

mer lugar, un empleado público. Adicionalmente, el círculo de posibles intervinientes se delimita en virtud de la relación del sujeto con el hecho y sus agentes activos. Quienes son llamados a intervenir respecto de los apremios y otros tratos cometidos por empleados públicos son quienes mantienen con ellos una relación de autoridad, aunque también aquellos que, sin ser superiores de los agentes activos, tienen la facultad o posibilidad de evitar los delitos. De esta manera, el Artículo en comento contiene hipótesis de lo que tradicionalmente puede entenderse como responsabilidad del superior o responsabilidad por el mando, que implica un deber de actuar en virtud de la supervisión y el control respecto de los agentes activos del delito. Asimismo incluye hipótesis de responsabilidad para empleados públicos que conociendo de la comisión de los hechos y teniendo la facultad y/o posibilidad de evitar el hecho, no lo hicieren, con independencia de si quienes los cometieron eran efectivamente sus subordinados o no. Si bien esta última hipótesis de responsabilidad (“sin superioridad”) podrá ser más infrecuente (en general, tendrá la facultad y posibilidad de evitar el hecho ejecutado por parte de un empleado público quien tenga autoridad sobre el mismo), no debe ser ignorada, sobre todo en el caso de comisión de hechos constitutivos de apremios y otros tratos por parte de fuerzas o estamentos paralelos. En estos últimos casos, si bien quizás no habrá autoridad de miembros de una institución o estamento sobre otros, sí podrán presentarse casos en que dichos agentes, empleados públicos, tengan facultades y posibilidades para evitar hechos delictivos como los descritos en ambos tipos penales.

Respecto de aquellas hipótesis que impliquen la omisión de un agente con autoridad y posibilidad de evitar el hecho, lo relevante será la relación de subordinación entre el empleado público que comete activamente los hechos y quien tiene autoridad para evitarlos. Este elemento puede equipararse al requisito de una “relación superior-subordinado” contenido en el Art. 28 del Estatuto de Roma y el 35 de la Ley chilena 20.357 de implementación del Estatuto de Roma. En el derecho penal internacional, al ser los superiores responsables de los actos de sus subordinados, un requerimiento básico es la existencia de una relación de subordinación efectiva entre actuante y omitente.⁴⁷ Esta relación se caracteriza en general como un lazo de tipo jerárquico, que implica la existencia de una cadena de mando y un sistema de autoridad caracterizado principalmente por la capacidad

⁴⁷ Respecto de este elemento, ver en la literatura internacional: Kai Ambos, 2013, op. cit., p. 208 y Helmut Satzger, 2018, op. cit., p. 382.

de dar órdenes a quienes tienen el deber de obedecerlas, tal como ya fue analizado con anterioridad.

La organización, como tal, es el ambiente natural para este tipo de relación de autoridad y, en el caso del Art. 150 A y D, la misma está delimitada al Estado en general, no sólo al Ejército. El que un “superior” o “autoridad” pueda encontrarse en los poderes civiles o administrativos y no sólo en los militares, operacionales o ejecutivos, es algo que ha sido respaldado de manera fuerte en la misma evolución de la responsabilidad del superior en el derecho penal internacional. En efecto, en esta última área, la codificación más avanzada de responsabilidad del superior por omisión, el Art. 28 del Estatuto de Roma, estableció expresamente la responsabilidad penal de los superiores civiles, de manera equivalente a la de los superiores militares. La implementación chilena (Ley 20.357) en su Art. 35 siguió esta vía, asentando claramente que la responsabilidad aplica a toda clase de superiores, incluyendo civiles. El Art. 150 D, por último, enfatiza esta idea al hablar de “empleado público” genéricamente.

3.1.2. Conducta: omisión y capacidad de actuar

La conducta que requieren los tipos penales en comento es la omisión de una acción evitadora de apremios y otros tratos crueles inhumanos y degradantes. Toda omisión implica que se incumplió el deber de ejecutar una acción que podría haber evitado el resultado delictivo. Primera condición de ese mandato es que ese deber sea posible de ejecutar, lo que se traduce en una indagación fáctica acerca de las circunstancias en las cuales la persona obligada se encontraba inmersa, averiguando especialmente si acaso el mismo tenía a su disposición, en las condiciones de tiempo y espacio específicas del caso, cursos de acción posibles encaminados a conjurar o controlar el peligro de que se cometiera una vulneración. En este sentido, debe distinguirse para una correcta atribución de responsabilidad, que junto al deber –abstracto– de evitar el resultado, es necesaria la constatación de una cierta posición de una persona específica en relación a otras personas y riesgos. Además de la valoración normativa del deber, debe existir la constatación fáctica de un hecho, que en este caso se corresponde con lo que la doctrina ha denominado “real posibilidad de actuar” y que, en cuanto tal, son elementos del tipo objetivo.⁴⁸ Lo anterior no ocurre, por ejemplo, si

⁴⁸ En la doctrina nacional, a propósito del delito de omisión impropia, el primer elemento del delito de omisión de evitar un resultado es la “real posibilidad de actuar”, en este sentido, ver Juan Bustos, Claudio Flitfisch y Sergio Politoff, “Omisión de socorro y homicidio por omisión”, *Revista de Ciencias Penales*, N° 3, 1966, pp. 163-184, p. 171, entendiendo este elemento de posibilidad real de actuar como la cara descriptiva del deber de actuar; Alfredo Etcheverry, *Derecho penal*, Tomo II, 3ª ed., Santiago, Editorial Jurídica, 1998, p. 202; también señala la necesidad de establecer un cierto elemento de inactividad y posición

los hechos se desenvuelven de tal manera que el superior o la autoridad no tienen posibilidad de intervención alguna, ya sea por la ubicación remota, clandestina o el carácter repentino e impredecible de los hechos.

La jurisprudencia chilena ha resaltado esta idea, destacando la capacidad de intervención como un asunto fáctico, relacionado con la “capacidad de acción” como elemento básico del delito de omisión de evitar un resultado.⁴⁹ En efecto, en un caso en que se analizaba la responsabilidad penal de un miembro de una organización policial, la Corte negó la responsabilidad de la autoridad por no haber pruebas de cómo la muerte ocurrió en concreto, y por ende de cómo podría haber intervenido el oficial en cuestión. Para establecer la responsabilidad penal por omisión en un caso como este, no es suficiente –como señala la Corte en otro caso– establecer la mera pasividad del agente unido a su deber de actuar, ya que es relevante revisar la situación concreta de ocurrencia del delito.⁵⁰ Debe evitarse a toda costa un ejercicio de atribución meramente normativo u objetivo, basado en el deber abstracto, pero no en las circunstancias específicas.

Tal como ha sido establecido en el derecho penal internacional, para determinar la responsabilidad el juez debe reconstruir el hecho delictivo, analizando evidencia respecto a la posición del superior cuando su actuar era requerido, averiguando cuáles eran las posibilidades fácticas que tenía a mano para intervenir en el momento en que se produjo el delito.⁵¹

Lo que puede parecer razonable realizar bajo ciertas circunstancias, puede no serlo en otras.

La habilidad material de adoptar acciones y medidas está relacionada, estrechamente, con el grado de autoridad del superior. En efecto, no obstante, un superior puede ser encontrado en cualquier nivel de la cadena de mando dentro de la organización, sus posibilidades fácticas están de manera estrecha conectadas al rango y función dentro del colectivo. Por esta razón, la consideración de este requisito podría comprender el análisis de las reglas o normas que gobiernan la organi-

respecto al riesgo, como elementos de carácter descriptivo que deben ser establecidos para que se atribuya el resultado a la omisión del agente. Esta misma diferenciación del deber de actuar –por una parte– y “posición de garante”, por otra, es establecida en Enrique Cury, *Derecho penal, parte general*, Santiago, Ediciones Pontificia Universidad Católica, 2005, p. 680, quien resalta, asimismo, la naturaleza fáctica del elemento. Se entiende entonces, que la posición de garante es un hecho integrante del tipo –objetivo–, que no debe ser confundido con el deber.

⁴⁹ Corte de Apelaciones de Chillán, 7 de octubre de 2011, Rit 179-2011. párrs. 24 y ss.

⁵⁰ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 854-2015, párr. 3.

⁵¹ Respecto del elemento de conducta y aquellas acciones o medidas que eran “necesarias y razonables” para el superior, ver en el derecho penal internacional: Kai Ambos, 2013, op. cit., p. 218; Chantal Meloni, 2010, op. cit., pp. 120 s.; y Gerhard Werle y Florian Jessberger, 2020, op. cit., p. 274.

zación. Tal como ha sido destacado por la jurisprudencia internacional, el superior está obligado a tomar medidas “dentro de su habilidad material como superior, como evidencia del grado de control efectivo que detentaba sobre sus subordinados.”⁵² En esta línea, tanto el grado de control efectivo como la habilidad material de actuar en la situación, son los elementos que pueden guiar a los jueces acerca de la razonabilidad de las medidas tomadas por el superior.⁵³

En la jurisprudencia internacional se ha entendido que este elemento está presente en la evidencia⁵⁴ cuando es posible encontrar signos de autoridad y control efectivo, tales como: la posición oficial del superior o empleado dentro de la estructura;⁵⁵ su poder o capacidad de dar órdenes,⁵⁶ así como la posibilidad que tenía de asegurar el cumplimiento de las mismas, incluyendo –dentro de esto último– una consideración acerca de si las órdenes de ese superior eran realmente seguidas, constatándose su validez y efectividad.⁵⁷

En conclusión, la capacidad de actuar para el superior dependerá normalmente –y en primer lugar–, de su habilidad para dar órdenes o instrucciones a sus subordinados, configurando la realidad de un modo no criminal. El superior a cuya organización pertenecen funcionarios o empleados que están cometiendo delitos, está llamado a actuar, conservando la disciplina y el respeto por el ordenamiento jurídico al interior del colectivo.

Como ya ha sido señalado, en la determinación de la capacidad de acción del empleado público, un asunto primordial será el conjunto de reglas de funcionamiento básico de la organización, especialmente aquellas que sostienen la autoridad o el poder de dar órdenes.⁵⁸ De relevancia crucial para el efecto de los empleados públicos y la determinación de la capacidad

⁵² Halilović Trial Judgment, párr. 74.

⁵³ Blaskić Appeals Judgment, párr. 72 y 335.

⁵⁴ ICC Bemba Trial Judgment, N° ICC-01/05-01/08, 21 of March 2016, párr. 188; ICTY, Blaškić Appeal Judgment, párr. 69; ICTY, Milošević Appeal Judgment, párr. 280; ICTY, Strugar Appeal Judgment, párr. 254.

⁵⁵ ICC Bemba Trial Judgment, N° ICC-01/05-01/08, 21 de marzo de 2016, párr. 188; ICTY, Orić Appeal Judgment, párrs. 9-92; y ICTY, Kordić and Čerkez Trial Judgment, párr. 438.

⁵⁶ ICC Bemba Trial Judgment, N° ICC-01/05-01/08, 21 de marzo de 2016, párr. 188 y ICTY, Kordić and Čerkez Trial Judgment, párr. 421.

⁵⁷ Ver la CPI en ICC Bemba Trial Judgment, N° ICC-01/05-01/08, 21 de marzo de 2016, párr. 188; También el ICTY, en Strugar Appeal Judgment, párr. 256.

⁵⁸ En efecto, tal como se establece en el derecho penal internacional, el poder de impartir órdenes efectivas es lo que constituye fundamentalmente la capacidad de intervenir del superior. Acerca de la capacidad de dar órdenes y asegurar su cumplimiento, como aspectos centrales del control efectivo y la capacidad de evitar el hecho, ver Hadzihasanovic and Kubura (IT-01-47-A), Appeals Chamber, 22 de abril de 2008, párrs. 192 y 225 ss.; asimismo Katerina Kappos, “Current Developments at the International Criminal Court”, *Journal of International Criminal Justice*, V. 16, 2, 2018, pp. 425–488, p. 437. Katerina Kappos, 2018, op. cit.

de actuar impidiendo apremios y torturas (en los términos del Art. 150 A y D del CP), son los sistemas de autoridad contemplados para empleados públicos en general y de las Fuerzas Armadas en la legislación chilena. En el primer caso, el sistema de autoridad de funcionarios públicos incluye un deber de los superiores jerárquicos de ejercitar un control vertical permanente del correcto funcionamiento del servicio, sus órganos y personal, así como la vigilancia y cumplimiento de los planes y aplicación de normas (Art. 64 del Estatuto Administrativo).⁵⁹ Asimismo, desde la perspectiva de los subordinados, el Estatuto Administrativo contiene un deber legal de obediencia a las órdenes dadas por los superiores jerárquicos de la oficina o servicio, el cual es reforzado penalmente en el Art. 252 del Código Penal que castiga la desobediencia del empleado público respecto de las órdenes dadas por sus superiores en asuntos del servicio. En el ámbito militar la situación es similar: los deberes de obediencia a las órdenes de los superiores se establecen en el Art. 334 del Código de Justicia Militar, lo que se respalda con el castigo a la desobediencia establecido en el Art. 336 del mismo cuerpo normativo. Estas normas y su vigencia demuestran la capacidad general y poderes de los superiores para configurar la conducta de sus subordinados, así como el deber de estos últimos de obedecer.

3.1.3. Posibilidad de evitar el hecho (elemento “causal”)

El art. 150 D castiga al empleado público que no impidiera o no hiciera cesar la aplicación de los apremios o de los malos tratos, “estando en posición para hacerlo”. Este requisito puede considerarse como análogo al requisito causal formulado a propósito de la responsabilidad del superior –contenida en otros cuerpos normativos, como el Art. 35 de la Ley 20.357–, que castiga a las autoridades o jefes militares que no impidieren el crimen de sus subordinados, “pudiendo hacerlo”. El par internacional de esta última norma requiere, en una formulación diversa, aunque equivalente, que los crímenes han de ser cometidos “como resultado” de la falta de control debido de parte del superior. A partir de esto, la literatura internacional ha desarrollado este requisito entendido como la posibilidad efectiva de prevenir el delito del subordinado.⁶⁰

⁵⁹ Ver la Ley 18.834, que establece el Estatuto Administrativo aplicable a funcionarios públicos, 16 de junio de 2004.

⁶⁰ De acuerdo a la literatura internacional, el requisito de causalidad es parte de los elementos de la hipótesis de falta de prevención del Art. 28, ver Stefan Trechsel “Command Responsibility as a separate offense”, *Berkeley Journal of International Law Publicist*, vol 3, 2009, p. 30 y Otto Triffterer, “Causality, a Separate Element of the Doctrine of Superior Responsibility as Expressed in Article 28 Rome Statute?”, *Leiden Journal of International Law*, 15, 2002, pp 179-205, p. 185. Ver, sin embargo, la Sentencia del ICTY, Prosecutor v. Delalić et al., IT-96-21-T (Trial chamber), 16 de

Al analizar la atribución del resultado a la conducta omisiva del individuo, también es relevante considerar la doctrina chilena a propósito del delito de omisión impropia. En el derecho nacional se requiere, en general, que junto al deber de impedir el resultado se exija la posibilidad de evitar el mismo. En general, la doctrina nacional ha desarrollado este elemento como “causalidad hipotética”, requiriéndose la aplicación inversa de la fórmula de la *conditio sine qua non*, no “suprimiendo” la acción criminal –como funciona para los delitos activos–, sino, en cambio, “agregando” la acción omitida para averiguar si el resultado aún se produciría o no.⁶¹

Quizás antes de entrar al fondo del tema, convenga hacer explícito el carácter problemático de este requisito. Atribuir un resultado a la inacción de un agente mediante nociones causales siempre se ha considerado un asunto polémico en el derecho comparado, en la medida que es difícil apreciar cómo la pasividad pueda realmente “causar” algo.⁶²

En el ámbito del derecho penal internacional, este elemento también ha tenido un desarrollo problemático y se destaca como uno de los asuntos más complicados a determinar en relación a la responsabilidad del superior. A nivel doctrinario, la formulación tradicional de la *conditio sine qua non* se estima, frecuentemente, como no aplicable o como muy difícil de implementar en este tipo de delitos.⁶³ La jurisprudencia internacional, por su parte, ha lidiado con el tema en varias ocasiones, progresando, pero dejando aún ciertas interrogantes y cuestiones no claras pendientes. En la jurisprudencia de los tribunales ad-hoc se dudó en un principio de que el requisito de causalidad realmente aplique, al menos como un elemento “sometido a prueba”.⁶⁴ Más recientemente, la Corte Penal Internacional al analizar la materia asentó que, en efecto, la responsabilidad del superior por la no prevención de los delitos del subordinado requiere de un elemento causal, elaborando ese elemento desde una perspectiva normativa, aludiendo a la noción de “riesgo”. Partiendo de este punto de vista, el fiscal

noviembre de 1998, párr. 400, el tribunal establece la ausencia del requisito causal respecto de la responsabilidad del superior por omisión.

⁶¹ Ver Mario Garrido, *Derecho Penal Parte General. Nociones fundamentales de la teoría del delito*, Tomo II (cuarta edición), Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010, p. 247 s.; y Alfredo Etcheverry, 1998, op. cit., p. 20 y p. 202.

⁶² Respecto al carácter problemático del establecimiento de la causalidad en los delitos de comisión por omisión, ver en el derecho comparado alemán, Michael Bohlander, *Principles of German Criminal Law*, Portland, Oregon, Hart Publishing, 2009, pp. 49 s., con especial mención a las averiguaciones hipotéticas que se realizan en la criminalidad de organizaciones y sus líderes.

⁶³ En el Derecho Penal Internacional, acerca de la incapacidad de la fórmula causal tradicional –“demasiado naturalista”– para dar cuenta de la responsabilidad del superior, ver Kai Ambos, 2013, op. cit., pp. 215 y ss.; Chantal Meloni, 2010, op. cit., pp. 175 s.; también Helmut Satzger, 2018, op. cit., p. 361.

⁶⁴ Ver ICTY, IT-96-21-T, Celebici Trial Judgement, párr. 398.

ha de demostrar que la falta de control del superior “incrementó el riesgo de comisión de delitos por parte de los subordinados”, siendo suficiente lo anterior para dar por probado el vínculo causal.⁶⁵

A pesar de las complicaciones en su elaboración e implementación, la doctrina internacional penal sí exige que el nexo entre la conducta del superior y la del subordinado tenga que ser establecido de manera fáctica.⁶⁶ Por otra parte, la dogmática comparada ha desarrollado nociones del nexo causal especiales para esta clase de delitos omisivos, entendiendo que una omisión (o “condición negativa”) puede ser considerada la causa de un daño cuando la acción omitida hubiera sido una “condición suficiente” de su evitación, de acuerdo a leyes causales.⁶⁷ En este sentido, el omitente pone una “condición negativa suficiente” del resultado, si es que hay evidencia de que la acción prescrita hubiese bastado para su evitación. Averiguar lo anterior requeriría preguntarse –hipotéticamente– qué habría pasado si el empleado hubiera actuado en contra de la ocurrencia del delito. Si la acción requerida hubiera sido suficiente para evitar el resultado, entonces el superior o empleado público podría ser señalado como la causa de su ocurrencia.

La noción anterior de causalidad es fáctica y descriptiva y está sujeta a una confrontación empírica, a través de la evidencia del caso. Sólo esta clase de indagación (y no una meramente normativa) es capaz de individualizar la contribución precisa y relación fáctica del agente frente a los hechos, reconstruyendo, más allá del deber, las circunstancias de tiempo y espacio que rodeaban al delito, filtrando casos de poderes y facultades meramente formales, de aquellos en que el omitente realmente tuvo la posibilidad de evitar los hechos.

A propósito del delito de comisión por omisión, y si bien el desarrollo de este ilícito, en la jurisprudencia, sobre todo, es más reciente, los tribunales nacionales han abordado la problemática de la causalidad. En efecto, en dos de los casos más relevantes por la no evitación de un delito, el requisito de causalidad fue clave para la decisión. En el caso seguido tras la muerte de casi un centenar de personas al interior de la Cárcel de San Miguel, ocurrido el 8 diciembre de 2010, los jueces negaron la responsabilidad de oficiales de Gendarmería por falta del requisito de causalidad, toda vez que –desde ese punto de vista– no había certeza de que la ejecución de la

⁶⁵ Ver la ICC en Bemba Gombo, No. ICC 01/05-01/05 párr. 425 s.

⁶⁶ En el derecho penal internacional, en favor de la exigencia de un nexo causal “que es posible y debe requerirse”, ver: Chantal Meloni, 2010, op. cit., p. 175 s.

⁶⁷ Un entendimiento causal de las omisiones como “condición negativa suficiente” del resultado, ha sido desarrollada en el derecho penal internacional por Robert Cryer y otros, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 4ª edición, Cambridge, Cambridge University Press, 2019, p. 376.

acción omitida pudo en efecto haber evitado el crimen.⁶⁸ El fallo expresa la imposibilidad de establecer que la acción faltante habría evitado el resultado fatal del siniestro. La evidencia demostró, entre otras cosas, que, ante la irrupción de un fuego altamente agresivo, era difícil establecer si una evacuación pronta e implementación de planes de emergencia hubiese impedido –o no– el desenlace fatal al interior de la cárcel pública.

En otro caso relevante, se estableció la responsabilidad por la muerte de cientos de personas tras el terremoto y tsunamis de 2010 en Chile. La autoridad del organismo a cargo del manejo de emergencias de este tipo (la Oficina Nacional de Emergencia del Ministerio del Interior, ONEMI), debió responder penalmente por no tomar las acciones de emergencia debidas. Estas consistían en dar la alerta y activar los protocolos de emergencia, lo que habría permitido la evacuación de la población afectada a lugares seguros, pudiendo de esa forma los habitantes de esas localidades evadir las olas gigantes que azotaron las costas y provocaron la muerte y desaparición de cientos de personas. La sentencia establece la responsabilidad del empleado público por no haber tomado las acciones que hubieran permitido evitar la muerte de civiles que no evacuaron a zonas seguras debido a la deficiente –y en algunos casos inexistente– entrega de información por parte de las autoridades.⁶⁹

Por otra parte, y desde el punto de vista de la evidencia del vínculo causal, las averiguaciones hipotéticas son frecuentes (no sólo respecto de los delitos de omisión de evitar un resultado), aunque presentan sus complicaciones.⁷⁰ En este ejercicio, el juez debe abocarse a reconstruir la situación tal y como era en el momento y lugar en que los crímenes ocurrieron. Esto significa que a pesar de que la evaluación de la causalidad en la omisión es en parte hipotética, se basa en los hechos como efectivamente ocurrieron como base fundamental del análisis. Especialmente complicado, desde el punto de vista de la evidencia, como ya anunciamos, son aquellos casos en que el nexo causal está formado por reacciones humanas. Lo anterior, porque es difícil explicar con certeza cómo habría finalizado un proceso que tuvo lugar en la mente de la persona que omitió, o cuál habría sido la reacción del subordinado ante una acción que de hecho nunca ocurrió. Estos asuntos, como señala la literatura comparada, con frecuencia no pueden determinarse de manera

⁶⁸ Sentencia del 6º tribunal de Juicio Oral de Santiago, 13 de junio de 2014, Rit 258-2013, Ruc 1001 141 178-4, párr. 255.

⁶⁹ Sentencia del 7º Tribunal de Garantía de Santiago, de 31 de marzo de 2014, Ruc. 10000249057-4, Rit. 4157-2010, párr. 5.

⁷⁰ Acerca de los problemas específicos de evidencia que se derivan de las afirmaciones causales hipotéticas, ver Herbert Lionel, Adolphus Hart y Tony Honoré, *Causation in the Law*, 2th edition, Oxford, Oxford University Press, 1985, pp. 411, 413.

completa, sino sólo establecer un alto grado de probabilidad. Un ejercicio serio de prueba y estimación de las probabilidades en estos casos debería basarse en la mejor evidencia disponible, incluyendo generalizaciones sobre frecuencias en otros casos familiares.⁷¹

Respecto de la responsabilidad del superior y su capacidad para evitar los crímenes del subordinado, en el Derecho Penal Internacional se ha establecido que un elemento crucial para probar la habilidad de evitación es el *compliance* o la obediencia de los subordinados respecto del superior específico.⁷² La probable obediencia de los subordinados hacia órdenes de los superiores imputados, será esencial como prueba de su capacidad o habilidad de evitación del hecho, permitiendo conectar la omisión con el resultado, filtrando casos de poderes meramente formales, de aquellos en que el superior podía *de facto* evitar los crímenes. Tratándose de empleados públicos, será crucial analizar los sistemas de autoridad y obediencia establecidos legalmente. Como ya fue señalado, tanto en el campo militar como estatal en general, es claro que el principio de obediencia tiene un carácter fuerte, toda vez que la desobediencia hacia órdenes superiores constituye delito (Así se verifica en el Art. 252 del CP y en el título VII del CJM, art. 334 y 335). Ambos sistemas demuestran la capacidad de los superiores de configurar la conducta de los subordinados.

Si la vigencia de estos principios establecidos legalmente no puede verificarse, se tendrá una señal de que la conducta delictiva está a tal punto difundida en la organización, que se ha generado un verdadero subsistema paralelo de obediencia a otras reglas y valores, en el cual el superior imputado habrá perdido ya sus facultades y poderes. Entonces, no será posible establecer la posibilidad del superior de evitar el delito, pues el sistema paralelo habrá tomado tal fuerza, que una orden en contra del ilícito sería trivial (una mera gota en el mar) y el superior un mero chivo expiatorio dentro del sistema.⁷³ Sin embargo, antes de que este subsistema se consolide, es decir, todavía pudiendo intervenir, el superior estará obligado a actuar, intentando detener la regularidad criminal que comienza a imponerse en la organización a la que pertenece y cuyo ajuste a derecho es su deber mantener.

⁷¹ Ver Herbert Lionel Adolffous Hart y Tony Honoré, 1985, op. cit., pp. 458, 413.

⁷² Acerca de la obediencia efectiva de los subordinados hacia las órdenes del superior específico, como prueba de su control efectivo y habilidad para evitar el crimen en el derecho penal internacional, ver el análisis jurisprudencial de Katerina Kappos, “Current Developments at the International Criminal Court”, *Journal of International Criminal Justice*, V. 16, 2, 2018, pp. 425–488 y p. 437.

⁷³ Acerca de la “conurrencia” de sistemas de normas paralelos en casos de macrocriminalidad, ver Herbert Jäger, 1989, op. cit., p. 191.

3.2. Tipicidad Subjetiva

El artículo 150 letra A y D del Código Penal establece responsabilidad para el empleado público que “conociendo de la ocurrencia” de los apremios o de los otros tratos, no la impidiere o no hiciera cesar su aplicación, pudiendo hacerlo. La formulación del dolo en los delitos de naturaleza omisiva que asumen la evitación de un resultado no es tampoco sencilla. Hoy se acepta que, al igual que para los delitos activos, la persona debe conocer y buscar o aceptar los elementos objetivos del delito para estimar concurrente este requisito.⁷⁴ La cuestión relevante para la existencia de este elemento es la decisión de la persona hacia la inactividad, conociendo el riesgo y la posibilidad del resultado de dicha inacción. Lo anterior puede suceder cuando el agente sabe que su inactividad conducirá al resultado y la ocurrencia del mismo es su voluntad o bien cuando, aunque no sea su propósito, acepta la ocurrencia del mismo como consecuencia posible de su actuar.⁷⁵

Para que los elementos del dolo en casos de omisión de evitar un resultado estén presentes, es necesario que el agente esté enterado de la situación de peligro que requiere de su intervención para que esta no se consume, de las condiciones fácticas que sustentan su posición de garante (su carácter de empleado público añadido a la situación de riesgo que se debe controlar), así como de la posibilidad de rescate o evitación del resultado.⁷⁶ Faltaría el conocimiento, en cambio, cuando el empleado público ignora la ocurrencia del riesgo que demanda su intervención, o cuando no ha tomado conocimiento de su carácter de autoridad respecto de los agentes que cometen el delito o, finalmente, cuando en forma errónea percibe que no hay posibilidades de evitar el resultado. En todos estos casos, no podrá afirmarse ni el conocimiento ni una decisión del empleado en torno a la ocurrencia del delito. El dolo requiere que el sujeto omitente se vea envuelto a sí mismo en el curso de los hechos que debe controlar, conociendo el riesgo de que los delitos probablemente ocurrirán, y estando al tanto, también, de su posibilidad de intervención y evitación del resultado. El superior omite de manera intencional si es que permanece pasivo frente a este curso de acontecimientos y puede afirmarse con propiedad que la

⁷⁴ En este sentido, ver Corte de Apelaciones de Chillán, Rit 179-2011, párrs. 24 y s.; asimismo, en un caso en que una madre no asistió a su hijo luego de la violencia física perpetrada por su pareja, en Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol n° 1348-2011, párrs. 6 y ss.; también la sentencia de la Corte de Apelaciones de Arica Rol 272-2012, estableció como sólo negligente el crimen de un empleador que estaba alerta del riesgo de electrocución que afectaba a sus empleados, así como de su posibilidad de intervención.

⁷⁵ Ver Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band II: Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, Múnich, C.H. Beck, 2003, pp. 684 ss. y 185 ss.

⁷⁶ En este sentido, Claus Roxin, 2003, op.cit., pp. 685 ss., 186 ss.

ocurrencia del resultado era su voluntad o, al menos, que la acepta como una consecuencia plausible de su conducta.

Un aspecto crucial respecto del elemento subjetivo o el dolo, es la evidencia o prueba del mismo. En crímenes que por su naturaleza son masivos o extendidos, o que implican la intervención de una organización, se ha establecido, sobre todo por la doctrina del derecho penal internacional, que no es necesario que el agente conozca cada delito individualmente considerado la identidad de las víctimas o, incluso, la identidad exacta de los perpetradores. En efecto, en contextos en que interviene una organización desde la cual se cometen delitos, se acepta que el conocimiento no debería ser necesariamente detallado o recaer sobre todos los elementos del crimen del subordinado. Sería suficiente, en cambio, poseer información general pero concreta –aunque sea indeterminada– acerca de la comisión de delitos por parte de miembros de la organización. La evidencia de este elemento podría ser directa, cuando el funcionario observa en persona la comisión de delitos o es informado sobre su ocurrencia. Asimismo, se acepta evidencia indirecta como, por ejemplo, el número, tipo y alcance de los crímenes, el momento de su comisión, la relación del superior con los subordinados y su localización en el momento de la ocurrencia de los crímenes.⁷⁷

Desde cierto punto de vista, muchas veces respecto de actos masivos como estos, la prueba del conocimiento no representará un especial desafío de evidencia, toda vez que la escala y magnitud de los crímenes los hace difícil de ignorar o negar.⁷⁸ Esto es, precisamente, lo que podemos observar en los casos de vulneraciones a los derechos humanos cometidos por agentes del Estado durante el denominado “estallido social”. Está claro que los hechos fueron de público conocimiento y denunciados con celeridad por organismos de derechos humanos y otras organizaciones de la sociedad civil. A esto suma la evidencia de que –a través de los canales de comunicación internos de Carabineros– se transmitía información en tiempo real (incluidas imágenes y videos) que llegaba a mano de las autoridades relevantes.

La jurisprudencia chilena ha tratado este punto en un caso que involucró al superior de uno de los organismos represivos de la dictadura. La Corte Suprema estableció en esta instancia, respecto al conocimiento del crimen, que el acusado no puede alegar no haberlo conocido toda vez que él era el superior a cargo de un centro de detención clandestino (Villa Grimaldi), no resultando convincente sostener que no haya sabido de

⁷⁷ Acerca del conocimiento que ha de tener el superior, ver Chantal Meloni, 2010, op. cit., pp. 178 ss.

⁷⁸ Ver Ana María Garrocho, 2016, op. cit., p. 396.

la detención de la víctima, toda vez que “bajo la lógica de la estructura jerárquica del ejército” al menos debió haber sabido que allí se detenían prisioneros, sus circunstancias, el trato que recibían, así como sobre su destino final.⁷⁹

En relación a los delitos acontecidos durante el denominado “estallido social”, que implicaron graves vulneraciones a los derechos humanos, tema central del análisis de este capítulo, y siguiendo lo señalado, no será difícil establecer el conocimiento de ellos por parte de los superiores, considerando lo público de los hechos, las sucesivas alertas de organismos oficiales y los canales de comunicación internos de Carabineros que proporcionaban suficiente información en tiempo real.

4. CONCLUSIONES

Las vulneraciones a los derechos humanos cometidas por agentes del Estado en el marco del denominado “estallido social” han sido objeto de especial preocupación, los últimos años, tanto desde el punto de vista penal como del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Desde esta perspectiva, es obligación del Estado investigar, juzgar y sancionar este tipo de hechos, y no dejarlos en la impunidad. Lo anterior comprende, en principio, el deber de investigar de manera diligente, indagando los hechos que revisten carácter criminal de manera eficaz y proactiva. Lo señalado abarca no sólo las hipótesis directas de autoría (autores ejecutores o directos), sino también –y especialmente– aquellas relacionadas con quienes detentaban el mando y control sobre esos ejecutores. En efecto, respecto de las lamentables vulneraciones acontecidas tras el estallido de octubre de 2019, no sólo era importante la pregunta por los agentes materiales de las acciones criminales directas (disparos, golpes, mutilaciones), muchas veces incluso difíciles de identificar, sino que también –y en especial– la pregunta por quiénes tenían deberes de control o supervisión sobre los mismos. Es necesario, por ende, la consideración de hipótesis investigativas que incluyan desde un inicio los distintos niveles de responsabilidad en la cadena de mando, recabando de manera diligente todos los antecedentes que pudieran resultar relevantes.

La consideración de la responsabilidad de los superiores y mandos responsables no sólo es un mandato mínimo de una investigación seria en esta clase de hechos, sino que también una cuestión necesaria desde el punto de vista de la necesidad de prevención y las dinámicas con las que se desenvuelve

⁷⁹ Sentencia Corte Suprema (2007), Rol N° 3821-06, párr. 7.

la criminalidad cometida desde organizaciones, particularmente si se trata de instituciones estatales armadas que se encuentran, como en el caso en comento, aplicando un uso excesivo de la fuerza. Ante este tipo de hechos, es deber de la autoridad y los mandos responsables intervenir –con los medios legales de que disponen– para prevenir, investigar, juzgar y, en su caso, sancionar esta clase de acciones delictivas. La reacción de los superiores frente a los delitos cometidos por sus subordinados es esencial para detener cualquier patrón o normalidad criminal instalado (o en proceso de instalarse) al interior del colectivo y cuyo avance reviste especial peligrosidad. Tal como se mencionó, en las organizaciones que se encuentran al margen del derecho, abusivas o violentas, el “clima criminal” comienza a asentarse discretamente, muchas veces mediante la mera tolerancia de sus jefarcas y en ausencia de un plan explícitamente criminal. Es por esto que en este punto es deber del Estado intervenir y –si ya fallaron sus autoridades en prevenir o detener esta clase de hechos– tendrá que hacerlo a través de su investigación y sanción.

El ordenamiento jurídico chileno ha reconocido en diversos cuerpos normativos, especialmente la omisión de los superiores de controlar los delitos de los subordinados. La ley que implementa en Chile el Estatuto de Roma es uno de ellos, estableciendo la responsabilidad penal para aquellas hipótesis en que los delitos individuales estaban siendo cometidos desde una asociación que sistemática u organizadamente los perpetraba. Asimismo, resulta relevante considerar las figuras de tortura y apremios ilegítimos del Código Penal chileno que contienen, además de las normas de punición clásicas para autores, reglas especiales de castigo para aquellos superiores que no evitaron los hechos, debiendo hacerlo. Ambas figuras son similares y equivalentes desde el punto de vista funcional a la comisión por omisión, como norma básica de la parte general que se ha utilizado ya en el ordenamiento jurídico nacional para este tipo de casos. En efecto, existen diversas posibilidades normativas al interior del sistema chileno, así como jurisprudencia, que permiten dilucidar las hipótesis de participación de los superiores al interior de una organización. En general, estas figuras en lo objetivo se caracterizan por la exigencia de una posición de salvaguarda frente al bien que permite su salvación oportuna, así como el conocimiento de los delitos que se estaban perpetrando. Todas estas herramientas resultan cruciales a la hora de analizar los medios disponibles para que el Estado chileno cumpliera con sus obligaciones internacionales.

RECOMENDACIONES

1. Continuar con la investigación y persecución penal, poniendo especial atención y diligencia en las hipótesis de intervención de los altos mandos y superiores –de las organizaciones involucradas– en el uso excesivo de la fuerza y vulneraciones a los derechos humanos en el marco del denominado “estallido social”.
2. Implementar un sistema de criterios rectores de la investigación para casos de criminalidad –compleja u organizada– en los que pudiera resultar relevante la consideración de distintos niveles de responsabilidad en la cadena de mando. Con lo anterior se puede fijar un rango de diligencia y actuación mínima frente a hechos en los cuales podría haberse aplicado un uso excesivo de la fuerza o vulneración de derechos humanos por parte de miembros de organizaciones.
3. Implementar una base de datos accesible públicamente que contenga el estado de las investigaciones relacionadas al estallido social y las causas en las que agentes del Estado vulneraron derechos fundamentales de la ciudadanía. Lo anterior contribuye a la transparencia y prevención, así como al control ciudadano de las investigaciones en estas causas.
4. Asegurar una adecuada capacitación y asesoría de los órganos de persecución para casos de criminalidad compleja, sobre todo considerando la falta de experiencia del sistema criminal chileno para perseguir este tipo de criminalidad, aprendiendo cómo las investigaciones se guían de manera diligente y oportuna en un contexto de sustanciales diferencias dogmáticas y probatorias que caracterizan a estos delitos.
5. Asegurar la responsabilización efectiva de todos aquellos que hubieran detentado el control jerárquico sobre los autores materiales, exigiendo la responsabilidad legal sea por vía administrativa sancionatoria o penal.

MEDIDAS ESTATALES EN MATERIA DE SEGURIDAD¹

Víctor Beltrán Román²
Angélica Torres Figueroa³
Judith Schönsteiner⁴

SÍNTESIS

En el contexto de los crecientes problemas de seguridad en Chile, el Gobierno y el Poder Legislativo han adoptado un enfoque de legislación fast track para abordar estas cuestiones de manera rápida y expedita, lo que ha generado críticas en relación con la calidad legislativa y el respeto a los derechos humanos. En este capítulo se ofrece un análisis crítico de algunas de las leyes y proyectos de ley que forman parte de dicho fast track legislativo, que vienen a cambiar el sistema normativo e institucional ya existente. Será analizado a la luz de los estándares internacionales de derechos humanos, con el objetivo de ofrecer recomendaciones para mejorar la protección de los derechos fundamentales en el contexto de la seguridad pública.

PALABRAS CLAVE: Seguridad pública, políticas públicas, prevención, crimen organizado, proporcionalidad, uso de la fuerza.

INTRODUCCIÓN

Los Estados tienen una responsabilidad primordial como garantes de la seguridad y de la vida e integridad de quienes habitan en sus territorios. Así, mediante medidas de distinto tipo –incluyendo legislativas–, y la adopción

¹ El capítulo contó con la colaboración de la estudiante Kathia Tello Cuadra, a quien agradecemos su dedicación.

² Abogado, doctorando de la Facultad de Derecho de la UDP.

³ Abogada, doctoranda de la Facultad de Derecho de la UDP.

⁴ Profesora titular de la Facultad de Derecho de la UDP, investigadora del Centro de Derechos Humanos.

de determinadas políticas, deben procurar mantener el orden, establecer organismos y mecanismos de control, prevenir y sancionar el delito, enjuiciar a quienes han incurrido en conductas delictivas y promover la reinsertión. Todo lo anterior, con el fin de proteger y garantizar la seguridad de sus habitantes y el bienestar de la sociedad en su conjunto. La tarea es compleja, pues implica conseguir un balance entre la eficacia de la seguridad pública y el pleno respeto y protección de los derechos humanos de todas las personas.

En los últimos años, los problemas de seguridad pública se han vuelto una cuestión central en Chile. Por un lado, tenemos el aumento de la violencia en la comisión de algunos delitos, el incremento del crimen organizado y la irrupción de nuevas formas de delincuencia. Por otro, existe una sensación subjetiva de inseguridad de muchas personas fomentada tanto por la irrupción de los fenómenos señalados, como por el tratamiento mediático con tintes sensacionalistas que, a veces, se les suele dar, así como por el aumento relativo de los hechos delictivos después de la pandemia, periodo en que se produjo un descenso muy importante de ellos. El contexto descrito ha provocado un llamado a la acción de las autoridades y de la sociedad en su conjunto para implementar políticas y medidas que garanticen la protección de la ciudadanía.⁵

En este escenario, a inicios de 2023, tanto el Gobierno como el Poder Legislativo, en un intento de dar respuesta a las demandas ciudadanas y de ajustar las distintas visiones existentes entre oficialismo y oposición, adoptaron un enfoque de fast track para lograr abordar estas problemáticas.⁶ Esta visión, que busca agilizar el proceso legislativo y permitir una

⁵ Al respecto, véase: Subsecretaría de Prevención del Delito y Ministerio Público de Chile, 1er Informe Nacional de Homicidios Consumados: Una visión integrada e institucional 2018-2022, 13 de julio de 2023, que da cuenta del incremento en la cantidad de homicidios desde el año 2016, y de cambios en las características de esos homicidios. En la misma línea, la publicación de la Unidad Especializada en Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, Ministerio Público de Chile, VII Informe Anual Observatorio del Narcotráfico en Chile, diciembre de 2022, da cuenta del incremento en el uso de arma de fuego en la comisión de delitos de homicidio, de la planificación para cometer el delito (p. 176) y de la existencia de “ajustes de cuentas”, “mexicanas”, disputas de territorio, de la ejecución de homicidios como formas de expresar poder y superioridad ante otros y sicariato (pp. 182-186). En el mismo sentido, analizando los datos y refiriéndose a la sensación de inseguridad, véase: Pablo Carvacho y Catalina Rufs, *Datos en perspectiva: Series Sobre la Criminalidad en Chile*, Centro de Estudios Justicia & Sociedad, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2023; Patricio Domínguez, Mauricio Duce y Lucas García, *Informe de seguridad pública: Tendencias recientes en crimen*, Espacio Público, 20 de abril de 2023. Patricio Domínguez, Mauricio Duce y Lucas García, *Seguridad efectiva, sin efectismos: Apuntes generales para el debate legislativo*, Espacio Público, 20 de abril de 2023.

⁶ Los plazos autoimpuestos para cumplir con este fast track legislativo fueron de 75 días para algunos casos, otros en 150 días y un tercer grupo de proyectos sería ingresado antes de fin de año. El plazo de 75 días se cumplió el 29 de junio de 2023, pero no se consiguió la aprobación de dichos proyec-

pronta implementación de las medidas y políticas destinadas a enfrentar los desafíos de seguridad que afectan al país, no está libre de cuestionamientos desde una perspectiva de derechos humanos. En particular, genera interrogantes en relación con la eficacia, idoneidad, proporcionalidad y, en algunos casos, con la necesidad de las medidas. Como reflexión inicial, consideramos que el Estado debe abordar los puntos neurálgicos de los problemas de seguridad y evitar que se legisle de manera apresurada, solamente en función de la coyuntura, poniendo en riesgo, incluso, el resguardo a los derechos humanos comprometido por Chile en su legislación interna y en diversos tratados internacionales. En ese sentido, sólo aumentar penas –con dudoso efecto disuasivo⁷– o tipificar “delitos nuevos” que no dan mayores luces de detectabilidad, no parece suficiente o, incluso, puede resultar inútil.

En esa línea, uno de los problemas de la implementación del fast track es que la celeridad legislativa podría poner en riesgo la calidad legislativa y, por lo tanto, conllevar el peligro de legislar sin tomar en cuenta las obligaciones de respetar y proteger los derechos humanos. Aunque se reconoce la necesidad de dar eficiencia al proceso legislativo, las visiones críticas ponen de relieve la importancia de someter un tema tan complejo como la seguridad pública a un proceso de estudio y discusión parlamentaria riguroso, sustentado en un enfoque serio y empíricamente fundamentado.⁸ En definitiva, críticos del fast track legislativo han apuntado a la necesidad de legislar con responsabilidad y cautela, incluso si esto implica que algunas iniciativas puedan tomar más tiempo del esperado por quienes manifiestan una evidente ansiedad –mas no necesariamente conciencia de su complejidad– ante los nuevos fenómenos delictuales.⁹

En efecto, no se trata de buscar solo la eficacia de las medidas, lo cual constituye todavía un desafío sin cumplir en Chile, sino que las propuestas

tos. Al respecto, véase: Ministerio del Interior y Seguridad Pública, Agenda legislativa priorizada en materia de seguridad, 2023.

⁷ Una visión panorámica de esta problemática a nivel nacional en: Biblioteca del Congreso Nacional, *Efectos del agravamiento de las penas frente a la comisión de delitos*, enero de 2018.

⁸ Legislar con escasa o nula evidencia no es algo nuevo. Por ejemplo, un análisis crítico de lo anterior en el caso de los controles de identidad, puede verse en: Mauricio Duce, “Legislando en la oscuridad. El caso del control de identidad preventivo y su debate en la Cámara de Diputados”, *Estudios Públicos*, 2016, p.141.

⁹ BioBioChile.cl: “Tras cumplirse fecha del fast-track legislativo: Congreso aún no aprueba proyectos de seguridad”, 28 de junio de 2023. <https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/chile/2023/06/28/tras-cumplirse-fecha-del-fast-track-legislativo-congreso-aun-no-aprueba-proyectos-de-seguridad.shtml>. Cooperativa: “Elizalde: Nunca se habían aprobado con esta celeridad tantos proyectos de seguridad”, 25 de mayo de 2023. <https://cooperativa.cl/noticias/pais/seguridad-ciudadana/elizalde-nunca-se-habian-aprobado-con-esta-celeridad-tantos-proyectos/2023-05-25/143001.html>. Emol: “Fin del primer plazo del ‘fast track’ legislativo: La visión del

deben conservar un equilibrio –y estar en sintonía– con el respeto a los derechos humanos y garantías fundamentales de las personas. En consecuencia, salta a la luz la importancia de un análisis riguroso y una evaluación exhaustiva de las leyes dictadas en el marco de esta dinámica legislativa.

Considerando el escenario descrito, el presente capítulo tiene por objetivo analizar algunas de las medidas estatales en materia de seguridad pública en Chile a la luz de los estándares del derecho internacional de los derechos humanos. Mediante el análisis que se propone, se busca evaluar el impacto y la efectividad de las políticas, leyes, proyectos de ley y acciones implementadas por el Estado chileno en relación con la seguridad pública, en términos de su conformidad con las obligaciones de derechos humanos que el Estado adquirió. El capítulo se centrará en destacar las buenas prácticas existentes, identificar posibles desafíos y áreas de mejora, con el propósito de promover un enfoque integral y respetuoso de los derechos humanos en la búsqueda de mejorar la seguridad pública en Chile.

Este capítulo consta de tres secciones. En el primer apartado se resumirá la agenda de seguridad, ofreciendo una visión general de los temas que abordan las leyes y explicando la selección de las leyes específicas que serán analizadas en la sección siguiente. En el segundo apartado se presentarán las obligaciones internacionales del Estado en materia de seguridad, destacando los estándares internacionales del derecho internacional de los derechos humanos –que se han determinado tanto en el Sistema Interamericano como Universal de los Derechos Humanos–. A partir de esa base, se llevará a cabo un análisis de las medidas estatales, examinando su conformidad con los estándares internacionales y evaluando su idoneidad para abordar los problemas desde el respeto y protección de los derechos humanos. Por último, en el tercer apartado se consignan algunas conclusiones seguidas de unas breves recomendaciones.

1. LA AGENDA DE SEGURIDAD

La agenda de seguridad se inserta en una política criminal y una institucionalidad, ya existentes, con sus propias fortalezas y deficiencias. Así, ha sido una fortaleza institucional la relativa buena salud, en términos generales, del estado de derecho en Chile, así como las comparativamente bajas tasas de impunidad después del retorno a la democracia y de criminalidad y

senador Coloma y las opiniones de los parlamentarios”, 01 de julio de 2023. <https://www.emol.com/noticias/Nacional/2023/07/01/1099738/fast-track-legislativo.html>.

corrupción, si nos comparamos con la mayoría de los países de la región.¹⁰ Sin embargo –y sobre ello se han pronunciado persistentes críticas– existen diferencias desproporcionadas entre el castigo a los delitos comunes en comparación a los de cuello y corbata; hay dificultades y reticencias de avanzar en una reforma de Carabineros; se constatan debilidades en la inteligencia policial, deficiencias en el funcionamiento del Ministerio Público, y carencia de una política eficaz contra el crimen organizado, que ostenta arraigo territorial en los “barrios críticos”. En este contexto, en la presente sección ofrecemos un panorama general de la agenda de seguridad, exponiendo a grandes rasgos las diversas iniciativas existentes, aunque sin analizar en detalle la regulación específica de cada una. Después, describimos la metodología utilizada para la selección de las leyes y proyectos que serán analizados en la sección siguiente.

1.1. Panorama general de la agenda legislativa

La agenda legislativa en materia de seguridad comprende un conjunto amplio de propuestas que abarcan diversos aspectos relacionados con la seguridad pública. A pesar de que la agenda priorizada no menciona explícitamente los ejes dentro de los cuales se agrupan estas medidas, es posible diferenciarlas en distintos grupos. Un primer grupo de medidas se refiere a la creación de una nueva institucionalidad que permita fortalecer las capacidades del Estado en materia de seguridad pública y responder, de manera más efectiva, a los desafíos que se enfrentan en este plano. Por ejemplo, entre ellas, se incluyen medidas como la Ley Marco sobre ciberseguridad e infraestructura crítica de la información, que busca robustecer la protección de sistemas informáticos y establecer un marco normativo en el área. También, se contempla la creación del Ministerio de Seguridad Pública, entidad que tendrá la misión de centralizar y coordinar los esfuerzos en

¹⁰ El índice de Percepción de la Corrupción en América Latina y el Caribe en 2022, publicado el año 2023, muestra que Chile se ubica en el segundo lugar de Latinoamérica, con 67 puntos (de un total de 100, donde 0 es altamente corrupto y 100 muy limpio), detrás de Uruguay, situándose en el lugar 27 de 180 países evaluados. Véase: Transparency International, Corruption Perceptions Index. <https://www.transparency.org/en/cpi/2022> Sin embargo, MESICIC, en el Informe Final de evaluación a Chile del año 2022 identificó falencias en materia de denuncias, solicitando al país identificar las causas por las cuales “el público no presenta más denuncias relacionadas con conductas que podrían constituir casos de soborno de funcionarios públicos extranjeros –realizados tanto por personas físicas como por las jurídicas–, a fin de tomar las medidas correctivas correspondientes; e identificar también las causas por las cuales las autoridades gubernamentales encargadas de la prevención, investigación y sanción de este delito no están detectando con mayor frecuencia, en su quehacer diario, este delito, ni denunciado o investigando con mayor frecuencia esas conductas, a fin de tomar las medidas correctivas correspondientes”. *Mecanismo de seguimiento de la implementación de la Convención Interamericana contra la corrupción*. Trigésima Octava Reunión del Comité de Expertos Del 12 al 15 de septiembre de 2022. Washington, D.C. http://www.oas.org/es/sla/dlc/mesicic/docs/Mesicic6_informe_chl.pdf

materia de seguridad ciudadana. Además, se propone fortalecer y modernizar el sistema de inteligencia del Estado, con la finalidad de prevenir y avanzar en la lucha contra el crimen organizado y otras formas de criminalidad. Asimismo, se contemplan otras iniciativas como la creación del Servicio de Acceso a la Justicia y Defensoría de las Víctimas, con el propósito de brindar asistencia y apoyo a personas que hayan sufrido un delito. Por último, se pretende crear una fiscalía supraterritorial que permita aumentar la eficacia de la persecución penal.

Un segundo grupo de medidas dice relación con la tipificación de nuevos delitos o la ampliación de tipos penales ya existentes. Entre ellas, se encuentra la Ley de delitos económicos que introduce importantes modificaciones en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas. También, se amplía el delito de contrabando, modificando la Ordenanza de Aduanas para aumentar el plazo de prescripción del delito. Del mismo modo, se contemplan iniciativas para sancionar los actos preparatorios de sicariato y otras vinculadas a políticas carcelarias, tipificando la tenencia de ciertos dispositivos al interior de las cárceles que puedan permitir a personas privadas de libertad la comunicación –o coordinación de actos delictivos– con el exterior.

Un tercer grupo de iniciativas pretende fortalecer la persecución penal, mejorando la coordinación entre las instituciones de la justicia criminal y otras agencias estatales. A modo de ejemplo, se busca robustecer la inteligencia financiera y las capacidades especializadas del Servicio de Impuestos Internos y los órganos aduaneros. Asimismo, otras buscan incidir en el cumplimiento de la condena, determinando mayores exigencias para la obtención de la libertad condicional y para acceder a penas sustitutivas.

Por último, algunas medidas tienen que ver con procedimientos policiales y sus atribuciones. Por ejemplo, se busca regular el uso de la fuerza por vía legal, así como también promover la grabación audiovisual de las actuaciones policiales autónomas en el proceso penal. Además, se han ampliado las facultades de control de identidad y existen otras iniciativas que buscan extenderlas a nuevos contextos, por ejemplo, respecto de personas que se desplazan en zonas y rutas fronterizas.

1.2. Selección de leyes y proyectos

La nueva agenda de seguridad se inserta en una política y legislación criminal ya existente. Por esta razón, solo se analizarán algunas de las iniciativas que caen dentro del marco temporal de este capítulo (a partir de agosto de 2022). La selección de leyes y proyectos, sin pretender ser exhaustiva, se

efectuó considerando algunos de los temas y problemáticas más relevantes en el ámbito de la seguridad y el orden público.

En primer lugar, se evaluó la preeminencia y pertinencia de cada ley propuesta en relación con la seguridad y el orden público, incluyendo problemas y desafíos actuales en torno a la temática. Asimismo, se revisó el vínculo entre la ley en cuestión y el respeto a los derechos humanos.

En segundo lugar, se seleccionaron los proyectos de ley y las leyes que potencialmente afectan a los derechos humanos y, por lo tanto, requieren aplicar el test de proporcionalidad en sentido amplio.

En tercer lugar, se consideró el estado de avance legislativo de cada propuesta, priorizando aquellas leyes que se encontraban en etapas más avanzadas de su tramitación y también aquellas promulgadas y publicadas. Con ese propósito, como criterio temporal para realizar la evaluación comprometida, se estableció el 31 de julio de 2023 como fecha de corte para el análisis.

Por último, se procuró seleccionar leyes que abarcaran los distintos ámbitos que inciden en materia de seguridad y orden público, tanto preventivos, de detección e investigación, como de sanción. Esto permitió tener una visión más integral de los desafíos y soluciones planteadas en diferentes temas, como ciberseguridad, delitos económicos, prisión preventiva, control policial, entre otros.

En definitiva, en base a estos criterios, se buscó garantizar una selección fundamentada y equilibrada de leyes y proyectos de ley, con la finalidad de ofrecer un análisis significativo de ellas y su impacto en la situación actual de los derechos humanos en Chile. Se detallan en las Tablas 1 y 2.

Tabla 1. Leyes analizadas

Número	Nombre	Fecha promulgación	Fecha publicación
21.575	Modifica diversos cuerpos legales con el objeto de mejorar la persecución del narcotráfico y crimen organizado, regular el destino de los bienes incautados en esos delitos y fortalecer las instituciones de rehabilitación y reinserción social.	09.05.2023	23.05.2023

Número	Nombre	Fecha promulgación	Fecha publicación
21.577	Fortalece la persecución de los delitos de delincuencia organizada, establece técnicas especiales para su investigación y robustece comiso de ganancias.	05.06.2023	15.06.2023
21.560	Modifica textos legales que indica para fortalecer y proteger el ejercicio de la función policial y de Gendarmería de Chile.	06.04.2023	10.04.2023

Fuente: Elaboración propia con datos de BCN.

Tabla 2. Proyectos de ley analizados

Boletín	Nombre	Fecha	Tramitación al 31.07.2023
15.975-25	Crea el Subsistema de Inteligencia Económica y establece otras medidas para la prevención y alerta de actividades que digan relación con el crimen organizado.	23.05.2023	Primer trámite constitucional.
12.234-02	Fortalece y moderniza el sistema de inteligencia del Estado.	13.11.2018	Segundo trámite constitucional.
14.090-07	Modifica diversos cuerpos legales para agravar la pena aplicable al delito de homicidio simple y establecer mayores exigencias para la obtención de la libertad condicional.	15.03.2021	Comisión Mixta por rechazo de modificaciones.
15.796-07	Modifica el Código Penal para tipificar el delito de tenencia de elementos tecnológicos que permitan a las personas privadas de libertad comunicarse con el exterior.	06.04.2023	Tercer trámite constitucional.

Boletín	Nombre	Fecha	Tramitación al 31.07.2023
15.805-07	Establece normas generales sobre el uso de la fuerza para el personal de las fuerzas de orden y seguridad pública y de las Fuerzas Armadas en las circunstancias que se señala.	10.04.2023	Primer trámite constitucional.
13.657-07	Regula los delitos de ocupaciones ilegales de inmuebles, fija nuevas penas y formas comisivas e incorpora mecanismos eficientes de restitución.	21.07.2020	Segundo trámite constitucional.
15.788-07	Establece el deber de efectuar registros audiovisuales de las actuaciones policiales autónomas en el procedimiento penal.	03.04.2023	Primer trámite constitucional.
15.661-07	Modifica diversos cuerpos legales, con el objeto de mejorar la persecución penal, con énfasis en materia de reincidencia y en delitos de mayor connotación social.	17.01.2023	Primer trámite constitucional.

Fuente: Elaboración propia con datos de BCN.

2. ANÁLISIS DE LAS MEDIDAS ESTATALES EN MATERIA DE SEGURIDAD A LA LUZ DE LAS OBLIGACIONES ESTATALES

La presente sección tiene por objetivo presentar y describir algunos estándares internacionales en materia de seguridad pública y su interacción con los derechos humanos. Luego de describir cada estándar, se presentará un breve análisis crítico de algunas de las leyes y proyectos concernientes a la seguridad en Chile. Para presentar la información, tales leyes y proyectos han sido agrupados temáticamente según las etapas de intervención estatal.

Previo a ello, debe mencionarse que no existe, en el derecho internacional de los derechos humanos, un solo tratado sobre seguridad ciudadana y derechos humanos. Las normas ratificadas por el Estado de Chile se encuentran en distintos instrumentos; además, en los últimos 15 años,

diferentes órganos internacionales de tratados y otros organismos han publicado informes que sistematizan los estándares aplicables en el marco de la seguridad ciudadana. Los informes suelen abocarse a un aspecto específico de la seguridad ciudadana, por ejemplo, el crimen organizado, el terrorismo, el narcotráfico, o las manifestaciones pacíficas. Pocas veces se ha intentado poner en perspectiva las diferentes políticas, estrategias y criterios que los Estados deberían aplicar en relación con cada uno de estos problemas, y analizar cómo los estándares internacionales son distintos para cada una de las situaciones. Para Chile, una de las autoras de este capítulo realizó un primer abordaje en este sentido,¹¹ diferenciando situaciones de detenciones y de orden público en manifestaciones, y distinguiendo criterios de gravedad de las amenazas, y de gravedad del delito a perseguir.¹²

Al pretender un análisis global (macro) de la agenda de seguridad del Gobierno, es necesario hacer una diferenciación adicional en esta línea, agregando la consideración de que el crimen organizado tiene –siempre– un grado mayor de repercusión social y requiere, para cumplir las obligaciones de prevención y –con posterioridad– usar la fuerza proporcionalmente, de una intervención multidimensional en territorios vulnerables ante el crimen organizado.¹³

Postulamos y detallamos, a lo largo de esta sección, que sólo si se incorporan estas variables se puede evaluar si las distintas medidas son necesarias en una sociedad democrática. Este análisis se debe realizar tanto a nivel legislativo como de aplicación de la normativa, de la definición de políticas, de estrategias de investigación y de tácticas de intervención en terreno. El fin que se busca con esta agenda del Gobierno es garantizar la seguridad pública. Esta finalidad, además de ser claramente legítima, constituye en sí misma una obligación del Estado bajo los mismos tratados de derechos humanos que ha suscrito. No obstante, cada medida –en las diferentes etapas de intervención estatal que estamos diferenciando por razones analíticas– debe ser considerada idónea para lograr el objetivo propuesto, y ser potencialmente “útil o eficaz”, por sí sola o en conjunto con otras medidas. Por ejemplo, una diligente investigación previa de los hábitos de una persona que se debe detener es una afectación a su privacidad –y, por ende, no sería justificada– si se aplica a alguien que no ha dejado indicios de que se

¹¹ Angélica Torres, “Uso de la fuerza policial letal: Estándares internacionales y su influencia en Chile”, *Anuario de Derechos Humanos*, Universidad de Chile, 19 (1), 2023, pp. 19-39.

¹² Naciones Unidas, UNODC / OHCHR, *Resource Book on the use of force and firearms in law enforcement*, 01 de septiembre, 2017.

¹³ Por ejemplo, véase La Tercera.com: “Prostíbulos, balas y una toma de 10 mil habitantes”, 26 de agosto de 2023. <https://www.latercera.com/la-tercera-domingo/noticia/prostibulos-balas-y-una-toma-de-10-mil-habitantes/UISCRBGFRREVPJN42KF6SWHIAU/>.

opondría a la detención. Distinta sería la situación si esta persona fuera integrante de una banda delictual que no duda en emplear armas para evitar la detención, y más aún si para impedirlo se pudiera esperar que tuviera apoyo armado de terceros. En esta situación se justifica la afectación previa a la privacidad, porque es necesario proteger la integridad y la vida de las personas que intervienen en la detención. Sin embargo, en toda circunstancia debe demostrarse que son medidas proporcionales en relación al tipo de amenaza a la seguridad que se presenta en un contexto específico. Además, sería preciso ponderar la gravedad y sistematicidad del delito, así como el potencial peligro a los derechos a la vida e integridad, a la privacidad y a la libertad de todas las personas involucradas en la situación concreta, incluyendo los derechos laborales de los policías.¹⁴

La acción estatal, así, no solo está autorizada por el derecho internacional de los derechos humanos cuando se trata de limitar ciertos derechos por razones de seguridad pública –siempre presuponiendo que la medida es legal, necesaria en una sociedad democrática, idónea y proporcional–, sino que también es en ciertas situaciones requerida por este mismo cuerpo normativo. En efecto, ante “actos de terceros” contrarios a los derechos humanos, el Estado debe actuar según el estándar de debida diligencia estatal, en virtud de los artículos 1.1 y 2 CADH. Esto significa adoptar

medidas de prevención y protección en sus relaciones entre sí (...) i) si el Estado tenía o debía tener conocimiento de una situación de riesgo; ii) si dicho riesgo era real e inmediato; y iii) si el Estado adoptó las medidas que razonablemente se esperaban para evitar que dicho riesgo se verificara.¹⁵

En este marco, considerando en particular la obligación de prevenir que personas privadas vulneren los derechos humanos de otras personas, pareciera bastante obvio que las medidas que se definan para la intervención en manifestaciones pacíficas que pudieran tornarse violentas,¹⁶ deben ser distintas, desde su diseño hasta su ejecución, a las medidas de un operativo que

¹⁴ Naciones Unidas, UNODC / OHCHR, *Resource Book on the use of force and firearms in law enforcement*, 01 de septiembre de 2017.

¹⁵ CIDH, *Norte de Centroamérica, Crimen organizado y derechos de niñas, niños, adolescentes y jóvenes: desafíos y acciones estatales*, 16 de febrero de 2023, párr. 62. https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/2023/NorteCentroamerica_NNAJ_ES.pdf

¹⁶ Consejo de Derechos Humanos, *Impact of new technologies on the promotion and protection of human rights in the context of assemblies, including peaceful protests*, A/HRC/44/24, 24 de junio de 2020. <https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=A%2FHRC%2F44%2F24&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False>.

busca detener a los y las integrantes de una banda que –en base al resultado de las investigaciones policiales– se dedica al narcotráfico transnacional.¹⁷ Sin embargo, las reglas sobre uso de la fuerza –desarrolladas con mayor detalle sobre situaciones de protesta social– y la normativa que busca prevenir el crimen organizado y detectarlo antes de que pueda cobrar vidas humanas, no reflejan tan claramente esta obviedad. En particular, no distinguen de manera sistemática ni transparente los contextos en los que la detención tendrá lugar: por ejemplo, entre la manifestación en general pacífica, el daño a la propiedad por turbas no armadas, la detención de integrantes de bandas posiblemente armados, o la detención de personas dedicadas al crimen organizado, aunque ellas mismas no están armadas. Incluso, los distintos documentos de la ONU sobre el uso de la fuerza no desarrollan esta diferencia con el detalle que nos gustaría ver.¹⁸

En consecuencia, esta sección resumirá, sucintamente, los distintos estándares aplicables, distinguiéndolos según las etapas de la intervención estatal, que podemos definir como sigue: prevención, investigación y detección de actividades ilícitas, persecución e intervención en el territorio, enjuiciamiento, sanción y reinserción. En la medida que se hace relevante, distinguimos además entre diferentes situaciones criminológicas, a saber, de control de orden público, delitos aislados, y crimen organizado. Después de resumir las obligaciones internacionales que aplican a Chile, procederemos a analizar la agenda de seguridad bajo estos estándares. Nuestro objetivo no es agotar el detalle de todos estos estándares, sino hacer hincapié en el tipo de preguntas y distinciones que el legislador –tanto el

¹⁷ CIDH, *Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos*, 31 de diciembre de 2009. <https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/SEGURIDAD%20CIUDADANA%202009%20ESP.pdf>. CIDH, *Informe Violencia, Niñez y Crimen Organizado*, 11 de noviembre de 2015. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violencianinez2016.pdf>. CIDH, *Norte de Centroamérica Crimen organizado y derechos de niñas, niños, adolescentes y jóvenes: desafíos y acciones estatales*, 16 de febrero de 2023. https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/2023/NorteCentroamerica_NNAJ_ES.pdf. CIDH, *Informe corrupción y derechos humanos*, 6 de diciembre de 2019, <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/CorrupcionDDHHES.pdf>.

¹⁸ ACNUDH, *Promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los africanos y los afrodescendientes frente al uso excesivo de la fuerza y otras violaciones de los derechos humanos por agentes del orden*, A/HRC/47/53, 2021.

Naciones Unidas, *Guía ACNUDH sobre uso de armas menos letales*, 2021. https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/LLW_Guidance_SP.pdf.

Naciones Unidas, *Resource Book Use of Force and Firearms in Law Enforcement*, 01 de septiembre 2017. <https://www.ohchr.org/sites/default/files/UseOfForceAndFirearms.pdf>

Asamblea General de las Naciones Unidas, *Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley*, 07 de septiembre de 1990.

Asamblea General de las Naciones Unidas, *Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley*, 17 de diciembre de 1979. <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/code-conduct-law-enforcement-officials>.

Ejecutivo como el Legislativo– debiera tener en cuenta al aprobar nueva normativa en relación con la, así llamada, “agenda de seguridad”.

2.1. Prevención y detección temprana de estructuras delictivas organizadas que pueden poner en riesgo la seguridad

Al tener la obligación de prevenir violaciones a los derechos humanos –tanto en relación con la obligatoriedad de respetarlos como de protegerlos– es fundamental que la intervención del Estado, en materia de seguridad pública y uso de la fuerza, no sea sólo reactiva, tipificando o sancionando conductas delictivas. Por una parte, se requiere el fortalecimiento de la investigación preventiva. Esto implica dotar de distintas herramientas o técnicas a los agentes del Estado, que les permitan intervenir, lo más anticipadamente posible, a través de acciones de prevención del crimen, en particular, del crimen organizado, y otras diligencias de detección temprana de actividades ilícitas. En lo anterior, se requiere una ponderación cuidadosa de las medidas de investigación y del respeto al derecho a la privacidad y a la presunción de inocencia para no vulnerar los tratados internacionales de derechos humanos que Chile ha suscrito. Por otro lado, en esta etapa, la política estatal de seguridad pública debiera contemplar también políticas de educación, de deporte y cohesión social, y de salud pública.

2.1.1. Estándares

Cualquier agenda de seguridad ciudadana debe ser, ante todo, preventiva. Así se desprende de las obligaciones consagradas en distintos tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile (Art. 1.1 y 2 CADH, Arts. 2 PIDESC y PIDCP). Con enfoque multisectorial¹⁹ y considerando la protección de grupos vulnerables como niños, niñas y adolescentes,²⁰ esta política debiera abarcar, de manera prioritaria, la detección temprana de organizaciones criminales, eliminando estructuras institucionales y sociales que faciliten su instalación y operación, así como la protección de la ciudadanía ante los efectos agravados del crimen organizado, en particular, la violencia, la violación de los derechos a la vida e integridad, la expansión del consumo de drogas, y el control territorial. Para ello, la CIDH recomienda adoptar una política criminal que va mucho más allá de la mera tipificación de los delitos “de calle”, incluyendo una política anticorrupción²¹ y de lavado de activos, y el fortalecimiento de la institucionalidad investigativa y fiscalizadora al respecto.

¹⁹ CIDH, 2015, op. cit., párrs. 287 y 489.

²⁰ CIDH 2023, op. cit., párr. 288.

²¹ CIDH, *Corrupción y derechos humanos*, 6 de diciembre de 2019.

En este contexto, la Comisión Interamericana requiere que se defina con precisión el delito de “asociación ilícita”, indicando las estructuras que debieran existir en la comisión de los ilícitos para que se pueda establecer este delito adicional.²² Incluye, además, una política carcelaria que impida la comisión de delitos del crimen organizado desde la cárcel. Al mismo tiempo, la prisión preventiva, tal como establece el art. 7.5 CADH, no puede ser automática. En Chile, el artículo 140 del Código Procesal Penal señala que para ser aplicada –además de demostrarse la existencia del delito y la participación del imputado en él– debe acreditarse una necesidad de cautela, esto es, que la libertad del imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima, o para el éxito de la investigación.

El crimen organizado, en particular el narcotráfico, no puede abordarse solo desde un enfoque de seguridad pública. La CIDH recomienda que se conciba la política de drogas como una política de salud pública,²³ abarcando ante todo factores materiales de desigualdad²⁴ y también la responsabilidad de otros actores privados como los medios de comunicación y periodistas.²⁵ En materia de seguridad propiamente tal, la CIDH recomendó: “Adoptar medidas de protección eficaces frente a intervenciones de agentes estatales y acciones de particulares que amenacen el derecho a la vida.” Para lograr esta eficacia, los Estados deben “diseñar y poner en funcionamiento planes y programas de prevención social, comunitaria y situacional, dirigidos a enfrentar los factores que favorecen la reproducción de las conductas violentas en la sociedad”. Tales medidas pueden ser la prevención de la violencia intrafamiliar; violencia contra y entre jóvenes y en espectáculos deportivos; control de armas de fuego en manos de personas privadas, con el fin de disminuir la cantidad de armas que circulan; programas de sensibilización para los medios de comunicación y programas de capacitación para las fuerzas de seguridad, sobre cómo priorizar e implementar estrategias preventivas y disuasivas en el control de los delitos.²⁶

Finalmente, la investigación –en particular en esta fase temprana– no se puede basar en prejuicios; por ejemplo, los tatuajes o un determinado vestuario no pueden ser considerados indicios de culpabilidad por sí mismos.²⁷

²² CIDH 2015, op. cit., párrs. 449-453.

²³ *Ibíd.*, párrs. 458-483.

²⁴ *Ibíd.*, párr. 286.

²⁵ *Ibíd.*, párrs. 568-575.

²⁶ CIDH 2009, op. cit., p. 106, párr. 11.

²⁷ CIDH 2015, op. cit., párrs. 456-457.

2.1.2. Análisis

La gran mayoría de las medidas analizadas no tiene como foco principal la prevención y detección temprana de estructuras que puedan poner en riesgo la seguridad. No obstante, es posible señalar que existen algunas medidas que podrían ser idóneas para cumplir con ciertos estándares identificados. En particular, destacamos los esfuerzos de coordinación entre políticas y medidas anteriormente inconexas.

Así, por ejemplo, los proyectos de ley enfocados en crear o modificar sistemas de inteligencia, serían medidas idóneas para fortalecer la institucionalidad investigativa y fiscalizadora. El Boletín N° 15.975-25²⁸ sobre el Subsistema de Inteligencia Económica busca, primero, fortalecer el ecosistema de inteligencia económica, creando un Subsistema de Inteligencia Económica, coordinando la Unidad de Análisis Financiero (UAF), el Servicio de Impuestos Internos (SII) y el Servicio Nacional de Aduanas (SNA). Así, se pretende prevenir, detectar y perseguir el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo y el crimen organizado. Segundo, se busca prevenir y detectar tempranamente operaciones económicas sospechosas, actualizando la normativa aplicable a los tres servicios públicos del Subsistema y los demás órganos que ejercen labores de supervisión en materia económica como la Comisión para el Mercado Financiero (CMF), la Tesorería General de la República (TGR), o la Superintendencia de Casinos y Juegos (SCJ). Tercero, se busca perfeccionar la legislación que rige las facultades intrusivas y sancionatorias por parte de los órganos de supervisión y fiscalización en materia económica y financiera, como la CMF y la UAF.²⁹

El boletín propone que la UAF pueda acceder a información protegida por el secreto o reserva bancaria sin autorización judicial, cuando dichos antecedentes fueran necesarios y conducentes a desarrollar o completar el análisis de una operación sospechosa –Art. 3 N°2 i) del boletín–. También propone que la CMF pueda acceder a información sujeta a secreto y reserva bancaria –Art. 7 N°1, a) i) del boletín–. Para que dichas medidas resulten proporcionales, debe cuidarse que dichos accesos se efectúen en base a parámetros claros. Por otra parte, el uso de estos antecedentes como medio

²⁸ El cual se enmarca en la “Política Nacional de Crimen Organizado”, véase en Ministerio del Interior y Seguridad Pública, Política Nacional contra el crimen organizado, 2022, desarrollada en el contexto del “Plan nacional de seguridad pública y prevención del delito”, véase en Ministerio del Interior y Seguridad Pública, Plan Nacional de Seguridad Pública y Prevención del delito 2020-2026, 2022.

²⁹ Boletín 15.975, pp. 5-7.

de prueba en un proceso penal requiere ajustarse a las reglas establecidas para ello en el Código Procesal Penal.

En la misma línea, el Boletín N° 12.234-02 tiene como propósito “la existencia de un sistema funcional y coordinado de inteligencia, capaz de recolectar, reunir, producir y sistematizar información de inteligencia (...) cuya acción sea preventiva, oportuna y eficaz”.³⁰ En concreto, se propone modificar la Ley 19.974 Sobre el Sistema de Inteligencia del Estado (SIE), para incorporar al sistema a las Unidades de Inteligencia de SNA, Gendarmería, UAF y SII (estos dos últimos, sólo para aportar información o análisis de inteligencia); diseñar una estrategia nacional de inteligencia; potenciar las facultades de la Comisión de Control del SIE de la Cámara de Diputados, entre otras.

En similar sentido, las Leyes 21.521 y 21.575 incorporaron nuevos sujetos obligados a reportar operaciones sospechosas a la Unidad de Análisis Financiero, lo que permitiría “identificar en nuevos rubros actividades destinadas a ocultar el origen ilícito de los bienes”.³¹ La Ley 21.575 se extiende a rubros no financieros, basándose probablemente en las áreas que la UAF había detectado como aquellas en las que se lavaba dinero, sin poder fiscalizarlas. Así, se incluyeron automotoras y comercializadoras de vehículos nuevos o usados; las empresas de arriendo de vehículos; las personas que se dediquen a la fabricación o venta de armas; los clubes de tiro, caza y pesca; las personas naturales o jurídicas que se dediquen a la compraventa de equinos de raza pura; los comerciantes de metales preciosos; los comerciantes de joyas y piedras preciosas. En cuanto a los canales de operaciones para el lavado de dinero, se consideran medios para operar. Por lo tanto, probablemente las circulares que la UAF dicta para cada sector específico de una actividad económica, tienen en consideración los riesgos de que se pueda operar en la “darknet” (internet “oscura”, intencionalmente oculta a los motores de búsqueda con direcciones IP enmascaradas y accesibles solo con un navegador web especial). La UAF, además, identifica señales de alerta en el ámbito de “activos virtuales”, y efectúa recomendaciones a todos los sujetos obligados por igual. Por ejemplo, indica como recomendación efectuar una investigación cuando el “[c]liente traspasa una suma importante de fondos a sociedades que participan en mercado de criptomonedas; realiza múltiples operaciones de alto valor: [e]n un periodo corto ..., en un patrón escalonado y regular, sin más operaciones registradas durante un largo periodo posterior, (lo cual es particularmente común en casos relacionados con ransomware), o, a una cuenta recién

³⁰ Boletín 12.234-02, pp. 1 y 2.

³¹ Ley N°21.575, resumen.

creada o previamente inactiva.”³² En ese caso, al tener las señales de alerta mencionadas, el sujeto obligado debería emitir un Reporte de Operación Sospechosa a la UAF, entidad que con esa información puede efectuar la labor de inteligencia.

En cuanto a la exigencia de la CIDH de que la política de drogas sea considerada como una política de salud pública, es posible observar alguna referencia a ello en la Ley 21.575, toda vez que contempla la destinación provisional de bienes incautados a instituciones cuyo objetivo institucional sea la prevención del consumo indebido, el tratamiento y la rehabilitación de las personas afectadas por la drogadicción (Art. 1 N°7). Además, se incorporan normas para destinar permanentemente bienes decomisados a instituciones que trabajan en la prevención, reinserción y rehabilitación como el Servicio Nacional para la Prevención y Rehabilitación del Consumo de Drogas y Alcohol (SENDA) (Art. 1 N°8). Se establece, asimismo, que SENDA podrá celebrar acuerdos o convenios con instituciones que permitan la ejecución, análisis, evaluación o implementación de políticas, planes y programas de prevención del consumo de drogas y alcohol, así como el tratamiento, rehabilitación y reinserción social de las personas afectadas por la drogadicción y el alcoholismo (Art. 3 N°1). Evidentemente, la medida resultará adecuada sólo si existen los planes y programas de prevención social, comunitaria y situacional, no bastando la mera destinación de recursos a la institución.

Respecto a políticas que en su diseño consideren la protección de grupos vulnerables y de la ciudadanía ante efectos agravados del crimen organizado –como el control territorial– resulta a lo menos llamativa la propuesta comprendida en el Boletín N°13.657-07, sobre ocupaciones ilegales de inmuebles. La propuesta –que tiene en consideración hechos de usurpación de inmuebles vinculados a crimen organizado– declara como objetivo el poder diferenciar las formas de ocupar un inmueble (con o sin violencia), para efectos de establecer sanciones escalonadas. Sin embargo, sería necesario, para resguardar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de las medidas, priorizar el desalojo de inmuebles efectivamente utilizados para la comisión de delitos. Además, no se puede presumir que departamentos o casas arrendadas legalmente no podrían tener el mismo mérito de ser desalojadas en caso de uso para fines ilícitos. Si no se tomara en

³² Unidad de Análisis Financiero, Guía de Señales de Alerta, 2021, pp. 37-8.
https://www.uaf.cl/intituciones_publicas/Guia2021.pdf.

cuenta esta posibilidad, se arriesga perseguir solamente el microtráfico y no las cabezas de las asociaciones ilícitas.

En el devenir de la tramitación legislativa se incorporó el Art. 1, que busca modificar el Art. 10 N°6 del Código Penal, añadiendo la usurpación violenta a las hipótesis que autorizan a actuar en legítima defensa privilegiada. La posibilidad de ampliar la legítima defensa privilegiada a hipótesis de usurpación violenta, incorporando una presunción legal, de la mano de una modificación del tipo penal, invita a reflexionar en torno a casos en que quien usurpe un inmueble, ya sea predio o casa, lo haga en una situación de necesidad –como, por ejemplo, personas que viven en “tomas” o campamentos–.³³ Si ello ocurre, esa ocupación podría estar legitimada, en ciertas circunstancias, por la necesidad inmediata de satisfacer un derecho básico, por lo que la legítima defensa para “sacar” a esa persona del lugar, no resultaría procedente y no se podría justificar invocando el combate del crimen organizado, a menos que exista evidencia de estos fines y de la necesidad de la medida. La ley reconoce las “tomas” catastradas por el MINVU, pero según la ONG TECHO, el catastro deja fuera por lo menos 300 campamentos o 40.000 familias.³⁴ Un tribunal probablemente no tendrá problema en advertir esta situación; sin embargo, la señal que se envía a la ciudadanía es la de que el ordenamiento jurídico autoriza a repeler todo tipo de usurpaciones, cualquiera sea el daño que se ocasione a la infraestructura y/o a posibles ocupantes del sitio o inmueble.

Respecto a la existencia de políticas carcelarias que impidan la comisión de delitos del crimen organizado desde la cárcel, se ha anunciado una medida en tal sentido en el Boletín N° 15.796-07. Claro que al revisar la propuesta concreta –más allá de lo descrito en los fundamentos del proyecto, que apuntaría a “frenar la coordinación del crimen organizado”– puede apreciarse que el proyecto sólo contempla la creación de tipos penales que sancionan la tenencia de intercomunicadores, teléfonos, chips u otros

³³ El Boletín contempla un artículo transitorio que establece que “no podrá ser detenida conforme al artículo 130 del Código Procesal Penal ninguna persona que hubiere cometido los delitos descritos en los artículos 458 y 458 bis del Código Penal si integra una familia que se encontrare ocupando un inmueble que forme parte de un campamento incluido en el Catastro Nacional de Campamentos elaborado por el Ministerio de Vivienda y Urbanismo el año 2022. Tampoco procederá la presunción establecida en el párrafo segundo del numeral 6° del artículo 10 del Código Penal respecto de las familias registradas en el mencionado Catastro”. Sin embargo, resulta complejo comprender cómo en la práctica un ciudadano cualquiera podría determinar si la persona o familia en cuestión pertenece al catastro o no.

³⁴ El Mostrador: “Los peligros de la Ley de Usurpaciones”, 06 de junio de 2023. <https://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2023/06/06/los-peligros-de-la-ley-de-usurpaciones/>.

elementos tecnológicos que permitan comunicarse con el exterior. La medida en cuestión podría tener reparos desde la perspectiva de su idoneidad, toda vez que resulta dudoso que la mera tipificación de una conducta sea eficaz para prevenir la coordinación del crimen organizado. Este cuestionamiento tendría sustento tanto en los estándares invocados (si se estima que la condena por el nuevo delito se va a traducir en un aumento de la sanción), que establecen que el aumento de sanciones es ineficaz si no hay detección eficaz,³⁵ así como en la literatura criminológica relativa al tema.³⁶ Por otra parte, al no efectuar distinción alguna respecto a las finalidades con las que se utilizan los dispositivos electrónicos, la medida resulta aplicable a cualquier persona privada de libertad, sea que esté coordinando o no actividades criminales, lo que podría transformarla en una medida desproporcionada. Finalmente, el proyecto de ley propone que, además de las penas, se impongan sanciones administrativas por la misma conducta, lo que podría infringir el principio de non bis in idem, dando cuenta de la desproporción de la medida.

Por último, en materia de uso de la prisión preventiva, existen dos medidas que interesan a este capítulo. La primera, es una reforma recientemente aprobada al estatuto de la prisión preventiva, de la mano con la denominada Ley “Naín-Retamal”,³⁷ donde se establece que se entenderá, en especial, que la libertad del imputado se constituye en un peligro para la seguridad de la sociedad cuando el delito imputado sea un atentado “contra la vida o la integridad física de miembros de Carabineros de Chile, de la Policía de Investigaciones de Chile, funcionarios de las Fuerzas Armadas y de los servicios de su dependencia o de Gendarmería de Chile en razón de su cargo o con motivo u ocasión del ejercicio de sus funciones”.³⁸ La segunda, corresponde a un anuncio por parte del Gobierno del envío de un proyecto de ley, que establecería las “detenciones múltiples” (consecutivas) como un criterio para definir que la libertad del imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad por el solo hecho de haber sido detenido,

³⁵ De forma similar, en la literatura criminológica se estima que la disuasión viene de la mano de la certeza del castigo, por lo que, si al interior de las cárceles no existe persecución penal, la medida no tiene efecto disuasivo. Al respecto, véase Daniel S. Nagin, “Deterrence in the Twenty-First Century”, *Crime and Justice in America 1975–2025*, Vol. 42 (1), 2013.

³⁶ Sobre el punto, véase Daniel S. Nagin, “Deterrence: A Review of the Evidence by a Criminologist for Economists”, *Annual Review of Economics*, Vol. 5, 2013. El autor pone de manifiesto que, en caso de que exista una condena a una pena muy alta, el aumento en dicha condena puede tener un efecto disuasivo marginal. El autor no se refiere específicamente a personas privadas de libertad, pero el argumento puede trasladarse sin inconveniente a este ámbito, por lo que tal vez para una persona ya condenada a una pena elevada, la amenaza de una nueva condena por un nuevo tipo penal –que incremente su sanción actual– no sea suficiente incentivo para no cometer el delito.

³⁷ Ley N°21.560, artículo 6 N°3.

³⁸ Código Procesal Penal, artículo 140.

aunque no necesariamente juzgado, en varias oportunidades. Esta medida involucra el riesgo de reforzar estigmatizaciones que son, por un lado, contrarias a la prohibición de discriminación y, por el otro, no son eficaces para la detección y persecución del crimen.³⁹ Distinto sería, por ejemplo, que la causal sea “que la persona tenga condenas anteriores por delitos con pena superior a x años”, parecida a la fórmula que actualmente se contempla.

Lamentablemente, en relación a ambas medidas existen inquietudes y desafíos en términos de conformidad con los estándares establecidos por la CADH, la Corte IDH y la CIDH respecto a la prisión preventiva. Por una parte, la primera, que ya forma parte del ordenamiento jurídico nacional, al vincular el riesgo de la libertad de un imputado con la comisión de ciertos delitos en contra de miembros de las Fuerza de Orden y Seguridad, estaría asignando un riesgo de peligro a priori respecto de ciertas personas. El problema de esta clase de medidas es que el legislador acaba sustituyendo al juez en su rol de determinar el peligro de la libertad de una persona e incluso, en último término, hace depender la libertad de una persona en razón del delito por el cual el Ministerio Público la persigue.

Por otro lado, la segunda medida, que a la fecha sólo ha sido anunciada por el Gobierno, genera preocupaciones a la luz del estándar internacional, pues podría llevar a una aplicación automática de la prisión preventiva respecto de una persona que ha sido objeto de diversas detenciones. La preocupación radica en que se trataría de una medida que corre el riesgo de afectar a grupos más vulnerables y estigmatizados, considerando la incapacidad de los policías de eliminar los sesgos discriminatorios de las detenciones y controles de identidad. Medidas en este sentido menoscabarían el principio de igualdad y no discriminación al interior del sistema de justicia penal, así como también la presunción de inocencia de las personas.

2.2. Investigación y detección

Una vez que existan indicios de que se ha cometido un crimen o que, efectivamente, se haya constatado que fue cometido, el Estado debe investigar los hechos y determinar los y las responsables. Para ello, es clave, en particular, la cooperación entre distintas instituciones del Estado y sus bases de datos; y el resguardo correcto de la evidencia. También es importante que la priorización adecuada de las investigaciones se defina con un enfoque de derechos humanos, o sea, destinando más importancia y recursos a delitos que constituyen violaciones graves a los derechos humanos, en particular, cuando responden a patrones criminales. Dicho esto, no es suficiente que

³⁹ No se cuenta con texto: a la fecha el proyecto no ha ingresado al Congreso. Solo se comenta a partir del anuncio.

el Estado solamente responda a crímenes que la población denuncia; debe actuar ex officio para detectar delitos conexos que podrían facilitar las estructuras del crimen organizado, como el lavado de activos.

2.2.1. Estándares

Los Estados deben reducir las tasas de impunidad en relación a delitos que involucran, en particular, el derecho a la vida y a la integridad de las personas. Para lograrlo, al mismo tiempo, deben respetar y garantizar el debido proceso. En este plano, la CIDH ha hecho especial énfasis en la generación de “las capacidades en materia de inteligencia policial (marco jurídico conforme a los estándares internacionales en materia de derechos humanos; personal capacitado; y equipamiento e infraestructura) para un adecuado trabajo de prevención de situaciones de violencia y criminalidad, en especial respecto a las formas de criminalidad organizada o compleja”.⁴⁰ Esta actividad preventiva debiera abarcar el cruce de datos desde distintas fuentes que suelen manejar información de manera aislada, a pesar de las conexiones que tienen estas actuaciones del crimen organizado. Así, la entrega obligatoria y el cruce de información que manejan bancos, aduana, migración, controles de identidad, SII, bienes raíces, registro de patentes de autos, restaurantes, empresas e incluso, movimientos en la “darknet”, pueden proporcionar datos relevantes para la prevención del delito y la detección de asociaciones ilícitas. Esto reduciría el riesgo de exponer a funcionarios policiales en un operativo en terreno. Al mismo tiempo, las obligaciones internacionales incluyen la protección de funcionarios, funcionarias y denunciantes, la protección de testigos, y canales anónimos y seguros de denuncia.⁴¹

En relación a la investigación de delitos sin detenciones en flagrancia, la CIDH advierte que no se debe reducir la importancia que se da en las investigaciones a los homicidios relacionados con el crimen organizado,⁴² y en todas las ocasiones –tal como ha advertido la Corte IDH en *caso González y otras (Campo Algodonero) contra México, o Marco Antonio Servellón y otros (Cuatro Puntos Cardinales) contra Honduras*–, asegurar la cadena de resguardo de la evidencia y la inmediatez de la investigación.⁴³ La UNODC y el ACNUDH agregan el uso de medios tecnológicos que permitan captar evidencia, en particular, para el registro del actuar de los policías, como cámaras incorporadas en el casco, GPS, grabaciones de video de las operaciones. Esto no solamente con el propósito de constituir

⁴⁰ CIDH, *Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos*, 31 de diciembre 2009, p. 105, párr. 9g.

⁴¹ CIDH 2015, op. cit., párr. 412.

⁴² *Ibíd.*, párr. 390.

⁴³ *Ibíd.*, párr. 412.

evidencia en juicios, sino también para ser analizados con el fin de establecer patrones de actuación y mejorarlos.⁴⁴

2.2.2. Análisis

Parte de lo mencionado en el apartado referido a prevención resulta aplicable en el contexto de la investigación, toda vez que los proyectos de ley sobre sistemas de inteligencia podrían estar en línea con el estándar que sugiere la implementación del cruce de datos desde distintas fuentes que suelen tener información aislada sobre las actuaciones del crimen organizado.

Respecto a la protección de funcionarios, la Ley 21.577 pareciera representar un avance en la materia, al menos en lo que dice relación con agentes encubiertos, reveladores e informantes. La modificación legal otorga nuevas herramientas para dar credibilidad a la identidad e historia ficticia del agente encubierto, de manera que pueda introducirse en las asociaciones criminales o delictivas y reunir antecedentes útiles para la investigación. Así, por ejemplo, podrá abrir una cuenta bancaria, obtener licencia de conducir o contratar servicios con una identidad falsa, y mantener dicha identidad al testificar en el proceso.⁴⁵ Como explicaremos en la sección sobre enjuiciamiento, la protección eficaz dependerá, en gran medida, del criterio juicioso y acorde al derecho internacional de los derechos humanos de los jueces que deben decidir sobre las medidas de protección de testigos, agentes encubiertos, reveladores, e informantes.

Una medida que parece idónea, pero que podría no superar un escrutinio a la luz de los criterios de necesidad y proporcionalidad, es aquella incorporada por el Art. 2 N° 14 de la Ley 21.577 y consagrada actualmente en el Art. 226 J del Código Procesal Penal. La disposición permite mantener la investigación bajo secreto hasta su cierre cuando se trata de casos de asociaciones delictivas o criminales.⁴⁶ En casos del narcotráfico, cuya cultura y estructura operativa contempla los asesinatos, la tortura a las personas que se distancian de la organización y sus familiares, la protección de la identidad de testigos, imputados que colaboraron a través de la delación

⁴⁴ Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Resource Book on the use of force and firearms in law enforcement*, Nueva York, 2017, p. 155-6.

⁴⁵ Ley 21.577, artículo 2 N° 12, que agrega el artículo 226 D al Código Procesal Penal.

⁴⁶ El ámbito de aplicación de esta disposición se consagra en el artículo 226 A del Código Procesal Penal, el que debe complementarse con las definiciones de los artículos 292 y 293 del Código Penal. Estos últimos artículos definen, respectivamente, asociación delictiva y asociación criminal. Por asociación delictiva se entiende "(...) toda organización formada por tres o más personas, con acción sostenida en el tiempo, que tenga entre sus fines la perpetración de simples delitos". Por asociación criminal se entiende "(...) toda organización formada por tres o más personas, con acción sostenida en el tiempo, que tenga entre sus fines la perpetración de hechos constitutivos de crímenes".

privilegiada, agentes encubiertos, reveladores, informantes, peritos, o cooperadores eficaces es muchas veces la única manera de proteger su vida. En estos casos, debiera mantenerse el secreto, incluso, más allá del cierre del proceso, de manera indefinida. Sin embargo, este criterio podría ser abusado en otros casos: no debe perderse de vista que los estándares invocados exigen respetar y garantizar el debido proceso. En ese sentido, la medida podría resultar desproporcionada en otros tipos de casos en tanto afectaría el equilibrio entre la necesidad de preservar la eficacia de las investigaciones y los derechos fundamentales del imputado, en particular, a la defensa.⁴⁷

Es posible invocar diversas razones para sostener un menoscabo en el derecho a la defensa en causas que no corresponden a casos de narcotráfico. Primero, la amplitud de su ámbito de aplicación no se restringe a categorías delictivas, sino más bien a formas comisivas, esto es, a delitos cometidos por una asociación delictiva o criminal, lo que no permitiría establecer matices en torno a su aplicación. Segundo, su estándar argumentativo, o lo que se debe acreditar para utilizar este secreto, no parece ser tan exigente. En efecto, el Ministerio Público podrá decretar este secreto cuando existe “riesgo para el éxito de la investigación” o peligro “para la seguridad de los agentes encubiertos, agentes reveladores, informantes, testigos, peritos y, en general, de quienes hayan cooperado eficazmente en el procedimiento.” Esto último, sumado a la amplitud de su aplicación, podría generar el riesgo de terminar desplazando la regla general sobre el secreto de la investigación originalmente prevista en el Art. 182 del Código Procesal Penal. Por último, al no establecer un límite temporal, podrían verse fuertemente menoscabadas algunas dimensiones materiales del derecho a defensa y dejar a imputados en una situación de imposibilidad de acceder a ciertas pruebas o de solicitar diligencias durante toda la etapa de investigación. Esto podría representar una desventaja efectiva, al limitar su capacidad de preparar en forma adecuada una estrategia de defensa y ejercer sus derechos procesales

⁴⁷ La regla general en materia de secreto de las actuaciones de investigación se consagra en el artículo 182 del Código Procesal Penal. Por una parte, el imputado siempre puede examinar y obtener copias de los registros y documentos de la investigación. Por otro lado, el fiscal puede disponer que determinadas actuaciones, registros o documentos sean mantenidas en secreto respecto del imputado cuando lo considerare necesario para la eficacia de la investigación. Ahora bien, este secreto es limitado: sólo respecto de piezas determinadas de la investigación y dentro de un plazo no superior a cuarenta días. Existen otras disposiciones que regulan el secreto de las actuaciones de investigación para delitos especiales y que se consagran en una lógica similar a la modificación en comento, como el caso de la Ley 20.000 que sanciona el tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes.

de manera equitativa, afectando así la igualdad de medios procesales para el imputado.⁴⁸

En materia de facultades policiales autónomas, la Ley 21.560 (“Nain-Retamal”) incorporó una nueva facultad de control preventivo de identidad. Así, cuando se trata de fiscalizaciones de tránsito, se permite realizar controles preventivos a los ocupantes de un vehículo motorizado. Junto a ello, admite el registro de maleteros o portaequipajes del respectivo vehículo. No es posible en este capítulo abarcar todas las consecuencias de la incorporación de esta facultad, pero lo cierto es que plantearía legítimas preocupaciones por la posible afectación al derecho a la libertad ambulatoria, a la privacidad y a la igualdad y no discriminación.

Por último, vinculado a facultades policiales autónomas, el Boletín N° 15.788-07, establece que en todas las actuaciones que desempeñe la policía en el procedimiento penal, deberá utilizar videocámaras para grabar imágenes y sonidos, sea en lugares públicos o de libre acceso a las personas, o lugares cerrados cuando en su interior se practiquen detenciones o allanamientos. La disposición busca garantizar la integridad de los registros para su posterior tratamiento en la investigación, a fin de prevenir la comisión de delitos, faltas e infracciones relacionados con la seguridad pública.

Nos parece que esto es un avance significativo, en tanto aumenta la transparencia en el ejercicio de la función policial, lo que eventualmente podría acrecentar la confianza en las policías. Es valioso destacar que los registros obtenidos permitirían cumplir diversos fines, como garantizar la rendición de cuentas por parte de funcionarios en casos de mala conducta policial, contribuirían a un mayor civismo de parte de los usuarios, podrían ser materiales valiosos en el proceso penal seguido en contra del ciudadano o funcionario policial, así como en procedimientos disciplinarios internos de la policía. También podrían ser utilizados como materiales para entrenamiento y reentrenamiento de policías, mejorando de esa forma el ejercicio de la función policial.⁴⁹ Es destacable que la disposición tenga como regla generalísima la no grabación en lugares cerrados, a menos que se trate de procedimientos de detención o allanamientos, pues de esa manera se busca garantizar el derecho a la privacidad de las personas y la inviolabilidad de sus hogares. Por lo mismo, establece la destrucción inmediata en caso de grabaciones accidentales en lugares prohibidos por parte

⁴⁸ Respecto a la igualdad de medios procesales, véase: Comité de Derechos Humanos ONU, Observación General N° 32, 2007, párrafo 13.

⁴⁹ Víctor Beltrán y Angélica Torres, *¿Fortalecimiento y protección de la función policial?*, Diario Constitucional, 2023.

de quien tenga la responsabilidad de su custodia, a menos que en dicho registro existan indicios de la comisión de un delito.

2.3. Persecución e intervención en el territorio

Una vez emitida una orden de captura, una orden de allanamiento, o en la persecución de personas que fueron sorprendidas cometiendo un delito en flagrancia, los policías deben intervenir en terreno, lo que es particularmente difícil si existe la posibilidad de encontrarse con resistencia armada, o si la intervención se realiza en barrios donde la presencia del Estado está cuestionada, ha sido ineficaz (por ejemplo, por razones de corrupción) o en el peor de los casos, es inexistente. Esta situación es claramente distinta a la intervención de los policías en manifestaciones (pacíficas) o disturbios en la calle. La planificación de la intervención, su desarrollo, el equipamiento y el uso de la fuerza deben adaptarse a estas situaciones y responder, tal como el uso de las armas de servicio en una situación específica, a los criterios de legalidad, necesidad, idoneidad y proporcionalidad.

2.3.1. Estándares

Los Estados deben regular detalladamente el uso de la fuerza y –tal como un autor y una autora de este capítulo han sostenido–⁵⁰ la utilización de armas de fuego debe estar autorizada y definida por ley y ser interpretada de manera restrictiva.⁵¹ La CIDH explicita, en esta dirección, que “resulta fundamental que los Estados en su ordenamiento jurídico interno creen un marco normativo adecuado que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida y, en particular, regulen por ley el uso de la fuerza y de la fuerza letal por parte de los efectivos policiales. La regulación debe establecer que, sin ninguna excepción, el uso de la fuerza, incluidos los medios de fuerza letales, se desarrollará bajo los principios de necesidad absoluta, racionalidad, moderación y progresividad, considerando siempre: (1) los derechos a proteger; (2) el objetivo legítimo que se persiga; y (3) el riesgo que deben enfrentar los efectivos policiales.”⁵² También se debe asegurar que las y los

⁵⁰ *Ibíd.*

⁵¹ Naciones Unidas, Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, 17 de diciembre de 1979, comentarios, artículo 3; Naciones Unidas, Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley; Corte IDH, caso *Hermanos Landaeta Mejías y otros contra Venezuela*, 27 de agosto de 2014, considerando 126: “Tratándose del uso de la fuerza, resulta indispensable que el Estado: a) cuente con la existencia de un marco jurídico adecuado que regule el uso de la fuerza y que garantice el derecho a la vida”. En similar sentido, Corte IDH, caso *Cruz Sánchez y otros contra Perú*, 17 de abril de 2015, considerando 263: “El uso excepcional de la fuerza letal deberá estar formulado por ley, y ser interpretado restrictivamente de manera que sea minimizado en toda circunstancia”.

⁵² CIDH, *Informe Sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos*, 2009, párr. 312.

policías tengan la capacitación práctica, el equipamiento necesario y las condiciones laborales adecuadas para ejercer sus funciones.⁵³

Cuando es preciso intervenir en terreno, se deben diseñar planes de acción previa para reducir daños colaterales.⁵⁴ Esta planificación de operaciones debe incluir la definición de: a.) el asunto a abordar; b.) la situación en terreno; c.) objetivo legítimo de hacer cumplir la ley; d.) riesgos involucrados, en particular, para grupos vulnerables y personas no implicadas; e.) base legal y mandato para actuar; f.) planificación propiamente tal; y g.) alternativas de actuación. Por último, es importante que existan instrucciones claras sobre la manera de abandonar los operativos en caso de que no se haya podido lograr el objetivo establecido –o de haberlo ya conseguido–, sin que se produzca temor entre los integrantes de los cuerpos policiales por las eventuales consecuencias disciplinarias del aborto o término de una operación en terreno.⁵⁵

En materia de detenciones, la Corte IDH destaca que los operativos policiales deben estar dirigidos al arresto del presunto infractor y prevenir violaciones al derecho a la vida de la persona implicada. No existe necesidad de emplear fuerza letal si se sabe que la persona que va a ser detenida no representa una amenaza para la vida de los agentes o terceros o no ha cometido un delito grave.⁵⁶

En el caso de las manifestaciones pacíficas, está prohibido el uso de la fuerza, a menos que se tornen violentas;⁵⁷ y en ese contexto, se permite el empleo de fuerza policial, incluso si resultara ser accidentalmente letal, cuando existe riesgo para la vida del funcionario o terceros.⁵⁸ Sin embargo, debe seguirse un estricto criterio de necesidad y proporcionalidad.⁵⁹ Como indica la ONU, es preciso distinguir muy claramente las órdenes relacionadas con “shoot-to-kill” y la muerte accidental al hacer uso de la fuerza.⁶⁰

⁵³ UNODC, *Manual Sobre la aplicación de directrices sobre prevención al delito*, 2017, párr. 15.

⁵⁴ CIDH 2015, op. cit., párrs. 308-309.

⁵⁵ UNODC 2017, op. cit., párrs. 17, 19 y 47.

⁵⁶ Corte IDH, *Hermanos Landaeta Mejías y otros contra Venezuela*, 27 de agosto de 2014, considerando 130.

⁵⁷ Ver *Informes 2020, 2021, 2022* y Elisabeth Matthei Schacht, Marcela Zúñiga Reyes, Éster Valenzuela, Judith Schönsteiner 2019, *Amicus curiae Sobre tortura, malos tratos y tratos degradantes y la responsabilidad jerárquica en el derecho internacional de los derechos humanos y sobre tortura y apremios ilegítimos en el derecho interno de Chile*, 2019, disponible en https://derechoshumanos.udp.cl/cms/wp-content/uploads/2020/12/Centro_de_DDHH_Amicus_torturas_y_responsabilidad_jeraC3ACrquica.pdf.

⁵⁸ CIDH, *Protesta y derechos humanos: Estándares sobre los derechos involucrados en la protesta social y las obligaciones que deben guiar la respuesta estatal*, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH, 2019, p. 45. Comité de Derechos Humanos ONU, Observación General N° 34, 2011.

⁵⁹ CIDH 2015, op. cit., párr. 313.

⁶⁰ UNODC 2017, op. cit., párrs. 21 y 22.

La utilización de armas letales se permite solo en situaciones donde se pueda producir la muerte inminente de terceros, o en legítima defensa; o previniendo la comisión de un delito particularmente grave que constituye amenaza de muerte de alguien; o para detener a una persona que presenta este riesgo, o bien para evitar su escape. Todo lo anterior es permitido, únicamente, si no hay otra medida menos gravosa que pueda lograr el mismo objetivo.⁶¹

Resulta bastante más problemático aplicar los criterios antes señalados, en casos donde se vean amenazados bienes jurídicos diferentes a la vida o integridad. En este sentido el sistema interamericano, al menos, ha sido enfático en sostener que la fuerza potencialmente letal no puede ser utilizada para mantener o restituir el orden público o para proteger bienes jurídicos menos valiosos que la vida, como la propiedad.⁶²

Finalmente, debe existir un control apropiado, considerando reportes para mejorar las estrategias de intervención,⁶³ utilizando criterios de calidad,⁶⁴ transparencia y mecanismos de control independientes, incluyendo los que apuntan a establecer responsabilidades de superiores. Las instrucciones siempre serán responsabilidad de quien las imparte y se presume conocimiento de los superiores, a menos que no hayan tenido ninguna “oportunidad razonable” de actuar en relación con la conducta ilegal respectiva.⁶⁵

En suma, las reglas más restrictivas sobre el uso de la fuerza resaltan la necesidad de prevención (véase supra 2.1) para garantizar, eficazmente, la seguridad ciudadana.⁶⁶

⁶¹ *Ibid.*

⁶² CIDH, *Protesta y derechos humanos: Estándares sobre los derechos involucrados en la protesta social y las obligaciones que deben guiar la respuesta estatal*, op. cit., p. 45.

⁶³ UNODC 2017, op. cit., párr. 158.

⁶⁴ *Ibid.*, párr. 174.

⁶⁵ *Ibid.*, párr. 44. También, véase capítulo en este Informe: Responsabilidad de los superiores por los delitos cometidos por sus subordinados con ocasión del “estallido social” en Chile.

⁶⁶ Como fue desarrollado en los apartados 2.1.2 y 2.3.2, el Código Penal chileno contempla una figura de legítima defensa “privilegiada” en su artículo 10 N°6. Lo que le da la cualidad de ser “privilegiada” es que incorpora una presunción respecto a la concurrencia de elementos de esta causa de justificación (la doctrina discute si se presumen todos o algunos de ellos. Los elementos están descritos en el artículo 10 N°4 y son: agresión ilegítima; necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla; falta de provocación suficiente por parte de quien se defiende). Ello permite -en ciertos casos descritos por el propio artículo- eximir de responsabilidad penal cualquiera sea el daño que ocasione el agresor, ya sea para defender la vida o integridad propia o de terceros, o incluso otros bienes jurídicos, como la propiedad. Sin duda una norma como esta puede resultar contraintuitiva a la luz de los estándares internacionales en la materia, cuando se constata que el

2.3.2. Análisis

En lo que se refiere a la regulación del uso de la fuerza, es valorable lo planteado en el Boletín N°15.805-07, que busca establecer por ley las normas generales sobre uso de la fuerza; tema que actualmente se encuentra regulado en disposiciones de rango infralegal, incumpliendo abiertamente los estándares en la materia.

Resulta destacable que la propuesta tenga en consideración los estándares internacionales detectados, como la observancia de los principios de necesidad y proporcionalidad (Art. 3). También es valioso que se distingan etapas en el uso de la fuerza (Art. 8) y que se tenga en cuenta que la normativa debe contemplar un uso diferenciado de la fuerza cuando se esté en presencia de niños, niñas y adolescentes o personas en situación de vulnerabilidad (Arts. 13 y 14). En esa línea, resulta positivo, también, que se prevea la intervención de otros organismos en la revisión y elaboración de la normativa, como el Instituto Nacional de DDHH y la Defensoría de la Niñez (Art. 10).

Sin embargo, es necesario tener claro que no basta con la existencia de una ley referida a la materia, sino que el marco legal en su conjunto debe ser apropiado, con una regulación detallada, estableciendo de manera nítida las situaciones en las que puede emplearse la fuerza, y cuidando que la interpretación de normas sobre la utilización de armas de fuego se efectúe de forma restrictiva. En ese sentido, debe observarse que el boletín en comento delega aspectos sustantivos a la vía reglamentaria. En efecto, se propone que por dicha vía se elaboren los modelos que integren los grados de resistencia o agresión y las correspondientes etapas en el uso de la fuerza (Art 10 N°1) y se regulen aspectos tales como el uso de armamento, ejercicio del derecho a reunión o desalojos de establecimientos educacionales (Art. 10 N°2). Ello podría implicar que la ley no sea lo suficientemente detallada y que –en la práctica– la situación normativa en torno a la materia no difiera de manera sustantiva de la actual y la ley no recoja estándares explícitos sobre la licitud del uso de la fuerza en diversas situaciones.

En esa misma línea, respecto a la posibilidad de interpretar de forma amplia los casos en que se puede emplear fuerza –incluso letal–, las modificaciones incorporadas por la Ley 21.560 (“Nain-Retamal”) han dado pie a esa clase de interpretación. A nivel jurisprudencial a lo menos un fallo⁶⁷ da a entender que la legítima defensa privilegiada aplicable a funcionarios

derecho permite incluso matar a otra persona para defender la propiedad; sin embargo, un análisis detallado del tema excede con creces las posibilidades y objetivos del presente capítulo.

⁶⁷ Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Talagante, 13 de mayo de 2023, RUC: 1901153197-3; RIT: 112-2022. (Apartado VII., pp. 358 a 361). El fallo de la Corte de Apelaciones de San Miguel, 24 de julio de 2023, ROL N°1523-2023, que resuelve la nulidad presentada por el Ministerio Público,

policiales (artículo 10 N°6 del Código Penal) permitiría presumir todos los elementos de la legítima defensa, incluyendo la concurrencia de una agresión ilegítima sufrida por el funcionario, la que luego autorizaría el empleo de fuerza letal.⁶⁸

Esta es una situación altamente controvertida en doctrina, similar a la discusión alrededor de la legítima defensa privilegiada “clásica”;⁶⁹ por otra parte, algunos abogados defensores de los funcionarios imputados han intentado –sin éxito– argumentar que la misma ley incorporó una presunción de uso racional de la fuerza en materia de cumplimiento de un deber (Art. 10 N°10 del Código Penal),⁷⁰ lo que en la práctica se traduciría en la posibilidad de usar armas letales, incluso para detener a una persona no peligrosa que no obedece la orden de detenerse. Lo anterior excede con creces el alcance de la modificación legal, que sólo se limitó a incorporar una hipótesis de legítima defensa para funcionarios policiales, permitiendo el uso de la fuerza letal en casos en que esté en riesgo gravemente su integridad o su vida o la de un tercero (siguiendo la misma línea de la jurisprudencia nacional en la materia hasta la fecha, y lo establecido en los estándares internacionales analizados). Tal vez las interpretaciones amplias a las que se ha hecho mención obedezcan a desaciertos comunicacionales de las autoridades sobre los alcances de una ley que se presentó como una forma de fortalecer y proteger el ejercicio de la función policial.⁷¹

La Ley 21.560 ha generado, además, debate sobre su posible aplicación de forma retroactiva a casos ocurridos durante la dictadura. Este debate presupone asumir que la nueva ley es más favorable, y por ello se puede aplicar para juzgar hechos ocurridos en el pasado; sin embargo, no es evidente que la nueva ley lo sea, como lo explica Torres.⁷² Ahora, si efectivamente se tratara de una ley penal más favorable en el caso concreto (podría haber casos en los que la aplicación de la justicia militar o del derecho procesal penal antiguo lo sea), debe considerarse que los estándares internacionales indican que aquellas medidas que impidan imponer sanciones a sujetos condenados por crímenes internacionales, no resguardarían la

confirma la resolución, pero precisa, en el considerando décimo octavo, que la agresión ilegítima no puede presumirse.

⁶⁸ En contra de esta interpretación amplia: Angélica Torres, *Legítima defensa de funcionarios policiales: reflexiones a partir de la ley “Nain-Retamal”*, Instituto de Ciencias Penales, Santiago, 2023.

⁶⁹ Jaime Náquira, *Derecho Penal Chileno*, Parte General, Santiago, Thomson Reuters, 2015, pp. 362-370.

⁷⁰ Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción, Brenda Andrea Torres Mundaca contra Héctor Hernán Herrera Villa, 22 de junio de 2023, RUC: 1901144183-4; RIT: 388-2022.

⁷¹ CNN Chile: “Tohá dice que Carabineros no puede dejar huir a un delincuente: ‘Si arranca tienen que dispararle, ciertamente no a matar’”, 29 de marzo de 2023.

⁷² Angélica Torres, 2023, op. cit.

proporcionalidad de la pena.⁷³ En ese sentido, una ley que permita eximir de responsabilidad –aunque no sea por vía de indulto o de amnistía– a condenados por crímenes de lesa humanidad, podría tener el mismo efecto, es decir, ser contraria a los estándares internacionales en la materia.

En lo referido a la capacitación y equipamiento, al menos a nivel legal, la Ley 21.560 (Arts. 4 N°5 y 8 N°1), introdujo modificaciones al DL 2460, Ley Orgánica de la Policía de Investigaciones y Ley 18.961, Orgánica Constitucional de Carabineros, respectivamente, estableciendo que ambas instituciones serán provistas de capacitación, equipo y armamento adecuado para cumplir sus funciones y para el resguardo de su vida e integridad personal y la de terceros. Ciertamente es un avance que este aspecto sea reconocido por ley. En la misma línea, el Boletín N°15.805-07 incorpora una referencia a formación, capacitaciones y equipamiento adecuado, aunque circunscribe esto último a la existencia de disponibilidad presupuestaria y factibilidad de ejecución (Art. 4), a diferencia de los términos imperativos en que lo incorporó la Ley 21.560. La mención de estos aspectos en la ley es insuficiente, si no va acompañada de recursos y factibilidad de ejecución.

En materia de rendición de cuentas, la Ley 21.560 no contempla medida alguna, mientras que el Boletín N°15.805-07 sólo establece la obligación de informar al Ministerio del Interior y Seguridad Pública los resultados de las evaluaciones periódicas del armamento del que dispongan y utilicen, relativas al grado posible de daños y sufrimiento que podrían causar, así como los posibles efectos no deseados del mismo sobre las personas (Art. 4) y la obligación de enviar informes al mismo organismo, con estadísticas sobre el uso de la fuerza y episodios violentos en el mantenimiento del orden público y la seguridad pública interior (Art. 11). Lo anterior es insuficiente a la luz del derecho internacional, si se considera que lo que se requiere son reportes para mejorar las estrategias de intervención, transparencia y mecanismos de control independientes.

2.4. Enjuiciamiento

Los estándares más conocidos en materia de juicio penal son las garantías penales. Hay abundante análisis sobre su cumplimiento en la doctrina.⁷⁴ Aunque los estándares de la Convención Americana sobre Derechos Humanos son directamente aplicables a través del Código Procesal Penal, la Corte

⁷³ Corte IDH, *caso Almonacid Arellano y otros contra Chile*, 26 de septiembre de 2006.

⁷⁴ El propio juicio oral es un componente o elemento central del debido proceso. En dicha instancia es donde se manifiestan más fuertemente las garantías centrales en esta materia y donde el derecho a defensa se despliega y adquiere mayor importancia. Al respecto, véase: Mauricio Duce y Cristián Riego, *Proceso Penal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, pp. 375-385. En igual sentido, véase: Comité de Derechos Humanos ONU, Observación General N° 32.

IDH encontró responsabilidad internacional del Estado por violaciones a los derechos humanos en la aplicación de la ley antiterrorista.⁷⁵ En este capítulo, sin embargo, solo nos enfocamos en los cambios que se harían a través de la agenda de seguridad, evaluando si mejoran o empeoran la protección de los derechos humanos de quienes intervienen en los juicios penales. Nos centraremos en la protección de personas distintas a la imputada; las reglas para delación premiada, y la prevención ante una eventual corrupción de jueces y fiscales. Finalizamos con una mención a lo que nos parece una tendencia en esta materia: por una parte, a vedar la posibilidad de lograr formas de término de un procedimiento distintas a una sentencia definitiva condenatoria (v.gr., restringiendo facultades discrecionales o salidas alternativas) y, por otro lado, a establecer fuertes incentivos para que imputados renuncien al juicio oral y acepten otras formas de juzgamiento (por ejemplo, ampliando el alcance del procedimiento abreviado).

2.4.1. Estándares

El Estado no sólo es responsable por garantizar los derechos de las personas imputadas y acusadas, sino también de la seguridad de funcionarios y funcionarias, denunciantes, y testigos; en particular, en procesos de alta complejidad como la investigación y procesamiento de delitos cometidos por el crimen organizado.⁷⁶ El Estado también debe tomar medidas para impedir la corrupción judicial,⁷⁷ específicamente, las estipuladas en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, además de la asignación independiente de las causas dentro de los tribunales; la protección de la seguridad física y mental de jueces y juezas, su adecuada remuneración e inamovilidad.⁷⁸ A través del Ministerio Público, el Estado debe luchar contra la corrupción en otros órganos administrativos, en especial, aduanas, impuestos, o patentes comerciales.⁷⁹

2.4.2. Análisis

Como se señaló en el apartado sobre investigación, la Ley 21.577 iría en una dirección correcta en materia de protección a funcionarios, al incor-

⁷⁵ Corte IDH, *caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) contra Chile*, 29 de mayo de 2014.

⁷⁶ CIDH 2015, op. cit., párr. 412.

⁷⁷ Naciones Unidas, *Informe del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados sobre Crimen organizado y corrupción judicial*, 2017, A/72/140.

⁷⁸ *Ibíd.*, párrs. 117-126.

⁷⁹ Naciones Unidas, *Informe del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados. Informe sobre El Ministerio Fiscal como actor principal en la lucha contra la corrupción y la garantía de los derechos humanos*, 2020, A/HRC/44/47.

porar modificaciones en lo que se refiere al agente encubierto, revelador e informante.

En el terreno de la “delación premiada” o instituciones similares, el Art. 1 N°9 de la Ley 21.577 modifica el Art. 295 del Código Penal referido a agrupaciones delictivas o criminales. Se establece la posibilidad de no sancionar o de disminuir la pena aplicada al integrante de una agrupación delictiva o criminal que revele a la autoridad la existencia de la asociación, sus planes y propósitos o la identidad de sus miembros, antes de que se ejecuten hechos que constituyan la actividad o fin de la asociación. La modificación también permite no sancionar o disminuir la pena cuando, incluso, habiéndose perpetrado los delitos, el sujeto “revele a la autoridad la existencia de la asociación, sus planes y propósitos o la identidad de sus miembros de tal modo que a juicio del tribunal la autoridad haya estado en condiciones de disolverla antes de la perpetración de hechos ulteriores”.⁸⁰ Esta medida estaría, igualmente, en línea con los estándares en la materia.

Respecto a protección de testigos, agentes encubiertos, peritos o informantes no existe un desarrollo sustantivo de propuestas, salvo la ya mencionada en el apartado 2.2 sobre investigación y detección, que establece la procedencia del secreto de la investigación, cuando se estime que existe riesgo para la seguridad de los testigos. Lamentablemente esta es la única medida detectada en este ámbito, y –como ya se señaló– protege testigos a costa de limitar el acceso del imputado a la investigación. Por lo tanto, no existe ni mayor ni mejor protección para testigos. En particular, el Estado debe evaluar si las medidas que están a disposición son efectivamente idóneas, o sea, logran la protección del derecho que se encuentra amenazado, en este caso, el derecho a la vida e integridad de las personas que proporcionan evidencia a los operadores de justicia. Detectamos diferentes debilidades de la norma actual: en particular, puede hacerse necesaria una protección permanente de las personas colaboradoras de la justicia; la entrega de nuevas identidades; u oportunidades laborales nuevas. La legislación chilena no prevé aún estas medidas, aunque la normativa tampoco las prohíbe. Para mayor seguridad jurídica, orientación de los operadores de justicia, en particular, los jueces y las juezas, y la estandarización de criterios – además de la eficacia de la protección – se debieran adoptar normas tanto en el derecho procesal, derecho administrativo y laboral. Estas normas facilitarían el trabajo de jueces y juezas sobre quienes pesará, de todos modos, una carga excepcional en la

⁸⁰ Art. 295 N°2 Código Penal.

protección de las personas colaboradoras con la justicia, además de implementar correctamente las garantías procesales de los y las imputados.

Después del cierre de este capítulo, la entrega, por parte de un juez de Arica, de la nómina de 56 informantes, testigos protegidos y agentes encubiertos que fueron testigos en la persecución de crímenes de la facción chilena denominada “Los Gallegos” –perteneciente a la asociación criminal internacional Tren de Aragua–, demostró toda la debilidad y precariedad del sistema. Informaciones difundidas entre el 13 y el 14 de septiembre,⁸¹ indican que el juez no esperó ni siquiera saber si el Ministerio Público iba a hacer uso de su derecho de recurrir, y entregó en la misma audiencia la nómina, poniendo en riesgo la integridad y la vida de decenas de personas y de familias, debilitando, también, las técnicas y estrategias de investigación desarrolladas hasta la fecha. Creemos que, si en nuestro sistema bastara que una sola persona se equivoque, responda a amenazas o actos de corrupción (desconocemos cuál podría haber sido el motivo en el caso particular en Arica), para que una política pública se desmorone, no se estaría cumpliendo en absoluto con la debida diligencia del Estado en materia de protección de los actores del sistema de justicia. Al mismo tiempo, los criterios aplicados para este tipo de casos no corresponderían en otros casos: la proporcionalidad de cualquier medida depende, en particular, de si existe efectivamente una razón por la cual se restringe un derecho (acá, a la defensa), y si no existe otra medida idónea para lograr el fin legítimo buscado.

Otras herramientas adoptadas en la agenda de seguridad se refieren al aumento de delitos denominados “de mayor connotación social”⁸² y modifican algunos aspectos en materia procesal penal.⁸³ La primera medida tiene que ver con nuevos límites al ejercicio del principio de oportunidad que, en ciertos casos, permite al Ministerio Público no iniciar una investigación penal o abandonar una ya iniciada.⁸⁴ Con la modificación, el

⁸¹ Por ejemplo, El Mostrador: “Juez pone en riesgo combate contra el crimen organizado al revelar identidad de testigos protegidos”, 13 de septiembre de 2023. <https://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2023/09/13/juez-ordena-a-fiscalia-entregar-lista-de-testigos-reservados-contra-el-tren-de-aragua-en-arica/>.

⁸² Para efectos del Boletín, estos corresponderían a robos no violentos, hurtos, homicidios, delitos sexuales, robos por sorpresa, robos con violencia o intimidación, robos en lugares habitados o no habitados, entre otros.

⁸³ Una mirada crítica del Boletín también puede verse en una carta suscrita por 126 profesores, profesoras, profesionales y trabajadores(as) del área de la justicia penal. Véase: Abbott y otras. Carta de penalistas, criminólogos/as y otros profesionales expertos en sistema de justicia penal sobre el proyecto de ley que modifica diversos cuerpos legales, con el objeto de mejorar la persecución penal, con énfasis en materia de reincidencia y en delitos de mayor connotación social (Boletín 15.661-07). Mayo, 2023.

⁸⁴ Código Procesal Penal, artículo 170.

Ministerio Público no podría utilizar la facultad respecto de alguien que, dentro de los cinco años anteriores a la ocurrencia del hecho investigado, hubiese sido “beneficiado con su ejercicio, con la suspensión condicional del procedimiento o con un acuerdo reparatorio”. Asimismo, se impediría el uso de esta facultad, sin límite temporal, respecto de “aquel que tuviere alguna condena anterior”.

Nos parece que esta disposición es preocupante. En primer lugar, porque no superaría un test de proporcionalidad al impedir, sin límite temporal, que la investigación respecto de una persona que cuente con una condena anterior pueda ser terminada a través del principio de oportunidad. En ese sentido, incluso para efectos de considerar una condena previa como agravante, existe un límite temporal, por lo que la exclusión para estos casos parece carecer de un fundamento razonable. En segundo lugar, la disposición es problemática al hacer similares los efectos de una condena anterior a otras formas de término de un caso criminal que no implican la imposición de una condena. Así, aunque se contempla un plazo de cinco años, la disposición hace equivalente los efectos de tener una “condena anterior” al hecho de que una persona haya arribado a una suspensión condicional del procedimiento o a un acuerdo reparatorio. Del mismo modo, hace equivalente los efectos de tener una “condena anterior” al hecho de que la investigación respecto de una persona haya terminado a través de esta facultad. Similar a otros casos revisados, se trata de una disposición que no permite matices ni distinciones, por lo que, además de menoscabar la presunción de inocencia, podría terminar por criminalizar casos menores que sería aconsejable no criminalizar, y desviar recursos de casos que sí lo ameritarían.

La segunda medida modifica el estatuto de la suspensión condicional del procedimiento una vez realizada la imputación,⁸⁵ agregando como requisito para acceder a ella, que el imputado no hubiere consentido a dos o más suspensiones condicionales del procedimiento o acuerdos reparatorios, en los cinco años previos a los hechos. Asimismo, se establece expresamente que la aceptación de la salida alternativa supondría la admisión de los hechos y la responsabilidad en ellos, de suerte tal que, en caso de revocación, el Ministerio Público pueda hacer valer ese reconocimiento de hechos y responsabilidad en juicio, mediante lectura.

Las restricciones limitarían en forma indebida el acceso a esta salida alternativa. De nuevo, el no establecer matices ni distinciones, eventualmente obligaría al Ministerio Público a llevar adelante investigaciones en

⁸⁵ El estatuto de la suspensión condicional del procedimiento puede verse en los Art. 236 y siguientes del Código Procesal Penal.

casos en que no sería recomendable criminalizar, dificultando, además, la racionalización en el ejercicio de la acción penal. Asimismo, la obligación de aceptar los hechos y la responsabilidad como condición para acceder a la salida alternativa podría poner en riesgo el derecho a la presunción de inocencia y el derecho a un juicio justo, especialmente por la posibilidad de que dicho reconocimiento de responsabilidad pueda ser utilizado a futuro, menoscabando el derecho a la defensa y el derecho a un proceso equitativo.

Por último, una tercera medida tiene que ver con modificaciones al procedimiento abreviado. Primero, se aumenta la pena máxima que se puede imponer en esta clase de procedimientos, pasando de un límite de 5 a 10 años. Segundo, se modifica el alcance del acuerdo para acceder a este procedimiento, donde el imputado no sólo reconocería los hechos, sino también la responsabilidad en los mismos. Tercero, se establecen limitaciones en la dictación de la sentencia, de suerte tal que no podrá imponerse una pena inferior a las solicitadas por el fiscal o querellante, salvo errónea calificación de los hechos aceptados. Cuarto, se limita la absolución en esta clase de procedimientos, haciéndola procedente solo cuando los hechos reconocidos no son constitutivos de delito, cuando el acusado se encuentra exento de responsabilidad penal o su responsabilidad penal extinguida, o si el reconocimiento de su participación en los hechos no configura una forma punible de intervención.

Las modificaciones que sufriría el procedimiento abreviado⁸⁶ generan preocupación desde una perspectiva de garantías de debido proceso. Primero, se amplía radicalmente el ámbito de aplicación de este procedimiento al incrementar de 5 a 10 años la pena máxima a imponer por esta vía, dotando así al Ministerio Público de extraordinarios poderes de negociación.⁸⁷ Segundo, las restricciones a la dictación de la sentencia podrían afectar la individualización de las penas, las cuales vendrían dadas por lo que soliciten los acusadores. Tercero, de igual manera, las restricciones a la absolución en este procedimiento podrían limitar el ejercicio del derecho a la defensa, al negar la posibilidad de absolver al acusado incluso si se presentan argumentos en su favor que, en otro tipo de procedimiento, podrían ser válidos. Por último, lo más preocupante tiene que ver con los incentivos que se generarán para que los imputados acepten este procedimiento, por miedo a recibir una condena sustancialmente mayor en un

⁸⁶ Código Procesal Penal, artículos 406 y siguientes.

⁸⁷ Si bien existen casos excepcionales en los cuales es posible negociar en procedimiento abreviado la imposición de una pena de hasta 10 años, en la práctica esto ha sido criticado por romper la lógica. Cristián Riego, “El procedimiento abreviado en la ley 20.931”, *Política Criminal*, 12 (24), 2017.

juicio oral, surgiendo así el riesgo de que personas inocentes se declaren culpables en procedimientos abreviados.⁸⁸

2.5. Sanción y reinserción

Las sanciones en una sociedad democrática respetuosa de los derechos humanos están enfocadas en la reinserción, buscando evitar la reincidencia. Para lograr este objetivo, no solo es necesario tomar en cuenta el contexto general de la sociedad y el ámbito particular (por ejemplo, familiar) de la persona sancionada, sino también las eventuales estructuras criminales dentro de las cuales la persona ha cometido el delito, y de sus códigos. Si las cárceles son lugares en que opera el crimen organizado y desde donde realiza la coordinación de sus actividades ilícitas, sometiendo a sus miembros a estructuras internas de amenazas y castigos, el Estado no está cumpliendo su obligación de garante en las cárceles.

En general, un aumento de penas no funciona como un desincentivo a cometer delitos, ni tampoco como una forma efectiva de reinserción, si no va de la mano de medidas adicionales. Además, en el contexto del crimen organizado, un aumento de pena no significa ningún impedimento real de las actividades ilícitas, ni una disuasión efectiva ante la amenaza de muerte para alguien que quisiera desligarse de la banda. Por ejemplo, la experiencia de otras latitudes ha mostrado que, en ocasiones, el hecho de que una persona privada de libertad acepte integrar un programa de reinserción se convierte en una razón para ser amenazado de muerte por la banda criminal. Por lo anterior, este incentivo debe ir acompañado por medidas extraordinarias de protección, y el mero aumento de las penas no cumple este fin.

2.5.1. Estándares

Ningún sistema de prevención y sanción del crimen o de seguridad pública estaría alineado con los estándares de derechos humanos si no considerara la reinserción de la persona, como finalidad última de la sanción. Esto es especialmente relevante en relación con la justicia penal adolescente.⁸⁹ La

⁸⁸ Es una idea muy contraintuitiva sostener que una persona inocente aceptaría responsabilidad por un delito que no ha cometido. Sin embargo, evidencia proveniente de diversas jurisdicciones da cuenta de diferentes circunstancias e incentivos que llevarían a inocentes a aceptar responsabilidad por delitos que no han cometido, a través de esta clase de procedimientos negociados. Una visión panorámica del problema, con especial énfasis en el caso chileno, puede verse en: Mauricio Duce, “Los procedimientos abreviados y simplificados y el riesgo de condenas erróneas en Chile: resultados de una investigación empírica”, *Revista de Derecho* (Coquimbo. En línea), V. 26, 2019.

⁸⁹ Asamblea General de las Naciones Unidas, *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)*, 16 de marzo de 2011, A/RES/65/229. Disponible en https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Bangkok_Rules_ESP_24032015.pdf. CIDH 2016, op. cit., párrs. 17 y 418.

justicia restaurativa es la herramienta que los Estados deben utilizar en este contexto,⁹⁰ pero también en relación con las personas infractoras de ley adultas. Parte de estos esfuerzos orientados a la reinserción deben ser la prevención de la comisión de delitos desde la cárcel y, ciertamente, utilizar las penas privativas de libertad solamente en los casos más graves. En la medida que en los países se instale una cultura de pandillas juveniles como parte del crimen organizado, las políticas de reinserción no sólo debieran contemplar elementos educacionales, laborales, y familiares, sino también el resguardo de la integridad física de las personas después de su excarcelación.⁹¹

2.5.2. Análisis

En materia de sanción, es posible apreciar una serie de modificaciones legales que se traducen en aumento de sanciones. A modo de ejemplo, es posible citar el Art. 3 N°1 de la Ley 21.560, que agrega el Art. 281 bis al Código de Justicia Militar, estableciendo la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado para quien mate a un miembro de las FFAA en razón de su función de resguardo de la seguridad pública. Por otra parte, se incorporan calificantes⁹² del delito de homicidio cometido respecto de miembros de las FFAA, Carabineros, PDI y Gendarmería, las que permiten que la pena aplicable se sitúe entre el presidio perpetuo y el presidio perpetuo calificado.⁹³ Adicionalmente, resulta llamativo que una conducta que puede ser ejecutada por civiles, esté tipificada como delito en el código castrense. En caso alguno ello podría interpretarse como una posibilidad de juzgar en tribunales militares la conducta del civil, toda vez que ello atentaría contra el artículo 8.1 de la Convención Americana.⁹⁴

En la misma línea, el Art. 9 de la Ley 21.560 incorpora una modificación a las reglas generales de determinación de la pena establecidas en el Código Penal, cuando se esté en presencia de delitos de homicidio o lesiones a Carabineros de Chile, Policía de Investigaciones o de Gendarmería de Chile. Dicho artículo determina que no se dará aplicación a las reglas establecidas en los artículos 65 a 69, los que definen la forma en que pueden o deben realizarse los aumentos o disminuciones de grado de

⁹⁰ CIDH 2016, op. cit., párrs. 556-567.

⁹¹ CIDH, *Norte de Centroamérica, Crimen organizado y derechos de niñas, niños, adolescentes y jóvenes: desafíos y acciones estatales*, 16 de febrero de 2023.

⁹² Como, por ejemplo, cometer el delito mediante precio, recompensa o promesa; ejecutarlo con auxilio de gente armada o de personas que aseguren o proporcionen la impunidad o actuar con su rostro cubierto con el objeto de ocultar su identidad.

⁹³ Arts. 3 N°1, 3 N°2, 4 N°2 y 5 N°2 modifican los Arts. 281 bis, 416 inc. final del CJM, Art. 17 inc. final DL 2460 y Art. 15 A inc. final DL 2859, respectivamente.

⁹⁴ Corte IDH, *Caso Palamara Iribarne contra Chile*, 22 de noviembre de 2005.

pena, según las circunstancias atenuantes o agravantes de responsabilidad que concurran. En consecuencia, el Tribunal debe establecer la cuantía de la pena en atención al número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes concurrentes, así como a la mayor o menor extensión del mal causado (N°1). Además, para casos de reincidencia el tribunal deberá excluir el *mínimum* o grado mínimo de la pena (N°2). Teniendo en consideración que todas estas medidas implican en la práctica un aumento de la sanción, para que cumplan con los estándares de derechos humanos, analizados en este capítulo, deben venir acompañadas de una detección eficaz; y si ello no es así, su idoneidad para la disuasión de delitos se torna dudosa.⁹⁵

Por su parte, la Ley 21.577 incorpora nuevas normas en relación al comiso, como una manera de privar de sus activos y ganancias a las organizaciones criminales. Se contemplan las figuras de comiso de ganancias, comiso sin sentencia condenatoria, comiso por valor equivalente y comiso ampliado.⁹⁶ Sin perjuicio de que la propia ley establece que el comiso no se considerará pena (Art. 1 N°2, que modifica el Art. 20 del Código Penal), se estima pertinente efectuar su análisis en este apartado, por tratarse de una categoría dogmática que no es rígida, y que guarda similitudes con la pena. Esta clase de medidas podría considerarse como idónea, necesaria y proporcional para desincentivar la comisión de este tipo de delitos, por lo que su valoración también podría efectuarse a la luz de los estándares en materia de prevención.

En lo relativo a la reinserción, desde ya es posible anticipar que gran parte de las medidas analizadas no tienen en consideración los estándares en la materia. Tampoco se han propuesto normas para la protección de personas involucradas en el crimen organizado quienes, por la cultura de su organización, enfrentan riesgo de muerte durante o después de cumplir una pena privativa de libertad. En efecto, es posible advertir medidas como la propuesta en el Boletín N° 15.796-07, texto en el cual se establece que las personas privadas de libertad que incurran en las conductas allí descritas –tenencia de intercomunicadores, teléfonos, chips u otros elementos tecnológicos que permitan comunicarse con el exterior– no podrán postular a rebaja de condena, libertad condicional, salida al medio libre, durante un año contado desde el hallazgo. Además, se establece que, en caso de reincidencia en esa conducta, perderán la facultad de postular a

⁹⁵ En un sentido similar, el Boletín N° 15.661-07 que “Modifica diversos cuerpos legales, con el objeto de mejorar la persecución penal, con énfasis en materia de reincidencia y en delitos de mayor connotación social”, establecería modificaciones relativas al sistema de penas y a las reglas de determinación de penas. Muchas de las preocupaciones presentadas en el cuerpo pueden ser extendidas a este Boletín.

⁹⁶ Art. 1 N°3, 4, 5 y 6.

tales beneficios, pudiendo además aplicárseles sanciones disciplinarias. La medida en comento podría considerarse poco idónea desde la perspectiva de la reinserción, toda vez que sólo trae como consecuencia la permanencia del sujeto por más tiempo al interior de la cárcel. También es posible apreciar desproporción en la medida, ya que permitiría la imposición de una sanción de carácter penal, asociada a la tenencia de elementos prohibidos, además de sanciones disciplinarias, las que obedecerían al mismo fundamento, lo que podría infringir el principio de non bis in ídem.

Otras medidas son las establecidas en el Art. 1° de la Ley 21.560, que determinan la prohibición de optar a penas sustitutivas respecto de delitos contra la vida y la integridad física de funcionarios de Carabineros de Chile, Policía de Investigaciones, Gendarmería de Chile y FFAA que resguarden el orden público. Al igual que en el caso anterior, sólo se observa como consecuencia de esta medida un mayor tiempo de permanencia del sujeto al interior de la cárcel, sin que exista referencia alguna a políticas de reinserción.

En similar sentido, el Art. 2 de la Ley 21.560 establece mayores requisitos para optar a la libertad condicional cuando se trate de homicidios a miembros de las policías, de Bomberos, de Gendarmería de Chile, de las FFAA en resguardo del orden público. El Boletín N°14090-07, en tanto, determina mayores exigencias para la obtención de la libertad condicional en el homicidio simple.

Finalmente, cabe señalar que el incremento de las sanciones, la prohibición de optar a penas sustitutivas y el aumento de requisitos para optar a la libertad condicional, pueden traducirse, simplemente, en agravar la ya insostenible situación de sobrepoblación carcelaria.⁹⁷ La solución que indica el derecho internacional de los derechos humanos es reducir las penas de cárcel efectiva para delitos menores –inclusive en situación de reincidencia, por ejemplo, por comercio callejero ilegal de productos falsificados– y aplicar medidas efectivas de privación de libertad para delitos graves, en particular, en el contexto del crimen organizado. Esto requiere,

⁹⁷ La Tercera: columna de opinión de Pilar Larroulet y Javier Wilenmann, “Los potenciales efectos devastadores de legislar a ciegas”, 01 de junio de 2023. Los autores simulan los efectos que tendrían las modificaciones propuestas por al menos uno de los proyectos de ley en cuestión, constatando que “Los resultados son demoledores. La población penal habría variado entre 82 mil y alrededor de 50 mil presos. En los hechos, la ley habría aumentado en un 30% la población penal. Y ello lo habría hecho sin afectar mayormente el número de presos por delitos graves, sino que la gran mayoría de la población penal se habría concentrado en delitos menores no violentos, como el hurto”. Por otra parte, respecto a los supuestos beneficios de este tipo de medidas en la disminución de la tasa de delitos, precisan que “ese argumento optimista no se deja fundar en la información empírica. Basta con analizar la extensa discusión dada en Estados Unidos donde se implementaron políticas similares a partir de mediados de los 70”.

tal como lo pretende la prohibición de celulares en los centros de detención, impedir que las cárceles sean o se conviertan en centros de operación del crimen organizado.

3. CONCLUSIONES

A la luz del derecho internacional de los derechos humanos, fue posible identificar algunas falencias estructurales que caracterizan la agenda de seguridad. Se advierte que las principales medidas tienen que ver con la tipificación de nuevas figuras delictivas como el sicariato o la tenencia de chips al interior de recintos penitenciarios; la ampliación de tipos penales como el contrabando; y el aumento de sanciones en caso de homicidio o lesiones respecto de funcionarios policiales y de FFAA, y en el caso de la usurpación. El enfoque en este tipo de medidas es problemático desde una perspectiva de derechos humanos, ya que desde esa óptica se busca que todas las medidas no solo sean proporcionales y necesarias, sino también idóneas para lograr el fin buscado, en este caso, la prevención y persecución de delitos, en particular, del crimen organizado. Por una parte, abordar el complejo fenómeno de la criminalidad simplemente a través de la tipificación de nuevos delitos o de la ampliación de figuras ya existentes, no garantiza ni mejora las capacidades de detección e investigación de las agencias estatales encomendadas a dicha tarea. Por otro lado, el aumento de penas no tendría el efecto de desincentivo que se espera, y de la mano con las fuertes limitaciones para acceder a beneficios respecto a la libertad condicional y penas sustitutivas, estas medidas podrían contrarrestar los esfuerzos de una efectiva reinserción y resocialización de las personas condenadas, además de contribuir a la saturación de la ya preocupante situación carcelaria de nuestro país.

Llama la atención que las políticas que buscarían fortalecer la persecución penal en aquellos delitos de mayor connotación social, no estén en realidad orientadas directamente a mejorar la capacidad investigativa de las policías y el Ministerio Público, pues no hay ninguna medida que busque directamente este objetivo. Esto nos parece preocupante desde el punto de vista de la idoneidad de las medidas, pero también desde la mirada del uso de recursos de parte del Ministerio Público. En efecto, los fiscales se verán limitados en sus posibilidades de dejar de perseguir ciertos casos, lo que no solo aumentaría su carga de trabajo, sino que también impediría enfocar

sus esfuerzos a los casos que más preocupan, casos más graves o investigaciones más complejas.

Ahora bien, nos parece que, al menos del tenor literal de la Ley 21.577 sí existe una mejora en cuanto a las herramientas investigativas en materia de persecución del crimen organizado. Esto se valora positivamente, pero subsisten algunas preocupaciones y, de todas maneras, nos parece que la capacidad investigativa real dependerá ulteriormente de los recursos materiales y humanos disponibles, el financiamiento, la capacitación, las tecnologías empleadas y de la coordinación adecuada entre el Ministerio Público y las policías.

Por otra parte, en las medidas analizadas se aprecia una ausencia de protección a la ciudadanía que pertenece a grupos en situación de vulnerabilidad. Por el contrario, se vislumbran medidas que podrían incrementar esa situación de precariedad, e incentivar el uso de violencia privada para la resolución de determinados conflictos. Así, existiría la posibilidad de actuar en legítima defensa privilegiada respecto de personas que han ocupado un inmueble o predio por necesidad, sin que se observe la creación de una política habitacional que se haga cargo de resolver la situación de fondo que origina las tomas o campamentos.

La agenda también busca mejorar la coordinación entre las instituciones que forman parte del sistema de justicia criminal, en particular, entre el Ministerio Público, Gendarmería y la Comisión de Coordinación del Sistema de Justicia Penal. Asimismo, se busca generar, a través del Ministerio de Seguridad Pública, una nueva institucionalidad que se haga cargo de problemas actuales y nuevos desafíos en materia de seguridad y criminalidad organizada. A pesar de que existen modificaciones que, en rigor, no son necesarias para el desarrollo de investigaciones criminales, lo cierto es que se valoran positivamente las mejoras en materia de coordinación. También son destacables las propuestas de innovación en los sistemas de inteligencia, en la medida que fortalecen la coordinación interinstitucional. Al mismo tiempo, es valorable la creación de algunas instituciones vinculadas a seguridad pública, aunque el análisis crítico y detallado de su posible surgimiento excede las posibilidades y objetivos de este capítulo.⁹⁸

En lo relativo a la protección a funcionarios policiales, se aprecia un avance en torno a agentes reveladores y encubiertos, a pesar de que, por otro lado, se menoscabaría fuertemente el acceso a materiales de la investigación a imputados y sus defensas, cuestión que genera inquietudes desde

⁹⁸ Por ejemplo, hemos evitado referirnos, entre otros, a la creación del Servicio de Acceso a la Justicia y Defensoría de las Víctimas que nos parece una iniciativa problemática, pero cuyos aspectos detallados no es posible analizar en este capítulo.

una perspectiva de derechos humanos. Junto a ello, preocupa que, al alero de una supuesta protección al ejercicio de la función policial, se hayan modificado algunas normas que permiten el uso de la fuerza, incluso letal, que podrían interpretarse de forma laxa, en contra de lo establecido por los estándares internacionales en esta temática.

Para finalizar, sin pretender ser exhaustivos, nos parece que existen diversos vacíos en la agenda de seguridad. Primero, se extraña una revisión de la política de drogas que ofreciera una perspectiva más actualizada, en particular, abordando el tema desde la salud pública. Segundo, si bien se ha avanzado en la coordinación y cooperación institucional, creemos que deben fortalecerse las medidas tendientes a una cooperación internacional más eficaz, especialmente en la detección temprana y persecución del crimen organizado transnacional. Tercero, al no abordar de manera contundente las medidas contra la corrupción de funcionarios policiales, judiciales y de aduanas, se debilita la integridad y credibilidad del sistema de justicia. Por último, debiera avanzarse hacia un enfoque que promueva la participación e involucramiento de la sociedad civil en la agenda de seguridad pública, pues su ausencia limita el fortalecimiento de la confianza en las instituciones y la construcción de una seguridad orientada a las necesidades específicas de cada sector de la comunidad.

RECOMENDACIONES

1. Mejorar las capacidades de investigación sobre las estructuras del crimen organizado, garantizando el financiamiento, la capacitación de los agentes encargados de la investigación y persecución penal, el acceso a tecnologías y a la cooperación internacional.
2. Asegurar la protección eficaz de los actores del sistema de persecución penal involucrados en causas de crimen organizado –en particular, el narcotráfico–, incluyendo testigos, informantes, y quienes colaboran a través de la delación.
3. Promover un enfoque integral en materia de seguridad que vaya más allá de la mera represión del delito mediante tipificación o aumento de penas, abordando las causas subyacentes a la criminalidad.
4. Desarrollar y aplicar políticas públicas en materia de seguridad basadas en datos y evidencia.
5. Promover una cultura de transparencia y rendición de cuentas en las instituciones vinculadas a la seguridad pública y a la justicia

penal, garantizando mecanismos administrativos imparciales y el resguardo eficaz de la evidencia.

6. Garantizar –y no sólo sugerir– la capacitación continua y adecuada de los miembros de las Fuerzas de Orden y Seguridad y de los operadores del sistema de justicia criminal.
7. Establecer instancias que involucren activamente a la sociedad civil y a las comunidades en la formulación, implementación y evaluación de políticas en materia de seguridad, incluyendo las políticas de salud pública, vivienda, educacional y de deporte.

ESTADO DE CHILE Y MIGRACIÓN: DESAFÍOS EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS MIGRANTES¹

Isadora Castro Zumarán²
Ignacio Fuentes Miranda³
Constanza Nazar Ortiz⁴

SÍNTESIS

Este capítulo tiene como objetivo evaluar, bajo estándares de derechos humanos, las medidas implementadas por el gobierno para el control de la migración irregular en la Macrozona Norte, y su posterior registro en el país por medio de los trámites de identificación; la situación de los importantes retrasos en la tramitación de residencias definitivas, y el acceso al derecho a la educación de la población migrante y chilena. Mostrará que hubo avances en materia de expulsión colectiva; al mismo tiempo, el atraso en la implementación de la Política Nacional de Migración no ha permitido aún coordinar las medidas en torno a la migración con otras relacionadas con la seguridad, que deben ser claramente diferenciadas porque persiguen objetivos distintos. Por último, mostraremos que el despliegue de militares en la frontera no resulta *per se* contrario al derecho internacional de los derechos humanos. Sin embargo, al autorizar la participación militar el Estado debe ratificar la clara y explícita subordinación de las FFAA a las autoridades del Ministerio del Interior y a las reglas que la Constitución y

¹ Agradecemos enormemente los aportes, la dedicación y constancia de los y las ayudantes Javiera Acuña, Camila Blanco y Jaime Leyton, que trabajaron para lograr este capítulo.

² Abogada, profesional de apoyo del Área Jurídica de la Fundación Servicio Jesuita a Migrantes de Santiago.

³ Abogado, responsable del Área Jurídica de la Fundación Servicio Jesuita a Migrantes de Arica.

⁴ Abogada, candidata al Magíster en Estudios Avanzados en Derechos Humanos, Universidad Carlos III de Madrid.

las leyes establecen para su operación, asegurándoles, además, la capacitación y el equipamiento necesarios para las labores de resguardo fronterizo.

PALABRAS CLAVES: Participación de militares en zonas fronterizas, reconducción, ingreso por paso no habilitado, residencia definitiva, derecho a la educación.

INTRODUCCIÓN

La llegada de un nuevo Gobierno, tal como se señaló en la edición 2022 de este *Informe*, nos daba indicios de que la gestión sería más acorde al derecho internacional de los derechos humanos⁵ y, por consiguiente, que la situación de migrantes, solicitantes de asilo y refugiados, iba a mejorar. Sin embargo, un año después, el contexto sigue siendo complejo. Por una parte, la crisis migratoria en el norte del país, de seguridad a nivel nacional y el colapso de ciertos servicios básicos continúan siendo un desafío para el Estado. Por otra, la implementación de la nueva Ley de Migraciones, con más de un año de vigencia, y las medidas tomadas bajo el lema de una “migración segura, ordenada y regular”, parecen no ser la solución definitiva, al problema, como pretendemos demostrar en este capítulo.

Al igual que en 2021 y 2022, y a pesar de las medidas tomadas por el Gobierno,⁶ en enero de 2023, territorios del norte de nuestro país volvieron a enfrentar un complejo escenario con cientos de personas intentando ingresar por nuestras fronteras. Según cifras del Servicio Nacional de Migraciones (en adelante, SERMIG), en enero de 2023, 1.992⁷ personas adultas fueron detectadas ingresando por pasos no habilitados. Esta situación ha gatillado la adopción de un conjunto de medidas por parte del Ejecutivo –las cuales serán analizadas en este capítulo– y, además, ha generado una constante tensión con la población chilena, y denuncias,⁸ debido a la reticencia de autoridades locales y habitantes ya instalados ante el ingreso a sus comunas de migrantes en situación irregular. Una serie de sucesos con importante repercusión en los medios de información nacionales, junto con las medidas implementadas por el Estado en esta materia,

⁵ Manifiesto Programático, *Gabriel Boric Presidente, Proceso de Primarias 2021*, pp. 26, 45 y 53. https://www.servel.cl/wp-content/uploads/2021/06/5_PROGRAMA_GABRIEL_BORIC.pdf

⁶ Ver *Informe 2022*, pp. 271- 318.

⁷ Migraciones Chile, *Comisión investigadora Macro Zona Norte*, 6 de marzo de 2023, p. 2. https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmID=271319&prmTipo=DOCUMENTO_COMISION .

⁸ Meganoticias.cl: “Detectan bus que transportaba migrantes irregulares en Estación Central: Provenían de Colchane”, 29 de junio de 2023. <https://www.meganoticias.cl/nacional/418352-migrantes-irregulares-bus-estacion-central-fiscalizado-29-6-2023.html>

constituyen el contexto para el análisis de este capítulo. Así, el 5 de abril de 2023, se produjo una balacera en la comuna de Santiago, durante la cual el carabinero Daniel Palma fue agredido con dos disparos en el rostro, que provocaron su muerte.⁹ A horas de este hecho, el Ministerio Público difundió dos fotografías de los presuntos agresores, informando, junto a otros datos, sobre su nacionalidad. Se consignó que los sospechosos eran venezolanos, y que habían ingresado por paso no habilitado; sin embargo, la investigación estableció que uno de ellos ingresó como turista y que incluso tuvo visación temporaria. En este contexto, surgieron diferentes declaraciones y propuestas de medidas para frenar la crisis de inseguridad, entre ellas la orden de parte del Fiscal Nacional a los fiscales del país de “solicitar la prisión preventiva para todo imputado detenido, sea chileno o extranjero”, “que no cuente con un documento identificatorio chileno que permita acreditar su identidad” o pasaporte en regla de su país de origen,¹⁰ independiente de la gravedad del delito que se le acusa haber cometido y de si califica o no para prisión preventiva según los criterios establecidos. Es decir, cualquier persona extranjera imputada de un delito, que esté en situación irregular en el país, pasará a prisión preventiva.

Días más tarde, la frontera entre Arica y Tacna vivió un nuevo hecho noticioso: cientos de personas, en su mayoría de nacionalidad venezolana, intentaron cruzar hacia Perú, buscando avanzar de regreso hacia su país de origen.¹¹ Por un lado, la gran mayoría de personas en la frontera habían ingresado a Chile por pasos irregulares, por tanto, la policía y autoridades peruanas no permitían su ingreso, por no tener una residencia regular en Chile. Nuestro país, para intentar solucionar el problema, propuso que se creara un corredor humanitario, sin encontrar mayor acogida por parte de los otros Estados.¹² Luego de días de ver a personas dormir a la intemperie sin acceso a derechos básicos, como agua, comida o abrigo, provocando una crisis humanitaria, diferentes reuniones diplomáticas, tanto con los países vecinos como con Nicolás Maduro, presidente de Venezuela, lograron una solución inmediata con la implementación de un vuelo de retorno para los ciudada-

⁹ Emol.cl: “Cómo fue el procedimiento en que asesinaron al cabo Palma: Carabineros llegaron tras una balacera”, 6 de abril de 2023. <https://www.emol.com/noticias/Nacional/2023/04/06/1091541/procedimiento-muerte-cabo-palma.html> .

¹⁰ Oficio No. 298/2023 de la Fiscalía Nacional del Ministerio Público.

¹¹ El País.com: “Crisis migratoria en Chile y Perú: qué está pasando en la frontera entre Arica y Tacna”, 6 de mayo de 2023. <https://elpais.com/chile/2023-05-05/crisis-migratoria-en-chile-y-peru-que-esta-pasando-en-la-frontera-entre-arica-y-tacna.html>.

¹² Swissinfo.ch: “Presidente Congreso chileno propone corredor humanitario para crisis con Perú”, 28 de abril de 2023. https://www.swissinfo.ch/spa/chile-per%C3%BA_presidente-congreso-chileno-propone-corredor-humanitario-para-crisis-con-per%C3%BA/48472018 .

nos venezolanos,¹³ que no estuvo exento de polémicas, principalmente por la aerolínea que propuso el gobierno venezolano para efectuar el traslado.¹⁴

En paralelo a las situaciones antes descritas, se producían otros acontecimientos noticiosos, como las alertas de autoridades de la macrozona norte del país por el colapso de las matrículas para niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNA) en los colegios de sus comunas,¹⁵ debido al aumento de solicitudes por parte de NNA extranjeros y chilenos.¹⁶

Ante este escenario migratorio complejo, se han presentado diversos proyectos de ley que buscan regular la migración de personas.¹⁷ Algunos de ellos representan, desde nuestra perspectiva, un retroceso en materia de derechos humanos, como el que vuelve a criminalizar la migración irregular,¹⁸ cuestión que había sido superada con la Ley 21.325, donde el ingreso clandestino sólo es visto como una falta administrativa y no como un delito.

Sumado a lo anterior, se observa que la migración regular no está tampoco exenta de dificultades, al haber una acumulación de solicitudes de residencias definitivas por resolver,¹⁹ cuestión que ha derivado en tiempos de espera importantes y obstáculos en el acceso a derechos de las personas migrantes.²⁰

El presidente Gabriel Boric ha tomado diferentes medidas, bajo el lema de “asegurar una migración regular, segura y ordenada”;²¹ similar consigna a la usada por el anterior presidente, Sebastián Piñera, precisamente en el

¹³ *Ibíd.*

¹⁴ El Mostrador.cl: “Canciller confirma repatriación de venezolanos varados en la frontera con Perú en aerolínea privada”, 4 de mayo de 2023. <https://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2023/05/04/canciller-confirma-repatriacion-de-venezolanos-varados-en-la-frontera-con-peru-en-aerolinea-privada/>

¹⁵ La Tercera.com: “Macrozona Norte: dos diputados alertan sobre colapso de matrículas escolares por crisis migratoria”, 2 de noviembre de 2022. <https://www.latercera.com/politica/noticia/macrozona-norte-diputados-alertan-sobre-colapso-de-matriculas-escolares-por-crisis-migratoria/SISR65OV5REWDFJFQ25F5WFXLY/>

¹⁶ Solicitud de acceso a la información No. AJ001T0010242, realizada al Ministerio de Educación.

¹⁷ Proyecto de Ley, Boletín 15270-06, Modifica la ley N°20.931, para ampliar las facultades de control policial para efectos de aplicar las medidas establecidas en la ley N°21.325, de migración y extranjería, 10 de agosto del 2022.

¹⁸ Proyecto de Ley, Boletín 15261-25, Modifica la ley N°21.325, de migración y extranjería, para tipificar el delito de ingreso clandestino al territorio nacional, 9 de agosto del 2022.

¹⁹ SERMIG, Estadísticas generales registro administrativo, tabla 11, p. 29.

²⁰ Biobiochile.cl: “Mis derechos no fueron respetados: la ‘letra muerta’ que complica a los migrantes en regla de Chile”, 21 de mayo de 2023. <https://www.biobiochile.cl/especial/bbcl-investiga/noticias/reportajes/2023/05/21/mis-derechos-no-fueron-respetados-la-letra-muerta-que-complica-a-los-migrantes-en-regla-de-chile.shtml>

²¹ Prensa.presidencia.cl: “Presidente de la República Gabriel Boric Font sostiene reunión con alcalde de Colchane y organizaciones de la sociedad civil”, 15 de marzo de 2023. <https://prensa.presidencia.cl/fotonoticia.aspx?id=210819>

lanzamiento de la nueva Ley de Migraciones. Dicha ley pretendía evitar y contener la migración irregular, como lo señaló el exmandatario: “[e]l principal objetivo de esta nueva Ley de Migraciones es poner orden en nuestra casa a través de una política de migraciones ordenada, segura y regular, que permita la migración legal y combata la inmigración ilegal.”²²

Considerando el contexto señalado de acontecimientos noticiosos ligados a la migración y los proyectos de ley y medidas para regularla, en el presente capítulo nos hacemos las siguientes preguntas, que trataremos de responder durante su desarrollo: ¿son idóneas y proporcionales las medidas tomadas para evitar el aumento de la migración irregular?, ¿cuáles son las medidas que el Estado debiera haber tomado para garantizar el acceso al derecho a la educación de NNA extranjeros y chilenos, frente al aumento de solicitudes de matrículas?, ¿el Estado es eficiente en la tramitación de la residencia definitiva de migrantes en situación migratoria regular? Revisaremos, entonces, si las medidas tomadas por este Gobierno para contener el ingreso por pasos no habilitados, así como también el registro de personas que lograron ingresar, cumplen con los estándares de derechos humanos, y si han resultado o no eficientes para hacer realidad el lema de tener “una migración ordenada, segura y regular”. Asimismo, analizaremos si existe o no un colapso en las matrículas de los NNA en las comunas con más población migrante, y si el Estado ha tomado medidas al respecto para garantizar el acceso al derecho de la educación. Por último, y no menos importante, abordaremos lo que ha pasado con quienes entraron de manera regular al país y que se han mantenido en dicha regularidad, traducida en visas que los habilitan para solicitar la residencia definitiva, preguntándonos si existe un proceso que garantice el acceso a sus derechos en el país, y si estamos –o no– frente a una tramitación eficiente que asegure una migración ordenada a esas personas.

1. GOBERNANZA DE FRONTERA: ESTÁNDARES DE DERECHOS HUMANOS

El sistema universal e interamericano de protección de los derechos humanos consagra el derecho a la libre circulación, entendido como aquel que posee toda persona a salir libremente de cualquier país. De esta forma lo estipula la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante, DUDH) en su artículo 13 N°2 al señalar que “toda persona tiene derecho

²² Prensa.presidencia.cl: “Presidente Piñera promulga ley para prevenir el ingreso irregular de extranjeros y promover la migración ordenada y legal: ‘Estamos poniendo orden en nuestra casa’”, 11 de abril de 2021. <https://prensa.presidencia.cl/comunicado.aspx?id=173777> .

a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país”, y la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH) en su artículo 22 N°2, al disponer que “toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio”. Sin embargo, el ejercicio de este derecho entra en colisión con la potestad soberana que tienen los Estados de decidir quién entra y quién no a sus territorios, pudiendo establecer mecanismos de control para ingresar a los países, y de esa forma proteger sus fronteras.

Adelantaremos desde ya, que aquella potestad soberana de los Estados no es ilimitada y debe respetar los derechos humanos y la dignidad de las personas migrantes. En lo relativo al ejercicio de fijar políticas públicas en materia de movilidad humana, “los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingreso a su territorio y salida de él con respecto a personas que no sean nacionales suyas, siempre que dichas políticas sean compatibles con las normas de protección de los derechos humanos establecidas en la Convención Americana. En efecto, si bien los Estados guardan un ámbito de discrecionalidad al determinar sus políticas migratorias, los objetivos perseguidos por las mismas deben respetar los derechos humanos de las personas migrantes”²³ y solicitantes de asilo.²⁴

Por tanto, estas políticas migratorias adoptadas por los Estados deben respetar y garantizar el cumplimiento de los derechos humanos de la población en movilidad humana y “las distinciones que establezcan deben ser objetivas, proporcionales y razonables”.²⁵

Según el Comité de Trabajadores Migrantes –órgano que dentro de sus funciones tiene la interpretación de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares–, los Estados partes deben buscar una armonía entre la facultad soberana “para controlar sus fronteras y regular la entrada y la permanencia de los trabajadores migratorios y sus familiares, por una parte, y, por otra,

²³ Corte IDH, *Vélez Loor contra Panamá*, 23 de noviembre de 2010, párr. 97.

²⁴ Convención sobre el Estatuto de los Refugiados del año 1951, ratificada por el Estado de Chile.

²⁵ En este sentido, la sentencia de la Corte IDH *Vélez Loor contra Panamá*, del 23 de noviembre de 2010, señala en el párrafo 248 que: “Este Tribunal ya ha considerado que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, ha ingresado, en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, en el dominio del *jus cogens*. En consecuencia, los Estados no pueden discriminar o tolerar situaciones discriminatorias en perjuicio de los migrantes. Sin embargo, el Estado puede otorgar un trato distinto a los migrantes documentados con respecto de los migrantes indocumentados, o entre migrantes y nacionales, siempre y cuando este trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional, y no lesione los derechos humanos. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio, combatir las prácticas de este carácter y establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas”.

la protección de [sus] derechos (...) incluidos los que se encuentran en situación irregular”.²⁶

No existe en el sistema universal e interamericano de protección de los derechos humanos un derecho como tal a ingresar por paso no habilitado y los Estados pueden establecer mecanismos para controlar sus fronteras. No obstante, los Estados deben garantizar el respeto a los derechos humanos y la dignidad humana de las personas migrantes, y su derecho a solicitar asilo, lo cual debe estar presente a lo largo de todo el proceso migratorio.²⁷

Por lo mismo, debemos enfatizar dos cuestiones sumamente relevantes. En primer lugar, el proyecto migratorio de la población en movilidad humana desde el país de origen al de destino, se desarrolla en un contexto de peligrosidad, donde la vida e integridad se encuentran constantemente amenazadas por el crimen organizado, redes de trata y tráfico, devoluciones o detenciones arbitrarias en frontera y más, que impiden el efectivo goce de los derechos humanos del migrante.²⁸ En segundo lugar, las zonas fronterizas no son una excepción para que los Estados incumplan con sus obligaciones en materia de derechos humanos, sino más bien debieran asumir “una función aún mayor de cuidar a los migrantes que se encuentran en una situación de vulnerabilidad en sus fronteras, y que necesitarán intervenciones específicas para su protección”.²⁹

Sin perjuicio de que los Estados deben cumplir con estas obligaciones internacionales, tal como ha señalado el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos de los migrantes, Felipe González Morales, en el último tiempo los Estados han implementado nuevas “tácticas deshumanizadoras de gobernanza en frontera”.³⁰ En este sentido, legislar en base a la seguridad nacional –desplegando fuerzas militares en zonas fronterizas así como ejecutar “devoluciones en caliente”,³¹ ambas medidas implementadas en el último tiempo por el Estado chileno–, puede producir, en

²⁶ Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, Observación General N°2, 2013, párr. 13.

²⁷ ONU, *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes*, Sr. Jorge Bustamante, A/HRC/17/33, párr. 11.

²⁸ Consejo de Derechos Humanos, *Informe sobre el compendio de principios, buenas prácticas y políticas sobre una migración segura, ordenada y regular de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos*, A/HRC/36/42, 5 de octubre de 2017, párr. 19.

²⁹ *Ibid.*, párr. 18.

³⁰ Naciones Unidas, *Violaciones de los derechos humanos en las fronteras internacionales: tendencias, prevención y rendición de cuentas*, *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes*, Felipe González Morales, A/HRC/50/31, 26 de abril de 2022, párr. 24.

³¹ Naciones Unidas, *Informe sobre las formas de hacer frente a los efectos en los derechos humanos de las devoluciones en caliente de migrantes en tierra y en el mar*, *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes*, Felipe González Morales, A/HRC/47/30, 12 de mayo de 2021, párrafo 34.

determinadas circunstancias, vulneraciones a los derechos humanos de las personas migrantes.

En lo que respecta a la presencia militar en frontera, la CIDH ha manifestado su preocupación, pues “podrían resultar contrarias a las obligaciones de los Estados relacionadas con la protección y garantía de los derechos humanos de las personas en movilidad humana y son contrarias a los estándares y principios interamericanos”.³² Además, la CIDH puntualiza que el perfil de formación de los militares no es ad hoc para el control de la migración, al no contar sus efectivos con “la capacidad para responder adecuadamente a las personas con necesidades de protección internacional”,³³ a menos que reciban una capacitación particular para ejercer esas funciones. En términos de eficacia, en tanto, el despliegue de militares en la zona fronteriza –junto con las medidas de desarrollo económico, inversión social y seguridad ciudadana, implementadas por el Gobierno–, parece haber tenido algún efecto; la reducción de ingreso por paso no habilitado fue de un 56% entre enero y abril del 2023, comparado con el mismo trimestre del año anterior.³⁴ Ahora, si bien la eficacia de una medida es necesaria para establecer su idoneidad según los estándares internacionales, no es suficiente, dado que las medidas deben ejecutarse de tal manera que los derechos humanos de las personas sean limitados en la menor forma posible.

Por otra parte, las devoluciones “en caliente” como la reconducción inmediata son utilizadas por los Estados para obligar a las personas migrantes a retornar a los países por donde ingresaron (en ocasiones en coordinación con estos), no existiendo evaluación individual alguna sobre las necesidades de protección de los derechos humanos de las y los retornados.³⁵

Tal como se abordó en el *Informe 2022*, en Chile encontramos ciertos “incentivos perversos”, a saber, las expulsiones masivas y la construcción de una zanja que, argumentamos, fomentaron la migración irregular en vez de reducirla. Durante el periodo analizado en este capítulo, no hemos tomado conocimiento de nuevas expulsiones masivas ni de construcción o ampliación de zanjas, lo que es una noticia positiva en materia de cumplimiento con las obligaciones internacionales mínimas del Estado y es una posición que debiera mantenerse en el tiempo. Sin embargo, aún existen casos de expulsiones individuales a pesar de existir lazos familiares con

³² OEA: “La CIDH llama a los Estados de la región a adoptar políticas migratorias y de gestión de fronteras que incorporen un enfoque de derechos humanos”, 01 de abril de 2021.

³³ *Ibid.*

³⁴ Ministerio del Interior y de Seguridad Pública, Cuenta Pública Participativa 2023, disponible en <https://www.interior.gob.cl/media/2023/05/presentaci%C3%B3n-cuenta-publica.pdf>.

³⁵ Naciones Unidas, *Informe sobre las formas de hacer frente a los efectos en los derechos humanos de las devoluciones en caliente de migrantes en tierra y en el mar*, op. cit., párr. 34.

personas que tienen la nacionalidad chilena, en particular, hijos o hijas nacidos en territorio nacional.

Muchas veces, las medidas adoptadas son consecuencia de políticas públicas deficientes en materia migratoria y de seguridad pública que no logran enfrentar, a pesar de invocar este fin, al crimen organizado que se inmiscuye en los flujos migratorios masivos. Se ha observado que las herramientas para el control y la mitigación de los flujos migratorios –como la reconducción inmediata o la presencia de militares en frontera– redujeron –sin que podamos establecer la causalidad de esta reducción– la cantidad de personas que fueron sorprendidas ingresando por pasos no-habilitados en un 56%. Esta cifra del Ministerio del Interior solo abarca las personas detectadas en flagrancia,³⁶ lo que no nos permite saber cuántas personas han ingresado sin ser descubiertas. En general, como observó el Consejo de Derechos Humanos de la ONU 2017, “las “medidas cada vez más restrictivas que se aplican a la migración y la gobernanza de las fronteras, sumadas a la falta de canales accesibles para una migración segura y regular pueden crear condiciones o actuar como un incentivo para que los migrantes adopten rutas más peligrosas y recurran a traficantes de personas para que los ayuden con el viaje, la vivienda, el empleo y otros asuntos.”³⁷ No hay datos, a la fecha, para saber con certeza si este fenómeno señalado por la ONU se da a causa del despliegue de militares en la frontera norte. Analizaremos, a continuación, la reconducción inmediata y la aplicación de la Ley de infraestructura crítica, así como la autodenuncia como vía para regularizar, eventualmente, el estatus migratorio.

1.1. Medidas para controlar el ingreso irregular en frontera y registrar a quienes están en situación irregular

A lo largo de los últimos años, el Estado chileno ha ido paulatinamente implementando ciertas medidas desde un enfoque de seguridad nacional para controlar los flujos migratorios. Estas medidas, como veremos a continuación, son en parte contrarias a los estándares ya enunciados previamente, y sin mayores resguardos arriesgan atentar, en la práctica, contra el respeto de los derechos humanos y la dignidad humana de las personas migrantes que intentan ingresar por paso no habilitado.

³⁶ Ministerio del Interior, Política Nacional de Migración. Resumen Ejecutivo, 6 de julio de 2023, p. 4.

³⁷ Consejo de Derechos Humanos, *Informe solicitado al Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre el compendio de principios, buenas prácticas y políticas sobre una migración segura, ordenada y regular de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos*, Al HRC/36/42, 5 de octubre de 2017, párr. 24.

1.1.1. “Devoluciones en caliente”: la reconducción inmediata como medida ineficaz para controlar la migración irregular en frontera

La reconducción inmediata, consagrada en la Ley 21.325, ya lleva más de un año desde su implementación, y en este tiempo hemos sido testigos de diversos problemas en su ejecución. Algunos ya fueron identificados en el *Informe 2022*, donde se detalló en profundidad en qué consiste esta medida y cómo ha implicado incumplimiento de diversas obligaciones internacionales en materia de derechos humanos vigentes para el Estado de Chile, en relación a la población migrante. Esta medida se ha seguido aplicando a gran escala y sin la coordinación adecuada con Perú y Bolivia, lo que ha provocado ciertos roces bilaterales con esos países.

Según cifras obtenidas por Ley de Transparencia, en la Región de Arica y Parinacota, entre febrero de 2022 y junio de 2023, se materializaron 3.161 reconducciones, mientras que en la Región de Tarapacá esa cifra fue de 3.714, con concentraciones en los meses de verano. A partir de las cifras entregadas, no se puede excluir de manera cierta que una persona haya sido reconducida más de una vez. Sin embargo, no nos constan casos concretos de que esto haya ocurrido.

Tabla 1: Total de reconducciones materializadas entre febrero 2022 y junio 2023 en la Región de Arica y Parinacota.

Mes y año	Cantidad región Arica y Parinacota	Cantidad región Tarapacá
Febrero 2022	362	290
Marzo 2022	130	145
Abril 2022	49	114
Mayo 2022	36	13
Junio 2022	10	Sin datos
Julio 2022	17	1
Agosto 2022	82	14
Septiembre 2022	70	28
Octubre 2022	16	141
Noviembre 2022	82	199
Diciembre 2022	869	392

Mes y año	Cantidad región Arica y Parinacota	Cantidad región Tarapacá
Enero 2023	705	784
Febrero 2023	264	434
Marzo 2023	248	606
Abril 2023	95	265
Mayo 2023	21	103
Junio 2023	105	185

Fuentes: Solicitudes de acceso a la información realizadas a la Policía de Investigaciones de Chile el 17 de abril de 2023 y el 22 de junio de 2023, bajo los códigos de ingreso AD010T0020585, AD010T0020586 y AD010T0021364, respondidas las dos primeras el 23 de mayo de 2023, y la última el 25 de julio de 2023.

Efectivamente, hay un aumento en las reconducciones materializadas si comparamos los primeros meses de 2022 y 2023 y esto podría llevar a pensar que, por ello, la medida se hizo más eficaz. Sin embargo, la reconducción no significa necesariamente que luego de la entrega del acta de reconducción, la persona no vuelva a intentar ingresar el mismo día –o posteriormente– por un paso no habilitado. No existe claridad respecto al grado de cumplimiento del objetivo de la medida, a saber, mitigar el ingreso irregular e incentivar la solicitud de visas desde fuera del país. Al igual que en 2022,³⁸ diferentes autoridades señalan que la medida no cumple con su objetivo de reconducir a sus países de origen a las personas que tratan de ingresar por un paso no habilitado. En este sentido, el actual gobernador de la región de Arica y Parinacota expresó a fines de marzo del presente año: “Hemos visto en todo este tiempo, desde que se promulgó la nueva Ley de Migración y Extranjería, que la reconducción es una figura que no ha servido para nada. En el caso de Bolivia, la reconducción es inexistente. Con Perú es irregular, porque una vez que ingresa esa persona al país, se le lleva a un recinto policial, se le hacen los trámites de reconducción y cuando se le reconduce, no [vuelven a ingresar] por un paso fronterizo habilitado, lo vuelven a hacer por un paso no habilitado”.³⁹ No podemos decir si la medida es más o menos eficaz en

³⁸ Radio Cooperativa: “Alcalde de Colchane critica ‘reconducción’ de migrantes: ‘al día siguiente están todos en territorio chileno’”, 15 de febrero de 2022. <https://cooperativa.cl/noticias/pais/region-de-tarapaca/alcalde-de-colchane-critica-reconduccion-de-migrantes-al-dia/2022-02-15/132811.html>

³⁹ La Tercera: “Jorge Díaz (DC), Gobernador de Arica y Parinacota: ‘La reconducción ha sido una de las políticas públicas más fracasadas y ahí es donde la Cancillería está al debe’”, 28 de marzo de 2023. <https://www.latercera.com/nacional/noticia/jorge-diaz-dc-gobernador-de-arica-y-parinacota-la-reconduccion-ha-sido-una-de-las-politicas-publicas-mas-fracasadas-y-ahi-es-donde-cancilleria-esta-al-debe/HUQHQBQX5ZAGXCSWPBWGAIKMUU/>

razón del número de reconducciones dictadas, porque, tal como señala el gobernador, las y los migrantes buscarían otros caminos para reingresar al territorio nacional. Dicho eso, no hemos encontrado indicaciones de que una misma persona haya sido aprehendida en dos o más oportunidades, lo que podría hablar tanto de la eficacia de la medida, como del ingreso irregular por áreas no controladas.

Ahora bien, y tal como explicó la autoridad regional, el conducto regular para la reconducción es que, una vez que se tenga conocimiento por parte de las policías y/o militares de que alguien está tratando de ingresar por un paso no habilitado, se le lleve al recinto policial ubicado en el paso fronterizo respectivo para notificarle del acta de reconducción y posteriormente sea reconducida. Sin embargo, y tal como pudimos averiguar en las entrevistas realizadas para este capítulo,⁴⁰ es común que las fuerzas policiales y militares no sigan el conducto legal antes descrito. Así, según una persona entrevistada, es “muy frecuente” (especialmente de noche) que tanto policías como militares en los espacios físicos de frontera, al sorprender a personas ya en territorio nacional, las disuadan a viva voz, expresándoles que deben devolverse por donde ingresaron. Esta práctica es ilegal al incumplir con el procedimiento establecido en la Ley 21.325: al no ser notificada a la persona el acta de reconducción, quien sea reconducido no puede ejercer, posteriormente, su derecho a apelar dicha decisión ante un consulado chileno en el extranjero, como indican las garantías de un debido proceso. Asimismo, con este ejercicio de disuasión informal no se da la oportunidad a la persona que intenta ingresar a nuestro país, de que explique si tiene necesidades de protección internacional, y tampoco es posible fiscalizar el actuar estatal. En nuestra opinión, esta disuasión es además compleja porque si hay niños, niñas y adolescentes entre las personas disuadidas a viva voz, se transgrede la legislación nacional en materia migratoria, donde se consagra que NNA no están sujetos a las sanciones que contempla la ley, como es el caso de la reconducción.⁴¹

Esta práctica conlleva, además, otras dificultades que se dan en el momento de la disuasión, y que afectan a quienes tratan de ingresar al país, por ejemplo, tener que caminar tramos extensos en busca de otras rutas de ingreso a Chile; mayor exposición al sol o el frío; falta de indumentaria y alimentos para recorrer largos trayectos en el desierto; climas extremos

⁴⁰ Entrevista con funcionaria/o del INDH Arica, 28 de julio de 2023.

⁴¹ Los niños, niñas y adolescentes no están sujetos a sanciones migratorias como la reconducción inmediata, en virtud del artículo 4 de la Ley 21.325 de Migración y Extranjería. Por esta razón, padres y madres con sus hijos e hijas deberían poder ingresar al territorio nacional por un paso no habilitado, sin ser reconducidos.

(especialmente en altura); condiciones geográficas adversas e inhóspitas, como la altitud en muchos territorios de frontera; aumento del riesgo a ser víctimas de las redes de tráfico y bandas criminales que operan en zonas fronterizas, en particular, desde la plaza de la ciudad de Tacna,⁴² entre otras amenazas. Esto resulta en especial preocupante si se considera que cada vez migran más familias con niños, niñas y adolescentes, según indica la información proporcionada al respecto por el Servicio Jesuita a Migrantes.⁴³

Tal como manifestaron nuestros entrevistados para este capítulo,⁴⁴ la vulnerabilidad de los migrantes continúa, si es que logran ingresar por alguna vía irregular, al territorio nacional. Por ejemplo, existe toda una oferta de automóviles que prestan servicios de transporte a pocos metros del estacionamiento del complejo fronterizo de Chacalluta hacia el terminal de buses en la ciudad de Arica, cobrando precios exorbitantes. Así, no solo el crimen organizado se beneficia económicamente de la necesidad de desplazamiento irregular, sino personas particulares que aprovechan también de lucrar con las necesidades del migrante. Se estructura, de este modo, un verdadero negociado en torno al ciclo migratorio.

Por último, es necesario señalar que no existen acuerdos bilaterales de los cuales emanen obligaciones internacionales para los Estados de los países fronterizos, en especial Perú y Bolivia, que los inste a recibir a quienes sean sorprendidos tratando de ingresar a Chile desde sus territorios y sean reconducidos a ellos. En el caso de Bolivia, el alcalde de Colchane lo sintetiza de esta manera: “Hoy día, el migrante irregular que ingresa sin identificación a Chile de todas maneras ingresa al país porque no hay posibilidad de devolverlos hacia Bolivia.”⁴⁵ Recordemos que Chile, actualmente, no tiene relación diplomática alguna con Bolivia para materializar las reconducciones, salvo que se trate de personas bolivianas que sean sorprendidas tratando de ingresar al territorio nacional.⁴⁶ Respecto a la situación con

⁴² Entrevista con funcionaria/o del SJM Arica, 27 de junio, y con funcionaria/o del INDH Arica, 28 de julio de 2023.

⁴³ SJM, *Migración en Chile: aprendizajes y desafíos para los próximos años. Balance de la movilidad humana en Chile 2018-2022*, 2022, p. 72.

⁴⁴ Entrevista con funcionaria/o del INDH Arica, 28 de julio de 2023.

⁴⁵ Emol.com: “Alcalde de Colchane por despliegue militar en la frontera: ‘No va a solucionar el problema del ingreso irregular de migrantes’”, 27 de febrero de 2023. <https://www.emol.com/noticias/Nacional/2023/02/27/1087910/alcalde-de-colchane-despliegue-militar.html>.

⁴⁶ El Mostrador.cl: “Ministra Tohá y discrepancia de Bolivia por reconducción de migrantes: ‘Esto se resuelve con acuerdos bilaterales’”, 16 de marzo de 2023. <https://www.elmostrador.cl/destacado/2023/03/16/ministra-toha-y-discrepancia-de-bolivia-por-reconduccion-de-migrantes-es-to-se-resuelve-con-acuerdos-bilaterales/>.

Perú, ese país, al día de hoy, acepta las reconducciones que ejecuta Chile, independiente de la nacionalidad de la persona reconducida.

Sobre esta disímil respuesta de ambos países, la ministra del Interior, Carolina Tohá, explicó: “Nosotros no tenemos relación diplomática plena con Bolivia, como sí la tenemos con Perú, por lo tanto, con Perú hemos avanzado más rápido en tener acuerdos que significan que si personas pasan la frontera por un paso no habilitado sin cumplir los requisitos, se les devuelve y reingresan al territorio peruano”.⁴⁷ Sin embargo, se dio una compleja situación, en abril de 2023, cuando la presidenta peruana Dina Boluarte, ante la crisis migratoria decretó estado de emergencia en ciertos distritos fronterizos desplegando militares en diversas ciudades, entre ellas Tacna.⁴⁸ Esta medida se tradujo en que cientos de personas –en su mayoría venezolanas– que deseaban retornar a sus países de origen quedaron varadas en suelo chileno sin poder ingresar a Perú.⁴⁹ Esto provocó una crisis humanitaria en plena frontera que significó el regreso de nacionales venezolanos a su país a través de un vuelo de repatriación.⁵⁰

En suma, al día de hoy, la reconducción hacia ambas naciones vecinas, es –en el caso de Bolivia–, o parece –en el de Perú–, ineficaz como herramienta de control de la migración irregular, demostrando que los flujos migratorios requieren de una respuesta conjunta entre los países involucrados, resguardando, por supuesto, el respeto a los derechos humanos de las personas migrantes. Creemos que acuerdos de cooperación, inexistentes en la actualidad, serían la pieza clave para el éxito de la reconducción. Por ahora, como herramienta de control del ingreso irregular, parece tener un resultado muy incierto, en la medida que Perú y Bolivia no tienen obligación internacional de recibir a la persona reconducida.⁵¹

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ Presidencia de la República del Perú, Decreto Supremo N° 055-2023-PCM.

⁴⁹ BBC.com: “Lo que quiero es irme a Venezuela, pero no me dejan: el drama de los migrantes varados en la frontera entre Chile y Perú”, 28 de abril de 2023. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-65416045> .

⁵⁰ BBC.com: “115 migrantes venezolanos regresaron a su país en un vuelo desde Chile en medio de la crisis migratoria en la frontera con Perú”, 08 de mayo de 2023. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-65487552>

⁵¹ El Mostrador.cl: “Bolivia responde a Presidente Boric y dice que no están obligados a hacer ‘reconducciones’ de migrantes: ‘Es normativa chilena’”, 16 de marzo de 2023. <https://www.elmostrador.cl/dia/2023/03/16/bolivia-responde-a-presidente-boric-y-dice-que-no-estan-obligados-a-hacer-reconducciones-de-migrantes-es-normativa-chilena/> .

1.1.2. Participación de militares en frontera: ley de infraestructura crítica

Nuestro país dio inicio a la participación de militares en frontera, el 27 de febrero de 2023, luego de que una modificación constitucional⁵² estableciera que podrán, mediante decreto emitido por el presidente de la República,⁵³ hacerse cargo de la protección de la infraestructura crítica del país cuando exista peligro grave o inminente, facultad que incluye el resguardo de las zonas fronterizas.

Esta medida tiene como base dos supuestos: En primer lugar, el “aumento de los flujos migratorios hacia Chile, lo que ha incidido en la llegada masiva de población a través de pasos no habilitados, cuestión que se ve potenciada por la extensión territorial y las características geográficas de las fronteras de nuestro país”.⁵⁴ Y, en segundo lugar, más desde una perspectiva de seguridad nacional, el aumento de los “índices de criminalidad en estas áreas, lo que ha afectado la calidad de vida de sus habitantes.”⁵⁵ A partir del decreto señalado, los militares pueden realizar tareas policiales en el área fronteriza. Así, dentro de sus funciones, las Fuerzas Armadas podrán: i) controlar la identidad de quienes se encuentren en las áreas de zonas fronterizas, además de registrar sus vestimentas, equipaje o vehículo, en los términos del artículo 85 y 86 del Código Procesal Penal;⁵⁶ ii) practicar detenciones en caso de flagrancia (artículo 129 y 130 Código Procesal Penal);⁵⁷ iii) colaborar con la Policía de Investigaciones en el control del ingreso y egreso de personas extranjeras del territorio nacional, además de fiscalizar la legalidad de sus estadías en el país;⁵⁸ y por último, iv) poner a disposición de la PDI a quienes se sorprenda ingresando o egresando de Chile por paso no habilitado.⁵⁹ Al mismo tiempo, tanto el cambio constitucional como el decreto reiteran el deber de respetar los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y todos los tratados de derechos humanos ratificados por Chile (para un resumen de estándares al respecto, ver capítulo “Medidas estatales en materia de Seguridad” de este *Informe 2023*). Asimismo, el DFL reitera los principios del uso de la fuerza, necesidad estricta, gradualidad,

⁵² Artículo 32 N°21 CPR en virtud de la ley 21.542 que Modifica la Carta Fundamental con el objeto de permitir la protección de infraestructura crítica por parte de las Fuerzas Armadas, en caso de peligro grave o inminente, publicada 3 de febrero de 2023.

⁵³ Ministerio del Interior y Seguridad Pública, DFL 1 para el resguardo de las áreas de zonas fronterizas, 20 de febrero de 2023.

⁵⁴ Considerando 6, Decreto 78.

⁵⁵ Considerando 7, Decreto 78.

⁵⁶ DFL 1, artículo 4.

⁵⁷ DFL 1, artículo 5.

⁵⁸ DFL 1, artículo 6.

⁵⁹ DFL 1, artículo 7 y disposición quincuagésima tercera transitoria CPR.

proporcionalidad y el deber de asistir a las personas eventualmente heridas. Exige explícitamente proteger a niños niñas y adolescentes de especial forma y evitar usar la fuerza en su presencia.

Al igual que en 2020 cuando militares fueron desplegados en el contexto de la pandemia de Covid-19,⁶⁰ varias organizaciones de la sociedad civil en Chile y el extranjero se han manifestado en contra de la participación de militares en la frontera y planteado su preocupación al respecto.⁶¹ Ahora, según una Cuenta Pública del Ministerio del Interior, las denuncias de extranjeros infractores bajaron en un 26%, comparando el primer semestre del 2023 con el mismo periodo del año anterior.⁶²

Mientras que, en principio, el apoyo a tareas policiales por parte de militares no es *per se* contrario al derecho internacional de los derechos humanos, recurrir a personal militarizado requiere de una serie de garantías para que la medida esté en conformidad con las obligaciones que Chile ha contraído. Así, el análisis de estas normas debe hacerse en tres niveles: primero, en relación a su contenido específico; segundo, en el contexto de la rendición de cuentas, fiscalización interna y acceso a la justicia dispuesto para el actuar de las fuerzas policiales y en particular, militares; y tercero, en relación con la aplicación de la norma en terreno. Estando los primeros dos puntos abordados en la Introducción de este *Informe*, solamente agregaremos algunos aspectos específicos y analizaremos el tercero, con los datos que pudimos recabar a través de entrevistas. Solicitamos a Carabineros, PDI y al Ejército los datos sobre denuncias por malos tratos en la frontera y recibimos el registro de casos que revisten carácter de delito. Así, el Ejército reportó no haber recibido denuncias y Carabineros reportó, entre el 1 de agosto de 2022 y el 31 de julio de 2023, tres casos por “apremios ilegítimos” y “abusos contra particulares”.⁶³ En tanto, no recibimos datos por parte de la PDI. Aunque la situación de irregularidad en la que se encuentran las personas migrantes probablemente actúe como desincentivo

⁶⁰ Diario Uchile: “Organizaciones sociales rechazan accionar del gobierno en las fronteras y restricción de vacunas Covid a inmigrantes irregulares”, 12 de febrero de 2021. <https://radio.uchile.cl/2021/02/12/organizaciones-sociales-rechazan-accionar-del-gobierno-en-las-fronteras-y-restriccion-de-vacunas-covid-a-inmigrantes-irregulares/>

⁶¹ Observatorio Ciudadano: “El avance de políticas migratorias regresivas en el continente: falta de canales de regularización accesibles, militarización de fronteras y control de la migración”, 6 de junio de 2023. <https://observatorio.cl/el-avance-de-politicas-migratorias-regresivas-en-el-continente-falta-de-canales-deregularizacion-accesibles-militarizacion-de-fronteras-y-control-de-la-migracion/>.

⁶² Ministerio Interior, Cuenta Pública, p. 40.

⁶³ Solicitud de acceso a la información a Carabineros de Chile AD009W 0068533 del 29 de agosto de 2023, respondida 27 de septiembre de 2023. Solicitud de acceso a la información a PDI AD010T0021995, y al Ejército AD006T0011434, del 29 de agosto de 2023, respondida 11 de octubre de 2023. Sin respuesta en la fecha de cierre de edición.

de denunciar, no detectamos un problema sistémico cruzando los datos de las ONGs y de los organismos públicos. Sin embargo, preocupa no haber recibido los datos de la PDI ni del Ministerio de Defensa, en particular, porque el derecho internacional de los derechos humanos requiere poner estos datos a disposición de la ciudadanía, en virtud del derecho de acceso a la información pública consagrado en el art. 13 CADH.

En relación al contenido de la norma, solo puede consistir en una medida específica y limitada y, en ningún sentido, constituir o reemplazar a una política migratoria. En este contexto se extraña, en particular, la adopción de esa política que estaba comprometida para marzo del 2023, que fue dada a conocer en una versión ejecutiva en julio del 2023⁶⁴ y, al cerrar este capítulo, está en el proceso de toma de razón de Contraloría. Por ahora representa solo una respuesta muy parcial ante el aumento de ingresos irregulares, fenómeno que responde, en gran parte, a la falta de mecanismos de regularización y a las barreras para obtener permisos de residencia en el país, invisibilizando a quienes requieren de una respuesta humanitaria. La medida no se hace cargo de dos preguntas claves: porqué se produce la migración irregular y cuáles son los contextos de crisis que viven las personas en sus respectivos países. El ACNUDH indica, sin detallar la evidencia empírica sobre la cual se basa la observación, que las personas con la necesidad o el deseo de migrar van a buscar otras rutas más lejanas y peligrosas, asumiendo el costo humano, con tal de llegar a los países de destino donde esperan encontrar mejores condiciones de vida, y en algunos casos, protección como refugiados.⁶⁵

Tal como la medida está siendo ejecutada y sin estar inserta en una política migratoria más amplia, no creemos que sea la más idónea para mitigar la migración irregular, por varias razones. Por una parte, aunque la normativa lo disponga, los funcionarios militares no necesariamente cuentan todavía con una formación adecuada en derechos humanos que les permita dar respuesta a las necesidades de quienes requieran protección internacional. Este desconocimiento puede dar pie a posibles malos tratos y abusos por parte del personal militar, reforzado por el hecho que las fuerzas policiales –en particular, Carabineros– muchas veces carecen de esta capacitación ellos mismos. Una formación en derecho humanitario como

⁶⁴ Ministerio del Interior y Seguridad Pública (2023). Política Nacional de Migración. Resumen Ejecutivo. Disponible en <https://serviciomigraciones.cl/wp-content/uploads/2023/07/PNM-VERSION-EJECUTIVA.pdf>.

⁶⁵ Consejo de Derechos Humanos, *Informe solicitado al Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre el compendio de principios, buenas prácticas y políticas sobre una migración segura, ordenada y regular de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos*, Al HRC/36/42, 5 de octubre de 2017, párr. 24.

la que reciben los militares chilenos no puede ser considerada suficiente, porque la situación en la que se desempeñan no es la de un conflicto armado. En este sentido, el Estado tiene la obligación de proporcionar una formación sólida en derechos humanos a cualquier funcionario que realice tareas de control fronterizo. No hemos recibido información de que se haya realizado esta capacitación.

A esto se suma el hecho de que la presencia y el actuar de militares no solo significa posibles violaciones de derechos humanos para las personas en movilidad humana, sino que también para quienes residen en las zonas fronterizas, por ejemplo, pastores de ganado camélido que suelen trabajar sin portar sus cédulas de identidad.⁶⁶ Se puede suponer que personal militar o policial no preparado para entender esas formas de vida en espacios fronterizos se arriesga a cometer atropellos durante los controles de identidad.

Por último, hay que recordar que las fronteras son permeables. Mientras más se refuerza un sector de la frontera, las rutas cambian, el movimiento migratorio varía, porque muchas personas van a intentar, por necesidad y a cualquier costo, cumplir con su proyecto de movilidad.

En la evaluación de la medida, debería demostrarse qué tan idónea y eficaz ha sido en el cumplimiento de su objetivo, en particular, el de detectar la comisión de delitos de trata de migrantes, tráfico de drogas y, en general, la fiscalización del crimen organizado; además de verificar si disminuyó de manera significativa el ingreso clandestino de migrantes. Estos datos serán necesarios para definir la prórroga de la medida.

1.2. Autodenuncia: incentivos y beneficios poco claros

Uno de los desafíos que el gobierno enfrenta en materia migratoria, consiste en que no se ha logrado frenar los ingresos por paso no habilitado, pues se asume por parte de la autoridad que la “frontera del país es permeable”.⁶⁷ Las medidas que han tomado los diferentes gobiernos a lo largo de los últimos años apuntan a un enfoque desde la óptica de la seguridad nacional, que obliga a las personas a someterse al proceso comúnmente conocido como “autodenuncia”, para luego seguir el procedimiento de dictación de orden de expulsión contemplado antiguamente en el DL 1.094 y hoy en día en la Ley 21.325 de Migración y Extranjería. Esta autodenuncia es imprescindible para quienes quieran regularizar su situación migratoria.

⁶⁶ Entrevista a, funcionaria/o del INDH Arica, 28 de julio de 2023.

⁶⁷ La Tercera.com: “Gobierno cifra en 127 mil los migrantes en situación irregular o mecanismos para regularizarlos”, 14 de julio de 2022. <https://www.latercera.com/earlyaccess/noticia/gobierno-cifra-en-127-mil-los-migrantes-en-situacion-irregular-y-busca-mecanismos-y-criterios-para-regularizarlos/PN6FVKPRORH3TEXWSGKTFOPFH4/>

Esto, porque es la única forma de que la autoridad verifique que la persona se encuentra en Chile, y así poder iniciar el proceso de dictación de una orden de expulsión y en el caso de no dictarla, o revocarla por medio de un recurso judicial, poder la persona regularizar su situación en el país a través de, por ejemplo, una solicitud de regularización ante el subsecretario del Interior.⁶⁸

Este proceso de autodenuncia es llevado a cabo ante la PDI que es la autoridad contralora de frontera, fiscalizando tanto el ingreso y egreso, además de la estadía de las y los extranjeros en el país.⁶⁹ Este trámite consta de dos etapas: la primera, que denominaremos ‘fase online’, consiste en la solicitud que realiza el o la solicitante en la página web de la PDI por medio de un formulario que debe ser completado con datos personales. Posteriormente, sigue la fase que llamaremos ‘presencial’, en que se cita a la persona al cuartel de la PDI del respectivo domicilio, y se le entrega la Tarjeta de Identificación de Extranjero Infractor –que es la autodenuncia propiamente tal–, pudiendo quedar con firma periódica como medida de control en el país.⁷⁰ A nuestro parecer, este proceso de autodenuncia conlleva cuatro problemas tanto en el plano legal como en el terreno práctico. En primer lugar, en virtud de lo señalado en el artículo 166 de la Ley 21.325, existe solo una alusión muy vaga a la “autodenuncia” y no conocemos de una norma con rango legal en que se identifique o sustente como un proceso de control, identificación y registro de la persona en situación irregular. Solo figura, en las páginas oficiales del Gobierno y la Policía de Investigaciones, como un trámite administrativo bajo el nombre de “Declaración voluntaria de ingreso clandestino”. En segundo lugar, el Estado cuenta con una herramienta de registro de quienes hayan ingresado irregularmente, que es el Registro Nacional de Extranjeros. Este registro, que es administrado por el Servicio Nacional de Migraciones, debe contener toda la información relacionada con las personas migrantes que se encuentren en Chile,⁷¹ y sería el instrumento ad hoc para la identificación de las y los migrantes con ingreso irregular. No obstante, como nos informó el Servicio Nacional de Migraciones, no existen a la fecha actos administrativos en relación a la creación e implementación del Registro Nacional de Extranjeros.⁷² Por ahora, en esta materia, y para alimentar el futuro Registro cuando se implemente, solo se

⁶⁸ Ley 21.325, Artículo 155 N°9.

⁶⁹ Ley 21.325, Artículo 166.

⁷⁰ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Visas y otras formas de regularización*. <https://help.unhcr.org/chile/visas-y-otras-formas-de-regularizacion/>

⁷¹ Ley 21.325, Artículo 165.

⁷² Solicitud de acceso a la información N°AB099T0048522, realizada el 17 de abril de 2023 al Servicio Nacional de Migraciones, solicitando copia de los protocolos, circulares, o cualquier otro

cuenta con datos de aquellos migrantes con residencia regular, mientras que en el apartado de ingreso y egreso se está a la espera de la elaboración de un convenio con la PDI.⁷³

Además, la autodenuncia implica varios problemas prácticos. Por ejemplo, hay una demora excesiva –de meses, incluso años, en algunos casos– entre que la persona realiza la solicitud –en la página web de la PDI– hasta la citación presencial para obtener la tarjeta de extranjero infractor. Esto impide que, en el intertanto, las personas puedan ser notificadas del proceso de dictación de orden de expulsión para, eventualmente, conseguir regularizar su estadía en el país. A veces, inclusive, deben realizar el trámite en más de una ocasión ante la no citación de la PDI, perpetuando la situación de irregularidad en que se encuentran al haber ingresado por un paso no habilitado.⁷⁴

Por último, nos parece importante resaltar que la autodenuncia como está diseñada resulta ser una autoincriminación del o la migrante para iniciar un proceso de expulsión que –en el mejor de los escenarios– puede llevar, eventualmente, a que la persona logre regularizar su condición migratoria.

En principio, no parece existir un problema en que sea la propia persona la que tenga que informar a la autoridad de que ingresó por paso no habilitado. Sin embargo, sería deseable que tuviera beneficios claros por el hecho de colaborar con la autoridad, es decir, que se le otorgaran mayores probabilidades de regularizar su situación, en comparación a las de una persona que no se haya autodenunciado, y el Estado debiera proporcionar certeza jurídica en relación tanto a los principios y normas legales, como en relación con los detalles de la normativa administrativa.

La autodenuncia no es la única medida que ha implementado el Estado para el registro de las personas migrantes en situación irregular en el país. En junio del presente año comenzó la ejecución piloto del denominado “empadronamiento biométrico”, cuyo fin es fortalecer la seguridad nacional. Consiste en el registro de extranjeros y extranjeras, mayores de 18 años, que hayan ingresado al país por un paso no habilitado hasta el 30 de mayo de 2023, y hayan realizado previamente la respectiva autodenuncia por internet (“autodenuncia online”), con el fin de agendar una cita en la

documento sobre la creación e implementación del Registro Nacional de Migrantes, mandatado por el artículo 165 de la Ley 21.325.

⁷³ *Ibíd.*

⁷⁴ Infomigra: “Origen y respuesta por llamado a realizar nuevamente la declaración voluntaria por ingreso clandestino online”, 04 de abril de 2023. <https://www.infomigra.org/origen-y-respuesta-por-llamado-a-realizar-nuevamente-la-declaracion-voluntaria-por-ingreso-clandestino-online/>

página del Servicio Nacional de Migraciones para la toma de datos biométricos (huellas y foto de parte frontal).⁷⁵

Desde una perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos, y en particular, el derecho a la privacidad, la medida se justifica tanto por la necesidad de implementar políticas sociales y migratorias, como por la seguridad nacional y el orden público. La medida no excede lo que se le pide a cualquier persona con visación o chilena; son datos que el Registro Civil maneja de todas las personas que habitan el territorio de forma regular.⁷⁶ El empadronamiento es un requisito necesario, pero no suficiente, para regularizar la situación migratoria,⁷⁷ y la disposición de colaborar en el registro debiera considerarse un factor positivo en la evaluación de la regularización, debiendo transparentarse esta ventaja.

Lo mismo debiera ocurrir en relación a la priorización de quienes tengan arraigo laboral y familiar en el país, previo empadronamiento. En este ámbito, en pos de una mayor certeza jurídica, los criterios y sus consecuencias debieran quedar claramente establecidos. Asimismo, el Estado tiene la obligación de resguardar la privacidad de los datos, tal como sucede con los antecedentes de cualquier otra persona que se encuentre en el territorio.

Ahora, el Estado advirtió que la creación de esta base de datos no significa que se vaya a producir una regularización “general y masiva” como en años anteriores.⁷⁸ En este sentido, creemos que el Estado debe hacer todo lo que esté a su alcance para dar una respuesta real al fenómeno migratorio y no eternizar la irregularidad de los migrantes en el país. En el caso del empadronamiento, se debe proporcionar y difundir información oportuna y precisa, que evite malentendidos e incertidumbres entre quienes desean regularizar su situación en Chile. Así se podrá más claramente distinguir entre personas que buscan la regularización y otras que, por distintos motivos, no la buscan.

⁷⁵ <https://serviciomigraciones.cl/empadronamiento-biometrico/>

⁷⁶ <https://serviciomigraciones.cl/empadronamiento-biometrico/>

⁷⁷ Política Nacional de Migración y Extranjería.

⁷⁸ Biobiochile.cl: “Gobierno y empadronamiento de extranjeros: ‘No va a haber una regulación general, ni masiva’”, 6 de julio de 2023. <https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/chile/2023/07/06/gobierno-y-empadronamiento-de-extranjeros-no-va-a-haber-una-regulacion-general-ni-masiva.shtml> .

2. ACCESO AL DERECHO A LA EDUCACIÓN DE LA POBLACIÓN MIGRANTE Y CHILENA⁷⁹

En el *Informe 2022*⁸⁰ se analizó el derecho al acceso a la educación de niños, niñas y adolescentes migrantes con ingreso irregular al territorio nacional; se expuso la obligatoriedad del Estado chileno, según estándares internacionales de derechos humanos, de no discriminar a los NNA por su condición migratoria⁸¹ y que puedan acceder al sistema educativo en igualdad de oportunidades como cualquier otro NNA,⁸² y la obligación del Estado de adoptar medidas para que no exista discriminación en la admisión de alumnos a los establecimientos de enseñanza.⁸³ Concluimos que el Identificador Provisorio Escolar (IPE), efectivamente, cumple con las obligaciones internacionales.

Como podemos ver, existe una obligación por parte del Estado de brindar acceso a la educación primaria y secundaria de manera universal a NNA, ya sean chilenos o extranjeros. Sin embargo, el acceso de los NNA migrantes al sistema educativo ha provocado algunas asperezas y en algunas ocasiones un enfrentamiento con nacionales, debido a la falta de cupos para el ingreso de los estudiantes a los centros educacionales. Se ha denunciado que existe una preferencia por admitir a estudiantes extranjeros en desmedro de los chilenos⁸⁴ y que es tal el nivel de colapso que se debiera legislar para priorizar a los NNA de Chile.⁸⁵

En los siguientes párrafos veremos si, efectivamente, existe una preferencia para extranjeros en el sistema educacional, si es real que exista un

⁷⁹ En esta edición decidimos solamente considerar el derecho social de acceso a la educación. Los derechos de acceso a vivienda y salud no serán abordados: el primero debido a que la situación respecto del *Informe* anterior, no ha variado mayormente y en el caso del acceso a la salud, los datos más actualizados siguen siendo los de la encuesta CASEN del Servicio Jesuita a Migrantes, SJM, 2020. SJM, *Casen y Migración: Avances y brechas en el acceso a salud de la población migrante residente en Chile* (Informe N°3), 2022.

⁸⁰ *Informe 2022*, ver capítulos: “Accesibilidad: el primer paso para garantizar el derecho a la educación” y “Derechos de las personas migrantes y refugiadas: ingresos por pasos no habilitados y desprotección”.

⁸¹ Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 2, con relación al 28 y 29 del mismo tratado; y Convención relativa a la lucha contra la discriminación en la esfera de la enseñanza, artículo 1, ratificada en 1971.

⁸² *Ibíd.*, art. 28 inciso primero.

⁸³ OHCHR, *Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza*, 14 de diciembre de 1960, artículo 3 letra b.

⁸⁴ La Tercera.com: “Macrozona norte: Dos diputados alertan sobre colapso de matrículas escolares por crisis migratoria”, 2 de noviembre 2022. <https://www.latercera.com/politica/noticia/macrozona-norte-diputados-alertan-sobre-colapso-de-matriculas-escolares-por-crisis-migratoria/SIS-R65OV5REWDFJFQ25F5WFXLY/>.

⁸⁵ El Mercurio.com: “Presión migratoria colapsa matrículas escolares en el norte y parlamentarios proponen dar prioridad a los chilenos”, 2 de noviembre de 2022. <https://digital.elmercurio.com>.

aumento de extranjeros matriculados y si eso ha provocado una afectación para NNA chilenos.

2.1. Contexto nacional

En los establecimientos educacionales conviven NNA chilenos y extranjeros, independiente de su situación migratoria, es decir con o sin RUT. Para este último caso, el Estado se hizo cargo, en 2017,⁸⁶ creando el Identificador Provisorio Escolar, IPE. En todo caso, que un NNA tenga IPE no significa, necesariamente, que haya ingresado por pasos no habilitados al territorio chileno, porque ese documento provisional se entrega a todos aquellos que no poseen una visación vigente para permanecer en el país, al margen de si entraron o no de manera irregular.

Zanjado lo anterior y teniendo en cuenta que el sistema permite el ingreso de NNA extranjeros al sistema educativo: ¿Es cierto que tienen preferencia por sobre los NNA chilenos? A nivel preescolar podemos observar que existe una cierta preferencia por aquellos NNA en situación irregular de migración o familia refugiada,⁸⁷ debido a que, el convenio entre el Ministerio del Interior y la Junta Nacional de Jardines (en adelante, JUNJI), establece, que a este grupo de NNA les corresponde la Prioridad N°1, al momento de ingresar a sus centros. Sin embargo, si bien en principio esto podría parecer una preferencia por los NNA extranjeros, lo cierto es que en este grupo prioritario también están los NNA pertenecientes al Sistema Interseccional de Protección Social y los NNA vulnerados en sus derechos, entre otros.⁸⁸ Más que una preferencia discriminatoria, entonces, se trata de una prioridad en función de su situación vulnerable, como hemos explicado en ediciones anteriores del *Informe*.⁸⁹ Estamos hablando de niños y niñas en situación migratoria irregular, solicitantes de la condición de refugiados y refugiadas, altamente vulnerados, sobre todo por las condiciones precarias que los llevaron a migrar junto a sus familias desde sus países de origen o de residencia.

Respecto a la Educación Superior, al igual que lo señalado en otra edición de este *Informe*, para poder rendir la PAES es necesario contar con un RUT y el número IPE no sirve para estos efectos, sino sólo para inscribirse a rendir la prueba.⁹⁰ Frente a este punto, podemos señalar que ha existido un

<https://digital.elmercurio.com/2022/11/02/C/9C46OBR7#zoom=page-width>

⁸⁶ Ministerio de educación, ordinario N°02/00894, 7 de noviembre de 2016.

⁸⁷ JUNJI, Resolución exenta 6677 que fija convenio entre el Ministerio del Interior y Seguridad Pública y la Junta Nacional de Jardines Infantiles, del 20 de noviembre de 2007.

⁸⁸ *Ibíd.*, pp. 5 y 6.

⁸⁹ Ver *Informe 2021*, pp. 305-344, *Informe 2022*, pp. 271-318.

⁹⁰ *Informe 2022*, op. cit., p. 300.

avance por parte del Servicio de Migraciones, puesto que se ha permitido que los NNA con ingreso por paso no habilitado, puedan hacer una solicitud de visa de NNA a través del sitio web de Extranjería. Anteriormente había que hacer una solicitud de regularización, lo que significaba en la práctica un tiempo mayor de tramitación, resultando más engorroso para las familias poder hacer esta solicitud, lo que causaba que muchos NNA al cumplir la mayoría de edad, siguieran indocumentados.⁹¹

Por otro lado, en la incorporación a la educación básica y media, existe un ingreso igualitario para cualquier tipo de nacionalidad y situación migratoria que tenga el NNA. En el Sistema de Admisión Escolar actual,⁹² la situación socioeconómica de los postulantes no es un factor determinante para el otorgamiento de una matrícula.

2.2. ¿Colapso de matrícula?

Según la información obtenida del Ministerio de Educación,⁹³ para 2017 el total de alumnos matriculados en el sistema educativo⁹⁴ ascendía a 3.558.142, de ellos un 2,2%, (es decir, unos 77.607 estudiantes) eran alumnos extranjeros, ya sea matriculados con RUN o con IPE. En 2020 el total de estudiantes matriculados eran 3.608.158, de ellos 178.806 eran estudiantes extranjeros, lo que representa un 5% del total de los alumnos matriculados ese año. Para 2023, el total de matriculados era 3.626.077 y el porcentaje de alumnos extranjeros fue de un 7,4%, lo que equivale a 268.375.

Es evidente que se ha producido un aumento de los alumnos extranjeros matriculados en los últimos 6 años. Entre 2017 y 2023, en números concretos hay 190.768 matrículas más de niños y niñas migrantes. Lo anterior, es un reflejo del aumento progresivo de migrantes que han ingresado al territorio nacional, como parte de un fenómeno evidente en los últimos años. Con la información obtenida del Ministerio de Educación podemos señalar que en todas las regiones existen alumnos extranjeros, sin embargo algunas destacan por su mayor concentración de población migrante y, en consecuencia, por una demanda creciente de matrículas para este tipo de alumnos. Las regiones de la Macrozona Norte del país, junto a la Metropolitana, son las que han tenido un mayor aumento en los últimos 6 años.

En la región de Arica y Parinacota, en 2017 la cantidad de alumnos chilenos matriculados fue de 48.441, y la suma de matrícula extranjera fue

⁹¹ Art. 4, Ley 21.325 en concordancia con el art. 45 Decreto 177 de fecha 14 de mayo de 2022.

⁹² *Informe 2022*, pp. 247-270.

⁹³ Solicitud de acceso a la información No. AJ001T0010242 realizada al Ministerio de Educación.

⁹⁴ Es importante señalar que los números involucran a NNA matriculados en colegios públicos, particulares subvencionados y particulares.

de 3.182; en el año 2020 la cantidad de alumnos chilenos fue de 48.128 (estable) y de extranjeros 4.919; mientras que en 2023, 46.218 matrículas fueron para alumnos chilenos y 7.488 para extranjeros.⁹⁵

En la región de Tarapacá, para 2017 la cantidad de alumnos extranjeros matriculados fue de 6.973 y de chilenos 70.834. Dos años más tarde, en 2020, la cantidad de alumnos chilenos presentó un aumento llegando a 71.093, y la de alumnos extranjeros aumentó significativamente a 10.458. Para 2023 la situación ha cambiado bastante: los alumnos chilenos han disminuido a 68.968, mientras que los alumnos extranjeros tuvieron un gran aumento llegando a 16.272.⁹⁶

Alto Hospicio es otra de las comunas con una alta alza en matrículas. Para 2019 el total de matriculados fue de 30.741 personas, de los cuales 3.066 eran alumnos extranjeros⁹⁷ y para 2023 el total de inscritos ascendió a 33.418, de los cuales 6.186 son alumnos extranjeros⁹⁸ es decir, en 4 años hubo un incremento de 2.677 matrículas más.

En la región de Antofagasta la situación es parecida. En 2017 la cantidad de alumnos chilenos matriculados fue de 119.565, mientras que la de migrantes ascendió a 11.001; tres años más tarde, en 2020, hubo una disminución de alumnos chilenos llegando a 115.377, mientras que la cantidad de los extranjeros alcanzó la suma de 16.803. En 2023, la cifra de estudiantes chilenos ha seguido disminuyendo, llegando a 110.686, y la de alumnos extranjeros matriculados aumentó, llegando a 23.906.⁹⁹

En la Región Metropolitana, la situación no es tan diferente. En 2017, la cantidad de alumnos chilenos matriculados fue de 1.321.586 y de extranjeros de 46.040; en 2020, la suma de estudiantes chilenos ascendió a 1.279.680, mientras que las matrículas extranjeras fueron 105.140; y en el año 2023, la cifra de estudiantes chilenos disminuyó llegando a 1.218.604, y la de estudiantes extranjeros aumentó llegando a 144.755.¹⁰⁰

Resulta claro que el aumento de la matrícula migrante ha sido sostenido en el tiempo, incrementándose de manera proporcional más que la chilena, como se ve en los datos anteriores. En un comienzo este aumento fue bien evaluado, puesto que ayudó a atenuar el descenso de matrículas en establecimientos públicos, debido a que, antes de este aumento, la población no-migrante prefería los establecimientos particulares subvencionados,

⁹⁵ Solicitud de acceso a la información No. AJ001T0010242 realizada al Ministerio de Educación.

⁹⁶ *Ibíd.*

⁹⁷ *Ibíd.*

⁹⁸ Solicitud de acceso a la información No. AJ001T0010242 realizada al Ministerio de Educación.

⁹⁹ *Ibíd.*

¹⁰⁰ *Ibíd.*

en desmedro de los centros educacionales públicos.¹⁰¹ En el año 2017 este aumento de la matrícula de migrantes contribuyó a reducir la cantidad de colegios cerrados por falta de matrículas.¹⁰²

Sin embargo, el aumento, en la actualidad, se ha presentado como un problema; se habla de un “colapso de matrículas escolares”; alcaldes y diferentes autoridades sobre todo de la Macrozona Norte, han declarado que se encuentran en una compleja situación debido a la falta de cupos y espacios dentro de los centros educacionales.¹⁰³

La Macrozona Norte, tal como se señaló en las cifras anteriores, ha sido de las más afectadas ante el aumento de matrículas en sus establecimientos educacionales, lo que ha generado que se encuentren sobrepasados por una infraestructura educacional pensada para menos estudiantes y con una mayor cantidad de alumnos que los habituales.¹⁰⁴

La alcaldesa de Sierra Gorda, por ejemplo, ha señalado a la prensa que el aumento ha sido progresivo, nunca antes visto.¹⁰⁵ Para 2019 en esa comuna la cantidad de alumnos extranjeros matriculados era de 74 y este año los matriculados son 113.¹⁰⁶ La diferencia total de estudiantes matriculados, contabilizando a chilenos y extranjeros, en esa localidad entre los años 2019 y 2023, es de 48 alumnos (en 2019 el total de alumnos fue de 290 y en 2023 de 338).¹⁰⁷

2.2.1. Medidas propuestas

Esta situación problemática que se plantea en la Macrozona Norte del país, provocó que un grupo de senadores y senadoras presentara, con fecha 8 de noviembre de 2022, un proyecto de ley que busca modificar en los siguientes términos el art. 17 de la Ley 21.325: “los chilenos gozarán siempre de preferencia para optar a los cupos de matrícula y a los beneficios de

¹⁰¹ Servicio Jesuita a Migrantes, *Acceso e inclusión de persona migrantes en el ámbito educativo*, Informe N°2, enero de 2020, p. 1. <https://www.migracionenchile.cl/wp-content/uploads/2020/06/Informe-2-Educaci%C3%B3n-2020.pdf>

¹⁰² El Ciudadano.com: “Matrícula migrante’ hace bajar cantidad de colegios cerrados en los últimos cinco años”, 21 de mayo de 2018. <https://www.elciudadano.com/chile/matricula-migrante-hace-bajar-cantidad-de-colegios-cerrados-en-los-ultimos-cinco-anos/05/21/>

¹⁰³ Cnn Chile.com: “Macrozona norte: Alcaldesa de Sierra Gorda denunció colapso en matrícula escolar por aumento de población migrante”, 20 de marzo de 2023. https://www.cnnchile.com/pais/aumento-poblacion-migrante-colapso-matriculas-escolares_20230320/

¹⁰⁴ Bio Bio.cl: “Aumento de población migrante provoca colapso en matrículas escolares de la Macrozona Norte”, 20 de marzo de 2023. <https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/region-de-tarapaca/2023/03/20/aumento-de-poblacion-migrante-provoca-colapso-en-matriculas-escolares-de-la-macrozona-norte.shtml>

¹⁰⁵ *Ibíd.*

¹⁰⁶ Solicitud de acceso a la información No. AJ001T0010242 realizada al Ministerio de Educación.

¹⁰⁷ *Ibíd.*

gratuidad”.¹⁰⁸ En suma, los parlamentarios buscan que se le dé prioridad a los alumnos chilenos frente a extranjeros, en el eventual escenario de que escaseen los cupos en un colegio. De aprobarse esta normativa, se estarían vulnerando tratados internacionales que prohíben la discriminación arbitraria, además de obviar la Ley de Inclusión Escolar,¹⁰⁹ que prohíbe la discriminación arbitraria en procesos de admisión. A la fecha de cierre del presente *Informe*, el proyecto se encuentra en su primer trámite constitucional.

Ante la propuesta de los parlamentarios, el alcalde de la comuna de Alto Hospicio, Patricio Ferreira (DC), planteó que al Estado le correspondía resolver el problema considerándolos a todos, alumnos chilenos y extranjeros, sin discriminación. “Todos los niños tienen derecho a la educación, independientemente de su nacionalidad”, señaló el edil. Ante la presión por matrículas en su localidad, optó por planificar la construcción de un nuevo establecimiento, a mediano plazo, y en lo inmediato generar más vacantes arrendando un colegio privado que estaría disponible para marzo con 595 matrículas “para todos los chilenos y para los migrantes”.¹¹⁰

En marzo de 2022, el Ministerio de Educación presentó el Plan Fortalecimiento de Matrícula.¹¹¹ El motivo es precisamente ocuparse de la falta de cupos en establecimientos educacionales que reciben recursos públicos en diferentes comunas del país.¹¹² Se tomaron varias medidas en esa dirección. Entre las principales, la primera fue el lanzamiento de la plataforma vacante.mineduc.cl en la que se puede filtrar y revisar por región y comuna, en qué colegios y en qué cursos hay vacantes. La segunda, es la posibilidad de crecimiento de cupos en establecimientos educacionales que reciben aportes del Estado, el cual debe ser solicitado por el propio

¹⁰⁸ Proyecto de Ley, Boletín 15489-06, Modifica la ley N°21.325, de Migración y Extranjería, para favorecer los intereses de los nacionales frente a los extranjeros, 8 de noviembre de 2022. <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=16010&prmBOLETIN=15489-06>

¹⁰⁹ Ley 20.845 De inclusión escolar que regula la admisión de los y las estudiantes, elimina el financiamiento compartido y prohíbe el lucro en establecimientos educacionales que reciben aportes del Estado, 8 de junio de 2015.

¹¹⁰ Cooperativa.cl: “Proyecto UDI exige dar prioridad a escolares chilenos ante ‘colapsos’ de matrículas en el norte”, 3 de noviembre de 2022. <https://cooperativa.cl/noticias/pais/regiones/zona-norte/proyecto-udi-exige-dar-prioridad-a-escolares-chilenos-ante-colapso-de/2022-11-03/182229.html>
Cooperativa.cl: “Junji y colapso en matrículas: ‘Se construyeron conjuntos habitacionales sin pensar en más jardines’”, 24 de marzo de 2023. <https://cooperativa.cl/noticias/pais/educacion/junji-y-colapso-en-matriculas-se-construyeron-conjuntos-habitacionales/2023-03-24/180201.html>

¹¹¹ Mineduc.cl: “Ministerio de Educación presenta el Plan de Fortalecimiento de Matrícula en coordinación con distintas organizaciones”, 24 de marzo 2022. <https://www.mineduc.cl/plan-de-fortalecimiento-de-matricula/>

¹¹² *Ibíd.*

establecimiento ante el Mineduc. Como tercera medida, se diseñará un plan a mediano plazo que permitirá ir levantando información sobre la oferta y demanda de matrícula y otro de infraestructura focalizada para las comunas donde se requiere ampliar la cobertura.¹¹³ A la fecha, más allá del anuncio no se ha publicado información en las redes del Ministerio de Educación respecto a algún avance en dicho plan de fortalecimiento, y no hemos podido entender el retraso del Ministerio ante nuestras solicitudes de información por transparencia.¹¹⁴

2.2.2. Cuestiones pendientes

Creemos que no es pertinente que grupos de parlamentarios presenten proyectos que puedan implicar una vulneración de derechos, como el que pretende darle prioridad a NNA chilenos sobre extranjeros en las vacantes de los colegios, sin más argumento que la nacionalidad del postulante. Es esencial que el Estado en su conjunto establezca y proponga medidas que no propicien ni la discriminación ni la segregación de la sociedad, menos en casos de NNA. En este sentido, se valora la postura de algunos diputados y alcaldes,¹¹⁵ quienes entienden que este problema no se soluciona con segregación social, sino con un esfuerzo mancomunado para entregar educación de calidad y en una infraestructura adecuada, a todos los NNA que lo requieran, ya sean chilenos o extranjeros (ver *Informes 2022 y 2019*).

3. DEMORA EN RESPUESTA A LA RESIDENCIA DEFINITIVA

En los últimos años hemos visto un aumento de los flujos migratorios en nuestro país, ya sean ingresos de personas por pasos no habilitados o realizados de manera regular. Los primeros han aumentado exponencialmente y han sido objeto de constante debate público (*Informe 2022*, y sección 1 de este capítulo). Analizados, entonces, los principales desafíos jurídicos de este fenómeno, queremos ahora referirnos a la situación de las personas que se encuentran en situación migratoria regular, en específico, respecto a la tramitación de las residencias definitivas en Chile y cuál es la afectación

¹¹³ *Ibíd.*

¹¹⁴ Solicitud de acceso a la información No. AJ001T0011651 realizada al Ministerio de Educación.

¹¹⁵ Biobío.cl: “Aumento de población migrante provoca colapso en matrículas escolares de la Macrozona Norte”, 20 de marzo de 2023. <https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/region-de-tarapaca/2023/03/20/aumento-de-poblacion-migrante-provoca-colapso-en-matriculas-escolares-de-la-macrozona-norte.shtml>

de derechos que se produce a raíz de la demora, para resolver estas solicitudes, por parte del Servicio Nacional de Migraciones.¹¹⁶

La residencia definitiva está definida en el artículo 78 de la nueva Ley de Migración y Extranjería, señalando que se entiende como “el permiso para radicarse indefinidamente en Chile”. Para poder obtener esta residencia se debe haber residido un tiempo determinado en el país con un permiso de residencia temporal.¹¹⁷ Este último permiso se otorga, por regla general, bajo la nueva Ley, por un periodo de 2 años, y antes del vencimiento de este (desde 90 días y hasta 10 días previos al vencimiento), se debe solicitar la residencia definitiva.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha establecido la necesidad de los Estados de garantizar la integración de las personas migrantes en las comunidades de acogida, mediante la facilitación de procedimientos que garanticen la adquisición de residencia definitiva;¹¹⁸ por tanto, su tramitación es un tema de gran importancia.

Cuando se observa la tramitación de la residencia definitiva, nos encontramos con algunos problemas, sobre todo con el tiempo de tramitación por parte del Servicio Nacional de Migraciones. Por lo anterior, no es extraño encontrarse con personas que hayan esperado la respuesta de su solicitud de residencia definitiva por más de 2 años, afectando así su integración en la sociedad chilena, en especial por las barreras existentes en el acceso a sus derechos por falta de la cédula de identidad vigente, problemas en el acceso al trabajo, a la educación, a realizar trámites bancarios o a procedimientos médicos.

3.1. Datos entregados por el Servicio Nacional de Migraciones y el análisis realizado por la auditoría de la Contraloría

Cuando revisamos las solicitudes de residencia definitiva nos encontramos con problemas en la tramitación de estas. En distintas publicaciones de periódicos de circulación nacional se dio cuenta del retraso que llevaban estas residencias, informando el director nacional del Servicio Nacional de Migraciones (en adelante, SERMIG) que, a enero del 2023, existían alrededor de 300 mil solicitudes de residencias definitivas por resolver.¹¹⁹

¹¹⁶ Se determinó no realizar el análisis de las residencias temporales, ya que el mayor número de solicitudes pendientes corresponden a las residencias definitivas y se refieren a personas que quieren residir de manera indefinida en Chile.

¹¹⁷ Ley 21.325, Ley de Migración y Extranjería, art. 79.

¹¹⁸ CIDH, *Guía Práctica: Protección internacional y regularización de la condición legal en el contexto de movimientos mixtos a gran escala en las Américas*, 2022, pp. 37.

¹¹⁹ Emol.com: “Extranjeros denuncian largas esperas para obtener residencia definitiva: Migraciones reconoce ‘cuello de botella histórico’”, 17 de febrero de 2023. <https://www.emol.com/noticias/Nacional/2023/02/17/1086984/extranjeros-espera-residencia-migraciones-botella.html>

Es necesario revisar los datos que entrega el SERMIG para poder realizar un análisis del proceso de tramitación de las solicitudes de residencias definitivas en Chile, y cuál es su afectación a las personas migrantes.

En el mes de abril del presente año, el Servicio Nacional de Migraciones publicó su informe de Estadísticas generales del Registro Administrativo. En este documento, se entregó información sobre los datos respecto a la tramitación de las residencias en Chile, proporcionando el número de solicitudes y de residencias otorgadas en los últimos años.

En 2019 nos encontramos con 218.264 solicitudes enviadas, y luego vemos una reducción de estas en los siguientes años, con 195.748, en 2020; 134.203, en 2021; y con 105.793 en 2022.¹²⁰ Además, es necesario tener presente que, de estas solicitudes, solamente fueron acogidas a trámite –pasando la etapa de admisibilidad (instancia en la cual se verifica que el postulante presente toda la documentación requerida)–¹²¹ 143.720, en 2019; 55.984, en 2020; 50.843, en 2021 y 84.990 en 2022. Es importante tener en cuenta esta información, ya que también es un elemento a considerar para observar el proceso de tramitación de las residencias en cuestión. Las cifras no permiten conocer la tasa de eventuales errores en la clasificación de las postulaciones. Sin embargo, existe un mecanismo que faculta para cuestionar la decisión, interponiendo un recurso de reposición en un plazo de 5 días desde la notificación del acto.

Por otro lado, observamos los datos entregados por el Servicio Nacional de Migraciones respecto a las residencias definitivas otorgadas. En el año 2019 se otorgaron 88.770; en 2020, 74.344; en 2021, 20.956; y 93.824 residencias definitivas para el año 2022, volviendo a aumentar este número de residencias.¹²² Mientras tanto, hasta el mes de agosto del presente año, se han otorgado 41.890.¹²³

Respecto a los rechazos de las solicitudes de residencia definitiva, se observa que el año 2019 se rechazaron 17.960; en 2020, 35.343; el año 2021, 6.876 y en 2022, 1.965 rechazos,¹²⁴ los cuales pueden venir aparejados de sanciones migratorias,¹²⁵ con el otorgamiento de una residencia

¹²⁰ SERMIG, *Estadísticas generales registro administrativo 2021-2022*, 22 de mayo de 2023, página 11.

¹²¹ Contraloría General de la República, *Informe 718/2022*, 12 de mayo de 2023, página 53.

¹²² *Ibíd.*, p. 21.

¹²³ <https://serviciomigraciones.cl/estudios-migratorios/registros-administrativos/>

¹²⁴ *Ibíd.*, p. 18.

¹²⁵ Artículo 91 de la Ley de Migración y Extranjería.

temporal para volver a postular con posterioridad a la residencia definitiva, o solamente del rechazo de la solicitud.

Tabla 3: Total de residencias definitivas por etapa de tramitación desde el año 2019 al año 2022.

Año	RD solicitadas	RD acogidas a trámite	RD otorgadas	RD Rechazadas
2019	218.264	143.720	88.770	17.960
2020	195.748	55.984	74.344	35.343
2021	134.203	50.843	20.956	6.876
2022	105.793	84.990	93.824	1.965

Fuente: Datos obtenidos en las estadísticas generales registro administrativo de SERMIG.

Continuando con lo anterior, el SERMIG señala en su informe de estadísticas generales del registro administrativo, el tiempo de espera desde el envío de la solicitud hasta la fecha de resolución. Las residencias definitivas otorgadas durante 2022, corresponden a solicitudes realizadas durante los años 2019, 2020, 2021 y 2022, por tanto, se pueden apreciar tiempos de demora considerables. Así el SERMIG establece que el tiempo promedio de espera es de 605,35 días respecto a las residencias definitivas solicitadas el año 2019, 550,59 días del año 2020; 345,74 días del año 2021 y 173,31 días de espera respecto de las solicitudes del 2022.¹²⁶

El Servicio Nacional de Migraciones da cuenta de las residencias definitivas pendientes aún de resolución, existiendo, al 31 de diciembre del año 2022, 305.344 residencias definitivas que aún se encuentran en la etapa de tramitación.¹²⁷

Tabla 4: Total de residencias definitivas pendientes de resolución por año de solicitud.

Residencias definitivas pendientes de resolución por año de solicitud			
2019	2020	2021	2022
9.901	76.477	116.914	102.045

Pendientes de resolver al 31 de diciembre del año 2022.

Fuente: Datos obtenidos en las estadísticas generales registro administrativo del Servicio Nacional de Migraciones.

¹²⁶ SERMIG, Estadísticas generales registro administrativo, 2023, p. 28.

¹²⁷ *Ibíd.*, tabla 11, p. 29.

Es importante señalar que las Solicitudes de Acceso a la Información, efectuadas para este *Informe*, consultando sobre las solicitudes de residencia definitiva realizadas y otorgadas durante el año 2023, no han sido respondidas.¹²⁸

Por otro lado, la Contraloría General de la República, el 12 de mayo del 2023, publicó el Informe N°718/2022 sobre auditoría al proceso de solicitudes de residencias temporales y definitivas en el Servicio Nacional de Migraciones entre el 1 de enero de 2019 y el 31 de mayo de 2022, incorporando periodos anteriores y/o posteriores en la medida que la Contraloría lo consideró pertinente,¹²⁹ comprendiendo un total de 408.694 solicitudes de residencias definitivas.¹³⁰ Esta auditoría se realizó dado el impacto social que genera el proceso de entrega de residencias, el cual repercute en el acceso a derechos fundamentales de los extranjeros que se encuentran esperando resolución de su trámite.¹³¹

Respecto a lo anterior, ante la Contraloría General de la República, al 12 de julio de 2022, se habían presentado 3.578 denuncias por la ausencia de respuestas sobre el estado de la solicitud de las residencias, retraso en estampado de visa, dilación en la tramitación de la residencia y problemas con la plataforma.¹³² Respecto a esto, se buscó verificar si el ingreso de las solicitudes, el análisis y la validación de la información de las residencias se ajustaban a la normativa que los rige.¹³³

En la auditoría, se realizó un análisis detallado de la demora de la tramitación de las solicitudes de residencia definitiva, especificando el tiempo de demora en cada etapa de esta en el sistema simple¹³⁴ y mediante la plataforma B-3000,¹³⁵ tales como, admisibilidad, análisis adicional,¹³⁶ análisis calificadorio,¹³⁷ y la etapa de análisis resolutivo¹³⁸ en el sistema simple. En la

¹²⁸ Solicitud de Acceso a la Información, AB099T0048242, AB099T0048525.

¹²⁹ Contraloría General de la República, Informe N°718/2022, 2023, p. 3.

¹³⁰ *Ibíd.*, p. 12.

¹³¹ *Ibíd.*, p. 7.

¹³² *Ibíd.*

¹³³ *Ibíd.*, p. 11.

¹³⁴ Contraloría General de la República, *Informe final N° 718-2022 Auditoría al proceso de solicitud de residencias temporales y definitivas*, 12 de mayo de 2023, p. 1.

¹³⁵ *Ibíd.*

¹³⁶ *Ibíd.*, p. 54.

¹³⁷ *Ibíd.*, p. 55.

¹³⁸ *Ibíd.*

plataforma B-3000, se analizan las etapas de análisis de ingreso¹³⁹ y la etapa de emisión de resolución.¹⁴⁰

En el sistema simple, en la etapa de admisibilidad, de 185.897 solicitudes que iniciaron y finalizaron esta fase desde 2019 a mayo de 2022, 8.388 solicitudes se demoraron entre 540 y 990 días (entre 1 año y 4 meses hasta 2 años y 6 meses) solamente en la etapa de admisibilidad.¹⁴¹

En la etapa de análisis adicional, de un total de 55.271, el 85% (47.318 solicitudes) tuvo una demora de 0 a 90 días, pero nuevamente existiendo residencias que, solo en esta segunda etapa, demoraron hasta 900 días en tramitar.¹⁴² En la fase de análisis calificadorio, de un total de 95.320 solicitudes que se encontraban en esta etapa entre 2019 y mayo de 2022, 93.738 se demoraron entre 0 a 270 días en pasar a la siguiente fase.¹⁴³ Por último, en la etapa de análisis resolutorio, de 40.779 solicitudes que se encontraban en esta fase, 28.015 (68%) demoraron entre 270 y 540 días en terminar este último trámite.

Mediante la plataforma B-3000, la situación no es muy distinta, encontrándonos nuevamente con que las solicitudes tramitadas bajo este sistema, tienen altos niveles de demora en cada una de sus etapas. Así, en la etapa de análisis de ingreso, la mayor parte de las solicitudes encontradas se demoraron entre 0 y 270 días, pero observando que en un número no menor de solicitudes (47.532 solicitudes de residencia definitiva) existió una demora entre 270 y 990 días.¹⁴⁴ En la fase de emisión de resolución, la mayor parte de las solicitudes que se encontraban en esta etapa, 146.077, tuvieron una demora, solamente en este período, de 90 a 270 días, pero nuevamente existiendo residencias que demoraron hasta 990 días en la etapa de emisión de resolución.

En base al análisis de los datos anteriormente expuestos, la Contraloría General de la República señala que el Servicio Nacional de Migraciones no se ha ajustado al principio de celeridad contenido en el artículo 7 de la Ley 19.880¹⁴⁵ y en los artículos 3 y 5 de la Ley 18.575 que establecen los principios de eficiencia y control: “Las autoridades y funcionarios deberán

¹³⁹ *Ibíd.*, p. 58.

¹⁴⁰ *Ibíd.*, p. 59.

¹⁴¹ *Ibíd.*, p. 54.

¹⁴² *Ibíd.*, p. 54-55.

¹⁴³ *Ibíd.*, p. 55.

¹⁴⁴ *Ibíd.*, p. 58.

¹⁴⁵ Ley 19.880, artículo 7.

velar por la eficiente e idónea administración de los medios públicos y por el debido cumplimiento de la función pública”.¹⁴⁶

3.2. Derechos fundamentales en la Ley 21.325 y su acceso durante la tramitación de la residencia definitiva

La Ley 21.325 de Migración y Extranjería, establece en su normativa distintas disposiciones que refieren al acceso a derechos de las personas migrantes. De esta manera, el artículo 3 señala que “Tratándose de derechos económicos, sociales y culturales, el Estado se compromete a adoptar todas las medidas, hasta el máximo de los recursos disponibles y por todo medio apropiado, para lograr la plena efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política de la República, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, para lo cual podrá recurrir, si ello no fuere posible, a la asistencia y cooperación internacional. El Estado asegurará a los extranjeros la igualdad ante la ley y la no discriminación”.

Luego, en concordancia con lo anterior, el artículo 7 del mismo cuerpo normativo señala como objetivo de esta legislación, la migración, segura y regular, debiendo el Estado chileno promover que los extranjeros cuenten con las autorizaciones y permisos de residencia o permanencia necesarios (...) para el desarrollo de sus actividades y el ejercicio de sus derechos,¹⁴⁷ y, posteriormente, establece distintos derechos de las personas migrantes. Así, el artículo 14 indica los derechos laborales; el artículo 15 el derecho al acceso a la salud; el artículo 16 el acceso a la seguridad social y beneficios de cargo fiscal; el artículo 17 el derecho al acceso a la educación, y el artículo 18 el derecho de acceso a la vivienda propia.

Por consiguiente, es necesario preguntarse: ¿Existen trabas administrativas que dificultan el acceso a derechos sociales cuando la persona está esperando la resolución de su solicitud de residencia definitiva?

Para continuar con el análisis sobre las implicancias de la demora de la tramitación de la residencia en el acceso a los derechos de las personas migrantes, es importante señalar que según la Ley 21.325, se entenderá que la cédula de identidad mantiene su vigencia, siempre y cuando el extranjero acredite que cuenta con un certificado de residencia en trámite vigente o hasta que la autoridad migratoria resuelva la respectiva solicitud.¹⁴⁸

En base a lo anterior, podríamos entender que las personas que se encuentran tramitando su residencia definitiva, a la espera de una resolución

¹⁴⁶ Contraloría General de la República, *Informe final N° 718-2022 Auditoría al proceso de solicitud de residencias temporales y definitivas*, 12 de mayo de 2023, p. 62.

¹⁴⁷ Ley 21.325, artículo 7.

¹⁴⁸ Ley 21.325, artículo 43.

final (que puede llegar a demorar un promedio de 605 días, según datos entregados por el SERMIG, ya señalados antes), no tendrían inconvenientes y no encontrarían dificultades en ejercer sus derechos sociales establecidos en la Constitución y las leyes, ya que el documento de identificación, la cédula de identidad, se entendería vigente.

En la práctica se ha observado una situación diferente, no cumpliéndose lo establecido en la Ley de Migración y Extranjería respecto a la vigencia de la cédula de identidad mientras se tramita un permiso de residencia dentro de Chile. Lo anterior lo ha podido constatar Felipe Muñoz, responsable de acogida de la Oficina de la Región Metropolitana de la Fundación Servicio Jesuita a Migrantes, quien orienta a las personas migrantes en su primer acercamiento con esta Fundación.

Al ser consultado sobre las atenciones realizadas respecto a las residencias definitivas, señala que el 20,2% de las primeras atenciones realizadas en acogida en la Fundación, desde febrero a julio del presente año, dicen relación con la demora de la tramitación de las solicitudes de residencia, es decir, se trata de personas migrantes que buscan algún tipo de ayuda para poder obtener respuesta. Ha llegado a observar personas migrantes que están en proceso de tramitación de residencias definitivas desde hace cuatro años, específicamente, con solicitudes realizadas en 2019.

Cuando se le pregunta por los problemas que presentan las personas que se encuentran en esta situación o si se cumple lo establecido en la Ley sobre la vigencia de las cédulas de identidad, señala que lamentablemente las personas migrantes están en una posición de vulnerabilidad al no tener acceso a sus derechos por no poseer una cédula de identidad vigente (sin una fecha de expiración anterior) y permanecen en la incertidumbre un tiempo prolongado por la demora excesiva en la tramitación de su residencia permanente. Así, como principal problema se observan vulneraciones del derecho al trabajo, ya que las personas se encuentran con que los empleadores no quieren suscribir un contrato laboral por tener una cédula de identidad expirada. También tienen dificultades para acceder a beneficios sociales de cargo fiscal. Asimismo, se les presentan trabas cuando quieren acceder a la educación superior mediante la gratuidad, ya que, salvo que hayan cursado toda su enseñanza media en Chile,¹⁴⁹ requieren que se les haya otorgado una residencia definitiva, trámite que puede demorar años, como ya fue explicado. Además, se observan problemas entre las personas migrantes para realizar trámites bancarios –no pueden acceder a sus propias cuentas bancarias por falta de una cédula de identidad en regla– y en el

¹⁴⁹ Ley 21.091, artículo 103.

acceso a la salud, al ser requerida, por las instituciones de salud, una cédula de identidad vigente para acceder a los procedimientos.

Al respecto, un reportaje de Radio Biobío da cuenta de los distintos problemas que enfrentan las personas que se encuentran tramitando su residencia definitiva: dificultades para hacer inicio de actividades ante el SII; para abrir una cuenta bancaria, en el acceso a la salud al no poder comprar un bono de atención médica.¹⁵⁰

Por otro lado, el 20 de marzo de 2023, la Corte Suprema dictó sentencia en esta materia, con carácter general debido a la proliferación de recursos de protección por hechos similares. En este fallo se refiere a la aplicación del artículo 43 de la Ley 21.325, respecto a la vigencia de la cédula de identidad, señalando que las personas migrantes que se encuentran tramitando su residencia definitiva podrían realizar trámites esenciales ante cualquier entidad pública o privada.¹⁵¹ También establece que el Servicio Nacional de Migraciones debe responder –en un plazo razonable– para evitar la incertidumbre de los solicitantes.¹⁵²

Lo que nos parece relevante de esta sentencia es que la Corte Suprema reconoce que existe una problemática respecto a la aplicación del artículo 43 de la Ley 21.325, es decir, que las personas migrantes se enfrentan a dificultades ligadas a la carencia de una cédula vigente, cuando deben realizar trámites ante entidades públicas o privadas.¹⁵³

3.4. Avances y desafíos

Sobre los avances, es importante reconocer una mayor respuesta a las solicitudes: en 2021 hubo 27.832 solicitudes resueltas, entre acogidas y rechazadas, en cambio, en 2022 son 95.780 solicitudes las que ya tienen resolución final.¹⁵⁴

Con el lanzamiento de la Política Nacional de Migración y Extranjería –durante la redacción de este capítulo– el Gobierno reconoció las dificultades del Estado para responder, de manera rápida y oportuna, a las solicitudes de residencia de quienes han ingresado al país en forma regular y se comprometió a promover la regularidad migratoria “como un instrumento que facilita la integración de las personas migrantes en el territorio

¹⁵⁰ Radio Biobío: “‘Mis derechos no fueron respetados’: la ‘letra muerta’ que complica a los migrantes en regla en Chile”, 21 de mayo de 2023. <https://www.biobiochile.cl/especial/bbcl-investiga/noticias/reportajes/2023/05/21/mis-derechos-no-fueron-respetados-la-letra-muerta-que-complica-a-los-migrantes-en-regla-de-chile.shtml>

¹⁵¹ Corte Suprema, *Márquez con Servicio Nacional de Migraciones*, 20 de marzo de 2023, considerando 7.

¹⁵² *Ibíd.*, considerando 10.

¹⁵³ *Ibíd.*, considerando 11.

¹⁵⁴ Tabla 3, Residencias Definitivas otorgadas más rechazadas, años 2021 y 2022.

nacional”. En consecuencia, el Ejecutivo anunció el Programa rezago de solicitudes migratorias,¹⁵⁵ “con el objeto de regularizar la tramitación de residencias definitivas históricas”, para lo cual se incorporaron 62 nuevos analistas de solicitudes al Servicio Nacional de Migraciones, entre otras medidas. Asimismo, se estableció el objetivo de promover la regularidad migratoria, como un instrumento que otorga las condiciones de acceso a un trabajo decente, a los sistemas de seguridad social, educativo y de salud, y que previene y atenúa riesgos de vulneración de los derechos de las personas migrantes.¹⁵⁶

Respecto a los desafíos, hay que tener presente que a las residencias definitivas pendientes (que a fines de 2022 eran un total de 305.344)¹⁵⁷ se deberán agregar las nuevas solicitudes que realicen aquellas personas migrantes que actualmente tengan residencia temporal y que puedan cumplir con los requisitos de postulación. Ante esto, y observando que durante el año 2022 existió un aumento de residencias temporales –otorgadas por vía ordinaria y por medio del proceso masivo de regularización extraordinario del año 2021 (de 98.849, en 2021, a 255.436, en 2022)–,¹⁵⁸ el Estado tendrá que prever la instalación de la capacidad necesaria para tramitar las solicitudes de residencia definitiva, observando que ya existe un número considerable de requerimientos pendientes.

4. CONCLUSIONES

Es urgente y necesario que el Estado adecúe la política migratoria a los estándares internacionales de derechos humanos, en particular, en relación a las medidas aplicadas en frontera, respecto a la tramitación de residencias definitivas, y en lo relativo al derecho a la educación, como hemos detallado en este capítulo. La Política Nacional de Migración resolvería –de implementarse tal como esta propuesta– varios de los problemas identificados; y para su análisis habrá que conocer el detalle finalmente aprobado cuando la Contraloría tome razón. De cualquier forma, el Estado debe garantizar que los derechos humanos de las personas migrantes siempre sean respetados y que las políticas migratorias no se reduzcan a figuras como la reconducción inmediata o el despliegue en zonas fronterizas de militares

¹⁵⁵ *Ibíd.*, Medidas inmediatas de implementación, medida N°1.

¹⁵⁶ Ministerio del Interior y Seguridad Pública, *Política Nacional de Migración y Extranjería*, punto 1.4.

¹⁵⁷ Servicio Nacional de Migraciones, *Estadísticas generales registro administrativo 2021-2022*, abril 2023, p. 29, tabla 11.

¹⁵⁸ *Ibíd.*, p. 22.

–no necesariamente capacitados, equipados y supervisados en forma adecuada para esas labores.

Por lo tanto, se debe comprender y regular la migración desde una perspectiva de derechos humanos –cuestión recogida formalmente en la Política propuesta–, y dejar de verla solo desde la perspectiva de la regularización o desde un enfoque de seguridad. Ciertamente, la regularización es imprescindible para poder garantizar los demás derechos humanos en forma idónea; así como es una obligación del Estado garantizar la seguridad ciudadana. Sin embargo, estos deberes del Estado deben abordarse a través de políticas de seguridad pública coordinadas con la política de migración, para impedir que los flujos migratorios sean utilizados por el crimen organizado. Las políticas que criminalizarían a las personas migrantes de manera general, no parecen ser el camino a seguir. Consideramos como un avance –en el respeto a los derechos humanos de las personas migrantes– la suspensión de las expulsiones masivas o colectivas, y el hecho que no se haya avanzado con la construcción de una zanja en la frontera.

La reconducción, implementada bajo la óptica de seguridad pública, lleva más de un año operando y no está comprobada su eficacia –a pesar de la baja en un 56% del ingreso por pasos no-habilitados, descubierto en flagrancia–. Sin embargo, no hemos sabido de casos de personas que fueran descubiertas dos veces entrando por paso no-habilitado, presumiendo que algunas de las personas reconducidas podrían intentar volver a ingresar al país por otras vías. No es concluyente esta observación y se requieren datos adicionales para definir el efecto disuasivo de esta medida que pretende reducir el ingreso irregular. Dicho esto, las personas que han querido devolverse a sus países de origen, han experimentado serias dificultades para hacerlo y, de acuerdo a lo analizado en este capítulo, es evidente que para una reconducción exitosa es necesaria la cooperación y coordinación con los países con los que compartimos fronteras y, por supuesto, con el respectivo país de origen del migrante.

Otra de las medidas impulsadas bajo la óptica de la seguridad del Estado, es el despliegue de personal militar en las zonas fronterizas del norte de Chile, disposición que busca controlar el ingreso por paso no habilitado a lo largo de la frontera de Chile, que como sabemos, es bastante inhóspita y de difícil control por su gran extensión y altura. En relación a esto, es necesario considerar que la gran mayoría de quienes entran, o intentan ingresar al país, no son delincuentes, sino personas que vienen en busca de mejores oportunidades de vida. En la misma línea, no debemos olvidar que el perfil de la formación militar, sin una capacitación adicional especializada en

materia de migración, no es el adecuado para controlar a quienes ingresan por un paso no habilitado. Por las razones enunciadas, tal como señala Claudio Nash, “más que medidas restrictivas o de controles fronterizos, lo que se requiere son medidas para: aportar en la solución de los problemas de fondo que están ocasionando la migración, adoptar medidas para que esa migración que se produce poder regularizarla adecuadamente, generar condiciones dignas a las personas que están en estos procesos migratorios, y facilitar el acceso a condiciones mínimas de vida, en términos de vivienda, salud, educación, a quienes han tenido que moverse internacionalmente para poder enfrentar las crisis de sus propios países”.¹⁵⁹

El sistema de autodenuncia para personas que hayan ingresado por pasos no habilitados no refleja, en este momento, un incentivo que permita calificarlo como idóneo y eficaz, a la luz de los estándares internacionales de derechos humanos. Así, no existe suficiente claridad sobre los beneficios que tiene la autodenuncia, en comparación con una detección realizada por las autoridades del Estado. En este sentido, la autodenuncia de personas sin antecedentes penales debiera tener consecuencias claramente menos gravosas que la autodenuncia de personas con antecedentes penales, para que este incentivo fuera eficaz. Estos beneficios, además, tendrían que ser claramente comunicados a las personas en situación migratoria irregular. Por último, mientras el levantamiento de datos biométricos no constituye en sí una discriminación –todos los habitantes chilenos en situación regular deben registrarse– no se justifica un registro distinto o una doble registración ni que el trámite genere demoras excesivas, como acontece en la actualidad.

El ingreso de migrantes ha aumentado de manera sistemática durante los últimos años. Si bien las autoridades han tenido tiempo para observar esta situación, no se han tomado medidas que anticipen el colapso de ciertos derechos básicos, como es el de acceso a la educación. Incluso, tal como se reportó ya en el año 2016, tenían información de que las solicitudes de matrículas para NNA migrantes habían llegado a tal nivel que ayudaron a evitar el cierre de colegios por falta de matrículas. A partir de esa señal se tendrían que haber implementado políticas públicas para evitar el colapso que actualmente se vive en el norte del país con comunas saturadas, y con la misión de crear más cupos en lugares que estaban destinados a una menor cantidad de alumnos. La Política Nacional de Migración, en su eje

¹⁵⁹ Diario Constitucional: “Proyecto de ley busca tipificar como delito el ingreso clandestino al país, ¿Solución o mero parche a la crisis migratoria?”, 31 de mayo de 2023. <https://www.diarioconstitucional.cl/entrevistas/proyecto-de-ley-busca-tipificar-como-delito-el-ingreso-clandestino-al-pais-solucion-o-mero-parche-a-la-crisis-migratoria/>

7 sobre “Integración e inclusión de las personas migrantes”, propone medidas en este contexto que mejorarían la garantía de los derechos sociales como la salud y la educación.

Es importante que los NNA migrantes tengan acceso al sistema de educación para lograr una correcta integración a la sociedad, además como una medida de seguridad para la prevención de delitos, vencer la desigualdad y romper los contextos de exclusión.¹⁶⁰ Por lo anterior, celebramos el avance por parte del SERMIG al permitir una tramitación más rápida, que incluye a los NNA con ingreso irregular, para la obtención de visación temporal. Es importante porque les asegura poder seguir estudiando en la educación superior, y con eso se reduce la irregularidad en este grupo de la población. Sin embargo, este avance se ve opacado, porque al existir tal nivel de demanda por una matrícula, principalmente en las comunas de la Macrozona Norte, es inevitable que la población chilena que vive en esas zonas se sienta amenazada. El Estado debe intervenir e implementar medidas para evitar la discriminación y segregación de la población migrante, y promover un acceso a la educación igualitario y que esto no signifique una baja en su calidad. Por lo señalado, no podemos hablar tampoco, hasta la fecha, de una migración ordenada. El Estado chileno, teniendo información y pudiendo prevenir la saturación de ciertos servicios públicos, no ha actuado a tiempo, propiciando la competencia y los roces entre chilenos y extranjeros y, por ende, situaciones de caos y desorden.

Finalmente, a pesar de considerables mejoras durante el año 2022, consideramos que el Estado no ha logrado resolver a tiempo las solicitudes de residencia definitiva, llegando incluso a producirse un reconocimiento, por parte del Servicio Nacional de Migraciones de la demora en la tramitación de las residencias definitivas y la acumulación de solicitudes pendientes de tramitación. Asimismo, la Contraloría General de la República estableció las falencias existentes en las distintas etapas de la tramitación de estas residencias, señalando el incumplimiento a distintos principios de los procedimientos administrativos, tales como el principio de celeridad, eficiencia y control.¹⁶¹ Por otro lado, la Corte Suprema reconoce la existencia del problema en la aplicación del artículo 43 de la Ley por instituciones públicas y privadas, en específico, el reconocimiento de la vigencia de la cédula de identidad de un extranjero que tiene en tramitación su residencia definiti-

¹⁶⁰ Prensa Presidencia: “Presidente Gabriel Boric Font: Todos los niños y niñas importan. No importa su nivel económico, por estar en nuestro país, tiene derecho a aprender”, 26 de julio de 2022. <https://prensa.presidencia.cl/comunicado.aspx?id=198332>

¹⁶¹ Contraloría General de la República, *Informe final N° 718-2022 Auditoria al proceso de solicitud de residencias temporales y definitivas*, 12 de mayo de 2023, p. 62.

va, dado que esto afecta, en la práctica, el acceso a derechos de las personas migrantes que se encuentran en esta situación. Por esto, tampoco podemos hablar de una migración regular, porque ante la llegada masiva de migrantes y la decisión –hasta el año 2021– de no subir la dotación de funcionarios y funcionarias dedicadas a la tramitación de permisos de residencia, el Estado aún no ha sido capaz de recuperar el atraso en el otorgamiento de una regularidad material a las y los migrantes que han respetado la norma, en tiempo y forma, solicitando las visas y residencias respectivas.

El 6 de julio de 2023, ya finalizando la redacción de este capítulo fue presentada la Política Nacional de Migración y Extranjería, puntualizando que está orientada a promover una migración segura, ordenada y regular.¹⁶² Esperamos que se implementen medidas que, efectivamente, se orienten en ese sentido para dar respuesta a los flujos migratorios que van en crecimiento y, también, reviertan la ineficacia de las políticas migratorias analizadas en este capítulo.

RECOMENDACIONES

A partir de las conclusiones de los distintos acápite del presente capítulo, el Centro de Derechos Humanos hace las siguientes recomendaciones:

1. Revisar la aplicación de la medida de reconducción inmediata, para que proteja adecuadamente a las personas con necesidades de protección internacional.
2. Evaluar la eficacia de la medida de reconducción, mediante la realización de estudios que monitoreen a los migrantes que vienen entrando a Chile con el apoyo de las organizaciones que trabajan con población en movilidad humana.
3. Asegurar que el personal militar que se desempeñe en zona fronteriza esté claramente sujeto a la normativa y al mando de la policía civil; reciba las capacitaciones y equipamientos necesarios para realizar sus tareas; y que existan vías explícitas y conocidas de denuncia en caso de abusos. Estas denuncias deben poder interponerse desde fuera del territorio nacional, de forma simple y accesible.

¹⁶² Ministerio del Interior y Seguridad Pública: “Nueva Política Nacional de Migración y Extranjería”, 6 de julio de 2023. <https://www.interior.gob.cl/noticias/2023/07/06/nueva-politica-nacional-de-migracion-y-extranjeria/>

4. Trabajar coordinadamente con Perú y Bolivia, así como otros países de la región, tanto en dar respuesta a los flujos migratorios (considerando que la base de esta política debe ser el respeto a la dignidad humana y los derechos de las personas migrantes) como en la persecución, fiscalización y sanción de las bandas criminales que operan en las zonas fronterizas.
5. Incrementar la dotación de policías en las zonas fronterizas para la persecución, fiscalización y sanción del crimen organizado.
6. Regular el proceso de la autodenuncia por ley, con sus respectivos pasos a seguir, y establecer un proceso de regularización una vez que la persona no tenga orden de expulsión en el país. Comunicar claramente los beneficios de la autodenuncia en comparación con un control de identidad no-voluntario, informando las consecuencias diferenciadas de ambas situaciones.
7. Promover el aumento de matrículas para NNA, sin distinción por su nacionalidad, en las comunas con alta demanda, resguardando que exista infraestructura y personal capacitado para garantizar un real acceso al derecho a la educación. Además, fomentar una distribución de población migrante a lo largo del territorio nacional, para evitar el colapso de los centros educativos.
8. Fortalecer el sistema de tramitación de residencias definitivas con la contratación de funcionarios adicionales encargados de la revisión de antecedentes y robustecer los sistemas informáticos de tal forma que se acorten los tiempos de espera.
9. Implementar medidas para que efectivamente se respete la vigencia de la cédula de identidad, mientras se encuentra en tramitación la residencia definitiva, de manera que las personas puedan acceder sin problemas a sus derechos sociales.

EL SISTEMA DE SALUD CHILENO EN TIEMPOS DE REFORMA: EVALUACIÓN DE UN MODELO SEGREGADO

Catalina Milos Sotomayor¹

SÍNTESIS

Este capítulo examina las debilidades del sistema de salud chileno y las propuestas de reforma que se encuentran actualmente en discusión para su mejora. El análisis se focaliza en las diferencias existentes entre los sistemas de salud público y privado en términos de acceso oportuno a servicios de calidad y, también, en los desafíos que ambos sistemas comparten, desde la perspectiva de los estándares internacionales de derechos humanos. El capítulo da cuenta de la precaria situación en que se encuentran el Fonasa e Isapres luego de la pandemia, con largas listas de espera y problemas de financiamiento. Critica la inacción del Poder Legislativo para abordar problemas de larga data que han sido identificados, desde el año 2010, por el Poder Judicial, en especial en materias de discriminación y falta de coberturas. El capítulo también evalúa las reformas que han sido propuestas en los últimos años para modificar el sistema de salud chileno, igualmente desde la perspectiva de derechos humanos. El trabajo concluye ofreciendo lineamientos respecto a los principales puntos que debieran ser abordados en una futura reforma al sistema de salud, que permita un acceso al derecho a la salud más equitativo e inclusivo.

PALABRAS CLAVES: *Derecho a la salud, sistemas de salud, no discriminación, segregación, cobertura universal de salud.*

¹ Abogada de la Universidad de Chile, LL.M. Duke Law School y S.J.D. The George Washington University Law School. Quisiera agradecer encarecidamente a Camila Farías Asencio y Canela Silva Jeldres, ayudantes de la Universidad Diego Portales, por su excelente trabajo de investigación que fue fundamental para completar este capítulo.

INTRODUCCIÓN

La crisis de las Instituciones de Salud Previsional (Isapres) y el colapso de los servicios de salud para tratar a niñas y niños durante este invierno han dejado, una vez más, expuestas las inconsistencias y debilidades que arrastra el sistema de salud chileno, desde hace décadas. El nivel de incertidumbre que existe, actualmente, respecto a la continuidad del sistema Isapres no tiene precedentes desde la vuelta a la democracia y está teniendo efectos adversos significativos en los y las usuarias, tanto del sistema privado como del sistema público de salud.

En este contexto, este capítulo explica, con datos recientes, cuáles son los desafíos más importantes que tiene nuestro sistema de salud desde la perspectiva del derecho humano a la salud consagrado en el PIDESC, así como también, cuáles son las reformas que se han propuesto para solucionar el estado actual de cosas. Finalmente, este estudio aporta, a la discusión en curso, lineamientos sobre cómo los estándares internacionales de derechos humanos debieran ser utilizados en la revisión de las bases institucionales del sistema de salud chileno.

La división entre los sistemas de aseguramiento público y privado es la base del sistema institucional de salud del país. Este sistema se diseñó durante los años 80 amparado bajo la noción de libertad de elección consagrada, como parte del derecho a la salud, en la Constitución de 1980. El sistema público y privado de salud se presentan como alternativas equivalentes, pero en la práctica el sector público opera en una situación estructural de desventaja que le impide competir en condiciones de igualdad, al tener el peso de hacerse cargo de los y las usuarias más pobres y con menor financiamiento.² En este contexto, se configuró un sistema en el cual la capacidad económica de cada persona sería clave para asegurar acceso a servicios de salud de mejor calidad y con mayor rapidez.

Esto generó, a lo largo de los años, segregación en términos del acceso a servicios de salud que las personas tienen y de la calidad de servicio que reciben en el país. Existen múltiples estudios que dan cuenta de esta realidad, donde se ha demostrado que el acceso a los servicios de salud es distinto en términos de financiamiento, calidad y oportunidad, dependiendo del tipo de usuario/a y de sus recursos económicos.³ Los y las usuarias del

² Judith Schönsteiner y otros, *Estudio de Línea Base sobre Empresas y Derechos Humanos en Chile*, Santiago, Centro de Derechos Humanos UDP, marzo 2016, p. 132.

³ Véase, por ejemplo, Comisión Asesora Presidencial para el Estudio y Propuesta de un Nuevo Régimen Jurídico para el Sistema de Salud Privado, *Informe Final*, 8 de octubre de 2014; Marcelo Drago, *La reforma al sistema de salud chileno desde la perspectiva de los derechos humanos*, CEPAL, 2006, pp. 24-25, 34.

sistema público han sido tratados con cerca de la mitad de los recursos que aquellos del sistema privado de salud, y encuestas de calidad de servicio han confirmado, año tras año, que el sistema de salud privado es evaluado con mayores índices de satisfacción usuaria.⁴ En materia de oportunidad de la atención, las listas de espera en el sistema público son un reflejo de las dificultades para otorgar servicios oportunos, como mostraremos en este capítulo.

Durante los años 2000, se produjeron avances con la incorporación del sistema AUGE (llamado también GES) que asegura la cobertura financiera y de acceso para tratar ciertos problemas de salud. Los problemas de salud cubiertos han aumentado progresivamente, lo que ha significado que hoy una parte mayoritaria de las prestaciones de salud otorgadas en nuestro país son cubiertas por GES.⁵ Este sistema ha tenido por objeto mejorar la calidad de los servicios de salud, otorgando garantías de accesibilidad, oportunidad, protección financiera y de calidad.⁶ Con la incorporación de una mayor cantidad de problemas de salud, GES ha mostrado ser efectivo para alcanzar un mayor grado de igualdad en el acceso a servicios de salud de calidad.⁷ Sin embargo, aún se mantienen enormes diferencias entre los y las usuarias del sistema privado y, también, entre los y las usuarias dentro de cada uno de los sistemas dependiendo de su capacidad monetaria.

Por cierto, los problemas mencionados se presentan a nivel mundial en mayor o menor medida en todos los sistemas de salud privados, públicos y mixtos. Ahora, en el caso de Chile, como explicaremos en este capítulo, son variados factores –a saber, falta de recursos en el sistema público, encarecimiento de los servicios de salud, problemas de competitividad en el mercado de las Isapres (por ejemplo, cautividad de los y las usuarias, barreras de entradas o reacomodo para nuevos actores e integración vertical con prestadores de salud)⁸ y la situación financiera de las Isapres– los que han generado la crisis que estamos viviendo. Actualmente, el sistema político está en busca de una solución de corto plazo a la crisis institucional de las

⁴ Comisión Asesora Presidencial Sistema de Salud Privado, op.cit., pp. 64-74; Superintendencia de Salud, *Estudios de satisfacción usuaria sistemas de salud*, 2014-2018.

⁵ Ver, por ejemplo, Úrsula Giedion y otros, *Health Benefit Plans in Latin America: A Regional Comparison*, 2014, p. 44; y Eduardo Missoni y Giorgio Solimano, *Towards Universal Health Coverage: The Chilean Experience*, World Health Organization, 2010, p. 14.

⁶ Ley 19.966, Establece un Régimen de Garantías Explícitas en Salud, 2004.

⁷ Jaime Burrows, “Inequalities and Healthcare Reform in Chile: Equity of What?”, *Journal of Medical Ethics*, 34, 2008, p. 13; Thomas J. Bossert y Thomas Leisewitz, “Innovation and Change in the Chilean Health System”, *New England Journal of Medicine*, 374, 2016, p. 2.

⁸ Ver, Tribunal de la Defensa de la Libre Competencia, Sentencia Rol 182/2022, 5 de septiembre de 2022, considerando 2.4; y Superintendencia de Salud, *Dossier sobre integración vertical y efectos en el sector privado de salud*, 4 de diciembre de 2017.

Isapres y, también, una de largo plazo que pueda armonizar, de mejor manera, los roles de los sistemas público y privado para que todas las personas tengan la posibilidad de acceder a prestaciones de salud de calidad y en tiempos oportunos.

Como veremos en este capítulo, el Poder Judicial, a través de una serie de sentencias, ha hecho evidente algunas de las deficiencias de nuestro sistema regulatorio, que no ha tenido la capacidad para ordenar a sus actores regulados, en particular, a las Isapres. Sin duda, el país necesita reformas que permitan una mayor accesibilidad de todas las personas a los servicios de salud. Asimismo, debe solucionar los problemas regulatorios del sistema privado de salud y enfrentar los desafíos generales que el sistema de salud tendrá, en los próximos años, debido al encarecimiento de las prestaciones, las presiones por tratamientos más especializados y el envejecimiento de la población.

En 2022, con la entrada en vigencia del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos, San Salvador, el Estado de Chile reforzó sus compromisos internacionales en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC).⁹ El derecho a la salud requiere que todo Estado tenga un sistema institucional que pueda proteger y garantizar el acceso a los servicios de salud sin discriminación. Si bien cada país tiene la libertad para determinar cómo operará su sistema de salud y, en particular, el rol de los actores privados en el mismo, hay consenso en relación a la necesidad de que exista una regulación adecuada para que estos actores puedan desempeñar, de buena forma, un rol de interés público, como lo es proveer el acceso a servicios de salud. Justamente en este punto nuestro sistema está fallando, lo cual provoca fuertes repercusiones en el sistema de salud público y, en particular, en los y las usuarias más vulnerables.

En este capítulo abordaremos los principales desafíos que nuestro sistema de salud está enfrentando y cómo el derecho internacional de los derechos humanos otorga importantes lineamientos para guiar una posible reforma. Revisaremos, en una primera parte, ciertos aspectos generales de la gobernanza del sistema de salud y, luego, en una segunda, examinaremos los principales estándares internacionales de derechos humanos en materia del derecho a la salud y los problemas que existen en el modelo chileno a la luz de esos estándares. En una tercera parte, explicaremos las principales

⁹ Ver, Ministerio de Relaciones Exteriores: “Chile deposita ante la OEA la ratificación del Protocolo de San Salvador”, 28 de julio de 2022; y Decreto 244, Promulga el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, “Protocolo de San Salvador”, 25 de octubre de 2022.

reformas que ya han sido propuestas para el sistema de salud, incluyendo la reciente propuesta de Ley Corta para reformar las Isapres, y, por último, entregaremos algunos lineamientos que apuntan a reformar el sistema de salud vigente en el país, desde la perspectiva de los derechos humanos.

Es importante advertir que este capítulo está centrado en la reforma institucional de los sistemas de salud, en términos de su estructura y las funciones generales de las aseguradoras y prestadores institucionales de salud. Dadas las limitaciones inherentes al tratamiento de temas de gran complejidad, este estudio sólo abarca el acceso a las prestaciones de salud médicas y no se incorporan en el análisis aspectos claves en la protección de la salud de la población, como son las medidas de promoción de la salud, prevención y control de enfermedades, incluyendo el crítico rol que juegan los determinantes de la salud.

1. BREVE RESEÑA SOBRE EL SISTEMA DE SALUD CHILENO

Desde una perspectiva comparada, nuestro sistema de salud es mixto, es decir, funciona con la participación de actores públicos y privados, como muchos otros en el mundo. El modelo chileno tiene, asimismo, características propias de los modelos clásicos de sistemas de salud: Bismarck (al provenir el financiamiento de descuentos salariales) y National Health Insurance (al existir el Fonasa Nacional de Salud –Fonasa– y GES para todas las personas residentes). Sin embargo, considerando las diferencias entre los sistemas de salud Fonasa e Isapres y los incentivos para acceder a prestadores privados sin regulación de precios, nuestro modelo puede ser catalogado como Out-of-Pocket “atenuado,”¹⁰ ya que solo quienes poseen recursos económicos tienen acceso al mercado de servicios de salud, pero al mismo tiempo el sistema público provee acceso a servicios de salud de forma subsidiaria. Esto se diferencia de los otros dos modelos antes mencionados que están basados en el acceso único universal, la solidaridad y servicios provistos sin fines de lucro y/o con regulaciones de precios.

Una de las características distintivas de nuestro sistema es que las aseguradoras privadas desempeñan un rol equivalente a las de un seguro público y que tienen fines de lucro. La participación de actores privados en nuestro modelo de salud es tanto a nivel de aseguradoras como de prestadores privados de salud, y existe una parte del sistema de salud (seguro privado

¹⁰ Physicians for a National Health Program, “Health Care Systems - Four Basic Models”. https://www.pnhp.org/single_payer_resources/health_care_systems_four_basic_models.php.

utilizado en conjunto con prestadores privados de salud) que tiene regulaciones mínimas, especialmente en lo referido a los precios.

También se ha entendido que cada sistema puede ser clasificado dependiendo de si está más cercano a una dinámica de mercado o a políticas de solidaridad. Bajo esta distinción, Chile, al privatizar su sistema de salud, se posiciona más cerca de un modelo de salud de mercado al no tener mayores restricciones para la participación de actores privados.¹¹ Como veremos, la falta de regulación constituye una de las deficiencias del modelo que rige en nuestro país, evaluado desde la perspectiva del derecho humano a la salud, carencia que podría ser mitigada, de acuerdo a lo que muestra la experiencia comparada.

1.1. Cómo funcionan los sistemas público y privado de salud

Chile brinda cobertura universal de salud a sus residentes a través de un sistema de seguro de salud dual, que ha tenido resultados positivos en la mejora de los resultados de salud para la mayoría de la población. No obstante, existen considerables disparidades en el acceso oportuno y la calidad entre los servicios ofrecidos por los sectores público y privado, quedando sin resolver cuestiones relativas a la equidad.

Gran parte de los residentes en Chile (80%) están afiliados al sistema de seguro público, el Fonasa, que cubre los servicios de salud, primariamente, a través de una red de prestadores públicos. Un segmento más pequeño de la población (16%) paga por el acceso a seguros privados (Isapres) y prestadores privados que a menudo brindan servicios de mejor calidad. El 4% restante de la población está prácticamente en su totalidad en el sistema de las Fuerzas Armadas y Carabineros, también de carácter público.¹² Esto significa que la cobertura de seguro de salud en Chile es cercana al 100%.¹³

Los y las usuarias del Fonasa pueden acceder a prestadores privados y públicos, dependiendo de si tienen acceso al sistema de Modalidad de Atención Institucional (MAI) o de Modalidad de Libre Elección (MLE). Los prestadores públicos son parte de una red administrada por 29 Servicios Nacionales de Salud (SNS) locales dependientes del Ministerio de Salud, a los que recurre el Fonasa para la prestación de servicios de salud bajo la MAI. Sólo los y las usuarias de Fonasa en MLE pueden acceder a

¹¹ Audrey R. Chapman, *Global Health, Human Rights and the Challenge of Neoliberal Policies*, Cambridge University Press, 2016, pp. 75y 299.

¹² Al respecto, véase, información compilada en Tabla No. 7, data de año 2022 y Paula Benavides y otros, *Sistema Público de Salud. Situación actual y proyecciones fiscales 2013-2050*, 2013, p. 9. Ver, también, Datos abiertos de Fonasa, <https://www.fonasa.cl/sites/fofonsa/datos-abiertos>.

¹³ Úrsula Giedion y otros, *Health Benefit Plans in Latin America: a Regional Comparison*, Banco Interamericano del Desarrollo, 2014, p. 47.

prestadores privados de salud con los cuales Fonasa tenga convenio (Grupos B, C y D). Los y las usuarias de Fonasa pertenecientes al Grupo A (20%, que corresponde a personas carentes de recursos), solo tienen acceso a prestadores públicos a través de la MAI.¹⁴ Por su parte, los y las usuarias de Isapres también pueden acceder a ambos tipos de prestadores, pero por lo general utilizan los privados en convenio con su plan de salud, ya que pueden obtener las prestaciones de salud requeridas con mejores tarifas y/o mayor celeridad.

Debido al costo adicional en copagos, en general, los prestadores públicos tienen mayor demanda que los prestadores privados, pero en estos últimos años los privados están desempeñando un papel cada vez más importante en algunas áreas. Por ejemplo, en 2013, más del 60% de las consultas médicas con especialistas a nivel nacional fueron realizadas por médicos que trabajan en el sector privado. De igual manera, un estudio de la Asociación Gremial de Clínicas de Chile estimó que el 52% de las usuarias de Fonasa tuvieron sus partos en un prestador privado.¹⁵

El sistema GES es transversal y se aplica tanto respecto de los y las usuarias del Fonasa como de Isapres. El programa GES partió con sólo 25 problemas de salud que han ido aumentando a lo largo de los años hasta llegar a 87 problemas cubiertos el día de hoy.¹⁶ GES asegura cuatro tipos de garantías para los problemas de salud cubiertos: (a) acceso: a un prestador de salud, (b) oportunidad: fijando un plazo máximo para otorgar el servicio, (c) financiera: estableciendo un copago máximo del 20% y fijando aranceles, (d) calidad: otorgando prestaciones en prestadores acreditados.¹⁷ Las ventajas de GES son múltiples, las prestaciones que otorga tienen una garantía financiera lo que significa que están sujetas a regulación de precios y existe un arancel para cada problema de salud respecto del cual las personas tienen asegurado un copago regulado. También existe una garantía de oportunidad que contempla plazos para las distintas prestaciones que se incluyen respecto de cada problema de salud y una garantía de calidad que requiere que los prestadores que otorguen estas prestaciones GES estén acreditados. Cabe señalar, sin embargo, que GES excluye a los y las usuarias

¹⁴ Fonasa, *Cuenta Pública Fonasa 2022*, p. 5.

¹⁵ Al respecto, ver, data de 2013 en DEIS, <https://deis.minsal.cl/>; Clínicas de Chile A.G., *Dimensión del Sector de Salud Privado en Chile*, 2016, p. 19.

¹⁶ Véase, Decreto 72, Aprueba Garantías Explícitas de Salud, 2022.

¹⁷ Ley 19.966, op. cit., artículos 2 y 4.

del sistema de salud de Carabineros y Fuerzas Armadas y esto ha sido una fuente de crítica desde la perspectiva de la no discriminación.

Todas las características de GES hacen que la experiencia de ser atendido bajo esta modalidad se parezca mucho más a la de un seguro único. En esta modalidad es el Estado, mediante regulación, el que define las condiciones de atención frente a los servicios que han sido definidos como esenciales para tratar una determinada enfermedad. Las Isapres, en estos casos, deben proveer los servicios cubiertos por las garantías GES bajo ciertas reglas que les impiden fijar los precios que deseen y las obliga a responder en determinados plazos. Similares obligaciones recaen sobre el Fonasa, que ha recurrido a la firma de convenios con prestadores privados para poder hacer frente a los requerimientos de oportunidad del programa.

Otras características claves de nuestro sistema de salud, que han ido alterando la forma en que se provee y prioriza el otorgamiento de los servicios de salud, son la Ley de Urgencia y la Ley Ricarte Soto. La primera, obliga al Estado a pagar por atenciones que son requeridas cuando una persona está en “riesgo vital” en cualquier prestador público o privado, lo que puede significar que Fonasa, en algunos casos, deba pagar a precio de mercado prestaciones en el sistema privado de salud.¹⁸ La Ley Ricarte Soto, por su parte, opera de forma similar a GES, asegurando que respecto de ciertos problemas de salud de alto costo, el Estado provea acceso a determinadas prestaciones previamente definidas y a precios regulados (en su mayoría medicamentos muy caros).¹⁹

1.2. Financiamiento de ambos sistemas

El financiamiento de los sistemas de seguro de salud público y privado difiere ampliamente. Todo trabajador o trabajadora debe contribuir con el 7% de su salario bruto al sistema de seguros público o privado. Este aporte salarial, que no es propiamente un impuesto, va directamente a Fonasa o Isapres, y tiene un tope que se aplica a los salarios más altos.²⁰

Las Isapres son financiadas íntegramente por sus usuarios y usuarias, a través del aporte del 7% del salario, tarifas adicionales para mejorar los planes y copagos por servicios. En el caso de Fonasa, los fondos de los aportes salariales se complementan con impuestos generales y hasta 2022 con

¹⁸ DFL 1, Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley 2763 de 1978 y de las Leyes 1833 y 18469, 2006, artículos 141 y 143; Decreto 369, Aprueba reglamento del régimen de prestadores de salud, 1986, artículo 3.

¹⁹ Ley 20.850, Crea un sistema de protección financiera para diagnósticos y tratamientos de alto costo y rinde homenaje póstumo a don Luis Ricarte Soto Gallegos, 2015, artículo 1.

²⁰ Decreto Ley 3500, Establece nuevo sistema de pensiones, 1980, artículo 84.

copagos provenientes de los ingresos de cada persona (en 2022 se aprobó copago 0 para la generalidad de los y las usuarias de Fonasa).²¹

El esquema de financiamiento de los y las usuarias de Isapres y Fonasa se ha caracterizado por ser desigual, regresivo y poco solidario. Es desigual, porque el gasto histórico por persona en el Fonasa ha sido aproximadamente la mitad que en Isapres.²² Es regresivo, porque las deducciones salariales de las personas de mayores ingresos son inferiores al 7% que la población en general está obligada a pagar, y carece de solidaridad dado que los riesgos y costos solo se reparten entre los y las usuarias de cada sistema. A esto se suma el hecho de que Fonasa absorbe en forma desproporcionada a poblaciones de mayor riesgo, en particular mujeres, personas mayores y de menores ingresos económicos, quienes se ven ante la imposibilidad de pagar los planes privados.²³

1.3. Las agencias reguladoras y el rol de los Tribunales Superiores de Justicia

El Ministerio de Salud (en adelante, Ministerio) y la Superintendencia de Salud (en adelante, SS) son las agencias reguladoras más relevantes del sistema de salud en Chile. Existe una división de funciones entre el Ministerio y la SS: el primero se centra en la formulación de políticas y normas y el segundo organismo está a cargo de la supervisión, las sanciones y la adjudicación de casos.²⁴ Si bien la SS es responsable de supervisar a Fonasa, Isapres y prestadores de salud tanto públicos como privados, la mayor amplitud de las atribuciones legales que tiene respecto de las Isapres ha significado que su trabajo esté en gran medida focalizado en controlar a estos actores.²⁵

Existen, además, funciones regulatorias importantes que no son realizadas por el Ministerio ni por la SS, debido a la falta de competencias legales oportunas incluso para regular adecuadamente a las Isapres. Algunos campos de acción no regulados incluyen, por ejemplo, las controversias por cobertura de los servicios de salud, el alza de precios de los planes de salud y la aplicación de las tablas de factores. Debido al vacío regulatorio en estas materias, las Cortes de Apelaciones y Suprema, a través de miles de recursos de protección, han desempeñado, durante la última década, un importante

²¹ DFL 1, 2006, artículos 160 y 161.

²² Comisión Asesora Presidencial Sistema de Salud Privado, op.cit., pp. 64-74. Véase también, Carla Castillo-Laborde y otros, "Health Insurance Scheme Performance and Effects on Health and Health Inequalities in Chile", *International Journal of Cuban Health and Medicine*, 19, 2017, p. 1457.

²³ Véase, por ejemplo, José Acuña y Andrés Hernando, *Reforma de salud y sus implicancias en la clase media*, Ediciones UDP, 2022.

²⁴ DFL 1, 2006, artículos 4 y 107.

²⁵ *Ibíd.*, artículos 110 y 115.

rol en éstos y otros temas relevantes para la protección del derecho a la salud.²⁶ La falta de actividad legislativa y regulatoria frente a las señales que el Poder Judicial ha enviado al sistema político, ha generado esta situación anómala de extrema judicialización de ciertas materias vinculadas al acceso a los servicios de salud, realidad que se ha vuelto perjudicial para la mayoría de los y las usuarias del sistema de salud chileno. Los recursos de protección contra las Isapres han desbordado al aparato judicial y solo se han traducido en soluciones puntuales, sin generarse los cambios estructurales que el sistema requiere para una distribución eficiente y equitativa de los servicios de salud.

2. PROBLEMAS IDENTIFICADOS EN EL SISTEMA DE SALUD CHILENO DESDE UNA PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS

Los problemas de nuestro sistema de salud son múltiples y, como ya adelantamos, muchos de ellos están vinculados a la segregación y las diferencias existentes entre la experiencia pública y privada. Estos también están vinculados al régimen regulatorio laxo al que las Isapres han estado sometidas, que incluso parece menos estricto que el régimen aplicable a los prestadores de salud privados. A continuación, explicaremos con mayor detalle cuáles son estos problemas, pero primero daremos una breve revisión a los estándares internacionales en materia de derecho a la salud para comprender, de mejor manera, estos desafíos y sus posibles soluciones.

2.1. Los estándares de derecho internacional de los derechos humanos en materia de derecho a la salud

El desarrollo del contenido y alcance del derecho a la salud en el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) es extensivo y abarca diversas dimensiones institucionales que son de utilidad para la discusión que este capítulo tiene por objeto abordar.²⁷ Considerando lo anterior, la revisión de estándares aquí ofrecida no abarca todas las materias desarrolladas a nivel internacional, sino solo aquellas más relevantes para abordar

²⁶ Constitución Política de la República, artículo 20.

²⁷ El derecho a la salud, además de estar consagrado en la Constitución Política de Chile (1980), se encuentra consagrado en múltiples tratados internacionales ratificados por nuestro país: Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, artículo 12; Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 26; Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 10; Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, artículo 5 apartado e); Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, artículo 12; Convención sobre la Protección de los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, artículo 28; Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 24; Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, artículo 25.

reformas institucionales a los sistemas de salud nacionales, que permitan proveer servicios de salud a la población de forma equitativa.

En primer lugar, cabe clarificar que el derecho a la salud ha sido entendido por el derecho internacional no como el derecho a “estar sano”, sino como un conjunto de derechos y libertades que le permiten a cada persona controlar su salud y su cuerpo y acceder a un sistema de protección que “brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud”.²⁸ El derecho a la salud “no solo abarca la atención de salud oportuna sino que también los principales factores determinantes de la salud.”²⁹ Es importante aclarar que el derecho a la salud es interdependiente de otros derechos. Por ello, muchas veces, su vulneración está ligada al derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, al derecho a vivir en un medioambiente sano y el debido proceso, entre otros.

El DIDH le otorga a cada Estado cierta discrecionalidad con el fin de “adoptar las medidas que sean necesarias para que toda persona tenga acceso a los establecimientos, bienes y servicios de salud y pueda gozar cuanto antes del más alto nivel posible de salud física y mental.”³⁰ Este entendimiento del derecho a la salud toma en consideración que muchos Estados tienen limitaciones en sus recursos disponibles y promueve que dirijan suficientes recursos al sector de la salud (en función de sus limitaciones) y que se realice de forma costo-efectiva.

Adicionalmente, otro concepto clave para entender el derecho a la salud es el de *realización progresiva*, que reconoce los recursos limitados de los Estados para implementar los derechos económicos, sociales y culturales. Esta obligación, sin embargo, obliga a gastar más en salud a medida que existan mayores recursos disponibles, requiriendo que los Estados avancen de la forma “más expedita y eficazmente posible hacia la plena realización” del derecho a la salud.³¹ En este contexto, existe una fuerte presunción de que no son permisibles medidas regresivas en relación con este derecho. Un fructífero desarrollo a nivel doctrinal ha estado centrado en cómo fiscalizar que el Estado esté cumpliendo con estas obligaciones de progresividad

²⁸ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 14 (2000), El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), párr. 8.

²⁹ *Ibíd.*, párr. 11.

³⁰ *Ibíd.*, párr. 53. Para estándares internacionales en materia de derecho a la salud ver también, *Informe 2020*, pp. 462-463; *Informe 2019*, pp. 454-455 e *Informe 2013*, pp. 198-200.

³¹ Comité DESC OG 14, *op.cit.*, párr. 31. Ver también, Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 2.1, Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 26 y Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador,” artículo 1 (todos tratados ratificados por Chile).

y no regresividad, lo que ha significado cuestionarlo por sus decisiones presupuestarias.³²

Otra obligación de efecto inmediato –clave para entender el alcance del derecho a la salud– es la no discriminación e igualdad de trato.³³ El Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales “prohíbe todo tipo discriminación en lo referente al acceso a la atención de la salud” y hace hincapié en la igualdad de acceso a la atención de la salud y a los servicios de salud.³⁴ En este contexto, el Comité de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) ha señalado que los Estados tienen:

La obligación especial de proporcionar seguro médico y los centros de atención de la salud necesarios a quienes carezcan de medios suficientes, y, al garantizar la atención de la salud y proporcionar servicios de salud, impedir toda discriminación basada en motivos internacionalmente prohibidos, en especial por lo que respecta a las obligaciones fundamentales del derecho a la salud. Una asignación inadecuada de recursos para la salud puede dar lugar a una discriminación que tal vez no sea manifiesta.³⁵

Adicionalmente, el Comité ha considerado como parte de las obligaciones básicas relacionadas con el derecho a la salud (mínimos), el “garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, en especial por lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados” y “velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud”.³⁶ Estas obligaciones mínimas se han entendido como de aplicación inmediata.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) tiene, además, una extensa jurisprudencia sobre el acceso al derecho a salud de grupos en condiciones de vulnerabilidad, incluyendo la relativa a los derechos de las mujeres, las poblaciones indígenas y las personas privadas de libertad. En particular, respecto a las desigualdades económicas y el acceso a los servicios de salud, ha reconocido que “las personas que viven en una situación de pobreza a menudo tienen un acceso inequitativo a los servicios

³² Olivier De Schutter, “Public Budgeting Analysis for the Realization of Economic, Social and Cultural Rights: Conceptual Framework and Practical Implementation”, en Katharine Young, (ed.), *The Future of Economic and Social Rights*, Cambridge University Press, 2019, p. 527.

³³ Comité DESC OG 14, op.cit., párr. 30.

³⁴ *Ibíd.*, párr. 18.

³⁵ *Ibíd.*, párr. 19.

³⁶ *Ibíd.*, párr. 43 a) y e).

e información en materia de salud, lo que los expone a un mayor riesgo de infección y de recibir una atención médica inadecuada o incompleta.”³⁷

Finalmente, se ha señalado por el Comité DESC que las acciones nacionales de salud deben basarse en los “principios de rendición de cuentas, la transparencia y la independencia judicial” y la participación de la población, entendiéndose que estos principios son claves para tener un “buen gobierno” que implemente el derecho a la salud de forma adecuada.³⁸

2.1.1. Obligaciones generales

El derecho a la salud, como parte de un conjunto de derechos económicos, sociales y culturales, tiene ciertas características generales que son claves para comprender el desarrollo de estándares más específicos. Respecto de todo derecho humano existen tres obligaciones generales que los Estados subscriptores de un tratado internacional que contenga derechos humanos deben resguardar. Esas obligaciones adquieren un carácter especial en el contexto del derecho a la salud.

(1) Respetar: obligación de abstenerse de denegar o limitar el acceso igual de todas las personas a los servicios de salud.³⁹

(2) Proteger: obligación de adoptar legislación adecuada para asegurar el acceso igualitario a la salud y a los servicios de salud proveídos por terceras partes.⁴⁰

(3) Garantizar (o cumplir): deber de configurar un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales al acceso a servicios de salud y bienes, y condiciones para alcanzar el más alto nivel posible de salud.⁴¹

(4) La obligación de promover (o facilitar): deber de adoptar medidas positivas que ayuden a las personas a ejercer el derecho a la salud.⁴²

Ha existido un desarrollo relevante en la jurisprudencia de la Corte IDH sobre el alcance de la obligación de proteger. La Corte ha entendido que la atención médica es un “bien público” y que los Estados “tienen el deber de regular y fiscalizar toda la asistencia de salud prestada a las personas bajo su jurisdicción...independientemente de si la entidad que presta tales

³⁷ Corte IDH, *Cuscul Pivaral y otros contra Guatemala*, 23 de agosto de 2018, párr. 131.

³⁸ Comité DESC OG 14, op.cit, párrs.54 y 55.

³⁹ *Ibíd.*, párrs. 8, 34 y 50.

⁴⁰ *Ibíd.*, párrs. 35 y 51.

⁴¹ *Ibíd.*, párrs. 8, 36 y 52.

⁴² *Ibíd.*, párrs. 33 y 37. Ver también, *Informe 2020*, pp. 462-463.

servicios es de carácter público o privado.”⁴³ La Corte, siguiendo al Comité DESC, considera que si bien los Estados pueden delegar la prestación de servicios públicos a entidades privadas, debe existir fiscalización de estas funciones, y los servicios no pueden ser provistos bajo cualquier forma de discriminación.⁴⁴ Dentro de estas obligaciones de fiscalización, la Corte ha entendido que están las de inspeccionar que las instituciones privadas tengan mecanismos para presentar, investigar y resolver quejas.⁴⁵

El caso *Vera Rojas contra Chile*, de 2021, ante la Corte IDH desarrolla el alcance de la obligación de garantizar en el contexto de la protección de la salud, estableciendo que:

El Tribunal recuerda que la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comparta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.⁴⁶

En particular, menciona, respecto del rol de las Isapres, que existe un “deber de prevenir, en la esfera privada, que terceros vulneren los bienes jurídicos protegidos”.⁴⁷ En este sentido, la Corte aclara que se deben crear mecanismos adecuados para inspeccionar estas instituciones privadas e investigar y resolver quejas.⁴⁸ Y aclara que, en el contexto chileno, el financiamiento proveído por instituciones privadas a través del aseguramiento, es un servicio de naturaleza pública que debe ser regulado y fiscalizado, por representar un aspecto clave del acceso a los servicios de salud. Parte de esta fiscalización busca asegurar que las personas no sean sometidas a restricciones arbitrarias o poco razonables en su cobertura financiera a los servicios de salud, que es justamente el problema identificado en este caso.⁴⁹ La Corte concluye que el Estado incumplió su deber de regulación, al considerar que una circular de la Superintendencia de Salud habría per-

⁴³ Corte IDH, *Ximenes Lopes contra Brasil*, 4 de julio de 2006, párr. 89. Ver también, Corte IDH, *Suarez Peralta contra Ecuador*, 21 de mayo de 2013, párr. 144; Corte IDH, *Gonzales Lluy y otros contra Ecuador*, 1 de septiembre de 2015, párrs. 177 y 184; Corte IDH, *Cuscul Pivaral y otros contra Guatemala*, 23 de agosto de 2018, párr. 106.

⁴⁴ Corte IDH, *Ximenes Lopes contra Brasil*, 4 de julio de 2006, párr. 96 y ss.

⁴⁵ *Ibíd.* párr. 99.

⁴⁶ Corte IDH, *Vera Rojas contra Chile*, 1 de octubre de 2021, párr. 82.

⁴⁷ *Ibíd.*, párr. 83.

⁴⁸ *Ibíd.*, párr. 90.

⁴⁹ *Ibíd.*, párr. 114.

mitido la denegación de la cobertura que Martina Vera requería para su adecuado tratamiento.⁵⁰

2.1.2. Elementos esenciales del derecho a la salud

Adicionalmente, el Comité DESC ha desarrollado cuatro elementos esenciales del derecho a la salud, que resumen de buena forma los estándares anteriormente mencionados y otorgan importantes lineamientos respecto a cómo un sistema de salud debe ser configurado a nivel nacional, siguiendo los estándares de derechos humanos. Estos son:

- (1) Disponibilidad: Contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de salud, así como programas.
- (2) Accesibilidad: No discriminación, accesibilidad física, accesibilidad económica (asequibilidad) y acceso a la información.
- (3) Aceptabilidad: todos los establecimientos, bienes y servicios de salud “deben ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados”.
- (4) Calidad: los establecimientos, bienes y servicios “deben ser apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad.”⁵¹

2.2. Problemas identificados en el sistema de salud chileno

A continuación, revisaremos los principales problemas que tiene el sistema de salud chileno, identificados en esta investigación, a la luz de los estándares internacionales de derechos humanos. Este diagnóstico se basa en estudios previos y también en datos recolectados para este *Informe* en años recientes (2019-2023). Muchos de estos problemas son de larga data y la información mencionada en este capítulo solo confirma tendencias anteriores que se pueden haber visto exacerbadas por la pandemia de Covid-19 y la crisis institucional del sistema de salud explicada con anterioridad en la sección introductoria de este capítulo.

2.2.1. Falta de equidad entre el sistema de salud público y privado

El primer problema identificado, mencionado en distintas partes de este capítulo, es el relativo a la falta de igualdad en el acceso a los servicios de salud

⁵⁰ *Ibíd.*, párr. 177.

⁵¹ Comité DESC OG 14, *op.cit.*, párr. 12. Ver también, *Informe 2020*, p. 462; Corte IDH, *Gonzales Luy y otros contra Ecuador*, 1 de septiembre de 2015, párr. 173; y, también, Corte IDH, *Poblete Vilches y otros contra Chile*, 8 de marzo de 2018, párr. 121; Corte IDH, *Hernández contra Argentina*, 22 de noviembre de 2019, párr. 77; Corte IDH, *Vera Rojas contra Chile*, 1 de octubre de 202, párr. 100.

en el sistema chileno. En el examen periódico universal de Chile de 2015, el Comité DESC llama la atención al país respecto a lo limitado del acceso a la salud para grupos marginados y desfavorecidos, recomendando al Estado que asigne recursos suficientes al sector de la salud, prestando especial atención a las necesidades de los grupos en condición de vulnerabilidad.⁵² Recomendación similar fue realizada a nuestro país en el examen periódico universal de 2019.⁵³

El Fonasa, históricamente ha absorbido a grupos de más vulnerabilidad y costo, sin tener mayor financiamiento. Grupos como mujeres y personas mayores están sobrerrepresentados en el sistema de aseguramiento público.⁵⁴ También, como se ha mencionado anteriormente, el sistema de salud se financia en Chile de forma regresiva porque descuenta de los salarios de todas las personas un 7% con un tope de salario de 81,6 UF (3.000.000 pesos aprox.). Todas aquellas personas que tengan sueldos superiores al tope estarán aportando menos del 7% de sus salarios, a diferencia de las personas de menos recursos que si contribuyen con ese porcentaje.

Otro problema relativo a la de equidad se puede observar en las diferencias en la calidad de los servicios, ámbito donde se han identificado disimilitudes relevantes en términos de oportunidad y cobertura. Información solicitada para esta investigación confirma diferencias en temas de oportunidad. Si bien el retraso en el otorgamiento de garantías GES no ha sido históricamente un problema relevante para los y las usuarias de Isapres, a partir del año 2020 la Superintendencia de Salud comienza a registrar las garantías GES retrasadas combinadas, dando cuenta de un alza significativa de los reclamos de los y las usuarias de Isapres por garantía de acceso y de oportunidad.⁵⁵ De acuerdo a la información proporcionada por la Superintendencia, se puede apreciar un número acumulado de prestaciones atrasadas relevante al inicio del año 2023, con algunas garantías pendientes que se acumulan de años anteriores.

⁵² Comité DESC, *Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Chile*, 7 de julio de 2015.

⁵³ Consejo de Derechos Humanos, *Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal 32º período de sesiones 21 de enero a 1 de febrero de 2019, Recopilación sobre Chile*, 16 de noviembre de 2018, párr. 56.

⁵⁴ Ver, Comisión Asesora Presidencial para el Sistema de Salud Privado, op.cit., p. 74; José Acuña y Andrés Hernando, *Reforma de salud y sus implicancias en la clase media*, OCEC Universidad Diego Portales, 2022, p.1.

⁵⁵ Superintendencia de Salud, Solicitud de información AO0006T0006444, de fecha 2 de marzo de 2023. Ver también Tabla 6 abajo.

Tabla 1. Garantías retrasadas ante Isapres en todos los problemas de salud GES combinados al mes de febrero de 2023, desglosadas por año (2019-2022).

Años	2020	2021	2022	Total, a fecha límite.
Total garantías retrasadas todas las Isapres.	63	676	1.681	2.420 ⁵⁶

Fuente: Superintendencia de Salud, 2023. Solicitud de información No. AO006T0006444 de 2 de marzo de 2023.

Notas: (i) Información sobre garantías retrasadas acumuladas a la fecha de febrero de 2023. (ii) La Superintendencia solo compila el promedio de días de retraso por Isapre por lo que no ha sido agregada esta información a la tabla.

Sin embargo, los números son significativamente mayores respecto de los y las usuarias de Fonasa en el retraso de las garantías GES. En la tabla, a continuación, se puede ver una tendencia a un mayor número de casos acumulados, también a partir del año 2020:

Tabla 2. Retrasos garantía de oportunidad GES en los y las usuarias del Fonasa combinados por total de garantías retrasadas y número promedio de días de espera por año (2019-2022).

Años	2019	2020	2021	2022
Total retrasos	7.944	52.526	54.333	61.191 ⁵⁷
Promedio de número de días de retraso	66	132	155	157

Fuente: DIGERA, información entregada por la Subsecretaría de Redes Asistenciales del Ministerio de Salud, 2023. Requerimiento de información AO002T0007387, de 18 de mayo de 2013.

Nota: la fecha de corte para cada año es el 31 de diciembre.

Es importante señalar que la información entregada por el Fonasa es distinta a la compartida por la Superintendencia. En el caso del Fonasa, se

⁵⁶ Problemas GES con más retraso en Isapres son: 1. Depresión en personas de 15 años y más (273); 2. Hipertensión arterial primaria o esencial en personas de 15 años y más (251); 3. Asma bronquial moderada y grave en menores de 15 años (193); 4. Diabetes mellitus tipo 2 (190); y 5. Hipotiroidismo en personas de 15 años y más (147).

⁵⁷ Los problemas GES con más retraso en Fonasa son: 1. Cataratas (12.427); 2. Vicios de Refracción (6.635); 3. Ayudas Técnicas (5.171); 4. Retinopatía Diabética (4.542); y 5. Cáncer Cervicouterino (4.346). Véase, Solicitud de información Fonasa AO004T0005785 de 11 de abril de 2023.

entrega información de garantías atrasadas por año a la fecha de corte 31 de diciembre, por lo cual se puede apreciar una tendencia a través de los años. En el caso de la información compartida por la Superintendencia solo tenemos una fotografía de cuántas son las garantías retrasadas por año en una fecha particular (febrero de 2023). A pesar de estas diferencias metodológicas, es posible concluir que existe un significativo mayor número de garantías GES retrasadas en Fonasa en comparación con Isapres y también un aumento sustantivo en el retraso de estas prestaciones a partir del año 2020 en el sistema público y privado, incluyendo los días de retraso promedio.

Las cifras del Fonasa de 2020 representan un crecimiento de 561% respecto a lo informado en el mes de diciembre de 2019. Al 31 de diciembre de 2022, los retrasos por la pandemia seguían siendo considerables si se compara con las cifras de 2019 (7.944 vs. 61.191). Cabe destacar, sin embargo, que información pública del Ministerio de Salud a diciembre de 2022, muestra que se ha realizado un esfuerzo por abordar el problema de las listas de espera, GES reportando un aumento en el número de consultas por especialidades médicas, consultas nuevas odontológicas e intervenciones quirúrgicas en un 20,16%, un 49,26% y un 30,96%, respectivamente, en relación con el mismo período del año 2021.⁵⁸

Este reporte muestra, sin embargo, que, al 31 de diciembre de 2022, la distribución de garantías GES retrasadas por sexo en el sistema público, es significativamente desigual: 39.026 garantías retrasadas son respecto de pacientes de mujeres (63,7%) y 22.162 respecto de hombres (36,2%).⁵⁹ La diferencia es significativa si se toma en consideración que la población femenina en Fonasa (52,4%) es solo levemente superior a la masculina (47,6%).⁶⁰ Las razones de esta desproporción, sin duda, requiere mayor estudio y de no existir una justificación razonable podríamos estar frente a discriminación directa o indirecta por sexo en relación a la atención oportuna por prestaciones cubiertas por las garantías GES.⁶¹

Información enviada por el Ministerio de Salud confirma, adicionalmente, el alto número de pacientes en lista de espera por prestaciones no GES en el sistema público, incluyendo personas que se encuentran espe-

⁵⁸ Véase, Ministerio de Salud, *Glosa No. 6: Garantías de Oportunidad GES Retrasadas y Lista de Espera No GES al cuarto trimestre de 2022*, 27 de enero de 2023, pp. 4-5.

⁵⁹ *Ibíd.*, p. 6. En 3 garantías retrasadas el sexo es no definido. Total: 61.191.

⁶⁰ Fonasa Tabla interactiva, 2022 (Mujeres: 8.180.051, hombres: 7.432.827 y sin información: 706).

⁶¹ Véase, Ministerio de Salud, *Glosa No. 6 Garantías de Oportunidad GES Retrasadas*, op. cit., p. 6.

rando por una consulta nueva de especialidad (a la espera de una consulta médica con un especialista) y por intervención quirúrgica no-GES.

Tabla 3. Cantidad de pacientes en lista de espera por consulta nueva de especialidad y por intervención quirúrgica en todos los Servicios de Salud combinados (2019-2022).

Descriptor / año	2019	2020	2021	2022
No. de personas en lista de espera por consulta nueva de especialidad.	1.653.555	1.648.945	1.692.188	1.837.645
No. de personas en lista de espera por intervención quirúrgica.	258.297	254.529	280.970	267.380

Fuente: SIGFE, información entregada por la Subsecretaría de Redes Asistenciales del Ministerio de Salud, 2023. Requerimiento de información AO002T0007387 de 18 de mayo de 2023.

Existen datos en especial preocupantes respecto a ciertos Servicios de Salud que tienen números de pacientes en listas de espera considerablemente mayores si se comparan diferentes regiones del país. A continuación, se pueden ver los datos por región y número proporcional de población usuaria de Fonasa en 2022.

Tabla 4: Porcentaje de pacientes en lista de espera por consulta nueva de especialidad y por intervención quirúrgica en todos los Servicios de Salud por región (2022).

Región	Población total usuaria Fonasa (%).	Servicio de Salud.	No. de personas en lista de espera por consulta nueva de especialidad.	Porcentaje respecto al total nacional Fonasa.	No. de personas en lista de espera por intervención quirúrgica.	Porcentaje respecto al total nacional Fonasa.
Arica y Parinacota	223.720 (1,43%)	Arica	17.322	0,94%	3.535	1,32%
Tarapacá	322.711 (2,07%)	Iquique	30.685	1,66%	3.957	1,48%
Antofagasta	495.329 (3,17%)	Antofagasta	51.635	2,79%	5.588	2,09%

Región	Población total usuaria Fonasa (%).	Servicio de Salud.	No. de personas en lista de espera por consulta nueva de especialidad.	Porcentaje respecto al total nacional Fonasa.	No. de personas en lista de espera por intervención quirúrgica.	Porcentaje respecto al total nacional Fonasa.
Atacama	268.335 (1,72%)	Atacama	29.237	1,58%	4.840	1,81%
Coquimbo	725.960 (4,65%)	Coquimbo	78.321	4,23%	11.300	4,22%
Valparaíso	1.625.358 (10,41%)	Valparaíso-San Antonio	52.217	10,77%	8.292	10,48%
		Viña del Mar-Quillota	123.418		14.320	
		Aconcagua	23.776		5.455	
Metropolitana	5.680.677 (36,38%)	M. Norte	117.141	32,07%	12.372	25,03%
		M. Occidente	120.559		10.029	
		M. Central	68.888		9.839	
		M. Oriente	80.667		9.475	
		M. Sur	100.922		9.645	
		M. Sur Oriente	105.652		15.711	
Liberador Bernardo O'Higgins	857.620 (5,49%)	O'Higgins	98.158	5,3%	22.828	8,52%
Maule	1.037.860 (6,65%)	Del Maule	102.544	5,54%	20.899	7,8%
Ñuble	461.868 (2,96%)	Ñuble	75.038	4,05%	9.643	3,6%
Bío-Bío	1.419.996 (9,09%)	Concepción	66.154	10,41%	12.810	13,75%
		Arauco	26.071		3.623	
		Talcahuano	44.610		8.014	
		Bío-Bío	55.928		12.394	
Araucanía	930.651 (5,96%)	A. Norte	37.354	9,85%	2.926	7,4%
		A. Sur	145.007		16.913	

Región	Población total usuaria Fonasa (%).	Servicio de Salud.	No. de personas en lista de espera por consulta nueva de especialidad.	Porcentaje respecto al total nacional Fonasa.	No. de personas en lista de espera por intervención quirúrgica.	Porcentaje respecto al total nacional Fonasa.
Los Ríos	369.538 (2,37%)	Valdivia	45.943	2,48%	9.161	3,42%
Los Lagos	807.545 (5,17%)	Osorno	32.711	6,65%	6.278	7,74%
		Reloncaví	70.616		10.633	
		Chiloé	19.789		3.829	
Aysén	82.415 (0,53%)	Aysén	10.249	0,55%	1.071	0,4%
Magallanes y la Antártica Chilena	138.281 (0,89%)	Magallanes	21.121	1,14%	2.541	0,95%
Desconocido/Nulo	165.720 (1,06%)	----	-----		-----	----
Total	15.613.584 (100%)		1.851.733*		267.921*	

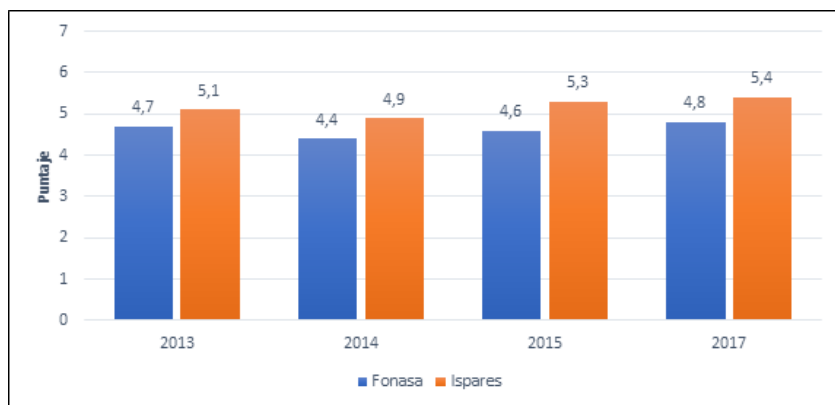
Fuente: Datos Fonasa Tablero Población Beneficiaria (diciembre de 2022); SIGFE, información entregada por la Subsecretaría de Redes Asistenciales del Ministerio de Salud, 2023. Requerimiento de información. AO002T0007387 de 18 de mayo de 2023 (información a diciembre de 2022).

Nota: *El total entregado para lista de espera especialidad (1.837.645) y para lista de espera intervención quirúrgica (267.380) no son correctos. Se ajustaron totales para efectos de esta tabla.

Esta situación puede considerarse contraria a los estándares de derechos humanos en materia del derecho a la salud, al requerirse en ellos que la accesibilidad a los servicios de salud no dependa del lugar de residencia dentro de un país. La situación de las regiones del Bío-Bío y La Araucanía, ambas con una concentración importante de población indígena, es en particular preocupante, ya que las listas de espera son bastante mayores, en proporción, a las de otras regiones. Se ha entendido, de acuerdo a los estándares de derechos humanos, que tiene que existir una distribución equitativa de los servicios de salud y, por lo tanto, se deben asignar mayores recursos a comunidades remotas, en las cuales se pueden requerir medidas especiales e incentivos para disponer del personal médico y los servicios adecuados. De acuerdo a la información de la tabla 4, se pueden percibir señales de discriminación indirecta respecto al acceso a los servicios de salud, dependiendo del lugar de residencia.

Los datos anteriores muestran que el sistema público se encuentra más exigido que el sistema privado y que en este último habría indicios de posibles discriminaciones indirectas en razón de la residencia y el sexo de las y los usuarios. Estas diferencias entre sistemas pueden complementarse con información disponible de la Superintendencia de Salud, que muestra una tendencia histórica de satisfacción usuaria levemente superior en el sistema de Isapres.

Figura 5. Satisfacción con los sistemas de salud, usuarios de Fonasa e Isapres



Fuente: Superintendencia de Salud, Estudio de Opinión sobre el Sistema de Salud 2017. Beneficiarios del Fonasa y de Isapres abiertas.

Notas: (a) Escala de 1 a 7, donde una puntuación de 4 o menos se considera “insuficiente”. (b) No hay datos para el año 2016.

Sin embargo, cabe tener presente que información compartida por Fonasa para esta investigación, muestra que la satisfacción usuaria con Fonasa, particularmente como seguro de salud, ha ido aumentando y, de hecho, en 2022 un 64% de los y las usuarias encuestadas evaluó Fonasa en términos generales con nota entre 6 y 7.⁶² Esto permite inferir que las mayores deficiencias del sistema público no radican en la gestión del seguro de salud, sino en temas de oportunidad y de calidad.

Un buen ejemplo de las disparidades en el acceso a los servicios de salud, se puede encontrar en el caso de la Corte IDH *Poblete Vilches y otros contra Chile*. En dicha sentencia la Corte aborda la situación del sistema

⁶² Fonasa, Solicitud de Información AO004T0005671 de 2 de marzo de 2023. Encuestas de Satisfacción de servicios públicos, Resultados Fondo Nacional de Salud, 2022. La muestra incluye 3235 usuarios consultados vía telefónica. La pregunta fue “En una escala de 1 a 7, ¿cómo evalúa en general la institución, independiente de la última experiencia que tuvo con esta institución? El porcentaje de personas que contestó entre 6 y 7 ha ido aumentando en los últimos 4 años: 2019 56%, 2020 63%, 2021 57%, 2022 64%.

público de salud chileno y sus deficiencias graficadas en la falta de atención médica de una persona mayor en una situación de urgencia médica. La Corte IDH considera que el Estado está sometido a la “obligación general... de asegurar el acceso de las personas a servicios esenciales de salud, garantizando una prestación médica de calidad y eficaz, así como de impulsar el mejoramiento de las condiciones de salud de la población.”⁶³ También aclara que la obligación de regular las prestaciones de salud incluye la de establecer estándares de calidad que se apliquen tanto a instituciones privadas como públicas.⁶⁴

La información recabada, genera distintas preocupaciones desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos. En primer lugar, como ya mencionamos, los Estados deben avanzar de la forma más expedita y eficaz hacia la plena realización del derecho a la salud con especial atención a los grupos de mayor vulnerabilidad, incluyendo aquellas personas de menores recursos.⁶⁵ También se debe velar por una distribución equitativa de los servicios de salud y que no recaiga en los hogares más pobres una carga desproporcionada.⁶⁶ Las diferencias de acceso oportuno y calidad en la prestación de servicios de salud requieren, por parte del Estado, de la implementación de medidas efectivas para solucionar los retrasos en el sistema público y privado de salud. También demandan la atención del Estado a las diferencias de acceso por género y región del país identificadas y que se investigue las causas de estas disparidades. El sistema de financiamiento regresivo del sistema de salud chileno, explicado con anterioridad, en principio, sería también contrario a los estándares de derechos humanos revisados, que plantean la necesidad de velar por una distribución equitativa de los servicios de salud.

2.2.2. Mayores tiempos de espera en Fonasa e Isapres

La información revisada en el punto anterior confirma que, desde 2020, existe un mayor retraso en el otorgamiento de prestaciones GES, especialmente en Fonasa. La Tabla 3, que aborda los retrasos de la garantía de oportunidad GES, muestra un alza importante a partir de 2020, pasando de 7.944 retrasos con un promedio de 66 días de retraso, en 2019, a 52.526 con un promedio de 132 días de retraso, en 2020.

⁶³ Corte IDH, *Poblete Vilches y otros contra Chile*, 8 de marzo de 2018, párr. 118.

⁶⁴ *Ibid.*, párrs. 121 y 124.

⁶⁵ Comité DESC, OG 14, op.cit., párr. 31; Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 2.1; Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 26 y Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador,” artículo 1.

⁶⁶ Comité DESC, OG 14, op.cit., párr. 12 b) iii).

Información sobre los reclamos ingresados en contra de Isapres ante la Superintendencia de Salud confirma la misma tendencia. A partir del año 2020 se ve un aumento en el número de reclamos por temas de oportunidad de la atención y acceso.

Tabla 6. Reclamos ingresados en contra de Isapres ante la Superintendencia de Salud, por año (2018-2022).

Reclamos ingresados	2018	2019	2020	2021	2022
Garantía de acceso	145	136	259	319	459
Garantía de oportunidad de atención	37	51	133	386	553
Total	182	187	392	705	1012

Fuente: Superintendencia de Salud, 2023. Solicitud de información No. AO006T0006444 de 2 de marzo de 2023.

El Ministerio de Salud ha reconocido esta crítica situación en el sector público y la ha atribuido a la acumulación de pacientes que no fueron atendidos durante la pandemia (*backlog*), un fenómeno que ha ocurrido en todo el mundo. La Subsecretaría de Redes Asistenciales ha establecido una estrategia nacional de recuperación de cuidados y disminución de tiempos de espera, dándole prioridad a “las personas que esperan prestaciones por enfermedades oncológicas y otras de mayor impacto en el estado de salud.”⁶⁷ El Ministerio reporta alzas considerables en relación al año anterior de nuevas consultas de especialidades médicas (20,16%) e intervenciones quirúrgicas (30,96%), y reconoce que la magnitud del desafío requiere intensificar el trabajo en esta área.⁶⁸

Las consecuencias de la pandemia han tenido, sin duda, un efecto desproporcionado en los y las usuarias del sistema público de salud. El Ministerio de Salud está consciente del problema y parece haber tomado medidas adecuadas, pero insuficientes para enfrentar el desafío. Los estándares internacionales de derechos humanos requieren que no recaiga en los hogares más pobres una carga desproporcionada del efecto de la pandemia de Covid-19 y, por lo tanto, se requiere de esfuerzos adicionales para abordar este problema.

⁶⁷ Ministerio de Salud, *Glosa No. 6 Garantías de Oportunidad GES Retrasadas*, op. cit., p. 4.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 5.

2.2.3. Aumento de los y las afiliadas en Fonasa

Desde inicio de año, se ha reportado por la prensa un aumento en la cantidad de personas que han dejado el sistema de Isapres para migrar a Fonasa.⁶⁹ En este contexto, se ha hablado de la modernización de Fonasa y la necesidad de que esté en una buena posición para hacer frente al mayor número de nuevos usuarios y usuarias. Una de las propuestas para abordar esta situación, presentada en la Ley Corta de Isapres –y que explicaremos en la siguiente sección de este capítulo– es la creación de un seguro de salud complementario voluntario que “buscaría igualar las coberturas financieras que las personas reciben en el mundo privado”.⁷⁰

La información entregada por Fonasa y la Superintendencia de Salud detalla en cifras la migración de un sistema a otro:

Tabla 7. Evolución del número de personas en Fonasa e Isapres en Chile, por año y porcentaje total de la población (2019-2022).

Tipo de seguro	2019	2020	2021	2022
Fonasa	14.841.577 (77,9%)	15.142.528 (78,4%)	15.233.814 (78,1%)	15.613.584 (79,6%)
Isapres	3.429.963 (18%)	3.338.313 (17,2%)	3.329.690 (17%)	3.147.709 (16%)
Población total	19.039.485	19.300.315	19.493.184	19.603.733

Fuente: Fonasa y Superintendencia de Salud, 2023. Información entregada por Fonasa, requerimiento de información AO004T0005671 de 02.03.2023. Población total: World Bank Group, 2023.

Desde 2019, Fonasa ha tenido un incremento de 800.000 personas y las Isapres una disminución de alrededor de 300.000 personas. El porcentaje de usuarios/as respecto de la población general que ahora está en Fonasa ha subido cerca de un 3% en total en los últimos cuatro años, un cambio sin lugar a dudas significativo.

Información histórica pone estos datos en perspectiva y muestra que ha habido una tendencia progresiva a un aumento de la población usuaria en Fonasa, pasando de un 61,5% en 1999 a un 76,5% en 2012. Pero, sin duda, la disminución de los y las usuarias en Isapres es innegable, conside-

⁶⁹ Radio Biobío Chile: “Reportan cantidad de afiliados que se fueron de las isapres, mientras Fonasa aumenta sus suscritos”, 2 de febrero de 2023; El Mostrador.cl: “Isapres continúan registrando fugas de afiliados durante 2023 mientras Fonasa va al alza”, 14 de marzo de 2023; *La Tercera*: “Fonasa: 250 mil usuarios migraron de Isapre al sistema público en 2022”, 19 de mayo de 2023; *La Tercera*: “Crisis de las Isapres: director de Fonasa dice que ven un ‘peak histórico de migración que responde a la incertidumbre del sector privado””, 21 de mayo de 2023.

⁷⁰ *La Tercera*: “Fonasa: 250 mil usuarios migraron de Isapre al sistema público en 2022”, 19 de mayo de 2023.

rando que en 1999 la proporción de la población que estaba en el sistema de Isapres llegó a ser cerca del 22% y en las siguientes décadas fluctuó entre un 16% y un 18%.⁷¹

Este cambio en la cantidad de usuarios y usuarias ha tenido como consecuencia un aumento del uso de la modalidad libre elección en Fonasa. Esto demuestra que los y las nuevas usuarias que han llegado al sistema de seguro público provenientes de las Isapres tiene mayores recursos y pretenden ocupar los servicios que ofrecen los prestadores privados a través de la MLE.

Tabla 8. Evolución actividad modalidad libre elección en Fonasa, Chile en ítems escogidos, por año (2019-2022).

Ítem	2019	2020	2021	2022
Atención hospitalaria e integral	57.036	43.506	54.137	55.265
Consulta médica	17.474.291	14.355.331	18.808.868	19.471.895

Fuente: Fonasa, 2023. Solicitud de Información AO004T0005671 de 02.03.2023.

Con excepción de la baja de 2020, que seguramente se explica por la pandemia de Covid-19, los datos presentados muestran que existe un aumento consistente en el uso de la modalidad libre elección, que también requiere, por parte de el Fonasa, ajustes y la creación de mecanismos que puedan asegurar, a este grupo de la población, un mayor grado de cobertura financiera. Se presenta un desafío adicional de que el Fonasa empiece a jugar un rol más relevante en grupos de mayores ingresos en relación con la equidad en el acceso a los servicios de salud. Podría ocurrir que se repliquen las diferencias entre los y las usuarias de Isapres y los y las de Fonasa en el sistema de seguro público, esta vez, entre los que pueden acceder al sistema de modalidad libre elección y aquellos que se atienden en la modalidad de atención institucional con prestadores públicos. Si no se asignan suficientes recursos en el sector público, estas diferencias podrían ser contrarias a los estándares de derecho internacional de los derechos humanos en materia de derecho a la salud, específicamente, en lo que se refiere a la no discriminación por temas de calidad y oportunidad.

Desde una perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos, existen también ciertas preocupaciones frente al aumento de afiliados y afiliadas en Fonasa. Los estándares requieren que se adopten todas aquellas

⁷¹ Comisión Asesora Presidencial para el Sistema de Salud Privado, op.cit., Figura No. 8, p. 54.

medidas de “buen gobierno” para que se cree un sistema de acceso a los servicios de salud que sea eficiente, efectivo y transparente. Fonasa debe estar preparada para recibir este gran número de nuevos y nuevas usuarias sin perder el fin orientador de otorgar servicios de igual calidad a todos sus usuarios y usuarias.

2.2.4. Falta de claridad y equidad en los criterios de priorización en la atención de salud para los y las usuarias de Fonasa

La priorización de los servicios de salud para los y las usuarias de Fonasa ha sido inorgánica y desigual, ya que en Chile el acceso a una pronta atención en salud depende principalmente de la capacidad de pago de cada persona. Desde una perspectiva de derechos humanos, este modelo ha generado discriminación indirecta en relación a las personas de menores recursos. Aun cuando las reglas para acceder a los servicios de salud en Chile son las mismas para todos y todas, las personas de menores recursos, en la práctica, no pueden acceder de forma oportuna al catálogo de prestaciones cubiertas por su plan de salud.

La asignación de servicios de salud tiene muchos niveles de priorización respecto de los y las usuarias del Fonasa que en la práctica definen quién debe esperar y quién no. La regla general es que los servicios se asignan en función de la necesidad médica, pero la falta de un mecanismo coherente para definir quién debe atenderse primero (y varias excepciones a esta regla) hacen que, en lo concreto, la aplicación de este principio tenga un rol secundario.

Un primer factor que altera la priorización basada en necesidad médica es el papel que juega la capacidad de pago en Fonasa. Los y las usuarias del Fonasa pueden optar por no participar en la red de prestadores públicos (MAI) pagando copagos más altos que le permitirán acceder a una red de prestadores privados (MLE). No todos los prestadores privados están disponibles para los y las usuarias de Fonasa, pero existe un mercado importante para ellos.⁷² En definitiva, la capacidad de pago puede comprar a los y las usuarias del Fonasa un acceso más rápido a los servicios de salud, lo cual es una práctica común considerando los largos tiempos de espera en la red de prestadores públicos.

Un segundo factor que altera la priorización basada en necesidad médica, son las situaciones de atención de urgencia que, por ley, deben ser atendidas de inmediato.⁷³ Todo prestador de salud, público o privado, debe

⁷² DFL 1, 2006, artículo 143.

⁷³ DFL 1, 2006, artículos 141 y 143. Decreto No. 369, Aprueba reglamento del régimen de prestadores de salud (1986).

atender a un paciente que llega en esta condición hasta que se encuentre estabilizado. Los tratamientos que caen bajo la categoría de urgencia están cubiertos por el Fonasa frente a cualquier prestador y los y las usuarias tendrán que cancelar los copagos requeridos por ley. En la práctica, los pagos que el Fonasa desembolsa por las situaciones de urgencia de sus usuarios y usuarias a prestadores privados son a precio de mercado, al no estar, estos desembolsos, sujetos a regulación de precios. La atención por urgencia tiene muchos beneficios en el sentido de que las personas acceden a servicios de salud necesarios de inmediato cuando lo requieren, pero debido a la falta de regulación de precios esto ha significado que los escasos recursos del sector público se han utilizado no necesariamente de forma costo-efectiva. No existen incentivos ni mecanismos para elegir prestadores costo-efectivos en la atención de urgencia, lo que en la práctica afecta la cantidad de recursos disponibles que tiene el Fonasa para otorgar un acceso oportuno a otros problemas de salud no urgentes y para darle seguimiento a las condiciones de salud del paciente cuando la urgencia ha pasado.

Un tercer factor que altera la asignación de recursos es el programa GES y la ley especial Ricarte Soto. GES y Ricarte Soto garantizan el tratamiento dentro de plazos preestablecidos, empujando todas las demás condiciones de salud al final de la lista de prioridad.⁷⁴ Esto quiere decir que, al priorizar las enfermedades incluidas en el GES y Ricarte Soto, el sistema retrasa el tratamiento de condiciones no-GES. El programa GES incluye condiciones de salud elegidas en base a criterios razonables establecidos en la ley, tales como la efectividad de los tratamientos y las necesidades de salud de la población. No obstante, personas con enfermedades tan graves como las seleccionadas por GES podrían terminar recibiendo tratamiento mucho más tarde y tendrán menos claridad sobre el alcance de la cobertura (GES identifica tratamientos cubiertos y paga medicamentos, mientras que para problemas de salud no GES esta claridad no existe).⁷⁵

Respecto de las condiciones no-GES, los criterios de priorización han quedado sujetos a la decisión del Ministerio de Salud y no es información que esté disponible públicamente. Esto parece, en principio, contrario a las normas de la Ley de Acceso a la Información Pública en materia de transparencia activa, que obligan tener a disposición de las personas, “los actos

⁷⁴ Ley 19.966, op. cit., artículo 2; Missoni y Solimano, op. cit.; Oscar Román y Félix Muñoz, “Una mirada crítica en torno al plan AUGE. Algunos aspectos generales y valóricos”, *Revista Médica de Chile*, 2008.

⁷⁵ Thomas Bossert, y Thomas Leisewitz, “Innovation and Change in the Chilean Health System”, *New England Journal of Medicine*, Vol. 374(1), 2016, p. 2.

y resoluciones que tengan efectos sobre terceros”.⁷⁶ Esta omisión podría constituir una violación de la obligación de transparencia en relación con el derecho a la salud, de no estar esta decisión alineada con la normativa interna y su interpretación. Sin embargo, para esta investigación, se pudo conocer, a través de un requerimiento de información, cuáles son los criterios utilizados actualmente. El Ministerio de Salud ha definido algunos criterios generales de priorización –compartidos a continuación– que pueden ser readecuados acorde a las necesidades específicas de cada territorio definidas por su Servicio de Salud respectivo.

Tabla 9. Criterios Técnicos de Priorización de Lista de Espera No GES.

No.	Criterios de priorización.
1	<p>Usuarios en espera de consulta de especialidad y de intervenciones quirúrgicas con prioridad sanitaria.</p> <p>Considerar criticidad de riesgo vital: de acuerdo al riesgo biomédico del usuario, el cual, al no recibir atención inmediata u oportuna, presenta riesgo de muerte.</p> <p>Secuela funcional grave: toda aquella situación en la que si no se realiza una atención oportuna tendrá, como consecuencia, pérdida de la funcionalidad de carácter grave e irreversible.</p> <p>Trasplantes.</p>
2	Usuarios con oportunidad bajo el régimen de Garantías Explícitas en Salud.
3	Usuarios SENAME.
4	Usuarios PRAIS primera generación.
5	Usuarios con 2 o más años de antigüedad en las listas de espera no GES.

Fuente: Oficio ordinario C27 No. 373 de fecha 8 de febrero de 2021 de la Subsecretaría de Redes Asistenciales, Ministerio de Salud. Información enviada por la Subsecretaría de Redes Asistenciales, Ministerio de Salud, requerimiento de información AO002T0007387, entregada el 18 de mayo de 2023.

Esta información confirma los dos criterios de priorización ya mencionados anteriormente, (1) Ley de Urgencia y (2) Problemas de salud GES, y agrega tres más que se le aplicarían a los y las usuarias con problemas de salud no-GES. Estos tres criterios adicionales le dan prioridad a grupos que están en condiciones especiales de vulnerabilidad y a otros que

⁷⁶ Ley 20.285, Sobre Acceso a la Información Pública, artículo 7(g). Ver también, Consejo para la Transparencia, “Párrafo 7. Los actos y resoluciones que tengan efectos sobre terceros,” (ver en: <https://www.consejotransparencia.cl/parrafo-7-actos-sobre-terceros/>).

han estado esperando por largo tiempo. Favorecer a ciertos grupos parece razonable, ya que existen razones históricas y de justicia material para ello. Sin embargo, la amplitud de estas categorías y la omisión de criterios científicos o costo-efectivos que complementen estas priorizaciones genera dudas respecto a si será posible darle prioridad a recursos públicos de forma efectiva y justa. Cabe tener en consideración, adicionalmente, que priorizaciones respecto de ciertos grupos en temas de atención de salud es una práctica que muchos países implementan, pero a través de programas especializados. Incorporar estas materias en los estándares de priorización general, puede ser confuso en un ámbito que debiera estar gobernado por criterios de carácter técnico.

En resumen, la priorización en Fonasa está influenciada por muchos factores: la capacidad de pago, la necesidad médica en situaciones de urgencia y si el problema de salud está cubierto por GES o por la Ley Ricarte Soto. La capacidad de pago permite que aquellas personas con más recursos dentro de Fonasa accedan antes a los servicios necesarios. A lo anterior se suma que los y las usuarias de Isapres están sujetos a menores esperas, al tener múltiples opciones de prestadores privados.

Desde la perspectiva de los estándares de derechos humanos, analizar cómo se prioriza la oportunidad en la atención de la salud es clave para un acceso oportuno e igualitario. El conjunto de normas que regula esta materia en Chile es inorgánico. El sistema internacional de derechos humanos ha sido claro en la necesidad de que estas decisiones estén regidas bajo el prisma de la no discriminación y la razonabilidad de las decisiones estatales, que en este caso requeriría considerar criterios científicos y de costo-efectividad de forma orgánica para así establecer parámetros que se apliquen respecto de todas las personas y condiciones de salud cubiertas.

Dada la falta de coordinación entre las leyes y regulaciones que abordan esta materia, este aspecto del sistema de salud en Chile requiere de mayores esfuerzos. A esto se suma la escasa regulación de precios y de restricciones a un mercado de la salud que ha dejado como principal factor de priorización, en este sector, la capacidad económica de cada persona. Éste, sin duda, es un tema de significativa conflictividad, que no ha encontrado un espacio de resolución de controversias adecuado en la administración del Estado. En consecuencia, se requieren reformas para definir mejores reglas respecto a quién recibe qué prestación y cuándo, así como buscar mejores mecanismos de resolución de controversias, de tal manera que

las decisiones respecto a la oportunidad de la atención sean justas y no discriminatorias.

2.2.5. Falta de respuesta del Poder Ejecutivo y Legislativo frente a las advertencias del Poder Judicial en materia de salud

En el año 2010, con la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la tabla de factores de las Isapres, se inicia un período de alta actividad judicial en materia de salud en Chile.⁷⁷ En el caso señalado, el Tribunal declaró inconstitucional ciertos numerales del artículo 38 ter de la Ley No. 18.933 (Ley de Isapres), cuestionando a una Isapre por la aplicación de una tabla de factores al plan de salud, discriminatoria en razón de edad y sexo.⁷⁸ La implementación de esta sentencia requería una reforma legislativa y que la Superintendencia regulara esta materia dando lineamientos en la configuración de estas tablas de factores. Sin embargo, la Superintendencia en ese momento interpretó que no tenía las facultades legales para ejercer ese rol y, por su parte, el Poder Legislativo no abordó el problema.

Recién en 2019, casi 10 años después de la sentencia del Tribunal Constitucional, la Superintendencia dicta una circular con lineamientos de aplicación general que ponen límites a la facultad de las Isapres para determinar los factores de cada tabla, eliminando la discriminación por sexo y restringiendo la discriminación por edad.⁷⁹

En el periodo intermedio, el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema se mantuvieron activos en temas vinculados a la salud, en especial respecto del sistema de Isapres, fallando mayoritariamente a favor de los y las afiliadas en casos que cuestionaban la aplicación de las tablas de factores, dándole –caso a caso– aplicación a la decisión del Tribunal Constitucional. Por ejemplo, en 2018, falla:

[S]e le aplicó la antigua tabla de factores, propias de un contrato configurado con reglas inconstitucionales. Se trata de un caso más de discriminación, ahora respecto de un menor de dos años de edad, de aquellos requirentes que desde la Sentencia Rol 976 en adelante, esta Magistratura viene acogiendo requerimientos.⁸⁰

En este período, el Tribunal Constitucional también ha criticado la falta de actividad del legislador en esta materia:

⁷⁷ Tribunal Constitucional, Sentencia Rol 1710-10, 6 de agosto de 2010.

⁷⁸ *Ibíd.*, considerandos 161 y 162.

⁷⁹ Superintendencia de Salud, Circular IF/N° 343, 11 de diciembre de 2019.

⁸⁰ Ver, por ejemplo, Tribunal Constitucional, Sentencia Rol 3227-16, 4 de septiembre de 2018, considerando 49.

Que el legislador ha faltado a su deber de especificidad y determinación al permitir que las Isapres puedan reajustar discrecionalmente sus planes de salud, mediante un uso de la tabla de factores, sin establecer un criterio o parámetro objetivo que mantenga la equidad sustancial de los riesgos en el contrato de salud.⁸¹

La Corte Suprema –con su reciente fallo de noviembre de 2022 (que analizaremos en la siguiente sección)– también ha tomado una posición crítica y proactiva frente a esta inactividad, requiriendo a la Superintendencia que en un plazo de 6 meses defina un mecanismo para que las Isapres adecuen sus tablas de factores de acuerdo a los lineamientos establecidos por la misma en su Circular de 2019.

La Corte Suprema, por la vía de recursos de protección presentados por los y las afiliadas de Isapres, ha conocido de miles de casos en los que se ha impugnado la aplicación de las tablas de factores. La Corte también ha conocido otros temas como las alzas de los precios base de los planes de Isapres y solicitudes de cobertura de medicamentos y tratamientos médicos. Dado el efecto relativo de las sentencias, principio bajo el cual los efectos de la sentencia solo afectan a las partes, cada persona debe presentar su recurso para obtener una adecuación de sus condiciones contractuales, sobrecargando a las Cortes Superiores de Justicia con miles de casos al mes, y dificultando la posibilidad de que desempeñen su función de forma eficiente y oportuna.

En 2021, la Ley 21.350 regula el procedimiento para modificar el precio base de los planes de salud y, actualmente, la Superintendencia define un valor máximo del reajuste de precio base que las Isapres pueden aplicar. Si bien esta normativa tenía por objeto abordar el tema del ajuste de precios desde una perspectiva regulatoria, y así evitar los casos por reajuste de precios en los planes de las Isapres, la aplicación de este porcentaje máximo sin mayor justificación por parte de estas instituciones ha generado que estos casos hayan sido también litigados en las Cortes durante 2022.⁸²

Recientes estadísticas de la Corte Suprema muestran que entre un 50% y un 80% de todos los casos fallados por la Corte Suprema son recursos de protección en contra de las Isapres.⁸³ Información recabada para esta investigación respecto de los primeros meses del año 2023, muestra que la Corte Suprema continúa activamente conociendo casos relativos a tabla

⁸¹ *Ibíd.*, considerando 25.

⁸² Poder Judicial: “Corte Suprema acoge recursos de protección y deja sin efecto alza de planes base anuales de Isapres”, 19 de agosto de 2022.

⁸³ Boletines Estadísticos Corte Suprema. Ver, también Ley Corta, Boletín 15.895-11, 2023, p. 5.

de factores, alza de precios de los planes y cobertura de medicamentos y tratamientos, como lo muestra la siguiente tabla:

Tabla 10: Recursos de protección frente a la Corte Suprema, primer semestre de 2023.

	Enero	Febrero	Marzo	Abril	Mayo	Total
Alza de precios	4.648	1.929	323	1.740	1.945	10.585
Tabla de factores	3.089	2.804	548	1.563	446	8.450
Cobertura de medicamentos	6	1	2	3	4	16
Total	7.743	4.734	873	3.306	2.395	19.051

Fuente: Vlex, Mayo 2023. Palabras clave (alza precios de Isapres + Corte Suprema), (tabla de factores + Corte Suprema), y (cobertura de medicamentos + Corte Suprema).

Si bien los datos presentados anteriormente no son oficiales, dan un buen indicio de la cantidad de casos que se están litigando en la actualidad en estas materias y, por lo tanto, confirman que la judicialización en salud sigue siendo un problema. Cabe destacar que, si bien los casos relativos a la cobertura de medicamentos y otros tratamientos médicos son de menor volumen, estos pueden tener un efecto relevante desde una perspectiva financiera para los fondos de seguro.

Por ejemplo, en un caso reciente fallado en enero de 2023, la Corte Suprema considera arbitraria la negativa del Hospital Dr. Gustavo Fricke de Viña del Mar, de no cubrir el medicamento Spinraza necesario para tratar la Atrofia Muscular Espinal (AME) Tipo 3. Fonasa argumenta que carece de las facultades legales para cubrir este medicamento de alto costo. La recurrente plantea que este medicamento es esencial para la sobrevivencia de la menor afectada por la enfermedad y acompaña un reporte médico dando cuenta de los deterioros sufridos por la niña. La Corte sostiene que el derecho a la vida y la integridad física y psíquica se imponen frente a otras consideraciones de orden administrativo y económico, y ordena proporcionar dicho fármaco.⁸⁴

Desde la perspectiva de los estándares de derechos humanos en materia de salud, este problema muestra que existen falencias en las obligaciones del Estado de proteger y cumplir.⁸⁵ Las regulaciones con que se cuenta,

⁸⁴ Corte Suprema, *Walker contra Isapre Banmédica S.A.*, 31 de enero de 2023.

⁸⁵ Ver, sección 3.1.1. de este capítulo.

para abordar los temas de la fijación de precios de los planes de salud en el sistema de Isapres, no han sido las adecuadas. La falta de coordinación entre los poderes del Estado ha dejado un vacío regulatorio que ha sido resuelto de forma poco idónea desde una perspectiva individual y en los tribunales de justicia.

El Estado debe tener a disposición de las personas recursos judiciales para resolver problemas ligados a los derechos fundamentales, pero su fin principal es que sean utilizados de forma excepcional para corregir situaciones concretas en las cuales se ha incurrido en actos arbitrarios y discriminatorios. En caso de que estos recursos constitucionales identifiquen problemas estructurales, como una ley o política de Estado contraria a los derechos humanos, deben existir mecanismos para resolver estos problemas a la generalidad de la población a través de regulaciones o de una legislación adecuada. Por lo tanto, si bien es comprensible que se acuda al recurso de protección frente a la falta de alternativas de resolución de controversias, la forma en que está siendo utilizado no es la apropiada y claramente el Estado está fallando en su deber de implementar de forma eficiente y efectiva el derecho a la salud.

Además de la obligación planteada por la Corte IDH de que se disponga de una regulación adecuada que asegure que terceras partes que estén proveyendo un “bien público” cumplan con los estándares de derechos humanos, existe el deber de crear sistemas donde se puedan presentar, investigar y resolver quejas.⁸⁶ El recurso de protección, en este caso, está cumpliendo este rol, pero no es el mecanismo adecuado, ya que debiera existir un mecanismo de resolución de controversias a nivel administrativo que pueda resolver estos problemas de forma oportuna y en consistencia con decisiones regulatorias que prevengan la recurrencia de casos.

Esto es particularmente importante en el caso de la cobertura de tratamientos y medicamentos. Estamos frente a un tema de alta conflictividad social en todos los sistemas jurídicos que tienen seguros de salud, donde los y las usuarias deben tener la posibilidad de alegar frente a las decisiones que deniegan la cobertura de ciertas prestaciones de salud, incluyendo medicamentos y tratamientos nuevos que deben ser probados como eficaces y costo-efectivos antes de invertir recursos en su financiamiento. La falta de un mecanismo de esta naturaleza ha llevado a las Cortes a desempeñar un papel que no les corresponde, y ha dejado en la indefensión a la mayor

⁸⁶ Corte IDH, *Ximenes Lopes contra Brasil*, 4 de julio de 2006, párr. 99; Corte IDH, *Vera Rojas contra Chile*, 1 de octubre de 2021, párr. 90. Véase también. Comité DESC, OG 14, op.cit., párrs. 55 y 56.

parte de la población que no tiene necesariamente los recursos para acceder al sistema judicial.

2.2.6. Problemas de acceso a la justicia ante las Cortes Superiores de Justicia y Superintendencia de Salud

Vinculado al problema antes descrito, está el del acceso a la justicia, tanto a la Superintendencia como a las Cortes. Los recursos de protección en materia de salud son principalmente presentados por los y las usuarias de Isapres que tienen mayores recursos económicos.

El mismo fenómeno ha ocurrido históricamente con la Superintendencia de Salud, que recibe reclamos principalmente de los y las usuarias de Isapres.

Tabla 11: Porcentaje de reclamos presentados ante la Superintendencia de Salud por año y tipo de seguro de salud (2014-2017).

	2014	2015	2016	2017
Isapre	91%	92,3%	88%	89%
Fonasa	9%	7,6%	5%	4%

Fuente: Superintendencia de Salud, Cuentas Públicas 2014-2017.

Nota: En los años 2014 y 2015 la información es presentada de acuerdo a tipo de usuario que realiza los reclamos. En 2016 y 2017 la información es presentada por la entidad en contra de la cual el reclamo está dirigido; los porcentajes faltantes, en estos años, son reclamos en contra de prestadores de salud.

Los datos compartidos por la Superintendencia en los años posteriores al 2017 en sus cuentas públicas anuales, no distinguen por tipo de usuario o entidad ante la cual los reclamos están dirigidos. Sin embargo, la última cuenta pública de la Superintendencia señala que el 90% de los reclamos recibidos son respecto a la adecuación de precios bases y reajuste de precios GES, ambas materias solo relevantes para los y las usuarias de Isapres.⁸⁷ Esto confirma que la tendencia ha continuado siendo la misma.

Esta diferencia de acceso, claramente, requiere ser estudiada con mayor detalle ya que podría ser una indicación de que los y las usuarias del Fonasa e Isapres no están teniendo un acceso igualitario y oportuno a las garantías judiciales y mecanismos de quejas que les permitan hacer efectivo su derecho a la salud.

⁸⁷ Superintendencia de Salud, *Cuenta Pública 2022*, 25 de mayo de 2023, p. 10.

2.2.7. Fragilidad financiera del sistema privado de salud e incertidumbre

Tal como hemos mencionado en el inicio de este capítulo, existe una situación de alta incertidumbre respecto a la continuidad del sistema de Isapres y el rol que podría llegar a desempeñar el Fonasa en caso de que estas instituciones quebraran.

Esta crisis se ha desatado como consecuencia de una decisión de la Corte Suprema, de fecha 30 de noviembre de 2022, que cuestiona la aplicación de las tablas de factores en los planes de salud de la Isapre Colmena. La decisión ordena no solo que la Isapre modifique sus contratos a futuro para reflejar la nueva tabla de factores diseñada por la SS, sino que también se deje sin efecto todos los contratos de la Isapre que estén basados en la aplicación de la tabla de factores cuestionada en el caso.

Ordena, además, a la SS definir un plan para devolver posibles excesos cobrados por la Isapre desde la entrada en vigencia de la Circular No. 343 de la SS de 2019 (1 de abril de 2020).⁸⁸ La Corte, para llegar a esta decisión, considera el contrato de salud que proveen las Isapres como de “orden público”, reconociéndolo como una materia de interés para el bien común y en la que los privados ven restringida su autonomía de la voluntad por reglas mandatarias. Esto, considerando que este tipo de contratos materializa “el ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud y a la seguridad social”. Bajo esta premisa ordena medidas de aplicación general que afectan a todo el sistema privado de salud, alejándose de sentencias previas en donde el efecto era solo para las partes que estaban ejerciendo la acción constitucional.⁸⁹

Esta decisión generó una crisis no vista anteriormente en el sistema privado de salud. Las Isapres alegaron que realizar estos cambios en los planes de salud, sumado a los posibles reembolsos, las llevaría a la quiebra. Señalan que vienen arrastrando problemas financieros (pérdidas) desde la pandemia y que aplicar estas medidas significaría que no podrían seguir operando.⁹⁰ Han manifestado que la implementación de este fallo podría significar dejar de percibir cerca de un 10% de sus ingresos anuales.⁹¹ Desde el fallo de la Corte Suprema de noviembre de 2022, las polémicas respecto a su implementación han abundado, incluso entre miembros del propio

⁸⁸ Corte Suprema, *Anabálón contra Isapre Colmena Golden Cross S.A.*, 30 de noviembre de 2022, considerando 28.

⁸⁹ *Ibíd.*, considerandos 23 y 28.

⁹⁰ Radio Futuro: “Presidente de la Asociación de Isapres: ‘Debe ser el comienzo de año más difícil de la historia’ para las Isapres”, 12 de enero de 2023.

⁹¹ Proyecto de Ley Corta, Boletín No. 15.896-11 (2023), p. 10.

Poder Judicial.⁹² La eventual quiebra de las Isapres podría significar la falta de sostenibilidad del sistema de salud chileno en su totalidad, incluyendo la viabilidad financiera de los prestadores públicos y privados de salud.⁹³

Frente a esta situación, los distintos sectores políticos han convenido en la necesidad de abordar esta crisis a nivel legislativo. Luego de varios atrasos, el Gobierno actual ha presentado una Ley Corta de Isapres, en mayo de 2023, para abordar este problema, pero al momento de la redacción de este *Informe* aún no se encuentra promulgada.⁹⁴

Este escenario de incertidumbre, sin duda, ha tenido efectos en los y las usuarias de ambos sistemas de salud. Los estándares internacionales de derechos humanos requieren que el Estado otorgue garantías a los ciudadanos y ciudadanas de que un sistema adecuado de salud está en funcionamiento y que es accesible física y financieramente. La naturaleza de las prestaciones de salud requiere estabilidad y continuidad. El Estado ha sido incapaz de establecer un régimen regulatorio adecuado para regular a terceros actores participantes de la provisión de servicios de salud (Isapre), tal como exige la obligación de proteger. Además, la falta de coordinación entre poderes del Estado y al interior del Poder Legislativo, Judicial y Ejecutivo, ha generado que este problema no haya podido ser resuelto de forma oportuna y eficaz.

2.2.8. Notas generales sobre gasto público focalizado en el sistema de salud, avances y desafíos

Analizar el gasto público en salud queda fuera del alcance de este estudio, sin embargo, cabe señalar que, desde la perspectiva de los estándares del derecho internacional de derechos humanos, es una herramienta útil para evaluar los compromisos de un Estado con la progresividad en la implementación del derecho a la salud.

No obstante las limitaciones de este estudio, es importante mencionar que Chile debe continuar gastando una parte significativa de su PIB en salud (como lo ha estado haciendo hasta ahora) y considerar el aumento del gasto público en este sector, en la medida en que haya más recursos disponibles. El porcentaje invertido en salud es similar al de otros países de la OCDE; el promedio para los países de la OCDE en 2020 fue de 9,7%. Chile invierte entre el 9 y 10% de PIB en salud. En 2021, se registró una

⁹² Ver, Senado: “Ley Corta de Isapres: Comisión de Salud analiza pasos a seguir tras dichos de ministra Vivanco”, 5 de junio de 2023; Diario Financiero: “Tercera Sala de la Corte Suprema se pronuncia tras recursos de aclaración en fallos de Isapres,” 9 de junio de 2023.

⁹³ Proyecto de Ley Corta, Boletín No. 15.896-11, 2023, p. 10.

⁹⁴ Proyecto de Ley Corta, Boletín No. 15.896-11, 2023.

baja importante del 9,75% al 9,1%. Sin embargo, el porcentaje de gasto público en materia de salud ha aumentado considerablemente en los últimos años, pasando de alrededor de un 50,9% en 2019 a un 56,8% en 2021.⁹⁵

También es importante tener en consideración que un gran problema que sigue existiendo en nuestro país respecto al financiamiento de las prestaciones de salud, es el elevado gasto de bolsillo. Dicho gasto ha ido descendiendo con el tiempo, pero aún sigue siendo muy alto comparativamente con países desarrollados. El promedio de gasto de bolsillo en países de la OCDE en 2020 fue de un 12,34%.⁹⁶ En Chile en 2021, el gasto de bolsillo era de un 28,8%, un gran avance si se toma en cuenta que en 2005 era de 42,4%.⁹⁷ Sin embargo, su reducción es aún insuficiente, considerando, en especial, los efectos desproporcionados que puede tener en los hogares más vulnerables.⁹⁸

3. PROPUESTAS DE REFORMA PARA MEJORAR EL SISTEMA DE SALUD

Tal como se ha explicado, muchos de los problemas mencionados no son nuevos en el sistema de salud chileno y, por lo mismo, propuestas de reforma de más de una década atrás han buscado solucionar todos o parte de ellos. A continuación, se hará un breve recuento de cuáles son las principales propuestas de reforma que se han discutido a nivel político, en qué grado estas convergen y en qué medida están alineadas con los estándares internacionales de derechos humanos.

3.1. Informe Comisión Asesora Presidencial Presidenta Bachelet sobre Reforma al Sistema Privado de Salud (2014)

Esta propuesta de reforma, presentada hace casi 10 años, plantea soluciones para algunos de los problemas claves que tiene el sistema privado de salud en Chile. El informe surge como parte del programa de gobierno de la expresidenta Bachelet y tiene como antecedente los fallos judiciales que

⁹⁵ Ver, datos del Banco Mundial, <https://datos.bancomundial.org/indicador/SH.XPD.GHED.CH.ZS?locations=CL> y datos de la OCDE, <https://www.oecd.org/health/health-expenditure.htm#:~:text=As%20a%20result%20of%20the%20substantial%20spending%20growth%20and%20the,up%20from%208.8%25%20in%202019.>

⁹⁶ Datos del Banco Mundial, <https://data.worldbank.org/indicador/SH.XPD.OOPC.CH.ZS?locations=OE>.

⁹⁷ Banco Mundial, *Domestic general government health expenditure (% of GDP) high income*, 7 de abril de 2023.

⁹⁸ Ver, Alejandra Benítez, Andrés Hernando y Carolina Velasco, “Gasto de bolsillo en salud: una mirada al gasto en medicamentos”, *CEPChile, Puntos de Referencia* N° 502, 2019.

consideran discriminatoria la actividad de las Isapres.⁹⁹ La propuesta busca un mayor desarrollo del derecho a la salud y considera, como aspectos críticos a abordar, la actividad discriminatoria de las Isapres vinculada a los factores de riesgo, las preexistencias y las personas mayores que, muchas veces, no pueden seguir pagando el valor de sus planes y deben dejar el sistema de Isapres. La Comisión estuvo constituida por 17 expertos de diversa trayectoria, incluyendo representantes de las Isapres, de la academia y exfuncionarios de gobierno.

La Comisión identifica como requisitos mínimos para el aseguramiento de la salud aspectos que son claves desde la perspectiva de los estándares de derechos humanos: “universalidad del sistema: todos y todas tienen los mismos derechos en Salud; financiamiento solidario del sistema; prestaciones amplias, de carácter integral, incluido [sic] la Atención Primaria, como modelo de trabajo Sanitario; afiliación abierta y no discriminatoria en el aseguramiento; seguro de largo plazo para todo el ciclo vital; y, tratamiento colectivo y no individual de los riesgos.”¹⁰⁰

La propuesta de la mayoría de la Comisión contiene cuatro elementos destacables de reforma para el aseguramiento de la salud: la creación de un Plan de Seguridad Social único, universal y estandarizado al cual podrían acceder todas las personas del país, que incluye un catálogo de prestaciones y bonificaciones además de un máximo anual de copago; la creación de un Fondo Mancomunado Universal entre Fonasa e Isapres que introduce solidaridad intersistemas, financia prestaciones universales y unifica costos administrativos; la creación de un fondo Inter-Isapres para permitir la movilidad de usuario, y el establecimiento de seguros complementarios de largo plazo y vitalicios que cubrirían mejoras en redes, prestadores más apetecidos y diferenciales de copago.¹⁰¹ Otro de los puntos interesantes propuestos es la creación de una agencia de evaluación independiente que “sea capaz de conducir los estudios de costo-efectividad y costo-beneficio para incorporar, por ejemplo, nuevas tecnologías.”¹⁰²

3.2. Informe Final de Acuerdos Comisión de Expertos para las Reformas de las Isapre y del Fonasa, Informe Accorsi (2020)

Este informe es redactado por una comisión de expertos convocada por el Ministerio de Salud durante el segundo gobierno del expresidente Sebastián Piñera. Al igual que la comisión constituida anteriormente, estuvo compuesta por un amplio espectro de expertos provenientes de distintos

⁹⁹ Comisión Asesora Presidencial para el Sistema de Salud Privado, op. cit., p. 33.

¹⁰⁰ *Ibíd.*, p. 23.

¹⁰¹ *Ibíd.*, p. 27.

¹⁰² *Ibíd.*, p. 109.

ámbitos, incluyendo la academia, el sector privado, y exfuncionarios de gobierno. Abordó un conjunto más amplio de desafíos en materia de salud en Chile proponiendo un Plan de Salud Universal (PSU), la creación de un Instituto Nacional para la Excelencia Clínica y la Evaluación de las Tecnologías en Salud (INETESA), la reforma y fortalecimiento del Fonasa y la mejora al sistema de las Isapres.

El Plan de Salud Universal propuesto es concebido como “un instrumento de la seguridad social en salud, constitutivo de derechos, de igual contenido, universal y debidamente financiado, cuyo proceso de formulación será transparente, participativo y periódico, al que tendrá acceso toda la población beneficiaria, sin discriminación arbitraria alguna, conforme a las garantías explícitas.”¹⁰³ En el modelo propuesto, INETESA juega un rol fundamental “al ser el órgano público encargado de la evaluación de tecnologías sanitarias para dar soporte técnico al PSU, estudiando la evidencia científica para definir, sobre la base de prioridades, las garantías de acceso, oportunidad, calidad y protección financiera.” Además, el INETESA gestionaría el proceso de evaluación de tecnologías sobre la base de los principios de transparencia, amplia participación social y con altos estándares de rendición de cuentas.¹⁰⁴

En definitiva, la propuesta se basa en constituir un plan que sería aplicado a toda la población, y proveído tanto por las Isapres como por el Fonasa. Su contenido está basado en criterios técnicos que serían actualizados en su priorización, dependiendo de las necesidades de la población, las nuevas tecnologías, la costo-efectividad y los recursos disponibles.¹⁰⁵ El modelo contempla –respecto de todos los servicios de salud priorizados– las garantías de acceso, oportunidad, calidad y protección financiera y, específicamente, establece que será aplicado sin discriminación alguna.

En particular, el informe aborda el problema de la judicialización del acceso a medicamentos o tratamientos, señalando que, en caso de no estar incluidos en el PSU, los tribunales deberán solicitar un informe técnico al INETESA y buscar mecanismos para abordar sistemáticamente la judicialización.¹⁰⁶

Para hacer posible estas reformas, las facultades, competencias y recursos del Fonasa y la Superintendencia de Salud son adaptadas. Por ejemplo,

¹⁰³ Comisión de Expertos para las Reformas de las Isapre y del Fonasa, *Informe Final de Acuerdos*, diciembre de 2020, p. 2.

¹⁰⁴ *Ibíd.*, p. 12.

¹⁰⁵ *Ibíd.*, pp. 8-9.

¹⁰⁶ *Ibíd.*, p. 18.

bajo la propuesta, la Superintendencia deberá: “publicar tiempos de espera, resultados clínicos, protección financiera y satisfacción usuaria”.¹⁰⁷

Existen ciertas materias sobre las que no se llegó a acuerdo, como la obligatoriedad del PSU y el porcentaje mínimo de la cobertura financiera.¹⁰⁸ Tampoco hubo mayoría respecto a si se debe avanzar hacia un sistema de seguro único o promover un sistema de multi seguros.¹⁰⁹ Esta propuesta deja claro que existe mayor avenencia en establecer un plan único de salud, pero no necesariamente un seguro único, que implicaría que el Fonasa o un fondo público similar asuma la función de aseguradora para toda la población.

3.3. Propuestas de solución para la crisis que enfrenta el sistema de Isapres. Informe exsuperintendentes (2023)

Este informe compartido con la Comisión de Salud del Senado, fue elaborado por siete exsuperintendentes de Salud, la mayoría de ellos de gobiernos de la extinta Concertación con la excepción de Patricio Fernández, superintendente durante el segundo gobierno de Sebastián Piñera.¹¹⁰ El informe surge a partir de la crisis institucional de las Isapres desatada a raíz del fallo de la Corte Suprema, de noviembre de 2022, que ordena la aplicación de la tabla de factores diseñada por la SS en 2019. Considerando lo anterior, el alcance del informe es mucho más acotado y se refiere a la necesidad de enfrentar la crisis actual.

El informe señala que aplicar el señalado fallo bajo una de sus interpretaciones más extremas “supondría la caída del Sistema de Isapres atendido los grandes volúmenes de dinero que se verían obligados a devolver dichas instituciones”.¹¹¹ Y plantea que estos fallos alteran el equilibrio financiero de las Isapres que han tenido aumento de costos considerables en los últimos años debido a las licencias médicas y prestaciones por la pandemia.¹¹² Además, enumera ciertas consecuencias negativas de que el sistema de Isapres llegara a colapsar, como la discontinuidad de los servicios de salud y la precaria situación en la que quedarían las personas con enfermedades

¹⁰⁷ *Ibíd.*, p. 24.

¹⁰⁸ *Ibíd.*, pp. 11 y 12.

¹⁰⁹ *Ibíd.*, p. 25.

¹¹⁰ Propuestas de solución para la crisis que enfrenta el sistema Isapres a consecuencia de los fallos dictados por la tercera sala de la Corte Suprema, con fecha 30 de noviembre de 2022, relacionados con la aplicación de las tablas de factores a los planes de salud, 26 de enero de 2023, <https://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=comisiones&ac=ficha&cid=195>.

¹¹¹ *Ibíd.*, p. 2.

¹¹² *Ibíd.*, p. 3.

preexistentes (1.361.700) que no podrían acceder a seguros complementarios.¹¹³

De acuerdo al grupo de exsuperintendentes, las propuestas para abordar esta crisis deben ser adoptadas a la brevedad, no tienen que generar gasto fiscal, debiesen propender a proteger a los y las usuarias de Fonasa e Isapres, especialmente a las personas que están cursando alguna enfermedad; asegurar un equilibrio financiero para el sistema de Isapres y restringir los efectos retroactivos del fallo de la Corte Suprema, de noviembre de 2022, al ser cargados a las cuentas por pagar de las Isapres.¹¹⁴

Finalmente, establece que esta solución de corto plazo debe orientar el sistema de salud hacia una Ley Corta que considere:

- un Plan de Salud Único y Universal para todo el Sistema Isapres;
- un Fondo de Compensación de Riesgos Inter Isapres para eliminar las tablas de factores de riesgos, las preexistencias y los fenómenos de cautividad;
- un nuevo modelo de atención en base a atención de salud primaria o médico de familia;
- y nuevos mecanismos de compras o pago entre Isapres y prestadores de salud que incentiven la transparencia y la contención de costos (...) ¹¹⁵

La propuesta de los superintendentes recoge reformas que ya habían sido planteadas anteriormente.

3.4. Proyecto de Ley Corta (2023)

Desde el fallo de la Corte Suprema de noviembre de 2022, ha existido la presión política para dictar una Ley Corta que aborde las consecuencias del mismo y la situación crítica del financiamiento del sistema privado de salud por la judicialización de la fijación de precios.¹¹⁶ Para ello, el proyecto de ley también aborda otras materias necesarias para solucionar este problema, vinculadas a las competencias y funciones a desempeñar por la Superintendencia de Salud y Fonasa.

El Proyecto de Ley Corta fue ingresado el 9 de mayo de 2023, y al momento de escribir este estudio aún no había sido aprobado. Se focaliza en tres áreas: en dar cumplimiento al reciente fallo de la Corte Suprema, medidas para disminuir la judicialización del sistema privado de salud y

¹¹³ *Ibíd.*, p. 4.

¹¹⁴ *Ibíd.*, p. 7.

¹¹⁵ *Ibíd.*, p. 8.

¹¹⁶ Boletín 15896-11, pp. 1-2.

fortalecer el Fonasa a través de la creación de un sistema de seguros complementarios.

Respecto del primer punto, entre otras medidas, se le otorga a la SS facultades legales necesarias para implementar las instrucciones dadas por la Corte Suprema. El proyecto define el modo de hacer efectiva la adecuación del precio final de todos los contratos de salud alineado con la decisión de la Corte Suprema y le otorga facultades de fiscalización a la misma.¹¹⁷ Determina también que serán las Isapres quienes definirán un plan para establecer cómo serán devueltas las cantidades percibidas en exceso, el cual será evaluado por un Consejo Asesor de carácter técnico y consultivo.¹¹⁸ Estos pasivos adicionalmente no serán considerados como deudas en las garantías que las Isapres deben mantener, pero las Isapres no podrán hacer retiro de utilidades si no han pagado la totalidad de estos montos.¹¹⁹

Respecto del objetivo de reducir la judicialización del sistema privado de salud, el proyecto de ley faculta a la SS para determinar el precio que las Isapres cobren por GES,¹²⁰ y perfecciona el Índice de Costos de Salud que “dejará de ser un valor máximo de ajuste del precio base de los planes de salud y temporalmente será un valor de reajuste obligatorio para estas ISAPRE.”¹²¹

El proyecto de ley también fortalece el Fonasa, proponiendo una nueva modalidad de atención llamada “Modalidad de Cobertura Complementaria” que permitiría mediante una contribución voluntaria, complementar la cotización obligatoria de salud accediendo a un seguro de salud otorgado por compañías de seguros.¹²² Fonasa definiría el arancel de las prestaciones cubiertas por esta modalidad y la prima complementaria sería plana lo que permitiría distribuir riesgos y evitar discriminaciones. Las compañías de seguro participarían de licitaciones públicas en donde ofertarán las prestaciones para cubrir a los y las usuarias por esta nueva modalidad y la Superintendencia fiscalizaría todo lo relativo a esta modalidad al igual que las otras que ofrece el Fonasa.¹²³

El director del Fonasa se ha referido, en la prensa, a las particularidades del proyecto, señalando que el objetivo de la nueva modalidad creada para Fonasa es aumentar la cobertura financiera de los y las usuarias de libre

¹¹⁷ Boletín 15896-11, p.12, artículo 2 y artículo 3 transitorio.

¹¹⁸ Boletín No. 15896-11, p. 12, artículo 3, y artículo 4 transitorio.

¹¹⁹ Boletín No. 15896-11, pp. 13-14 y artículos 8 y 9.

¹²⁰ *Ibíd.*, p. 14 y artículo 1.

¹²¹ *Ibíd.*, p. 16 y artículo 1.

¹²² *Ibíd.*, p. 17 y artículo 1.

¹²³ *Ibíd.*, pp. 18 y 19 y artículos 1 y 11.

elección de alrededor de un 38% a un 65%, que es la protección promedio que tienen los y las usuarias de Isapres actualmente.¹²⁴

4. LINEAMIENTOS PARA UNA FUTURA REFORMA A LA SALUD EN CHILE

En esta última sección se ofrecen ciertos lineamientos generales, tomando en consideración los estándares en materia de derechos humanos, respecto a los principales puntos que debieran ser abordados en una futura reforma al sistema de salud, para avanzar hacia una cobertura universal que permita un acceso al derecho a la salud más equitativo e inclusivo.

Necesidad de superar las discriminaciones en el acceso a los bienes y servicios de salud: Todos los proyectos de reforma revisados dan cuenta, como antecedente, del mismo problema: las diferencias de cobertura y acceso entre los y las usuarias del Fonasa e Isapres. Se ha planteado la opción de establecer un Seguro Único de Salud o un Plan Único de Salud. En el primer modelo, el Fonasa asumiría las funciones de aseguramiento, y las Isapres solo podrían ofrecer seguros complementarios. En el segundo modelo, un Plan Único es definido con regulación de precios y prestaciones de salud, que debe ser ofrecido tanto por Isapres como por el Fonasa (similar a GES incluyendo todos los problemas de salud considerados esenciales). En ambas alternativas, se superarían problemas estructurales del sistema de salud chileno en materia de accesibilidad, como las discriminaciones por sexo y edad, además de producir un grado mayor de solidaridad y protección para todas las personas independientemente de su capacidad de pago y riesgo de salud, generando mayor equidad e inclusividad. También se superarían los problemas de regulación de precios de los planes de salud de las Isapres, al estar todas estas materias reguladas con antelación y no sujetas a la discreción de las aseguradoras privadas.

Medidas concretas para superar los problemas de oportunidad de la atención de la salud: Los problemas de listas de espera existen en todos los sistemas salud y especialmente en sistemas inclusivos, donde se deben tomar medidas concretas para que las garantías de salud garantizadas no queden en el papel por falta de acceso oportuno. Para ello, es preciso que el otorgamiento de las prestaciones cubiertas sea costo-efectiva con el fin de responder con prontitud y celeridad, manteniendo la calidad. De esta forma, se busca contar con la disponibilidad suficiente de bienes y servicios que permitan hacer efectivo el derecho a la salud. Respecto de este punto, las reformas propuestas mencionan la necesidad de implementar medidas

¹²⁴ *La Tercera*: "Fonasa: 250 mil usuarios migraron de Isapre al sistema público en 2022", 19 de mayo de 2023.

costo-efectivas y garantizar la oportunidad de las prestaciones aseguradas, siguiendo la lógica establecida por GES, en donde los prestadores públicos y privados pueden cumplir un rol compartido. Asimismo, la priorización de la atención en base a la atención primaria o de médico de familia podría tener beneficios desde la perspectiva de la oportunidad y la eficiencia en el uso de los recursos. Este tipo de medidas resultan necesarias para superar los problemas de disponibilidad y calidad, y de esta forma dar una mejor implementación a los estándares de derechos humanos en materia de salud.

Reconocer los problemas de priorización en la atención de la salud y establecer un sistema coherente, justo, transparente, participativo y costo-efectivo: Este aspecto también ha sido un problema identificado en las propuestas de reforma revisadas. Para abordarlo, se ha promovido la creación de organismos técnicos como el INETESA, propuesto en el Informe Accorsi (2020), que definiría cuáles debieran ser los problemas de salud cubiertos y de qué forma definir la priorización en acceso, oportunidad, calidad y protección financiera. Tener un órgano público de esta naturaleza, con funciones transparentes, es clave para solucionar los problemas de priorización y coherencia identificados en este *Informe*. Esta entidad permitiría abordar los problemas de judicialización existentes en nuestro sistema, al otorgar un foro alternativo para la decisión de priorización en los gastos en salud, lo que haría posible asegurar la disponibilidad de los bienes y servicios de salud en forma igualitaria y avanzar en la forma más “expedita y eficazmente posible hacia la plena realización” del derecho a la salud, velando por la distribución mayormente equitativa de estos servicios.

Otorgar certidumbre y estabilidad financiera al sistema de salud: Los sistemas de salud deben ser adecuadamente financiados y cuando actores privados desarrollan funciones como la atención médica, que es un bien público, los Estados deben regular y fiscalizar de forma adecuada a los mismos. En este punto, el Estado de Chile ha fallado en su obligación de proteger el derecho a la salud, y se requieren medidas legislativas concretas –como las propuestas por la Ley Corta– para que la Superintendencia tenga las facultades necesarias que le permitan regular a las Isapres. Este problema debe ser solucionado con prontitud. Un “buen gobierno” requiere abordar estas materias de forma coordinada entre los poderes del Estado para buscar una solución que permita mantener la continuidad de los servicios de salud, y al mismo tiempo superar las discriminaciones existentes en el sistema privado de salud. Sin duda, el aumento en el gasto público en materia de salud es una buena noticia para la estabilidad general del sistema, pero Chile debe adelantarse y estar preparado para posibles cambios en la cantidad de nuevos usuarios y usuarias, como los que han

estado ocurriendo en el último tiempo. Con este propósito se deben tomar medidas concretas para hacer frente a los desafíos de tener personas provenientes del sector privado, pero implementando medidas que promuevan la equidad en la distribución de los servicios de salud entre los y las usuarias de Fonasa.

En definitiva, pareciera existir consenso, en una amplia mayoría del espectro político, de que el sistema de salud en Chile debe ser reformado. Las propuestas de reforma revisadas coinciden en muchos puntos, los que, a su vez, están en sintonía con los estándares internacionales de derechos humanos en materia del derecho a la salud. Existe cierto margen de discreción en cómo debieran ser realizadas estas reformas estructurales, pero lo fundamental apunta a generar mayor inclusividad, teniendo un catálogo de prestaciones de salud –garantizado único y universal– aplicable a todas las personas del país, cuya protección no debiera depender del riesgo del paciente ni de su capacidad financiera. La implementación de este nuevo modelo contempla la participación de actores privados en la provisión de servicios y/o en el aseguramiento, y para que estos actores cumplan un rol apropiado es clave que estén adecuadamente regulados.

RECOMENDACIONES

1. Para abordar los problemas de inequidad que tiene el sistema de salud chileno, se debiera avanzar hacia un sistema de Seguro Único de Salud o en su defecto un Plan Único de Salud. Esta reforma permitiría ayudar a superar problemas estructurales del sistema de salud chileno en materia de accesibilidad, como también las discriminaciones por sexo y edad, además de generar un grado mayor de solidaridad y protección para todas las personas, independientemente de su capacidad de pago y riesgo de salud.
2. Dirigir mayores recursos para superar los problemas de listas de espera que existen en este momento en el país, velando por la no discriminación y costo-efectividad en el otorgamiento de las prestaciones de salud. Estas deberán ser otorgadas con prontitud y celeridad, manteniendo la calidad y tomando en consideración factores como el género y el lugar de residencia. Se sugiere, como medidas concretas para generar mejoras en oportunidad a largo plazo, seguir la lógica de GES y establecer garantías de oportunidad para todas las prestaciones cubiertas por el Fonasa e Isapres (Seguro Único/Plan Único) y avanzar hacia un sistema de atención primaria o médico de familia.

3. Actualizar los criterios de priorización en la atención a la salud siguiendo estándares de no discriminación, costo-efectividad, transparencia, participación y rendición de cuentas.
4. Fortalecer las facultades reguladoras de la Superintendencia de Salud respecto de las Isapres para que pueda definir los ajustes en los planes de salud y tarifa GES, entre otras materias. También se sugiere fortalecer y extender las facultades del mecanismo de resolución de controversias de la Superintendencia, de tal forma que dicha entidad esté en condiciones de abordar ampliamente conflictos respecto a la cobertura de servicios de salud y, particularmente, sobre la cobertura de nuevos tratamientos y medicamentos, de manera coherente y sistemática en coordinación con los órganos técnicos correspondientes.
5. Crear un nuevo organismo público técnico que decida cuáles debieran ser los problemas de salud cubiertos en un Seguro Único/ Plan Único y de qué forma se define y prioriza en cuanto al acceso, oportunidad, calidad y protección financiera de dichas coberturas. Este organismo debiera estar gobernado por estándares de no discriminación, costo-efectividad, participación, transparencia y rendición de cuentas.

¿QUIÉN CUIDA A LAS CUIDADORAS DE LOS ESTABLECIMIENTOS DE LARGA ESTADÍA PARA PERSONAS MAYORES?

Lidia Casas Becerra¹
Valentina Salazar Wattier²

SÍNTESIS

El presente capítulo tiene por objeto analizar las condiciones de trabajo de cuidadoras y cuidadores en establecimientos de larga estadía en Chile y determinar sus efectos en la calidad de cuidados a personas mayores desde una perspectiva de género y derechos humanos, estableciendo la necesidad de regular estas materias para la efectiva protección de dos grupos en situación de especial vulnerabilidad en el derecho internacional: personas mayores residentes y personas cuidadoras. La precarización de las personas que trabajan en estos espacios se manifiesta en bajos salarios, en una mala distribución de turnos, en jornadas extensas, en la cantidad de funciones y la carga laboral que asumen, lo que provoca un desgaste personal que puede devenir en maltratos y vulneraciones de derechos hacia los residentes. A partir del análisis de esta situación, contraria al derecho internacional de los derechos humanos, planteamos caminos posibles para regular el trabajo de las cuidadoras de los establecimientos de larga estadía en nuestro país.

PALABRAS CLAVES: cuidadoras, personas mayores, establecimientos de larga estadía, condiciones laborales

¹ Abogada, profesora titular y directora del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

² Abogada de la Universidad Diego Portales. Agradecemos la colaboración en la elaboración del presente capítulo de las ayudantes de investigación de la Universidad Diego Portales, Makarena Daza y Paz Larraín.

INTRODUCCIÓN

Chile y el mundo enfrentan una crisis de cuidados que aumenta con el tiempo. Ello tiene una importante dimensión de género, pues las mujeres históricamente han tenido la responsabilidad de cuidar a otros, ya se trate de hijos, hijas, personas enfermas, personas mayores o en situación de discapacidad.

El envejecimiento acelerado de la población y la imposibilidad de muchas personas –principalmente mujeres– de compatibilizar sus obligaciones laborales con las tareas de cuidado de adultos mayores, en situación de dependencia física y cognitiva, deviene, muchas veces, en la necesidad de que esas personas mayores que requieren de cuidados sean institucionalizadas. Por lo anterior, es esencial contar con instituciones que faciliten estas labores –ya sea por jornadas diarias, o en Establecimientos de Larga Estadía para Adultos Mayores (en adelante, ELEAM)– y que garanticen los cuidados y el respeto por los derechos humanos de las personas. En Chile, la oferta de ELEAM es diversa y poco regulada y, además, quienes trabajan de manera remunerada realizando labores de cuidado son mayoritariamente mujeres, muchas en situación de vulnerabilidad. Así, la cuestión de los cuidados tiene una doble dimensión de género: la necesidad de contar con dispositivos que faciliten las tareas de cuidados dado que esas labores en las familias las asumen mayoritariamente las mujeres y la realidad de que aquellas que ejercen de manera remunerada esa función son, también, casi siempre mujeres en condiciones de precariedad laboral, con bajos salarios y con doble o triple jornada de trabajo.

No es una novedad el envejecimiento poblacional en Chile –provocado por tasas más bajas de fecundidad y mayor longevidad de la población– fenómeno que en algunos países se ha contrarrestado con olas migratorias.³

En 1992 las personas mayores de 60 años equivalían al 9,5% del total de habitantes en Chile. Al año 2022 este porcentaje aumentó al 18,1% y se espera que al 2050 las personas mayores sean el 32,1% de la población nacional.⁴ En este grupo, la mayoría de las personas serán de la “tercera edad” (60 a 79 años), pero su proporción dentro del total de personas mayores

³ Felipe Rojas y otros, *Envejecimiento en Chile: Evolución, características de las personas mayores y desafíos demográficos para la población*, Instituto Nacional de Estadísticas (INE), 2022, pp. 15-16. https://www.ine.gob.cl/docs/default-source/documentos-de-trabajo/envejecimiento-en-chile-evolucion-y-caracteristicas-de-las-personas-mayores.pdf?sfvrsn=fa394551_2.

⁴ INE: “Cerca de un tercio de la población de Chile en 2050 estaría compuesta por personas mayores”, 27 de septiembre de 2022. <https://www.ine.gob.cl/estadisticas/sociales/demografia-y-vitales/demografia-y-migracion/2022/09/27/cerca-de-un-tercio-de-la-poblacion-en-2050-estar-compuesta-por-personas-mayores>.

descendería, pasando de 83,6% en 2022 a 72,0% en 2050.⁵ Por su parte, “la cantidad de personas en la cuarta edad (80 y más años) aumentaría más de tres veces su tamaño en igual período y representaría el 28,0% del total de personas mayores en 2050.”⁶ Adicionalmente, quienes tienen una vida más prolongada y representan el mayor número de personas mayores también son mujeres. La población mayor, según datos del INE, “se compone principalmente por mujeres las que alcanzan el 55,7% del total de personas mayores para el año 2017”.⁷ Todo lo anterior, provocará sin duda nuevas necesidades específicas en este grupo etario que, seguro, el Estado, el mercado y la sociedad en su conjunto deberán asumir.

Por otra parte, las tareas de cuidado en las familias han estado históricamente relegadas a las mujeres, quienes deben asumir la crianza de hijas e hijos, el cuidado de personas enfermas, en situación de discapacidad y de personas mayores que no puedan cuidarse por sí mismas. Los cuidados en el espacio privado constituyen un trabajo que no es medido en el producto interno bruto del país (PIB), pese a su contribución al bienestar de las familias, y sólo se transforma en empleo cuando es remunerado.⁸ Bajo una perspectiva que ha sido calificada como revolucionaria, se ha empezado a considerar como trabajo –sea remunerado o no, en condiciones de formalidad o informalidad– cualquier actividad que las personas realizan “con el fin de producir bienes o prestar servicios para el consumo de terceros o para uso final propio”. Así, se reconoce como trabajo la producción de bienes y servicios proporcionados en el hogar para otros miembros del hogar y para uso personal, pudiendo los cuidados ser incorporados, de esta manera, en los sistemas de cuentas nacionales,⁹ dejando entrever el valor que reportan a la economía en general.¹⁰ Las personas cuidadoras, usualmente, deben compatibilizar su participación en el mercado laboral con las tareas

⁵ *Ibíd.*

⁶ *Ibíd.*

⁷ Felipe Rojas y otros op. cit., p. 52.

⁸ Organización Internacional del Trabajo (OIT): “¿Qué es trabajo decente?”, 9 de agosto de 2004. https://www.ilo.org/americas/sala-de-prensa/WCMS_LIM_653_SP/lang-es/index.htm .

⁹ OIT, *El trabajo de cuidados y los trabajadores del cuidado para un futuro con trabajo decente*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2019, p.8. https://ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_737394.pdf

¹⁰ Natalia Espínola y otros, “Making visible the cost of informal caregiver’s time in Latin America: a case study for major cardiovascular, cancer and respiratory diseases in eight countries”, *BMC Public Health*, 2023. <https://bmcpublichealth.biomedcentral.com/articles/10.1186/s12889-022-14835-w>

de cuidado, situación que muchas veces tiene consecuencias relevantes en el desgaste personal y las trayectorias profesionales.

El impacto de los cuidados tiene múltiples dimensiones de género. Por una parte, es un tipo de labor que desempeñan mujeres en los hogares y que cuando es tercerizado, ya sea en cuidadoras a domicilio, trabajadoras de casa particular o en establecimientos de larga estadía, son fundamentalmente mujeres quienes lo realizan. Por ello, a lo largo de este capítulo nos referiremos indistintamente a trabajadoras cuidadoras, usando el femenino genérico para unificar el lenguaje y reivindicar el rol de las mujeres en estas tareas, sean remuneradas o no.

De acuerdo con el Censo de 2017, la mayoría de las personas mayores del país no habitan en establecimientos de larga estadía, sino que residen con sus familias o se encuentran viviendo solas. Sólo un 14,9% de la población mayor viviría en una residencia o establecimiento de cuidados.¹¹ El Censo mostró, también, que el 34,9% de los hogares tenía, al menos, una persona mayor, porcentaje muy superior a la cifra del censo de 2002 que mostraba un 29,5%.¹²

La OIT en un informe de 2022 sostiene que las tareas del cuidado tienen un impacto en los trabajadores, especialmente las trabajadoras, en lo que se refiere a la conciliación entre trabajo y vida familiar, intensificando la responsabilidad de las mujeres en detrimento del compromiso colectivo, y a su vez impactando en el derecho de las personas mayores a un envejecimiento sano.¹³

En este contexto, los Establecimientos de Larga Estadía para Adultos Mayores son una de las respuestas al cuidado de este sector cada vez más numeroso de la población. El foco de nuestro capítulo será analizar la realidad de estos espacios en Chile, en concreto, las condiciones laborales de las personas a cargo del cuidado, y los efectos que tienen dichas condiciones, tanto en sus propias vidas como en la de aquellos adultos mayores a quienes cuidan.

El trabajo se desarrolló utilizando una metodología mixta; se realizó una revisión bibliográfica y se recopiló información a través de solicitudes

¹¹ Felipe Rojas y otros, op. cit., p. 62.

¹² *Ibíd.*, p. 61.

¹³ Laura Addati, Umberto Cattaneo y Emanuela Pozzan, *Los cuidados en el trabajo: invertir en licencias y servicios de cuidados para una mayor igualdad en el mundo del trabajo*, OIT, Ginebra, 2022, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_850638.pdf.

de información a distintas reparticiones públicas y por medio de entrevistas anónimas a actores clave.¹⁴

1. EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS PERSONAS MAYORES

La Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (en adelante, CIDHPM), aprobada en el año 2015, ratificada por Chile en el 2017 y publicada en octubre del mismo año, es uno de los pilares que debemos analizar para establecer las obligaciones de los Estados. Chile ratificó el Protocolo de San Salvador sobre la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, el cual entró en vigencia para nuestro país el 28 de julio de 2022, y no puede ser aplicado retroactivamente. En este sentido, usaremos sus estándares solo para determinar las obligaciones hacia el futuro, pero no para evaluar la situación actual. La CIDHPM establece obligaciones en materia de cuidados de largo plazo para personas mayores y su relación con la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales. Entre ellos se incluye, “[a] proporcionar instalaciones, así como una alimentación y atención médica especializada a las personas de edad avanzada que carezcan de ella y no se encuentren en condiciones de proporcionársela por sí mismas; b) ejecutar programas laborales específicos destinados a conceder a las personas mayores la posibilidad de realizar una actividad productiva adecuada a sus capacidades, respetando su vocación y/o deseos, y c) estimular la formación de organizaciones sociales destinadas a mejorar la calidad de vida de los ancianos”.¹⁵ Estas obligaciones específicas se insertan en el marco general de obligaciones derivadas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, donde se establece –en su artículo 1.1– que los Estados deben respetar y garantizar los derechos consagrados en la Convención, sin discriminación alguna, y –en su artículo 2– que en el caso de producirse brechas se debe adecuar la legislación interna a lo estipulado por la Convención.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) ha recalcado que las personas mayores son un grupo heterogéneo y que no es posible hacer generalizaciones respecto a la forma en que los

¹⁴ E-1: Abogada de sindicatos de ELEAM de diversos lugares del país. E-2: enfermera de ELEAM RM, E-3 y E-4: dos cuidadoras (dirigentes sindicales de centros fuera de la RM). E-5: cuidadora Hogar de Cristo. E6: profesional de la salud que trabajó en ELEAM para personas de bajos recursos y de altos recursos (funcionaria del SENAMA).

¹⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Derechos humanos de las personas mayores y sistemas nacionales de protección en las Américas*, 31 de diciembre de 2022, párr. 35. https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/2023/PersonasMayores_ES.pdf

seres humanos envejecen, toda vez que aquello se encuentra determinado muchas veces por factores como su origen étnico, género, nivel socioeconómico, condiciones de salud, entre otros.¹⁶ Adicionalmente, la vejez por sí misma, no significa vulnerabilidad. Es el contexto en que viven las personas mayores lo que puede determinar su fragilidad: la pobreza, la falta de acceso a servicios de salud, alimentación precaria, vivienda inadecuada, discapacidad y otros aspectos, son los que sitúan a algunas personas en distintos grados de desprotección.¹⁷ Por ello, el cuidado de personas en establecimientos de larga estadía debe responder tanto a necesidades individuales como colectivas. Esto implica observar las particularidades de los espacios en que ellas se satisfacen y en que el cuidado se ejerce, atendida la mencionada heterogeneidad de las necesidades de quienes lo reciben en distintos contextos socioeconómicos.

Los derechos consagrados en la CIDHPM reiteran las obligaciones ya establecidas en otros instrumentos jurídicos (Convención Americana o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) como el derecho a la vida, integridad y dignidad, el derecho a vivir una vida libre de violencia y no ser sometido a torturas o tratos crueles, inhumanos y degradantes, todo ello desde un enfoque que reconoce la existencia de discriminación múltiple (artículo 5), particularmente etaria, en combinación con otros factores. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) en la sentencia del *caso Poblete Vilches contra Chile*, de 2018, consideró que la vulnerabilidad específica por la falta de acceso a servicios de salud de las personas mayores como grupo de especial protección, no fue tomada en cuenta por los servicios de salud chilenos, enfatizando la responsabilidad internacional del Estado y confirmando que la pobreza es un factor que agudiza y profundiza esta vulnerabilidad.¹⁸

Asimismo, la CIDH en su reporte sobre los derechos de las personas mayores enfatiza que uno de los pilares del derecho a la autonomía de las personas mayores es el respeto a sus decisiones y la especial consideración de su consentimiento informado sobre prestaciones o intervenciones médicas, incluyendo aspectos del cuidado y tratamientos paliativos.¹⁹ Conforme lo dispone la CIDHPM, en su artículo 12, “los Estados deben diseñar medidas de apoyo para las familias y cuidadores, garantizando la plena participación de las personas mayores y respetando su opinión”.²⁰

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Ibid.*, párr. 69.

¹⁸ Corte IDH, *Caso Poblete Vilches y otros contra Chile*, 8 de marzo de 2018, párr. 131 y párr. 162.

¹⁹ CIDH, *op. cit.*, párr. 79.

²⁰ Convención Interamericana sobre la protección de los derechos de las Personas Mayores. http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_a-70_derechos_humanos_personas_mayores.pdf.

La prestación de servicios de cuidados a largo plazo y cuidados paliativos se entrelazan con el derecho a la autonomía, la participación, la libertad y la privacidad de las personas mayores. Por esta razón, sus decisiones a este respecto deben ser respetadas por las personas cuidadoras, el personal médico y todos quienes intervienen en los procesos de preservación y mejora de su salud física y mental, con las salvaguardas de responsabilidad administrativa, civil y penal que corresponda en caso de incurrir en prácticas de detrimento de la voluntad de la persona mayor.²¹

En el mismo sentido, el Informe de la Experta Independiente de las Naciones Unidas sobre el disfrute de todos los derechos humanos por las personas de edad, en relación a las personas mayores privadas de libertad, considera que la privación de este derecho se puede producir por la internación de las personas mayores por razones de cuidado, ya sea en establecimientos públicos o particulares.²² Cualquiera sea el caso, la internación de una persona debe, como regla general, contar con el consentimiento de la persona mayor que recibirá los cuidados.²³

El derecho internacional de los derechos humanos no ha establecido reglas o estándares específicos sobre las instituciones privadas que prestan servicios de cuidados de personas mayores, pero, al tratarse del cuidado de personas y en algunos casos, de situaciones de privación de libertad voluntaria, aplican los mismos estándares para prestadores privados y públicos, en particular, cuando el servicio se concede. Así, todo establecimiento debe respetar y garantizar, si es necesario con la ayuda estatal, derechos tales como autonomía, salud, independencia, recepción de cuidados de largo plazo, derecho al cuidado y, por supuesto, derecho a la salud de las personas en esas instituciones, en atención al rol del Estado de fiscalizar para proteger los derechos de las personas mayores.²⁴

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el *caso Vera Rojas contra Chile*, de 2023, profundizó en la obligación del Estado de regular las instituciones privadas que presten servicios que involucran derechos fundamentales, refiriéndose principalmente al derecho a la salud y su relación con la protección al derecho a la vida e

²¹ *Ibíd.* Ver también *Informe 2015*, pp. 209-249. Las autoras del capítulo se refieren al concepto de autonomía regresiva.

²² Consejo de Derechos Humanos, *Personas de edad privadas de libertad Informe de la Experta Independiente sobre el disfrute de todos los derechos humanos por las personas de edad*, A/HRC/51/27, 9 de agosto de 2022. <https://www.ohchr.org/es/hr-bodies/hrc/regular-sessions/session51/list-reports>.

²³ En este capítulo no se discutirá sobre el consentimiento de las personas mayores para ingresar a un establecimiento de larga estadía. Sobre estándares en la materia, revisar *Informe 2015*, Ansoleaga y Valenzuela, *op.cit.*

²⁴ CIDH, *Derechos humanos de las personas mayores y sistemas nacionales de protección en las Américas*. 2022.

integridad a través de instituciones de seguros privados como las Isapres, cuyo objeto es otorgar cobertura para prestaciones sanitarias.²⁵

En su sentencia, la Corte reitera que, si bien el Estado no es responsable de todos los actos de vulneración por parte de privados, la responsabilidad estatal debe investigarse caso a caso. Bajo ese entendido, la Corte reiteró las directrices del Consejo de Derechos Humanos de la ONU respecto de las actividades empresariales, debiendo adoptar medidas administrativas, judiciales o legislativas para prevenir vulneraciones o para dar respuesta a situaciones abusivas provocadas por particulares, indicando que:

en el marco de las obligaciones de garantía y del deber de adoptar disposiciones de derecho interno que se derivan del artículo 1.1 y 2 de la Convención Americana, la Corte ha destacado que los Estados tienen el deber de prevenir las violaciones a derechos humanos producidas por empresas privadas, por lo que deben adoptar medidas legislativas y de otro carácter para prevenir dichas violaciones, e investigar, castigar y reparar tales violaciones cuando ocurran... [por lo cual los Estados se obligan] a reglamentar que las empresas adopten acciones dirigidas a respetar los derechos humanos reconocidos en los distintos instrumentos del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos – incluidas la Convención Americana y el Protocolo de San Salvador.²⁶

De esta forma, aun cuando estos establecimientos sean privados, al Estado le corresponde una importante responsabilidad de regular y fiscalizarlos para proteger y garantizar los derechos establecidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Así, la Corte IDH *estableció en Ximenes Lopes contra Brasil* que

89. En relación con personas que se encuentran recibiendo atención médica, y dado que la salud es un bien público cuya protección está a cargo de los Estados, éstos tienen la obligación de prevenir que terceros interfieran indebidamente en el goce de los derechos a la vida y a la integridad personal, particularmente vulnerables cuando una persona se encuentra bajo tratamiento de salud. La Corte considera que los Estados tienen el deber de regular y fiscalizar toda la asistencia de salud prestada a las personas bajo su jurisdicción, como deber especial de protección a la vida y

²⁵ Corte IDH, *Vera Rojas y otros contra Chile*, 1 de octubre de 2021, párr. 136. En el mismo sentido, Corte IDH, *Ximenes Lopes contra Brasil*, de 4 de julio de 2006.

²⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Vera Rojas y otros contra Chile*, 1 de octubre de 2021, párr. 85.

a la integridad personal, independientemente de si la entidad que presta tales servicios es de carácter público o privado.²⁷

La Corte reitera que al Estado le compete regular y fiscalizar, también, a las instituciones privadas que entreguen servicios de salud.²⁸

2. ESTÁNDARES DE DERECHOS HUMANOS SOBRE LA PROTECCIÓN A TRABAJADORAS Y TRABAJADORES

Los estándares internacionales sobre el derecho al trabajo indican que el Estado tiene un rol de garante frente a la protección de los derechos de los trabajadores relativos a las condiciones de higiene laboral en que se realizan las tareas (seguridad ocupacional),²⁹ cuestión que se recoge en el artículo 184 del Código del Trabajo. De la misma manera, la OIT ha establecido estándares sobre condiciones contractuales,³⁰ jornadas de trabajo,³¹ descanso,³² trato justo en remuneraciones y la no discriminación.³³

²⁷ Corte IDH, *Ximenes Lopes vs. Brasil*, 4 de julio de 2006.

²⁸ *Ibíd.*, párr. 90.

²⁹ OIT, Recomendación sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981 (núm. 164). Esta se refiere a condiciones del trabajo relacionados con vestuario, ventilación, instrucciones para emergencias como incendios, condiciones que puedan dañar la salud como las tensiones físicas o mentales. Respecto de las medidas que deben adoptar las empresas se indica que se debe proporcionar equipos y utilizar métodos de trabajo que, en la medida en que sea razonable y factible, sean seguros y no entrañen riesgos para la seguridad y la salud; que debe existir formación y supervisión necesarias; asegurar que la organización del trabajo procure jornadas de trabajo con descansos adoptando medidas razonables para evitar fatiga física y mental. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R164.

³⁰ OIT, Convenio sobre la fijación de salarios mínimos, 1970, núm. 131. OIT, Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982, núm. 158.

³¹ OIT, Convenio sobre las horas de trabajo (industria), 1919 N° 1; OIT, Convenio 189 sobre trabajadores domésticos, artículo 10°, OIT, Convenio sobre las horas de trabajo (comercio y oficinas), 1930 N° 30, https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C189; OIT, Convenio C030 sobre las horas de trabajo (comercio y oficinas) 1930, artículo 3°, https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/?p=1000:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C030; OIT, Convenio C001 sobre las horas de trabajo (industria) 1919, artículo 2°, https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/?p=1000:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C001.

³² OIT, Convenio sobre el descanso semanal (industria), N° 14, 17 de noviembre de 1921.

³³ OIT, Convenio 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958. Define el concepto de discriminación en el trabajo, comprendiendo las distinciones y exclusiones basadas en motivos distintos a las calificaciones exigidas para un empleo determinado, estableciendo la obligación de los Estados de formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación. Adicionalmente, el Convenio 189 de la OIT, sobre trabajadores domésticos, aplicable a las trabajadoras del cuidado en virtud de lo establecido en el artículo 1, dispone en su artículo 14, "Todo Miembro, teniendo debidamente en cuenta las características específicas del trabajo doméstico y actuando en conformidad con la legislación nacional, deberá adoptar medidas apropiadas a fin de asegurar que los trabajadores domésticos disfruten de condiciones no menos

En el caso de trabajadores y trabajadoras del cuidado, la OIT ha precisado estándares específicos relativos a trabajadores domésticos, puesto que están expuestos a mayor precariedad laboral. El Convenio sobre Trabajadoras y Trabajadores Domésticos N° 189 de 2011, busca establecer condiciones de trabajo que respondan al tipo de jornada, salarios mínimos similares al de otros trabajadores e indemnizaciones justas, entre otras materias.³⁴ Por ello, el propio convenio exige a los Estados “adoptar medidas con miras a asegurar la igualdad de trato entre los trabajadores domésticos y los trabajadores en general”, refiriéndose a la compensación de las horas extraordinarias, los períodos de descanso diarios y semanales y las vacaciones anuales pagadas (art. 10, 1.).³⁵

A este respecto, el Convenio N°171 sobre el trabajo nocturno, resulta aplicable también a la situación de las trabajadoras del cuidado, ya que, como veremos, desarrollan una función continua que requiere de turnos de noche en que deben seguir prestando servicios a su empleador y a las personas mayores, determinando la obligación de los Estados de “adoptar [...] las medidas específicas requeridas por la naturaleza del trabajo nocturno, que comprenderán, como mínimo, las mencionadas en los artículos 4 a 10, a fin de proteger su salud, ayudarles a cumplir con sus responsabilidades familiares y sociales, proporcionarles posibilidades de mejoras en su carrera y compensarles adecuadamente. Tales medidas deberán también tomarse en el ámbito de la seguridad y de la protección de la maternidad, en favor de todos los trabajadores que realizan un trabajo nocturno”.³⁶

A su vez, la Corte IDH, en el *caso Fábrica de Fuegos contra Brasil*, ha desarrollado estándares sobre la debida diligencia en la fiscalización de las condiciones de los trabajadores, señalando que “se trata de un deber del Estado, incluso cuando la actividad la presta una entidad privada”.³⁷

La OIT ha señalado “que los servicios de cuidados de larga duración son medidas esenciales tanto para garantizar el derecho de las personas

favorables que las condiciones aplicables a los trabajadores en general con respecto a la protección de la seguridad social, inclusive en lo relativo a la maternidad.”

³⁴ Respecto de los trabajadores de ELEM, estos estándares son igualmente aplicables, si han sido contratados por fundaciones sin fines de lucro que utilicen este tipo de contrato, según lo dispone el artículo 146 inc. 2° del Código del Trabajo: “Con todo, son trabajadores sujetos a las normas especiales de este capítulo, las personas que realizan labores iguales o similares a las señaladas en el inciso anterior en instituciones de beneficencia cuya finalidad sea atender a personas con necesidades especiales de protección o asistencia, proporcionándoles los beneficios propios de un hogar.”

³⁵ OIT, Convenio 189 sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, 16 de junio de 2011. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C189 .

³⁶ OIT, Convenio 171 sobre trabajo nocturno, 26 de junio de 1990. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/?p=1000:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C171 .

³⁷ Corte IDH, *Fábrica de Fuegos contra Brasil*, 15 de julio 2020. párr. 35

mayores a un envejecimiento sano como para permitir que los trabajadores con responsabilidades familiares (tanto mujeres como hombres) ejerzan su derecho al empleo sin discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales”.³⁸

En uno de los informes publicados por la OIT se destaca la relevancia de asegurar buenas condiciones laborales incluyendo las salariales de las y los trabajadores del cuidado, pues de ello depende también la calidad de esos cuidados. Explica, además, que los trabajadores de cuidados corresponden a ramas muy diversas: el personal sanitario, de educación, de servicios sociales y aquellas personas que prestan labores de cuidado en servicios de larga estadía. Estos últimos son los que están más abajo en el escalafón, pues se relacionan con el “trabajo sucio” y el contacto con el cuerpo,³⁹ y en la medida que los empleos y las condiciones para los trabajadoras y trabajadores sean de mala calidad ello conducirá a cuidados equivalentes.⁴⁰ Los trabajos de cuidado se relacionan y son vistos como una extensión del trabajo doméstico, y dada las construcciones de género relacionadas con ellos, se asocian a un estatus menor, escaso reconocimiento social y baja remuneración para quienes realizan estas tareas.⁴¹

La OIT, ha definido como trabajo decente aquel que permite el desarrollo de las propias capacidades, que se realiza con el debido respeto a los principios y derechos laborales fundamentales, garantizando un ingreso justo y proporcional al esfuerzo realizado, sin discriminación de género o de cualquier otro tipo; que involucra protección social y que incluye un diálogo social y tripartito.⁴² Un pilar del trabajo decente es ejercer un empleo de calidad y no el mero hecho de tener un empleo.⁴³

³⁸ Laura Addati y otros, op. cit., p. 268.

³⁹ *Ibíd.*, p. 182.

⁴⁰ OIT, *El trabajo de cuidados y los trabajadores del cuidado para un futuro con trabajo decente*, Ginebra, 2019, p. 26.

⁴¹ *Ibíd.*, p. 165.

⁴² OIT, “¿Qué es trabajo decente?”, 9 de agosto de 2004.

⁴³ OIT, Juan Somavía, Conferencia Internacional del Trabajo, Memoria Director General: Trabajo Decente, 87.a reunión, Ginebra, junio de 1999. En efecto, señala “*La OIT milita por un trabajo decente*. No se trata simplemente de crear puestos de trabajo, sino que han de ser de una calidad aceptable. No cabe disociar la cantidad del empleo de su calidad. Todas las sociedades tienen su propia idea de lo que es un trabajo decente, pero la calidad del empleo puede querer decir muchas cosas. Puede referirse a formas de trabajo diferentes, y también a muy diversas condiciones de trabajo, así como a conceptos de valor y satisfacción.” <http://www.oit.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm>

3. “CASA DE REPOSO”, “ASILO” O “GUARDERÍA DE VIEJITOS”: LOS ESTABLECIMIENTOS DE LARGA ESTADÍA

Las instituciones donde se cuida a personas mayores son denominadas, indistintamente, como “guarderías de abuelitos”,⁴⁴ “casas de reposo”, “asilos”, “hogares de ancianos”. Lo correcto sería llamarlas establecimientos o residencias de cuidado. Algunos de ellos son de larga estadía (ELEAM), lo que implica que las personas viven de manera permanente en los recintos donde reciben cuidados. En Chile, existen ELEAM en distintas comunas del país, los cuales pueden ser públicos (dependientes del Servicio Nacional del Adulto Mayor, en adelante, SENAMA) o privados. La plataforma ELEAM Chile desarrollada por SENAMA para entregar apoyo en la pandemia, indica que existen un total de 1.484 registrados (registro voluntario), de los cuales 429 están en la Región Metropolitana, a la fecha de agosto de 2023.⁴⁵ SENAMA solo tiene 20 a nivel nacional, dos de ellos en la Región Metropolitana.⁴⁶ Para obtener una cantidad aproximada de ELEAM, se solicitó, para este capítulo, información a algunos municipios representativos de la realidad regional, relativa a “casas de reposo” y/o residencias para adultos mayores, en particular, en relación al número de patentes otorgadas para el funcionamiento de estos recintos. Para efectos de la solicitud, se escogieron aquellas comunas que tienen un mayor número de casas de reposo según información obtenida de la búsqueda en el sitio web www.eleamchile.cl, en la sección “Encuentra un ELEAM”.⁴⁷ De las solicitudes efectuadas, se recabaron datos solo sobre las patentes otorgadas en el periodo comprendido entre enero de 2020 y abril de 2023, para este tipo de establecimientos, dado que las municipalidades se limitaron, aparentemente, a responder por las últimas patentes concedidas (Tabla 1). Se incluyeron en la búsqueda comunas de las ciudades más pobladas del sur del país para contar con información de otras zonas distintas a la Región Metropolitana.

⁴⁴ Modelo en que personas mayores reciben cuidados durante el día y luego retornan a sus hogares con su grupo familiar. Véase, por ejemplo: <https://www.casasenor.cl/S4/guarderia-diaria-adulto-mayor>.

⁴⁵ La página <https://www.eleamchile.cl/encuentraeleam> entrega nombres de los ELEAM a nivel nacional y comunal.

⁴⁶ SENAMA, <http://www.senama.gob.cl/establecimientos-de-larga-estadia-para-adultos-mayores-eleam>. Información actualizada hasta junio de 2023.

⁴⁷ Eleamchile.cl, “Encuentra un ELEAM”. <https://www.eleamchile.cl/encuentraeleam>.

Tabla 1 Número de patentes comerciales otorgadas entre 2020 y 2023, y registro voluntario de ELEAM en algunas comunas.

Comuna	Nº de solicitud	Patentes	Registro voluntario en sitio web www.eleamchile.cl
Las Condes	MU135T0009297	10	54
Ñuñoa	MU186T0005106	10	51
La Cisterna	MU117T0003811	4	17
San Miguel	MU294T0002577	2	32
Providencia	MU228T0008242	29 ⁴⁸	47
Macul	MU161T0003845	7	10
La Florida	MU120T0005381	16	24
Viña del Mar	MU340T0000850	3	36
Valparaíso	MU332T0005432	9	14
Concepción	MU061T0006046	1	13
Talcahuano	MU313T0003687	0	3
Temuco	MU315T0003480	5	8
Arauco	MU011T0001742	0	1
Valdivia	MU330T0003349	12	14

Fuente: elaboración propia en base a respuestas a solicitudes de información.

Como se advierte, existe una brecha entre patentes concedidas en 3 años y medio y los ELEAM registrados voluntariamente en la plataforma ELEAM Chile.⁴⁹ En relación a la caracterización de las residencias, es posible afirmar que algunas de ellas pertenecen a empresas transnacionales (por ejemplo, Acalis) o a fondos de inversión inmobiliaria (como

⁴⁸ Municipalidad de Providencia. Nóminas de patentes comerciales. www.providencia.cl

⁴⁹ Las patentes pueden ser otorgadas semestralmente, por lo cual el año 2023 incluye las del primer semestre.

Senior Suites), que cuentan con una variada oferta de servicios –departamentos individuales, habitaciones individuales y/o compartidas para sus residentes en concordancia con un servicio “hotelero”– con precios que varían dependiendo de la comuna en que se encuentran. El costo mínimo aproximado de estas residencias es de \$1.500.000 (un millón quinientos mil pesos) mensuales, dependiendo de las condiciones de dependencia, la comodidad del espacio y la necesidad de cuidados que requiere la persona mayor.⁵⁰ El número de personas que puede albergar un establecimiento de estas características es muy diverso, y su composición es igualmente distinta. Así, uno de ellos, un centro para personas de recursos medios a altos atiende a 108 residentes.⁵¹ Otros establecimientos de menores recursos y menor costo, como por ejemplo uno de la Fundación Hogar de Cristo, que pasó de ser un albergue a una residencia de larga estadía, cuenta con 45 residentes, todas personas de gran vulnerabilidad social y psico-social.⁵²

Como se indicó, el proceso de envejecimiento es heterogéneo y depende de múltiples factores. Una entrevistada refirió que conocía a una persona que, ingresando muy joven, llevaba más de 15 años institucionalizada. Pese a su juventud, el deterioro en su salud fue muy rápido, producto del abuso de alcohol y drogas que presentaba al momento del ingreso por la situación de calle en que vivía. Esto, a diferencia de personas que han podido llevar una vida más acomodada socioeconómicamente y cuyo deterioro se produce en edades más longevas, por lo que su ingreso y permanencia en residencias de cuidado es más acotada.

En relación al pago de la mensualidad de los ELEM, por lo general se realiza a través de familiares que se hacen cargo del cobro de la pensión de las personas mayores y del pago referido, mediante la figura de tutor o representante legal para efectos del cobro de la pensión. Sin embargo, en algunos casos, los residentes pagan su estadía en los ELEM a través de la entrega de sus viviendas para que la institución las administre y cobre el canon de arriendo, según nos señaló una entrevistada.⁵³ O bien, como sucede en otros casos, los residentes entregan un poder a fin de que sus pensiones sean cobradas por la administración del ELEM. En estas circunstancias,

⁵⁰ Véase las residencias de Acalis (<https://www.acalis.cl/>) ubicadas en la zona oriente, especialmente en las comunas de Las Condes y Lo Barnechea en Santiago.

⁵¹ La Fundación San Vicente de Paul tiene la descripción de lo que denomina residencias, y luego hogares. Estos últimos se encuentran en las comunas de Pudahuel, Independencia, Ñuñoa, San Javier, entre otras. La Fundación las Rosas en su portal indica que atiende a más de 2000 residentes a lo largo del país. Sólo en la Región Metropolitana tiene 15 hogares.

⁵² Entrevista E-6, 14 de julio de 2023.

⁵³ Entrevista E-2, 9 de mayo de 2023

de acuerdo con los lineamientos de SENAMA,⁵⁴ la pensión cobrada debiera utilizarse en un 80% para el pago de la mensualidad de la residencia y mantener lo que resta de esos ingresos para libre disposición del residente.⁵⁵ Se desconoce si esto sucede así en residencias administradas por entidades privadas o cuando se trate de residentes con deterioro cognitivo severo, y menos aún si existen mecanismos de fiscalización en esta materia.

A los establecimientos enunciados se suman aquellos “hogares” informales que no están bajo ninguna regla de supervisión sanitaria. El número de establecimientos en esta condición es desconocido por las autoridades. No obstante, una nota de prensa de SENAMA, de 2021, indicaba que había entre 900 y 3.000 residencias informales a nivel nacional, esto es, establecimientos que no cuentan con autorización sanitaria⁵⁶ y que funcionan en condiciones de irregularidad, si es que no de clandestinidad. Se entiende como “irregular” la situación de establecimientos que, conocidos por las autoridades, no cuentan con autorización sanitaria de funcionamiento (por falta de otorgamiento o por haberse prohibido su funcionamiento) en razón de incumplimientos a la normativa sanitaria, condición que puede ser subsanada mediante un proceso de regularización. En tanto, nos referimos a establecimientos clandestinos cuando hablamos de lugares respecto de los que la autoridad sanitaria y municipal no tienen conocimiento, y funcionan completamente al margen de la ley, ejecutando la actividad económica de cuidados sin ningún tipo de regulación. En la citada nota de prensa del SENAMA aparecía que la Fundación “Por un Bien Mayor” reportaba un trabajo de regularización con 17 establecimientos de larga estadía sólo en la comuna de Puente Alto.⁵⁷

Una de las entrevistadas indicó que tenía conocimiento de que, solo en la Región Metropolitana, aproximadamente 180 ELEM no cuentan con resolución sanitaria y que 600 sí la tienen.⁵⁸ La pandemia, paradójicamente, permitió a las autoridades conocer o hacer estimaciones sobre su número a través de una solicitud de registro voluntario en una plataforma digital,⁵⁹ a propósito de la entrega de insumos y elementos de protección

⁵⁴ SENAMA, *Estándares de Calidad para Establecimientos de Larga Estadía*, 2019, https://www.senama.gob.cl/storage/docs/Libro_Estandares_de_Calidad_ELEAM_2019_FINAL.pdf

⁵⁵ Entrevista E-2, 9 de mayo de 2023 y entrevista E-6, 14 de julio de 2023.

⁵⁶ SENAMA.gob: “Lanzan programa ‘Por un Bien Mayor’ en la Región del Maule”, 13 de agosto de 2021. <https://www.senama.gob.cl/noticias/lanzan-del-programa-por-un-bien-mayor-en-la-region-del-maule> .

⁵⁷ Por un Bien Mayor. Fortaleciendo a los ELEM de Chile. <https://porunbienmayor.cl/sobre-nosotros/> .

⁵⁸ Entrevista E-6, 14 de julio de 2023.

⁵⁹ Plataforma ELEMCHILE.

personal (EPP) a los establecimientos para enfrentar la contingencia.⁶⁰ En ese contexto, por primera vez, SENAMA pudo contar con funcionarios que ingresaran a ELEM regulares e irregulares para conocer las condiciones de habitabilidad y funcionamiento de los establecimientos.⁶¹ En la práctica, el ingreso a instituciones privadas es complejo al no existir ninguna norma que autorice al Servicio a fiscalizar establecimientos de larga estadía no vinculados al Estado, por lo que la fiscalización sólo tiene lugar producto de denuncias efectuadas a la autoridad sanitaria (SEREMI de Salud) por incumplimientos al Decreto N°14.⁶²

El Instituto Nacional de Derechos Humanos realizó una recolección de datos sobre ELEM en 2018, que en el año 2020 fue complementada con antecedentes proporcionados por el Comité para la Prevención contra la Tortura. Se desprende de esa información que en la Región Metropolitana, en 2018, había 403 ELEM clandestinos (o en irregularidad), 43 en Valparaíso y 10 en el Maule.⁶³ Si bien no existen cifras exactas ni bases de datos desde donde obtenerlas, la cantidad de ELEM que funcionan irregularmente debiese preocupar en especial a las autoridades, por las posibles vulneraciones de derechos que ahí pueden producirse y que no es posible identificar, tanto contra personas mayores como en desmedro de trabajadoras de esos lugares.

Los establecimientos de larga estadía en Chile suplen una necesidad de servicios de cuidados de largo plazo que han sido regulados de forma incompleta a la fecha. El Estado no tiene la capacidad de prestar directamente estos servicios por una falta sostenida de recursos públicos. Hay que considerar, además, que algunas personas efectivamente pueden pagar por su estadía y no sería necesario que el Estado se hiciera cargo de la misma manera que lo hace con personas en situación de vulnerabilidad económica. De hecho, los establecimientos públicos, dependientes de SENAMA,⁶⁴ sólo cubren un número total de 1118 plazas a lo largo del país y también se encuentran gestionados por fundaciones privadas.⁶⁵ Como contrapunto,

⁶⁰ Entrevista E-6, 14 de julio de 2023.

⁶¹ *Ibíd.*

⁶² Decreto Número 14, Ministerio de Salud, Decreto N°14 que Aprueba Reglamento de Establecimientos de Larga Estadía para Adultos Mayores, 24 de febrero de 2010. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1015936>.

⁶³ Comité para la Prevención de la Tortura, Primer Informe Anual 2020. *Prevención de la tortura y situación de las personas privadas de libertad*, Santiago, 2021, p. 95.

⁶⁴ Establecimientos de Larga Estadía para Adultos Mayores (ELEM). <https://www.senama.gob.cl/establecimientos-de-larga-estadía-para-adultos-mayores-elem>.

⁶⁵ Comité para la Prevención de la Tortura, *op. cit.*, p. 91.

sólo la Fundación Las Rosas alberga en sus ELEAM a más de 2000 residentes.⁶⁶

En Chile, actualmente, los ELEAM no son consideradas instituciones que prestan servicios de salud, ya que se catalogan como residencias protegidas de acuerdo a lo establecido en el Decreto N°49 del año 2011 del Ministerio de Planificación.⁶⁷ No obstante, requieren autorización sanitaria para su funcionamiento. Las pautas para otorgar licencias señalan entre sus objetivos que las reglas buscan “[c]ontribuir al resguardo de la Salud Pública y al mejoramiento de la calidad de la atención, asegurando que las prestaciones serán entregadas en forma segura, minimizando los riesgos que por su naturaleza supone para los usuarios.”⁶⁸ Aunque no incorporan de manera obligatoria prestaciones de salud, la mayor parte de las personas mayores que residen en ELEAM padecen de enfermedades que requieren de cuidados con medicamentos en forma diaria, usan dispositivos para oxigenación cuando hay deficiencias respiratorias, tienen problemas de salud mental o cognitiva que demandan atención diaria, o problemas de movilidad. Por lo anterior, se hace necesario que estos centros cuenten con personal de salud de manera obligatoria, tales como enfermeras/os, paramédicos, kinesiólogos, nutricionistas, terapeutas ocupacionales, para el tratamiento adecuado de las patologías y la estimulación física y cognitiva que requieren los adultos mayores institucionalizados, toda vez que muchas de estas enfermedades devienen en discapacidad e impiden a los residentes realizar autónomamente las labores de la vida diaria. Lo anterior se evidencia con los datos de un estudio de 2017 sobre la caracterización de los y las residentes en ELEAM. Ese análisis mostraba que un 44,3% presentaba una discapacidad leve a moderada, mientras que un 42% tenían una discapacidad severa.⁶⁹ Sin embargo, el Decreto N°14 que regula el funcionamiento de los establecimientos de larga estadía, sólo señala que es “recomendable” contar con este tipo de profesionales.⁷⁰ Dada la débil regulación en la materia, la mantención de la funcionalidad, la alimentación y, en suma, el cuidado de la salud de las personas mayores se

⁶⁶ El Mostrador.cl: “Falta de residencias pone en riesgo el cuidado de las personas mayores vulnerables”, 9 de enero de 2023. <https://www.elmostrador.cl/agenda-pais/2023/01/09/falta-de-residencias-pone-en-riesgo-el-cuidado-de-las-personas-mayores-vulnerables/>.

⁶⁷ Ministerio de Planificación, Decreto 49, Reglamento que regula el Programa de viviendas protegidas para adultos mayores, 5 de mayo de 2011. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1026803>

⁶⁸ Subsecretaría de Salud Pública, *Instructivo y Pauta para Autorización Sanitaria de Establecimientos de Larga Estadía para Adultos Mayores (ELEAM)*, p. 5, 2017.

⁶⁹ Comité para la Prevención de la Tortura, Primer Informe Anual 2020, op. cit, p. 93.

⁷⁰ *Instructivo y Pauta para Autorización Sanitaria de Establecimientos de Larga Estadía para Adultos Mayores (ELEAM)*, op. cit. p. 16, Decreto 14° MINSAL, artículo 14.

encuentra a cargo de las técnicas en enfermería, cuidadoras y cuidadores que trabajan en los ELEAM, especialmente en los más pequeños y de menores recursos.⁷¹

A la débil regulación del funcionamiento de las residencias, se suma la escasa supervisión sobre las condiciones laborales de sus trabajadoras. El Código del Trabajo, como dijimos, contiene una disposición que haría aplicable las normas relativas a las trabajadoras de casa particular –presentes en dicho Código– a las trabajadoras del cuidado.⁷² Esta disposición se ha aplicado en algunas instituciones, en especial, respecto de cuidadoras que no tienen ninguna formación, aunque se utiliza poco porque la continuidad en los servicios exige la organización de turnos, que no son compatibles necesariamente con los horarios establecidos por ley para las trabajadoras de casa particular, según nos relata una entrevistada. En los espacios menos controlados, “hacen lo que se les ocurre con los horarios, en los más grandes deben organizar con mayor claridad los turnos, por lo cual se opta por jornadas especiales”.⁷³ A su vez, las entrevistas dieron cuenta de que los establecimientos formalmente constituidos, donde las personas son contratadas, no escapan tampoco a la informalidad laboral, especialmente con trabajadoras extranjeras.⁷⁴ Lo cierto es que la heterogeneidad de las residencias redundaba también en desigualdades en el cumplimiento de las leyes laborales y, por lo tanto, en el respeto por los derechos de las trabajadoras del cuidado.

Dada la variedad de establecimientos existentes, para los efectos del presente capítulo distinguimos al menos 3 categorías de ELEAM no estatales y formalizados.⁷⁵ Por una parte, se encuentran aquellos cuyo valor supera \$1.000.000 (un millón de pesos) mensuales aproximadamente y que, contando con autorización sanitaria y patente municipal de funcionamiento, otorga por lo general a sus trabajadoras una vinculación amparada bajo las reglas del Código del Trabajo, de manera directa o a través de un subcontrato. En segundo lugar, se encuentran aquellos que, contando con autorización de la SEREMI de Salud respectiva, patente comercial y un

⁷¹ Entrevista E-1, 5 de mayo de 2023, entrevista E-3, 17 de mayo de 2023 y entrevista E-4, 22 de mayo de 2023.

⁷² Artículo 146 inciso 2º del Código del Trabajo: “... son trabajadores sujetos a las normas especiales de este capítulo, las personas que realizan labores iguales o similares a las señaladas en el inciso anterior en instituciones de beneficencia cuya finalidad sea atender a personas con necesidades especiales de protección o asistencia, proporcionándoles los beneficios propios del hogar.”

⁷³ Entrevista E-1, 5 de mayo de 2023.

⁷⁴ Entrevista E-1, 5 de mayo de 2023 y E-6, 14 de julio de 2023.

⁷⁵ ELEAMCHILE.cl: “Encuentra un ELEAM”. Constituye la única página web pública que ha recopilado información sobre ELEAM públicos y privados mediante un reporte voluntario de las residencias.

arancel que oscila entre los \$500.000 y \$900.000 pesos mensuales, puede o no contemplar la contratación de trabajadores y trabajadoras en virtud de las normas del Código del Trabajo, verificándose la posibilidad de que las personas sean contratadas mediante un contrato de prestación de servicios a honorarios. Por último, existe un tercer grupo de establecimientos que funcionan irregularmente, respecto de los cuales no fue posible obtener datos ni cifras que den cuenta de su funcionamiento, arancel y características de contratación de trabajadores/as, toda vez que operan en la clandestinidad y son susceptibles de ser clausurados. Sin embargo, es probable que en esos recintos la contratación de trabajadoras sea totalmente informal y no exista ninguna manera de proteger sus derechos ni de fiscalizar el cumplimiento de la normativa.

Así, las características del cuidado recibido por los y las residentes podrían ser muy disímiles entre establecimientos y también las condiciones laborales de sus trabajadoras, dejando en indefensión no solo a las personas mayores de estos lugares, sino también a quienes realizan labores de cuidado en una atmósfera de precariedad y desprotección.

4. LAS TRABAJADORAS EN EL ÁMBITO DEL CUIDADO

La pregunta que guía esta investigación es ¿quién cuida a las cuidadoras?

Una primera aproximación frente a esa interrogante nos indica que el trabajo en establecimientos de larga estadía puede darse en condiciones de suma precariedad laboral. Esta se manifiesta en la existencia de condiciones contractuales fuera de marcos normativos regulados; inseguridad laboral por el tipo de contrato o por una regulación que permite una alta discrecionalidad en el despido, como sucede con la causal “necesidades de la empresa”; en la informalidad contractual y también como consecuencia de las condiciones o características personales de los y las trabajadoras –como ser extranjero, migrante, mujer–, entre otros factores.⁷⁶ En este sentido, en general, las condiciones descritas no permitirían calificar el trabajo de cuidados como un empleo digno, tal como fue definido en la sección de estándares de este capítulo.

En efecto, de conformidad con el Decreto N°14 del Ministerio de Salud, para el funcionamiento de un establecimiento de larga estadía se debe

⁷⁶ Leah Vosko, *Managing the Margins: Gender Citizenship, and the International Regulation of Precarious Employment*, Oxford University Press, 2010; Jody Heymann y Alison Earle, *Raising the Global Floor*, Stanford Politics and Policy, 2010.

Joan Benach y Muntaner Carles, *Employment Conditions and Health Inequalities*, 2007; Emile Tompa and Khaterine Scott-Marshall, *The health consequences of precarious employment experiences*, PubMed, 2005.

contar al menos con un/a auxiliar de enfermería y un/a cuidador/a por cada 7 residentes, si estos tienen dependencia severa. No existen en la actualidad obligaciones respecto a la conformación de un equipo multidisciplinario que contemple prestaciones de profesionales del ámbito de salud, y el Decreto sólo se refiere a que sería “recomendable” tenerlo.⁷⁷ En virtud de lo anterior, en cualquier establecimiento que cuente con autorización de la SEREMI de Salud regional, se visualizarían dos categorías de trabajadoras/ as encargadas de la atención de las personas mayores residentes: por una parte, están las profesionales enfermeras quienes realizan labores directivas y de mayor complejidad en atención a la necesidad de lineamientos técnicos en materia de salud –pese a no ser establecimientos hospitalarios o de atención– para atender de manera idónea las patologías que presentan las personas mayores al interior de una residencia, de acuerdo a prescripciones médicas previamente determinadas.⁷⁸ Luego, se encuentran las/os técnicas en enfermería (“TENS”) y las cuidadoras que cuentan con cursos y capacitaciones en la materia, más no una carrera en el ámbito de la salud.

Las diferencias salariales entre estas categorías de trabajadoras suelen ser muy grandes y su diferenciación se efectúa en base a la posesión o no de un título profesional otorgado por una universidad. En otros países, como indicara una entrevistada, esa brecha no es tan grande, pues los profesionales no tienen el resquemor de hacer tareas de cuidado que en Chile se consideran de menor rango.⁷⁹ El título profesional es sólo uno de los aspectos a considerar, pues la experiencia o “experticia” es fundamental si se considera la complejidad del trabajo de cuidados y su impacto en la salud física y mental de las cuidadoras por la existencia de largos turnos, que se traducen en una significativa rotación de personal al interior de los establecimientos. Dicha rotación de personal, indudablemente, tiene efectos sobre el cuidado de las personas.

Por otra parte, en las residencias de mayor nivel económico, según una entrevistada, se cuenta con diferentes tipos de capacitaciones –evacuación en caso de sismo o incendios, técnicas para levantar pacientes, entre otras–, pues si no hay capacitación habrá más probabilidades de que se extiendan licencias médicas para las trabajadoras por enfermedades ocupacionales.⁸⁰

Una de las entrevistadas, profesional que trabajó en residencias privadas de mayor nivel económico y también en una fundación para residentes de

⁷⁷ Título III, Decreto 14° Ministerio de Salud. op.cit.

⁷⁸ La investigación apunta a personas que dan cuidados no siendo profesionales universitarios como kinesiólogos, terapeutas ocupacionales o enfermeras.

⁷⁹ Entrevista E-6, 14 de julio de 2023.

⁸⁰ Entrevista E-2, 9 de mayo de 2023.

ingresos bajos y en situación de vulnerabilidad, señaló en relación a estos últimos espacios:

no se capacitaba a la gente para poder otorgar los cuidados [en] la condición [de dependencia ...] tampoco habían muchos protocolos. No estaba todo como tan regularizado, si bien tenían la autorización para funcionar y todo, como que habían muchas cosas que no se querían actualizar, entonces cuando llegué a ese lugar nosotros en conjunto con la doctora que había en ese momento, nosotros tratamos de ... colocar o hacer un protocolo. En el fondo, que lo hicimos con las medidas Covid para poder diferenciar estos usuarios, obviamente en ese momento se cancelaron todos los ingresos y se le dio la posibilidad a los familiares de poder retirar a su residente, pero no se siguieron los protocolos, entonces al final se terminaron contagiando peor porque en el fondo la directora prefería priorizar en el adulto mayor que no se desorientaran antes de que salvar la vida en el fondo, como que ahí el nivel de prioridades no estaba, había mucha ignorancia en el tema.⁸¹

Situaciones como la anteriormente descrita resultan muy graves y, dado el contexto nacional y mundial de ese periodo, es posible que tanto esta historia como otras hayan pasado desapercibidas. Durante la pandemia fue muy importante, a juicio de esta profesional, la capacitación a las TENS para poder responder a las necesidades médicas de los residentes, ante un sistema de salud colapsado por la emergencia. Ejemplo de aquello fue la implementación de un protocolo de instalación y manejo de vías venosas. Por lo general, las TENS suministran los medicamentos y realizan curaciones a heridas menores de los residentes, pero esta descripción formal de sus funciones no impide que también deban curar heridas que requieren mayor técnica profesional o ejecutar otras labores que exijan más experticia. Esto resulta especialmente complejo si acontece durante los fines de semana, cuando no se encuentra disponible todo el equipo en la residencia. Una profesional señaló que debía supervisar si las TENS manejaban las técnicas de curación o no. Muchas de ellas no las dominaban y, cuando ella intentó capacitar al personal en ese tipo de materias la administración se mostró resistente, puso inconvenientes y señaló que era una pérdida de tiempo y recursos.⁸² En ejemplos como este se verifica la inexistencia de herramientas y lineamientos de capacitación en materia de cuidados, que impliquen un crecimiento personal y profesional para las trabajadoras.

⁸¹ Entrevista E-2, 9 de mayo de 2023.

⁸² Entrevista E-2, 9 de mayo de 2023.

Tampoco se visualiza una mejora significativa en la calidad de los servicios que se entregan a los y las residentes, lo cual provoca consecuencias en el derecho a la salud y, eventualmente, en la integridad y la vida.

Por otra parte, el desgaste del personal –profesional y no profesional universitario– implica, como ya señalamos, una alta rotación de quienes están a cargo de los cuidados. Esto se traduce a la postre en que la administración de los recintos –ante la escasez de personal– efectúa contrataciones sin importar la idoneidad y profesión de el/la postulante para el trabajo de cuidados. Tal como lo graficó una entrevistada: “muchas no estaban capacitadas, era gente que había trabajado por ejemplo como guardia de seguridad, o que tenía alguna experiencia cuidando algún familiar y ya con eso ya la persona entraba, no se pedía algún requisito o curso previo para, sino que de repente aprendieron ahí mismo y ahí mismo se daban cuenta que, de verdad o no tenían la paciencia o no tenían las técnicas.”⁸³

Otra persona entrevistada relata su propia experiencia, refiriendo que comenzó haciendo tareas de aseo en la residencia (fundación), luego fue promovida a la cocina como manipuladora de alimentos hasta llegar a hacer el trabajo de cuidadora, sin ningún tipo de formación. Indicó que “aprendió mirando” y con el tiempo fue recibiendo capacitación en materias como primeros auxilios o aseo, con lo que se le asignaron nuevas tareas.⁸⁴ La falta de capacitación implica que, en ocasiones, las cuidadoras no saben cómo trabajar con residentes con deterioro cognitivo en sus distintos grados o con otras patologías de salud mental y, en determinadas circunstancias, terminan agrediendo –verbal o físicamente– a las y los pacientes, o bien ellas son agredidas por los y las residentes.

En este sentido, el Comité para la Prevención de la Tortura, en su Segundo Informe Anual del Mecanismo para la Prevención de la Tortura en Chile respecto a recintos de cuidado del Estado, recomienda realizar más capacitación en derechos humanos e implementar medidas para prevenir situaciones de maltrato en atención a algunos de sus hallazgos:

... que en ambos centros visitados aparecen algunos relatos de malos tratos hacia las personas mayores. Entre ellos, se destacan principalmente casos de maltrato verbal y/o psicológico, descuido en materia de cuidados (como demoras en la muda o cambio de ropa), y eventos aislados de malos tratos físicos. Se hace entonces perentorio y de extrema relevancia

⁸³ Entrevistada E-2, 9 de mayo de 2023.

⁸⁴ Entrevista E-5, 14 de julio de 2023.

que estos hechos sean erradicados de forma absoluta y definitiva al interior de los ELEM.⁸⁵

Como señaló otra entrevistada para este capítulo, por la falta de personal, la rotación y los bajos sueldos, en ocasiones, en algunos establecimientos se contratan trabajadoras extranjeras, a veces, en situación de irregularidad migratoria, e incluso bajo identidades falsas para evitar sanciones si se produce una fiscalización.⁸⁶ En estos casos el pago de remuneraciones se efectúa tan solo contra recibos y no mediante boletas de honorarios ni liquidaciones de sueldo,⁸⁷ excluyendo toda posibilidad de resguardo en el ejercicio de su trabajo, como sucedería si estas personas cuidadoras estuvieran bajo un régimen de protección laboral.

En efecto, ciudadanas extranjeras en situación migratoria irregular en el país, han debido limitar sus alternativas de trabajo a tareas que no exijan mayores requisitos ni especialización, por lo que conseguir empleo cuidando a personas mayores en distintos ámbitos, es una alternativa alcanzable. Lo anterior se explica, pues en gran parte de los establecimientos de larga estadía que funcionan en el territorio nacional, para labores de aseo y confort no se exigen certificaciones, cursos o experiencia amplia en el cuidado de personas, y basta, simplemente, con haber sido madre o cuidado a un enfermo en la esfera familiar para incorporarse como cuidadora de un ELEM. Hay también algunos casos de trabajadoras y trabajadores extranjeros con calificaciones profesionales que, sin tener sus títulos universitarios convalidados, realizan tareas como cuidadores especializados.

La precarización laboral de las trabajadoras del cuidado en residencias de adultos mayores se expresa, como hemos visto, en distintas esferas de su quehacer. Las dificultades propias del trabajo con personas y, en especial, con personas mayores implica poner a disposición de ese tipo de labores todas las herramientas profesionales y personales de quienes ejercen los cuidados. Incluso se pone a prueba la resiliencia emocional de las cuidadoras si se considera que la mayor parte de los residentes se encuentran en situaciones de salud complejas, en algunos casos abandonados por sus familiares o pueden fallecer de un minuto a otro. Así lo recuerda el Segundo Informe del CPT respecto a dos ELEM públicos de SENAMA para personas de escasos recursos⁸⁸ y lo confirman algunas de las entrevistadas en

⁸⁵ Comité para la Prevención de la Tortura, *Segundo Informe Anual 2022, Prevención de la tortura y situación de las personas privadas de libertad*, Santiago, 2022. p. 52.

⁸⁶ Entrevista E-1.

⁸⁷ Entrevista E-6, 14 de julio de 2023.

⁸⁸ Comité para la Prevención de la Tortura e Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Segundo Informe Anual 2021/2022: Prevención de la tortura y situación de las personas privadas de libertad en*

base a su propia experiencia.⁸⁹ En este sentido, sólo una de las cuidadoras consultadas para este capítulo señaló haber recibido capacitación sobre el duelo⁹⁰ y, claramente, a las condiciones de trabajo descritas se suman estas carencias en la formación de las cuidadoras.

Cabe agregar que las jornadas laborales se distribuyen, por lo general, por turnos asimilados a los que realizan los profesionales de la salud (o podría ser de casa particular), requiriéndose la presencia de las trabajadoras por 12 horas para el aseo y confort de los y las residentes. Las tareas de rutina de las cuidadoras implican asear a residentes, proveerles de alimentación, darles medicamentos y estar atentas ante cualquier circunstancia que pueda ponerles en riesgo. El número de trabajadoras en el turno de noche es la mitad del turno de día, lo cual provoca complejidades cuando ocurren situaciones de emergencia. Por ejemplo, cuando cuidadoras deben asistir en la movilización de residentes con exceso de peso, sin la dotación de personal adecuada ni el conocimiento de las técnicas requeridas. Cuando ello sucede, según nos confirmaron, algunos sectores del establecimiento quedan descuidados, produciéndose, en ciertos casos, caídas de otros residentes, o bien accidentes e incidentes que se deben manejar en condiciones adversas.⁹¹ De la misma manera, se producen problemas con los cambios de turnos del domingo, que repercuten en la alimentación de los residentes,

...los domingos son críticos porque no hay metro temprano y los turnos empiezan más tarde, por tanto, los desayunos son más tarde. Donde un abuelo acostumbrado a tomar desayuno a las 8:30 am lo recibe a las 10 am pues también en la cocina hay retrasos los fines de semana por razones de que son trabajadores más jóvenes que faltan en su mayoría el día domingo, existiendo también mucha rotación en cocina y aseo.⁹²

Por la complejidad y las características de la labor realizada, los contratos suelen delimitar débilmente las funciones de las trabajadoras, ya que, de acuerdo a diversas entrevistas realizadas en el marco de esta investigación, las trabajadoras refieren que deben “hacer de todo” para asegurar la atención a personas mayores residentes.

Chile, Santiago 2022, p. 50. https://mnpt.cl/Segundo_Informe_Anual_CPT.pdf.

⁸⁹ Entrevista E-3, 17 de mayo de 2023.

⁹⁰ Entrevista E-5, 14 de julio de 2023.

⁹¹ Entrevista E-1, 5 de mayo de 2023 y E-2, 9 de mayo de 2023.

⁹² Entrevista E-1, 5 de mayo de 2023.

Las condiciones laborales descritas tienen su correlato en los espacios físicos. Una entrevistada señaló que los ELEM para personas de mayores recursos presentan altos estándares de higiene ambiental, incluso mayores que los exigidos por la autoridad sanitaria para su funcionamiento, caracterizándolos como lugares limpios, amplios e “impecables”.⁹³ Mientras tanto, en las residencias para personas de menores recursos la situación tiende a ser desmejorada, tienen una infraestructura que impide la circulación de aire, que propicia la acumulación de residuos, o la proliferación de malos olores; y los espacios de las habitaciones son estrechos, impidiendo, por ejemplo, resguardar la privacidad de las personas mayores en distintos contextos. Esta situación también fue advertida en los dos ELEM de SENAMA visitados por el CPT, donde se verificó la existencia de puertas estrechas que impiden el fácil desplazamiento con camas clínicas o la ausencia de pasamanos en pasillos.⁹⁴

A las deficientes condiciones de trabajo de las cuidadoras por una escasa delimitación de funciones, bajos salarios y turnos rotativos, se agrega la precariedad de los espacios físicos para ejercer sus labores y para el descanso. Una de las entrevistadas, abogada de sindicatos de trabajadoras de ELEM, recuerda cómo el espacio establecido para la lactancia, luego de una negociación colectiva, quedó relegado al baño.⁹⁵

Otro asunto complejo para las cuidadoras, según explicó una entrevistada, es la forma en que se distribuyen los turnos: se trabajan dos días en horario diurno por 12 horas y dos días en horario nocturno por 12 horas, para luego descansar un día completo, “generando que sea una ruta sin fin pues le toca ejercer estos turnos en Navidad, Año Nuevo, cumpleaños de hijos, nacimiento de nietos, etc.”.⁹⁶

Dos entrevistadas coincidieron en que algunas trabajadoras, para mejorar sus ingresos, (la remuneración líquida no superaría los cuatrocientos sesenta mil pesos mensuales) hacen lo que denominan “contraturno”.⁹⁷ Esto significa que, cuando no están en la residencia habitual ejerciendo labores como cuidadoras, realizan trabajo de cuidado adicional en hogares particulares o en otros establecimientos para adultos mayores. En este sentido, se nos explica que no hay exclusividad en los contratos y que esto ocurre tanto en establecimientos de ingresos superiores como en otros de más bajos recursos. Una entrevistada relata al respecto: “[c]onocí a una

⁹³ Entrevista E-2, 9 de mayo de 2023.

⁹⁴ Comité para la Prevención de la Tortura, *Segundo Informe Anual*, op. cit., p. 50.

⁹⁵ Entrevista E-1, 5 de mayo de 2023.

⁹⁶ Entrevista E-1, 5 de mayo de 2023.

⁹⁷ Entrevista E-1, 5 de mayo de 2023 y entrevista E-6, 14 de julio de 2023.

mujer extranjera que, como tenía tanta necesidad de enviar dinero a su país, dejó de arrendar la habitación donde vivía y comenzó a realizar turnos seguidos de día y noche en distintos lugares, pernoctando en los establecimientos y, si le quedaba algún día libre, alguna compañera la albergaba para dormir.⁹⁸

Otra entrevistada indicó que algunas de estas trabajadoras, que realizan un contraturno de noche, van a descansar, a dormir, a ese segundo trabajo. Relató cómo una cuidadora que iba de un ELEAM a una casa particular se quedó dormida y el residente se accidentó.⁹⁹ Con el fin de obtener mayores ingresos, algunas trabajadoras se autoimponen estas formas de trabajo inhumanas, sacrificando sus horas de descanso en los contraturnos. Como consecuencia y producto del cansancio, pueden ocasionar accidentes y situaciones de maltrato a las personas mayores, que muchas veces son ignoradas por las administraciones de las residencias. Así lo narra una de las entrevistadas:

una asistente de las cuidadoras [fue sorprendida] golpeando a un adulto mayor y la directora del establecimiento lo que hizo fue darle vacaciones porque según ella, estaba estresada y por eso lo había golpeado, entonces ese nivel de cosas pasaban, y al final uno por más que luchara como profesional de la salud, como para tratar de cambiar este tipo de situaciones, de sacar a esas personas, no incentivar más esa cultura era super difícil.¹⁰⁰

La misma entrevistada agrega que en la residencia donde trabajó, con capacidad para 120 adultos mayores, cuando había incidentes de maltrato o negligencia en perjuicio de los residentes, la reacción de la administración era insultar a las trabajadoras por lo sucedido, incluso con improperios, para luego dar vacaciones a la cuidadora, pues reconocían que la situación, muchas veces, se producía por estrés.¹⁰¹

Como se puede apreciar, la inexistencia de herramientas técnicas de abordaje para situaciones complejas que involucren a personas mayores dependientes en distintos niveles, deriva inevitablemente en la posibilidad de sufrir consecuencias laborales y personales en diversos ámbitos.

El Comité para la Prevención de la Tortura indicó en su Informe que en los dos ELEAM de SENAMA visitados, se tenía como política el despido o desvinculación del personal en casos de maltrato, pero que no hacían

⁹⁸ Entrevista E-1, 5 de mayo de 2023.

⁹⁹ Entrevista E-6, 14 de julio de 2023.

¹⁰⁰ Entrevista E-2, 9 de mayo de 2023.

¹⁰¹ Entrevista E-2, 9 de mayo de 2023.

las denuncias a las autoridades, incluso teniendo la obligación de hacerlo por tratarse de un establecimiento que opera con recursos del Estado.¹⁰² El Comité pudo establecer que en una de las instituciones visitadas había un mal ambiente laboral entre cuidadoras, situación que identificó como una posible fuente de malos tratos a los residentes.¹⁰³

Sin perjuicio de lo anterior, las cuidadoras y dirigentas sindicales entrevistadas no mostraron una visión crítica de los contraturnos, por lo cual asumimos que son prácticas normalizadas en el gremio.¹⁰⁴ Criticar la idea del contraturno significaría, desde el punto de vista de estas trabajadoras, truncar la posibilidad de mejorar sus ingresos. El Comité para la Prevención de la Tortura indicó al respecto:

... se observa una importante sobrecarga laboral y emocional en los equipos, especialmente en el personal de cuidado, quienes realizan intensas jornadas y presentan claras señales de agotamiento. Si bien las autoridades mencionan que realizan actividades de autocuidado para el personal y pausas saludables, resulta necesario un abordaje más profundo y sistemático. Asimismo, las/os cuidadoras/es refieren tener bajas remuneraciones en consideración a las labores que les compete realizar. En este punto, las instituciones declaran que sus sueldos oscilarían entre los \$408.000 y los \$480.000, según el tipo de turno (día o noche) u otros factores. Otro de los elementos que pudo allegarse es que, si bien las autoridades de los ELEAM valoran el trabajo realizado por el personal y su dedicación y compromiso, se percibe una falta de valoración por la sociedad y comunidad.¹⁰⁵

Pese al contexto adverso de sus condiciones laborales, las denuncias de trabajadores de ELEAM en la Dirección del Trabajo son casi inexistentes, tal como se observa en la siguiente gráfica (Tabla 2). En un periodo de casi ocho años –enero de 2015 a abril de 2023– hay apenas 255 denuncias realizadas ante la Inspección del Trabajo que involucraron a establecimientos de larga estadía. La mayoría de las denuncias son de mujeres, cuando el sexo de la denunciante fue identificado.

¹⁰² Comité para la Prevención de la Tortura, *Segundo Informe Anual*, op. cit., p. 51.

¹⁰³ Comité para la Prevención de la Tortura, *Segundo Informe Anual*, op. cit., p. 53.

¹⁰⁴ Entrevista E-3, 17 de mayo de 2023 y entrevista E-4, 22 de mayo de 2023.

¹⁰⁵ Comité para la Prevención de la Tortura, *Segundo Informe Anual*, op. cit., p. 52.

Tabla 2 Número de denuncias realizadas a la Inspección del Trabajo respecto de establecimientos de larga estadía, enero 2015 a abril del 2023.

Tipo solicitante	Sexo denunciante	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022	2023
Trabajadores	Mujer	10	13	18	17	27	10	12	15	8
	Hombre	1	0	2	1	1	5	0	1	3
	No identificado	4	7	2	0	0	8	3	4	0
Total Trabajadores		15	20	22	18	28	23	15	20	11
Organización Sindical		8	3	3	8	5	2	1	1	0
No se Identifica		0	2	2	6	6	2	2	1	2
Tercero		2	2	2	1	0	0	0	2	0
Dirección Regional		2	1	2	1	0	1	1	0	0
Autoridad		0	0	0	0	1	2	0	0	0
Fiscalizador		0	1	2	0	0	0	0	0	0
Inspección		0	0	0	1	1	0	0	0	0
Dirección Nacional		0	1	0	0	0	0	0	0	0
Institución Previsional		0	0	1	0	0	0	0	0	0
Tribunal		0	0	1	0	0	0	0	0	0
Empleador		1	0	0	0	0	0	0	0	0
Total		28	30	35	35	41	30	19	24	13

Fuente: Dirección del Trabajo, solicitud de acceso a la información AL003T0010564.

A su vez, el número de fiscalizaciones entre enero de 2015 y abril de 2023 alcanza apenas a 242 a nivel nacional, como se grafica en el cuadro siguiente (Tabla 3). El mayor número de fiscalizaciones solicitadas por trabajadores es del año 2019 y cuando lo hace una organización sindical, el número más alto de solicitudes es de 9 en el año 2018.

Tabla 3 Número de fiscalizaciones realizadas por la Dirección del Trabajo según tipo y sexo de solicitante. Desde 01 enero 2015 al 09 abril 2023.

Tipo solicitante	Sexo solicitante	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022	2023
Trabajadores	Mujer	10	12	12	16	27	12	11	11	5
	Hombre	1	0	1	1	1	4	1	1	1
	No identificado	2	7	4	0	0	6	2	5	0
Total trabajadores		13	19	17	17	28	22	14	17	6
Organización Sindical		0	4	2	9	5	2	1	1	0
No se Identifica		1	1	2	7	5	2	2	1	0
Por Programa		0	1	7	2	0	4	0	0	0
Dirección Regional		2	1	2	1	0	1	1	0	0
Tercero		3	2	0	2	0	0	0	1	0
Dirección Nacional		2	0	1	0	0	0	0	0	0
Fiscalizador		0	0	3	0	0	0	0	0	0
Autoridad		0	0	0	0	0	3	0	0	0
Inspección		0	0	0	1	0	1	0	0	0
Tribunal		0	0	0	1	0	0	0	0	0
Empleador		1	0	0	0	0	0	0	0	0
Institución Previsional		0	0	1	0	0	0	0	0	0
Total		22	28	35	40	38	35	18	20	6

Fuente: Dirección del Trabajo, solicitud de acceso a la información AL003T0010563.

No es posible contar con información sobre los resultados de estas denuncias, tal como informó la Dirección del Trabajo.¹⁰⁶ Lo anterior, da cuenta de la poca factibilidad de acudir a los aparatos institucionales para resolver las problemáticas que afectan los derechos de las trabajadoras al interior de los Establecimientos de Larga Estadía.

¹⁰⁶ Solicitud de acceso a la información a la Dirección del Trabajo N°AL003TOO11514, 28 de julio de 2023.

5. DEBER DEL ESTADO DE FISCALIZAR LOS ELEM Y PROTEGER A TRABAJADORES Y TRABAJADORAS

Las condiciones de precariedad en las que las trabajadoras se desenvuelven como cuidadoras, de acuerdo con las características antes descritas, se refuerzan ante la inexistencia de una regulación robusta en relación a los Establecimientos de Larga Estadía en nuestro país. La alta rotación de personal puede significar errores, incluso, en la entrega de medicamentos, como dejó constatado el Comité para la Prevención contra la Tortura.¹⁰⁷ La instalación de una residencia para personas mayores, al día de hoy, no presenta más requisitos sanitarios que los exigidos a un restaurante o una tienda de abarrotes. En efecto, las autorizaciones sanitarias que las SEREMI de Salud regionales otorgan a estos recintos se basa en aspectos de infraestructura y sanidad básicos¹⁰⁸ regidos por el Código Sanitario y por el actual Decreto N°14 del año 2010 del Ministerio de Salud, que Aprueba el Reglamento de Establecimientos de Larga Estadía para Adultos Mayores,¹⁰⁹ además de una simple patente comercial.¹¹⁰ Así la creación de un ELEM se presenta como una atractiva alternativa de negocio que, sin cumplir demasiados requisitos y sin la necesidad de invertir grandes sumas de dinero, ofrece a sus dueños la posibilidad de un lucro fácil y sostenido, por cuanto la demanda por este tipo de servicios de cuidado sigue creciendo ante las necesidades de la población.

El número de fiscalizaciones a ELEM por parte de las Secretarías Regionales Ministeriales de Salud (SEREMI de Salud) por región en un lapso de más de 7 años es variada, produciéndose el mayor número en la Región Metropolitana, tal como se aprecia en la tabla siguiente (Tabla 4). En las solicitudes de información efectuadas, sólo la SEREMI de Salud de Arica distinguió las fiscalizaciones entre instituciones autorizadas y no autorizadas, correspondiendo casi un tercio de las fiscalizaciones a instituciones no autorizadas. De todas las fiscalizaciones en esa región 59 de ellas fueron por denuncias. Esta fue la única Secretaría Regional Ministerial que distinguió entre tipos de establecimientos. Ahora bien, la Región Metropolitana registra un importante número de fiscalizaciones, lo cual es esperable si

¹⁰⁷ Comité para la Prevención contra la Tortura, *Segundo Informe Anual 2021/2022*, op. cit., p. 51.

¹⁰⁸ Requisitos resolución sanitaria ELEM. https://seremi6.redsalud.gob.cl/wrdprss_minsal/wp-content/uploads/2018/08/17_Instructivo-y-Pauta-A.S-Establecimientos-Larga-Estadi%C-C%81a-Adultos-Mayores-elem.pdf

¹⁰⁹ Decreto 14, Ministerio de Salud op.cit.

¹¹⁰ BCN.cl: Ley Fácil, "Guía legal sobre patentes municipales", 10 de abril de 2018. <https://www.bcn.cl/portal/leyfacil/recurso/patentes-municipales>.

se considera la cantidad de establecimientos que operan en la región. Sin embargo, al ser desconocida la cifra total de establecimientos (formales e informales) no será posible determinar si la cantidad de supervisiones de la autoridad sanitaria es proporcional a otras regiones.

Las fiscalizaciones efectuadas por la SEREMI de Salud conforme al Código Sanitario,¹¹¹ son la única forma en que el Estado se aproxima a la realidad de los ELEAM, teniendo la facultad de instruir sumarios sanitarios en caso de incumplimientos al Decreto N°14 y a la normativa sanitaria. Los sumarios pueden determinar la imposición de multas incluso el cierre de los establecimientos fiscalizados, en atención a la gravedad de los incumplimientos detectados y la posibilidad de subsanarlos. La prohibición de funcionamiento de los ELEAM se produce generalmente cuando los incumplimientos son frecuentes, las multas son reiteradas y no pagadas o cuando las condiciones del establecimiento no cumplen con estándares mínimos de sanidad, determinándose en ese caso una prohibición de ingreso de nuevos residentes. Esto desemboca en que la autoridad retira la autorización sanitaria y el recinto debe ser clausurado, debiendo egresar a las personas mayores.

De acuerdo con la información recopilada, en el caso de la Región Metropolitana cerca del 25% de las fiscalizaciones culminaron con prohibición de funcionamiento y un número menor con establecimientos cerrados definitivamente.

Tabla 4 Sumarios, inspecciones y autorizaciones sanitarias –enero 2015 a marzo 2023– en virtud del Decreto N°14 del Ministerio de Salud a Establecimientos de Larga Estadía para Adultos Mayores (ELEAM) públicos y privados por región.

SEREMI	Nº de solicitud	Sumarios Cursados	Inspecciones	Autorizaciones Sanitarias
Arica	AO039T0001242	34 (2 prohibición de funcionamiento)	157	12 (3 cerradas)
Antofagasta	AO041T0002300	16	90	4
Atacama	AO042T0004368	5 (3 prohibición de funcionamiento)	28	2
Coquimbo	AO043T0004575	126 (1 prohibición de funcionamiento)	191	8
Valparaíso	AO044T0004175	No entregan información	1983	S/I

¹¹¹ Código Sanitario, Libro X, Título II “De los procedimientos y sanciones”.

SEREMI	Nº de solicitud	Sumarios Cursados	Inspecciones	Autorizaciones Sanitarias
Metropolitana	AO045T0010306	2608 (729 prohibición de funcionamiento y 145 cerrados)	4313	435
O'Higgins	AO046T0002427	56	204	24
Maule	AO047T0001962	89	264	70
Ñuble*	AO117T0000630	63 (prohibición de funcionamiento)	233	Sin respuesta
Biobío	AO048T0001877	125 (1 prohibición de funcionamiento)	733	17
Araucanía	AO049T0006987	Sin respuesta	281	10
Los Lagos	AO051T0001567	22	171	27
Los Ríos	AO051T0001253	36	215	7
Aysén	AO051T0001253	9	44	8
Magallanes	AO053T0000809	20 (2 prohibición de funcionamiento)	73	11
Total		3.209	8.980	637

Fuente: Elaboración propia en base a respuestas a solicitudes de información.

En el caso de la Región de Ñuble hubo 101 fiscalizaciones en el contexto de la pandemia por Covid-19 a 70 establecimientos autorizados y 31 a establecimientos no autorizados. La prohibición de funcionamiento de un establecimiento no es sinónimo de clausura, pues si las deficiencias son subsanadas, podría mantener su patente, en la medida en que las exigencias sanitarias del Decreto N°14 del Ministerio de Salud son acotadas.

Una entrevistada narró la situación de un establecimiento fiscalizado en una zona rural de la Región Metropolitana. El recinto tenía piso de tierra, baño tipo letrina sin tapa en el inodoro y sin separación entre los retretes, basura, escombros, entre otras características que determinaban condiciones infrahumanas para las personas mayores que residían en el lugar.¹¹² El Comité para la Prevención de la Tortura, en una visita a dos ELEM de SENAMA, evidenció que las fiscalizaciones de la SEREMI de Salud y de

¹¹² Entrevista E-6.

SENAMA se habían efectuado durante el año, pero en uno de ellos había confusión sobre su alcance:

ambos ELEAM señalan que, en materia sanitaria, han sido visitados por las SEREMI de Salud, quienes realizan un examen de las normas de orden sanitario. Asimismo, SENAMA realiza supervisiones de variada frecuencia [sic], llamando la atención que, en uno de los ELEAM, existía confusión y poca claridad entre algunas/os miembros del personal y residentes sobre estas supervisiones realizadas.¹¹³

A la fecha de redacción del presente capítulo, se encuentra pendiente la entrada en vigencia del nuevo Decreto N°20 del Ministerio de Salud que Aprueba el Reglamento de Establecimientos de Larga Estadía para Adultos Mayores,¹¹⁴ el cual reemplazará al Decreto N°14 de fecha 5 de agosto de 2010. Este instrumento pretende redoblar las exigencias sanitarias que debe cumplir una residencia para su funcionamiento, enfocándose principalmente en el requerimiento de detectores de humo, metros de separación entre camas y cantidad de cuidadoras por residentes con/sin dependencia. Sin embargo, a partir de la lectura comparada de ambos reglamentos, no vemos una diferencia sustancial que permita mejorar las condiciones de funcionamiento de los ELEAM, por cuanto no contiene modificaciones que apunten a la fiscalización de las condiciones de trabajo de las cuidadoras ni respecto a las necesidades de los residentes. Ambos decretos regulan especialmente aspectos de infraestructura y espacios por cantidad de residentes. Al ser el Decreto N°20 un instrumento limitado al ámbito sanitario y, sin catalogar a los ELEAM como establecimientos donde se efectúan prestaciones de salud, no representa un avance en otras materias, tales como prevención del maltrato, negligencia, registro de residencias, consentimiento de ingreso de personas mayores, privacidad, efectividad de la mantención de funcionalidad, ni mucho menos en relación a aspectos relacionados con los derechos de las trabajadoras.

Sin embargo, este decreto es el único instrumento existente en Chile para la regulación y fiscalización estatal a residencias de mayores y solo permite a la autoridad sanitaria –y no a otros actores relevantes como SENAMA– ingresar a las dependencias para ejecutar esta acotada fiscalización,

¹¹³ Comité para la Prevención contra la Tortura, *Segundo Informe Anual 2021/2022*, op. cit., p. 51.

¹¹⁴ Decreto N°20 del Ministerio de Salud que Aprueba reglamento de Establecimientos de Larga Estadía para Adultos Mayores, 2022.

pese a que las residencias no son consideradas establecimientos de salud.¹¹⁵ Es por lo anterior que el Decreto N°20, dadas sus exigencias en términos de infraestructura y recursos, posiblemente traerá más complejidades que beneficios para los ELEAM existentes, considerando su realidad, según lo confirma una de las entrevistadas: “El Decreto N°20 puede derivar en una crisis que implique el cierre de muchos establecimientos por las especificaciones sólo en materia de infraestructura como mayor distancia entre camas, por ejemplo, y si no cumplen con estas exigencias, esto implicaría que queden al margen de la ley”.¹¹⁶ En atención a la dificultad que representa para los ELEAM en funcionamiento la adaptación a la nueva normativa, el artículo 1° transitorio del nuevo Decreto N°20 ha dispuesto un plazo de 3 años para el ajuste a las nuevas disposiciones de la autoridad sanitaria desde su publicación.¹¹⁷ Se desconoce si este plazo resultará suficiente y qué estrategia se aplicará desde el Estado para asegurar a los establecimientos las condiciones necesarias para adaptarse a las exigencias del Decreto.

La crisis sobre cuidados para personas mayores en instituciones de larga estadía ya fue reconocida en un informe del Instituto Nacional de Derechos Humanos en el 2018, el que indicó que, de cerrarse muchas instituciones por estar al margen de las condiciones impuestas por la autoridad sanitaria, debería concretarse su clausura. Sin embargo, no existen condiciones para que los residentes ingresen a otros establecimientos públicos ya que la oferta estatal es limitada. Así, tal como indica el INDH y el Primer Informe del Comité para la Prevención contra la Tortura, se está ante un difícil escenario: clausurar es quitar más plazas, pero mantener su funcionamiento es un riesgo real por la falta de control y fiscalización.¹¹⁸

Por su parte, el Servicio Nacional del Adulto Mayor (SENAMA) no tiene ningún rol en relación con la gestión y funcionamiento de establecimientos privados de larga estadía que no se vinculen a la institución mediante algún tipo de transferencia de recursos.¹¹⁹ Respecto de aquellos que tiene bajo su tutela –sólo 20 a lo largo del país–, realiza supervisiones

¹¹⁵ Decreto 49, Ministerio de Planificación, Reglamento que regula el Programa de Viviendas Protegidas para Adultos Mayores, 23 de junio de 2011.

¹¹⁶ Entrevista E-6, 14 de julio de 2023.

¹¹⁷ Artículo 1° transitorio, Decreto N°20 del Ministerio de Salud que aprueba el Reglamento de Establecimientos de Larga Estadía para personas mayores (ELEAM), 30 de septiembre de 2022.

¹¹⁸ Comité para la Prevención contra la Tortura, *Primer Informe Anual 2020*, op. cit., pp. 94-95.

¹¹⁹ Respuesta solicitud de Acceso a la Información N°AI006T00001537, de fecha 18 de abril de 2023, “(...) se hace necesario aclarar que, en relación a las funciones señaladas, SENAMA no es la institución pública competente para registrar y autorizar el funcionamiento de los Establecimientos de Larga Estadía para Adultos Mayores, siendo el Ministerio de Salud a través de las Secretarías Regionales Ministeriales, la institución competente para tales efectos, esto en virtud de lo establecido en el D.S N° 14 de 2010, de dicha cartera Ministerial, que aprueba el Reglamento de los ELEAM.”

mensuales, y en relación a aquellos con los que tiene convenios de transferencia son sólo tres las supervisiones anuales.¹²⁰ La Ley 19.828 que crea el Servicio¹²¹ no le otorgó una capacidad directa de fiscalizar aspectos concretos sobre condiciones de vida de las personas mayores que reciben cuidados de largo plazo, pese a ser el organismo público encargado de velar por “la plena integración del adulto mayor a la sociedad, su protección ante el abandono e indigencia, y el ejercicio de los derechos que la Constitución de la República y las leyes le reconocen”.¹²²

No obstante, el SENAMA publicó el documento *Estándares de Calidad para Establecimientos de Larga Estadía para adultos mayores, Protocolos SENAMA*, que se presenta como “una herramienta para generar lineamientos que cumplan con un alto estándar de atención al momento de entregar servicios a las personas mayores que requieren de cuidados permanentes y residen en este tipo de recintos, mediante la instalación de un modelo de intervención basado en un enfoque de derechos y que apunta a la implementación de servicios sociosanitarios de calidad”.¹²³ Sin embargo, como se ha desarrollado precedentemente y como ha confirmado el Segundo Informe del CPT, ni siquiera los establecimientos vinculados al Servicio Nacional del Adulto Mayor cumplen con los estándares exigidos por la propia institución. Pese a esto, el nuevo Decreto N°20, contempla en su artículo 3 un rol diferente para SENAMA en relación a estos lineamientos, más no existe claridad de cuáles serán y cómo se garantizará su implementación en recintos privados.¹²⁴

Dentro de los contenidos del documento, se encuentra el capítulo de “autorregulación para Establecimientos de Larga Estadía”,¹²⁵ en que está enmarcado el punto 1.2. “categoría personal”. En dicho punto se sugieren herramientas básicas de administración del personal sin hacer referencia a la cantidad de funciones, jornada de trabajo, ni calidad de contratación de quienes desempeñan sus labores en el establecimiento de SENAMA, sino que se limita a definir como estándar la necesidad de que el ELEM cuente con registros en relación a estos aspectos. En este sentido, el documento y las sugerencias de autorregulación para los ELEM propuestos

¹²⁰ Comité para la Prevención contra la Tortura, *Segundo Informe Anual 2021/2022*, op. cit., p. 52.

¹²¹ Ley 19.828 Crea el Servicio Nacional del Adulto Mayor, 27 de septiembre de 2002. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=202950&buscar=19828>

¹²² Artículo 1 Ley 19.828.

¹²³ *Ibid.*, Art. 1.

¹²⁴ Artículo 3 del Decreto N°20, del Ministerio de Salud, que aprueba el Reglamento de Establecimientos de Larga Estadía para Adultos Mayores (ELEM), 30 de septiembre de 2022.

¹²⁵ SENAMA, Estándares de calidad para Establecimientos de Larga Estadía para Adultos Mayores, op. cit., p. 387 y ss. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?i=1182129&f=2022-09-30>.

por SENAMA, contemplan aspectos más bien burocratizados que no responden a los problemas que se advierten sobre las condiciones de trabajo y el cuidado de sus trabajadoras y trabajadores, como capital esencial de la labor desarrollada.

La CIDHPM,¹²⁶ –ya lo señalamos– reconoce a las personas mayores que reciben cuidados de largo plazo como sujetos de especial protección e impone a los Estados parte obligaciones tendientes a garantizar sus derechos de manera efectiva mediante políticas públicas de cuidado, que aseguren la prestación de estos servicios con enfoque de género y derechos humanos. En el caso chileno, no es posible dar cumplimiento a esta obligación internacional: la posibilidad del Estado de supervisar la observancia de estándares de derechos humanos y de condiciones mínimas de vida de las personas mayores en establecimientos privados es prácticamente inexistente, pues no hay especificaciones sobre el alcance de las obligaciones que tienen estas instituciones. En efecto, la opción de inmiscuirse en aspectos sanitarios ya está entregada a las autoridades de salud, y sólo a modo de recomendación aparecen cuestiones sobre el número de personas, pero sin establecer criterios orientados a las formas de contratación como sucede en el mundo empresarial.

En esa línea, al no reconocer a los ELEAM como un giro especialmente complejo de desarrollar en virtud de las altas exigencias que se necesitan para proteger los derechos de personas mayores con necesidades específicas de cuidados, es mucho menos probable que quienes ejercen estas tareas de manera remunerada sean protegidas, cabalmente, por la legislación laboral actual. De ese modo, al igual que las fiscalizaciones sanitarias, las exigencias a las empresas administradoras/dueñas de ELEAM en materia laboral son mínimas e insuficientes dada la masificada informalidad en la que laboran las cuidadoras, sin que se consideren las dificultades que enfrentan quienes realizan este trabajo como forma de subsistencia y las consecuencias que provoca en las personas y las familias.

Por ello, robustecer el rol de las entidades fiscalizadoras en diversas materias relacionadas al desarrollo de la actividad económica que hoy significa levantar un ELEAM, responde a la obligación del Estado de adoptar medidas que propendan a la protección de los derechos de las personas mayores, mediante acciones de prevención y no solo de reacción ante situaciones de maltrato. Del mismo modo, identificar y caracterizar a las personas cuidadoras, reconociendo las dificultades a las que se enfrentan al ejecutar este trabajo en distintos establecimientos, implica reconocer el rol del Estado

¹²⁶ Art. 12 CIDHPM.

en la protección de los derechos humanos de las y los trabajadoras/es del cuidado.

Como se ha desarrollado precedentemente, las personas que realizan trabajo remunerado de cuidados en ELEAM enfrentan diversas dificultades en el ejercicio de sus labores. Por una parte, las extensas jornadas de trabajo asociadas a turnos con una cantidad no inferior a cinco personas con dependencia bajo su cuidado, sumada a bajos salarios y escasa protección ante situaciones de vulneración de derechos laborales, ya sea de maltrato por parte de jefaturas, residentes e incluso apoderados de los residentes. Esta situación configura una compleja realidad de vida que se ve agravada por la necesidad de muchas trabajadoras de obviarlas ante la imposibilidad de conseguir otro tipo de oportunidades laborales, lo que resulta en particular preocupante cuando hablamos de cuidadoras extranjeras con una condición migratoria irregular. Una de las entrevistadas, abogada que representa a sindicatos de trabajadoras de ELEAM, señaló a este respecto que las trabajadoras extranjeras no demandan ni reclaman por sus derechos, firman un finiquito, aunque el cálculo sea erróneo, y buscan rápidamente un nuevo trabajo.¹²⁷

El Estado debe fiscalizar las condiciones de trabajo porque –como ha sostenido la OIT– malas condiciones laborales tienden a conducir a malos cuidados.

6. CONCLUSIONES

Las condiciones de precariedad en que se desenvuelven las trabajadoras a cargo de los cuidados en los Establecimientos de Larga Estadía para Adultos Mayores en Chile, se ven agravadas por la inexistencia de una regulación laboral robusta en relación a esos espacios.

Como ya fue señalado y detallado, la instalación de una residencia para personas mayores –en la actualidad en nuestro país– no presenta más requisitos sanitarios que los exigidos a un restaurante y las autorizaciones sanitarias que las SEREMI de Salud regionales otorgan a estos recintos se basa en aspectos de infraestructura y sanidad básicos,¹²⁸ regidos por el Código Sanitario y por el actual Decreto N°14 del año 2010 del Ministerio de

¹²⁷ Entrevista E-1.

¹²⁸ Subsecretaría de Salud Pública, *Instructivo y Pauta para autorización sanitaria de Establecimientos de Larga Estadía para Adultos Mayores (ELEAM)*, 2018. https://seremi6.redsalud.gob.cl/wrdprss_minisal/wp-content/uploads/2018/08/17_Instructivo-y-Pauta-A.S-Establecimientos-Larga-Estadi%C81a-Adultos-Mayores-eleam.pdf

Salud que Aprueba el Reglamento de Establecimientos de Larga Estadía para Adultos Mayores,¹²⁹ además de una patente comercial.

A pesar de que el Estado tiene una débil capacidad para supervigilar estos establecimientos, se cuenta, pese a cualquier dificultad, con la posibilidad de instar al mejoramiento de las condiciones de estos espacios y de su regularización. Las opciones no son fáciles, pues el cierre de establecimientos hace subir los precios por falta de vacantes y sin una política que acompañe la regularización de los ELEAM, la situación se encuentra en un punto muerto. Se debe instar, entonces, a realizar fiscalizaciones fruto de un trabajo coordinado entre distintas reparticiones públicas, de tal manera que la supervisión del otorgamiento de autorizaciones de funcionamiento sea de carácter integral y no parcializada ni aislada en el tiempo. Resulta evidente la necesidad de una coordinación entre las SEREMI de Salud – como un eslabón primario– el SENAMA y la Dirección del Trabajo.

Las personas mayores residentes en establecimientos de larga estadía pueden ser sujetos de especial vulnerabilidad conforme al derecho internacional de los derechos humanos, y por lo mismo, es importante establecer un marco regulatorio y un sistema fiscalizador robusto, que abarque las complejidades de la actividad comercial asociada a la instalación de un establecimiento de larga estadía. Los ELEAM son espacios propicios para la vulneración de derechos de trabajadoras y de personas mayores a los que hoy el Estado no puede llegar.

El cuidado puede ser realizado de diversas maneras: al interior de los hogares, en un modelo comunitario o con establecimientos de larga estadía. Una política pública puede y debe considerar distintos tipos de cuidados y analizar los efectos de género que ellos tienen, más allá de las recomendaciones realizadas por el Comité de los Derechos de las personas con Discapacidad que promueve el cuidado en los hogares. Es importante contar con políticas públicas que miren integralmente el cuidado, ya sea desde un punto de vista individual –la persona que requiere cuidados y sus cuidadores– o colectivo, lo que implica observar las responsabilidades sociales y estatales frente al cuidado.

La existencia de un consenso normativo sobre condiciones laborales dignas planteado por distintos órganos de protección de derechos humanos, exige un reconocimiento –más allá de lo simbólico– del rol que cumplen los trabajadores y trabajadoras de estos establecimientos, lo cual, a

¹²⁹ Decreto 14, Ministerio de Salud op.cit.

su vez, asegura mejores condiciones de cuidado para las personas que lo necesitan.

RECOMENDACIONES

1. Avanzar hacia una legislación robusta que regule el funcionamiento de los Establecimientos de Larga Estadía para Adultos Mayores de manera integral, incorporando tanto elementos sanitarios como psicosociales para la protección de sus derechos en su calidad de sujetos de especial protección en el derecho internacional de los derechos humanos.
2. Dotar al Servicio Nacional del Adulto Mayor con las competencias y facultades necesarias para intervenir en el desarrollo de la actividad productiva que implican los Establecimientos de Larga Estadía para Adultos Mayores, tanto públicos como privados. En este sentido, otorgar potestades para supervisar, fiscalizar y sancionar a los establecimientos que no garanticen estándares mínimos de vida y dignidad para sus residentes,
3. Otorgar facultades al Servicio Nacional del Adulto Mayor en la autorización de funcionamiento de las residencias en base a estándares de calidad y respeto por los derechos humanos de residentes y trabajadoras.
4. Incorporar en la construcción de la “*Política Nacional de Cuidados*”, o en una futura política pública en este sentido, un marco normativo que proteja a las trabajadoras del cuidado en el ámbito laboral y social, comprendiendo la complejidad de esta labor y las condiciones de precarización en las que desempeñan sus labores, homologando el trabajo que ejecutan a la situación laboral de las y los trabajadores de la salud o a un régimen especial.
5. Fortalecer el rol de la Dirección del Trabajo en la fiscalización de condiciones laborales de las trabajadoras y los trabajadores de ELEAM, incorporando en sus pautas de fiscalización aspectos trascendentales en relación a la distribución de funciones, jornada laboral, turnos y remuneraciones.
6. Mantener, por parte del Estado, un registro nacional actualizado de ELEAM públicos y privados indicando sus respectivas autorizaciones, fiscalizaciones y sanciones a fin de generar un espacio de información para la comunidad y elevar los estándares de calidad de los establecimientos.

¿COMPARTIENDO BENEFICIOS EN EL SALAR DE ATACAMA? RECURSOS NATURALES, EXPLOTACIÓN DEL LITIO Y MODELO(S) DE DESARROLLO EN TERRITORIO DEL PUEBLO ATACAMEÑO

Cristóbal Carmona Caldera¹

SÍNTESIS

Con la emergencia y consolidación de la descarbonización y de las energías renovables, en los últimos años, la importancia del litio en los mercados globales ha crecido de manera importante. No es de extrañar, entonces, que en abril del año 2023 el Gobierno de Chile lanzara la Estrategia Nacional del Litio (ENL) con el objeto de posicionar a nuestro país como un actor global en esta industria. En Chile, las mayores reservas de litio se encuentran en el Salar de Atacama (en adelante, también, Salar), que es donde tienen sus operaciones las dos empresas que concentran la producción de litio en el país, a saber, Albemarle y SQM. El Salar es, al mismo tiempo, un ecosistema de gran fragilidad y territorio ancestral del pueblo atacameño. De acuerdo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el pueblo atacameño tiene una serie de derechos frente a la exploración y explotación de recursos naturales de titularidad estatal –como lo es, en este caso, el litio– existentes en ese territorio. Entre ellos, se encuentra el derecho a participar en los beneficios que reporten dichas actividades. El objetivo del presente capítulo es analizar cómo el Estado ha cumplido con esta obligación convencional respecto a las comunidades indígenas atacameñas que habitan en el Salar de Atacama, a propósito de la explotación de este mineral. Para ello, luego de esbozar un breve contexto, el capítulo identifica los fundamentos y principales elementos de este derecho, a partir

¹ Doctor en Derecho. Profesor asistente de la Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales. El autor agradece el invaluable trabajo de las ayudantes de investigación Valeria Soto Poblete y Sofía Barrera Fuentes.

de los cuales realiza, posteriormente, una evaluación de su cumplimiento en el caso del Salar. El capítulo concluye con unas breves reflexiones a propósito de la Estrategia Nacional del Litio y formula una serie de recomendaciones al Estado chileno.

PALABRAS CLAVES: Participación en los beneficios; comunidades indígenas atacameñas; explotación del litio; Salar de Atacama.

INTRODUCCIÓN

En agosto de 2023, el periódico británico *Financial Times* publicó un artículo titulado “The new commodity superpowers”.² La publicación analizaba cómo la nueva demanda por ciertos *commodities*, como el litio, estaba transformando las fortunas de los países que las producían. Entre ellos, se encontraba nuestro país, segundo productor mundial de litio. La importancia que en este reportaje se le otorgaba al litio y a Chile son un ejemplo elocuente del escenario actual que vive esta industria. En efecto, en los últimos años, el litio ha empezado a tener nuevos usos de carácter estratégico. Por ejemplo, en el almacenamiento de energía en baterías eléctricas y en sales para acumuladores de termos solares; en aleaciones para aviones, barcos y rodados, como son las de aluminio-litio; y en la producción del tritio, que es utilizado como combustible en la fusión nuclear. Consecuentemente, su demanda ha crecido de manera exponencial. De hecho, se ha estimado que la cadena completa de baterías de ion de litio (desde la minería a su reciclaje) pueda crecer sobre 30% cada año hasta 2030.³

Como se adelantaba, Chile tiene una de las más grandes reservas de litio a nivel mundial, estimadas entre el 36% y el 40% del total global,⁴ la mayor parte concentrada en el Salar de Atacama. En nuestro país, el litio se extrae de la salmuera que está en los salares, la cual se bombea desde el espacio subterráneo donde se encuentra hacia una serie de grandes y poco profundos estanques de evaporación al aire libre. El objetivo de este proceso es aumentar la concentración de salmuera a través de la evaporación natural impulsada por el sol y el viento y tiende a ser muy rentable dado que los salares suelen emplazarse en elevaciones altas y en regiones áridas. El concentrado obtenido por evaporación es sometido a un proceso de

² *Financial Times*: “The new commodity superpowers”, 8 de agosto de 2023. <https://www.ft.com/content/0d2fba79-940f-4a28-8f4f-68f1e755200f>.

³ Stok Down Under: “How much will lithium demand skyrocket during the rest of the 2020s?”, 26 de junio de 2023.

⁴ Gobierno de Chile, *Estrategia Nacional del Litio-Por Chile y su Gente*, 2023, p. 9.

purificación y tratamiento para generar carbonato de litio. Todo este procedimiento, evidentemente, no es inocuo. La tecnología de evaporación de salmuera puede tener impactos adversos en el uso del agua, la flora y la fauna, la generación y eliminación de desechos y el hundimiento de la tierra.⁵ Al mismo tiempo, suele provocar una serie de afectaciones sobre los derechos humanos de las personas que viven en los salares, en particular sobre los derechos de las comunidades indígenas en cuyo territorio se encuentran emplazados los salares. El caso del Salar de Atacama y las comunidades atacameñas que lo habitan, es señero a este respecto.⁶

En este contexto, durante 2023 el Gobierno de Chile anunció la Estrategia Nacional del Litio (en adelante, ENL), consistente en una serie de medidas que permitirían incorporar capital, tecnología, sostenibilidad y agregación de valor al sector productivo “en armonía con las comunidades”⁷, y que busca posicionar a Chile como un actor global de relevancia en esta industria. En cuanto a la implementación de esta estrategia, el Gobierno indicó que “será acompañada por un proceso de diálogo con los distintos grupos de interés”, entre los que se encuentran las comunidades indígenas.⁸ “Este proceso de diálogo” –señala el documento donde se explica la ENL– “se desarrollará teniendo como marco los acuerdos internacionales ratificados por Chile (el Convenio 169 de la OIT, y el Acuerdo de Escazú)”.⁹ A pesar de estas declaraciones y los acercamientos posteriores del Gobierno,¹⁰ cabe destacar que el diseño de esta estrategia no contó con la participación de las comunidades indígenas del Salar de Atacama. Asimismo, la ENL no hace mención alguna al derecho de estas comunidades a participar en los beneficios de la explotación de litio.

Esta última omisión es importante. El derecho de los pueblos indígenas a participar en los beneficios derivados de la explotación de recursos naturales en sus territorios es, actualmente, un elemento central de los derechos territoriales indígenas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante, DIDH). Este derecho se encuentra expresamente

⁵ Ver Rennie B Kaunda, “Potential environmental impacts of lithium mining, *Journal of Energy & Natural Resources Law*, 38:3, 2020, pp. 237-244.

⁶ Sobre los impactos ambientales y culturales de la industria del litio en el Salar de Atacama, ver José Aylwin, Marcel Didier y Oriana Mora, *Evaluación de impacto en derechos humanos de SQM en los derechos del pueblo indígena Lickanantay*, Observatorio Ciudadano / Heinrich Boll Stiftung, 2021; y Bárbara Jerez, Ingrid Garcés y Robinson Torres, “Lithium extractivism and water injustices in the Salar de Atacama, Chile: The colonial shadow of green electromobility”; *Political Geography*, (87), 2021.

⁷ Gobierno de Chile, *Estrategia Nacional del Litio-Por Chile y su Gente*, 2023, p. 9.

⁸ Gobierno de Chile, op. cit., p. 22.

⁹ Gobierno de Chile, op. cit., p. 22.

¹⁰ PrensaPresidencia: “Presidente de la República, Gabriel Boric Font, se reúne con pueblos originarios por Estrategia Nacional del Litio”, 30 de junio de 2023.

consagrado en el art. 15 N° 2 del Convenio 169 de la OIT (en adelante, Convenio N°169 o Convenio), tratado de derechos humanos ratificado por Chile el año 2008.¹¹ Además de esta norma, la participación en los beneficios forma parte del estándar internacional en virtud del cual diversos órganos de derechos humanos evalúan o monitorean el actuar del Estado en contextos extractivos.¹² No obstante lo anterior, en la actualidad en Chile no existe, en sentido estricto, una regulación e implementación de este derecho. Sin embargo, y aunque pueda parecer paradójico, la omisión de una regulación general de la participación en los beneficios no quiere decir, necesariamente, que dicho derecho no se esté aplicando. Aun cuando de manera fragmentaria, descentralizada y no sistemática, cabe reparar que en los últimos años han emergido determinadas prácticas y esquemas en la explotación del litio en el Salar de Atacama que suponen o alegan ser, de una forma u otra, mecanismos de participación en los beneficios.

En este orden de ideas, el presente capítulo busca explorar de manera preliminar el (posible) cumplimiento del derecho a participar en los beneficios, en el marco de la explotación del litio en el Salar de Atacama. Para lograr este objetivo, se comenzará (2) con una breve contextualización de la explotación del litio en el Salar. A continuación, (3) se precisará el estándar del derecho a participar en los beneficios, para luego (4) proceder a identificar los mecanismos que han emergido en los últimos años y que supondrían formas de cumplir este derecho. A partir de lo anterior, (5) se evaluará la idoneidad de estos mecanismos para lograr tal objetivo, (6) terminando con unas breves conclusiones y formulando recomendaciones al Estado chileno en la materia.

1. LA EXPLOTACIÓN DEL LITIO EN EL SALAR DE ATACAMA

A modo de contexto, en esta sección (2.1) se explicará brevemente el estatus jurídico del litio en Chile, para posteriormente (2.2) repasar la historia de explotación de este mineral en el Salar.

¹¹ Promulgado por Decreto N°236 del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 2 de octubre de 2008.

¹² Ver, por ejemplo, CIDH, *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: Protección de derechos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 47/15, 31 de diciembre de 2015, párr. 223; Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka contra Surinam*, 28 de noviembre de 2007, párr. 128; Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Observaciones finales sobre los informes periódicos 18° a 21° del Perú*, CERD/C/PER/CO/18-21, 25 de septiembre de 2014, párr. 15.d; y Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya*, A/HRC/15/37, 19 de julio de 2010, párr. 76.

1.1. Marco normativo y regulación jurídica del litio en Chile

El régimen jurídico del litio en Chile se caracteriza por ser una excepción al sistema concesional minero nacional.¹³ En concreto, actualmente nuestra legislación ha dejado al litio fuera del sistema concesional minero, reservando al Estado su exploración y explotación.

En efecto, hasta la década de los setenta el litio seguía estando dentro de las sustancias concesibles, requiriéndose autorización y cuota de explotación por parte de la Comisión Chilena de Energía Nuclear (en adelante, CCHEN). Posteriormente, en 1976, mediante Decreto Ley 557, se le otorga al Estado, a través de la CCHEN, la capacidad de controlar el comercio y acopio de materiales de interés nuclear y, además, la potestad de declarar de utilidad pública y expropiables a los materiales nucleares.¹⁴ Con todo, es recién en 1979, mediante Decreto N°2886, que el litio es declarado Mineral de Interés Nacional, quedando su exploración/explotación reservada al Estado. La única salvedad a este respecto la constituyen las pertenencias mineras anteriores a 1979, las que quedan excluidas del nuevo régimen del litio. Ejemplo de este caso son las pertenencias mineras de CORFO, las que fueron solicitadas en 1977 y que son sobre las cuales se realizará la explotación del Salar en los años venideros.¹⁵

En 1980, con la promulgación de la Constitución Política de la República (en adelante, Constitución o CPR), se establecieron las sustancias minerales no concesionales –entre las cuales se encontraba el litio–. Estas sustancias, se estipula en la CPR, solo podrán ser exploradas o explotadas “directamente por el Estado o por sus empresas, o por medio de concesiones administrativas o de contratos especiales de operación, con los requisitos y bajo las condiciones que el Presidente de la República fije, para cada caso, por decreto supremo” (Art. 19 N°24 inc. 10°). Posteriormente, en 1982, se dicta la Ley Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras (en adelante, LOCCM), en la cual el litio es declarado como “material estratégico” y se ratifica que no es susceptible de concesión minera. Finalmente, en 1983, se dicta el nuevo Código de Minería, en cuyos arts. 7 y 8 se reitera el régimen de propiedad consagrado en la Constitución y en la LOCCM.

En suma, el régimen jurídico del litio se divide en dos categorías, dependiendo de la fecha de inscripción. Por una parte, están las pertenencias mineras inscritas antes de 1979, que son concesionables y explotables tanto por empresas privadas como públicas, requiriendo autorización y cuota

¹³ Gobierno de Chile, op. cit., p. 7.

¹⁴ *Ibíd.*

¹⁵ Rafael Poveda Bonilla, “Estudio de caso sobre la gobernanza del litio en Chile”, *serie Recursos Naturales y Desarrollo*, N°195, CEPAL, 2020, pp. 38 y ss.

de extracción de la CCHEN. Por otra, las pertenencias inscritas después de 1979, que serán no-concesionables y, por tanto, quedan restringidas para el Estado. En esta segunda categoría, se puede otorgar el derecho de explotación a empresas estatales, concesiones administrativas, y mediante Contratos Especiales de Operación de Litio (CEOL) decretados por el Ministerio de Minería, siendo exigible, asimismo, la autorización y cuota de extracción de la Comisión Chilena de Energía Nuclear.¹⁶

Finalmente, es preciso señalar que CORFO presenta contratos de sus pertenencias inscritas en 1977 –emplazadas en el Salar de Atacama– con dos empresas, que son las principales productoras de litio, SQM y Albermarle, manteniendo contratos que les permiten el arriendo, la exploración y la explotación del litio. La vigencia de estos contratos es hasta 2030 y 2043, respectivamente.

1.2. Explotación del litio y relacionamiento entre empresas y comunidades indígenas

La explotación del litio en Chile comenzó a gestarse en la década de los setenta. En 1975, el Gobierno chileno suscribe el primer convenio base con la empresa estadounidense Foote Mineral Company para realizar estudios de exploración en el Salar de Atacama. Posteriormente, en 1980, se conforma la Sociedad Chilena del Litio (SCL) por parte de Foote Mineral (55%) y CORFO (45%). Este último porcentaje fue aportado mediante la entrega de pertenencias mineras que tenía la institución estatal en el Salar de Atacama. Una vez constituida dicha sociedad, se firma el Convenio Básico con CORFO.¹⁷ Un segundo proyecto de CORFO para el aprovechamiento del mineral tendría lugar en 1983, con la licitación de un proyecto internacional, que fue adjudicado por la empresa estadounidense Amax Inc., y la empresa chilena Molymet, que en 1986 constituyeron la Minera Salar de Atacama (Minsal). En esta compañía, Amax tenía un 63,7% de la propiedad, CORFO un 25% y Molymet un 11,25%. El porcentaje de CORFO fue aportado mediante la suscripción de un contrato de arrendamiento con la empresa Minsal.

Desde finales de la década de los ochenta, se comienza a producir un alejamiento de CORFO de su participación en la exploración y explotación del litio. Así, entre los años 1988 y 1989 la entidad estatal vende su porcentaje de participación (45%) en SCL a Foote Mineral Company. Luego, en 1995 vende sus acciones de Minsal (18,18%) a SQM, empresa que había

¹⁶ Observatorio Latinoamericano de Conflictos Ambientales, *Marco Normativo del Litio en Chile*, Boletín N°1, 2019, p. 7.

¹⁷ Poveda, op. cit., p. 40. La información de este apartado se basa en gran parte en este trabajo.

adquirido dos años antes las participaciones de Amax y Molymet.¹⁸ De esta manera, se realizan dos procesos de privatización de la producción de litio y CORFO pasa a asumir un nuevo rol en la gestión, control y fiscalización de este mineral.

En lo que concierne al tema de este capítulo, cabe relevar que luego de que comenzaran las operaciones extractivas en el Salar de Atacama –SCL en 1984, Minsal en 1996–,¹⁹ las empresas empiezan a considerar y relacionarse con las comunidades aledañas. Esta relación se produce bajo un paradigma “asistencialista”, caracterizado por su carácter voluntario, que en sí mismo no constituye un modelo de relación empresarial dada la asimetría entre los actores, y que adicionalmente no depende de compromisos contractuales o formales sostenidos en el tiempo; es decir, consiste en políticas de “buena vecindad”.²⁰ Hacia finales de la década de los 90, este tipo de relación empieza a ser altamente cuestionada, en función del cambio del contexto político inmediato de la minería del Salar, que incluye la formación de actores colectivos organizados y la política indígena y ambiental, dando paso a un modelo de Responsabilidad Social Empresarial (RSE). Frente a ese nuevo escenario, que incluía una nueva base normativa debido a la promulgación de la Ley 19.253 o Ley Indígena (1993) y la creación de Áreas de Desarrollo Indígena en el Salar de Atacama (1997) y Alto Loa (2003), las empresas formularon cursos de acción que organizaron como programas de desarrollo local en favor de las comunidades y en la creación de divisiones de unidades ambientales.²¹

A partir del año 2007, y a propósito del auge internacional de los precios del litio, se da paso en Chile a un proceso denominado “redescubrimiento del litio”, iniciado por el debate político que se produjo respecto a la importancia del mineral para la estrategia y economía del país. Paralelamente, los modelos de relación de las empresas hacen crisis con las comunidades atacameñas, originándose diferentes conflictos. Ejemplos de lo anterior son la oposición –entre 2005 y 2006– a la ampliación de las faenas mineras y extracción de salmueras en el Salar por parte de SQM; y los inicios de evaluaciones de impacto ambiental de proyectos en los “Campos de Géiseres del Tatío” (2007) y “Suministro de Agua Pampa Colorada” (2007). Estos proyectos fueron altamente resistidos por las comunidades indígenas de Peine, Socaire y Toconao, que enviaron una primera alerta

¹⁸ Poveda, op. cit., p. 45.

¹⁹ Poveda, op. cit., p. 46.

²⁰ Hans Gundermann y Bárbara Göbel, “Comunidades indígenas, empresas del litio y sus relaciones en el Salar de Atacama”, *Chungará: Revista de Antropología Chilena*, Vol. 50, N°3, 2018, p. 479.

²¹ Gundermann y Göbel, op. cit., p. 480.

de que las empresas interesadas en impulsar inversiones en áreas indígenas debían considerar el cambio de escenario y de actores.²² Ello, sobre todo, teniendo en cuenta que la aprobación del Convenio N°169 (en vigencia desde 2009) planteaba criterios de información y consulta indígena más elevados que otros cuerpos legales anteriores.²³

En 2014, a meses de iniciarse el segundo gobierno de Michelle Bachelet, se crea la Comisión Nacional del Litio (CNL) con el objetivo de diseñar políticas públicas respecto de la extracción del mineral, y discutir su posición como recurso estratégico, la sostenibilidad de los salares y las relaciones con las comunidades, reconociendo el derecho de estas a percibir beneficios y ser compensadas.²⁴ Una de las recomendaciones fundamentales emitidas por la CNL, fue la necesidad de hacer una revisión de los contratos vigentes con SQM y Rockwood, mantener la no concesibilidad del litio, dar una mirada a la gobernanza de los salares por sobre el litio y fortalecer el rol del Estado. A consecuencia del informe de la Comisión, se anunció la creación del Comité CORFO para la Minería no metálica y gobernanza de los salares. Esta medida daba una señal de continuidad del esfuerzo técnico y político que había liderado el Ministerio de Minería y que ahora pasaba a una siguiente etapa de estudio y definición de una posible nueva institucionalidad de gobernanza de los salares y de una política nacional de largo plazo en la materia.²⁵

Así, en 2016, CORFO y Rockwood (hoy Albermarle) suscribieron la reforma al Convenio Básico, con nuevas condiciones para la explotación de litio en las pertenencias del Salar de Atacama. Entre estas nuevas condiciones se encuentra la fijación de un plazo máximo para el término de los derechos de explotación, y el acceso a la información, fiscalización y auditorías financieras. Asimismo, se incluye el reconocimiento por parte de CORFO de la importancia de los acuerdos suscritos por Rockwood con las comunidades del Salar de Atacama, en específico, el Convenio de Cooperación, Sustentabilidad y Beneficio Mutuo con la Comunidad Indígena de Peine (2012), el Convenio Marco de Cooperación con la Municipalidad de San Pedro de Atacama (2015), y el Convenio de Cooperación, Sustentabilidad y Beneficio Mutuo con el Consejo de Pueblos Atacameños, la

²² Gundermann y Göbel, op. cit., pp. 480-481.

²³ Gundermann y Göbel, op. cit., p. 483. Sobre las etapas iniciales de la implementación de la consulta en Chile, véase Cristóbal Carmona, “La aplicación del derecho a consulta del Convenio 169 de la OIT en Chile. Hacia una definición de su contenido sustantivo: afectación e instituciones representativas”, en *Tesis de maestría año académico 2012*, Buenos Aires, Access Group, 2013, pp. 15-139.

²⁴ Poveda, op. cit., pp. 59-60.

²⁵ Poveda, op. cit., p. 60.

Comunidad Atacameña Rio Grande y otras (2016).²⁶ Estos acuerdos son el ejemplo más claro del nacimiento de una nueva configuración de relaciones entre empresas y comunidades, llamada el paradigma de los “valores compartidos”. Esto implica que el valor económico para la empresa y el valor social para las comunidades del entorno quedan integrados en una misma estrategia corporativa con especial énfasis en la participación y el desarrollo local, permitiendo que sean las propias agrupaciones atacameñas las que establezcan usos y prioridades de uso para las transferencias económicas y redistribución de ganancias que se produzcan.²⁷

La negociación del contrato con Rockwood era importante para el Estado de cara al inicio del mismo proceso con SQM, sobre todo por los conflictos y litigios que mantenía con la empresa y la pretensión de CORFO de dar por terminados sus contratos.²⁸ En específico, a partir de 2012, se reportaron diferentes anomalías por parte de SQM respecto de los cálculos de pago de la renta de arrendamiento –regalía– a CORFO. Estas irregularidades derivaron en dos demandas arbitrales presentadas contra la empresa, en 2014 y 2016.²⁹ A esto se sumó una denuncia presentada en 2016 por el Servicio Nacional de Aduanas de Chile por ilícitos aduaneros y un proceso sancionatorio iniciado en 2016 por la Superintendencia.³⁰

A pesar de que los variados llamamientos a conciliación del proceso arbitral habían fracasado, y parecía inminente un fallo arbitral, finalmente SQM aceptó las condiciones exigidas por CORFO. En consecuencia, en 2018 se acuerdan las Bases de Conciliación, poniendo fin a las disputas entre ambos actores y fijando reformas a los contratos. Dichas reformas se traducen en el pago de comisiones progresivas por la cuota de explotación de litio y otros minerales extraídos del Salar; el cumplimiento irrestricto de lo que resuelva la autoridad medioambiental en los procesos sancionatorios en curso; y aportes anuales a favor de las comunidades y gobiernos locales como los gobiernos regionales y municipalidades.³¹

²⁶ Poveda, op. cit., p. 63.

²⁷ Gundermann y Göbel, op. cit., p. 481.

²⁸ Poveda, op. cit., p. 62.

²⁹ Poveda, op. cit., pp. 63-64.

³⁰ Poveda, op. cit., p. 64.

³¹ Poveda, op. cit., pp. 64-66.

2. EL DERECHO A PARTICIPAR EN LOS BENEFICIOS PRESENTE EN EL CONVENIO N°169³²

Tal como se mencionó en la introducción del capítulo, la norma matriz del derecho a participar en los beneficios se encuentra en el artículo 15 N°2 del Convenio 169. Esta disposición señala que “[l]os pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten [las] actividades de [de exploración y explotación de recursos naturales de titularidad estatal existentes en territorios indígenas]”. De cara a la evaluación del cumplimiento de este derecho en el Salar, en la presente sección se intentarán explicar sus (3.1) fundamentos, (3.2) objetivos y (3.3) forma de cumplimiento.

2.1. Fundamentos

En derecho internacional no existe una respuesta clara a la interrogante de por qué las comunidades indígenas tienen un derecho preferente a recibir, directamente, un porcentaje específico de los beneficios de la explotación de recursos naturales. En la presente sección se postulará que el derecho de los pueblos indígenas a participar en los beneficios tiene una doble justificación normativa. A saber, en (3.1.1) el derecho al desarrollo y en (3.1.2) la necesidad de que las restricciones a los derechos colectivos de los pueblos indígenas sean proporcionales.

2.1.1. Derecho al desarrollo

En su faz sustantiva –es decir, en tanto derecho con su contenido propio–, el derecho a la participación en los beneficios es una manifestación del derecho al desarrollo de los pueblos indígenas.

En el DIDH este derecho se encuentra consagrado en la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo (DDD), de 1986, que tiene un enfoque basado en derechos humanos, centrado en la “participación” y en los “beneficios”.³³ En efecto, según el Art. 2 N°3 de la DDD, las políticas de desarrollo, que los Estados tienen el deber de formular, necesitan cumplir con dos características. Por una parte, ser participativas, en el sentido de estar diseñadas “sobre la base de [la] participación activa, libre y significativa en el desarrollo” de todos los individuos. Por otra, deben ser ecuanímes, en

³² Lo que acá se presenta es una síntesis general de algunos elementos desarrollados en la tesis doctoral del autor. Ver Cristóbal Carmona, “Los pueblos indígenas y el derecho a participar en los beneficios de la explotación de recursos naturales en sus territorios”, *Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho*, 2022.

³³ Arjun Sengupta, “On the Theory and Practice of the Right to Development”, *Human Rights Quarterly*, Vol. 24, No. 4, 2002, p. 853.

tanto tiene que producirse una “equitativa distribución de los beneficios resultantes” del desarrollo.

Una lógica similar es replicada por el Convenio N°169. El Art. 7 N°1 del Convenio reconoce que estos pueblos deben tener “el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo” y a “controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural”. Junto a ello, el Art. 7 N°2 expresa que “[e]l mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan”. Esto es lo que la OIT ha denominado el “derecho a los beneficios”, es decir, que “[t]odos los proyectos y programas de desarrollo deben mejorar la situación socioeconómica de los pueblos indígenas y tribales”.³⁴ En el mismo sentido, el Comité Tripartito, conformado para conocer una Reclamación contra Chile, indicó que “[l]os proyectos especiales para las regiones donde habitan los pueblos interesados deberán elaborarse de modo que promuevan el mejoramiento de sus condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud, con su participación y cooperación”.³⁵

Coherentemente con lo expuesto, el Art. 15 N°2 reproduce los dos aspectos centrales del derecho al desarrollo del Convenio. Esto es, que los pueblos puedan participar en el proceso de desarrollo llevado a cabo en sus tierras; y que se beneficien del mismo. En concreto, la regla de la participación en los beneficios del Art. 15 N°2, leída sistemáticamente en el entramado normativo del Convenio N°169, sería una expresión contextual del derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse del desarrollo llevado a cabo en sus territorios, de manera tal que las condiciones de vida de estos pueblos se vean mejoradas. Esto, por cierto, de acuerdo a lo que los propios pueblos consideren como una “mejora”.

Lo señalado se puede confirmar con diversos medios complementarios de interpretación –Art. 32, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en adelante, CVDT)–. Así, la CIDH ha señalado, expresamente, que uno de los objetivos de la participación en los beneficios derivados de la explotación de recursos naturales en territorio indígena “es que las

³⁴ Organización Internacional del Trabajo, *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica: una guía sobre el convenio núm. 169 de la OIT*, 2009, p.118.

³⁵ Organización Internacional del Trabajo, *Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por el Gobierno de Chile del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Sindicato Interempresas núm. 1 de Panificadores Mapuches de Santiago*, GB.326/INS/15/5, 21 de marzo de 2016, párr. 149.

condiciones de vida de [los] pueblos [indígenas] mejore”.³⁶ La Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (en adelante, Comisión Africana), en *Endorois contra Kenya*,³⁷ señaló el desarrollo debiese traducirse en beneficios directos y tangibles para las comunidades interesadas.³⁸ Los Endorois, señaló la Comisión Africana, “como beneficiarios del proceso de desarrollo, tenían derecho a una distribución equitativa de los beneficios derivados de la Reserva de Caza”.³⁹ El derecho a participar en los beneficios señalado en el Art. 15 N°2 sería, entonces, manifestación de la dimensión sustantiva del derecho al desarrollo.

2.1.2. Proporcionalidad: la distribución equitativa de los costos y beneficios

En su faz adjetiva o procesal –es decir, en relación con otros derechos–, la participación en los beneficios –señalado en el Art. 15 N°2– busca la protección de los derechos sustantivos de los pueblos indígenas existentes en los territorios en que se emplazan industrias extractivas. Ello se desprende de una lectura sistemática de la norma del Art. 15 N°2 combinada con lo dispuesto en los Arts. 7 N°3, relativo a la realización de estudios de impacto en cooperación con los pueblos indígenas; y el 7 N°4, que dispone la obligación estatal de tomar medidas “en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan”. El problema, en el caso de la participación en los beneficios, radica en que no resulta claro a primera vista de qué forma se lograría esa protección. Después de todo, el reparto de beneficios “responde al hecho que las compañías están explotando (o van a explotar) las tierras y recursos indígenas”.⁴⁰ Implícitamente, esto significa que los derechos que estos pueblos tienen sobre su territorio están siendo (o serán) inevitablemente restringidos. Tampoco se podría sostener que los beneficios vendrían a reparar o indemnizar un daño. El Art. 15 N°2 del Convenio N°169 establece expresamente –además del deber de repartir los beneficios– que estos pueblos deberán “percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades”. Por lo mismo, el reparto de beneficios no se-

³⁶ CIDH, *Actividades extractivas*, párr. 222.

³⁷ African Commission on Human and Peoples’ Rights, *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group (on behalf of Endorois Welfare Council)/Kenya*, decisión de 25 de noviembre de 2009.

³⁸ Jérémie Gibert, *Natural Resources and Human Rights: An Appraisal*, Oxford University Press, 2018, p. 68.

³⁹ African Commission on Human and Peoples’ Rights, op. cit., párr. 297.

⁴⁰ Roger Merino, “Law and Politics of Indigenous Self-Determination: The Meaning of the Right to Prior Consultation”, en Irene Watson (ed.), *Indigenous Peoples as Subjects of International Law*, Nueva York, Routledge, 2017, p. 137.

guiría una lógica reparatoria frente al daño ocasionado. La explicación más plausible del fundamento de la participación en los beneficios como medida de protección de otros derechos sustantivos, a nuestro juicio, vendría a ser la necesidad de asegurar la proporcionalidad de la restricción de los derechos colectivos de los pueblos indígenas y, de esa forma, entender que la medida que produce dicha limitación está justificada.

Pensemos en el caso hipotético de un proyecto minero a emplazarse en territorio indígena. La aprobación y operación de este proyecto extractivo sería una medida que restringe claramente una serie de derechos colectivos que estos pueblos tienen en relación en su territorio. Entre otros, los derechos a decidir sus prioridades de desarrollo; a la propiedad y uso de la tierra tradicionalmente ocupada; a participar en el uso, administración y conservación de los recursos naturales; etc. Ahora bien, en las democracias constitucionales los Estados pueden restringir legítimamente el ejercicio de gran parte de los derechos humanos.⁴¹ Ello, tanto para acomodar los derechos de otra persona como en favor del interés público.⁴² En este sentido, la restricción de los derechos sustantivos indígenas por parte de un proyecto minero sería, *prima facie*, admisible, siempre y cuando dichas restricciones estén justificadas. El mecanismo para evaluar la justificación de estas restricciones consiste típicamente en un “test de proporcionalidad”.

Metodológicamente, el “test de proporcionalidad” se desarrolla en distintos pasos. Antes del análisis propiamente tal, quien evalúa la medida debe hacerse dos preguntas: si la limitación del derecho tiene una base legal; y si la medida impugnada busca la concreción de un interés legítimo. Respondidas afirmativamente estas interrogantes, se procede con las tres partes de este test: primero, se examina la “idoneidad” de la medida para alcanzar el fin propuesto; segundo, se evalúa la “necesidad” de la medida, en el sentido de si es el medio menos gravoso para la consecución del fin buscado; y, finalmente, se analiza la “proporcionalidad en sentido estricto” de la medida. Este último paso busca asegurar que todo detrimento a la persona no sea excesivo comparado con los beneficios que se obtendrán; es decir, “intenta equilibrar los beneficios y las pérdidas”.⁴³ En pocas palabras, la proporcionalidad en sentido estricto podría ser entendida como un método de distribución,⁴⁴ por cuanto “[u]na medida equilibrada o proporcional

⁴¹ Jeremy Gunn, “Deconstructing Proportionality in Limitations Analysis”, *Emory International Law Review*, Vol.19, 2005, p. 469.

⁴² Aharon Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and their limitations*, Cambridge University Press, 2012, pp. 161-163.

⁴³ Barak, op. cit., p. 341.

⁴⁴ Mark Reiff, “Proportionality, winner-takeall, and distributive justice”, *Politics, Philosophy & Economics*, Vol. 8, N°1, 2009.

distribuye las cargas y beneficios de tal manera que respeta la igual importancia de todas las personas afectadas”.⁴⁵ En el caso de proyectos extractivos, la participación en los beneficios buscaría asegurar, precisamente, la proporcionalidad en sentido estricto de la medida.

Para explicarlo, volvamos a nuestro caso hipotético del proyecto minero que –al emplazarse en territorio indígena– inexorablemente limitará una serie de derechos colectivos de los pueblos indígenas. Procedamos, entonces, a evaluar la proporcionalidad de dichas limitaciones. Supongamos que el fin perseguido por el Estado es el financiamiento en el largo plazo de una serie de obras sociales en las capitales provinciales de todo el país. Este claramente puede ser entendido como un “fin legítimo” en una sociedad democrática. En tanto la operación de un proyecto extractivo permitiría al Estado la recaudación de fondos para financiar obras sociales, podría considerarse que la aprobación de dicho proyecto es una medida “idónea” para la consecución de tal objetivo. Asumamos ahora que, por el volumen de ganancias requeridas y con las medidas de mitigación, reparación y compensación aprobadas por la autoridad ambiental, no habría una alternativa menos gravosa para conseguir ese objetivo que a través de la aprobación del proyecto minero en cuestión. En base a lo anterior, se entendería que la aprobación del proyecto es “necesaria”. Llegados a este punto quedaría evaluar si esta medida es, *stricto sensu*, “proporcional”. Ello, como ya se ha explicado, implica revisar si existe una relación equilibrada o proporcional entre los beneficios obtenidos por el cumplimiento del fin legítimo y el daño causado a los derechos colectivos de los pueblos indígenas derivados de la obtención de ese fin. En nuestro caso, entre mejoramiento del bienestar para la población en general, por un lado, y la limitación de los derechos colectivos de las comunidades indígenas, por otro.

Al respecto, cabe tener en cuenta que, aun cuando la evaluación ambiental haya mitigado adecuadamente los impactos negativos de este proyecto, las comunidades indígenas afectadas quedan en una peor posición que sus conciudadanos no afectados, quienes, mientras tanto, se han beneficiado de las oportunidades de desarrollo derivadas del proyecto en cuestión.⁴⁶ Dicho de otra forma, existiría una desproporción entre, por un lado, los costos que deben soportar las comunidades afectadas por el proyecto minero –comunidades que muchas veces son socioeconómicamente vulnerables– y, por otro,

⁴⁵ Kai Möller, “Dworkin’s Theory of Rights in the Age of Proportionality”, *Law & Ethics of Human Rights*, Vol. 12, N°2, 2018, p. 297.

⁴⁶ Susanna Price et al, “Risk and Value in Benefit-sharing with Displaced People: Looking Back 40 Years, Anticipating the Future”, *Social Change*, Vol. 50, N°3, 2020, p. 460.

los beneficios de esa explotación que recibirá la sociedad en su conjunto.⁴⁷ Como ha explicado Mattias Åhrén: “Difícilmente se puede decir que [una medida] es proporcional si un segmento de la sociedad se queda con todas las cargas que siguen con la extracción de recursos, mientras que otros segmentos cosechan los beneficios”.⁴⁸ Pues bien, esta situación de asimetría en la distribución de cargas y beneficios de los proyectos es lo que justifica el derecho de las comunidades afectadas “a recibir, de manera prioritaria y con mayor prontitud que la población general, una parte justa del flujo de beneficios del proyecto”.⁴⁹ La participación en los beneficios, entonces, es un derecho de naturaleza adjetiva que busca asegurar una proporcional distribución de cargas y beneficios de un proyecto, asegurando así la “proporcionalidad en sentido estricto” de la medida y, por consiguiente, que la limitación de derechos se encuentra justificada.⁵⁰

En síntesis, en su dimensión adjetiva, la participación en los beneficios busca asegurar que la restricción de los derechos colectivos indígenas por el emplazamiento de un proyecto de explotación de recursos naturales en su territorio sea proporcional y la medida esté, en consecuencia, justificada.

2.2. Objetivos del derecho

Según se explicó en la sección anterior, la participación en los beneficios tiene una doble justificación. En su dimensión sustantiva –esto es, en tanto derecho con su contenido propio– se funda en el derecho al desarrollo: en el caso específico de nuestro análisis, en el derecho de los pueblos indígenas a beneficiarse de los proyectos de desarrollo que se realicen en sus territorios, de manera que se mejoren sus condiciones de vida. En su dimensión adjetiva –es decir, que tiene por objeto la salvaguarda de otros derechos– se funda en la necesidad de lograr la proporcionalidad en la restricción de derechos colectivos de esos pueblos. De estos fundamentos normativos se desprenden, lógicamente, las dos finalidades u objetivos del derecho: que los pueblos indígenas se beneficien del desarrollo llevado a cabo en sus territorios, mejorando sus condiciones de vida; y que la distribución de costos y beneficios de un proyecto sea proporcional.

⁴⁷ Kendra Dupuy, “Corruption and elite capture of mining community development funds in Ghana and Sierra Leone”, en Aled Williams y Philippe Le Billon (ed.), *Corruption, Natural Resources and Development*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2017, p. 70.

⁴⁸ Mattias Åhrén, *Indigenous Peoples' Status in the International Legal System*, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 218.

⁴⁹ Michael M. Cernea, “The Benefit-sharing Principle in Resettlement” en Renu Modi, ed., *Beyond Relocation: The Imperative of Sustainable Resettlement*, SAGE Publications, 2009, p. 42.

⁵⁰ Åhrén, op. cit., p. 218.

2.3. Forma de implementación

En una observación a Noruega, la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenciones y Recomendaciones (en adelante, CEACR) consideraba que “no existe un modelo único de participación en los beneficios como prevé el artículo 15, párrafo 2), y que los sistemas idóneos tienen que establecerse en cada caso en particular, teniéndose en cuenta la circunstancia de la especial situación de los pueblos indígenas interesados”.⁵¹ No obstante, una interpretación sistemática de la norma en el contexto del Convenio N°169 (Art. 31 N°1, CVDT), teniendo además en cuenta otras normas relevantes de derecho internacional (Art. 31 N°3, CVDT) y medios complementarios de interpretación (Art. 32, CVDT), permite determinar una serie de elementos que supondría la implementación de este derecho en relación a: (3.3.1) las dimensiones de su implementación; (3.3.2) las obligaciones procesales; (3.3.3.) los sujetos activos; y (3.3.4) el tipo de beneficios.

2.3.1. Dimensiones de implementación

La doble finalidad de la participación en los beneficios demanda la existencia de mecanismos que funcionen, complementariamente, a un nivel general y a uno particular. Así, por un lado, el alcanzar el objetivo de mejorar las condiciones de vida requiere de un abordaje más general, orientado al pueblo que habita el territorio donde se realiza la explotación de recursos naturales, sin diferenciar entre comunidades afectadas y no afectadas. El asegurar el objetivo de la proporcionalidad en la distribución de costos y beneficios supone, en cambio, una aproximación particular. Es decir, un mecanismo que tenga en cuenta los impactos que una actividad específica tiene sobre un número determinado de comunidades indígenas cercanas al lugar de emplazamiento del proyecto de explotación. De esta forma, un punto esencial que se debe tener en cuenta al momento de abordar el cumplimiento de la participación en los beneficios es que esta obligación demanda, como requisito de entrada –por ejemplo, de manera previa a una revisión sustantiva de cumplimiento–, la implementación de mecanismos que funcionen complementariamente a un nivel general y uno particular.

2.3.2. Obligaciones procesales

En la implementación de este derecho, el Estado debiese salvaguardar al menos tres obligaciones de índole procesal. La primera, se refiere a garantizar la participación en el diseño e implementación de los mecanismos para participar de los beneficios. Al respecto, cabe partir subrayando que uno

⁵¹ Organización Internacional del Trabajo, *Observación (CEACR) - Adopción: 2009, Publicación: 99ª reunión CIT (2010) Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169) - Noruega (Ratificación: 1990)*.

de los principios fundantes del Convenio consiste en reconocer “las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico” (Párrafo Preambular N°4, Convenio N°169). Presente en distintas disposiciones del Convenio,⁵² este principio implica que toda medida que pueda afectar de alguna u otra manera a los pueblos indígenas debe contar con la participación efectiva de dichas comunidades, desde su concepción hasta su evaluación.⁵³ Desde la perspectiva del derecho a consulta, los beneficios compartidos pueden ser comprendidos como objeto⁵⁴ y resultado⁵⁵ del proceso consultivo. Esto significa que el debate sobre los beneficios debe ser parte tanto de la información que se presenta en un proceso de consulta,⁵⁶ como del contenido de los acuerdos a los que se llegue por medio de este mecanismo.⁵⁷ Desde el punto de vista del reparto de beneficios, debe garantizarse la participación indígena en cuestiones como el diseño y revisión de los mecanismos de ejecución⁵⁸ y la determinación de los beneficiarios.⁵⁹ En el mismo sentido, la participación indígena jugará un rol preponderante en la identificación de qué es lo que se debe entender como “mejora en las condiciones de vida” de estos pueblos. Ello implica que “cualquier enfoque paternalista que trate de identificar qué es lo que la comunidad necesita desde una perspectiva ‘occidental moderna del desarrollo’ debe ser cuidadosamente evitado”.⁶⁰

La segunda obligación se presenta como contrapartida de la recién enunciada. Como se explicó en el párrafo anterior, la consagración del principio

⁵² Ver, por ejemplo, Art. 2 N°1; Art. 6 N°1(a); y Art. 7 N°4.

⁵³ Organización Internacional del Trabajo, *Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Brasil del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Sindicato de Ingenieros del Distrito Federal (SENGE/DF)*, GB.304/14/7, 17 de marzo de 2009, párr. 43.

⁵⁴ Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya*, A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párr. 53.

⁵⁵ James Anaya y Sergio Puig, “Mitigating State Sovereignty: The Duty to Consult with Indigenous Peoples”, *University of Toronto Law Journal*, Vol. 67, N°4, 2017, p. 460.

⁵⁶ Consejo de Derechos Humanos, *Consentimiento libre, previo e informado: un enfoque basado en los derechos humanos. Estudio del Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, A/HRC/39/62, 10 de agosto de 2018, párr. 22.b.

⁵⁷ Consejo de Derechos Humanos, *Informe de seguimiento sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones, con especial atención a las industrias extractivas*, A/HRC/21/55, 16 de agosto de 2012, párr. 43.

⁵⁸ Organización Internacional del Trabajo, *Observación (CEACR) - Adopción: 2009, Publicación: 99ª reunión CIT (2010) Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169) - Noruega (Ratificación: 1990)*.

⁵⁹ Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka contra Surinam* (Interpretación de la Sentencia de Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 12 de agosto de 2008, párr. 25 y párr. 27.

⁶⁰ Gabriella Citroni y Karla Quintana, “Reparations for Indigenous Peoples in the Case Law of the Inter-American Court of Human Rights”, en Federico Lenzerini, (ed.), *Reparations for Indigenous Peoples: International and Comparative Perspectives*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 340.

participativo implica, entre otras cosas, que sean los pueblos indígenas quienes manejen y distribuyan los beneficios según sus criterios particulares y para satisfacer sus propios fines e intereses. Pero este principio puede generar al menos dos problemas. El primero se refiere a la captura por parte de las élites. Este es un fenómeno que se produce cuando los miembros más privilegiados de las comunidades dominan los procesos de toma de decisión y mejoran su acceso a los beneficios colectivos, a expensas de otros grupos –generalmente los más vulnerables–.⁶¹ La experiencia muestra que este tipo de prácticas es relativamente común en el contexto de traspasos directos de fondos derivados de la explotación de recursos naturales a comunidades indígenas y tribales.⁶² Como consecuencia, lo más probable es que no habrá mejoras en el bienestar general de la comunidad.⁶³ El segundo problema se refiere a la posibilidad de que el reparto interno de beneficios termine replicando las desigualdades tradicionales existentes en el grupo. Como ha explicado Jessika Eichler, “interseccionalidades en la forma de ser indígena y mujer, discapacitado/a o anciano/a”, generan “segregación social adicional e iniquidad en temas relacionados con la tierra y los respectivos procesos de toma de decisión”.⁶⁴ Por ejemplo, pese a ser especialmente vulnerables a muchos de los riesgos que plantean las industrias extractivas, las mujeres indígenas suelen ser excluidas de recibir los beneficios económicos de un proyecto.⁶⁵

Frente a estos fenómenos, el Estado deberá asegurar la distribución efectiva y equitativa al interior de pueblos y comunidades indígenas. Así, para evitar la captura de las élites, tendrá que fortalecer la transparencia a través de reglas claras sobre la distribución y uso de los beneficios, reportes públicos sobre los flujos de las ganancias y su gasto, contratos y licitaciones públicas, y establecer procedimientos de monitoreo y evaluación.⁶⁶ Para hacerse responsable de los riesgos de discriminación intracomunitaria, en tanto, el Estado podría reservar un número de posiciones importantes para

⁶¹ Moeko Saito-Jensen, Iben Nathan y Thorsten Treue, “Beyond elite capture? Community-based natural resource management and power in Mohammed Nagar village, Andhra Pradesh, India”, *Environmental Conservation*, Vol. 37, N°3, 2010, p. 327.

⁶² Ver, por ejemplo, Saito-Jensen y otros, op. cit.

⁶³ Dupuy, op. cit., p. 69.

⁶⁴ Jessika Eichler, “Indigenous Peoples’ Land Rights in the Bolivian Lowlands Ways to Mitigate Inequalities in Resource-Related Issues”, *International Human Rights Law Review*, Vol. 5, 2016, p. 123.

⁶⁵ Sarah Baum y Anja Benschauld-tolonen, “Extractive Industries and Gender Equality”, *Review of Environmental Economics and Policy*, Volume 15 (2), 2021.

⁶⁶ Dupuy, op. cit., p. 76.

los grupos más vulnerables en la administración de los fondos y promover elecciones democráticas directas para esos cargos.⁶⁷

La última de las obligaciones procesales se refiere a la necesidad de efectuar una evaluación del impacto “social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos” (Art. 7 N°3, Convenio N°169). Esta evaluación de impactos, que se deberá llevar a cabo a partir de un proceso consultivo con los pueblos / comunidades en cuyo territorio se encuentran los recursos a explotar (Art. 15 N°2, Convenio N°169), es necesaria para lograr el cumplimiento con uno de los objetivos del derecho, a saber, el asegurar que exista una relación equilibrada o proporcional entre los impactos negativos que sufren las comunidades del territorio donde se emplaza el proyecto, por un lado, y el beneficio que dicho proyecto genera para la población general (indígena o no indígena), por otro. Ello, por dos razones. La primera, porque normativamente los beneficios proceden “a propósito” de los impactos que genera la explotación de recursos naturales, pero no “a cambio” de dichos impactos. Esto significa que los impactos deben estar debidamente identificados, evaluados y mitigados con independencia del régimen de distribución de beneficios (Art. 7 N°4 y Art. 15 N°2). La segunda, porque la evaluación de impactos permitiría tener una referencia de las afectaciones o costos que un proyecto supondría para las comunidades indígenas, de cara al balance prudencial que se deberá hacer en relación con los beneficios que obtiene la población general.

2.3.3. Sujetos activos

De acuerdo con el Art. 15 N°2, son los “pueblos” en cuyas “tierras” se sitúan los recursos naturales los que deberán participar en los beneficios de su explotación⁶⁸. Recuérdese que el término “tierras”, debe incluir el concepto de “territorios”, que abarca “la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera” (Art. 13N°2). No obstante, como notó Åhrén, los pueblos por regla general no detentan un territorio tradicional como un colectivo, sino que dicho rol les corresponde, en realidad, a las “comunidades indígenas”. Debemos entender, entonces, que

⁶⁷ Saito-Jensen y otros, op. cit., p. 334.

⁶⁸ Es importante mencionar que, al menos a nivel de “*soft law*”, no solo los pueblos indígenas deben participar en los beneficios. En efecto, el Art. 5N°2(c) de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Campesinos y de Otras Personas que Trabajan en las Zonas Rurales indica: “Los Estados adoptarán medidas para que toda explotación que afecte a los recursos naturales que los campesinos y otras personas que trabajan en las zonas rurales mantengan o utilicen tradicionalmente solo sea autorizada si, como mínimo: c. Se han establecido las modalidades para repartir de manera justa y equitativa los beneficios de la explotación de común acuerdo entre quienes explotan los recursos naturales y los campesinos y otras personas que trabajan en las zonas rurales”.

distintas comunidades de un determinado pueblo son las que habitan diversos territorios. Por lo mismo, habría que concluir, en este sentido, que los titulares del derecho no son los “pueblos interesados”, como dice la norma, sino las comunidades indígenas que forman parte de dichos pueblos y que utilizan “de alguna otra manera” (Art. 13N°2) ciertos espacios geográficos.

Sin embargo, una conclusión como esta plantea la siguiente pregunta: ¿Las comunidades “beneficiarias” serían todas aquellas de un pueblo determinado que habitan un territorio, con independencia de la cercanía, uso o relación que tengan con el lugar en el cual, efectivamente, se realiza la explotación del recurso? Si esto fuera así, ¿no generaría un desbalance entre aquellas comunidades que deben soportar más directamente los impactos negativos de la industria y aquellas que reciben un impacto más bien marginal? Y si, en cambio, los beneficios fluyen exclusivamente a las comunidades afectadas, ¿no produciría ello una desigualdad intercomunitaria dentro de un mismo pueblo, en base a algo aleatorio como la mayor o menor distancia de ciertas comunidades a recursos naturales explotables?

A pesar de lo complejo del tema, es posible, según mi criterio, delinear al menos una directriz importante para determinar los beneficiarios. Teniendo en cuenta que es necesario cumplir con las dos finalidades de la participación en los beneficios –señalados en el Art. 15 N°2–, en su implementación habría que distinguir dos sujetos activos distintos. Una de las finalidades de la participación en los beneficios es que los pueblos indígenas se beneficien de los proyectos de desarrollo llevados a cabo en sus territorios y mejoren sus condiciones de vida. En este sentido, los titulares del derecho a participar en los beneficios serán aquellas comunidades que reconocen –y se reconocen entre ellas– como habitando un determinado territorio. Aquí, el título habilitante es el habitar el territorio en donde se realiza el proyecto de desarrollo –i.e., la explotación de recursos naturales–, reconociendo los lazos materiales e inmateriales que vinculan a las distintas comunidades sin diferenciar entre afectadas y no afectadas. La otra finalidad de la participación en los beneficios, recuérdese, es asegurar la proporcionalidad en la restricción de los derechos colectivos indígenas. El cumplir dicho objetivo, lógicamente, implica considerar que el sujeto activo de la obligación es la comunidad (o comunidades) que sufre los costos o impactos negativos de ese proyecto. En suma, existirían dos sujetos activos de la obligación de participar en los beneficios, ubicados en dos planos o dimensiones distintos: las comunidades indígenas que habitan un territorio común y las comunidades afectadas.

2.3.4. Tipos de beneficios

El principio general que regula la determinación del tipo de beneficios que finalmente se compartirá, es que sea el propio pueblo o comunidad quien decida qué clase de beneficios prefiere. Con todo, este principio se puede ver afecto a ciertas limitaciones. Estas son, en esencia, dos. Primero, el Estado debe cautelar que los beneficios sean idóneos para la consecución de los objetivos de la participación en los beneficios. Es decir, deberán apuntar al mejoramiento de las condiciones de vida y hacer proporcional la distribución de cargas y beneficios de un proyecto. Segundo, los beneficios no pueden consistir en proyectos sociales, de salud, educación u obras públicas, por cuanto son servicios que de cualquier modo corresponde “proveer al Estado en virtud de sus obligaciones en materia de derechos económicos, sociales y culturales”.⁶⁹ Esto, por cierto, no es un impedimento para que los pueblos indígenas, independiente de las obligaciones sociales del Estado, decidan libremente destinar los recursos a la consecución de objetivos sociales y de infraestructura pendientes.

3. PARTICIPACIÓN EN LOS BENEFICIOS EN LA EXPLOTACIÓN DEL LITIO EN EL SALAR DE ATACAMA

Chile ratificó el Convenio N°169 el 15 de septiembre de 2008. En virtud de sus disposiciones internas (Art. 38 N°3), este tratado entró en vigencia para el país un año más tarde: el 15 de septiembre de 2009. Excede los objetivos de este capítulo efectuar una evaluación de la implementación del Convenio en Chile, a más de diez años de su ratificación. Basta decir que, en lo tocante al derecho de los pueblos indígenas a participar en los beneficios (Art. 15 N°2), a la fecha no ha existido una regulación general para su implementación. Hay distintas razones que pueden explicar este hecho. De partida, recordar que en el primer fallo pronunciado por el Tribunal Constitucional (TC) sobre el Convenio, se declaró que la norma de participación en los beneficios tenía el carácter de “no autoejecutable”. Para el TC, esto significaba que su aplicación “ha de ajustarse al régimen constitucional y legal de la propiedad minera”.⁷⁰ Asimismo, dado que el objeto primordial de esta norma es la explotación de los recursos del subsuelo y que en Chile la industria minera (metálica y no metálica) representa aproximadamente el 10%⁷¹ del Producto Interno Bruto (PIB), existen

⁶⁹ CIDH, Actividades extractivas, párr. 243.

⁷⁰ Tribunal constitucional, Sentencia 309-2000, de 4 de agosto de 2000, Considerando 73°.

⁷¹ Consejo Minero, *Minería en Números*, 2020, p. 16.

resistencias económico-políticas a la posibilidad de introducir modificaciones al régimen regulatorio minero.

Ahora, sea por la razón que fuere, lo cierto es que este déficit regulatorio no ha sido óbice para que, por diferentes motivos y en distintas áreas, en la actualidad puedan encontrarse una serie de mecanismos que impliquen compartir beneficios –por la explotación de recursos del subsuelo– con las comunidades indígenas. En este apartado se identificarán y describirán tres de ellas, utilizadas en el contexto de la explotación del litio en el Salar de Atacama. La metodología particular para el levantamiento de datos respecto de cada uno de estos mecanismos se describe en sus apartados particulares. Los mecanismos identificados son los siguientes: (4.1) medidas incorporadas en la evaluación ambiental; (4.2) acuerdos privados entre comunidades indígenas y empresas; y (4.3) mecanismos estatales.

3.1. Medidas de participación en los beneficios incorporadas al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA)

Aunque es todavía una tendencia incipiente, en los últimos años han existido diversos proyectos que –durante su tramitación en el SEIA y, especialmente, cuando ha habido un Proceso de Consulta con Pueblos Indígenas (PCPI)– han presentado como medidas (ambientales y no ambientales) la participación de las comunidades indígenas en un porcentaje de las utilidades o las ventas de la explotación de recursos naturales. Esto ha ocurrido tanto en industrias de generación de energía, como en mineras. Para el primer caso, vale citar el proyecto “Central Hidroeléctrica Añihuerraqui”, en la Región de La Araucanía. Durante el PCPI desarrollado en la evaluación ambiental del proyecto, el titular presentó como medida de “compensación” un fondo construido en base al 1,5% de las ventas anuales netas que percibiese el proyecto. En la Resolución de Calificación Ambiental, la autoridad ambiental entendió que el fondo era parte de una “medida voluntaria”, por la cual se hacía partícipes a las comunidades “de los beneficios que reporte el proyecto en alusión al Art. 15 punto dos del Convenio OIT N°169”.⁷² En un caso más reciente y vinculado a la explotación del litio, el proyecto “Blanco”, ubicado en el Salar de Maricunga, presentó en el Estudio de Impacto Ambiental un Compromiso Ambiental Voluntario (CAV N°18), relativo a la “Distribución de Beneficios durante la Fase de Operación del Proyecto destinado al desarrollo cultural, social y económico de las Tres Comunidades Colla de la Comuna Diego de Almagro”. El objetivo de esta medida era aportar el 0,3% de las ventas anuales generadas

⁷² Resolución Exenta N°177/2015 de la Comisión de Evaluación de la Región de La Araucanía, 20 de julio de 2015, p. 962.

durante la fase de operación comercial del Proyecto, con un piso establecido de USD \$300.000 anuales. Es interesante notar que este CAV no fue parte del PCPI desarrollado durante la evaluación del proyecto, pero sí quedó considerado en la Resolución de Calificación Ambiental.⁷³

En virtud de lo anterior, se efectuó una búsqueda de medidas que incorporaran, de una forma u otra, diversas fórmulas de participación en los beneficios en la evaluación ambiental de proyectos. Para ello, se partió identificando los proyectos vinculados, directa o indirectamente, a la explotación del litio en la Región de Antofagasta, ingresados entre los años 1996 y 2022 por los literales “i” (proyectos de desarrollo minero) y “p” (obras en áreas colocadas bajo protección oficial) del Art. 10 de la Ley 19.300, evaluados ya sea por Declaración de Impacto Ambiental o Evaluación de Impacto Ambiental.⁷⁴ De este primer levantamiento se pudo constatar la existencia de 14 proyectos que cumplían con los criterios ya señalados. Luego, se procedió a un examen acucioso de los expedientes ambientales y de reclamaciones administrativas de los proyectos que formaban parte de la muestra.

3.1.1. Resultados

De la revisión efectuada, solo en uno de los proyectos fue posible encontrar un instrumento que contenía, *lato sensu*, un acuerdo de participación en los beneficios. Se trata del proyecto “Modificaciones y Mejoramiento del Sistema de Pozas de Evaporación Solar en el Salar de Atacama” (en adelante, Modificaciones y Mejoramiento del Sistema de Pozas), de Albemarle (ex-Rockwood).

El proyecto consistía en el aumento progresivo en la extracción de salmuera natural desde el Salar de Atacama, además de nuevos sistemas de pozas de evaporación solar, pasando de 80.000 metros cúbicos autorizados de producción a 150.000 metros cúbicos. El proyecto ingresó a evaluación ambiental en mayo de 2009, mediante una Evaluación de Impacto Ambiental. No hubo un PCPI ya que, al momento de ingresar a evaluación,

⁷³ Resolución Exenta N°94 de 4 de febrero de 2020, de la Comisión de Evaluación Dirección Ejecutiva, punto 13.15.

⁷⁴ Los proyectos revisados fueron “Modificaciones y Mejoramiento del Sistema de Pozas de Evaporación Solar en el Salar de Atacama” (Rockwood); “Plan de Reducción de Extracciones en el Salar de Atacama” (SQM); “Planta Cloruro de Litio” (Albemarle); “Aumento de Capacidad y Optimización Producción Planta de Litio Carmen” (SQM); “Planta Carbonato de Litio Mejillones” (Albemarle); “Ampliación de la Planta de Carbonato de Litio a 180.000 ton/año” (SQM); “Ampliación Planta La Negra - Fase 3” (Albemarle); “Ampliación Faena Salar del Carmen” (SQM); “Ampliación Planta de Carbonato de Litio - La Negra” (Albemarle); “Ampliación, Planta de Carbonato de Litio a 48.000 ton/año” (SQM); “Modificación al Proyecto Construcción de Pozas de Evaporación Solar” (Albemarle); “Planta Hidróxido de Litio” (SQM); “Poza Auxiliar de Descarte en la Planta de Carbonato de Litio” (SQM); “Proyecto Carbonatos de Litio” (SQM).

el Convenio N°169 todavía no se encontraba vigente. Vale destacar que, durante el proceso de participación ciudadana, tanto la Comunidad Indígena Atacameña (en adelante, CIA) de Toconao como la CIA de Peine presentaron observaciones, expresando su disconformidad con el proyecto y haciendo alusión al deber de cumplimiento del Convenio N°169, inclusive lo dispuesto en el artículo 15 sobre participación en los beneficios de explotación. En una primera instancia el proyecto fue rechazado⁷⁵ por la Comisión de Evaluación de la Región de Antofagasta (en adelante, COEVA Antofagasta), ante lo cual el titular interpuso el correspondiente recurso de reclamación. De manera previa a que el Comité de Ministros resolviera el recurso, el titular informó de la firma de un “Convenio de Cooperación, Sustentabilidad y Beneficio Mutuo” (Convenio Rockwood-Peine) suscrito con la comunidad de Peine el 8 de noviembre de 2012, adjuntando copia del convenio.⁷⁶ A pesar de rechazar el recurso, el Comité de Ministros acordó retrotraer el proceso de evaluación para los efectos de elaborar un Informe Consolidado de solicitudes de aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones N°4.⁷⁷ El proyecto finalmente recibiría calificación favorable el año 2016.⁷⁸

Hay dos aspectos de este convenio que son relevantes de destacar en el ámbito de la presente investigación. Primero, que, si bien se trata de un mecanismo que contine una cláusula de participación en los beneficios (teóricamente) basada en el Art. 15 N°2 del Convenio N°169, dicho mecanismo tendría una naturaleza “híbrida” o “público-privada”. Esto quiere decir que, aunque se trata de un “acuerdo particular”, se adjuntó a la evaluación del proyecto, esperando –o al menos así es plausible suponer– que tuviese, al mismo tiempo, cierto efecto en la calificación ambiental del mismo. Segundo, que las medidas establecidas en el Convenio Rockwood-Peine –incluida la relativa a la participación en los beneficios– no quedaron finalmente incorporadas en la evaluación ambiental. En efecto, revisada la RCA definitiva del proyecto, puede apreciarse que en ninguna parte se hace referencia a dicho convenio ni a sus medidas.

En lo que respecta a su contenido, el Convenio Rockwood-Peine tiene tres elementos que son relevantes. En primer lugar, expresa en su Cláusula Primera que el proyecto ha tenido “implicancias de diversa índole” en los sistemas de vida y costumbres de la comunidad; no obstante, este no es

⁷⁵ Res. Ex. N°156/2011.

⁷⁶ El convenio se encuentra disponible en el expediente del recurso de reclamación: https://seia.sea.gob.cl/expediente/expedientes.php?id_expediente=6224526.

⁷⁷ Res. Ex. 413/2013.

⁷⁸ Res. Ex. 21/2016.

un impacto reconocido en la evaluación del proyecto, ni se proporciona más detalle sobre dichas “implicancias”. En segundo lugar, la Cláusula Sexta, haciendo referencia al Art. 8(j) de la Convención sobre la Biodiversidad y el Art. 15 N°2 del Convenio N°169, establece que la comunidad debe participar siempre que sea posible en los beneficios que produzcan los proyectos de inversión de la empresa que utilicen, de algún modo, los conocimientos tradicionales y los recursos naturales existentes en el espacio territorial que la comunidad ocupa o que ha ocupado (Cláusula Seis.Uno). Asimismo, dispone que la empresa contribuirá anualmente, a título de “participación equitativa”, con un monto de 4 mil UF para la comunidad, el cual se ajustará si aumenta la producción de la empresa y será revisado cada cuatro años por la Mesa de Trabajo Permanente. Un entrevistado/a señaló que, en la actualidad, dicho monto ascendía a \$200.000.000 anuales para la comunidad.⁷⁹ Sobre la utilización de estos fondos, el convenio dispone que deben ser administrados por la comunidad con el fin exclusivo de financiar –total o parcialmente– proyectos que se han priorizado o que se incluyan en el marco del “Plan de Desarrollo de la Comunidad Atacameña de Peine”, elaborado con asesoría de la Universidad de Chile.

El tercer aspecto a relevar, del Convenio Rockwood-Peine, tiene que ver con cuestiones ambientales e hídricas. Así, en la Cláusula Séptima la empresa se compromete a financiar y contratar una auditoría ambiental independiente, a efectos de garantizar la eficacia de las medidas de seguimiento, monitoreo, evaluación y mitigación de los eventuales impactos sociales y ambientales de la compañía. En la Cláusula Octava, en tanto, el convenio dispone la constitución de una organización de aguas subterráneas y de cuenca, conformada por la comunidad, la empresa y las demás comunidades atacameñas del Salar de Atacama y otros titulares de derechos de aprovechamiento de agua, con miras a compartir diagnósticos como organización de usuarios de la cuenca y custodiar el uso del recurso hídrico.

3.2. Acuerdos privados entre empresas y comunidades indígenas

Los acuerdos entre empresas y comunidades indígenas en el contexto de proyectos extractivos, son una práctica común en la gobernanza de los recursos naturales en países como Canadá y Australia.⁸⁰ Asimismo, es posible encontrarlos en instrumentos de la gobernanza transnacional privada como la Guía de Buenas Prácticas Pueblos Indígenas y Minería del Inter-

⁷⁹ Entrevista del 14 de julio de 2023.

⁸⁰ Sobre estos acuerdos ver, en general, Ciaran O’Faircheallaigh, *Negotiations in the Indigenous World. Aboriginal Peoples and the Extractive Industry in Australia and Canada*, New York, Routledge, 2016.

national Council on Mining and Metals (ICMM),⁸¹ y como vemos en el capítulo sobre transparencia empresarial y derechos humanos, en la Initiative for Responsible Mining Assurance. En términos sencillos, en estos “acuerdos negociados” se sigue una lógica contractual. Una comunidad indígena da su apoyo –o, al menos, un compromiso de no oponerse– a un proyecto determinado a desarrollarse en sus territorios tradicionales –estén o no legalmente reconocidos esos espacios ancestrales–. A cambio de este consentimiento, la comunidad tiene la oportunidad de participar en la administración de los impactos sociales, culturales y ambientales de dicho proyecto, así como de obtener una parte de los beneficios que este generará.⁸² Es precisamente por esta última característica que se ha entendido que podrían ser formas de cumplimiento de la norma de participación en los beneficios del Convenio N°169.

En efecto, si bien la obligación de compartir beneficios del Art. 15 N°2 del Convenio N°169 es, como toda obligación de derechos humanos, eminentemente estatal, ello no ha sido impedimento para que en distintas instancias se haya entendido que los acuerdos negociados pueden ser mecanismos para cumplir esta obligación. De hecho, en al menos una oportunidad la propia OIT apuntó en esta línea⁸³ –aun cuando posteriormente retrocedió, reafirmando que garantizar la participación en los beneficios es una obligación estatal–.⁸⁴ Por lo mismo, no es de extrañar que, en la práctica, sea posible encontrar acuerdos que –nominalmente, al menos– se conciben como una aplicación del Art. 15 N°2.

3.2.1. Los acuerdos negociados para compartir beneficios en el Salar de Atacama

En virtud del llamado paradigma de “valores compartidos” descrito en la sección N°2, en los últimos años han ido emergiendo una serie de acuerdos entre organizaciones indígenas y las empresas que explotan el Salar. Teniendo en cuenta el carácter confidencial de estos acuerdos, para su identificación se utilizaron diferentes técnicas de levantamiento de información. Primero, se efectuaron 9 entrevistas semiestructuradas con informantes

⁸¹ ICMM, *Good Practice Guide. Indigenous Peoples and Mining*, Second Edition, 2015, p. 41.

⁸² Steven A. Kennet, *A Guide to Impact and Benefit Agreements*, Canadian Institute of Resources Law, 1999, p. 1.

⁸³ Organización Internacional del Trabajo, *Convenio Número 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Un manual*, Lima, OIT, 2003, p. 40.

⁸⁴ Ver Organización Internacional del Trabajo, *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica: una guía sobre el convenio núm. 169 de la OIT*, Ginebra, Oficina Internacional de Trabajo, 2009, p. 107, (cuando sobre los derechos del Art. 15 N°2 señala que “la responsabilidad de garantizar el respeto por estos derechos recae en los gobiernos en cuestión y no en las empresas o instituciones privadas”).

clave: dos personas vinculadas a una de las empresas que tiene su operación de litio en el Salar; cuatro asesores/as indígenas y no indígenas de comunidades indígenas atacameñas del Salar; y tres personas miembros de comunidades indígenas atacameñas del Salar y/o vinculadas en algún momento al Consejo de Pueblos Atacameños. Segundo, se efectuó una revisión de prensa entre 2018 y junio de 2023.⁸⁵ Tercero, se revisaron las Declaraciones de Impacto Ambiental y las Evaluaciones de Impacto Ambiental de los proyectos vinculados –de manera directa o indirecta– a la explotación del litio, con el foco puesto en identificar en ellos alguna indicación respecto a la existencia de acuerdos negociados entre los titulares de proyectos y las comunidades del Salar.

De la búsqueda efectuada, fue posible constatar que tanto Albemarle como SQM han llegado a esta clase de acuerdos con diversas CIA del Salar. Así, por un lado, además del Convenio Rockwood-Peine (2012) ya revisado en la sección anterior, Albemarle firmó con el CPA y las 18 comunidades indígenas que lo constituyen el “Convenio de Cooperación, Sustentabilidad y Beneficio Mutuo entre Consejo de Pueblos Atacameños, Comunidad Atacameña de Río Grande y otras y Rockwood Litio Ltda.” (2016) (Convenio Albemarle-CPA). Este último acuerdo es, hasta ahora, el más relevante de aquellos suscritos en el contexto de la explotación del litio. A pesar de que su intención era ser confidencial,⁸⁶ está disponible en internet en diversos sitios.⁸⁷ Por otro lado, SQM habría firmado acuerdos con al menos tres de las comunidades más cercanas a su operación en el Salar de Atacama: Comunidad Indígena Atacameña de Camar, la de Ticonao y la Talabre. De estos tres últimos acuerdos, el más conocido es el “Convenio de Debida Diligencia, Cooperación y Sustentabilidad en Beneficio Mutuo para una Nueva Etapa de Relacionamento Comunitario”

⁸⁵ La metodología utilizada para levantar esta información consistió en la revisión de una amplia diversidad de fuentes de noticias digitales, sobre hechos enmarcados en la explotación de litio en el Salar de Atacama y las comunidades atacameñas, durante el período 2018 a junio 2023. Con el objeto de abarcar la mejor y mayor cobertura posible, se revisaron grandes medios noticiosos –El Mercurio, Soy Chile, Cooperativa, Emol, La Tercera, T13, Meganoticias, TVN Noticias, El Mostrador–; medios independientes –El Ciudadano, Radio JGM, Interferencia, El Desconcerto, El Chululo, Agenda Sustentable–; medios locales –El Mercurio de Calama, El Mercurio de Antofagasta–; medios vinculados a la industria –Diario Financiero, Minería Chilena–, y medios internacionales –Agencia EFE, BBC, Reuters–. El levantamiento fue realizado utilizando las herramientas de búsqueda de Google y de cada medio de prensa y palabras claves como “Salar de Atacama”, “Litio”, “Comunidades Indígenas Atacameñas”, “acuerdos”, “Convenios”, etc. La metodología empleada permitió analizar cada tópico noticioso al que se ha hecho referencia, a través de una multiplicidad de fuentes. Una vez realizada la búsqueda y recopilada la información, se procedió a hacer una sistematización de los datos encontrados.

⁸⁶ Entrevista realizada el 18 de julio de 2023.

⁸⁷ Ver, por ejemplo: https://www.mesamultiactor.cl/repositorio/2016_aso_con/.

(Convenio SQM-Camar), suscrito entre la comunidad de Camar y SQM, el 7 de agosto de 2020.

El contexto en que se firmó el Convenio SQM-Camar fue el del recurso de reclamación entablado por el Consejo de pueblos atacameños y las comunidades indígenas atacameñas de Peine y de Camar contra la resolución de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, Superintendencia) que aprobó el Programa de cumplimiento y suspendió el procedimiento administrativo sancionatorio de Soquimich. Al respecto, recordar que la Superintendencia había iniciado el procedimiento sancionatorio contra SQM por constatar 6 infracciones –una gravísima, tres graves y dos leves– en relación con medidas establecidas en la Resolución de Calificación Ambiental respectiva sobre la extracción de salmuera y de agua dulce en ciertos sectores del Salar.⁸⁸ A raíz de la dictación de esta resolución, SQM presentó un Programa de cumplimiento, el cual, después de una serie de observaciones, fue aprobado.⁸⁹ Contra esta resolución fue que las organizaciones indígenas incoaron la referida reclamación ante el Primer Tribunal Ambiental solicitando, entre otras cosas, la invalidación de la misma y la realización de un Proceso de consulta a pueblos indígenas por parte de la Superintendencia. El tribunal, aunque rechazó la procedencia de la consulta, acogió la reclamación en lo concerniente a dejar sin efecto la resolución, por quebrantar el Programa de Cumplimiento aprobado de los requisitos de integridad y eficacia.⁹⁰ Pues bien, durante la tramitación de los recursos de casación de la empresa y la Superintendencia ante la Corte Suprema, la comunidad de Camar solicita que se la deje de considerar parte en el juicio, por cuanto había firmado el acuerdo con SQM, el que tendría la naturaleza de transacción extrajudicial.⁹¹ Dado que la comunidad decidió mantener el acuerdo como confidencial, no es posible acceder a los términos del mismo. No obstante, el propio escrito ingresado por la CIA de Camar da cuenta de que dicho convenio abarcaría “el cierre del Pozo Camar 2, la protección de los sistemas hídricos y la creación de una Mesa Ambiental que dan garantía material a la protección del territorio y la reparación de los hechos que sustentaron las denuncias de la Comunidad”. De igual forma, fuentes de prensa puntualizan que el acuerdo involucraría un traspaso

⁸⁸ Res. Ex. N°1/F-041-2016, rectificada por la Res. Ex. N°4/F-041-2016.

⁸⁹ Res. Ex. N°24/Rol F-041-2016 de 7 de enero de 2019.

⁹⁰ Primer Tribunal Ambiental, Rol N° R-17-2019, 26 de noviembre de 2019.

⁹¹ Al fin, tanto la empresa como la SMA desistieron de sus recursos de casación, por lo que el fallo quedó firme y ejecutoriado. Ver Aylwin y otros, op. cit., pp. 83 y 84.

de fondos de SQM a la comunidad por \$1.700 millones de pesos por diez años –aunque no se detalla si es un monto total o anual–.⁹²

Tal como se ha indicado, en términos de alcance y contenido, el Convenio Albemarle-CPA, de 2016, quizás sea el más relevante. Además, a diferencia del resto de los acuerdos, este convenio está disponible electrónicamente.

Por lo señalado, concentraremos el análisis en el Convenio Albemarle-CPA, que fue firmado por el Consejo de Pueblos Atacameños y sus 18 comunidades constitutivas, el 21 de febrero de 2016. Su vigencia se extiende a cuanto duren las operaciones de la empresa en el Salar de Atacama y hasta el cierre de las mismas (11.1). En este acuerdo se estipulan distintos tipos de cláusulas, las que se revisarán someramente a continuación.

La primera que vale destacar por tener un carácter más “contractual” y detallado, es la dimensión monetaria. En concreto, haciendo referencia explícita al Art. 15 N°2, en su cláusula sexta el acuerdo establece un “Fondo para el desarrollo de las comunidades y del Consejo”. En lo esencial, durante 2016, la empresa se compromete a entregar al Consejo y a las Comunidades que lo integran un aporte de \$70.000.000 para cada uno (6.6). Desde esa fecha, la transferencia de recursos dependía de la calificación ambiental del proyecto “Modificaciones y Mejoramiento del Sistema de Pozas”, que se estaba tramitando en paralelo. Si la RCA era desfavorable, desde 2017 en adelante el aporte total anual de la empresa al Consejo y a las comunidades sería de 51.894 UF (6.7). En caso de que la RCA fuese favorable –como en definitiva lo fue–, desde 2017 el aporte sería de 2,75% de las ventas anuales de carbonato de calcio y cloruro de potasio producidos en base a la extracción de salmuera de la Planta Salar de la empresa; del año 2018 en adelante, el aporte sería del 3% de las ventas anuales (6.8). El convenio señala que la forma de distribución de los montos entre el Consejo y las comunidades será según la forma que estos últimos acuerden en un plazo máximo de 6 meses (6.9). Adicionalmente, el convenio considera la transferencia de un 0,5% de las ventas anuales al CPA para el financiamiento de estudios, planes y proyectos de emprendimiento indígena (7.13), así como montos anuales para becas (6.22) y financiar proyectos de asociaciones de regantes (6.23).

En materia ambiental, se deja constancia de ciertos compromisos asumidos por Albemarle en la tramitación ambiental del proyecto “Modificaciones y Mejoramiento del Sistema de Pozas”, relativos a un monitoreo ambiental. (7.2). Junto a ello, las partes señalan “tener presente”: (i) el es-

⁹² Latercera.com: “\$1.700 millones por la paz en el Salar de Atacama: SQM llega a acuerdo con comunidad indígena en proceso por uso de aguas”, 21 de agosto de 2020.

pacio territorial ocupado por las comunidades indígenas del Consejo de Pueblos Atacameños; (ii) la fragilidad de los ecosistemas asociados al área de desarrollo indígena Atacama la Grande; (iii) el interés de resguardar el recurso hídrico por parte de las comunidades; (iv) el valor espiritual y cultural que significa para la cosmovisión del pueblo licanantay el espacio territorial comprendido en el ADI Atacama la Grande; (v) las iniciativas económicas que se desarrollan en la misma ADI Atacama la Grande (7.3).

Finalmente, es preciso relevar que el acuerdo contiene cláusulas relativas a la solución de controversias. Así, se plantean ciertos procedimientos en caso de surgir diferencias entre las partes en la aplicación del convenio –o cualquier otro motivo, para el caso del arbitraje–. En este ámbito, es importante subrayar la existencia de una cláusula tendiente a dotar de “estabilidad y certeza” al desarrollo de la operación de la empresa en el Salar. Al respecto, se indica que ambas partes tendrán la facultad de dar término inmediato y sin derecho a indemnización al presente convenio, en el caso que la otra realice alguno de los siguientes eventos: “(i) Actuar de mala fe o en contra de lo convenido, desconociendo o buscando renegociar lo pactado (...) (ii) Realizar cualesquiera vías de hecho o acudir a tribunales de justicia o instancias administrativas, sin haber agotado los mecanismos de solución de controversias contemplados en esta cláusula” (12.7).

3.3. Mecanismo de distribución de beneficios Corfo-SQM

Una última forma de participación en los beneficios que puede identificarse en el marco de la explotación del litio en el Salar, es aquella diseñada por Corfo para distribuir aportes provenientes de la operación de SQM.

En las conclusiones de su informe del año 2015, la Comisión Nacional del Litio observaba “la necesidad de un cambio paradigmático en la relación entre proyecto productivo y comunidades”.⁹³ Ello, señalaba, suponía “hacerse cargo del derecho de las comunidades a percibir beneficios tanto por el uso de los bienes públicos –como es el caso del territorio y de los recursos hídricos– como de que sean mitigadas y compensadas adecuadamente las externalidades negativas que pueden generar los proyectos”.⁹⁴ En razón de lo anterior, entendía que era necesario incorporar el concepto de “valor compartido” como forma de relacionarse con el territorio. Más concretamente, en el Anexo V del mismo informe, la comisión indicaba que “deberá considerarse que una parte de las rentas capturadas debiera

⁹³ Informe CNL, p. 33.

⁹⁴ *Ibíd.*

ser traspasada localmente con el propósito de que las comunidades locales puedan definir los proyectos de inversión según sus prioridades”.⁹⁵

Tal como ya se señaló en la sección N°2, durante el segundo gobierno de la presidenta Bachelet se realizó la negociación de un nuevo contrato entre Corfo y SQM, cuyas condiciones serían finalmente determinadas por una conciliación efectuada en un procedimiento de arbitraje en enero de 2018.⁹⁶ Uno de los puntos relevantes de este acuerdo era que incorporaba un monto para proyectos de inversión y fomento que promoviesen el desarrollo sustentable de las comunidades de la cuenca del Salar. En efecto, recogiendo expresamente las conclusiones del Informe final de la CNL, la Cláusula Décimo Sexta del contrato para proyecto en el Salar de Atacama, denominada justamente “Comunidades y Desarrollo Regional”, señalaba:

Dieciséis. Uno. A partir de la fecha de Inicio, la Sociedad se compromete a aportar de manera anual, respecto de las ventas de la Sociedad del año calendario anterior, las siguientes cantidades a comunidades de la cuenca del Salar de Atacama y al desarrollo regional, a partir de las ventas de productos elaborados a partir de la salmuera de las Pertenencias, según se indica a continuación: (...) (d) Entre diez millones de Dólares y quince millones de Dólares para proyectos de inversión y fomento que promuevan el desarrollo sustentable de las comunidades de la cuenca del Salar de Atacama y que se encuentren debidamente inscritas en la CONADI.

Asimismo, en su sección “Dieciséis.Tres”, esta cláusula disponía que el Consejo de Corfo tenía que determinar cuáles eran las organizaciones que recibirían estos aportes, las que deberían suscribir un contrato con esta corporación en el que se establecerían fines y metas, así como objetivos y requisitos de evaluación de desempeño. En cumplimiento de esta cláusula, el 15 de junio de 2020, en su sesión N° 496, el Consejo de Corfo determina mediante acuerdo N° 3.083 como organismos elegibles para recibir estos aportes a 21 Comunidades Indígenas Atacameñas (CIA) de la Cuenca del Salar de Atacama.⁹⁷ Al año siguiente (por Res. Ex. N° 517 de 20 de mayo de

⁹⁵ Id., 92.

⁹⁶ Juicio Arbitral Rol N°1954-2014, tramitado ante el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago.

⁹⁷ CI Atacameña de Catarpe; CI de Ayllu de Cucuter; CI Atacameña de Guatin; CI Atacameña de Coyo; CI Atacameña de Larache; CI Lickanantay de Camar; CI Atacameña de Río Grande; CI Atacameña de Quito; CI Atacameña de Peine; CI Atacameña de Sequitor y Checar; CI Atacameña de San Pedro de Atacama; CI Atacameña de Machuca; CI Atacameña de Socaire; CI Atacameña de Toconao; CI Atacameña de Solor; CI Atacameña de Solcor; CI Atacameña de Yaye; CI Atacameña

2021), Corfo aprueba la fórmula que se utilizará para enterar los aportes a estas organizaciones. En concreto, dispone que un 50% del monto relacionado con los aportes será repartido en forma igualitaria entre los 21 organismos elegibles (Considerando N°12). Del 50% restante, el 40% deberán ser entregados en consideración al número de socios de cada organismo elegible; y el 10%, en atención a la distancia en kilómetros que existe desde la ubicación de cada comunidad respecto de la oficina de la gerencia de operaciones de SQM Salar S.S, en el Salar de Atacama (Considerando N°13).

Un punto importante a destacar es que Corfo, en la mentada resolución, proporciona una serie de justificaciones para los dos últimos factores indicados arriba y su ponderación. Así, el criterio relativo al “número de socios”, se determinó “con el objetivo de propiciar condiciones que permitan el mejoramiento proporcional y equitativo de la calidad de vida de cada miembro de los Organismos Elegibles” (Considerando N°14). En lo concerniente al criterio y la ponderación del criterio asociado a “distancia”, Corfo indica que dicha inclusión respondía a la finalidad de “establecer una diferenciación gradual entre aquellos Organismos Elegibles que conviven de formas más directa con las actividades de operación (...) respecto de aquellos que se relacionan de forma más distante o remota, pero siempre procurando que dicho criterio no produzca, por sí mismo, un desequilibrio en la distribución de los aportes” (Considerando N°15).

Una vez definida la fórmula, se procedió a determinar el Aporte Inicial Acumulado (AIA) para cada comunidad, calculado en base a la venta de carbonato de litio elaborado a partir de la salmuera durante los años 2018, 2019 y 2020. Para recibir estos aportes cada comunidad elegible debía suscribir un “Acuerdo con Corfo” antes del 31 de diciembre de 2021. En caso contrario, el Consejo de Corfo debía determinar el destino de esos recursos.

Con todo, a finales de 2021, una de las comunidades del Salar, la CIA de Camar, interpuso un recurso de protección contra la ya identificada Res. Ex. N° 517 de Corfo, por no haber sido consultada. Si bien este recurso fue rechazado en primera instancia,⁹⁸ la Corte Suprema revocó dicha sentencia. En concreto, acogió la acción, pero solo en cuanto se dispone que la recurrida deberá iniciar un proceso de Consulta Indígena con las

de Talabre; CI Atacameña de la Punta de Tocol, Alis, Celeste y Puques; CI Atacameña de Agricultores y Regantes del Río Vilama; y CI Atacameña de Tulor y Beter.

⁹⁸ Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol N°11.845-2021, *Comunidad Indígena Atacameña de Camar/Corporación de Fomento de la Producción Acumulada*, 26 de enero de 2022.

personas y comunidades indígenas que se encuentren en el área de influencia del proyecto impugnado, para los procesos de asignación de recursos.⁹⁹

De acuerdo a lo informado por Corfo a la Cámara de Diputados y Diputadas,¹⁰⁰ SQM Salar S.A. reporta un Aporte Inicial Acumulado para las comunidades de US\$35,6 millones de dólares americanos por concepto de ventas de carbonato de litio, entre los años 2018 a 2020, inclusive. Los Aportes correspondientes a las ventas de carbonato de litio de los años 2021 y siguientes, podrán ser entregados solo una vez que Corfo realice el proceso de Consulta Indígena ordenado por la Corte Suprema. En la Tabla N°1 se detalla el AIA correspondiente a cada una las 19 comunidades, acumulado entre los años 2018 y 2020.

Tabla N°2: Transferencia de AIA a las Comunidades, elaborada a partir de la información contenida en el Oficio N°288 de Corfo, de fecha 04 de agosto de 2023.

Comunidad	AIA (US\$)
Catarpe	1.298.297
Agricultores y Regantes del Río Vilama	1.052.233
Solcor	1.203.456
Solcor	1.267.858
Tulor y Beter	1.145.536
Yaye	1.132.537
Guatín	1.212.240
Río Grande	1.667.464
Cúcuter	1.260.612
Puna de Tocol, Alis, Celeste y Puques	1.121.633
San Pedro de Atacama	3.129.136
Socaire	2.037.016
Peine	2.289.607
Toconao	5.055.445
Talabre	1.251.874
Laracha	1.294.638

⁹⁹ Corte Suprema, Rol N°4.838-2022, *Comunidad Indígena Atacameña de Camar/Corporación de Fomento de la Producción Acumulada*, 26 de agosto de 2022, considerando 9° y siguiente.

¹⁰⁰ Corfo, Oficio N°288 de 4 de agosto de 2023.

Comunidad	AIA (US\$)
Coyo	1.845.332
Sequitoy y Checar	1.138.327
Quitor	1.467.607
Machuca	1.331.721
Camar	1.460.963
Totales	34.663.441

4. ANÁLISIS: ¿BENEFICIOS COMPARTIDOS EN EL SALAR DE ATACAMA?

En base a la configuración del estándar de participación en los beneficios (ver sección 3) y de la información sobre los mecanismos de participación en los beneficios (ver sección 4), en este apartado se efectuará un análisis para determinar el grado de cumplimiento de este derecho en el Salar de Atacama en relación con la industria de explotación del litio. Por la forma descentralizada en que han aparecido, la evaluación de los mecanismos de compartir beneficios se concentrará en el cumplimiento de tres elementos del derecho, a saber: (5.1) de un enfoque que considere su doble dimensión; (5.2) de sus objetivos; y (5.3) de la participación indígena en el diseño y operación de los mecanismos.

4.1. Territorialidad y afectación: la necesidad de una aproximación en dos niveles

Según se ha explicado (ver sección 3), la doble finalidad de la participación en los beneficios requiere la existencia de mecanismos que funcionen complementariamente a un nivel general y a uno particular.

Al respecto, comencemos revisando la práctica descentralizada de acuerdos entre empresas y comunidades indígenas con cláusulas de reparto de beneficios. A primera vista, la lógica de estos convenios pareciera responder más a una dimensión particular: los acuerdos o se firman directamente con una asociación de comunidades –Convenio Albemarle-CPA–, o con comunidades indígenas específicas –por ejemplo, el Convenio Rockwood-Peine (2012) o el Convenio SQM-Camar (2020)–. Se trata, en todos los casos, de organizaciones indígenas del Salar de Atacama, que es donde se realiza la extracción de salmuera. No obstante, hay diferencias

importantes en las lógicas de distribución de recursos que animan a ambos tipos de convenios.

En el caso del Convenio Albemarle-CPA, y según información recabada de las entrevistas, luego de varias sesiones de discusión, las propias comunidades integrantes del CPA acordaron que el 3% de las ventas anuales de los productos elaborados en base a la extracción de salmuera se repartieran en partes iguales entre las 18 comunidades indígenas. La idea detrás de esta decisión la explicó con claridad uno de los entrevistados:

la afectación no es a un grupo de humanos específicos, sino que a un pueblo entero, porque se entiende que el Salar de Atacama es patrimonio de todo el pueblo atacameño que habitó o habita Atacama la Grande (...), lo lógico es que los daños se expresen respecto de toda la cuenca del salar y todo eso está dado por a lo menos 18 comunidades, de Río grande hasta Peine (...) la afectación no es tan sólo física y material respecto de una comunidad, sino de un pueblo completo, dado que comparten patrones culturales idénticos y la mayoría son familiares o hayan tenido familiares, te das cuenta que existe una implicación respecto de cada uno de los atacameños.¹⁰¹

Esta lógica más territorial se enmarca en la dimensión general del derecho a participar en los beneficios, de acuerdo a la cual, como ya fue explicado, los beneficios no se comparten por las comunidades en razón de su afectación, sino por pertenecer a un pueblo indígena determinado, el que es titular del derecho al desarrollo y, por consiguiente, a recibir parte de los beneficios de los proyectos de explotación que se desarrollan en su territorio.

Pero, al mismo tiempo, cabe recordar que este derecho también tiene una dimensión particular, que se justifica en el hecho que el reparto de beneficios, además, tiene por objeto asegurar que la restricción de derechos indígenas sea proporcional, es decir, que los costos y beneficios de un proyecto sean distribuidos equitativamente. Esta lógica supone, obviamente, que quienes incurran en mayores costos, reciban mayor cantidad de beneficios. En el caso bajo examen, es importante notar que existen cinco comunidades del sur del Salar que son las que se ven más directamente impactadas por las operaciones de extracción de salmuera. Estas son las comunidades indígenas atacameñas de Toconao, Talabre, Camar, Peine y Socaire. Como fue notado en entrevistas con dirigente/s y asesores/as de comunidades del Salar, estas comunidades no solo son las que reciben más

¹⁰¹ Entrevista realizada el 18 de julio de 2023.

directamente los impactos de la industria extractiva, sino que, además, y por esta misma cercanía, son las que deben destinar una mayor cantidad de recursos en lidiar con dichos impactos; por ejemplo, invirtiendo en monitoreo ambiental. En este sentido, parece ser indudable que un reparto exclusivamente igualitario genera un desequilibrio entre estas cinco comunidades y las restantes que integran el CPA. En síntesis, se podría concluir que la lógica a la que responde el Convenio Albemarle-CPA es unidimensional; en otras palabras, que no se hace cargo de la dimensión particular de la implementación del derecho.

En lo que se refiere a los convenios que son efectuados entre empresas y comunidades particulares, como el SQM-Camar, es posible llegar a una conclusión similar. Estos acuerdos siguen, evidentemente, un esquema “proyecto-a-proyecto”. Acá, los beneficiarios y los beneficios se estiman en base a proyectos determinados y su afectación a comunidades acotadas. Por lo mismo, aun cuando estos mecanismos particulares pueden mejorar la distribución de cargas y beneficios de los proyectos, no permiten que el pueblo en su conjunto se beneficie del desarrollo llevado a cabo en sus territorios. Es decir, no se logra la mejora en las condiciones de vida de todas las comunidades y miembros de un pueblo, sino solo de aquellas/os que aleatoriamente se encuentran más cercanos a los proyectos extractivos.

En este orden de ideas, y aunque adolezca de otras falencias en términos de estándar –en concreto, la falta de participación indígena en su diseño e implementación (ver sección 5.3)–, el mecanismo Corfo-SQM parece apuntar en la dirección correcta. Recuérdese que, en este caso, la distribución sigue tanto una lógica general como una particular. Por una parte, un 50% del monto relacionado con los aportes es repartido en forma igualitaria entre los 21 organismos elegibles. Por otra, del 50% restante, el 40% son entregados en consideración al número de socios de cada organismo elegible y el 10% en atención a la distancia en kilómetros que existe desde la ubicación de cada comunidad respecto de la oficina de la gerencia de operaciones de SQM Salar S.S.

Con todo, a pesar de que una distribución en base al número de socios es plausible¹⁰² y se alinea con el objetivo de mejora de la calidad de vida de las comunidades, repartir el 40% de los aportes en consideración a este criterio, frente al 10% que se le aplica a la cercanía, no parece proporcional. En este sentido, todavía existiría un desequilibrio entre las comunidades

¹⁰² Considérese el siguiente dato: de acuerdo a información de CONADI al año 2021, la CAI de Camar tenía 71 socios, mientras que la CAI de Toconao tenía 692.

que deben soportar más cotidianamente los efectos adversos de las operaciones y aquellas que no los experimentan de una manera tan directa.

4.2. Desarrollo y proporcionalidad: los objetivos de la participación en los beneficios

Las dos finalidades del derecho a participar en los beneficios, se ha dicho ya, es que los pueblos indígenas se beneficien del desarrollo llevado a cabo en sus territorios, mejorando sus condiciones de vida; y que la restricción de derechos colectivos indígenas a causa de la explotación de recursos naturales sea proporcional –es decir, que exista una distribución equitativa en los costos y beneficios de un proyecto–. En este apartado, entonces, se revisará la aptitud que tienen los mecanismos de reparto de beneficios para el cumplimiento de estos objetivos en el Salar.

Antes de comenzar, cabe hacer una prevención. De ninguna forma la finalidad del presente análisis es efectuar un estudio empírico y pormenorizado sobre los efectos que han tenido estos mecanismos de reparto de beneficios. Aquello no solo escapa ostensiblemente de las posibilidades y objetivos de este trabajo, sino que incluso en otras circunstancias sería tremendamente complejo de llevar a cabo, tanto por el limitado lapso de años desde la implementación de estos mecanismos, como por el carácter confidencial de muchos de ellos. Por lo mismo, se trata de un análisis más bien estimativo, relativo a las posibilidades y desafíos teórico-prácticos que presentan estos mecanismos para cumplir los objetivos del derecho, y centrado solo en los acuerdos entre empresas y comunidades, toda vez que el mecanismo Corfo-SQM recién está empezando a implementarse.

4.2.1. Mejoramiento de condiciones de vida en el Salar

Tal como se señaló, no es posible indicar con certeza los efectos que han tenido estos mecanismos de reparto de beneficios en el mejoramiento de condiciones de vida de las comunidades del Salar. No obstante, las entrevistas realizadas para el presente capítulo en conjunto con la revisión de prensa, dan cuenta de que existiría una apreciación favorable respecto a las mejoras que han significado para las condiciones de vida de las comunidades del Salar, en distintos tipos de proyectos. Por ejemplo, en el año 2022 la CI Atacameña de Camar inauguró su primera planta de agua potable.¹⁰³ Toconao, por su parte, está *ad-portas* de inaugurar un hotel 4 estrellas.¹⁰⁴ Asimismo, se pudo saber –por medio de entrevistas– que las transferencias de recursos a partir del Convenio de Albemarle permitieron

¹⁰³ Mineríachilena.cl: “Con apoyo de SQM: Comunidad Indígena Atacameña de Camar inaugura su primera planta de agua potable”, 27 de julio de 2022.

¹⁰⁴ Entrevista realizada el 7 de agosto de 2023.

a las comunidades indígenas hacer frente a la pandemia de manera autónoma. Entre otras cosas: las comunidades no despidieron a la gente con la que trabajaban (guías, choferes, etc.), sino que reconvirtieron sus labores para controlar el ingreso a los pueblos; contrataron sus propios doctores; se entregaron cajas con víveres comprados a los propios almacenes de los pueblos, etc.¹⁰⁵ Ahora bien, es importante notar que, como señala Poveda,

una vez satisfechas las brechas de infraestructura, en el mediano y largo plazo debería existir una planificación adecuada que les permita a las comunidades desarrollar capacidades productivas, emprendimientos con una visión de sostenibilidad esta vez desde la responsabilidad propia de utilizar sus ingresos de forma sustentable, pensando en una independencia económica local de la actividad extractiva.¹⁰⁶

Asimismo, hay dos puntos a los que poner atención en esta área. El primero, tiene que ver con el hecho que muchos de los proyectos financiados surgen como respuesta a una ausencia del Estado en estos territorios. El segundo, es que no siempre están del todo claros los mecanismos de gobernanza interna que existirían para cautelar el buen uso de los recursos transferidos. Por ejemplo, si bien el Convenio Albemarle-CPA establece la necesidad de auditorías externas respecto a la administración de los fondos (Cláusula 6.16), lo cierto es que el mismo acuerdo da cuenta de la necesidad de instaurar a futuro una gobernanza para el manejo de los recursos (Cláusula 6.25). Con respecto de los otros convenios, dada su confidencialidad, no es posible hacer una evaluación de los mismos.

4.2.2. Proporcionalidad en la distribución de cargas y beneficios: las tensiones y oportunidades con la protección ambiental del territorio

Tal como se explicó en el apartado 3.3.2, asegurar que exista una relación equilibrada o proporcional entre los impactos negativos que sufren las comunidades del territorio donde se emplaza el proyecto y el beneficio que dicho proyecto genera para la población general (indígena o no indígena), requiere de una evaluación de impactos –ambientales, sociales, culturales, etc.-. Teniendo este elemento en consideración, es posible establecer que los mecanismos de distribución de beneficios presentes en el proyecto Salar pueden ser categorizados como ambivalentes, dado que, así como generan ciertas tensiones de cara al cumplimiento de este objetivo, producen también oportunidades de protección ambiental.

¹⁰⁵ Entrevista realizada el 7 de agosto de 2023.

¹⁰⁶ Poveda, op. cit., p. 74.

Una primera cuestión que cabe relevar, en estas relaciones, es que no existe claridad acerca de cómo el SEIA debiese “procesar” un acuerdo de este tipo cuando este es incorporado a la tramitación del proyecto. En el Salar, ello puede apreciarse en el Convenio Rockwood-Peine acompañado en el proyecto de “Modificaciones y Mejoramiento del Sistema de Pozas de Evaporación Solar en el Salar de Atacama”. Acá, recuérdese, mientras el Comité de Ministros estaba conociendo un recurso de reclamación ambiental contra la RCA del proyecto, la empresa ingresó el acuerdo suscrito con la comunidad indígena atacameña de Peine. El Comité de Ministros no tomó en cuenta dicho acuerdo, rechazó el recurso y ordenó retrotraer la evaluación del proyecto hasta el ICSARA N°4. Analizando este caso, en el *Informe 2014* se indicaba que, si bien a la autoridad responsable no le corresponde aprobar un proyecto solo en base a un acuerdo entre comunidad y empresa, de todas formas debía “respetar el derecho de autodeterminación de los pueblos y comunidades indígenas propietarios de territorios, en aras del bien común y de los derechos humanos en general, tomando en consideración tales acuerdos al tomar decisiones de largo plazo”.¹⁰⁷ Aunque esta declaración apunte en la dirección correcta, sigue sin estar claro qué implicaría que la autoridad “tome en consideración” dichos acuerdos. A nivel normativo, si estos acuerdos involucran medidas de mitigación o reparación, la ley es taxativa en señalar que “éstos no serán vinculantes para la calificación ambiental del proyecto o actividad” (Art. 13 bis, Ley 19.300). El Convenio Rockwood-Peine –como se revisó ya– no contenía este tipo de medidas, sino compromisos más bien genéricos sobre materia ambiental e hídrica. Empero, eso no quiere decir que su contenido, una vez incorporado al expediente ambiental, no pueda tener un rol en la evaluación ambiental. La pregunta es, de nuevo, ¿Qué rol debiera jugar?

Otra dificultad la podemos apreciar cuando se negocian y firman estos acuerdos de manera paralela a la evaluación ambiental, pero sin incorporarse formalmente a la evaluación. Estas situaciones pueden suscitar una serie de efectos adversos para la evaluación de los impactos del proyecto. Por ejemplo, al existir un acuerdo con la comunidad indígena afectada, el titular puede poner poca atención a los impactos que se identifiquen a través de la evaluación. Las autoridades ambientales, por su parte, se podrían ver influenciadas a aprobar la operación al valorar más el consentimiento que los impactos. Asimismo, es probable que la comunidad indígena no participe de manera significativa en la evaluación o, incluso, que apoye

¹⁰⁷ *Informe 2014*, p. 236.

activamente la aprobación del proyecto.¹⁰⁸ Visto lo anterior, cabe revisar las situaciones de los dos convenios más conocidos –al menos en términos de notoriedad pública–, para examinar las posibles tensiones que se generarían en este sentido.

Partamos por el más reciente, el Convenio SQM-Camar. Este acuerdo fue firmado en agosto de 2020, comprometiéndose a entregar a dicha comunidad la suma de \$1.700 millones de pesos por diez años (reiteramos que no se conoce si esa suma es total o anual por diez años). A comienzos de 2022, SQM ingresa al SEIA su proyecto “Plan de Reducción de Extracciones en el Salar de Atacama”. Este corresponde a una modificación de su proyecto existente y es un compromiso en el Programa de cumplimiento propuesto en el procedimiento sancionatorio F-041-2016 de la Superintendencia. Acá, el titular identifica como única comunidad impactada significativamente a la CI Atacameña de Camar. En consecuencia, el Servicio de Evaluación Ambiental abre un Proceso de Consulta con Pueblos Indígenas solo con esta comunidad. Visto lo anterior, considerando que los beneficios económicos que recibe la comunidad se vincularían a la continuidad de la operación minera de SQM –operación que requeriría de la aprobación del proyecto presentado a evaluación– podría plantearse, a primera vista, que la participación “libre” de la comunidad en el PCPI se vería, de alguna forma, tensionada por la existencia del acuerdo previo. Con todo, esta conclusión tendría que ser matizada por el hecho –levantado de entrevistas¹⁰⁹ y concordante con su temporalidad–, que el Convenio SQM-Camar, y los recursos que de él se derivan, no está condicionado de ninguna forma a la aprobación de ese proyecto en específico. Se conciben, más bien como formas de reparación por los impactos de la operación de SQM y en el marco de un nuevo tipo de relacionamiento. Por último, es preciso señalar que, de acuerdo a lo informado por dos personas entrevistadas, el acuerdo no contendría cláusula de renuncia de derechos a reclamar en tribunales, sino solo relativas a un agotamiento previo de las instancias internas de resolución de controversias.

El Convenio Albemarle-CPA es un poco más complejo. Este acuerdo se gestó durante la evaluación del proyecto de “Modificaciones y Mejoramiento del Sistema de Pozas”. Debe recordarse que la RCA de este proyecto es de fecha 20 de enero de 2016. El acuerdo, en tanto, se firmó entre la empresa, el Consejo de Pueblos Atacameños y sus 18 comunidades constituyentes, un mes después, el 21 de febrero de 2016. Esta sola proxi-

¹⁰⁸ Ginger Gibson y Ciaran O’Faircheallaigh, *IBA Community Toolkit. Negotiation and Implementation of Impact and Benefit Agreements*, The Gordon Foundation, 2015, p. 47.

¹⁰⁹ Entrevista realizada el 19 de julio de 2023.

midad en las fechas daría cuenta que la negociación inevitablemente se dio de manera paralela a la evaluación del proyecto; información que ha sido corroborada a través de entrevistas. Pues bien, en este caso hay una serie de circunstancias y elementos que hacen plantearse al menos la interrogante de hasta qué punto puede haber influido este convenio en las actitudes de algunos de los actores –empresa, comunidades indígenas, autoridades ambientales– en la evaluación ambiental del proyecto.

De partida, aunque el convenio no condicionaba la entrega de montos a la aprobación del proyecto, sí hacía una distinción en relación a la cantidad de los montos que se transferirían. En caso de una RCA desfavorable, la contribución anual sería de alrededor de US\$2.000.000.¹¹⁰ Si se aprobaba, en cambio, eran del 2,5% a 3% de las ventas anuales. Aunque no hay datos públicos de los montos involucrados, según registros de prensa esto equivaldría a aproximadamente US\$ 10.000.000 de aporte anual.¹¹¹ Como se puede observar, las sumas de contribución eran ostensiblemente mayores de aprobarse el proyecto. Esto suponía, entonces, un cierto incentivo de apoyo al proyecto por parte de las comunidades. Dicho apoyo se habría materializado, de acuerdo a información levantada en diversas entrevistas, en que el entonces presidente del CPA concurrió a la sesión de la COEVA Antofagasta en que se calificaba el proyecto, a prestar su apoyo al mismo. Esto, por cierto, no es objetable en sí mismo, pero sí se ha de reconocer que puede producir dificultades para una adecuada evaluación ambiental, según se explicaba anteriormente. Con todo, al ponderar dichas dificultades debe tenerse en cuenta que este acuerdo no contiene una cláusula de renuncia de derechos por parte de la comunidad, sino solo un compromiso de canalizar sus reclamos a través de los mecanismos de solución de controversias estipulados en este instrumento.

Se ha visto, entonces, que los acuerdos empresas-comunidades indígenas con cláusulas de distribución de beneficios producen ciertas tensiones de cara a la evaluación ambiental. No obstante, al mismo tiempo, también generan una serie de oportunidades. De partida, y esto es algo en que coinciden distintos entrevistados/as, permite a las comunidades y organizaciones indígenas contar con mayores recursos para financiar sus propios asesores, y así reducir las asimetrías de poder con las empresas al momento de la evaluación ambiental de proyectos. De acuerdo a lo que

¹¹⁰ Calculado por Ciaran O’Faircheallaigh y Sally Babidge, “Negotiated Agreements, Indigenous Peoples and Extractive Industry in the Salar de Atacama, Chile: When is an agreement more than a contract?”, *Development and Change*, 53(3), 2023, p. 659.

¹¹¹ Diario Financiero: “SQM tiene US\$ 29 millones ‘congelados’ que debe entregar a pueblos atacameños”, 11 de marzo de 2023.

se pudo recabar en entrevistas, en relación al Convenio Albemarle-CPA, cada una de las comunidades da al CPA un 3% de lo que le corresponde para temas ambientales,¹¹² lo que le ha permitido a dicho Consejo tener una unidad de medio ambiente compuesta por más de 20 profesionales. Sobre esta temática, Juan Carlos Cayo, actual consejero del Instituto Nacional de Derechos Humanos –quien fuera asesor del CPA al momento de la negociación con Albemarle–, señaló durante la entrevista que

si uno mira los registros del sistema de evaluación ambiental, no existe ninguna evaluación ambiental positiva posterior al proceso de Albemarle y eso finalmente por las propias consecuencias del convenio, porque entrega la posibilidad de tener fondos específicos no tan solo para que se distribuyan en las Comunidades, sino que también para investigación y desarrollo y sobre todo en el ámbito ambiental.¹¹³

Otras oportunidades, que supone este tipo de acuerdo, tienen que ver con la participación de las comunidades en el diseño de las medidas ambientales de los proyectos que serán sometidos a evaluación. Por ejemplo, el propio proyecto “Plan de Reducción de Extracciones en el Salar de Atacama” de SQM, ya revisado, da cuenta que se establecieron negociaciones con la comunidad indígena de Camar, previo al proceso de evaluación, con el objeto de acordar medidas de compensación o mitigación ambiental.

Finalmente, se puede señalar que los aportes de la explotación del litio han generado, incluso, la posibilidad de que las comunidades presenten sus propios proyectos de resguardo ambiental. En efecto, con fondos recibidos del Convenio con Albemarle, el CPA ingresó en enero de 2022 la Declaración de Impacto Ambiental denominada “Habilitación de puntos de monitoreo para variables hídricas”. Este proyecto fue elaborado por la Unidad de Medio Ambiente del CPA y nueve de las comunidades indígenas que lo conforman. Su objetivo es estudiar el agua disponible en la cuenca del Salar de Atacama y la alta cordillera, enfocándose principalmente en el análisis de los efectos del cambio climático en el territorio.

Por lo indicado en esta sección, los acuerdos revisados se presentan como más bien ambivalentes en sus efectos sobre la evaluación ambiental, generando tanto tensiones como oportunidades de cara a la misma. En este

¹¹² Entrevista realizada el 7 de agosto de 2023.

¹¹³ Entrevista a Juan Carlos Cayo, realizada el 18 de julio de 2023.

sentido, el cumplimiento del objetivo de asegurar la proporcionalidad en la restricción de derechos sería más bien parcial.

4.3. Participación en diseño e implementación

El último punto a analizar tiene que ver con la obligación de garantizar la participación en el diseño e implementación de los mecanismos de compartir beneficios. Evidentemente, en este punto los acuerdos empresas-comunidades indígenas cumplirían dicho estándar, al ser negociados por las propias comunidades en virtud de su derecho a la libre determinación. El caso del mecanismo Corfo-SQM es distinto.

La obligación de distribución de beneficios de la operación de SQM entre las comunidades del Salar, recuérdese, quedó estipulada en la modificación del contrato para proyecto, de 2018. Pues bien, debe subrayarse que este contrato, en tanto forma de autorización de la explotación de recursos naturales en territorio indígena, debía ser consultado de acuerdo a lo dispuesto en el Art. 15 N°2 del Convenio N°169.¹¹⁴ De hecho, así lo demandó el propio CPA, interponiendo un recurso de protección que finalmente sería rechazado por la Corte Suprema.¹¹⁵ Adicionalmente, el diseño y la fórmula para la distribución de los beneficios tampoco contó con la participación de las comunidades indígenas. Como se vio en la sección 4.3, la CIA de Camar recurrió de protección contra Corfo por la falta de consulta en la determinación de la fórmula. La Corte Suprema acogió el recurso, señalando que:

tratándose de decisiones de la Administración, cuyos efectos incumben por su potencial económico, en las posibilidades de desarrollo de las comunidades indígenas asentadas en el área de influencia del proyecto en cuyo contexto se les asignaron los fondos, resulta una conculcación arbitraria e ilegal de su derecho de igualdad ante la ley, al excluirlas del trámite de la consulta en análisis.¹¹⁶

De acuerdo a información recogida por Ley de Transparencia, a la fecha, Corfo no comienza la realización del Proceso de Consulta a Pueblos Indígenas mandatado por la Corte.¹¹⁷

¹¹⁴ Sobre la procedencia de la consulta previa a la firma de estos contratos, véase Cristóbal Carmona y Judith Schönsteiner, *Amicus Curiae del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, en el caso "Asociación Indígena Consejo de Pueblos Atacameños/Sqm Potasio S.A."*, Centro de Derechos Humanos UDP, 2 de mayo de 2018.

¹¹⁵ Corte Suprema, Rol N° 25.142-2018, *Asociación Indígena Consejo Pueblos Atacameños con SQM Potasio S.A.*, 22 de abril de 2019.

¹¹⁶ Corte Suprema, Rol N°4.838-2022, *Comunidad Indígena Atacameña de Camar/Corporación de Fomento de la Producción Acumulada*, 26 de agosto de 2022, considerando 9° y siguiente.

¹¹⁷ Información proporcionada por Corfo por Solicitud de Ley de Transparencia N°1-17878403300.

5. CONCLUSIONES

En las páginas anteriores se ha revisado de manera general y preliminar el grado de cumplimiento del derecho a participar en los beneficios del Art. 15 N°2 del Convenio N°169, en el contexto de la explotación del litio en el Salar de Atacama. Al respecto, cabe constatar que el Estado no ha producido una regulación específica para implementar este derecho. En el Salar, este vacío regulatorio ha propiciado la emergencia de prácticas y esquemas que, de una forma u otra, suponen un reparto de las ventas derivadas de la extracción de salmuera y otros minerales. En concreto, se trata de mecanismos privados y públicos. Por una parte, existen convenios entre empresas y comunidades indígenas ingresados o paralelos a la evaluación ambiental. Por otra, hay un mecanismo de carácter estatal –estipulado en uno de los contratos entre CORFO y SQM modificados el año 2018–, diseñado e implementado desde 2021.

El resultado del examen es más bien complejo. Primero, cabe constatar que existiría un incumplimiento estatal claro al no haber establecido, a más de diez años de la entrada en vigencia del Convenio N°169, una regulación específica de la distribución en los beneficios, no solo para el Salar, sino para todo el territorio nacional. En lo que corresponde a los mecanismos identificados operando en el Salar, hay que precisar que ninguno se acerca de manera cabal a los elementos del estándar del derecho. Los acuerdos empresas-comunidades indígenas, aunque suponen una participación directa de las comunidades en la determinación del mecanismo y la distribución de los fondos, fallan en dar cuenta de la doble dimensión del derecho a participar en los beneficios (la territorial y la cercanía/afectación) y en la distribución de los recursos. Al mismo tiempo, producen ciertas tensiones respecto a la evaluación ambiental de proyectos relacionados, instancia relevante para asegurar que los beneficios se traduzcan en una distribución proporcional de los costos y beneficios que genera un proyecto. El mecanismo CORFO-SQM, en tanto, distribuye los recursos tomando en cuenta consideraciones tanto territoriales como de cercanía / N° de socios, que mandata el estándar. No obstante, tanto en su génesis como en su diseño, tiene serios déficits en lo que se refiere a la participación de las comunidades atacameñas.

Estas son lecciones importantes de cara a la Estrategia Nacional del Litio (ENL). Tal como se constató en la introducción, esta estrategia no contó con la participación de las comunidades indígenas ni considera reformas específicas para la regulación de la participación en los beneficios. Consultados al respecto, la mayoría de los entrevistados enfatizó la necesidad de

integrar, desde el inicio, a las comunidades afectadas en la implementación de esta estrategia –aun cuando también se manifestó cierta aprensión al ingreso del Estado en la materia, dada la mala experiencia que existe con las actividades de Codelco en la zona–. Sea como fuere, independiente de lo que se señale en la ENL, parece evidente que, en el futuro, cualquier diseño respecto a la explotación del litio en el Salar, debiese considerar esquemas o fórmulas para garantizar la participación en los beneficios de las comunidades atacameñas.

RECOMENDACIONES

1. Ante la ausencia de una regulación específica del derecho a participación en los beneficios del Art. 15Nº2 del Convenio 169, el Estado debería establecer un marco regulatorio que permita dar cumplimiento a este derecho en las diversas industrias a las que puede aplicar.
2. Dada la emergencia de los diferentes mecanismos que intentan, nominalmente al menos, implementar el derecho a participar en los beneficios en el Salar, el Estado debiese asegurar que dichos mecanismos no deriven en vulneraciones a los derechos humanos.
3. Frente a la futura ejecución de la ENL, es menester que el Estado asegure el involucramiento y participación a las comunidades indígenas que han sido y serán afectadas por la minería del litio, contemplando, asimismo, formas de reparto de los beneficios que se ajusten al estándar del DIDH.

EL DEBER DE RESTAURAR ECOSISTEMAS A LA LUZ DE INSTRUMENTOS Y ESTÁNDARES SOBRE DERECHOS HUMANOS Y DEL MEDIO AMBIENTE, Y SU IMPLEMENTACIÓN EN CHILE¹

Paula Candia Inostroza²

SÍNTESIS

En las condiciones actuales de degradación de la Tierra, la implementación de la restauración de ecosistemas se ha convertido en un deber de los Estados. La reciente entrada en vigor de diversos cuerpos normativos nacionales e internacionales (como el Protocolo de San Salvador, Acuerdo de Escazú, la Ley Marco de Cambio Climático y la Ley que Crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas), así como la operativización del derecho humano al ambiente sano (Corte IDH, Opinión Consultiva 23/2017) y la ejecución de políticas públicas relacionadas, hacen necesario revisar el estándar e implementación del deber de restauración en Chile. En este contexto, el capítulo aborda el concepto de restauración desde las ciencias ambientales, busca identificar las actividades restaurativas que posibilitan la existencia de ecosistemas sanos, revisa las fuentes internacionales y nacionales del deber de restaurar, y caracteriza los proyectos de restauración informados a nivel país. Finalmente, el capítulo muestra como la restauración se aboca fundamentalmente al sector forestal y evidencia su falta de implementación en zonas contaminadas, especialmente del norte de Chile.

***PALABRAS CLAVES:** Restauración, cambio climático, derecho al medio ambiente sano.*

¹ Este capítulo contó con la colaboración de las ayudantes Danae Sandoval Villarroel y Javiera Córdova Contreras.

² Abogada de la Universidad Diego Portales, LL.M. (Master of Laws) in Energy and Natural Resources Law por Queen Mary University of London, Reino Unido.

INTRODUCCIÓN³

De acuerdo al último “Informe País: Estado del Medio Ambiente en Chile” de 2022 —documento que da cuenta de la situación del medio ambiente en Chile, así como de respuestas institucionales y de política pública a las diversas presiones que afectan al país en el plano medioambiental—, el 67% de los habitantes se encuentra viviendo en territorios afectados en forma seria por la degradación o con un elevado riesgo de degradación del medio ambiente. Del total de la superficie nacional, casi el 80% se encuentra en estas condiciones, siendo las principales causas: (i) la disminución del carbono orgánico en los 30 centímetros iniciales del suelo; (ii) la aridez; y (iii) el estrés hídrico.⁴ Ahora, por su gravedad e inmediatez, la contaminación es una de las formas de degradación que mayor impacto tiene en las personas y en el disfrute de los derechos humanos, la que muchas veces se vincula a actividades mineras e industriales a lo largo del país. De esto han dado tristemente cuenta quienes habitan las denominadas “zonas de sacrificio” y otros territorios menos visibilizados, donde los deberes de prevención fallaron. En Chile existe una deuda con los habitantes de esos lugares, que solo puede ser saldada con la recuperación de la salud de los ecosistemas y la sostenibilidad de dicha salud en el tiempo.

La restauración surge como una respuesta a la necesidad de recuperar ecosistemas que han sido alterados o dañados. En algunas jurisdicciones como la ecuatoriana, la restauración es expresamente reconocida como un derecho de la naturaleza,⁵ mientras que en Chile se configura principalmente como una forma de reparación —a propósito de daños ambientales— o de acciones públicas y/o privadas para recuperar ecosistemas forestales degradados. Como se verá en el cuerpo de este capítulo, estas acciones han tenido históricamente una marcada vocación forestal en la zona centro sur de Chile, desatendiendo otros territorios con necesidades distintas —áreas desérticas, áridas o semiáridas— o que son afectados por otras formas de degradación, como es la contaminación. Por otro lado, estas acciones dependen en gran medida de la iniciativa, financiamiento y control privados, siendo muy pocas

³ Con posterioridad al cierre de este capítulo, se tomó conocimiento de una memoria de pregrado que no se tuvo a la vista durante el proceso de redacción. Sin embargo, se debe mencionar su existencia, y, que parte de su estructura tiene similitud con lo que aquí se expone. La memoria fue escrita por Carolina Concha Hernández y se denomina “Restauración ecológica en Chile: Hacia un nuevo paradigma para el derecho ambiental” (2023), Facultad de Derecho de la Universidad de Concepción.

⁴ *Informe país, Estado del medio ambiente y del patrimonio natural 2022*, Facultad de Gobierno U. de Chile, 2023, p. 31. (Desde 1999 da cuenta del estado del medio ambiente en Chile).

⁵ Constitución de la República del Ecuador (2008), artículo 72; y Pedro Harris Moya, “El derecho de la naturaleza a su restauración en Ecuador y sus equivalentes en demandas ambientales chilenas”, *Revista Derecho del Estado*, N°54, 2023.

las iniciativas sistemáticas y a gran escala gestionadas a nivel estatal. Todo lo anterior aparece como producto de una regulación defectuosa e insuficiente, con impacto directo en la vida y salud de las personas, y del medio ambiente.

La vida y salud de los ecosistemas son fundamentales para el ejercicio y aseguramiento inmediato y a largo plazo de un catálogo importante de derechos humanos, siendo condición *sine qua non* del derecho a un medio ambiente sano, reconocido en el artículo 11 del Protocolo de San Salvador⁶ y en el artículo 4 del Acuerdo de Escazú,⁷ derecho también desarrollado por la Corte IDH⁸ en la Opinión Consultiva 23 sobre Medio Ambiente y Derechos Humanos. Por su parte, la CIDH ha vinculado el aseguramiento del derecho humano a un medio ambiente sano con la necesidad de restaurarlo, y ha señalado además que la restauración es un mecanismo de restitución integral y garantía de no repetición,⁹ con lo que dota de contenido jurídico la acción de restaurar el ambiente dañado.

A pesar del reconocimiento sobre el vínculo indisoluble entre la salud ambiental y la vida humana, la regulación nacional ha demostrado ser insuficiente para detener los diversos daños a los ecosistemas y resulta, a lo menos, cuestionable su capacidad para promover de manera idónea la implementación de actividades destinadas a restaurar. Esta falta es especialmente grave en contextos de degradación severa y multicausales, a lo que además se suman las características naturales de ciertos territorios y las presiones globales, que terminan por amenazar los servicios que los ecosistemas nos proveen. Así, sostener los servicios ecosistémicos¹⁰ de la naturaleza de los que depende el ser humano, en el contexto de la degradación de la Tierra, de la pérdida sostenida de biodiversidad y de los múltiples efectos del cambio climático, supone un desafío de grandes proporciones para los Estados, requiriéndose una regulación clara que permita implementar acciones de restauración de manera sistemática y a gran escala, en línea con el conocimiento científico y el respeto a los derechos humanos.

Tal y como ha sido señalado por el Programa de Naciones Unidas para el medio ambiente en su informe ícono “Perspectivas del Medio Ambiente

⁶ Decreto 244 MINREL, depositado el 28 de julio de 2022 y publicado el 25 de octubre de 2022.

⁷ Decreto 209 MINREL, Promulga el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, La Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y El Caribe y su Anexo 1, publicado el 25 de octubre de 2022.

⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva 23 sobre Medio Ambiente y Derechos Humanos*, 15 de noviembre de 2017.

⁹ CIDH, Resolución 3/2021, *Emergencia Climática. Alcances y obligaciones interamericanas de derechos humanos*, 31 de diciembre de 2021, párr. 14.

¹⁰ El Ministerio del Medio Ambiente indica que, para dicho organismo, los servicios ecosistémicos pueden definirse como “la contribución directa e indirecta de los ecosistemas al bienestar humano”. Ver en: <https://mma.gob.cl/servicios-ecosistemicos/>

Mundial”, la degradación ambiental supone un límite para la efectividad de las políticas ambientales actuales, las que son inadecuadas por sí mismas para abordar los problemas ecológicos sistémicos.¹¹ Por su parte, la Sociedad para la Restauración Ecológica (en adelante SER, por su sigla en inglés), una de las organizaciones promotoras y referentes de la restauración a nivel nacional e internacional, ha sostenido que se debe invertir en la protección del ambiente, así como en su mejoramiento y recuperación a múltiples escalas para lograr efectos globales.¹²

En este sentido, implementar medidas preventivas destinadas a evitar la generación de daños ambientales sería insuficiente, siendo necesario restaurar los ecosistemas degradados a fin de revertir la pérdida de vida y salud de la naturaleza. Esta es la premisa del Decenio de las Naciones Unidas sobre la Restauración de los Ecosistemas 2021-2030,¹³ y de otro conjunto de iniciativas y compromisos que aceleran la implementación de la restauración, como se revisará en este capítulo. Sin embargo, al menos en nuestro país, esta nueva ola de promoción de la restauración no ha venido necesariamente acompañada de la precisión conceptual que el derecho requiere, existiendo un espacio vacío o confuso entre el conocimiento científico y el tratamiento legal en torno a las actividades de recuperación de los ecosistemas que actualmente se ordenan y desarrollan. Esto produce imprecisiones que en la práctica pueden amenazar la salud de las personas y del medio ambiente, y que, contrario a lo que se busca, generan expectativas que no siempre es posible cumplir.

Al ser el primer capítulo del *Informe* en que se aborda de manera general el deber de restaurar, surge la necesidad de aclarar el concepto de restauración, revisando como conversan los estándares científico-técnicos con el lenguaje legal y de política pública; y observar la implementación y desafíos de la restauración en Chile desde la óptica del derecho humano a un ambiente sano. Para ello, en la elaboración de este capítulo se utilizó una metodología de investigación del tipo cualitativa, revisándose antecedentes técnicos, los principales instrumentos internacionales y regionales vinculados con medio ambiente, cambio climático y derechos humanos; así como la normativa, políticas y acciones de restauración nacionales. Además, se solicitaron once entrevistas con expertos nacionales y extranjeros: cuatro con profesionales del área científico-técnica, y cinco con profesionales de

¹¹ PNUMA, *Perspectivas del Medio Ambiente Mundial*, GEO-6, 2019, p. 32.

¹² George Gann y otros, “International principles and standards for the practice of ecological restoration”, *Restoration Ecology*, V. 27, 2019. (Edición en español).

¹³ La información vinculada a este Decenio puede encontrarse en webpage Decade on Restoration, ONU, Programa para el Medioambiente, Previene, detiene y revierte la pérdida de naturaleza. Ver en: <https://www.decadeonrestoration.org/es>.

las ciencias sociales especialistas en medio ambiente y en derechos humanos.¹⁴ Las dos entrevistas restantes no fueron concretadas, incluyendo una audiencia que se le solicitó a una jefatura del Ministerio del Medio Ambiente.¹⁵ Por último, se enviaron dos solicitudes de acceso a la información pública que fueron respondidas por el Ministerio del Medio Ambiente y por CONAF, y se utilizaron plataformas gubernamentales para la revisión de listados y catastros de proyectos de restauración.

El presente capítulo se ordenará como sigue: la sección 2 abordará la restauración como concepto científico-técnico, exponiendo la gradiente de actividades recuperativas que culminan en la restauración ecológica (2.1.) y estableciendo dónde se fijaría el mínimo para lograr que un ecosistema degradado pueda entenderse como sano (2.2.). La sección 3 tratará las fuentes internacionales y regionales del deber de restaurar los ecosistemas, partiendo por el derecho ambiental internacional (3.1.), siguiendo con el derecho humano a un ambiente sano en relación con el deber de restaurar (3.2.) y culminando con la fijación del estándar de restauración a la luz del derecho internacional de los derechos humanos. La sección 4 expondrá sobre el tratamiento e implementación de la restauración a nivel nacional, abordando su regulación (4.1.) y la caracterización de los proyectos principalmente informados por el Ministerio del Medio Ambiente y CONAF (4.2.), para terminar dejando en evidencia la falta de implementación de procesos recuperativos en zonas altamente contaminadas, ubicadas principalmente en el norte de Chile (4.3.). En la sección 5 se presentan las conclusiones del capítulo. Las recomendaciones del Centro de Derechos Humanos se agregan en la parte final.

1. LA RESTAURACIÓN DESDE LAS CIENCIAS

Al hablar de restauración uno de los principales obstáculos que debe sortear el lector no especializado, dice relación con el concepto mismo, ya que

¹⁴ En lo sucesivo, se identificará a los entrevistados con números del 1 al 9. *Entrevistado 1*: profesional de las ciencias sociales con puesto de jefatura en el INDH; *Entrevistado 2*: doctor en suelos y biogeoquímica, especialista en procesos recuperativos de ecosistemas dañados; *Entrevistado 3*: bióloga y doctora en ciencias, especialista en restauración socioecológica; *Entrevistado 4*: profesional economista, encargado de una iniciativa global de restauración; *Entrevistado 5*: profesional de la ingeniería, con postgrado en gestión ambiental y experiencia en formulación de políticas públicas; *Entrevistado 6*: abogado latinoamericano, doctor especialista en derechos humanos ambientales; *Entrevistado 7*: abogada de una ONG ambiental chilena; *Entrevistado 8*: abogado latinoamericano, especialista en derecho ambiental y derecho internacional de los derechos humanos; *Entrevistado 9*: profesional de las ciencias sociales, con postgrado en medio ambiente, que desempeñó cargos de representación en el norte de Chile.

¹⁵ Hubo diversos intentos de concretar la entrevista solicitada, sin embargo, por dificultades de agenda de la autoridad, no llegó a concretarse.

ni la regulación nacional ni la internacional revisada entregan una definición clara al respecto. En el campo de las ciencias se observa cierto consenso: la restauración forma parte de un proceso recuperativo donde el ideal es la restauración ecológica,¹⁶ existiendo otras etapas o niveles con “menores” grados de recuperación de los ecosistemas, como la remediación, el saneamiento o la rehabilitación de los ecosistemas dañados. Todos estos conceptos, a pesar de que muchas veces se utilizan de manera indistinta, no son sinónimos y persiguen objetivos diferentes. Así, antes de referirnos a un estándar en términos de derechos humanos en materia de restauración, es necesario hacer conversar la técnica y la ciencia con el lenguaje jurídico.¹⁷

En esta sección, se presentará una breve revisión del concepto de restauración y su relación con otras actividades dentro del proceso recuperativo de ecosistemas dañados, de acuerdo con los estándares científicos asentados. En base a ello, se buscará determinar en qué momento o “nivel” de este proceso, se logra la salud de los ecosistemas, lo que a su vez permitirá determinar cuál es el estándar del deber de restaurar, vinculado con el derecho humano a un ambiente sano, y observar su implementación en Chile.

1.1. Gradiente de actividades para recuperar ecosistemas dañados

De las diversas entrevistas sostenidas¹⁸ así como de la literatura revisada, se puede concluir que actualmente la “restauración” se asocia directamente con el concepto de “restauración ecológica”, aunque se reconoce que existen variantes como la restauración socioecológica,¹⁹ y otras actividades que pueden desarrollarse dependiendo del tipo y nivel de degradación²⁰ –como la reconstrucción o *reclamation*–; o de su escala –como la restauración a escala de paisajes–.²¹

En Chile, el Ministerio de Medio Ambiente y el Comité Nacional de Restauración Ecológica han impulsado definiciones marco para la restauración, declarando que esta se sustenta en los conceptos y principios propuestos por la Sociedad Internacional para la Restauración Ecológica (SER)

¹⁶ Entrevistado 2, entrevista realizada el 24 de mayo de 2023.

¹⁷ Entrevistada 3, entrevista realizada el 25 de mayo de 2023.

¹⁸ Entrevistados 2, 3, y 5, entrevista realizada el 8 de junio de 2023.

¹⁹ Entrevistado 3.

²⁰ Entrevistados 2, 5 y 4, entrevista realizada el 22 de mayo del 2023.

²¹ Entrevistado 5.

mencionada en la introducción.²² Por esta razón, para la elaboración de este capítulo se ha utilizado como base un documento de esa organización.²³

De acuerdo con el SER, la definición de restauración la encontramos en el concepto de restauración ecológica, el que a su vez es definido como:

el proceso de ayudar a **la recuperación de un ecosistema** que ha sido degradado, dañado o destruido. (El término restauración de ecosistemas a veces se usa indistintamente del término restauración ecológica, pero la restauración ecológica siempre aborda la conservación de la biodiversidad y la integridad ecológica, mientras que algunos enfoques para la restauración de ecosistemas pueden centrarse exclusivamente en la prestación de servicios ecosistémicos).²⁴ (el destacado es nuestro)

El SER también nos indica que existen diferentes acciones que buscan hacer frente a la degradación y destrucción de los ecosistemas. Algunas de ellas resultan más familiares que otras en la práctica nacional, como ocurre, por ejemplo, con la remediación en sectores vinculados a la minería o con la restauración de bosques en el sector forestal. Aun cuando estas actividades no apuntan al mismo objetivo final, la ciencia nos indica que forman parte de un mismo proceso denominado continuo recuperativo.

En este continuo recuperativo, podemos encontrar cuatro grandes actividades: la reducción de impactos, la remediación, la rehabilitación y la restauración ecológica. Las tres primeras se consideran como actividades aliadas de la restauración ecológica porque colaboran en disminuir las causas y efectos de la degradación de los ecosistemas, potencian su recuperación y el avance hacia la sostenibilidad.²⁵ Como se verá, lo que diferencia a la restauración ecológica de las demás actividades aliadas es la búsqueda de la recuperación de ecosistemas nativos.²⁶ Este objetivo se puede observar, por ejemplo, en el contexto del Decenio de las Naciones Unidas sobre la Restauración de los Ecosistemas, dónde el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) ha señalado que restaurar los ecosistemas significa “favorecer la recuperación de aquellos ecosistemas que hayan

²² Ministerio del Medio Ambiente, Definiciones Marco para la restauración ecológica. <https://restauracionecologica.mma.gob.cl/definiciones/>

²³ George Gann y otros, op. cit.

²⁴ *Ibíd.* p. 94.

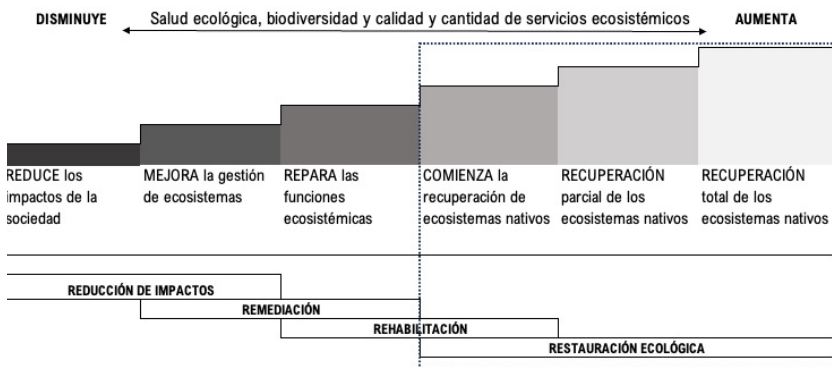
²⁵ *Ibíd.* p. 57.

²⁶ Entrevistado 2.

sido degradados o destruidos, así como conservar los que todavía siguen intactos”.²⁷

Las distintas actividades que participan del proceso recuperativo se observan a continuación:

Tabla 1: “Continuo recuperativo” o “Gradiente de recuperación”.



Fuente: Adaptación propia en base a SER, Estándares Internacionales de la Restauración (Ed. 2019), Figura 5, pág. 58.

Como lo muestra el cuadro anterior, el proceso comienza con un estándar bajo (o mínimo) y avanza hasta llegar al estándar más alto que se cumple cuando se restauran totalmente los ecosistemas nativos. Cobra especial importancia dentro del proceso la distinción entre *reparación* de las funciones ecosistémicas y la *recuperación* de ecosistemas naturales nativos o autóctonos, así como la referencia a que el continuo recuperativo se implementa a nivel de ecosistemas y no de componentes ambientales separados.

La restauración, si bien puede iniciarse con acciones aliadas, solo la encontraríamos en las tres últimas etapas en que se busca alcanzar la recuperación de ecosistemas nativos. Como se verá en las secciones siguientes, la normativa chilena no recoge apropiadamente estas distinciones y termina por desnaturalizar el proceso de restauración cuando no lo conceptualiza

²⁷ ONU, *Programa para el Medio Ambiente, Previene, detiene y revierte la pérdida de naturaleza*, “¿En qué consiste la restauración de los ecosistemas?”. <https://www.decadeonrestoration.org/es/en-que-consiste-la-restauracion-de-los-ecosistemas>

ni regula correctamente, o cuando fragmenta el ecosistema en *componentes*²⁸, entre otras falencias que fueron mencionadas por los entrevistados.

Implementar correctamente acciones de restauración es sumamente relevante. De acuerdo a sus principios y estándares internacionales, la restauración ecológica podría ser considerada la ideal y adecuada para alcanzar ecosistemas sanos y sostenibles, colaborando en la tarea de hacer frente a los desafíos más importantes que actualmente enfrenta la humanidad, ya que contribuye a proteger la biodiversidad, mejora la salud y el bienestar de las personas, aumenta la seguridad alimentaria e hídrica, proporciona bienes, servicios y prosperidad económica; y apoya la mitigación del cambio climático, la resiliencia y la adaptación. Combinadas con la conservación y el uso sostenible, la restauración ecológica permitiría pasar de un estado de degradación continua a uno de mejora positiva neta.²⁹

A mayor abundamiento, cabe mencionar que el SER establece 8 principios que fundamentan la restauración ecológica y que deben considerarse en una implementación adecuada: (1) involucramiento de las partes interesadas; (2) el uso de muchos tipos de conocimiento; (3) el sustento en la información de los ecosistemas de referencia nativos, al tiempo que considera el cambio ambiental; (4) apoyo a los procesos de recuperación de los ecosistemas; (5) evaluación en función de objetivos y metas claros, utilizando indicadores medibles; (6) búsqueda del nivel más alto de recuperación posible; (7) ganancia de valor acumulado cuando se aplica a grandes escalas; y (8) que la restauración ecológica es parte de un continuo de actividades recuperativas, como ya revisamos.³⁰ Puede observarse que los principios mencionados promueven la participación en la toma de decisiones ambientales y en su ejecución, destacándose por el SER que tanto las mujeres como los jóvenes, especialmente de comunidades desatendidas, pueden ser aliados importantes en el proceso. Asimismo, destaca la valoración del conocimiento local y tradicional, un factor relevante en Chile y la región latinoamericana.

Algunas de las principales dificultades en la implementación de la restauración ecológica radican en que para lograr la recuperación sustancial de los ecosistemas autóctonos, así como su integridad, estos proyectos requieren tener un modelo de referencia apropiado (ecosistemas nativos)

²⁸ Ley 19.300, Art. 2 letra s).

²⁹ George Gann y otros, op. cit., p. 12.

³⁰ *Ibíd.* p. 58.

y dependiendo del nivel de degradación, lograr la recuperación esperada puede tomar tiempos, recursos y conocimientos muy altos.³¹

1.2. La recuperación mínima necesaria para lograr un ambiente sano

Si bien la acción de recuperación ideal que permita asegurar la salud del ambiente o ecosistema, es la implementación de proyectos de restauración ecológica, esto no siempre es posible.³² Existen ecosistemas que pueden estar demasiado alterados –por ejemplo, por haberse cambiado la geomorfología del lugar–, en los que no sería posible implementar una restauración ecológica propiamente tal. Así, el punto inicial de cualquier proyecto o exigencia normativa será reconocer si es factible o no restaurar a su estado original un determinado ecosistema, y en los casos en que no lo sea, determinar cuál será el nivel más alto de recuperación al que se puede llegar, de acuerdo a la escala entregada³³ y otras alternativas también mencionadas por el SER, como ocurre con la denominada “reclamación” previamente citada.

La práctica de la restauración reconoce estos impedimentos. Uno de los consultores entrevistados y encargado de una iniciativa global de restauración, comenta que, si bien “*restoration*” se traduce aquí como “restauración”, el objetivo práctico que se busca alcanzar es la rehabilitación,³⁴ ya sea porque en ciertos casos no se puede restaurar un ecosistema destruido o porque se deben compatibilizar factores económicos, sociales y ambientales, haciendo muy difícil o imposible alcanzar una restauración ecológica. Otro de los consultores entrevistados concuerda en que existen casos en los cuales no será posible restaurar, pero difiere levemente al señalar que la excusa no puede estar fijada por factores económicos, debiendo el Estado proveer información y reglas claras desde el inicio de la actividad que podría ocasionar el daño, a fin de que la restauración se pueda integrar en la evaluación financiera respectiva.³⁵

El punto de coincidencia entre ambos entrevistados y que encuentra sustento también en los demás testimonios, es que existen una serie de acciones que permiten recuperar ecosistemas degradados, pero que más allá de las dificultades en su implementación se debe establecer un mínimo: la recuperación de funciones ecosistémicas, necesarias para producir servicios ecosistémicos como agua limpia, formación de suelo, regulación del clima y calidad del aire, entre muchos otros. En la gradiente de recuperación, este

³¹ *Ibíd.* p. 16.

³² Entrevistados 2, 3, 4 y 5.

³³ Entrevistado 2.

³⁴ Entrevistado 4.

³⁵ Entrevistado 2.

mínimo se fijaría en la rehabilitación,³⁶ la que si bien “no considera necesaria la recuperación de la estructura, composición y diversidad del ecosistema histórico”,³⁷ al recobrar las funciones del ecosistema, “incrementa su capacidad de proveer bienes y servicios ecosistémicos”,³⁸ cuestión de gran relevancia para los seres humanos que dependemos de ellos.

Uno de los entrevistados hace una analogía con el cuerpo humano para ejemplificar el nivel de expectativas en que se mueve la rehabilitación: una persona podría estar sufriendo de alguna patología, no estar completamente sana, pero sin embargo, debidamente tratada, podría seguir siendo funcional y vivir una vida normal.³⁹ En este sentido, si bien el objetivo buscado por la rehabilitación no es el ideal, si permite la existencia de un ecosistema que puede ser considerado sano, relegando bajo el nivel mínimo a las acciones de reducción de impactos y de remediación, pues no logran la recuperación de funciones.

A nivel legal, el desafío es recoger este consenso y estándar mencionados, que permitan la implementación de procesos recuperativos basados en el conocimiento que la ciencia proporciona con el objetivo de mantener ecosistemas funcionales y ojalá totalmente sanos. Sin embargo, como se verá, la regulación no hace eco de este conocimiento y deja demasiado espacio a decisiones basadas prioritariamente en consideraciones económicas.

2. FUENTES INTERNACIONALES Y REGIONALES

La restauración comenzó a desarrollarse a nivel del derecho internacional a partir de los compromisos vinculados con el ambiente y el cambio climático. Sin embargo, también ha sido acogida a propósito de la protección y promoción de los derechos humanos, contando con antecedentes de larga data. A continuación, se revisará brevemente cuáles son las principales fuentes internacionales de la restauración de ecosistemas degradados, para luego analizar algunos de los instrumentos y pronunciamientos interamericanos vinculados a la protección de los derechos humanos ambientales que la tratan. Finalmente, se determinará el estándar del deber de restaurar en relación con el derecho humano a un ambiente sano.

³⁶ Concuerdan en este punto los entrevistados 2 y 4.

³⁷ Ministerio del Medio Ambiente, *Definiciones Marco para la Restauración Ecológica*. <https://restauracionecologica.mma.gob.cl/definiciones/>

³⁸ *Ibíd.*

³⁹ Entrevistado 2.

2.1. El deber de restaurar en el derecho ambiental internacional

A nivel de derecho internacional ambiental y de cambio climático, el deber de restaurar se construye de manera flexible, fundado en referencias que se encuentran presentes en diversos cuerpos normativos, pronunciamientos, iniciativas y compromisos, que se han ido desarrollando e integrando durante las últimas décadas y acentuado durante los últimos 10 años. Así, podemos encontrar referencias directas e indirectas en la Convención de Río, en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, en el Convenio sobre la Diversidad Biológica, en la Convención Ramsar, en la Convención de Lucha contra la Desertificación, en el Desafío de Bonn o en la Iniciativa 20x20, por ejemplo. Ello es concordante con la relevancia de la restauración ante los diversos desafíos vinculados al ambiente y cambio climático.

A continuación, se comentarán algunos de los instrumentos e iniciativas que ejemplifican las fuentes, el tratamiento y estándar de la restauración a nivel internacional. Los compromisos que se han asumido claramente a nivel nacional, a propósito de mandatos internacionales, son tratados en la sección 4.

La Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo⁴⁰ (1992) ha jugado un rol importante informando las regulaciones internacionales y nacionales posteriores, mediante la sistematización de una serie de principios del derecho internacional ambiental, tales como el principio preventivo, precautorio, contaminador-pagador, de corrección en la fuente y desarrollo sostenible, relevantes en materia de daño ambiental y responsabilidad.⁴¹ Dentro de los principios listados en la Declaración, cobra especial importancia el Principio 7, donde se indica que “Los Estados deberán cooperar con espíritu de solidaridad mundial para conservar, proteger y restablecer la salud y la integridad del ecosistema de la Tierra.”⁴² proporcionando dos conceptos claves que nos permiten vincularlo con la restauración: el restablecimiento de la salud y de la integridad del ecosistema. El mencionado Principio también se refiere a la responsabilidad que cabe a los Estados (comunes pero diferenciadas) y al desarrollo sostenible. Esta última noción que atraviesa toda la Declaración, y aunque no lo dice expresamente, también hace necesaria la implementación de actividades recuperativas

⁴⁰ Naciones Unidas, *Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*, Río de Janeiro, 14 de junio de 1992.

⁴¹ También mencionado en entrevista con Erick Pajares, 4 de julio de 2023.

⁴² Declaración de Río, op. cit., principio 7.

de ecosistemas cuyo estado de degradación pone en peligro la capacidad de las generaciones futuras de satisfacer sus propias necesidades.⁴³

El Convenio sobre Diversidad Biológica, ratificado por Chile en 1994,⁴⁴ establece en su artículo 8 que “Cada Parte Contratante, en la medida de lo posible y según proceda [...] Rehabilitará y restaurará ecosistemas degradados y promoverá la recuperación de especies amenazadas, entre otras cosas mediante la elaboración y la aplicación de planes u otras estrategias de ordenación”. Este compromiso tuvo su aterrizaje en la meta Aichi⁴⁵ número 15, que buscaba para el año 2020, incrementar la resiliencia de los ecosistemas y la contribución de la biodiversidad a las reservas de carbono, mediante las acciones de conservación y restauración. Sin embargo, esta meta no se logró dentro del plazo establecido.⁴⁶ En Chile, en 2003 se dictó la primera Estrategia Nacional de Biodiversidad, y actualmente está vigente la que corresponde al periodo 2017-2030,⁴⁷ en la que se declara, como uno de los objetivos estratégicos, proteger y restaurar la biodiversidad y sus servicios ecosistémicos. En dicho instrumento se reconoció la existencia de esfuerzos puntuales de restauración, pero se determinó que, a escala de ecosistemas, no se han creado estrategias y programas definidos sobre ella, que incluyan criterios y directrices orientados de forma explícita a lograr una restauración ecológica.⁴⁸ Como se verá en la siguiente sección, a la fecha, esta realidad ha ido cambiando positivamente.

Como una forma de operativizar el deber de restaurar, actualmente está en curso el mencionado Decenio de las Naciones Unidas para la Restauración de los Ecosistemas, declarado en 2019 por la Asamblea General de las Naciones Unidas para el lapso entre 2021 y 2030.⁴⁹ Este Decenio tiene por objeto prevenir, detener y revertir la degradación de los ecosistemas a nivel global, en todos los continentes y también en los océanos, entendiendo que de ello depende la vida de las personas y de la naturaleza. A lo que apuesta este Decenio y otras propuestas en el ámbito regional –como la

⁴³ También mencionado en entrevista con Erick Pajares.

⁴⁴ BCN, Decreto 1963, MINREL, Promulga el Convenio sobre la Diversidad Biológica, 06 de mayo de 1995.

⁴⁵ Las Metas Aichi forman parte del Plan Estratégico para la Diversidad Biológica 2011-2020, adoptado el año 2010 por las Partes del Convenio sobre la Diversidad Biológica. El Plan adoptó 20 metas –conocidas como las Metas Aichi– para la Diversidad Biológica.

⁴⁶ Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica, *Perspectiva Mundial sobre la diversidad Biológica 5*, 2020, p. 16.

⁴⁷ Ministerio de Medio Ambiente, *Estrategia Nacional de Biodiversidad 2017-2030*, p. 59.

⁴⁸ Ministerio de Medio ambiente, op. cit., p. 37.

⁴⁹ Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 73/284, 1 de marzo de 2019. Esta Resolución hace presente un conjunto de resoluciones anteriores sobre el medio ambiente en que se pide la conservación y restauración de los ecosistemas.

Iniciativa 20x20⁵⁰ en América Latina y el Caribe y de la que Chile es parte-, es rehabilitar ecosistemas degradados, a nivel de paisajes, con lo que se busca devolverles su productividad económica y ambiental, logrando un balance entre los diferentes usos y actores.⁵¹ Lo anterior debe, además, ser entendido en el contexto de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (en adelante, ODS), toda vez que la restauración es una acción fundamental para alcanzar metas como la protección de los suelos y del agua, o la conservación de la biodiversidad biológica y de los bosques, tal y como lo reconoce el Plan Nacional de Restauración de Paisajes 2021-2030 de Chile (en adelante, PNRP).⁵²

En términos de compromisos internacionales, uno de los más relevantes se estableció en el contexto del Desafío de Bonn⁵³ (impulsado en la COP21). Este compromiso busca lograr la restauración de 1 millón de hectáreas a escala de paisajes al año 2030, la que constituye una meta del PNRP y además de las Contribuciones Nacionales Determinadas⁵⁴ (NDC, por su sigla en inglés) de Chile, compromisos que son vinculantes en el plano internacional y tornan relevante el nivel, escala o concepto de restauración que se utilizará para implementar el acuerdo y medir su cumplimiento.

2.2. El derecho humano a un ambiente sano en relación con el deber de restaurar

La *Declaración de Estocolmo* de 1977 fue pionera en establecer una vinculación clara entre el medio ambiente y los derechos humanos. Proclamó que tanto los aspectos naturales como artificiales (aspectos del medio humano) son esenciales para el bienestar de las personas, así como para el goce de los derechos humanos fundamentales, tal y como ocurre con el derecho a la vida. El Principio 1 estableció que el *hombre* tiene el derecho fundamental al disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, teniendo el Estado la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras. Destacan en este Principio, el verbo “mejorar” y como este se constituye en una obligación vinculada a la noción de sostenibilidad

⁵⁰ La información vinculada a esta Iniciativa puede encontrarse en Webpage Initiative 20x20: <https://initiative20x20.org/es>.

⁵¹ Entrevistado 4.

⁵² MINAGRI, MMA, CONAF, *Plan Nacional de Restauración de Paisajes 2021-2030*, 2021, p. 16.

⁵³ Congreso Mundial de la Naturaleza, UICN, El Desafío de Bonn: restaurar bosques hectárea por hectárea, marzo de 2016. <https://2016congress.iucn.org/es/news/20160317/el-desafio-de-bonn-restaurar-bosques-hectarea-por-hectarea.html>.

⁵⁴ NDC, Chile 2015 y actualización 2020. <https://cambioclimatico.mma.gob.cl/contribucion-determinada-ndc/>.

más tarde desarrollada. Por otro lado, el Principio 3 expresamente menciona el deber de restaurar o mejorar la capacidad de la Tierra para producir recursos vitales renovables, vinculando la acción de restaurar con lo que conocemos como prestación de servicios ecosistémicos.

Sin entrar en más detalles, es importante mencionar que este impulso global de la Declaración de Estocolmo tuvo eco, con mayor o menor grado de similitud, en regulaciones internacionales posteriores, así como nacionales del orden constitucional, y también en la forma de leyes generales del ambiente,⁵⁵ como ha sucedido en el caso de Chile.

Uno de los instrumentos más importantes sobre el derecho humano a un ambiente sano, es El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), adoptado en 1988 pero que recién fue suscrito por Chile en 2001 y cuyo decreto fue publicado en el Diario Oficial en octubre de 2022.⁵⁶ El Protocolo de San Salvador reconoce para todas las personas en su artículo 11 el derecho a un medio ambiente sano, estableciendo que los Estados promoverán el mejoramiento del medio ambiente, además de su protección y preservación.⁵⁷ Este instrumento hace explícita la necesidad de progresar en la salud del medio ambiente a fin de asegurar el ejercicio del derecho humano reconocido, mejoramiento que solo puede entenderse como recuperación de ecosistemas degradados a fin de lograr el aseguramiento del derecho a un medio ambiente sano.

La dificultad del artículo 11 radicaría en que carece de disposiciones que permitan ejecutar el derecho a un medio ambiente sano de forma directa para ser tutelado ante la CIDH y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH).⁵⁸ Sin embargo, vale recordar que esta limitación se refiere únicamente a la posibilidad de perseguir la responsabilidad internacional del Estado y que, a nivel interno, la obligación forma parte del derecho chileno mientras el Protocolo esté vigente. Por otro lado,

⁵⁵ Destacado en ONU, Informe A/HRC/43/53, *Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible*, 2019; también en Jaume Vernet y Jordi Jaria, “El derecho a un medio ambiente sano: Su reconocimiento en el constitucionalismo comparado y en el derecho internacional”, UNED. *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2007; y mencionado por entrevistado 8, Erick Pajares, en entrevista realizada el 4 de julio de 2023.

⁵⁶ Decreto 244 MINREL, promulga el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”, 25 de octubre de 2022.

⁵⁷ *Ibíd.*, art. 11.

⁵⁸ Valerio de Oliveira Mazzuoli y Gustavo de Faria Moreira Teixeira, “La Protección jurídica del medio ambiente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista Internacional de Derechos Humanos*, N°5, 2015; también mencionado por el entrevistado 6 en entrevista realizada el 30 de junio de 2023.

también se debe considerar el denominado “reverdecimiento” del derecho internacional de los derechos humanos, el que ha permeado la práctica de la CIDH y la Corte IDH, permitiendo la tutela de derechos humanos ambientales de forma directa y por la vía de la interconexión con disposiciones de la Convención Americana.⁵⁹ A mayor abundamiento, cabe destacar que la Corte IDH ha reconocido de forma expresa que la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH) incluye también la protección del medio ambiente sano. Esta postura, no exenta de críticas, la sostuvo la Corte en la sentencia del *caso Lhaka Honhat contra Argentina*⁶⁰ al argumentar que dicho derecho se encuentra incluido dentro de los derechos económicos, sociales y culturales tutelados por el artículo 26 de la CADH, con lo que resultaría exigible a todos los estados de la OEA.⁶¹

Por otro lado, el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y El Caribe (Acuerdo de Escazú),⁶² ya vigente en Chile, establece en el artículo 4 que “Cada parte garantizará el derecho de toda persona a vivir en un medio ambiente sano” y agrega como garantía del derecho de acceso a la justicia en asuntos ambientales, el deber de contar con mecanismos de reparación, entre los que se incluyen la restitución al estado previo al daño, la restauración y las garantías de no repetición, entre otros.⁶³ Este instrumento si bien menciona la restauración de manera expresa, como forma de reparación, no la define ni ahonda en contenido. Sin embargo, una interpretación armónica con otro pronunciamiento de la CIDH –la resolución 3/2021 que se abordará más adelante–, nos permite profundizar en su alcance.

Para ello, debemos primero remontarnos al año 2017, cuando la Corte IDH emitió la Opinión Consultiva 23 sobre Medio Ambiente y Derechos Humanos haciendo uso de sus facultades que le habilitan para interpretar la CADH y otros tratados interamericanos, pronunciamiento que para

⁵⁹ Excede el alcance de este capítulo la profundización sobre el rol que ha tenido la jurisprudencia europea e interamericana en el reverdecimiento del derecho internacional de los derechos humanos, así como su teorización. Una aproximación al respecto puede encontrarse en Valerio de Oliveira Mazzuoli y Gustavo de Faria Moreira Teixeira, op. cit.

⁶⁰ Corte IDH, *Caso comunidades indígenas miembros de la asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) contra Argentina*, 6 de febrero de 2020.

⁶¹ Juan Faundez y otros, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Hermenéutica del derecho al medio ambiente sano, a la identidad cultural y a la consulta, a luz de la sentencia Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina”, *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v.10, n. 2, 2020, pp. 651 y 653.

⁶² Decreto 209 MINREL, Promulga el Acuerdo Regional sobre el acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia en asuntos ambientales en América Latina y el Caribe, 25 de octubre de 2022.

⁶³ *Ibíd.* art. 8, 3 letra g).

algunos tendría el carácter de vinculante y al igual que otras opiniones consultivas, formaría parte de los instrumentos a considerar para el control de convencionalidad del derecho interno. Esta postura sobre el carácter que tienen las opiniones consultivas no es pacífica,⁶⁴ pero su consideración resulta relevante para el objeto de este capítulo.

En la Opinión Consultiva 23, la Corte IDH apuntó a las obligaciones sustantivas y de procedimiento, y fue clara en señalar que:

el derecho al medio ambiente sano como derecho autónomo, a diferencia de otros derechos, protege los componentes del medio ambiente, tales como bosques, ríos, mares y otros, como intereses jurídicos en sí mismos, aún en ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas individuales. Se trata de proteger la naturaleza y el medio ambiente no solamente por su conexidad con una utilidad para el ser humano o por los efectos que su degradación podría causar en otros derechos de las personas, como la salud, la vida o la integridad personal, sino por su importancia para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta, también merecedores de protección en sí mismos.⁶⁵

Se observa que en la Opinión Consultiva se determinan tres dimensiones del derecho: (i) una individual, al establecerse que todas las personas tenemos derecho a un ambiente sano; (ii) otra colectiva, en la que encontramos una perspectiva generacional e intergeneracional; y (iii) una no humana o de la naturaleza y sus componentes, perspectiva que es muy propia de la región latinoamericana y no exenta de conflicto.⁶⁶ Estas dimensiones permiten vincular el contenido del derecho a un ambiente sano con el deber de restaurar.⁶⁷

⁶⁴ Ver, por ejemplo, Eduardo Vio Grossi, “La naturaleza no vinculante de las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista Jurídica Digital*, 2018, pp. 200-214.

⁶⁵ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-23/17, Medio Ambiente y Derechos Humanos, 15 de noviembre de 2017, párr. 62.

⁶⁶ Mencionado por Entrevistado 6. Al respecto, se pueden observar algunas posturas en: <https://derecho.uchile.cl/centro-de-derecho-ambiental/columnas-de-opinion/cdaenlosmedios-derechos-de-la-naturaleza-en-la-nueva-constitucion>

⁶⁷ Una nueva Opinión Consultiva ha sido solicitada a la Corte IDH por Chile y Colombia, en enero del año 2023, justificada en la necesidad de aclarar el alcance de las obligaciones del Estado, tanto en su dimensión individual y colectiva, para responder a la emergencia climática, declarando que las consecuencias de la emergencia climática ponen de manifiesto la necesidad de dar una respuesta urgente y basándose en los principios de equidad, justicia, cooperación y sostenibilidad, con enfoque de derechos humanos.

Ahora bien, la Resolución 3/2021 denominada “Emergencia Climática. Alcances y obligaciones interamericanas de derechos humanos”⁶⁸ de la CIDH –que además tuvo presente la Opinión Consultiva 23–, nos entrega algunas herramientas para nutrir de mayor contenido el deber de restaurar. La CIDH sostuvo –en un lenguaje muy similar al del Acuerdo de Escazú– que en casos de violaciones a los derechos humanos vinculadas a daños ambientales, los Estados están obligados a reparar a las víctimas, incluyendo con ello “la restauración del ambiente como mecanismo de restitución integral y garantía de no repetición”.⁶⁹ Aunque las resoluciones de la CIDH no son *vinculantes*, sí tienen influencia y efectos indirectos, especialmente cuando existen otros instrumentos vinculantes que le respaldan. Sobre el entendimiento de la restauración como garantía de no repetición se volverá en la sección 3.3., al referirnos al estándar del deber de restaurar en sintonía con el derecho humano a un ambiente sano.

A nivel global, cabe mencionar algunos pronunciamientos y resoluciones de Naciones Unidas, que siguen una línea similar a lo que se ha venido avanzando en el contexto interamericano. En el Informe A/HRC/43/53 sobre Derecho a un medio ambiente saludable de la Asamblea General de las Naciones Unidas,⁷⁰ se describen las buenas prácticas de los Estados en el reconocimiento del derecho a vivir en un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, expresado en leyes, políticas, jurisprudencia y otras, que contribuyen a disminuir los efectos adversos sobre el ambiente, mejorar su calidad y hacer efectivos los derechos humanos. El informe es relevante al señalar elementos sustantivos y de procedimiento del derecho mencionado. Entre los primeros señala (i) aire puro; (ii) clima sin riesgos; (iii) alimentos sanos y producidos de manera sostenible; (iv) acceso al agua y saneamiento adecuado; (v) elementos no tóxicos en los que vivir, trabajar y jugar; y (vi) ecosistemas y biodiversidad saludables. Entre los de procedimiento, detalla la participación pública en la adopción de decisiones y el acceso a la información y a la justicia. En el informe se mencionan iniciativas vinculadas con la restauración⁷¹ y se sostiene que “La rehabilitación

⁶⁸ CIDH, REDESCA, *Emergencia climática, alcance y obligaciones interamericanas de derechos humanos*, Resolución 3/2021, 31 de diciembre de 2021, párr. 8.

⁶⁹ *Ibíd.*, párr. 14.

⁷⁰ Asamblea General de Naciones Unidas, *Derecho a un medio ambiente saludable*, A/HRC/43/53, 30 de diciembre de 2019.

⁷¹ *Ibíd.*, párrs. 77, 95 y 112.

de zonas contaminadas es también una actividad importante para asegurar un medio ambiente no tóxico.”⁷²

Finalmente, se debe mencionar que el 26 de julio de 2022 mediante la Resolución 76/300, la Asamblea General de Naciones Unidas reconoció que el acceso a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible es un derecho humano. Aunque esta declaración no es vinculante para los Estados, constituye una directriz que refuerza el desarrollo normativo regional y nacional, ya que la gran mayoría de los Estados parte reconoce –de una u otra forma– este derecho.⁷³

2.3. Estándar del deber de restaurar en relación con el derecho humano a un ambiente sano

Considerando los pronunciamientos de diversos órganos internacionales ya comentados, así como los antecedentes que nos entrega la ciencia sobre el proceso recuperativo de ecosistemas dañados, se puede avanzar en un estándar coherente con las exigencias y recomendaciones proporcionadas por el derecho internacional ambiental y por el derecho internacional de los derechos humanos, en especial, considerando el reconocimiento del derecho humano al medio ambiente sano.

En este sentido, cobra vital importancia la Resolución 3/2021 de la CIDH ya comentada, en la que se configura a la restauración como mecanismo de restitución integral y, especialmente, como garantía de no repetición, definiendo esta última como “la garantía que se le debe prestar a las víctimas y a la sociedad de que el crimen que se perpetró no volverá a ocurrir en el futuro.”⁷⁴ En el contexto de vulneraciones al derecho humano al medio ambiente sano, entender la restauración como garantía de no repetición colabora sustantivamente en la definición de su estándar: en la práctica, solo serían suficientes aquellas acciones recuperativas que devuelvan la funcionalidad a los ecosistemas, pero que además aseguren que este seguirá así en el tiempo. Nuevamente esta noción nos devuelve al concepto de sostenibilidad y a la necesidad de conciliar las necesidades económicas, sociales y ambientales para el desarrollo.

Aunque el enfoque derivado de la garantía de no repetición se refiere en particular a los denominados derechos humanos procesales⁷⁵ (los que han tenido mayor desarrollo en relación con la obligación de reparar), la

⁷² *Ibíd.*, párr. 101.

⁷³ Previamente, el Consejo de Derechos Humanos ya había emitido su resolución 48/13, del 8 de octubre de 2021, que apuntaba en el mismo sentido y que viene a ser acogida a nivel de Asamblea General con el reconocimiento mencionado.

⁷⁴ Disponible en <https://www.corteidh.or.cr/sitios/tesauro/index.htm>

⁷⁵ Mencionado también por entrevistado 8, Erick Pajares G. y entrevistado 6.

restauración de los ecosistemas también debería leerse a nivel de derechos humanos sustantivos.⁷⁶ Al respecto, es relevante considerar nuevamente el Informe A/HRC/43/53 de Naciones Unidas, que destaca medidas de restauración como parte del derecho sustantivo a vivir en un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible. Esto incluye el derecho de no habitar en entornos tóxicos y disfrutar de una biodiversidad y ecosistemas sanos, garantías que deben asegurarse a toda escala y no solo a propósito de reparaciones frente a vulneraciones a los derechos humanos.

Podemos observar que el deber de restaurar es un requisito *sine qua non* para garantizar el pleno disfrute del derecho humano a un ambiente sano, integrando los conceptos de desarrollo sostenible y derechos de las generaciones futuras.⁷⁷ Ello sin olvidar los clásicos del derecho ambiental internacional, tales como el principio preventivo, contaminador-pagador y corrección en la fuente.⁷⁸

En la sección 2 de este capítulo, se sostuvo que al hablar de restauración nos debemos remitir al concepto de restauración ecológica, proceso que busca no solo reestablecer funciones, sino que alcanzar la recuperación total de los ecosistemas nativos. Uno de los entrevistados recuerda que dentro de los mecanismos de reparación, el ideal o deseable es la *restitutio in pristinum*,⁷⁹ entendida como la devolución del ecosistema a su *estado primario*,⁸⁰ visión más drástica que la desarrollada históricamente por la Corte IDH, que hacía exigible solo la reparación integral del daño causado.⁸¹ La *restitutio in pristinum* sería el vocablo más apropiado cuando hablamos de restauración ecológica, dado que “no solo abarca la restitución de las cosas a su estado anterior, sino que engloba la prevención de futuros daños, gracias a la adopción de medidas correctoras.”⁸² Sin embargo, como señaló uno de los entrevistados, alcanzar un medio ambiente totalmente sano define un estándar altísimo, casi imposible de conseguir en ciertos casos, porque se requiere contar con indicadores, ecosistemas de referencia

⁷⁶ También mencionado por entrevistado 8, Erick Pajares G.

⁷⁷ Mencionados en el artículo 1 del Acuerdo de Escazú, y en otros instrumentos anteriores, como en el Principio 3 de la Declaración de Río.

⁷⁸ Entrevistado 8, Erick Pajares G.

⁷⁹ *Ibíd.*

⁸⁰ Antonio Sánchez Sáez, “La ‘restitutio in pristinum’ como mecanismo deseable para la reparación de los daños causados al medio ambiente”, *Revista Electrónica de la Universidad de Sevilla*, 2002; y Mario Peña Chacón, “Reparación y valoración económica de los daños causados al medio ambiente”, *Revista Electrónica de la Universidad de Sevilla*.

⁸¹ Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras*, 29 de julio de 1988, párr. 26.

⁸² Mario Peña Chacón, *op. cit.*

y mantener todas las variables sanas.⁸³ Hay casos en los que el daño es tan severo que, simplemente, no será posible restaurar.

Ahora, una interpretación armónica entre las consideraciones jurídicas y las que provienen del campo de las ciencias, con un enfoque de derechos humanos, debiese apuntar a que en el ejercicio del deber de restaurar se debe intentar lograr el mayor nivel de recuperación posible. El ideal, por cierto, sería retornar el ecosistema a su estado primario, nativo, para lo que deberán implementarse acciones de restauración ecológica. Solo en los casos en que ello no es posible, y considerando que un ambiente sano debe ser a lo menos funcional,⁸⁴ podría optarse por soluciones distintas como la rehabilitación. Consecuencialmente, otro tipo de acciones del “continuo recuperativo” deben ser absolutamente excepcionales y con aplicación restrictiva, pues no aseguran ecosistemas sanos.

En suma, para el cumplimiento del deber de restaurar, con el fin de respetar y garantizar el derecho humano a un ambiente sano, los Estados deberían avanzar en determinar normativas internas que exijan acciones recuperativas que vayan desde la rehabilitación (como mínimo exigible) a la restauración ecológica del ecosistema dañado.

3. TRATAMIENTO E IMPLEMENTACIÓN DEL DEBER DE RESTAURAR EN CHILE

En Chile, la existencia del deber y responsabilidad de restaurar se extrae de distintas fuentes legales y de política pública, la mayoría correspondientes a nuevas regulaciones y compromisos. Una de las personas entrevistadas advierte que en este plano no hay un trabajo a nivel nacional de larga data, que la restauración ecológica no está muy desarrollada y que en las ciencias se pueden encontrar diferentes enfoques a partir de las visiones particulares de los investigadores que participan de las iniciativas.⁸⁵

En esta sección se expondrán los principales instrumentos normativos nacionales en que podemos encontrar referencias al deber de restaurar y que nos permiten relevar algunas de sus falencias. Asimismo, se caracterizarán las iniciativas de restauración en Chile, orientadas de manera prioritaria a restaurar en el contexto forestal y, en general, como medidas posteriores a los incendios de bosques. Finalmente, se abordarán las carencias y errores que se observan en la implementación de la restauración o de otros procesos de recuperación de ecosistemas dañados –principalmente a causa de la contaminación en el

⁸³ Entrevistado 2.

⁸⁴ Entrevistado 2.

⁸⁵ Entrevistada 3.

norte de Chile–, por tratarse de territorios en que se observa una situación generalizada de vulneración al derecho humano a un ambiente sano y al derecho constitucional a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

3.1. Referencias regulatorias a la restauración en Chile

La restauración ecológica no está definida en la ley ambiental. Existen conceptos similares, así como normas, políticas e iniciativas que se refieren a ella o a otras acciones del proceso restaurativo tratado en la sección 2. No queda claro si su uso, en los diferentes instrumentos legales y de política pública, es aleatorio o tenía por objeto fijar un estándar técnico. Esta ambigüedad semántica constituye una falencia de nuestra regulación.

El artículo 19 N° 8 de la Constitución Política de la República de Chile, en su inciso primero asegura a todas las personas “El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza.”⁸⁶ Sin ahondar mayormente en su contenido, este inciso establece dos cuestiones relevantes en relación con la restauración: (i) el derecho que tienen las personas a vivir en un ambiente libre de contaminación –entendiendo por esto último una forma de degradación de los ecosistemas– y (ii) el deber de tutelar la *preservación* de la naturaleza, el cual, como se verá, no incluiría el deber de restaurar.

En un principio, el concepto de preservación podría entenderse solo referido a proteger o resguardar de forma anticipada la ocurrencia de un daño. Sin embargo, el segundo cuerpo normativo interno relevante, la Ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, define “preservación de la naturaleza” indicando que es “el conjunto de políticas, planes, programas, normas y acciones, destinadas a asegurar la mantención de las condiciones que hacen posible la evolución y el desarrollo de las especies y de los ecosistemas del país”. Con ello se incorporaría una visión de futuro, pero solo respecto a condiciones de evolución y al desarrollo de un ecosistema, no a la mantención de sus funciones ni mucho menos a la restauración de aquellas en los casos en que se encuentra degradado, dañado o destruido. Distinta es la definición de conservación del patrimonio ambiental, que incluye el concepto de “reparación”, con el objeto de asegurar permanencia y capacidad de regeneración.⁸⁷ En este sentido, al menos a nivel constitucional, de acuerdo a la norma revisada, no estaría reconocido el deber del

⁸⁶ Constitución Política de la República de Chile, Inciso primero del artículo 19 N° 8.

⁸⁷ Ley 19.300, Artículo 2 letra b).

Estado de tutelar la restauración de la naturaleza, sino solo de su preservación.

A nivel de leyes generales, suele señalarse que la restauración estaría subsumida en el concepto de reparación de la Ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente.⁸⁸ Sin embargo, la reparación como concepto vinculado a la recuperación de ecosistemas dañados contiene errores técnicos o a lo menos imprecisiones, lo que torna difícil que al amparo de ese término se pueda asegurar la salud de un ecosistema dañado. La Ley en comento define reparación como “la acción de reponer el medio ambiente o uno o más de sus componentes a una calidad similar a la que tenían con anterioridad al daño causado o, en caso de no ser ello posible, restablecer sus propiedades básicas” (el destacado es nuestro). Este concepto ha tenido su desarrollo a través del ejercicio de la acción de reparación por daño ambiental, en la jurisprudencia y en la doctrina.⁸⁹

Uno de los consultores entrevistados para la elaboración de este capítulo comenta, en este sentido, que el concepto de reparación de la Ley 19.300 parece ser ajeno a la jerga medioambiental técnica y lo relaciona más con el concepto de compensación; y que el concepto comete un error al fraccionar el ambiente o el ecosistema en componentes para efectos de su reparación, al no ser posible la recuperación de un ecosistema si se lo fragmenta. Por último, según el consultor, se utilizan ciertas nociones de manera confusa, como plantear la reparación de “propiedades básicas”, un objetivo que podría ser incluso más difícil de lograr cuando el ecosistema dañado es irrecuperable, cuestión que ocurre, por ejemplo, con la extracción de suelo.⁹⁰ El concepto por tanto genera confusión, como lo resume el consultor:

Me preocupa la simpleza de no entender que los ecosistemas son complejos y que todos los componentes son importantes, entonces se debiese atender todos los componentes, quizás a diferentes niveles, pero no dejar componentes fuera.

⁸⁸ Lo confirma, por ejemplo, el Segundo Tribunal Ambiental en sentencia recaída en causa rol D-32-2016, de fecha 14 de mayo de 2019, al indicar en su considerando centésimo trigésimo séptimo que “la forma de reparación o restauración más eficaz y menos invasiva de la zona contaminada (...) es la fitorremediación o fito-restauración”.

⁸⁹ El desarrollo de la acción de reparación por daño ambiental excede el alcance de este capítulo, sin embargo, existe amplia doctrina y jurisprudencia desarrollada al respecto. Así, por ejemplo: causas D-14-2014, D-15-2015, D-32-2016, D-29-2017, D-40-2018 y D-49-2018, todas del 2º Tribunal Ambiental, y causa D-5-2019 del 1º Tribunal Ambiental.

⁹⁰ Entrevistado 2.

Otro de los consultores entrevistados sostuvo que una de las dificultades que enfrentan hoy las políticas públicas y la ley tiene que ver precisamente con la conceptualización, al darse cierta desconexión entre la fundamentación técnica y la argumentación política, discordancia muy arraigada en nuestro modelo productivo de desarrollo, pero que ha ido cambiando favorablemente durante los últimos años.⁹¹

En la revisión normativa vinculada al proceso de recuperación del ambiente, realizada para este capítulo, aparecen otras leyes que ya tienen más de 10 años. Entre ellas, encontramos la Ley 20.283 sobre Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal, vigente desde 2008, entre cuyos objetivos se encuentra la recuperación y el mejoramiento de los bosques nativos, con el fin de asegurar la sustentabilidad forestal y la política ambiental. Este instrumento ha sido criticado, entre otros motivos, por fomentar la producción maderera en bosques nativos, en desmedro de los ecosistemas.⁹²

Por otro lado, la Ley 20.551 que Regula el Cierre de Faenas e Instalaciones Mineras, publicada en 2011, menciona como parte del objetivo de los planes de cierre, mitigar los efectos derivados del desarrollo de la industria minera extractiva para asegurar la estabilidad *física y química* de los lugares en que se desarrolla dicha actividad, debiendo otorgarse el debido resguardo a la vida, salud, seguridad de las personas y medio ambiente.⁹³ Por su parte, garantizar en el tiempo el cumplimiento de estos objetivos está a cargo –solo a propósito del post cierre– del Fondo para la Gestión de Faenas Mineras Cerradas.⁹⁴ Esta normativa atendió a la necesidad de impedir la producción de más pasivos ambientales mineros, no obstante, se observa que sus objetivos y su conceptualización no coinciden con lo que se entendería por un proceso de recuperación de funciones de los ecosistemas. En consecuencia no cumpliría con la obligación de garantizar el derecho humano a un ambiente sano y el derecho constitucional a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

Como se verá más adelante, la actividad minera –e industrias relacionadas– tiene un rol relevante en la contaminación que sufre el norte de

⁹¹ Entrevistado 5.

⁹² Felipe Moreno del Valle, “Orientaciones y Contradicciones en la Ley de Bosque Nativo”, *Revista de Justicia Ambiental*, 2015; Brenda Román y otros, *Evaluación del Fondo de Incentivo Asociado a la Ley 20.283 sobre Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal*, Agrupación de Ingenieros Forestales por el Bosque Nativo, 2014; y Christian Paredes, *La Neutralización de la Ley de Bosque Nativo*, Ladera Sur, 2021. <https://laderasur.com/articulo/la-neutralizacion-de-la-ley-de-bosque-nativo/>

⁹³ Ley 20.551, artículo 2º.

⁹⁴ Ley 20.551, Artículo 3 letra o) y Artículo 55.

Chile, por lo que resulta imperioso avanzar en una regulación más clara y exigente en esta materia.

En cuanto a la regulación más reciente, la Ley 21.455 Marco de Cambio Climático (LMCC) publicada el 13 de junio de 2022, trae innovaciones y avances significativos en materia de restauración, vinculadas a la mitigación y adaptación al cambio climático. Al definir el concepto de soluciones basadas en la naturaleza, la LMCC menciona como una de las acciones necesarias la restauración de ecosistemas naturales o modificados.⁹⁵ Establece, asimismo, que los Planes Estratégicos de Recursos Hídricos en Cuencas, deberán considerar un plan para enfrentar “las necesidades presentes y futuras de recursos hídricos con preferencia en el consumo humano y la conservación y preservación de la naturaleza”, debiendo, además, evaluarse la “disponibilidad de implementar e innovar en nuevas fuentes para el aprovechamiento y la reutilización de aguas, con énfasis en soluciones basadas en la naturaleza, tales como la restauración o conservación de humedales, riberas, bosque nativo...”.⁹⁶ Además, ordena que los niveles de absorción y almacenamiento de GEI contenidos en la Estrategia Climática de Largo Plazo (ECLP), establezcan lineamientos sobre restauración ecológica.⁹⁷

La ECLP del año 2021 tuvo presente el texto del –aquel entonces– Anteproyecto de LMCC e integró diversas acciones de restauración y soluciones basadas en la naturaleza, declarando buscar el bienestar social y la protección, conservación y restauración de la biodiversidad.⁹⁸ Este es, sin duda, un avance significativo que exige una adecuación normativa referente a la restauración acorde con los estándares científicos. Así, por ejemplo, la Estrategia presenta la Meta 8.1. para el sector silvoagropecuario, consistente en contar con el Plan Nacional de Restauración a Escala de Paisajes; y la Meta 8.2., que fija el objetivo de forestar al 2030, 200 mil hectáreas, 70 mil de las cuales corresponderán a hectáreas con especies nativas.

Ello es concordante con otro instrumento vinculante para el Estado: la Contribución Determinada a Nivel Nacional (o NDC, por sus siglas en inglés). La NDC, actualizada en 2020 y presentada en el marco del Acuerdo de París,⁹⁹ comprometió que “al año 2021 se contará con Plan Nacional de Restauración a Escala de Paisajes, que considerará la incorporación, a procesos de restauración, de 1.000.000 hectáreas de paisajes al 2030,

⁹⁵ Ley Marco de Cambio Climático, Artículo 3 letra t).

⁹⁶ *Ibíd.*, Artículo 13 letra e).

⁹⁷ Ley Marco de Cambio Climático, Artículo 5 letra c).

⁹⁸ Estrategia Climática de Largo Plazo de Chile (ECLP), Gobierno de Chile, 2021, p. 37.

⁹⁹ Decreto 30, MINREL, publicado el 23 de mayo de 2017.

priorizando en aquellos con mayor vulnerabilidad social, económica y ambiental.”¹⁰⁰ Resulta relevante que la NDC revierta en parte el vacío normativo, al sostener que, para efectos del mencionado Plan, la *restauración del paisaje* debe entenderse como un “Proceso continuo de mejoramiento del bienestar humano y recuperación de la funcionalidad ecológica de paisajes de gran extensión y diversidad de usos, actores y ecosistemas, tanto terrestres como de aguas continentales y marino-costeros.”

En estos últimos instrumentos revisados, se aprecia un avance positivo y significativo en términos de adecuación con la ciencia, especialmente al reconocerse en la NDC a la restauración como un proceso vinculado al bienestar humano y a la recuperación de la funcionalidad ecológica. Sin embargo, en ellos aún se pueden detectar algunas debilidades. El Informe País de 2022 señaló que la “histórica sobreexplotación silvoagropecuaria ha derivado en que un 49,1% de la superficie del país se encuentre afectada por procesos de degradación de suelos”,¹⁰¹ lo que justificaría las metas propuestas para el sector. Sin embargo, el mismo informe plantea como un desafío el cambio de la NDC, pues fija en 70.000 el mínimo de hectáreas de especies nativas y permite que 100.000 de las 200.000 hectáreas comprometidas, se sometan a cosecha en sistema de rotaciones.¹⁰² Asimismo, en el plano conceptual, la definición de restauración del paisaje de la NDC destaca por ser más coherente con las acciones del proceso de recuperación de ecosistemas revisado en la sección 2, aun cuando seguiría siendo insuficiente en términos de restauración ecológica, por referirse únicamente a la recuperación de la funcionalidad.

Finalmente, cabe hacer presente que el 6 de septiembre de 2023 se publicó en el Diario Oficial la Ley 21.600 que Crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas (Ley 21.600 o Ley SBAP), la que trae cambios relevantes en esta materia, al declarar que la restauración será una de las herramientas para cumplir el objetivo de conservación de la diversidad biológica y la protección del patrimonio natural del país. La nueva normativa aporta relevantes conceptos a la temática como son área degradada, diversidad biológica, ecosistema,

¹⁰⁰ NDC 2020 Chile, Contribución I9), p. 60.

¹⁰¹ *Informe País, Estado del medio ambiente y del patrimonio natural*, Facultad de Gobierno U. de Chile, 2022, p. 22.

¹⁰² Informe País, op. cit., p. 24. En relación con el sector agropecuario, no se agrega dentro de la normativa la Ley 20.412 que estableció el Programa de Recuperación de Suelos Degradados (SIRSD-S), en atención a que los 12 años de duración se cumplieron en 2022. Actualmente se trabaja en su actualización.

especie nativa, plan de restauración ecológica, servicios ecosistémicos, uso sustentable, entre otros.¹⁰³

Como es sabido, la tramitación de esta Ley es de larga data y se estima que su futura implementación vendrá a completar el esquema de institucionalidad ambiental chileno de manera positiva. Lamentablemente, la Ley no define el concepto de restauración ni el de restauración ecológica. Con todo, se utiliza ese último concepto de forma expresa en su texto en dos oportunidades: (i) en la regulación de los planes establecidos en el artículo 33 y (ii) en las medidas de compensación del artículo 38, por ejemplo. Ante la ausencia de definición expresa, pero considerando el conocimiento científicamente afianzado, es posible sostener que la Ley 21.600 ha optado por el estándar y definición de la restauración ecológica que nos entrega la ciencia, postura que encuentra sustento en los principios de no regresión y de sustentabilidad definidos en la misma Ley, en armonía con los principios científicos y también de no regresión¹⁰⁴ de la LMCC, entre otros.

Otra aproximación al concepto de restauración en la Ley 21.600, se basa en considerar su artículo 3 número 24) que define como “Plan de restauración ecológica”, un plan de manejo destinado a “reponer o reparar un área degradada a una calidad similar a la que tenía con anterioridad a su pérdida, disminución o menoscabo.” El problema es que se mencionan los conceptos de “reponer o reparar”, no de restaurar, por lo tanto, podríamos terminar remitidos y restringidos, nuevamente, al concepto de reparación de la Ley 19.300, con las limitaciones que dicho término tiene y que fueron abordadas en la primera parte de esta sección.

En suma, si bien se observan avances normativos importantes en materia de restauración, sigue pendiente uno de los asuntos más importantes para su adecuada implementación, exigencia y control: su concepto. Posiblemente la implementación de la Ley 21.600, en armonía con otras normativas como las mencionadas en esta sección u otras no abordadas, irán haciendo cada vez más urgente conceptualizar la restauración a nivel de normativa general o, a lo menos, la modificación de conceptos que podrían poner en peligro los avances que a la fecha se han logrado, como es el de reparación.

¹⁰³ Ley 21.600, Artículo 3.

¹⁰⁴ Su texto es levemente distinto, ya que se refiere no solo a los niveles de protección alcanzados previamente, sino que también a los niveles de protección ambiental logrados o establecidos con anterioridad.

3.2. Contenido de los proyectos de restauración

Más allá del concepto de reparación de la Ley 19.300 y su vinculación práctica con la responsabilidad y acción por daño ambiental –sobre lo que se volverá más adelante en esta sección–, los distintos proyectos de restauración que han sido desarrollados en Chile, a diversa escala, han estado vinculados particularmente a la recuperación forestal y de bosque nativo, en especial, luego de la ocurrencia de incendios forestales.¹⁰⁵

Esta situación, por cierto, no es gratuita. Como muestra el Informe País 2022, entre 2001 y 2019 los bosques nativos que se han perdido alcanzan un total de 359.889 hectáreas entre las regiones de Coquimbo y Los Lagos, y se estima que en la región de Magallanes, para el periodo entre 2005 y 2019, se afectaron un total de 75.153 hectáreas. Los factores que más contribuyen a esta pérdida son la transformación a plantaciones forestales, la proliferación de matorrales y el cambio de suelo a uso agrícola.¹⁰⁶ Esta realidad es determinante para el cumplimiento –o no– de las metas mencionadas en el título 4.1.

En cuanto a los proyectos que podrían estar vinculados con la restauración o con alguna de las acciones del proceso recuperativo de ecosistemas, ya en 2010 se reportaba que la información sobre los casos o proyectos era escasa y que se trataba mayoritariamente de proyectos de capitales particulares.¹⁰⁷ Hoy el escenario es un poco distinto. Existen plataformas que permiten acceder a información relativamente sistematizada sobre proyectos de restauración, las que, sin embargo, no dan certezas de corresponder a un catastro completo.¹⁰⁸ Una de ellas pertenece al Sistema Nacional de Información y Monitoreo de la Biodiversidad (SIMBIO) y, otra, al Comité Nacional de Restauración Ecológica. A este última no ha sido posible acceder.¹⁰⁹

Dentro de las herramientas que entrega la página web del Comité Nacional de Restauración Ecológica, fue posible consultar la sección de “Indicadores” que, según informa la plataforma, son construidos en base a la información ingresada por los propios responsables de las iniciativas de restauración ecológica y acciones de recuperación. En dicha sección se informan 84 iniciativas que alcanzan una superficie total de 205.279 hectáreas,

¹⁰⁵ Ministerio del Medio Ambiente, *Restauración Ecológica: recuperemos nuestro patrimonio natural*. <https://restauracionecologica.mma.gob.cl/>

¹⁰⁶ Informe País, op. cit., pp. 21 y 22.

¹⁰⁷ Ignacio Fernández y otros, *Restauración ecológica para ecosistemas nativos afectados por incendios forestales*, Universidad Católica, 2010.

¹⁰⁸ El entrevistado 5 también acusa la existencia de un problema en relación con la generación y actualización de información.

¹⁰⁹ Se intentó acceder, en distintos días de los meses de junio y julio, a las plataformas “Geoportal” y al “Registro Nacional de Restauración Ecológica”, estando ambas inhabilitadas.

en su mayoría localizadas en la IX y VI regiones. La principal causa de degradación que se informa en estos proyectos es la de tala de madera (70% aproximadamente del territorio total en hectáreas, con 4 iniciativas), seguida por los incendios (26% aproximadamente del territorio total en hectáreas, con 35 iniciativas) y un conjunto de otras causas indeterminadas. En cuanto a su financiamiento, se informa que este sería mayoritariamente público, aun cuando aquellas vinculadas con la corta de madera tendrían un 100% de financiamiento privado, mientras que las relacionadas con incendios tendrían un mayoritario financiamiento público.¹¹⁰

El Ministerio de Medio Ambiente (MMA) fue consultado sobre un posible catastro de iniciativas, proyectos, planes y programas de restauración, públicos o privados en Chile. Desde esa entidad señalaron que esa información se desglosa entre las iniciativas de restauración ecológicas disponibles en la plataforma SIMBIO y los antecedentes que maneja la Corporación Nacional Forestal, organismo que tiene bajo su competencia la administración de la política forestal y fomento del desarrollo del sector.¹¹¹

En efecto, la plataforma SIMBIO cuenta con una sección específica de restauración ecológica, que contempla información de 95 proyectos en total, en su mayoría mandados y/o ejecutados por privados para la restauración de predios y ecosistemas terrestres degradados por incendios y plantaciones, entre ellos, predios sustituidos por empresas forestales. De la revisión general de los proyectos informados en la plataforma se observa que coinciden, en parte, con los listados en la plataforma del Comité Nacional de Restauración Ecológica. Los proyectos informados en SIMBIO son desarrollados, principalmente, a pequeñas escalas y no presentan información clara que permita saber si forman parte o no de las metas de restauración previamente comentadas. Al respecto, uno de los consultores entrevistados confirma que el acceso a la información es débil, que las tasas de restauración en Chile son muy bajas, y manifiesta su desconfianza en que las metas fijadas al 2030 se logren.¹¹²

En cuanto a CONAF,¹¹³ la entidad informó 73 proyectos ejecutados total o parcialmente por la Corporación, correspondientes a iniciativas de restauración hidrológica forestal, a nivel nacional, en un total de 366,677 hectáreas. Los proyectos se vinculan mayoritariamente a la recuperación de

¹¹⁰ En base a indicadores interactivos disponibles en la sección “Indicadores” de la página web del Registro Nacional de Restauración Ecológica: <https://restauracionecologica.mma.gob.cl/indicadores/>

¹¹¹ Carta DC N° 231831, Respuesta a Solicitud de Acceso a la Información Pública de la Ley 20.285, de fecha 16 de mayo de 2023.

¹¹² Entrevistado 5.

¹¹³ Carta Oficial N°248/2023, Respuesta a Solicitud de Acceso a la Información Pública, de fecha 28 de junio de 2023.

suelos degradados (24), afectados por incendios (11), para la protección y manejo de cuencas hidrográficas (9), para la estabilización y control de dunas costeras (7) y para el desarrollo forestal y agroforestal (6). Del total de iniciativas informadas por CONAF, hay dos programas relacionados con la recuperación de áreas degradadas por la actividad minera en la Región de O'Higgins, que datan de 1979 y de 1987, correspondientes a los proyectos de "Recuperación de suelo en alta montaña (Forestación, hidrosiembra y manejo de cuenca, bajo Convenio Conaf-Codelco El Teniente, Hacienda Laguna de Cauquenes)" y al "Programa de control de erosión de Mina de Cuarzo San Lorenzo, Microcuenca Quimávida".

De la información entregada por los organismos mencionados, así como aquella disponible en las plataformas citadas, no se observa que exista una clasificación de la recuperación del ecosistema implementada por cada uno de los proyectos, por lo que no se tiene certeza de que correspondan efectivamente a proyectos de restauración ecológica, o bien, a proyectos de rehabilitación, por ejemplo. Esto parece especialmente grave, considerando que las iniciativas listadas en el SIMBIO son informadas en una sección titulada "restauración ecológica". Tampoco es posible identificar proyectos vinculados con restauración de ecosistemas contaminados, aunque no se descarta que parte de los informados en el SIMBIO se refieran a proyectos con dicho fin. En suma, la revisión realizada en base a la información pública proporcionada, no permite caracterizar las iniciativas de recuperación en alguno de los niveles o etapas del "continuo recuperativo" mencionado en la sección 2. Por lo mismo, tampoco fue posible confirmar su adecuación con el estándar analizado en la sección 3, relativo al deber de restaurar, específicamente en relación con el derecho humano a un ambiente sano.

Ahora bien, llama la atención que el MMA, al ser consultado por proyectos o iniciativas vinculadas con la restauración ambiental, no incluya aquellos que se han desarrollado a propósito de la aplicación de la institucionalidad ambiental vigente, de manera puntual, los que se relacionan con la reparación de daños ambientales (incluyendo la vía judicial y administrativa), o en el contexto de la evaluación ambiental de proyectos. Así, por ejemplo, el proyecto "Restauración, Replantación y Manejo en el área del Humedal de Batuco", cuya Resolución de Calificación Ambiental es del año 2005,¹¹⁴ no se encuentra listado en el SIMBIO. Otros proyectos

¹¹⁴ Comisión Regional de Medio Ambiente Región Metropolitana, Resolución de Calificación Ambiental, Resolución Exenta N°396/2.005 del 15 de septiembre de 2005.

recuperativos que han sido implementados con el objeto de disminuir los niveles de contaminación tampoco son informados.

Por razones de extensión, no es posible realizar una revisión exhaustiva de los diversos proyectos que se han desarrollado en el contexto de la institucionalidad ambiental, sin embargo, a continuación, se muestran algunos de los datos que fueron destacados durante la etapa de recopilación de antecedentes.

En términos generales, se observa que acciones destinadas a la recuperación del medio ambiente en el ámbito de la institucionalidad ambiental, han seguido básicamente dos caminos: el primero, vinculado con la evaluación ambiental de proyectos en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA); y el segundo, con eventos que producen daño ambiental. En este último caso, la vía puede ser judicial (acción de reparación por daño ambiental, ya mencionada) o administrativa, durante el procedimiento sancionatorio establecido en el artículo 43 de la Ley 20.417 que Crea el Ministerio, El Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente.

En cuanto a los proyectos ingresados al SEIA, se procedió a realizar una búsqueda simple de aquellos que podrían estar vinculados con procesos restaurativos, utilizando conceptos similares o pertenecientes a la gradiente recuperativa establecida en la sección 2, tales como restauración, rehabilitación, remediación o recuperación. Entre los resultados sobresalen los siguientes. Bajo el concepto “restauración” aparecen 17 proyectos. De estos destacan proyectos de extracción de áridos para la restauración del caudal de ríos –en los que no se observa que se trate de acciones de recuperación de ambientes dañados–; y proyectos de restauración del orden patrimonial-arquitectónico –como el caso del proyecto “Restauración y Obras Anexas Faro Isla Magdalena”– y otros que podrían concernir a procesos recuperativos. 10 de los proyectos listados se encuentran bajo la nomenclatura de “aprobados”, de los cuales uno está vinculado a la restauración, replantación y manejo en área del Humedal Batuco, en que se buscaría reparar un ambiente de humedal natural a través de la incorporación de elementos similares al de la laguna natural aledaña. Otro corresponde al “Plan de Restauración del Patrimonio Natural del Parque Nacional Torres del Paine Afectado por Incendio Forestal 2005”;¹¹⁵ y también un proyecto de “Extracción de áridos y restauración de pasivo ambiental Pozo La

¹¹⁵ Comisión de Evaluación Ambiental de Magallanes y Antártica Chilena, Resolución de Calificación Ambiental 047/2005.

Vara”.¹¹⁶ Ninguno de los mencionados figura en la sección de restauración ecológica del SIMBIO.

Al igual que en el caso de los proyectos informados en las plataformas comentadas antes, en los proyectos del SEIA se observa que tampoco se sigue un concepto o clasificación de niveles estrictos, a fin de determinar, sin la necesidad de una revisión técnica pormenorizada, en qué nivel de la gradiente se encuentran y si cumplen o no con los estándares. Por ejemplo, en el caso del Proyecto “Extracción de áridos y restauración de pasivo ambiental Pozo La Vara”, se informa en la RCA que a la vida útil del proyecto se agregan 5 años para concluir la “restauración” del pasivo ambiental, consistente en la actividad de relleno del pozo, mediante la construcción de una base sólida con escombros y otros restos similares, para luego incorporar tierra, piedras y arena, con lo que se espera obtener un terreno recuperado, “eliminando de esta forma el pasivo ambiental que pudiera generar la sola explotación del pozo a través de la extracción de áridos”.¹¹⁷ Es decir, en este caso el proyecto de restauración consistía básicamente en rellenar el sector de suelo retirado, solución muy lejana a lo que se entendería por una auténtica restauración ecológica.

Bajo el concepto rehabilitación se encontraron 16 proyectos, la mitad aprobados. De ellos, algunos corresponden a proyectos de rehabilitación de servicio de agua potable, rehabilitación de camino de acceso, rehabilitación de pista de aterrizaje o construcción de un centro de rehabilitación conductual. Otro proyecto correspondería, en realidad a uno de remediación (“Proyecto de Remediación vía férrea Arica Visviri”), y solo dos podrían estar, entonces, relacionados con acciones de rehabilitación: proyectos “Rehabilitación de terreno ex planta ESSO Puerto Montt”¹¹⁸ y “Plan de Cierre y Rehabilitación Ambiental de Pozos de Áridos del Predio Traiguén de Celulosa Arauco y Constitución S.A.”.¹¹⁹ El primer proyecto informa que se trataría de implementar la rehabilitación de un terreno ocupado históricamente por la Planta ESSO, contemplándose una fase de tratamiento de los suelos contaminados con hidrocarburos, a fin de asegurar que los usos futuros no sean riesgosos para la salud de las personas. El segundo está orientado a la creación de un área ecológica, pero sin restaurar las condiciones del terreno previas a su explotación, presentándose como solución

¹¹⁶ Comisión de Evaluación Ambiental Región de Los Lagos, Resolución de Calificación ambiental 65/2020.

¹¹⁷ *Ibíd.*

¹¹⁸ Comisión Regional del Medio Ambiente Región de Los Lagos, Resolución de Calificación Ambiental, Resolución N°362.

¹¹⁹ Comisión Regional del Medio Ambiente Región de Los Lagos, Resolución de Calificación Ambiental, Resolución Exenta N°106.

alternativa “la de recuperar los pozos mediante la habilitación de un Área Ecológica en forma de dos lagunas con características de hábitat para la fauna y flora nativa.”¹²⁰

Evidentemente, bajo el concepto de rehabilitación cabe un conjunto de actividades que tienen diversos significados, pero la gran mayoría de las revisadas no presentan relación con acciones destinadas a recuperar ecosistemas degradados. Considerando que, previamente, se identificó a las acciones de rehabilitación como las mínimas para lograr un medio ambiente sano, entonces resultaría importante poder mejorar y afinar la utilización de este concepto, al menos en el contexto de la institucionalidad ambiental y, específicamente, en la evaluación ambiental de proyectos.

En lo referido al concepto “remediación”, en la búsqueda se encontraron seis proyectos, dos de los cuales aparecen como aprobados, correspondientes al proyecto “Remediación Ambiental Depósito de Relaves La Africana, Proyecto Congo” de Nueva Pudahuel S.A., y el “Proyecto de Remediación de los Suelos para la Reparación y Rehabilitación de la Vía Férrea Arica Visviri” de Ferrocarriles del Estado. El primero consistía en la implementación de un plan piloto de gestión de pasivos ambientales mineros, contemplándose cuatro etapas de operación: la extracción de relaves de la mina La Africana; el traslado de los relaves hasta mina Lo Aguirre; su retratamiento a objeto de sustraerle vectores químicos; y la disposición final de los residuos en un área confinada, en donde quedarían neutralizados y mejorados en estabilización química y física.¹²¹ En cuanto al proyecto de la Vía Férrea Arica Visviri, este tenía por objeto sanear los suelos contaminados por metales en los niveles que afecten la salud de la población, para lo que se realizarían remociones y traslado del suelo contaminado hasta un relleno de seguridad para su confinamiento definitivo.¹²²

En general, se observa que en los nombres y descripciones de los proyectos, nuevamente, se utilizan de manera genérica algunos de los conceptos que fueron mencionados en la sección 2 de este capítulo, lo que dificulta determinar en qué nivel se encuentran. Sin embargo, en la mayoría de ellos se hace referencia, en el detalle, a actividades de remediación o de –lo que denominan– saneamiento. Consultado sobre este concepto, uno de los entrevistados aclara que las actividades de saneamiento podemos ubicarlas entre la reducción de impactos y la remedia-

¹²⁰ *Ibíd.*

¹²¹ Comisión Regional del Medio Ambiente, Región Metropolitana, Resolución Exenta N° 369/2010.

¹²² Comisión Regional del Medio Ambiente de la XV Región de Arica y Parinacota, Resolución Exenta N° 018/2008.

ción,¹²³ ya que se busca aminorar los niveles de un contaminante en el ecosistema y con ello disminuir el riesgo para la salud de la población. Es decir, en un nivel aun más alejado de la rehabilitación.

Revisados bajo el concepto de saneamiento, se encontraron 51 proyectos, 25 de los cuales se encuentran aprobados, el primero de ellos el año 2001 y el último en 2022. Destaca el “Proyecto de Saneamiento del Terreno Las Salinas”, ingresado el 12 de diciembre de 2018, en el cual, mediante un proceso de biorremediación de suelos y aguas subterráneas, se busca que las concentraciones remanentes de los contaminantes no representen riesgo para la salud de las personas. Este proyecto fue mencionado también por uno de los entrevistados¹²⁴ como uno de los pocos ejemplos de remediación de suelo contaminado, que finalmente es impulsado por un interés inmobiliario y no como parte de las exigencias de la regulación. Al respecto, se debe recordar que el sector Las Salinas fue previamente dejado como habilitado para parques y jardines en la ejecución del proyecto anterior denominado “Proyecto de Recuperación del Terreno Las Salinas”. En ese Estudio de Impacto ambiental se le denominó como un proyecto completamente atípico por tratar de establecer criterios para recuperar condiciones ambientales del terreno.

En la revisión realizada no se encontraron proyectos que hicieran referencia –directa o expresa– a la realización de actividades de restauración ecológica propiamente tal, sino que más bien a otras acciones, en especial, en los niveles de disminución de impacto, saneamientos y, en forma eventual, remediaciones y rehabilitaciones que no se diferencian fácilmente entre ellas. Esta confusión también es percibida por algunos de nuestros entrevistados. Uno de ellos sostuvo que, dentro de los distintos niveles del proceso recuperativo, Chile se mueve mucho en lo que es la reducción de impactos, y solo en ciertos casos muy puntuales, como en la minería, se está avanzando hacia niveles más altos.¹²⁵ Pero incluso en esta última actividad, de acuerdo con la información recopilada e informada, se apunta, en el mejor de los casos, a la remediación y no a niveles o etapas más altas de la gradiente.

Concluyendo esta sección, podemos señalar que, si bien existen iniciativas vinculadas a procesos recuperativos de ecosistemas dañados por contaminación u otros impactos, estos no corresponden a restauraciones ni mucho menos se trata de proyectos a gran escala. Cuando hablamos de restauración en Chile, se puede apreciar que existe una clara vocación

¹²³ Entrevistado 2.

¹²⁴ Entrevistado 9, entrevista realizada el 10 de agosto de 2023.

¹²⁵ Entrevistado 2.

forestal, lo que pone en evidencia un abandono de ecosistemas degradados por contaminación en áreas donde la restauración de bosques no es prioritaria. Muchas de estas áreas han sido y son escenario de graves, extendidas e históricas vulneraciones a los derechos humanos producto de problemas ambientales, como ocurre en varios sectores del norte de Chile. Esta desidia puede deberse a múltiples factores, como el fraccionamiento regulatorio que trata de forma distinta y separada los diferentes componentes y elementos del medio ambiente; la ausencia de una regulación más clara y estricta; o debido a razones culturales que llevan a focalizar los esfuerzos institucionales hacia “lo verde”. En palabras de uno de los entrevistados, “hay desde lo normativo un desprecio hacia lo desértico, en circunstancias de que lo desértico también tiene biodiversidad, también tiene fauna que es mucho más delicada”¹²⁶ y lo ejemplifica a propósito de los incendios, alegando que “si la Chimba [antiguo vertedero municipal de Antofagasta que ha sufrido múltiples incendios, generando una nube tóxica contaminante que ha cubierto zonas de esa ciudad nortina] estuviese plagada de bosque o de hierba o de arbusto, la forma de persecución y la intervención del organismo público sería muy distinta”.

3.3. Ausencia de restauración en el norte de Chile

Como se mencionó, se observa que las iniciativas de restauración han estado focalizadas principalmente en la zona central y sur de Chile y a propósito de la degradación producida por corta de madera e incendios. Sin embargo, la restauración puede implementarse en diversos ecosistemas, incluidas áreas desérticas o gravemente impactadas por actividades contaminantes como la minería y otras industrias, siendo, en particular, relevantes en sectores habitados, en atención al impacto que la degradación de los ecosistemas puede tener en la vida y salud de las personas. Por ello, no puede sino llamar la atención la ausencia –y falencias– de proyectos restaurativos en el norte, con macrozonas intervenidas por actividades contaminantes, encontrándose algunas de sus regiones entre las más afectadas por procesos de degradación.¹²⁷ Es precisamente en localidades del norte de nuestro país donde se han verificado algunos de los casos más escandalosos de vulneraciones a los derechos humanos producto de problemáticas ambientales.

Uno de los entrevistados para este capítulo, sostuvo respecto de una región del norte de Chile, que “los problemas ambientales más graves tienen

¹²⁶ Entrevistado 9.

¹²⁷ *Informe País sobre el estado del medio ambiente 2019-2022, Resumen para tomadores de decisiones*, Facultad de Gobierno U. de Chile, junio de 2023, p. 32.

que ver precisamente con pasivos ambientales, con suelos contaminados, y eso sin mencionar las problemáticas que hay por sedimentos marinos”.¹²⁸ Este conflicto se abordará en la presente sección, en base a información recopilada en entrevistas y otros testimonios recientes, con el objeto de relevar la deuda existente al respecto y la necesidad urgente de implementar soluciones destinadas a recuperar ecosistemas degradados en esas regiones nortinas. Esto cobra especial relevancia si consideramos las diversas iniciativas, mandatos y oportunidades de restauración que la nueva normativa –y compromisos nacionales como aquellos contenidos en los NDC– debería impulsar en los próximos años.

3.3.1. Ejemplos de acciones recuperativas defectuosas en ecosistemas contaminados de la zona norte

El Relator Especial de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos y el Medio Ambiente, Dr. David R. Boyd, sostuvo en su declaración de término de visita a Chile en el mes de mayo de 2023, que el país

enfrenta crisis medioambientales atemorizantes e interconectadas las cuales han violado durante muchos años los derechos humanos, incluido el derecho fundamental a vivir en un ambiente limpio, saludable y sostenible, en que se incluyen zonas de sacrificio donde las comunidades marginadas y vulnerables sufren de una extrema exposición a sustancias tóxicas y degradación ambiental.¹²⁹

El Relator mencionó a las zonas de Quintero-Puchuncaví, Tocopilla, Mejillones, Huasco, Arica y Tiltil, entre otras. Estos territorios, como en general ocurre en distintas regiones del norte de Chile, se encuentran afectados por problemas vinculados a la actividad industrial y minera, además de contener concentraciones basales de elementos químicos que son naturalmente más altos que en otros sectores del país, lo que en su conjunto afecta gravemente la vida y salud de las personas y los ecosistemas. A pesar de la normativa existente –que incluye la puesta en marcha de un conjunto de instrumentos de gestión ambiental, además de otros esfuerzos institucionales–, las personas siguen expuestas a alarmantes niveles de contaminación actual e histórica.¹³⁰

En efecto, el norte de Chile aloja vergonzosos casos de afectación a los derechos humanos que permanecen sin reparación efectiva, principalmen-

¹²⁸ Entrevistado 9.

¹²⁹ Relator Especial de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos y el Medio Ambiente, Dr. David R. Boyd, Declaración al término de la visita de país a Chile, 3 al 12 de mayo de 2023.

¹³⁰ *Ibíd.*

te debido a los altos niveles de contaminación en algunos de sus territorios, como ocurre en el cordón industrial de Quintero-Puchuncaví, situación ampliamente conocida y documentada desde hace años. Al respecto, el Relator acusó que los suelos de la región tienen niveles de sustancias tóxicas por sobre las normas internacionales y que las concentraciones de arsénico están vinculadas con el riesgo de cáncer. Destacó que se ha recomendado de manera encarecida la implementación de un programa de remediación ambiental centrado en reducir, en la mayor medida posible, la exposición humana a los suelos con altos niveles de metales pesados.¹³¹ Denunció, además, los retrasos y problemas de implementación de la sentencia de la Corte Suprema del año 2019¹³² y del Programa de Recuperación Ambiental y Social (PRAS),¹³³ una estrategia de intervención multisectorial que tiene por objeto impulsar el desarrollo ambientalmente sustentable de la zona.

Sin embargo, en el PRAS no se observa la implementación de medidas de recuperación como la remediación o la restauración de ecosistemas, existiendo objetivos diferenciados por componentes, como el objetivo D2 sobre gestión adecuada de pasivos ambientales vinculado con el *suelo*; o el objetivo F2 ligado con el componente denominado *sociedad*, que se refiere a aumentar superficies de áreas verdes y restaurar el paisaje natural y urbano. Ambos objetivos, además de insuficientes, incumplen el estándar necesario para que dichas acciones aseguren el goce efectivo de un ambiente sano. Tampoco fue posible encontrar referencias a proyectos derivados de la implementación del PRAS entre los listados en la plataforma SIMBIO.

Uno de los consultores entrevistados para este capítulo, comentó que se puede observar el abandono de los territorios y las políticas públicas en la Región de Valparaíso. Esto a pesar de que existe un diagnóstico meridianamente claro de lo que está pasando y de que en Quintero-Puchuncaví las personas están habitando, desde hace medio siglo, un espacio de absoluta degradación y destrucción. Agrega que nadie está visualizando la problemática de Quintero-Puchuncaví desde una perspectiva ecosistémica y que no le ha tocado ver ninguna medida de restauración integral en el territorio,¹³⁴ existiendo en la práctica solo implementación de medidas de muestreo en terreno y disminución de impactos, y si hay algunos proyectos

¹³¹ *Ibíd.*

¹³² Corte Suprema, Francisco Chahuán contra Empresa Nacional de Petróleos, ENAP S.A., 28 de mayo de 2019.

¹³³ Ministerio del Medio Ambiente, Programa de Recuperación Ambiental y Social de Quintero Puchuncaví, 2017. <https://pras.mma.gob.cl/wp-content/uploads/2019/11/PRAS-Quintero-Puchuncavi.pdf>

¹³⁴ Entrevistado 5.

de restauración deben ser de baja escala. Recuerda la orden de reducción de contaminantes que dictó la SMA en el mes de mayo¹³⁵ y que tenía una duración de días, lo que en su opinión ejemplifica lo que es no entender el problema en su integralidad: “para un ambiente sano, para que tengas una buena calidad de vida, para que los ecosistemas funcionen, esas políticas públicas no funcionan.”¹³⁶

Existe una clara frustración frente a la paradoja de, por una parte, contar con un acabado conocimiento de la situación de contaminación que afecta a los territorios y, por otra, la sensación de que no se toman medidas concretas apropiadas. En este mismo sentido, otro de los entrevistados se refiere a la contaminación en la región de Antofagasta. Sostiene que han existido proyectos para caracterizar suelos contaminados, a propósito de la implementación de la Guía Metodológica para la Gestión de Suelos con Potencial Presencia de Contaminantes,¹³⁷ y afirma que la información está disponible, pero el problema radica en saber si se hará algo para solucionar el problema y quién ejecutará las acciones necesarias: “yo sé que tenemos suelos contaminados que incluso están en algunos casos situados al lado de escuelas, al lado de liceos, de jardines infantiles, de edificios que están contruidos al lado de suelos con riesgo para la salud de las personas”.¹³⁸

El mismo entrevistado agrega que los suelos contaminados son compañeros silenciosos, porque los efectos dañinos a raíz de la exposición a ellos se producen luego de un largo periodo de tiempo. Además, indica que en este minuto no existen herramientas adecuadas que permitan afrontar el problema y observa que, incluso ante la evidencia y la ocurrencia de graves contingencias, el Estado chileno no ha tomado medidas idóneas para enfrentar los problemas que la degradación por contaminación ha generado en la vida y salud de las personas y ecosistemas. Ello queda de manifiesto en el caso de contaminación por polimetales en Arica.

Ese fenómeno de contaminación se remonta a los años 1984 y 1985, en plena dictadura, cuando la empresa minera sueca Boliden Mineral AB envió 20.000 toneladas de residuos tóxicos que fueron depositadas en las proximidades de viviendas sociales y abandonados sin protección. Pocos años después, a principios de la década del 90, la autoridad aprobó la construcción de nuevas viviendas sociales en el mismo sector en el que se

¹³⁵ SMA. Gob.cl: “SMA dicta medidas provisionales contra 7 empresas de la Bahía de Concón, Quintero y Puchuncaví”, 23 de mayo de 2023.
<https://portal.sma.gob.cl/index.php/2023/05/23/sma-dicta-medidas-provisionales-contra-7-empresas-de-la-bahia-de-concon-quintero-y-puchuncavi/>

¹³⁶ Entrevistado 5.

¹³⁷ Ministerio del Medio Ambiente, Resolución exenta 406, 2013.

¹³⁸ Entrevistado 9.

habían depositado los residuos, conocido como “Sitio F”. Desde entonces, cientos de niños y familias han vivido intoxicándose y desarrollando graves enfermedades que incluso han causado su muerte.¹³⁹ Al respecto, uno de los entrevistados señaló que la contaminación en Cerro Chuño y Los Industriales, poblaciones que fueron construidas en el denominado “Sitio F”, son algunos de los focos de contaminación aún existentes en Arica, y representan un caso único de negligencia estatal y empresarial.¹⁴⁰

En marzo de 2021, un conjunto de Relatores Especiales de Naciones Unidas dirigió cartas de comunicaciones a Chile, Suecia y a la empresa Boliden sobre este caso. En la comunicación a nuestro país¹⁴¹ se hace presente que la sentencia de la Corte Suprema de 1988 que ordenó, entre otras medidas, la *restauración ambiental* del sitio F, no ha sido cumplida, salvo en lo referente al traslado de los desechos tóxicos a un nuevo sitio (Quebrada Encantada), situado a menos de un kilómetro de Cerro Chuño, permaneciendo desde entonces sin protección y expuestos a los vientos y factores climáticos de la zona.

Cabe recordar que en 2012 se promulgó la Ley 20.590, que estableció el Programa de Intervención en Zonas con Presencia de Polimetales en la Comuna de Arica, además del Reglamento. Dentro del Programa de mejoramiento de barrios, se ordenó la acción de “Remediación y sellado en calles y veredas a través de asfaltado y obras con adocreto”. Dos profesionales entrevistados sobre la situación de Arica mencionaron la acción de sellamiento de caminos con cemento como parte de las medidas de reparación,¹⁴² las que no habrían tenido los resultados esperados. La remediación ordenada por la Ley se ha topado con dificultades propias del territorio, donde además existe un problema habitacional profundo, que implica que los espacios contaminados no puedan ser fácilmente remediados.¹⁴³

A pesar de que no han existido otras medidas destinadas a la recuperación del área contaminada (que se extiende más allá de Quebrada Encantada), de acuerdo con el entrevistado, la autoridad central señala

¹³⁹ Naciones Unidas: “Chile: Casi 40 años después, las víctimas de los residuos tóxicos suecos siguen sin tener remedio”, 7 de junio de 2021. <https://www.ohchr.org/es/2021/06/chile-nearly-40-years-still-no-remedy-victims-swedish-toxic-waste-un-experts>. Este caso de contaminación ha implicado diversos procesos judiciales a nivel nacional y transnacional y está actualmente siendo conocido por la CIDH, en proceso de solución amistosa.

¹⁴⁰ Entrevistado 1, entrevista realizada el 16 de mayo de 2023.

¹⁴¹ Mandatos del Relator Especial sobre las implicaciones para los derechos humanos de la gestión y eliminación ecológicamente racionales de las sustancias y los desechos peligrosos, 23 de marzo de 2021. <https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownloadPublicCommunicationFile?gId=26161>

¹⁴² Entrevistados 1 y 7, entrevista realizada el 29 de junio de 2023.

¹⁴³ Entrevistado 1.

constantemente a las autoridades locales que “ya prácticamente se hizo todo lo que había que hacer en temas de contaminación en ese sitio, que se tomaron varias acciones concretas, que se pueden ver, como el asfaltado del sector.” Además, el entrevistado señala que se han producido intentos fallidos de desalojo.¹⁴⁴ En efecto, dentro de los reportes de los medios de los últimos años, se ha informado que el sector de Cerro Chuño –en vez de haber sido aislado luego de los desalojos– ha continuado creciendo hasta alcanzar una población de más de dos mil personas, entre las que se cuentan familias en situación de alta vulnerabilidad.

De acuerdo con los antecedentes comentados, se puede deducir que las medidas de recuperación transitan dentro del más mínimo de los niveles exigibles –del proceso descrito en la sección 2–, orientadas a una mera reducción de impactos y con resultados negativos. Estas medidas resultan claramente inadecuadas e insuficientes, incluso a la luz de la imprecisa y laxa normativa nacional vigente, resultando inexplicable el lento y errático actuar, al respecto, de las distintas administraciones en los últimos 40 años.

En los casos previamente mencionados se tiene certeza –en mayor o menor medida– sobre las causas y los responsables de los altos niveles de contaminación. Sin embargo, no siempre existe esa claridad, en especial, en aquellas situaciones en que la contaminación tiene causas históricas, múltiples, que además generan sinergias con las características propias del territorio. En 2022, un estudio de la Universidad de Antofagasta¹⁴⁵ analizó la presencia de 10 metales pesados¹⁴⁶ en el borde costero entre las regiones de Arica y Parinacota y Coquimbo.

En mayo de 2023 la Dr. Isabel Pizarro, quien lideró el estudio, sostuvo que en Tocopilla, Taltal y Tongoy “el arsénico y el plomo se encuentran en cifras exorbitantemente altas respecto a los otros puntos de estudio”, y catalogó de “estratosféricas” las concentraciones de pH en el suelo. Esta situación estaría siendo provocada por obras mineras,¹⁴⁷ y la comuna de

¹⁴⁴ Entrevistado 1.

¹⁴⁵ Universidad de Antofagasta.cl: “Tocopilla, Taltal y Tongoy lideran índices de contaminación por metales pesados en borde costero según estudio de la Universidad de Antofagasta”, 11 de mayo de 2023. <https://www.uantof.cl/prensa/tocopilla-taltal-y-tongoy-lideran-indices-de-contaminacion-por-metales-pesados-en-borde-costero-segun-estudio-de-la-universidad-de-antofagasta/>

¹⁴⁶ Arsénico, plomo, mercurio, cromo, cadmio, cobre, hierro, níquel, zinc y manganeso.

¹⁴⁷ Universidad de Antofagasta.cl: “Tocopilla, Taltal y Tongoy lideran índices de contaminación por metales pesados en borde costero según estudio de la Universidad de Antofagasta”, 11 de mayo de 2023. <https://www.uantof.cl/prensa/tocopilla-taltal-y-tongoy-lideran-indices-de-contaminacion-por-metales-pesados-en-borde-costero-segun-estudio-de-la-universidad-de-antofagasta/>

Tocopilla lidera los resultados negativos dentro de las zonas contaminadas del norte de Chile.

En un reportaje publicado en el sitio web de la Universidad de Antofagasta sobre el estudio,¹⁴⁸ se advierte respecto a los efectos perjudiciales que los metales pesados –como mercurio, plomo y arsénico– tienen en la salud de las personas y el medio ambiente. En los sectores estudiados se identificaron altas concentraciones de estos metales en áreas protegidas, como el Parque Nacional Pan de Azúcar y los humedales Lluta y desembocadura del río Loa. En este último caso se menciona, además, que en el sedimento hay una contaminación importante de arsénico que supone un riesgo ecológico.¹⁴⁹ Además, en este mismo reportaje se pone de manifiesto la insuficiente regulación existente y la necesidad de trabajar en normativas adecuadas, con estándares apropiados y que promuevan la recuperación de los ecosistemas degradados.

En relación a posibles soluciones, se sostuvo que la situación de contaminación, reseñada en el estudio, se puede revertir utilizando una técnica de recuperación denominada *bioremediación*, pero que para llevarla a cabo es necesario hacer una evaluación de las altas concentraciones químicas, proponer una norma primaria de calidad suelos y avanzar en la promulgación de una ley marco de suelos que considere las características geogénicas del país.¹⁵⁰ Al respecto, cabe mencionar que el Ministerio de Medio Ambiente trabaja actualmente en la elaboración del anteproyecto de la primera norma primaria de calidad de suelos y que, en diciembre del año 2021, se ingresó a tramitación el Boletín 14.714 Proyecto de Ley Marco de Suelos, cuyo objeto es regular la gestión sostenible del uso del suelo de todo el territorio nacional, así como resguardar su protección, conservación y restauración. Este Proyecto de Ley fue ingresado como moción parlamentaria, con el compromiso por parte del Gobierno de complementarlo por la vía de indicaciones del Ejecutivo, lo que a la fecha no ha ocurrido.

Las actividades mineras e industriales que manejan contenidos tóxicos se encuentran reguladas y son constantemente fiscalizadas en Chile. No obstante, aquello no ha impedido la alta presencia de contaminantes que suponen un riesgo para las personas y el medio ambiente. A ello se suma la existencia de relaves mineros abandonados, que a nivel nacional alcanzan 173 sitios,¹⁵¹ algunos de ellos ubicados en sectores poblados, incluso cercanos a centros

¹⁴⁸ El reportaje completo de la Universidad de Antofagasta está disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=TWLwxzZO9Co>

¹⁴⁹ Dra. Venecia Herrera, en reportaje Universidad de Antofagasta.

¹⁵⁰ Reportaje Universidad de Antofagasta, op. cit.

¹⁵¹ Servicio Nacional de Geología y Minería, Catastro de Depósito de Relaves en Chile (actualización 19 de octubre de 2022)

educativos, como ocurre con el relave Sotramin en la comuna de Taltal, situación que no ha sido enfrentada con una postura enérgica y clara por parte del Estado, a pesar de la presión ejercida por algunas autoridades para avanzar en su remediación.¹⁵²

3.3.2. Consideraciones finales en relación a la implementación de la restauración en Chile

Las situaciones descritas en la sección anterior ponen sobre la mesa la urgencia de orientar los esfuerzos del Estado en la restauración, no solo hacia la recuperación forestal o de bosques post incendios, sino también como un mecanismo para revertir la degradación de ecosistemas contaminados. Del levantamiento de información realizado se pueden extraer algunas consideraciones para contribuir con una implementación adecuada del deber de restaurar, las que se mencionan brevemente en esta sección.

En primer lugar, vale recordar que la obligación de respetar los derechos humanos no se agota en la acción de los Estados. Los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de las Naciones Unidas señalan que las empresas, como órganos especializados, deben cumplir no solo con las leyes aplicables, sino que además deben respetar los derechos humanos. Esto, con independencia de la capacidad y/o voluntad que tengan los Estados de cumplir sus propias obligaciones. En este sentido, se agrega que deben prevenir, mitigar y *remediar* las consecuencias negativas sobre los derechos humanos que ellas ocasionen, lo que constituye una norma mundial.¹⁵³ Estos estándares son relevantes en el caso de operaciones mineras, para el manejo de relaves o para otras industrias que operan con sustancias tóxicas, ya que fija un criterio objetivo para estas, más allá de la obligación de los Estados de dictar normativa interna y adecuarla para el cumplimiento de los estándares de derechos humanos. Reforzar el cumplimiento de estos estándares a nivel empresarial puede contribuir, de manera importante, a la disminución de impactos y a la implementación de proyectos recuperativos de sectores contaminados producto de la actividad minera e industrial.

En segundo lugar, de los avances normativos y de política pública –destacados en la sección 4.1.– se puede deducir que en Chile es posible implementar procesos de restauración ecológica. Sin embargo, se observa que persisten preferencias por proyectos de forestación, lo que podría implicar una distribución inequitativa de los incentivos y beneficios que tales com-

¹⁵² Entrevistado 9.

¹⁵³ Naciones Unidas, *Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de las Naciones Unidas*, 2011, p. 15.

promisos promoverán. En materia de restauración existe una deuda que debe ser subsanada, cumpliendo el Estado con su obligación de realizar los mejores esfuerzos para asegurar el derecho humano a un ambiente sano, sin discriminación, con un enfoque de género y sin que suponga nuevas vulneraciones a los derechos humanos. En este sentido, el Estado no debe esperar que las víctimas de vulneraciones a derechos humanos –vinculadas a la contaminación de los territorios que habitan– interpongan acciones judiciales, para adoptar las medidas apropiadas a fin de implementar reparaciones y planes de restauración en dichos lugares contaminados.

Finalmente, vale la pena relevar algunas falencias legales que han sido mencionadas por los entrevistados, y que no fueron abordadas previamente, destacando entre ellas la ausencia de instrumentos de gestión que promuevan la restauración ecológica¹⁵⁴ y la distribución de competencias entre distintos organismos estatales.¹⁵⁵ Al respecto, uno de los entrevistados sugiere mirar la experiencia comparada y entregar a una entidad única la misión de restauración de los ecosistemas, la que se puede alimentar de la información de otros organismos, pero ejerciendo dicha función de forma prioritaria y exclusiva, y con libertad para enfrentar el problema como corresponde.¹⁵⁶ Vinculada con esta observación, resulta necesario relevar la necesidad de contar con un catastro público de actividades recuperativas, que incluya todos los proyectos que se realizan en el país, no solo aquellos que son informados por sus titulares, sino también los que forman parte de proyectos evaluados en el SEIA, presentados como Planes de Recuperación ante la SMA o los que son ordenados a propósito de demandas de reparación por daño ambiental.

4. CONCLUSIONES

Existe evidencia de la preocupante degradación del medioambiente en Chile, ya sea por razones de erosión, desertificación o contaminación, entre otros. Cada uno de ellos supone desafíos que deben ser enfrentados por el Estado, en cumplimiento de sus obligaciones de asegurar el derecho humano al ambiente sano y otros derechos humanos conexos. En este contexto, y dependiendo de la gravedad de la degradación del medio ambiente, el “continuo recuperativo” del SER se presenta como un ejemplo claro de un proceso que va desde la disminución de impactos hasta la restauración ecológica total.

¹⁵⁴ Entrevistado 5.

¹⁵⁵ Entrevistado 9.

¹⁵⁶ Entrevistado 9.

Siendo la restauración un deber del Estado –cuyo objetivo es recuperar los ecosistemas degradados al punto que permita asegurar el derecho humano al medio ambiente sano–, urge encontrar fórmulas para garantizar su implementación y mejorar los estándares de las actividades recuperativas que hoy se realizan en Chile. Para ello, es necesario, primero, hacer confluir los conceptos científicos con la ciencia jurídica. Una interpretación armónica con enfoque de derechos humanos, debiera llevar a concluir que la obligación de restaurar debe ejecutarse para lograr el mayor nivel de recuperación del ecosistema que sea posible y a lo menos su rehabilitación, lo que no se condice con la definición de reparación presente en la Ley 19.300.

¿En cuanto a los aspectos positivos, no cabe duda de que la Ley Marco de Cambio Climático, (LMCC), la Contribución Determinada a Nivel Nacional (NDC) actualizada, el Plan Nacional de Restauración de Paisajes (PNRP), la Estrategia Climática de Largo Plazo (ECLP) y la Ley que Crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas (Ley SBAP), suponen avances importantes en la materia. Sin embargo, se observa que la marcada vocación forestal y de bosques que han tenido los proyectos de restauración catastrados en plataformas públicas, sigue replicándose en los compromisos futuros. Relacionada con ello se encuentra la desconexión que existe entre la información de proyectos recuperativos forestales con aquellos que son desarrollados en el contexto de la institucionalidad ambiental, como los que son ordenados por sentencias de los Tribunales Ambientales, aquellos que forman parte de Planes de Reparación presentados ante la Superintendencia del Medio Ambiente o los que corresponden a proyectos evaluados en el Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental. Todos ellos, en mayor o menos medida, buscan mejorar la salud del medio ambiente, por lo que es necesario trabajar en una plataforma o catastro público de actividades restaurativas, que no discrimine por tipo de proyectos y que permita hacer un seguimiento claro de su estado, resultados, niveles de recuperación implementados, responsables, entre otros factores.

Finalmente, cabe mencionar que preocupa el silencio de las políticas públicas y de la regulación en lo que se refiere al concepto de restauración, entendido como un mecanismo de recuperación de ecosistemas contaminados. Lo anterior, en especial, cuando existen zonas de Chile en que

implementar proyectos de restauración o recuperativos, es la única o una de las pocas soluciones que existen para disminuir los niveles de contaminación que han afectado sostenidamente a personas y ecosistemas durante décadas. Por ello, es necesario el fortalecimiento de la legislación nacional a fin de acelerar procesos de restauración a gran escala y potenciarlos como herramientas para revertir la contaminación que afecta a parte importante de los habitantes del país. La implementación de las normativas y compromisos recientes debe ser un impulso para ello y no otra oportunidad que pase por alto este grave problema ambiental.

RECOMENDACIONES

1. Hacer confluir los conceptos jurídicos con los estándares científicos, lo que incluye redefinir el concepto de reparación establecido en la Ley 19.300. Esta redefinición –en concordancia con el mejor conocimiento científico disponible– debería superar la fragmentación del medio ambiente en componentes y establecer una mirada ecosistémica.
2. Para el caso en que se requiera contar con un espacio de mayor laxitud dentro de la norma se sugiere implementar un sistema con gradientes, como el mencionado en la sección 2.1. de este capítulo. En dicho caso, se sugiere que el objetivo de la recuperación del ecosistema apunte, a lo menos, a devolver las funciones ecosistémicas e idealmente alcanzar la restauración ecológica del medio ambiente degradado.
3. En lo inmediato y considerando la normativa ambiental existente, se recomienda dictar con urgencia normas primarias y secundarias de calidad de suelos, así como utilizar otros instrumentos de gestión que fueren procedentes.
4. Avanzar en el establecimiento de la obligación de restaurar como un mandato expreso a nivel legal general, tanto de los Estados como de quienes impacten o degraden el medio ambiente, ya sea por negligencia, dolo o en el ejercicio legítimo de sus actividades. Para ello, se debe uniformar y establecer de manera clara el contenido de la obligación de restauración, a fin de que forme parte de la evaluación de quienes invierten en proyectos en el país.
5. Estudiar y avanzar en el establecimiento de un organismo dedicado exclusivamente a la restauración de los ecosistemas degradados

a nivel nacional, con especial urgencia en aquellos territorios en que sus habitantes, a propósito de dicho daño, sufren graves vulneraciones a los derechos humanos.

6. Unificar, en un solo catastro, los diversos proyectos o actividades recuperativas de ecosistemas o componentes ambientales, histórica y actualmente en evaluación o ejecución. Se sugiere hacer los mejores esfuerzos para que la información entregada sea completa, verificable y que permita catalogar con certeza cuál es el nivel de recuperación del ecosistema.
7. Finalmente, tramitar el Proyecto de Ley Marco de Suelos, cuyo objeto es la gestión sostenible de todos los suelos del territorio nacional, sin distinciones. Se observa que la tramitación de esta Ley puede abrir un espacio de discusión en que se acuerden y resuelvan parte de los temas previamente señalados.

TRANSPARENCIA EN MATERIA DE SUSTENTABILIDAD CORPORATIVA DESDE UNA PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS

Carlos Miranda¹
Danny Rayman²

SÍNTESIS

El presente capítulo analiza la institucionalidad chilena sobre transparencia corporativa de sustentabilidad, a la luz de los estándares internacionales en materia de derechos humanos. Se evaluará principal, pero no exclusivamente, la Norma de Carácter General N° 461 dictada por la Comisión para el Mercado Financiero (CMF) y la fiscalización que ejerce este órgano sobre la norma. Junto con ello, se revisa una muestra de memorias presentadas por empresas nacionales que incorporan lo preceptuado por la citada norma, con el ánimo de ejemplificar las deficiencias en materia de transparencia cuando no se incorpora plenamente una perspectiva de derechos humanos.

PALABRAS CLAVES: Transparencia, finanzas, derechos humanos.

INTRODUCCIÓN

En noviembre de 2021, la Comisión para el Mercado Financiero dictó la Norma de Carácter General N° 461, la cual establece la obligación para

¹ Profesor de Derecho Internacional Público Universidad Diego Portales, abogado de la misma universidad. LL.M. por la Universidad de Wisconsin-Madison. Estudiante de MPP en Sciences Po.

² Consultor e investigador en el Centro de Información sobre Empresas y Derechos Humanos. Abogado Universidad Diego Portales, LL.M. en Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Humanitario, Universidad Europea de Viadrina, magíster en Tecnologías y Derecho, Universidad de Chile. Agradecemos la colaboración en la elaboración del presente capítulo de los ayudantes de investigación de la Universidad Diego Portales, José Contreras y Javier Orellana.

ciertas empresas de suministrar, al órgano regulador, información relativa a cuestiones ambientales, sociales y de gobernanza en su memoria anual, en adición a aquella meramente financiera. Entre otros aspectos, se incluyen cuestiones sobre los posibles impactos que las entidades informantes puedan tener sobre los derechos humanos. Disponer de este tipo de información –sobre riesgos tanto financieros como ambientales, sociales y de gobernanza– por parte de los otros participantes del mercado de capitales es una condición esencial para el buen funcionamiento de dicho mercado. En efecto, como lo señaló una importante coalición global de inversionistas institucionales, “[m]ás allá de las preocupaciones éticas, las empresas que no evalúan ni gestionan de forma proactiva los riesgos de derechos humanos se enfrentan a posibles riesgos legales, reputacionales y de otro tipo con implicaciones financieras. La divulgación significativa del desempeño en materia de derechos humanos puede jugar un papel importante en la reducción de los riesgos de derechos humanos de una empresa, contribuyendo a la ventaja competitiva de una empresa y fortaleciendo su estabilidad financiera a largo plazo”.³ De lo anterior, se desprende que un sistema adecuado de transparencia en materia de derechos humanos puede cumplir la doble función de resguardar el buen funcionamiento de los mercados de capitales, así como de reducir los impactos que las personas o comunidades pueden sufrir en el goce de sus derechos humanos producto de la actividad empresarial.

Cabe destacar que la transparencia en estas materias, presenta atrasos importantes a nivel mundial, siendo el apartado sobre derechos humanos uno de los que más se encuentra en deuda.⁴ Por lo tanto, es de la mayor relevancia analizar si la mencionada NCG N° 461 se adecúa a los estándares internacionales en materia de derechos humanos y si es apta para suministrar al mercado la información que se requiere, con vistas a su buen funcionamiento y la correlativa responsabilidad de respetar los derechos humanos. Realizar ese análisis es el propósito del presente capítulo. Además, buscamos establecer cómo algunas empresas realizaron su labor de reportar.

La selección de estas entidades responde a los siguientes criterios: 1. empresas que hayan confeccionado su memoria de acuerdo con la NCG N° 461 y 2. que representen los sectores de mayor aporte al PIB nacional.

³ Lauren Compere y otros, *UN Guiding Principles Reporting Framework. Investor Statement*, Boston Common Asset Management, 23 de abril de 2019. www.ungpreporting.org/wp-content/uploads/Investor-Coalition-Statement_4_23_19-UN-GUIDING-PRINCIPLES-REPORTING-FRAMEWORK-.pdf

⁴ The GRI Perspective, *Better human rights reporting - needed now, but how?*, mayo de 2022. gri-perspective-human-rights-reporting.pdf (globalreporting.org)

Junto con lo anterior, se debe aclarar que solo podemos realizar el análisis propuesto en la metodología de este capítulo si 3. contamos con suficiente información sobre los impactos que las empresas de un determinado sector generan en los derechos humanos, por ejemplo, a través de las denominadas “evaluaciones de impacto en derechos humanos” (EIDH). En Chile, tenemos conocimiento de EIDH que se han realizado, efectivamente, para los sectores que más aportan al PIB: una evaluación sectorial del rubro salmonero; otra que estuvo acotada geográficamente a la comuna de Lumaco, para las empresas forestales que allí operan; otra enfocada en la minería canadiense en territorio colla; y, finalmente, una en relación a la empresa SQM respecto a los impactos sobre el pueblo lickanantay.

Como no hay mineras canadienses que hayan reportado en base a la NCG N° 461, constituirán la muestra para este capítulo las empresas de los sectores minero, forestal y salmonero que cumplen con los dos criterios mencionados con anterioridad, es decir, empresas que reportan bajo la norma citada y cuyos impactos de derechos humanos estén documentados. Hay empresas de otros rubros, como el de servicios, que tienen una participación importante en el PIB nacional y cuyas empresas reportaron de acuerdo con la NCG N° 461, pero la diversidad del sector –sumado al hecho que no existe información suficiente en relación a los impactos que generan en los derechos humanos– no nos permitió incorporarlas al análisis planteado en el presente trabajo. Así, revisaremos el ejercicio 2022 de las empresas Codelco, SQM (mineras), CMPC (forestal), Blumar, Camanchaca y Aquachile (acuícolas), incluyendo, de esta manera, a todas las empresas que cumplen con los criterios señalados.

A continuación, describimos la estructura del capítulo. Primero, se expondrán los estándares internacionales en materia de derechos humanos aplicables a la materia. Luego, se describirá y estudiará, a la luz de estos estándares, la institucionalidad chilena sobre divulgación de información en cuanto a sustentabilidad corporativa, incluyendo la temática de derechos humanos. Posteriormente, revisaremos memorias anuales presentadas por algunas empresas, para ejemplificar las brechas que nuestro sistema de transparencia tiene en materia de derechos humanos. Cerraremos el capítulo con conclusiones y recomendaciones para el Estado.

1. ESTÁNDARES INTERNACIONALES

1.1. El deber del Estado de proteger

En virtud de los tratados de derechos humanos que nuestro país ha ratificado, Chile tiene la obligación de proteger a las personas ante las posibles violaciones de sus derechos humanos por parte de actores privados, incluyendo las empresas.⁵ Esta obligación se refleja también en los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos (en adelante, Principios Rectores), adoptadas por el Consejo de Derechos Humanos en 2011,⁶ en particular, su Pilar I⁷ que aborda el rol del Estado. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH o Corte) ha sostenido que la responsabilidad internacional por la violación de los derechos humanos protegidos por la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos (CADH) puede generarse por hechos que inicialmente no resultan directamente atribuibles a un Estado, como son los actos u omisiones de un particular, pero es el Estado responsable por la falta de debida diligencia para prevenir o resarcir la violación.⁸ Asimismo, tanto el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (CDH) como el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (en adelante, Comité DESC) en sus observaciones generales N.º 36 y N.º 24, respectivamente, han sostenido que los Estados deben prevenir de manera eficaz toda afectación de los derechos consagrados tanto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) como en el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC). Esos organismos requieren, por tanto, a los Estados adoptar todas las medidas legislativas, administrativas, educativas y cual-

⁵ Véase Corte IDH, *Velásquez Rodríguez contra Honduras*, 29 de julio de 1988, párr. 172; Corte IDH, *Godínez Cruz contra Honduras*, 20 de enero de 1989, párr. 182; Corte IDH, *Los Buzos Miskitos contra Honduras*, 31 de agosto de 2021, párrs. 46-50; Corte IDH, *Vera Rojas y otros contra Chile*, 1 de octubre de 2021, párrs. 84-85; Corte IDH, *Pueblos Kalina y Lokono contra Surinam*, 25 de noviembre de 2015, párr. 224; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación general núm. 24 sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales*, E/C.12/GC/24, 10 de agosto de 2017, párr. 14; Comité de Derechos Humanos, *Observación general núm. 36 sobre el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, relativo al derecho a la vida*, CCPR/C/GC/36, 3 de septiembre de 2019, párr. 25.

⁶ Consejo de Derechos Humanos, *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos*, A/HRC/17/31, Anexo, 21 de marzo de 2011.

⁷ Para un resumen de los estándares, véase también *Informe 2016*, p. 131 e *Informe 2022*, pp. 327-328.

⁸ Véase Corte IDH, *Velásquez Rodríguez contra Honduras*, 29 de julio de 1988, párr. 172; Corte IDH, *Godínez Cruz contra Honduras*, 20 de enero de 1989, párr. 182.

quier otra que resulte apropiada para asegurar una protección eficaz y la reparación de las vulneraciones frente a actividades empresariales.⁹

Conforme a lo anterior, los comentarios del Principio Rector (PR) 1 reconocen que el deber del Estado de proteger se encuentra en el núcleo mismo del régimen internacional de derechos humanos, y sostienen que tiene que ser entendido como una norma de conducta respecto a la cual los Estados deben tener en cuenta una amplia gama de medidas de prevención y reparación, en el marco de actividades empresariales en su territorio o jurisdicción.¹⁰ Ahora, teniendo en cuenta lo mencionado en el Principio 2, resulta necesario asegurar que las medidas se apliquen a toda actividad de las empresas incorporadas en su territorio, y no solo a aquellas actividades que se realizan al interior de ese territorio. Esto por la relevancia de las implicancias extraterritoriales de los Principios Rectores¹¹ y la comprensión de que los Estados tienen jurisdicción (o debieran aseverarla) sobre todas las actividades bajo su control o autoridad.

En este punto, parece importante mencionar que conforme a la interpretación de las obligaciones del sistema interamericano y de los Principios Rectores, la Corte IDH en su jurisprudencia, y en su Opinión Consultiva OC-23/17, identifica los deberes estatales claves conforme a la obligación de garantizar los derechos humanos comprendida en los artículos 1.1 y 2 de la CADH. Lo señalado implica el deber de prevenir las violaciones a los derechos humanos producidas por empresas privadas, el deber de adoptar disposiciones de derecho interno para prevenir las violaciones a derechos humanos producidas por empresas privadas, el deber de supervisar y fiscalizar mediante mecanismos adecuados que garanticen los derechos humanos en el marco de las actividades de las empresas, el deber de investigar,

⁹ Véase Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, op. cit., párr. 14; Comité de Derechos Humanos, op. cit., párr. 25.

¹⁰ Consejo de Derechos Humanos Naciones Unidas, 2011, Principio 1 (Comentarios); Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Colombia sobre medio ambiente y derechos humanos*, OC-23/17, 15 noviembre 2017, párr. 118; CDH, op. cit., párr. 25; Comité DESC, op. cit., párr. 14.

¹¹ Consejo de Derechos Humanos Naciones Unidas, op. cit., Principio 2; Jena Martin, “The Use of Disclosure-Based Regulation to Advance the State’s Duty to Protect.” en Surya Deva y David Birchall, eds, *Research Handbook on Human Rights and Business*, Cheltenham, Edward Elgar, 2020, p.195.

sancionar y asegurar el acceso a reparaciones integrales para víctimas en dichos contextos.¹²

Entre las medidas que contempla la obligación de prevenir se encuentra la de realizar ajustes a la legislación nacional (Art. 2 CADH).¹³ Estas medidas pueden ser variadas, porque el derecho internacional les da discrecionalidad a los Estados,¹⁴ siempre que la medida sea idónea y efectiva, o sea, logre hacer respetar y garantizar los estándares mínimos que el derecho internacional de los derechos humanos contempla para los Estados.¹⁵ Hay dos tipos de legislación que se han adoptado o discutido, en distintos países, en relación con esta obligación en el marco de actividades empresariales: primero, leyes sobre sistemas de informes corporativos en cuestiones de derechos humanos y, segundo (y aún menos frecuentemente), leyes de debida diligencia empresarial en materia de derechos humanos. En relación con las primeras, que son objeto de análisis en este capítulo, las principales obligaciones estatales están relacionadas con asegurar la divulgación de información relativa a las operaciones de las empresas en materia de derechos humanos. Por tanto, en este último caso, los incentivos o sanciones que regulan los respectivos cuerpos legales no debieran limitarse al cumplimiento de sus exigencias formales, sino considerar el fondo de la información presentada.¹⁶

Chile debe cumplir los estándares internacionales vinculados a su obligación de garantizar y su deber de proteger, en el ámbito de la divulgación corporativa de información de sustentabilidad, cuando adopta e implementa la Norma de Carácter General N° 461 (NCG N° 461).¹⁷ Así, es preciso tener en cuenta que el PR 3 reitera la obligación internacional de que los Estados deben i) hacer cumplir las leyes que tengan por objeto o por efecto hacer respetar los derechos humanos a las empresas; ii) asegurar que las leyes y normas que rigen la creación y las actividades de las empresas no restrinjan, sino que propicien el respeto de los derechos humanos por las empresas; iii) asesorar de manera eficaz a las empresas sobre cómo respetar los derechos humanos en sus actividades; iv) alentar y, si es necesario,

¹² Véase Corte IDH, *Los Buzos Miskitos contra Honduras*, 31 de agosto de 2021, párr. 48; Corte IDH, *Vera Rojas y otros contra Chile*, 1 de octubre de 2021, párr. 86.

¹³ Daniela Ortega, Alejandra Parra y Judith Schönsteiner, *Derechos humanos y empresas: Acceso a Remedios*, Cuadernos Jurídicos de la Academia Judicial, Santiago, Ediciones DER, 2023, p.77.

¹⁴ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), *UN Human Rights "Issues Paper" on Legislative Proposals for Mandatory Human Rights Due Diligence by Companies*, junio de 2020, p.1.

¹⁵ Gonzalo Aguilar Cavallo, "Margen de apreciación y control de convencionalidad: ¿una conciliación posible?", *Boletín mexicano de derecho comparado*, 52(155), 2019, p. 677.

¹⁶ ACNUDH, op. cit., p. 3.

¹⁷ Sin perjuicio de que estos estándares se utilicen para efecto de observar la NCG N°461, podrían ser utilizados a la hora de observar otras medidas administrativas, regulatorias, políticas o legales.

exigir a las empresas que expliquen cómo tienen en cuenta el impacto de sus actividades en los derechos humanos.¹⁸ Lo anterior implica que las instituciones que inciden directamente en el comportamiento de las empresas tengan todas las herramientas para hacer efectivo el respeto a los derechos humanos, independiente de que su mandato principal no sea en materias de derechos humanos. Esto indudablemente incluye los recursos y mecanismos necesarios con el fin de apoyar y equipar a las instituciones para que lleven a cabo las tareas de fiscalización, control de la aplicación de la ley y de sanción,¹⁹ con especial atención a los derechos, necesidades y problemas de las personas pertenecientes a grupos o poblaciones con mayores riesgos de vulnerabilidad o marginación.²⁰ En este sentido, el Estado debe garantizar la participación y protección de estas personas.

Tanto la normativa como las facultades que se otorguen a la institución deben estar destinadas a que las empresas cuenten con políticas apropiadas para la protección de los derechos humanos; procesos de diligencia debida para la identificación, prevención y corrección de violaciones a los derechos humanos, así como para garantizar el trabajo digno y decente; y procesos que permitan a la empresa reparar las violaciones a derechos humanos que ocurran con motivo de las actividades que realicen. Esto último, en especial, cuando afectan a personas que viven en situación de pobreza o pertenecen a grupos en condición de vulnerabilidad.²¹ Además, la Corte IDH ha señalado que el Estado debe impulsar a las empresas a incorporar prácticas de buen gobierno corporativo con enfoque *stakeholder* (interesado o parte interesada), que supongan acciones dirigidas a orientar la actividad empresarial hacia el cumplimiento de las normas y los derechos humanos, incluyendo y promoviendo la participación y compromiso de todas las partes vinculadas y la reparación de las personas afectadas.²² Aunque las leyes de transparencia no establezcan tales obligaciones de manera que fueran justiciables en tribunales, determinan un incentivo fuerte para realizar estos procesos, ya que se debe hacer público si la empresa los realiza y con qué resultado.

En relación con lo señalado, la transparencia corporativa y la obligación de proteger los derechos humanos se encuentran íntimamente relacionadas, toda vez que la información respecto a los riesgos o vulneraciones a

¹⁸ Consejo de Derechos Humanos Naciones Unidas, op. cit., Principio 3.

¹⁹ Véase Corte IDH, op. cit., 2017, párr. 152; Consejo de Derechos Humanos Naciones Unidas, op. cit., Principio 8.

²⁰ Consejo de Derechos Humanos Naciones Unidas, op. cit., Principios Generales.

²¹ Véase Corte IDH, caso de *Los Buzos Miskitos contra Honduras*, 31 de agosto de 2021, párr. 49; Corte IDH, *Vera Rojas y otros contra Chile*, 1 de octubre de 2021, párr. 86.

²² *Ibíd.*

los derechos humanos es de interés público y es necesaria para garantizar otros derechos, como el derecho a la vida y a la integridad de las personas que derivan del derecho al acceso a la información pública, el derecho a participación pública y el derecho al acceso a la justicia.²³

El derecho al acceso a la información pública, consagrado en el artículo 13 de la CADH, implica que el Estado tiene el deber de generar y proveer acceso a toda información de interés público, salvo que se encuentre dentro de las excepciones establecidas por ley conforme al derecho internacional.²⁴ En este sentido, los impactos negativos de las actividades de las empresas en los derechos humanos se consideran de interés público, tal como lo ha mencionado la Corte IDH²⁵ y, por tanto, el Estado debe garantizar el ejercicio de estos derechos para darle efectividad a su obligación de garantizar y respetar los derechos humanos, en particular a sus obligaciones de prevención, supervisión y fiscalización. Asimismo, la publicidad y transparencia posibilitan la participación en la gestión pública a partir del control democrático de las personas para cuestionar, indagar y considerar si se está dando adecuado cumplimiento de las funciones públicas.²⁶ Esto incluye el respeto a las personas por parte de las entidades privadas y públicas, contribuyendo, además, al acceso a la justicia al proporcionarles información que pueda ser utilizada por ellas para remediar cualquier violación de sus derechos como consecuencia de las actividades empresariales.²⁷ La información proporcionada por las empresas debe ser comprensible, completa, actualizada, en lenguaje accesible, y brindada de forma efectiva a los distintos sectores de la población.²⁸⁻²⁹

Es necesario, sin embargo, tener en cuenta que dentro de sus obligaciones internacionales el Estado debe regular, supervisar y fiscalizar aquellas actividades que impliquen riesgos para la vida, integridad física, la salud y el medio ambiente.³⁰ De este modo, su obligación no culmina con la sola recepción de la información por parte de las empresas, y es por ello

²³ Corte IDH, op. cit., 2017, párr. 211.

²⁴ Para un resumen del estándar sobre acceso a la información ambiental, véase también *Informe 2019*, pp. 497-500.

²⁵ Corte IDH, op. cit., 2017, párr. 213-217; Corte IDH, *Claude Reyes y otros contra Chile*, 19 de septiembre de 2006, párr. 73; *Informe 2017*, p. 115.

²⁶ Corte IDH, op. cit., 2017, párr. 213.

²⁷ *Ibid.* párr. 237.

²⁸ Véase Corte IDH, op. cit., 2017, párr. 221; Corte IDH, *Caso Furlan y familiares contra Argentina*, 31 de agosto de 2012, párr. 294.

²⁹ Esto último implica que debe considerarse las limitaciones de acceso de los distintos sectores de la población, para encontrar las formas eficaces de hacer efectivo el derecho al acceso a la información pública de las personas pertenecientes a dichos sectores. Véase Corte IDH, op. cit., 2012, párr. 294.

³⁰ Véase Corte IDH, op. cit., 2017, párr. 153; Corte IDH, *Caso empleados de la fábrica de fuegos en Santi Antonio de Jesús y sus familiares con Brasil*, 15 de julio de 2020, párrs. 118-120.

que las leyes de transparencia no dan cumplimiento completo a las obligaciones del Estado en la materia. Lo anterior implica que el Estado debe monitorear de manera continua los efectos de un proyecto o actividad de empresas privadas, en particular, a través de la regulación sectorial, laboral, ambiental y de seguridad e higiene.³¹ En este mismo sentido, la CIDH ha recomendado que se realicen inspecciones técnicas en terreno, e incluso se ordene la suspensión de las actividades de las empresas cuando estas amenacen los derechos humanos.³² Esto implicaría que las instituciones que inciden directamente en el comportamiento de las empresas cuenten con los recursos y facultades suficientes para supervisar, fiscalizar y verificar en terreno la veracidad de la información proporcionada por las empresas para efectos de hacer cumplir el respeto de los derechos humanos por parte de esas entidades. Así, por medio de las medidas para proteger y preservar los derechos humanos y, por otra parte, a través de las que garanticen el ejercicio de los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia,³³ se debe dar cumplimiento a las obligaciones internacionales del Estado.

1.2. La responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos

Para que el Estado sepa qué y cómo regular, debemos mirar la definición del respeto a los derechos humanos por parte de las empresas, y la debida diligencia establecida en el Pilar II de los PPRR.³⁴ Las empresas deben abstenerse de infringir los derechos humanos y hacer frente a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos en las que tengan participación.³⁵ En esta línea, la responsabilidad de respetar constituye una norma de conducta aplicable a todas las empresas independiente de donde operen, e incluso con autonomía frente a la capacidad y/o voluntad de los Estados respecto del cumplimiento de sus propias obligaciones de derechos humanos. La responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos se traduce en llevar a cabo medidas adecuadas para prevenir, mitigar y remediar las consecuencias negativas de sus actividades u operaciones, así como también la de no menoscabar –por ejemplo, a través de la corrupción o la captura

³¹ Corte IDH, op. cit., 2017, párr. 153.

³² Cecilia Anicama, *State Responsibilities to Regulate and Adjudicate Corporate Activities under the Inter-American Human Rights System: Report on the American Convention on Human Rights to inform the mandate of the Special Representative of the UN Secretary-General (SRSG) on Business and Human Rights*, 2008, p. 35; CIDH, *Informe 27/98*, 3 de marzo de 1998.

³³ Rachel Chambers y Anil Yilmaz-Vastardis, “Human Rights Disclosure and Due Diligence Laws: The Role of Regulatory Oversight in Ensuring Corporate Accountability”, *Chicago Journal of International Law*, 21(2), 2021, p. 357.

³⁴ Véase nota supra 7.

³⁵ Consejo de Derechos Humanos Naciones Unidas, op. cit., Principio 11 (Comentarios).

corporativa— la capacidad de los Estados para cumplir sus obligaciones de derechos humanos.³⁶

Dentro de las medidas que señala el Pilar II, se encuentra el deber de contar con políticas y procesos que den cuenta de que la empresa respeta los derechos humanos y cómo los respeta en la práctica. Lo dicho implica que las empresas cuyas operaciones o contextos operacionales involucran graves riesgos de impacto sobre los derechos humanos comuniquen, ofrezcan transparencia y permitan la responsabilización frente a las personas o grupos afectados o a las personas interesadas.³⁷ De igual modo, la Guía de la OCDE de Debida Diligencia para la Conducta Empresarial Responsable sostiene que dentro de las medidas de debida diligencia de las empresas se encuentra la de comunicar cómo los impactos son abordados.³⁸ Por esta razón, en la edición actualizada de las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas multinacionales (Directrices) se establecen una serie de recomendaciones en relación a esta medida³⁹ —tal como se irá viendo a lo largo de esta sección, conjuntamente con lo dispuesto por los Principios Rectores—, que permiten determinar los contenidos exigibles a las empresas por las normativas que regulen los sistemas de informes corporativos en cuestiones de derechos humanos. En particular, el Principio 21 sostiene que las comunicaciones que realicen las empresas tienen que cumplir, principalmente, tres condiciones.⁴⁰ Primero, deben ser de una forma y una frecuencia que den cuenta de las consecuencias de las actividades de la empresa sobre los derechos humanos y que sean accesibles para las personas destinatarias. En este sentido, las Directrices señalan que la información debe ser adecuada, clara, completa, oportuna, medible, precisa y verificable.⁴¹ Además, no solo debe considerar a los inversionistas como destinatarios, sino que tiene que ser accesible para las distintas partes interesadas —incluyendo personas trabajadoras, comunidades locales, grupos de interés especial, el Gobierno y la sociedad en su conjunto—, debido a sus demandas de información en

³⁶ *Ibíd.*

³⁷ *Ibíd.*, Principio 21 y Principio 21 (Comentarios).

³⁸ *Ibíd.*

³⁹ Recomendaciones dirigidas conjuntamente por los gobiernos miembros de la OCDE a las empresas multinacionales para mejorar su contribución al desarrollo sostenible y abordar los impactos adversos asociados con las actividades comerciales en las personas, el planeta y la sociedad. Véase OCDE, *OECD Guidelines for Multinational Enterprises on Responsible Business Conduct*, París, OECD Publishing, 2023, p. 4.

⁴⁰ Consejo de Derechos Humanos Naciones Unidas, *op. cit.*, Principio 21.

⁴¹ OECD Publishing, *op. cit.*, Disclosure 1; Commentary on Chapter III: Disclosure 30; Environment 1d).

relación con los temas de interés público, sean estos ambientales, sociales o de gobierno.⁴²

La segunda condición, conforme al Principio 21, sostiene que las empresas deben aportar suficiente información para evaluar si la respuesta empresarial ante consecuencias concretas sobre los derechos humanos es adecuada.⁴³ Al respecto, la Guía para la Interpretación de la Responsabilidad de las Empresas de Respetar los Derechos Humanos del ACNUDH (Guía Interpretativa),⁴⁴ se refiere a la información que una empresa debiera estar en condiciones de comunicar. En este sentido, la Guía sostiene que en este ámbito son aplicables las fases del proceso de debida diligencia en materia de derechos humanos, que “permiten a una empresa determinar sus consecuencias negativas reales y potenciales sobre los derechos humanos, actuar en función de los resultados y hacer un seguimiento a la eficacia con que está respondiendo”⁴⁵. Esos procesos y sus resultados, proporcionan, según la Guía, “la información de que una empresa necesita disponer para poder comunicarla cuándo y cómo proceda”.⁴⁶ En forma similar, las Directrices señalan que las empresas debieran informar acerca de su adopción y compromiso con políticas sobre cuestiones relativas a la conducta empresarial responsable y los derechos humanos, en los distintos niveles de la organización.⁴⁷ Adicionalmente, se sostiene que debieran informar acerca de cómo abordan los impactos o riesgos en derechos humanos,⁴⁸ para lo cual deben comunicar sobre la manera en que identifican, previenen, mitigan y responden a los impactos o riesgos potenciales o reales de la empresa. Asimismo, deben indicar los criterios de priorización de los riesgos, plazos, indicadores para la medición de la mejora y los resultados, como también informar respecto a cómo incorporan las conclusiones de sus estudios de impacto a la hora de adoptar las medidas de prevención, mitigación y reparación con el objeto de ponerle fin o prevenir las consecuencias negativas identificadas.⁴⁹ Esta información debe incluir la disposición o la cooperación de la empresa en la reparación de sus impactos negativos, así como también la información acerca de cómo comunican y aseguran

⁴² Consejo de Derechos Humanos Naciones Unidas, op. cit., Principio 21; OECD Publishing, op. cit., Disclosure 1; Commentary on Chapter III: Disclosure 30.

⁴³ Consejo de Derechos Humanos Naciones Unidas, op. cit., Principio 21.

⁴⁴ Documento cuya finalidad ha sido complementar los comentarios de los Principios Rectores, principalmente del Pilar II, sin sustituirlos ni mejorarlos. ACNUDH, *Guía para la Interpretación: La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos*, HR/PUB/12/2, 2012, p. 5.

⁴⁵ *Ibíd.*, pp. 67-68.

⁴⁶ *Ibíd.*

⁴⁷ OECD Publishing, op. cit., Disclosure 3, Commentary on Chapter IV: Human Rights 49.

⁴⁸ *Ibíd.*, Commentary on Chapter IV: Human Rights 50.

⁴⁹ *Ibíd.*, Disclosure 3, Commentary on Chapter III: Disclosure 32.

el enfoque *stakeholder* definido por la Corte IDH.⁵⁰ Esto quiere decir que se espera que las empresas, conforme al buen gobierno corporativo, comuniquen y con ello demuestren que la empresa integró a las diversas partes interesadas, incluyendo pueblos indígenas, individuos o grupos en situaciones de vulnerabilidad o marginación, o el público en general, en forma significativa. De esta forma, dará cuenta de su rol y de cómo se consideraron o integraron los resultados de la participación de la ciudadanía involucrada, en las medidas de prevención, mitigación o reparación que hayan tenido como objeto abordar las consecuencias de los riesgos identificados.⁵¹ Las Directrices destacan la importancia de este enfoque, al ser un componente clave de los procesos de debida diligencia, incluso en algunos casos un derecho en sí mismo,⁵² como sucede con la consulta a los pueblos indígenas en Chile conforme al Convenio 169 de la OIT, suscrito y ratificado por nuestro país en 2008.⁵³

Cabe señalar que conforme al Principio 21 y sus comentarios, los informes debieran abarcar temas e indicadores sobre la forma en que las empresas identifican y responden a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos para efectos de hacer seguimiento a la eficacia de las medidas adoptadas. Se agrega que los indicadores sectoriales específicos podrían proporcionar detalles adicionales de gran utilidad.⁵⁴ En este mismo sentido, las Directrices recomiendan que la información que las empresas divulguen debe guiarse por estándares de transparencia existentes, reconocidos internacionalmente como medios para mejorar y ofrecer mejores prácticas corporativas. Esto de tal manera que se proporcionen indicadores sectoriales cualitativos y cuantitativos que permitan medir el cumplimiento según el tipo de actividad. Para esto, las empresas deben indicar cuáles han sido los recursos utilizados de modo que se pueda medir y verificar el cumplimiento, siguiendo las metodologías que se propongan en dichos recursos.⁵⁵ Asimismo, las empresas debieran informar sobre los sistemas de auditoría, gestión de riesgo y de cumplimiento legal.⁵⁶ En relación con esto, los Principios Rectores agregan que la verificación independiente de estos informes podría mejorar tanto su contenido como su credibilidad.⁵⁷ Por su parte, las

⁵⁰ Véase nota supra 23.

⁵¹ OECD Publishing, op. cit., Commentary on Chapter VI: Environment 72.

⁵² OECD Publishing, op. cit., General Policies 15; Commentary on Chapter II: General Policies 28.

⁵³ Para más información acerca del derecho de consulta a los pueblos indígenas en Chile, véase *Informe 2020*, pp. 263-269.

⁵⁴ Consejo de Derechos Humanos Naciones Unidas, op. cit., Principio 21 (Comentarios).

⁵⁵ OECD Publishing, op. cit., Commentary on Chapter IV: Human Rights 38; Commentary on Chapter VI: Environment 72.

⁵⁶ *Ibíd.*, Disclosure 3 f); Disclosure 4; Commentary on Chapter IV: Disclosure 34.

⁵⁷ Consejo de Derechos Humanos Naciones Unidas, op. cit., Principio 21.

Directrices recomiendan que la información divulgada en estas materias sea revisada no solo por auditorías internas, sino también por una entidad independiente, competente y calificada de conformidad con normas de garantía de calidad reconocidas internacionalmente. Así se puede corroborar –y mejorar la confianza en– la información, su comparabilidad y calidad.⁵⁸

Por último, la tercera condición mencionada por el Principio 21 hace referencia a que los informes no pongan en riesgo a las partes afectadas o al personal y que no vulneren requisitos legítimos de confidencialidad comercial.⁵⁹ Al respecto, la Guía interpretativa menciona, como un ejemplo de riesgo, la posibilidad de que se revele la identidad de las personas denunciantes o responsables de las medidas que se consideren perjudiciales, convirtiéndolas en posibles blancos de represalias.⁶⁰ Otro eventual riesgo sería que la información a difundir pusiera en peligro medidas de protección a personas informantes. Sin embargo, al mismo tiempo, la Guía precisa que las medidas para resguardar a estas personas deben ser tomadas de tal forma que no sirvan como una justificación para evitar compartir información que corresponda hacer pública.⁶¹ Del mismo modo, se sostiene que los requisitos legítimos de confidencialidad comercial deben ser vistos de forma restrictiva, en el sentido que serían aplicables únicamente respecto de la información esencial y solo durante esas negociaciones.⁶² En relación con lo señalado, las Directrices reconocen la importancia de las personas o grupos que quieran intentar o efectivamente investiguen o denuncien situaciones relacionadas con efectos adversos potenciales o reales asociados a las actividades, operaciones, productos o servicios de las empresas. En relación a aquello, recomienda fomentar y establecer mecanismos que propicien un entorno en el que las personas se sientan seguras para participar y contribuir a la reparación de los impactos negativos y que las empresas tomen medidas para prevenir represalias contra estas personas o grupos.⁶³

1.3. Acceso a la justicia y a mecanismos de reparación

Conforme al Pilar III, tanto los Estados como las empresas deben proporcionar mecanismos para recibir denuncias sobre daños a los derechos humanos, y problemas de transparencia o acceso a la justicia. De esta manera, las empresas deben reparar las consecuencias adversas de sus

⁵⁸ OECD Publishing, op. cit., Disclosure 4; Commentary on Chapter IV: Disclosure 40.

⁵⁹ *Ibíd.*, Principio 21.

⁶⁰ ACNUDH, op. cit. p. 71.

⁶¹ *Ibíd.*

⁶² ACNUDH, op. cit., pp. 71-72.

⁶³ OECD Publishing, op. cit., General Policies 10; Commentary on Chapter II: General Policies 13-14.

actividades⁶⁴ y si los Estados no han actuado de manera diligente, deben reparar en virtud de sus obligaciones internacionales. Para evitar la responsabilidad internacional los Estados deben adoptar todas las medidas apropiadas con el fin de garantizar –por vías judiciales, administrativas, legislativas o de otro tipo– que las personas puedan acceder a estos mecanismos,⁶⁵ lo que incluye que se proporcionen los medios adecuados para asegurar la rendición de cuentas de las empresas⁶⁶ y la determinación de su responsabilidad, ya sea penal, civil o administrativa.⁶⁷ Así también, tienen que adoptar medidas para evitar los obstáculos legales, prácticos y de cualquier otro tipo que puedan conducir a una denegación del acceso a los mecanismos de reparación.⁶⁸

Resulta clave en este capítulo considerar, dentro de estos obstáculos, la dificultad para acceder a información y a las pruebas para fundamentar las reclamaciones.⁶⁹ Al respecto, el Comité DESC ha señalado que el Estado, para cumplir con su obligación de proteger los derechos humanos, debe adoptar todas las medidas necesarias que impidan la denegación de justicia y aseguren el derecho a un recurso efectivo y a la reparación.⁷⁰ Dentro de estas medidas se sostiene que los Estados deben contar con legislaciones donde se establezca la divulgación obligatoria y las normas de procedimiento que permitan a las víctimas de las actividades empresariales obtener las pruebas que se encuentran en su poder, de modo que se facilite el acceso a la información pertinente.⁷¹

En lo referido a los mecanismos de reclamación no estatales, en general, tienen como característica que pueden ofrecer ventajas concretas como la rapidez de acceso y reparación, costos reducidos y un alcance transnacional.⁷² Esto implica que los mecanismos sean legítimos, accesibles, predecibles, equitativos, transparentes, compatibles, fuentes de aprendizaje continuo, y basarse en la participación y el diálogo.⁷³

Conforme a lo anterior, el Estado no solo debe garantizar el acceso a la justicia y mecanismos de reparación, sino también promover leyes sobre sistemas de informes corporativos en cuestiones de derechos humanos.

⁶⁴ Consejo de Derechos Humanos Naciones Unidas, op. cit., Principio 5, Principio 22, Principio 22 (Comentarios).

⁶⁵ *Ibíd.*, Principio 25.

⁶⁶ Corte IDH, op. cit., 2017, párr. 121; Comité DESC, op. cit., párr. 39.

⁶⁷ Corte IDH, op. cit. 2017, párr. 121.

⁶⁸ Consejo de Derechos Humanos Naciones Unidas, op. cit., Principio 26 y Principio 26 (Comentarios).

⁶⁹ *Ibíd.*, párr. 42.

⁷⁰ Comité DESC, op. cit., párr. 44.

⁷¹ *Ibíd.* párr. 45.

⁷² *Ibíd.*, Principio 28 (Comentarios).

⁷³ *Ibíd.*, Principio 31.

Esas leyes pueden facilitar la participación de las empresas en los mecanismos destinados a dar acceso a la reparación, impulsándolas a mejores prácticas corporativas, incluyendo las de establecer sus propios mecanismos para contribuir de manera directa al acceso a la justicia y reparación.

2. INSTITUCIONALIDAD DE TRANSPARENCIA SOBRE SOSTENIBILIDAD CORPORATIVA

La Norma de Carácter General N° 461⁷⁴ impartida por la Comisión para el Mercado Financiero tiene como objetivo “modernizar y perfeccionar la información ESG que los emisores de valores de oferta pública inscritos en el Registro de Valores deben remitir en su Memoria Anual”.⁷⁵ ESG (o ASG, en español) se refiere a información ambiental, social y de gobernanza. La información social, que incluye el respeto por los derechos humanos, permite a los inversionistas “distinguir aquellas entidades que estarán mejor preparadas para identificar, cuantificar y gestionar riesgos ASG y, por tanto, en las cuales los intereses de esos inversionistas estarán mejor resguardados, ... [estos intereses] no necesariamente estarán referidos exclusivamente a la optimización de los retornos financieros de la inversión”.⁷⁶

En este apartado se pretende caracterizar el sistema chileno de divulgación de información sobre sustentabilidad corporativa, con énfasis en el aspecto social y, particularmente, de derechos humanos. Ello requiere analizar la NCG N° 461 en conjunto con la Ley de Mercado de Valores (LMV), Ley de Sociedades Anónimas (LSA), y la Ley Orgánica de la CMF (LOCCMF). A partir de ellas, se mencionarán las entidades obligadas a divulgar este tipo de información, las facultades de la CMF para fiscalizar el cumplimiento de dicha obligación, el contenido de ella y los remedios disponibles en caso de incumplimiento. Este análisis se realizará contrastando la regulación chilena con los estándares internacionales de derechos humanos, descritos en la sección anterior, y así poder concluir si el sistema de información sustentable –que gira en torno a la NCG N° 461– se ajusta a ellos.

2.1. Entidades fiscalizadas y obligaciones de información

De acuerdo con la NCG N° 461, están obligados a presentar información ASG, en su memoria anual, los emisores inscritos en el Registro de Valores

⁷⁴ Modifica a la Norma de Carácter General N° 30 de la CMF.

⁷⁵ Informe de la NCG 461, p. 6.

⁷⁶ *Ibíd.*, p. 4.

de la Comisión para el Mercado Financiero.⁷⁷ Se excluyen de la NCG N° 30⁷⁸ y, por lo tanto, de presentar información sobre sustentabilidad, los fondos mutuos y los fondos de inversión, regulados por la Ley 20.712. No existe otra normativa aplicable a estas entidades que les exija suministrar este tipo de información, lo cual representa un primer inconveniente, puesto que muchos de estos fondos se promocionan en el mercado por sus cualidades ASG.

De acuerdo con la LMV, deben inscribirse en el Registro de Valores los emisores de valores de oferta pública, los valores que sean objeto de oferta pública, las acciones de las sociedades anónimas que tengan 500 o más accionistas o, a lo menos, el 10% de su capital suscrito pertenezca a un mínimo de 100 accionistas; y las acciones emitidas por sociedades anónimas que voluntariamente así lo soliciten o que por obligación legal deban registrarlas.⁷⁹ Según la misma ley, son “valores” los “títulos transferibles incluyendo acciones, opciones a la compra y venta de acciones, bonos, debentures, cuotas de fondo mutuos, planes de ahorro, efectos de comercio y, en general, todo título de crédito o inversión”,⁸⁰ mientras que “oferta pública” de los mismos se refiere a aquella que es “dirigida al público en general o a ciertos sectores o a grupos específicos de éste”.⁸¹

La inscripción en el Registro de Valores acarrea, entre otras, la obligación de “divulgar en forma veraz, suficiente y oportuna toda información esencial respecto de sí mismo, de los valores ofrecidos y de la oferta”,⁸² entendiéndose por “esencial” aquella que “un hombre juicioso consideraría importante para sus decisiones sobre inversión”.⁸³ No obstante, el directorio de la sociedad respectiva (o todos los administradores, en aquellas que no posean directorio) puede acordar, con el voto de las tres cuartas partes de sus miembros en ejercicio, darle el carácter de reservado a ciertos hechos relativos a negociaciones en curso cuya divulgación pueda afectar el interés de la entidad.⁸⁴ Las entidades inscritas en el Registro de Valores deberán proporcionar la información que establece la ley, a la CMF y al público en general, con la periodicidad, publicidad y en la forma que la CMF determine por norma de carácter general. Una de estas normas es la NCG N° 30 ya mencionada.⁸⁵ Esta disposición debe complementarse con lo que establece

⁷⁷ NCG N° 461, p. 1.

⁷⁸ Modificada por la NCG N° 461 de la CMF.

⁷⁹ Ley 18.045, art. 5.

⁸⁰ *Ibíd.*, art. 3.

⁸¹ *Ibíd.*, art. 4.

⁸² *Ibíd.*, art. 9.

⁸³ *Ibíd.*

⁸⁴ *Ibíd.*, art. 10.

⁸⁵ *Ibíd.*

la LSA, la cual indica que las sociedades anónimas deberán someter a la consideración de la junta de accionistas una “memoria razonada acerca de la situación de la sociedad en el último ejercicio”.⁸⁶

2.2. Contenido de la obligación de informar cuestiones ASG

La NCG N° 461 exige a las entidades respectivas que suministren información en una serie de ámbitos, entre los cuales son pertinentes para este trabajo los que detallaremos, a continuación.

Un apartado sobre “perfil de la entidad” exige mencionar si la empresa adhiere a los Principios Rectores u otro estándar equivalente, como las Directrices de la OCDE sobre Empresas Multinacionales.

En materia de gobierno corporativo, la entidad debe informar de qué manera integra un enfoque de sostenibilidad en sus negocios, sobre cómo las cuestiones de derechos humanos se incorporan en los procesos de evaluación y definición estratégica y cómo se definen las unidades responsables de estos procesos. Se debe informar, también, de qué forma la entidad se ocupa y aborda los intereses de sus principales grupos de interés. En relación al directorio de la entidad, hay que informar la periodicidad con que se reúne con las unidades encargadas de los asuntos de sustentabilidad, así como la frecuencia con la que se reporta al directorio sobre asuntos sociales y ambientales, y si esas materias son incluidas cuando se debaten y adoptan decisiones estratégicas, planes de negocios o presupuestarios, entre otros asuntos.

De lo dicho anteriormente se tendría que desprender el deber de las entidades de reportar si cuentan, o no, con una política de derechos humanos. Sin embargo, algunos elementos “procedimentales” son tan importantes como la política misma. Por ejemplo, indicar cómo se elaboró dicha política, si se tomaron en cuenta los intereses de qué grupos o personas en consideración, abordando qué derechos, si se contó, o no, con participación pública, especialmente de las partes más afectadas por las actividades de la empresa; si se tuvo el apoyo de asesoría experta en la materia, entre otros asuntos. La NCG N° 461 es escueta en este aspecto, lo cual dificulta una correcta evaluación de la gobernanza corporativa de la entidad por parte de la CME, de los inversionistas y del público en general.

Asimismo, se deben describir las directrices del directorio sobre la política de gestión de riesgos, indicando si ha tomado como referencia algún estándar en materia de derechos humanos. Complementariamente, deben señalarse los riesgos identificados que puedan resultar en una amenaza para

⁸⁶ Ley 18.046, art. 74.

la entidad, incluyendo aquellos en materia de derechos humanos, describiendo el impacto que puedan tener sobre la empresa.

En cuanto a la ASG, es importante la estandarización de la información y, por ende, se solicita a las empresas usar indicadores comunes para reportar. La NCG N° 461 obliga a las entidades a tomar en consideración los estándares de gestión de riesgos emitidos por organizaciones internacionales reconocidas en este ámbito, mencionando, entre otras, a la Organización Internacional de Normalización (ISO, por su sigla en inglés), con su estándar 26000 sobre responsabilidad social, el cual se encuentra parcialmente alineado con los Principios Rectores; sin ser un estándar certificable. Si bien no son mencionados en dicha parte de la NCG N° 461, se pueden considerar también los marcos de reporte del GRI y SASB. El primero, desde su revisión en 2022, presenta un grado importante de alineamiento con los Principios Rectores y las Directrices de la OCDE, al exigir que las empresas reporten sus políticas de derechos humanos, realización de debida diligencia, especificación de derechos humanos abordados y grupos de interés priorizados, mecanismos de reclamación existentes y remediación de impactos negativos, entre otras materias contempladas en los Principios Rectores. SASB, por su parte, exige que se informen las prácticas de debida diligencia en materia de derechos humanos, pero solo respecto de la minería. Dado que no es taxativa la mención que la NCG N° 461 hace a los estándares de ciertas organizaciones, es posible concluir que, al menos en materia de gestión de riesgos sobre los derechos humanos, lo más conveniente sería que las empresas reportaran, derechamente, en virtud de los Principios Rectores.

Se debe señalar, asimismo, cómo se identifican los riesgos y la importancia relativa de ellos; si es que se consideran procesos de debida diligencia en materia de derechos humanos; cuál es el rol del directorio y alta gerencia en la identificación, evaluación, gestión y monitoreo de los riesgos, incluyendo los derechos humanos. Finalmente, se debe indicar si se cuenta con unidades de gestión de riesgos y de auditoría interna para verificar la efectividad de la implementación de la política de riesgos; también si cuenta con código de ética o equivalente.⁸⁷

En relación con el Pilar III, la entidad fiscalizada debe informar si cuenta con un canal de denuncia de irregularidades o ilícitos, a disposición de su personal, accionistas, clientes, proveedores o terceros ajenos a ella. Tiene, asimismo, que indicar cómo funciona ese canal; si garantiza el anonimato del denunciante; si permite a la denunciante conocer el estado de la

⁸⁷ NCG N° 461, pp. 10-12.

denuncia; y si el canal es puesto en conocimiento del personal, accionistas, clientes, proveedores y terceros, tanto mediante capacitaciones como a través del sitio de internet de la entidad.

En línea con lo exigido por los Principios Rectores, la NCG N° 461 no solo exige que se reporten los riesgos, sino también explicar cómo se identifican. En particular, y en línea con algo que señalamos con anterioridad, la identificación de riesgos debe cumplir ciertos requisitos procedimentales, como participación de las partes interesadas y levantamiento de información en terreno. No basta con cumplir con los requisitos procedimentales respecto a la identificación de los riesgos ni referirse a su importancia relativa, sino que es necesario que se informe acerca de cómo se adoptan medidas de prevención, mitigación y reparación, con el objeto de ponerles fin o prevenir las consecuencias adversas a los derechos humanos de los riesgos identificados. Lo anterior no es exigido explícitamente por la NCG N° 461.

La entidad fiscalizada deberá describir, también, cómo gestiona la relación con los grupos de interés. Para ello, debe indicar si cuenta con una unidad de relaciones con grupos de interés y medios de prensa que permita aclarar dudas relacionadas con los riesgos de la empresa, entre otras cosas.

Por otro lado, la entidad deberá mencionar sus objetivos estratégicos y la planificación para alcanzarlos, incluyendo información relativa a derechos humanos, y cómo la empresa reporta a su gobierno corporativo.

En relación con el personal, la entidad debe suministrar información sobre una serie de indicadores que permiten tener un panorama general sobre posibles discriminaciones al interior de la empresa. Entre otros aspectos, se debe informar el número de trabajadores por nacionalidad y sexo, de personas con discapacidad, de personas por tipo de contrato de trabajo (indefinido, plazo fijo, por obra o faena) y a honorarios; y número de personas con pacto de adaptabilidad laboral en caso de responsabilidades familiares. También reportar si existe una política de equidad salarial –y respectivas metas al respecto– e indicar las brechas salariales por sexo.

Por otro lado, se debe informar si existen políticas de prevención y gestión del acoso laboral y sexual, y si se cuenta con programas de capacitación al respecto y canales de denuncia para tales hechos; indicar, asimismo, si están presentes políticas en materia de seguridad laboral, de permiso posnatal, entre otras.

Se deben describir, igualmente, aquellos grupos de interés que son relevantes para la entidad y las razones por las que ostentan esa condición. En este apartado, se podría considerar que la perspectiva de derechos humanos

exige una aproximación inversa: determinar qué grupos de interés ven afectados sus derechos producto de las operaciones de la empresa.

La NCG N° 461 exige, además, informar si las entidades fiscalizadas cuentan con políticas para evaluar a sus proveedores, en aspectos tales como la calidad de su gobierno corporativo, sistema de gestión de riesgos y otros aspectos de sostenibilidad, debiendo la entidad fiscalizada indicar qué criterios utiliza para dichas evaluaciones. No requiere reportar sobre los incentivos contractuales en relación a las cadenas de suministro, como exigen los Principios Rectores.

En relación a todos los indicadores respecto a los cuales la NCG N° 461 exige información, se puede observar que estos se limitan, fundamentalmente, a revelar existencia o ausencia de procedimientos para prevenir infracciones en los ámbitos correspondientes y sanciones o multas impuestas a la empresa. No obstante, igualmente representa un avance, pues permite, por ejemplo, que a partir de dicha información se realice una evaluación transversal de las sanciones en el ámbito financiero, lo cual puede servir para realizar una fiscalización más estructural en la materia por parte de la CMF.

Derechos de los consumidores. La entidad debe indicar si cuenta con procedimientos para prevenir y detectar incumplimientos referidos a los derechos de sus clientes, en particular (más no exclusivamente) respecto a la Ley 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores. Se debe informar también el número de sanciones ejecutoriadas en dicho ámbito y el monto (en pesos) asociado a sanciones.

Derechos laborales. Se debe indicar si se cuenta con procedimientos destinados a prevenir y detectar incumplimientos referidos a derechos de los trabajadores, junto con el número de sanciones y montos asociados a esas infracciones.

Medio ambiente. Se deberán informar los modelos de cumplimiento o programas de cumplimiento que contengan información sobre la definición de sus obligaciones ambientales, modalidad de cumplimiento fijada, plazo de implementación de la conducta de cumplimiento, unidad responsable, matriz de riesgo ambiental y todo antecedente relevante relativo a la comprensión de dicha obligación y su acatamiento. En caso de no contar con tales modelos o programas, se tendrá que especificar con claridad ese hecho e indicar las razones. Además, se deberá reportar el número de sanciones ejecutoriadas del Registro Público de Sanciones de la Superintendencia de Medio Ambiente (SMA) o de aquel órgano equivalente en jurisdicciones extranjeras, el total de multas; el número de programas de cumplimiento aprobados; programas de cumplimiento

ejecutados satisfactoriamente; planes de reparación por daño ambiental presentados; y planes de reparación por daño ambiental ejecutados de forma adecuada.

Indicadores específicos por tipo de industria. Aparte de lo anterior, se deben reportar aquellas métricas que apliquen para cada industria, elaboradas por el *Sustainability Accounting Standards Board* (SASB). Sin embargo, por ahora, solo el estándar para la industria minera contiene referencias explícitas en materia de derechos humanos, lo cual no abordaremos en esta parte, dado que más adelante analizaremos las memorias de dos empresas mineras chilenas desde una perspectiva de derechos humanos. SASB además tiene en consulta, publicada en diciembre del 2020, un nuevo documento sobre indicadores relacionados con el capital humano que contiene reiteradas referencias a los derechos humanos y a tratados internacionales en la materia. Si se implementara de manera obligatoria, SASB tendría un enfoque en derechos humanos como lo exigen los Principios Rectores, pero solo en relación con el trabajo forzado, la esclavitud moderna y la discriminación de las y los trabajadores,⁸⁸ ya que otros temas como derechos de negociación colectiva o derechos territoriales, no se abordan de manera transversal.

Si bien la NCG N° 461 efectúa algunas menciones a elementos de derechos humanos, no se alinea con lo que es propiamente una perspectiva de derechos humanos. En primer lugar, basada en la norma de la CMF, no existe una obligación sustantiva para las empresas de respetar los derechos humanos, sino solo la obligación de informar ciertos aspectos –no todos– relativos a derechos humanos, pudiendo no tener ninguno sobre la materia. Aunque la obligación sustantiva exista en virtud del artículo 6 de la Constitución, la empresa no necesita reportar sobre su cumplimiento. En segundo lugar, la norma analizada se enfoca con preeminencia en la información relativa a derechos humanos que pueda impactar los retornos financieros de los inversionistas, en circunstancias que los estándares internacionales en la materia exigen que los impactos que se tomen en consideración sean aquellos sufridos por las personas o comunidades titulares de derechos. Así, la norma es un incentivo (solo) indirecto para respetar los derechos humanos.

⁸⁸ SASB, *Human Capital Preliminary Framework*, diciembre de 2020. https://sasb.org/wp-content/uploads/2020/12/Human-Capital_Preliminary-Framework_2020-December_FINAL.pdf

Aparte de estas consideraciones, es posible identificar varios aspectos que frustran un adecuado suministro de información en materia de derechos humanos. Primero, el alcance de la NCG N° 461 es bastante restringido: solo aplica a quienes estén inscritos en el Registro de Valores de la CMF, excluyendo a los fondos mutuos y a los fondos de inversión. Sin embargo, el universo de empresas cuya información sobre derechos humanos es relevante, trasciende ese restringido número de entidades y, en este sentido, la norma es solo un primer paso, considerando lo que se necesita en materia de transparencia. Segundo, en aquellos ámbitos donde la NCG N° 461 hace referencia a cuestiones de derechos humanos, lo desarrolla con un bajo grado de ambición que frustra la posibilidad de que las entidades informen adecuadamente todo lo que es pertinente saber. Tercero, las exigencias de participación de partes interesadas y verificación en terreno e independiente de la información, estándares relevantes desde una perspectiva de derechos humanos, son virtualmente inexistentes en la norma en comento.

2.3. Responsabilidad y sanciones por incumplimiento

El incumplimiento de la LMV o de las normas que emita la CMF (como lo es la NCG N° 461) que, además, ocasione daño a otra persona, obliga al infractor a indemnizar los perjuicios.⁸⁹ Por las personas jurídicas responderán, adicionalmente, civil, administrativa y penalmente, sus administradores o representantes legales, salvo que estos no hayan participado o se hayan opuesto al hecho⁹⁰ (ver capítulo sobre pensiones, *Informe 2022*). La legitimación activa de esta acción está establecida “de manera genérica, a cualquiera que haya padecido daño por dicha conducta infraccional”.⁹¹ Los requisitos de procedencia de esta acción son los mismos que aquellos establecidos en el régimen ordinario del artículo 2314 del Código Civil,⁹² el cual está abierto, indistintamente, para cualquier persona que sufra un daño causado por otra. El caso típico sería el de un inversionista que, producto de no haber recibido información adecuada sobre las prácticas de derechos humanos de la entidad financiada, ve mermado el valor de su inversión. No obstante, al entenderse en términos amplios la legitimidad activa, se puede desprender que el artículo 55 de la LMV debiese permitir, también, acciones civiles impetradas por víctimas de vulneraciones de derechos humanos, si se acredita que el daño ha sido provocado por incumplimiento

⁸⁹ Ley 18.045, art. 55.

⁹⁰ *Ibíd.*

⁹¹ Corte Suprema, *A.F.P. Provida S.A. con PricewaterhouseCoopers Consultores Auditores y Cia.*, 3 de septiembre de 2021, considerando 2.

⁹² *Ibíd.*

de las obligaciones de la LMV, y de aquellas relativas a divulgación de información al público, en particular. No conocemos casos al respecto.

Por su parte, la entrega de información falsa a la CMF se sanciona con penas que van desde el presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.⁹³ A la misma pena están expuestos los socios de empresas de auditoría externa que, maliciosamente, emitan un dictamen o entreguen antecedentes falsos sobre la situación financiera u otras materias respecto a las cuales hubieren emitido su opinión en relación a alguna entidad fiscalizada por la CMF.⁹⁴ En la sección 3.2 se analiza con más detalle el rol de las empresas de auditoría externa en las memorias de las entidades fiscalizadas.

En agosto de 2023 entró en vigencia la Ley de delitos económicos y ambientales,⁹⁵ la cual, entre otros aspectos, define el concepto de “delito económico” y crea un estatuto de responsabilidad penal específico para aquellos, con un sistema especial de determinación de la pena y de atenuantes y agravantes. Se reforma, también, con esta nueva ley, el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas; se crean nuevos tipos ambientales y, en lo más pertinente para este trabajo, se amplía la aplicación del tipo penal referido a la entrega de información falsa al mercado de valores. Esto no sólo respecto de peritos, contadores y auditores como posibles autores, sino también a directores, gerentes, administradores y ejecutivos principales, extendiendo además el tipo penal a la información que estuviere contenida en la memoria, balances u otros documentos destinados a los accionistas, a terceros o a la administración. Si el hecho se refiere a una sociedad anónima abierta, la pena podrá agravarse. Dado lo nuevo de esta ley –y considerando que la información analizada en este trabajo es aquella disponible hasta julio de 2023– no la podemos analizar con mayor detalle. Sin embargo, si sus objetivos se logran correctamente, debiese incentivar la entrega de información fidedigna al mercado, incluyendo la relacionada con derechos humanos, cuando sea pertinente.

En la LMV se encuentra también sancionada la publicidad relacionada a emisiones o colocaciones de valores con declaraciones o representaciones que induzcan al público a error o confusión acerca de una serie de atributos del valor o de sus emisores (como su naturaleza, precio, rentabilidad, etcétera) o “cualquiera otras características”.⁹⁶ Esta última frase nos permite

⁹³ 18.045, art. 59.

⁹⁴ *Ibíd.*

⁹⁵ Ley 20.393 que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos que indica, del 2 de diciembre de 2009, enmendada por Ley 21.595 de delitos económicos, del 17 de agosto de 2023.

⁹⁶ *Ibíd.*, art. 65.

deducir que las cualidades ASG que se le atribuyan a un valor podrían estar sujetas a esta prohibición.

En materia de sanciones, la CMF cuenta con la potestad de imponer censuras, multas o revocación de autorización de existencia a las entidades que fiscaliza. En el caso de las multas, estas pueden llegar a un monto máximo, alternativamente, de UF 100.000, 30% del valor de la operación respectiva o el doble del beneficio obtenido.⁹⁷

En los procedimientos sancionatorios que inicie la CMF, podrán participar terceros interesados, quienes tienen la facultad de efectuar alegaciones y aportar documentos.⁹⁸ De acuerdo con el artículo 21 de la Ley 19.880, se entiende que son “interesados”, aparte de quienes hayan iniciado el procedimiento, las personas que tengan derechos susceptibles de ser afectados por el resultado del procedimiento y aquellos cuyos intereses, individuales o colectivos, puedan resultar vulnerados por la resolución que se dicte. Desde una perspectiva de derechos humanos, este concepto debiese tener una acepción amplia, para incluir a las personas o comunidades víctimas de vulneraciones de derechos humanos cuyos impactos no sean informados en las memorias anuales, atendiendo a los estándares que se han indicado con antelación.

Las personas o entidades que estimen que los actos dictados por la CMF no se ajusten a derecho, podrán impugnarlos a través de los recursos de reposición y de ilegalidad. Esta facultad, redactada en términos más amplios que aquella abordada en el párrafo anterior, debiese poder ser utilizada, por ejemplo, por personas o comunidades víctimas de vulneraciones de derechos humanos, en un procedimiento sancionatorio que exonere a una entidad, fiscalizada por la CMF, en cuya memoria anual no se aborden aspectos relevantes relacionados con sus derechos.

En síntesis, en el ámbito sancionatorio, existen sanciones civiles, administrativas y penales que pueden ser aplicadas en casos de incumplimiento de las obligaciones de información que pesan sobre las entidades fiscalizadas, incluyendo la información de sustentabilidad, y derechos humanos en particular. De acuerdo con el artículo 5 de su ley orgánica, la CMF cuenta con un amplio catálogo de facultades para investigar dichos ilícitos. Puede solicitar, por ejemplo, que las entidades fiscalizadas completen sus memorias en aquellos apartados cuya información no sea adecuada para

⁹⁷ DL 3538, art. 36.

⁹⁸ *Ibíd.*, art. 40.

comprender si la entidad respeta, o no, los derechos humanos; se pueden dictar instrucciones que orienten a las entidades fiscalizadas sobre cómo informar de mejor manera sus prácticas en materia de derechos humanos; la CMF puede inspeccionar a las entidades fiscalizadas y verificar en terreno si la información que se le presenta en materia de derechos humanos es fidedigna o no; puede oficiar a las empresas de auditoría, que se hayan pronunciado sobre materias atinentes a derechos humanos, para indagar sobre los estándares utilizados por estas para efectuar sus pronunciamientos, incluso podría instruirles auditar las prácticas de derechos humanos de las entidades fiscalizadas cuando estas, de mutuo propio, no contraten estos servicios. Asimismo, siguiendo con sus facultades, la CMF podría suscribir convenios con entidades especializadas en la defensa y promoción de derechos humanos y que, por lo tanto, posean información relevante para juzgar las prácticas de las entidades fiscalizadas en esta materia, como el Instituto Nacional de Derechos Humanos, la Defensoría de la Niñez, el Comité para la Prevención de la Tortura, el Ministerio de Desarrollo Social, la Dirección del Trabajo, el SNIFA u otras. La CMF también puede instruir a las entidades fiscalizadas establecer canales de denuncias que cumplan con una serie de requisitos mínimos en línea con los estándares internacionales en materia de derechos humanos.

3. TRANSPARENCIA CORPORATIVA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS EN CHILE

Aplicando los criterios de selección mencionados en la introducción, analizaremos con mayor detalle las memorias correspondientes al ejercicio 2022 presentadas por las empresas SQM y Codelco (minería); CMPC (forestal); y Blumar, Aquachile y Camanchaca (salmoneras),⁹⁹ en relación a la información que proporcionan sobre los riesgos e impactos en derechos humanos que identificaron en sus operaciones y cadenas de suministro. No evaluamos, por lo tanto, el cumplimiento con la NCG N° 461, sino la capacidad de la norma de incentivar un reporte en conformidad con los Principios Rectores.

Las EIDH, y los impactos denunciados en las mencionadas bases de datos, nos permiten contrastar lo que se informa en la memoria por la empresa y lo que se denuncia “en terreno” por terceras fuentes, sean estas organizaciones de la sociedad civil (OSC), las mismas víctimas de impactos en derechos humanos o el público en general. Este ejercicio es relevante pues, de

⁹⁹ Todas las memorias están disponibles en el siguiente enlace: https://www.cmfchile.cl/institucional/mercados/novedades_envio_asg.php.

acuerdo con el Pilar II de los Principios Rectores, las empresas tienen la responsabilidad de respetar los derechos humanos, y reportar sobre ello. Esta revisión resulta aún más relevante si la misma memoria no se construyó con participación significativa de todas las partes interesadas. En este sentido, lo que solicita informar la NCG N° 461 es menos exigente de lo que estipulan los estándares internacionales de derechos humanos. Por ello, es importante contrastar directamente las memorias con el derecho internacional de los derechos humanos. Además, al no tener un sistema de verificación de la información adecuado a los mencionados estándares internacionales de derechos humanos, es importante poder cotejar dicha información con fuentes alternativas. La información sobre derechos humanos contenida en las memorias no puede construirse solamente en base a la perspectiva de la empresa, sino que deben tomarse en consideración fuentes de terceros. Es el caso de las OSC y las víctimas de vulneraciones de derechos humanos que proporcionan informes siguiendo ciertas metodologías, en particular en las Evaluaciones de Impacto en Derechos Humanos.¹⁰⁰ Este contraste entre fuentes de la empresa y fuentes alternativas, no nos permite un juicio final sobre la veracidad de la información, pero nos sirve para identificar posibles vacíos o tergiversaciones de dicha información.

Todo lo anterior contribuye a detectar posibles brechas entre la transparencia de las empresas en materia de derechos humanos y los estándares internacionales. Algunas se producen por falencias de la propia NCG N° 461 y otras por la forma en que las memorias implementan lo establecido en esa norma. Agruparemos el análisis de los distintos aspectos de cada memoria según el criterio aplicado. Es importante aclarar que no se está realizando un ejercicio de evaluación de cumplimiento de las memorias con la NCG N° 461 ni otros marcos de reporte, como el GRI u otros similares. Evaluamos, de manera directa, si las memorias cumplen con o no con los estándares internacionales de derechos humanos. Por esta vía demostramos que la falta de exigencias de la NCG N° 461 en materia de derechos humanos impide o dificulta tener una correcta apreciación sobre la responsabilidad de las empresas de acuerdo con los Principios Rectores.

En relación a los estándares internacionales analizados en la sección 1, nos focalizaremos solo en algunos aspectos de mayor relevancia, que suelen ser desatendidos por las entidades informantes. Esencialmente, nos centraremos en revisar cómo han sido construidas las memorias. En otras palabras, no nos interesa determinar únicamente si las entidades declaran adherir a los Principios Rectores o si afirman realizar procesos de debida

¹⁰⁰ Nora Götzmann (ed), *Handbook on Human Rights Impact Assessment*, Edward Elgar Publishing, 2019.

diligencia en materia de derechos humanos, sino más bien qué procedimientos utiliza la empresa para generar la información que proporciona, de modo que permita, de manera fiable, conocer si es efectivo o no que cumple con su responsabilidad de respetar los derechos humanos. Dicha fiabilidad la da, por ejemplo, el hecho de tomar en consideración la información que terceras personas puedan proporcionar, o que se permita la participación pública respecto a la información que se entrega, o verificar en terreno y de forma independiente las afirmaciones que se realizan, o bien hacerse cargo de abordar las consecuencias negativas de sus actividades, mediante mecanismos adecuados de reclamación y remediación. La revisión de estos factores mencionados nos permitirá tener una imagen más completa sobre la realidad de la práctica del respeto a los derechos humanos de una empresa, que es, finalmente, lo que exige el derecho internacional de los derechos humanos.

El ejercicio de analizar la información relativa a la responsabilidad empresarial en materia de derechos humanos, a partir de los propios reportes corporativos, ha sido objeto de otras iniciativas. El reporte del Corporate Human Right Benchmark (CHRB) de la World Benchmarking Alliance es, probablemente, el más conocido. Este instrumento otorga puntaje y un correspondiente ranking a una serie de empresas, a partir de ciertas metodologías que incluyen indicadores que reflejan los estándares de los Principios Rectores.¹⁰¹ Se le ha criticado al CHRB su falta de consideración de las voces de las víctimas de derechos humanos para evaluar el desempeño de las empresas.¹⁰² Sin embargo, las metodologías sectoriales actualizadas al año 2021, incluyen indicadores para que las empresas evaluadas informen cómo consideran las voces de partes interesadas y verificación por parte de terceros independientes.¹⁰³

Como sostenemos en este trabajo, no basta la sola declaración de una empresa de que respeta los derechos humanos, sino que dichas afirmaciones deben ser medibles y verificables a través, por ejemplo, de auditorías externas. Por lo tanto, por una parte, la ausencia de indicadores en la metodología simplificada, que requieran demostrar la realización de auditorías externas, y, por otra parte, la no consideración de las voces de las partes in-

¹⁰¹ El CHRB tiene una metodología simplificada sobre los indicadores básicos de los Principios Rectores, denominada “Core UNGP Indicators”, y metodologías sectoriales o especializadas para ciertos rubros económicos como el extractivo, automotriz, textiles, agricultura y alimentos, y tecnologías de información y comunicación, las que incorporan una mayor cantidad de indicadores y por ello son más completas.

¹⁰² Ver Rajiv Maher, “De-contextualized Corporate Human Rights Benchmarks: Whose Perspective Counts? See Disclaimer”, *Business and Human Rights Journal*, 2019, pp. 1-8.

¹⁰³ World Benchmarking Alliance, *CHRB 2021-2021 methodology review*, p. 9.

teresadas, pueden mostrar una imagen incompleta sobre el grado de implementación de los Principios Rectores. A raíz de lo anterior, cabe destacar que un estudio realizado en Chile por la Pontificia Universidad Católica (PUC) y la OIT sobre la implementación de los Principios Rectores en empresas del IPSA,¹⁰⁴ aplicó la metodología simplificada del CHRB sobre indicadores básicos de los Principios Rectores.¹⁰⁵

En consecuencia, los resultados de dicho estudio presentan, por extensión, las limitaciones que ya hemos mencionado anteriormente. A modo de ejemplo, falta incluir fuentes de terceros para el ejercicio de evaluación de las memorias y no existe verificación externa de las afirmaciones sobre derechos humanos contenidas en las memorias. Esto, a nuestro juicio, no permite que se cumpla con los estándares internacionales. En el estudio mencionado, la ausencia de terceras fuentes no afectó negativamente el puntaje que se le otorgó a las empresas. En este capítulo, en cambio, hemos contrastado la información contenida en las memorias con las EIDH que existen para algunas de estas empresas, a fin de detectar brechas entre lo informado en la memoria y la situación “en terreno”. De este modo, cuando esta última no es abordada en la memoria de manera específica, nosotros consideramos que no se está cumpliendo con los estándares internacionales. Asimismo, si la memoria de una empresa no logra vincular una determinada operación con derechos, riesgos e impactos concretos, nosotros consideramos, para efecto de este análisis, que dicha operación debiera ser evaluada negativamente.¹⁰⁶

3.1. Enfoque de derechos humanos en la información

En este apartado se busca mostrar cómo las memorias analizadas enfocan su abordaje respecto a la situación de los derechos humanos en sus actividades (en el caso de que lo hagan), en vez de limitarse a enunciar ideas abstractas sobre un teórico compromiso con los derechos humanos. Revisaremos si las memorias identifican en forma específica a los grupos que puedan ver sus derechos afectados por las respectivas actividades (sin analizar aquí si es que esos grupos son incorporados y de qué manera al proceso de elaboración de información contenida en la memoria, lo cual se analiza en la sección 3.3). Además, observaremos si existe una identificación geográfica de los

¹⁰⁴ PUC y OIT, *Primer Diagnóstico sobre Empresas y Derechos Humanos Chile 2022*, 9 de enero de 2023.

¹⁰⁵ World Benchmarking Alliance, *Corporate Human Rights Benchmark Core UNGP Indicators*, septiembre 2019, pp. 7-19.

¹⁰⁶ Ver indicador B.2.1 aplicado a Empresas CMPC S.A., disponible en [CMPC. SNAPSHOT Tablas CORE actualizado.xlsx - Google Sheets](#) (revisado por última vez el 1 de septiembre de 2023, cuando el archivo aún era de acceso abierto). Los autores están en posesión del archivo.

impactos, si se mencionan los derechos que se ven afectados por sus operaciones, cuáles son, específicamente, los impactos reales o potenciales de sus actividades y las consecuencias negativas que se siguen de dichos impactos.

3.1.1. Identificación de grupos afectados y localización geográfica

SQM menciona, para cada una de sus operaciones, las comunidades o localidades que pueden verse negativamente afectadas producto de su actividad. Respecto a las comunas donde se ubican las operaciones, se proporcionan datos sociales y demográficos, como porcentaje de pueblos indígenas y niveles educacionales.¹⁰⁷ Sin embargo, no se mencionan cuáles son estos grupos, específicamente, los derechos impactados ni las consecuencias negativas para esas poblaciones producto de esos impactos. Una comunidad puede verse afectada, por ejemplo, por escasez hídrica o por desechos tóxicos (impactos); a su vez, cada uno de estos impactos podría generar consecuencias adversas en el riego de cultivos, en el agua y el alimento para el ganado, en la salud de las personas, o en prácticas culturales ancestrales de pueblos indígenas, etc.

Codelco, por su parte, si bien no hace una exposición de las comunidades afectadas con el mismo grado de sistematicidad que SQM, sí menciona, por ejemplo, las localidades con estrés hídrico desde las que extrae agua, dando a entender, implícitamente, que allí podría haber impactos sobre el derecho humano al agua.¹⁰⁸ También menciona la ubicación de sus tranques de relaves, indicando si existen comunidades en las proximidades.¹⁰⁹ En relación a comunidades indígenas, en particular, la memoria de Codelco detalla aquellas que son adyacentes a sus operaciones, pero sin mencionar cuáles son los impactos a sus derechos y consecuencias negativas que se siguen de ello.¹¹⁰ Codelco menciona también la situación de Ventanas y la afectación que esta división de la minera generaba a la comunidad del lugar.¹¹¹

CMPC, por su parte, no hace ninguna identificación de grupo específicos, sino solo se refiere en sus memorias a categorías abstractas (“comunidades”, “vecinos”). Dado que no menciona qué grupos concretos pueden verse afectados por sus actividades (como sí lo hace SQM), tampoco es posible saber, a partir de su memoria, qué impactos sufren esos grupos y qué consecuencias se siguen de ello. Lo mismo sucede con Blumar, Camanchaca y Aquachile, cuyas memorias también contienen brechas con los Principios

¹⁰⁷ Sociedad Química y Minera de Chile S.A. (SQM), “Memoria Anual 2022”, pp. 157-158.

¹⁰⁸ Corporación del Cobre de Chile (Codelco), “Memoria Anual 2022”, pp. 136-137.

¹⁰⁹ *Ibíd.*, p. 158.

¹¹⁰ *Ibíd.*, p. 149.

¹¹¹ *Ibíd.*, p. 13.

Rectores al no identificar, de manera precisa, los grupos cuyos derechos son afectados por sus operaciones.

3.1.2. Enunciación de derechos impactados por empresa

Las empresas deben indicar en sus memorias cuáles son los derechos susceptibles de ser afectados por sus operaciones, priorizándolos de acuerdo a la gravedad y probabilidad de ocurrencia de riesgos sobre los mismos.¹¹²

SQM no realiza un análisis general de qué derechos pueden verse afectados por tales o cuáles operaciones. Solamente menciona, de manera abstracta, su compromiso con los derechos humanos, los derechos laborales y, principalmente, los derechos ambientales.¹¹³ Quizás lo que más se acerca a una información concreta sobre afectación de derechos en el contexto de sus operaciones, es cuando menciona que, en 2017, un tribunal ambiental ordenó el cierre de pozos de los que la empresa extraía agua y cuando, en 2019, el mismo tribunal sentenció que el plan de cumplimiento ambiental de SQM en el Salar de Atacama no cumplía con la legislación ambiental.¹¹⁴ En ambos casos, sin proporcionar detalles en la memoria, se entiende que SQM está relatando los impactos que sus operaciones han generado sobre el derecho al agua y el derecho a un medio ambiente sano, respectivamente. Los derechos impactados por esta empresa han sido documentados por organizaciones de la sociedad civil que representan a las comunidades afectadas,¹¹⁵ lo que permite hacer visible las brechas de su memoria. Entre algunos de estos impactos se puede mencionar el hecho de que SQM nunca ha sometido alguno de sus proyectos a consulta indígena, de acuerdo a los estándares del Convenio 169 de la OIT;¹¹⁶ que sus operaciones en terreno han afectado la posibilidad de realizar pastoreo y agricultura por parte del pueblo lickanantay,¹¹⁷ que el reparto de los beneficios con las comunidades no ha sido equitativo;¹¹⁸ que permanece inconcluso el proceso de saneamiento de tierras del pueblo lickanantay, el cual alcanzaría menos de la mitad de lo que les correspondería;¹¹⁹ y que se han producido impactos

¹¹² OCDE, *Guía de la OCDE de Debida Diligencia para una conducta empresarial responsable*, 2018, p. 32, disponible en <https://mneguidelines.oecd.org/Guia-de-la-OCDE-de-debida-diligencia-para-una-conducta-empresarial-responsable.pdf>.

¹¹³ SQM, op. cit., p. 98-99.

¹¹⁴ *Ibíd.*, p. 140.

¹¹⁵ José Aylwin y otros, *Evaluación de impacto en derechos humanos de SQM en los derechos del pueblo indígena lickanantay*, Observatorio Ciudadano, 2021, pp. 59 y ss. <https://observatorio.cl/wp-content/uploads/2021/08/informe-eidh-sqm-en-derechos-pueblo-lickanantay.pdf>

¹¹⁶ *Ibíd.*, p. 62.

¹¹⁷ *Ibíd.*, p. 69.

¹¹⁸ *Ibíd.*, p. 72.

¹¹⁹ *Ibíd.*, p. 77.

sobre el derechos al agua, incluso sobre un humedal Ramsar.¹²⁰ SQM no reporta o comenta ninguno de estos impactos en su memoria del año 2022 ni en la de 2021.

Codelco es más directo al señalar, específicamente, cuáles son los impactos que sus operaciones generan en las comunidades. En lo pertinente, respecto a los derechos de las personas y comunidades, se mencionan: calidad de vida impactada por las operaciones en sus aspectos económicos (creación de empleo local, provisión de bienes y servicios), sociales (cultura minera, respeto por las tradiciones y forma de vida local) y ambientales (uso de agua, emisiones y calidad del aire, olores, preservación de la biodiversidad); posibles impactos de seguridad en la gestión de relaves, así como producto del cierre de minas y campamentos que la empresa aborda mediante planes específicos.¹²¹

CMPC no menciona derechos precisos que se vean afectados por sus operaciones y, por el contrario, realiza la sorprendente afirmación de que sus operaciones no presentan riesgos en materia de derechos humanos.¹²² Esta aseveración es incorrecta como es de público conocimiento y tal como lo hemos analizado en *Informes* anteriores.¹²³ Por ejemplo, en Lumaco (comuna en la cual CMPC es una de las principales forestales), se han documentado vulneraciones por parte de la industria forestal al derecho a la tierra del pueblo mapuche; afectación a la subsistencia económica de dicha etnia; agotamiento de recursos hídricos de las comunidades y degradación de la tierra (derecho humano al agua); pérdida de bosque nativo y sus beneficios, como la medicina tradicional, afectando el derecho a la salud; inexistencia de consulta indígena de los proyectos forestales; elusión del sistema de evaluación ambiental, entre otras.¹²⁴ Esta empresa presenta, en este apartado, probablemente el desempeño más pobre de las memorias revisadas.

Blumar, por su parte, desarrolla de manera más transparente los impactos y derechos afectados por sus operaciones. En materia de biodiversidad hace referencia a los escapes de peces y cómo aquello puede generar invasión

¹²⁰ *Ibíd.*, p. 81. Ver también, Cristóbal Carmona, “¿Compartiendo beneficios en el Salar de Atacama? Recursos naturales, explotación del litio y modelo(s) de desarrollo en territorio del pueblo atacameño”, de este mismo *Informe*.

¹²¹ Codelco, *op. cit.*, p. 60.

¹²² Empresas CMPC S.A., “Memorial Anual 2022”, p. 150.

¹²³ José Aylwin y otros, *Impactos de la industria forestal en los derechos humanos del pueblo mapuche en la comuna de Lumaco*, Observatorio Ciudadano, 2021. Ver también, *Informe 2021*, pp. 363 y ss., e *Informe 2022*, pp. 95 y ss.

<https://observatorio.cl/wp-content/uploads/2023/01/informe-industria-forestal-lumaco.pdf>

¹²⁴ *Ibíd.*, pp. 32 y ss.

de especies no endémicas en el océano.¹²⁵ Detalla, además, algunos ámbitos críticos donde se puede ver afectada –o que afectan– la biodiversidad: impactos sobre hábitats de alto valor de conservación, protección e integridad genética de las poblaciones silvestres; uso irracional de las materias primas para fabricar alimento para peces; transferencia de enfermedades o parásitos de cautiverio a poblaciones silvestres y escape de los cultivos con posible riesgo dada su condición de especie invasora.¹²⁶ Blumar reportó, adicionalmente, la ocurrencia, en 2022, de un florecimiento de algas en Puerto Aguirre, Aysén, que generó una alta mortalidad de peces, así como otro evento de escape de peces.¹²⁷ Si bien representa, en cuanto a impactos ambientales, probablemente, la mejor práctica entre las memorias analizadas, hay otras situaciones de gran importancia en materia de derechos humanos que no son abordadas. Falta una exposición más detallada sobre los derechos laborales, en particular, respecto a la muerte, o riesgo de muerte, de buzos (que trabajan en empresas subcontratadas por la salmonera, principalmente) y las medidas que se adoptaron para enfrentar estos riesgos; así como la importancia que le asignan a los derechos ancestrales de los pueblos indígenas que habitan el borde costero, establecidos en el Convenio 169 de la OIT y en la Ley Lafkenche.

La empresa Camanchaca en su memoria, también reporta ciertos riesgos o impactos relevantes. Primero, resume las inquietudes que distintos grupos de interés le han planteado –trabajadores, sindicatos, inversionistas, autoridades, comunidades aledañas y organizaciones sociales– en relación al respeto por los derechos humanos, con lo cual la temática quedaría, implícitamente, reconocida por la empresa.¹²⁸ Señala, por otra parte, en su memoria anual, que los vecinos cercanos a sus zonas de producción son las principales víctimas cuando hay impactos ambientales.¹²⁹ Se menciona, asimismo, la contaminación de las aguas por operación de los centros de cultivo, como uno de sus principales riesgos, y¹³⁰ el uso considerable de agua que emplean las piscinas de cultivo y otros riesgos asociados a la gestión del agua, como el vertimiento de riles.¹³¹

Aquachile, por su parte, si bien no ha adoptado una perspectiva igual de clara que Blumar o Camanchaca, sí ha desarrollado un enfoque de materialidad, donde no solo se consideran los intereses de los inversionistas,

¹²⁵ Blumar S.A., “Memoria Anual 2022”, p. 166.

¹²⁶ *Ibíd.*

¹²⁷ *Ibíd.*

¹²⁸ Camanchaca S.A., “Memorial Anual 2022”, p. 29.

¹²⁹ *Ibíd.*

¹³⁰ *Ibíd.*, p. 92.

¹³¹ *Ibíd.*, p. 192.

sino también impactos que generan sus operaciones en otros grupos de interés como las comunidades y los/as trabajadores.¹³² Según la OCDE, se considera “material” la “información cuya omisión o declaración errónea puede razonablemente esperarse que influya en la evaluación que hace un inversionista del valor de una empresa [o] como información que un inversionista razonable consideraría importante al tomar una decisión de inversión o de votación”.¹³³ En esta línea, Aquachile identifica como riesgos materiales sus impactos ambientales, los conflictos con las comunidades, incluyendo pueblos indígenas, o la salud y seguridad de los trabajadores.¹³⁴ Sin embargo, la memoria no es clara ni precisa cuáles de sus operaciones generan los impactos y cómo se abordan en la gestión de riesgos.

3.2. Reclamación y remediación

En esta materia del Pilar III, SQM informa la existencia de un canal de denuncias para infracciones a su código de ética, el cual aborda los derechos humanos, pero circunscribiendo estos solo a asuntos laborales como, por ejemplo, el trabajo infantil o forzado.¹³⁵ Dicho canal está abierto también a terceros¹³⁶ –y se asegura la confidencialidad y anonimato de las denuncias–,¹³⁷ sin embargo, no queda claro si está disponible para denunciar posibles vulneraciones a derechos humanos no laborales. La memoria de SQM informa, por otro lado, denuncias que han existido por acoso sexual, acoso laboral, multas cursadas por la Dirección del Trabajo, juicio de tutela laboral (por vulneración de derechos fundamentales), fiscalizaciones de la SMA y DGA, y programas de cumplimiento en relación a procedimientos sancionatorios que se han iniciado en su contra.¹³⁸ No se reporta sobre los resultados de las denuncias, en el sentido de si fueron rechazadas o acogidas y –en este último caso– cuáles fueron las acciones tomadas para remediar el asunto. Se menciona también que no existirían multas ni sanciones ambientales durante 2022.¹³⁹ En lo relativo a remediación: no se informa cómo han remediado en el pasado impactos negativos sobre derechos humanos, o de qué manera lo harían en el futuro, en las distintas situaciones posibles.

¹³² Empresas Aquachile S.A., “Memoria Anual 2022”, pp. 380-381.

¹³³ Véase OCDE, op. cit., nota 41.

¹³⁴ *Ibíd.*, p. 380.

¹³⁵ SQM, op. cit., p. 135.

¹³⁶ *Ibíd.*, p. 20.

¹³⁷ *Ibíd.*

¹³⁸ *Ibíd.*, p. 138.

¹³⁹ *Ibíd.*, p. 141.

Codelco informa la existencia de un canal de denuncias abierto a terceros y con posibilidad de anonimato.¹⁴⁰ Durante 2022 recibieron 30 denuncias por dicha vía. Se documenta también la existencia de 88 denuncias por acoso laboral y 12 por acoso sexual, donde 51 y 8, respectivamente, fueron desestimadas.¹⁴¹ Codelco, además, informa la existencia de juicios de tutela laboral en su contra durante 2022 (sin detallar el número), de los cuales la cuprífera no habría sido condenada en ninguno.¹⁴² No señala si hubo, o no, acuerdos compensatorios. Finalmente, Codelco informa la imposición en su contra de 20 sanciones por parte de la Dirección del Trabajo, por un monto total de casi 64 millones de pesos.¹⁴³

CMPC, por su parte, informa en su memoria la existencia de un canal de denuncias para casos de vulneración de las normas internas de la empresa o las leyes vigentes, abierto a terceros, con posibilidad de confidencialidad y anonimato.¹⁴⁴ El ámbito de aplicación pareciera ser lo bastante amplio como para comprender vulneraciones de derechos humanos. Se informan casos de denuncias ambientales, acoso laboral y sexual, afectaciones a vecinos y comunidades, daño ambiental, riesgo para la salud o seguridad, entre otras.¹⁴⁵ En el año 2022 CMPC recibió 761 denuncias. De esas, 560 se declararon no admisibles o no comprobadas, cuyo criterio de decisión es poco claro en la memoria. Solo se señala que no corresponden a la línea de denuncias, o no hay información suficiente, y que 147 han sido resueltas, dándose a entender que favorablemente al denunciante (“comprobadas”).¹⁴⁶ Se menciona que en 121 casos se tomaron medidas correctivas o disciplinarias, sin proporcionar mayor detalle sobre cuáles fueron.¹⁴⁷ Solo para los casos de acoso laboral se informa que las medidas pueden incluir amonestaciones verbales o escritas, intervención de equipos, entrenamientos y capacitaciones, o incluso despidos en las situaciones de acoso sexual.¹⁴⁸

La empresa Blumar tiene un canal de denuncias, abierto a terceros, para casos de vulneraciones de sus normativas internas,¹⁴⁹ el cual, por su amplitud, debiese incluir derechos humanos. Informan que en 2022 recibieron

¹⁴⁰ Codelco, op. cit., p. 76.

¹⁴¹ *Ibíd.*, p. 185.

¹⁴² *Ibíd.*, p. 77.

¹⁴³ *Ibíd.*

¹⁴⁴ CMPC, op. cit., p. 319.

¹⁴⁵ *Ibíd.*, p. 320.

¹⁴⁶ *Ibíd.*

¹⁴⁷ *Ibíd.*, p. 319.

¹⁴⁸ *Ibíd.*, p. 321.

¹⁴⁹ Blumar, op. cit., p. 76.

28 denuncias, todas resueltas, según indican.¹⁵⁰ No hay más detalles sobre cómo fueron resueltas las denuncias, si favorablemente o no para la víctima, o qué consecuencias se habrían derivado de esas acciones. En el mismo periodo fueron objeto de 9 multas en apariencia ambientales, lo cual no queda del todo claro, pues no se menciona qué organismo cursó las multas y en base a qué hechos, o qué normas se habrían incumplido.¹⁵¹ Mencionan, también, que en 2022 pagaron 6 multas (aparte de las que fueron “cursadas”), pero no aclaran cuándo se impusieron esas multas.¹⁵² En el registro de la SMA no aparecen multas ejecutoriadas en contra de Blumar, lo cual complica aún más el entendimiento de esta parte de la memoria. Podrían existir sanciones ambientales impuestas por Sernapesca, pero no se cuenta con un registro público –como el Sistema Nacional de Información de Fiscalización Ambiental (SNIFA)– para revisar. Tampoco hay claridad sobre si existen vínculos entre las situaciones denunciadas internamente y las multas aplicadas por las autoridades administrativas.

Camanchaca tiene un canal de denuncias abierto a terceros,¹⁵³ aunque pareciera más bien alineado con el modelo de prevención de delitos. Si bien se menciona la posibilidad de denunciar también “otras irregularidades”,¹⁵⁴ no queda claro si deben ser de naturaleza similar a aquellas en que se denuncie el incumplimiento del modelo de prevención de delitos o si es extensible a cualquier vulneración de derechos en general. No hay más detalles sobre el número total de denuncias recibidas, o de qué naturaleza son, quién las interpuso, cuántas se acogieron o qué consecuencias se siguieron, sino solamente la existencia de denuncias por acoso laboral y también condenas en materia laboral.¹⁵⁵ Señala que no se le han instruido procedimientos sancionatorios por cuestiones ambientales en su contra en forma directa, pero sí a algunas de sus filiales.¹⁵⁶

Finalmente, Aquachile también cuenta con un canal de denuncias abierto a terceros, con garantía de anonimato,¹⁵⁷ sin especificar las materias precisas por lo que pareciera estar disponible a cualquier asunto. La empresa informa haber recibido 30 denuncias el año 2022, concluyendo 23 de ellas.¹⁵⁸ Menciona también que su tiempo promedio de respuesta es

¹⁵⁰ *Ibíd.*, p. 76.

¹⁵¹ *Ibíd.*, p. 264.

¹⁵² *Ibíd.*, pp. 170, 264.

¹⁵³ Camanchaca, *op. cit.*, p. 124.

¹⁵⁴ *Ibíd.*, p. 92.

¹⁵⁵ *Ibíd.*, p. 125.

¹⁵⁶ *Ibíd.*, p. 112.

¹⁵⁷ Aquachile, *op. cit.*, p. 45.

¹⁵⁸ *Ibíd.*

de 34 días.¹⁵⁹ Indica que no se recibieron denuncias por vulneraciones de derechos humanos,¹⁶⁰ pero no es posible verificar aquello por no tener a la vista los detalles de los casos. La empresa informa también la existencia de un procedimiento de tutela laboral y tres procedimientos por vulneración de la ley de pesca.¹⁶¹

3.3. Consideración de fuentes de terceros

Ninguna de las empresas analizadas reporta o evidencia haber recurrido a terceros interesados para elaborar la información reportada, ya sean personas pertenecientes a grupos o poblaciones afectadas, grupos de la sociedad civil o el público en general. Salvo Camanchaca –que en el resumen de las inquietudes de sus grupos de interés menciona los derechos humanos–,¹⁶² ninguna otra memoria detalla cómo se toman en consideración los insumos de las personas potencialmente afectadas en sus derechos humanos laborales o ambientales.

3.4. Verificación externa de la información

Ninguna memoria fue auditada en relación con la veracidad de los hechos en terreno, sin embargo, siempre se debiera establecer si la memoria refleja verídicamente lo que sucede en la práctica. Por ejemplo, si una empresa menciona en su memoria que sus operaciones han sido certificadas con un determinado estándar, pero en la memoria no existe información sobre lo que la certificación con exactitud avala, entonces esa es una memoria que no cumple con los estándares internacionales de derechos humanos.

SQM no reporta en su memoria la realización de auditoría a sus indicadores de sustentabilidad. No obstante, menciona un proceso de auditoría para obtener la certificación del estándar minero de la Initiative for Responsible Mining Assurance (IRMA),¹⁶³ el cual incluye exigencias en materia de derechos humanos que van en línea con los Principios Rectores y que son verificadas por un comité de terceros, *multistakeholder*.¹⁶⁴ En relación a la independencia de las empresas certificadoras, podemos

¹⁵⁹ *Ibíd.*

¹⁶⁰ *Ibíd.*

¹⁶¹ *Ibíd.*, p. 47

¹⁶² Camanchaca, op. cit., p. 29.

¹⁶³ SQM, op. cit., p. 5

¹⁶⁴ Initiative for Responsible Mining Assurance, “Estándar para la minería responsable de IRMA”, junio de 2018, pp. 28 y ss. –para los aspectos de debida diligencia en materia de derechos humanos– y pp. 54 y ss. para los estándares de consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas.

Ver, Estatutos de IRMA, mayo de 2020, pp. 10 y ss. [20090301 POL01 UEBT Communication & Claims Policy for Trading Members \(responsiblemining.net\)](https://www.responsiblemining.net). En relación a la entidad certificadora que preste servicios a IRMA para realizar las auditorías, esta debe efectuar declaraciones juradas de

revisar, como ejemplo, la estructura básica de IRMA. Dicha entidad está compuesta, actualmente, de 13 directores y directoras, donde cada uno de los seis sectores participantes aporta dos representantes. Dichos sectores son: compañías mineras, compañías que compran productos mineros, organizaciones no-gubernamentales, comunidades afectadas, organizaciones laborales, e inversionistas y financistas. El financiamiento de IRMA proviene de sus socios (provenientes de los mencionados sectores), lo cuales son, mayoritariamente, empresas privadas que se benefician de los servicios que presta IRMA.

Codelco, por su parte, inició en 2022 un proceso para obtener la certificación de The Copper Mark,¹⁶⁵ la cual, como IRMA, también tiene exigencias en materia de debida diligencia en derechos humanos de acuerdo con los Principios Rectores, y es, de igual manera, evaluada por terceros.¹⁶⁶

Codelco auditó sus indicadores de sustentabilidad con Deloitte, entidad que revisó aquellos elaborados en torno al GRI, SASB y algunos criterios de aseguramiento del International Council on Mining and Metals.¹⁶⁷ Entre los indicadores SASB revisados no se incluye aquel que aborda la debida diligencia en materia de derechos humanos (aplicable solo a mineras), pero se menciona la realización de una Evaluación de Impactos en Derechos Humanos¹⁶⁸ cuyos resultados no están abordados en la memoria.

CMPC señala que la auditora KPMG revisó 27 indicadores tomados del GRI, SASB y otros propios de CMPC.¹⁶⁹ Sin embargo, ningún indicador aborda la debida diligencia de la empresa en materia de derechos humanos.

Blumar auditó con la auditora EY los aspectos de sustentabilidad de su memoria, elaborados en base al GRI 4 y SASB,¹⁷⁰ pero no presenta un detalle sobre los indicadores revisados. Camanchaca y Aquachile no reportan en sus memorias la realización de auditorías de sus indicadores de sustentabilidad,

imparcialidad, Ver: IRMA, “Requisitos para las entidades certificadoras”, pp. 10 y ss. [IRMA-Certification-Body-Requirements-V2.0_06012023.pdf \(responsiblemining.net\)](https://www.responsiblemining.net/irma-certification-body-requirements-v2.0-06012023.pdf).

¹⁶⁵ Codelco, op. cit., pp. 73, 170.

¹⁶⁶ The Copper Mark, “Guía de criterios de evaluación de la preparación para el riesgo”, febrero de 2020, pp. 99 y ss.. En términos de imparcialidad de esta entidad, su directorio está compuesto, actualmente, de siete miembros (de un mínimo de cinco y máximo nueve), de los cuales tres son representantes de la industria minera, tres independientes a los que se suma el director ejecutivo de The Copper Mark ([Governance - The Copper Mark](#)). En el caso de los evaluadores, estos deben ser independientes tanto de la compañía que evalúa como de su cadena de suministro (The Copper Mark, “El proceso de aseguramiento Copper Mark”, octubre de 2022, p. 29).

¹⁶⁷ Codelco, op. cit., p. 238.

¹⁶⁸ *Ibíd.*, p. 149.

¹⁶⁹ CMPC, op. cit., p. 430.

¹⁷⁰ *Ibíd.*, p. 6.

sin embargo, tanto Aquachile¹⁷¹ como Blumar¹⁷² y Camanchaca¹⁷³ cuentan con certificación del Aquaculture Stewardship Council en parte de sus operaciones.¹⁷⁴ Esta certificación menciona elementos de derechos humanos, en especial en el ámbito laboral y también en materia de consulta indígena.¹⁷⁵ El Estándar de Alimentos del ASC contiene un mecanismo de verificación por terceros¹⁷⁶ y contempla normas relativas a reclamaciones por parte de trabajadores.¹⁷⁷ Las salmoneras analizadas, no obstante, solo mencionan genéricamente que mantienen certificación ASC y no queda claro, con exactitud, cuáles han obtenido y en qué momento.

Hay algunas conclusiones relevantes respecto a las auditorías aplicadas a CMPC, Blumar y Codelco, de acuerdo a los procedimientos que ellas mismas describen en sus informes de aseguramiento, que le restan credibilidad a la información obtenida por esos medios. En dichos informes se indica que esas empresas auditoras no abordan aspectos de debida diligencia en materia de derechos humanos; de hecho, no efectúan, siquiera, reporte específico de impactos o respeto a los derechos humanos. Asimismo, puntualizan que las fuentes consultadas para verificar la información provienen exclusivamente de la empresa auditada, sin considerar a terceros, y que el estándar de la revisión que efectúan es menor al de una auditoría “clásica”, como sería, por ejemplo, la de los estados financieros.

4. CONCLUSIONES

En el presente capítulo se ha analizado el sistema chileno de transparencia sobre sustentabilidad corporativa, con énfasis en sus aspectos de derechos humanos, para evaluarlo a la luz de los estándares internacionales aplicables a la materia. Nos hemos enfocado en la Norma de Carácter General N° 461, al ser el elemento principal de este sistema, más no el único, ya que existen distintas normas igual de pertinentes. De nuestro análisis se desprende que, tanto en diseño general como en aspectos de su bajada concreta, el sistema chileno de transparencia en esta materia no logra reflejar a plenitud los estándares del derecho internacional de los derechos

¹⁷¹ Aquachile, op. cit., p. 140.

¹⁷² Blumar, op. cit., p. 118.

¹⁷³ Camanchaca, op. cit., p. 68.

¹⁷⁴ Aquachile no detalla cuántos centros tiene certificados. Blumar cuenta con 17 centros de cultivo certificados, lo que representaría el 71% de sus centros. Camanchaca no menciona la cantidad de centros, sino solo que el 73% de la producción está certificada.

¹⁷⁵ Ver Aquaculture Stewardship Council, “Estándar ASC para Salmones”, Versión 1.4, septiembre de 2022, pp. 59-71.

¹⁷⁶ Aquaculture Stewardship Council, “Módulo de Cadena de Custodia”, mayo de 2022.

¹⁷⁷ Aquaculture Stewardship Council, “Estándar de Alimentos de ASC”, enero de 2023, p. 36.

humanos. Hay ciertamente un avance en el alcance de la información que las empresas deben entregar, pero aún no se cumple a cabalidad con lo estipulado en los Principios Rectores y las Guías de Debida Diligencia de la OCDE. Por lo tanto, la NCG N° 461, estrictamente, aún no constituye un instrumento con enfoque de derechos humanos.

Interpretando los artículos 5 y 6 de la Constitución Política de la República, todos los órganos del Estado, en cualquier ámbito que se desempeñen, tienen la obligación de incorporar una perspectiva de derechos humanos en su actuar, sin que por ello deban abandonar las otras funciones que les han sido encomendadas; roles que, además, no solo no son excluyentes, sino que complementarios y sinérgicos el uno con el otro. Así, la Comisión para el Mercado Financiero no podría esgrimir que su mandato no involucra explícitamente la protección de los derechos humanos. El ejercicio de su función –entre otras, resguardar la confianza que los inversionistas depositan en el mercado de capitales chileno– no puede realizarse en conformidad con la Constitución de la República y los tratados internacionales de derechos humanos, si no se resguardan los derechos humanos. Además, debe participar en la protección de los derechos a través de las medidas que están a su alcance, es decir, en este caso, proporcionarles a los inversionistas y al resto de los participantes del mercado, información en materia de derechos humanos que se adecúe a lo requerido por los estándares internacionales. En este sentido, la CMF debiera utilizar sus facultades de fiscalización para asegurar la cabal protección de los derechos humanos en las actividades económicas que supervisa. No pudimos obtener evidencia de que, en la actualidad, lo estuviera haciendo, no habiendo podido obtener plan específico de fiscalización para los apartados referidos a los derechos humanos de la norma. La CMF informó que esos criterios de la norma eran reservados.¹⁷⁸

En relación a las memorias de las empresas analizadas, podemos apreciar niveles claramente distintos en los reportes sobre aspectos de derechos humanos. Ninguna memoria adopta un enfoque de derechos humanos tal como está definido en los Principios Rectores. Sin embargo, es necesario destacar que hay una distancia entre la completa ausencia de la mención de impactos en derechos humanos en el caso de CMPC –que además contrasta con informes alternativos en relación a la empresa–, con el análisis incompleto, pero claramente existente, en las otras memorias (Codelco, SQM, y,

¹⁷⁸ *Ibíd.*

en menor medida, Blumar, Camanchaca, Aquachile), las cuales se acercan más a una perspectiva de derechos humanos en materia de transparencia.

En lo referido a la consideración de fuentes de terceros para confeccionar la memoria, se aprecia que ninguna empresa reporta haber realizado lo anterior, salvo Camanchaca que menciona en su memoria las –que serían– principales inquietudes de sus grupos de interés. Respecto a la verificación externa de la información, en general, no existen certificaciones sobre debida diligencia en derechos humanos cuyos resultados sean explicados en la memoria. Sin embargo, tanto SQM como Codelco reportan estar en proceso de obtención de certificaciones sobre minería responsable, las cuales abarcarían la debida diligencia en esta materia.

En general, la independencia e imparcialidad de las entidades certificadoras es difícil de evaluar, en particular cuando son de la misma industria (muchas veces entidades gremiales). En este sentido, la incorporación de otros grupos interesados en los comités de certificación es un paso importante en la calidad de la autoregulación de las industrias. De todas formas, los resultados de la evaluación que realizan las auditoras y consultoras, a menos que sean explicitados en la memoria, no permiten dar por cumplidos los estándares internacionales de derechos humanos, como ocurre en el caso de ambas empresas mineras. Asimismo, al momento de proyectar un enfoque de derechos humanos en la transparencia corporativa, en general, se pueden apreciar inconsistencias entre lo que serían los impactos efectivos provocados por las empresas y lo que estas reportan en sus memorias. Las entidades analizadas distan de ilustrar de manera fidedigna la brecha mencionada.

Finalmente, en materia de reclamación y remediación, las memorias presentan divergencias que dificultan la comparabilidad. En general, cada empresa decide qué detalles informar o enfatizar, respecto a su canal de denuncias. Es común, también, la carencia de un desglose más elaborado sobre las denuncias o reclamaciones que se reciben y, particularmente, cuáles son las acciones que se han tomado para remediar las diversas vulneraciones de que dan cuenta las denuncias o reclamaciones que se hayan acogido. También se echa de menos una explicación sobre los criterios utilizados para acoger o denegar una determinada reclamación.

RECOMENDACIONES

Para el Estado:

1. Incorporar explícitamente, por ley, la obligación de las empresas de respetar los derechos humanos, mediante procesos de debida diligencia adecuados a los estándares internacionales en la materia.
2. Exigir, legalmente, que los reportes de sustentabilidad sean verificados por entidades externas independientes, imparciales y objetivas.
3. En el caso de la CMF, utilizar íntegramente las herramientas proporcionadas por la ley para ejercer en términos adecuados su potestad fiscalizadora, mediante la comprobación, en terreno, si es necesario, de la información que suministren las empresas en sus memorias anuales, y en colaboración con otros organismos públicos como el INDH, y diversas entidades de fiscalización.
4. Adoptar una visión sistemática respecto a la obligación de divulgación que establece la NCG N° 461, fortaleciendo las medidas de prevención, investigación y reparación de derechos humanos en lo referido a otras instituciones y normativas relevantes.
5. Garantizar, por medio de la CMF y los mecanismos de la LMV, que la información proporcionada por las empresas –objeto de la NGC N° 461– sea oportuna, clara, completa y precisa, medible y elaborada con participación de las partes interesadas, según corresponda.
6. Incorporar en las actividades de la CMF –de comunicación, difusión y educación–, la concientización y capacitación acerca de quiénes –y de qué manera– pueden hacer uso de los mecanismos de reclamación de la NCG N° 461, así como también de los derechos y mecanismos estatales y no estatales disponibles. Esto debería incluir información respecto a quién acudir en caso de requerir asistencia letrada.

Para las empresas:

1. Requerir a entidades externas –independientes, imparciales y objetivas– que comprueben la veracidad de la información. Al mismo tiempo, que se informe acerca de quién realiza dicha verificación y conforme a qué estándares o metodologías.

2. Adoptar políticas corporativas en los distintos niveles de la empresa en favor de los derechos humanos y comunicar públicamente el respeto por los derechos humanos, así como las políticas adoptadas.
3. Proporcionar –en forma oportuna, clara, completa y precisa– información que sea adecuada, medible y verificable acerca de cómo se implementan los procesos continuos de debida diligencia; sobre cómo se identifican, previenen y mitigan los impactos en los derechos humanos y de qué manera se responde ante su vulneración. Asimismo, informar acerca de cómo se hace seguimiento de las medidas y se evalúa su eficacia.
4. Informar de forma clara, completa y precisa cómo se identifican y cuáles son los grupos de interés, y los derechos y los lugares o locaciones geográficas –potencial o realmente– afectados.
5. Integrar a expertos y grupos o personas interesadas en los procesos de debida diligencia adecuados a los estándares de derechos humanos. Asegurar, en este plano, la participación de personas pertenecientes a grupos o poblaciones potencial o realmente afectadas por las actividades empresariales en las distintas etapas de los procesos de debida diligencia.
6. Implementar mecanismos de denuncia que aborden una amplia gama de vulneraciones a los derechos humanos, y que no se enfoquen únicamente en materias de acoso laboral, sexual o trabajo infantil. Tales mecanismos deben considerar medidas de seguridad para la integridad física y psíquica de las personas denunciantes.
7. Comunicar e informar sobre la existencia y uso de los mecanismos de denuncia mencionados anteriormente, incluyendo información acerca de las medidas de seguridad para denunciantes, de cómo hacer seguimiento y conocer el estado de la denuncia y, cuando corresponda, de las medidas adoptadas para reparar las vulneraciones.

“MEJOR NIÑEZ”, ¿MEJOR SERVICIO? ANÁLISIS DEL NUEVO SERVICIO DE PROTECCIÓN ESPECIALIZADA DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

Francisco Estrada¹
María José Jara²

SÍNTESIS

El 1° de octubre del año 2021 se anticipaba como un hito significativo en los esfuerzos del Estado de Chile por saldar una deuda en la protección de los derechos de la infancia, a través de la entrada en funcionamiento de una entidad pública especializada para la atención a la infancia vulnerable o amenazada en sus derechos. Este organismo, denominado Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia (en adelante, SPE) –conocido como “Mejor Niñez”– asumió dicha labor en reemplazo del ampliamente cuestionado Servicio Nacional de Menores (en adelante, SENAME). A casi dos años desde el inicio de sus funciones, y cerca de un año y medio de la entrada en vigencia de la Ley 21.430 de Garantías y Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, resulta pertinente efectuar las primeras evaluaciones de su puesta en marcha que permitan enriquecer el proceso y contribuir a mejoras futuras. En este contexto, el presente capítulo ofrece una revisión crítica de los primeros años de implementación del SPE desde un enfoque de derechos humanos de los niños, niñas

¹ Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile, magíster en Derecho de Infancia, Adolescencia y Familia por la Universidad Diego Portales, ex director nacional del Servicio Nacional de Menores y profesor de derecho en la Universidad Autónoma de Chile y en la Universidad Alberto Hurtado.

² Abogada de la Universidad de Chile. Máster en Estudios Avanzados en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid y candidata a doctora en Derecho por la Universidad Diego Portales. También es académica del Departamento de Derecho Público de la Universidad Diego Portales. Correo electrónico: mariajose.jara.l@gmail.com.

Ambos autores quieren agradecer a las estudiantes Catalina Leiva Zerega y María Luksic Ziliani por su colaboración en la elaboración de este capítulo como ayudantes de investigación.

y adolescentes (en adelante, NNA) atendidos. Sobre la base de un estudio documental, normativo y empírico, se aborda lo anterior centrado el análisis en torno a tres ejes especialmente críticos: el avance del proceso de desinstitucionalización, la protección frente a la violencia en el sistema residencial y la instalación del SPE propiamente tal.

***PALABRAS CLAVES:** Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia; Servicio Nacional de Menores (SENAME); sistemas de protección de la niñez; Ley de garantías; cuidados alternativos; derechos humanos de niños, niñas y adolescentes.*

INTRODUCCIÓN

La ratificación por parte de Chile, en 1990, de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN) supuso reconocer a niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNA) como sujetos titulares de una amplia gama de derechos. Además de aquellos derechos reconocidos a todas las personas, se les otorga la titularidad de otros específicos basados en su particularidad como individuos en etapas cruciales de desarrollo. Como contracara, el Estado asume una responsabilidad pública reforzada hacia este grupo de la población, que se complementa con la que recae sobre las familias y la comunidad.³ Una de las obligaciones especiales que existe en su favor es la de brindarles protección especial de sus derechos, que se desprende de diversas disposiciones de la CDN,⁴ así como de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.⁵ Como indica Cillero, esta protección exige no solo la recepción normativa de sus derechos fundamentales en los ordenamientos jurídicos nacionales, sino la existencia de una serie de garantías que permitan hacerlos efectivos. Entre estas, los Estados deben desarrollar las políticas públicas y los servicios sociales que permitan asegurar la protección de todos los NNA,⁶ instituciones que según la CDN han de cumplir ciertos estándares de idoneidad.⁷ Junto a otras medidas de carácter universal, en estas garantías se debe incluir aquellas intervenciones

³ Mary Beloff, *Derecho, infancia y familia*, Barcelona, Gedisa, 2000, p. 11.

⁴ Por ejemplo, arts. 2, 3, 4, 19, 28 y 37 de la CDN.

⁵ Art. 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁶ Miguel Cillero, “La convención internacional sobre los derechos del niño: introducción a su origen, estructura y contenido normativo”, en: Clara Martínez (coord.), *Tratado del Menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2016, pp. 85-120, pp. 120-121.

⁷ Nigel Cantwell y Anna Holzscheiter, “Article 20: Children Deprived of Their Family Environment”, en Andre Alen et al (eds.), *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, pp. 56-58.

especialmente dirigidas a aquellos y aquellas NNA cuyo ejercicio de derechos se ha visto amenazado o vulnerado.⁸

En Chile, la institución que ha estado a cargo de la protección de la niñez durante las últimas décadas ha sido el SENAME. Una serie de eventos y datos preocupantes develados durante la última década han puesto la atención de diversos informes sobre el sistema residencial que el servicio provee.⁹ Entre estos, un informe de gran relevancia fue el elaborado en 2013 por el Poder Judicial en conjunto con Unicef (conocido como Informe Jeldres) que ofrecía un duro diagnóstico de las condiciones de vida de NNA en residencias de protección.¹⁰ En respuesta a la controversia desatada por aquel, se conformó en 2014 una Comisión especial investigadora en la Cámara de Diputados y Diputadas, que tenía como tarea examinar el funcionamiento del SENAME¹¹ con el objetivo de generar un nuevo informe, esta vez emanado desde el Legislativo. Este último documento constató múltiples irregularidades en la ejecución de los programas de protección, debido a falencias de supervisión, financiamiento, personal, lineamientos técnicos, entre otros aspectos. Con posterioridad, en abril de 2016, se produjo el lamentable deceso de una niña en un centro residencial por una práctica de inmovilización realizada por funcionarias,¹² y el mismo año se develó una alarmante cifra de fallecimientos de NNA y jóvenes atendidos en programas de la red SENAME.¹³

Por su parte, los informes del Instituto Nacional de Derechos Humanos¹⁴ y de la Policía de Investigaciones,¹⁵ de 2017 y 2018 respectivamente, revelaron una serie de problemáticas que afectan a NNA en residencias de protección. Estas incluían la sobreutilización de la respuesta residencial, la falta de atención a sus necesidades, la inexistencia y deficiencia de los

⁸ Alejandro Morlachetti, *Sistemas nacionales de protección integral de la infancia. Fundamentos jurídicos y de estado de aplicación en América Latina y el Caribe*, UNICEF y CEPAL, 2013, p. 86.

⁹ Véase, por ejemplo: *Informe 2014*, pp. 417-446; *Informe 2016*, pp. 279-299; *Informe 2020*, pp. 367-413; *Informe 2021*, pp. 419-456.

¹⁰ Mónica Jeldres y Carolina Bascuñán, *Boletín N° 2. El sistema residencial en Chile. Análisis de caso: Aldeas Infantiles SOS. Proyecto de Levantamiento y unificación de información de niños en sistemas residenciales*, UNICEF y Poder Judicial de Chile, 2012. <https://bit.ly/45WIKky>.

¹¹ Cámara de Diputadas y Diputados, *Informe Comisión especial investigadora del funcionamiento del Servicio Nacional de Menores (SENAME)*, 28 de febrero de 2014.

¹² Cnnchile.com: “Muerte de Lisette Villa: Declaran culpables a dos exfuncionarias del SENAME”, 19 de noviembre de 2021. <https://bit.ly/3F2leWF>. Sentencia del Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, RIT N° 31-2020, 7 de enero de 2022.

¹³ 24 Horas.cl: “René Saffirio: ‘Son 1.313 las personas fallecidas en el Sename’”, 4 de octubre de 2016. <https://bit.ly/475zSdO>

¹⁴ INDH, *Informe Misión de Observación SENAME. Centros residenciales de protección de la red SENAME 2017*, Santiago, 2019.

¹⁵ Policía de Investigaciones de Chile, *Análisis del funcionamiento residencial en centros dependientes del Servicio Nacional de Menores*, 2018.

protocolos de actuación, e incluso graves actos de violencia, abuso o maltrato ocurridos en su interior. Los hallazgos de los informes mencionados coincidían con lo que diversas personas expertas planteaban: el sistema de protección, tal como estaba concebido, comprometía los derechos de la infancia a la que estaba llamado a proteger.¹⁶

Junto a aquellos informes nacionales, existieron dos documentos de organismos internacionales –pertenecientes tanto al sistema regional como universal de protección de los derechos humanos– que se pronunciaron sobre la temática. El primero es la resolución emitida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) en 2018. En esta, la CIDH acogió una medida cautelar solicitada en favor de NNA de la residencia de protección CREAD de Playa Ancha en Valparaíso, por torturas y tratos crueles, inhumanos y degradantes que sufrían.¹⁷ El segundo es el informe publicado en 2018 por el Comité de Derechos del Niño (en adelante, Comité de DN), centrado en la situación de la infancia privada de cuidado familiar y que se encontraba en residencias de protección en el país. Como resultado de su indagación, el Comité de DN llegó a la conclusión de que el Estado de Chile violaba grave y sistemáticamente los derechos de esta población, tanto en los centros administrados directamente como en los centros privados –esto es, los operados por Organismos Colaboradores Acreditados (en adelante, OCAS)–. Junto a eso, dicho órgano formuló una serie de recomendaciones,¹⁸ que se suman a aquellas previamente presentadas en los informes periódicos al Estado chileno sobre la materia.¹⁹

La preocupación suscitada por los sucesos e informes nacionales e internacionales mencionados tuvo repercusiones políticas. Por ejemplo, se conformaron comisiones especiales investigadoras en el Congreso,²⁰ se

¹⁶ Por ejemplo, Fabiola Lathrop, “La protección especial de derechos de niños, niñas y adolescentes en el derecho chileno”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, 22, 2014, pp. 197-229; Francisco Estrada, “La ilusión de la protección”, *Revista de Familias y Terapias*, 39, 2015, pp. 21-39.

¹⁷ CIDH, *Asunto “Niños, niñas y adolescentes del Centro de Reparación Especializada de Administración Directa de Playa Ancha respecto de Chile”*, 15 de marzo de 2018.

¹⁸ En virtud del procedimiento de comunicaciones que establece el artículo 4 del Protocolo Facultativo de la CDN. Comité de DN, *Informe sobre la investigación relacionada con Chile en virtud del artículo 13 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones*, 1 de junio de 2018.

¹⁹ Comité de DN, *Examen de los informes presentados por los Estados Partes de conformidad con el artículo 44 de la Convención. Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: Chile*, 3 de abril de 2002, párrs. 36-37; Comité de DN, *Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile*, 30 de octubre de 2015, párrs. 54-55.

²⁰ Cámara de Diputadas y Diputados, *Informe Comisión especial investigadora del funcionamiento del Servicio Nacional de Menores (Sename)*, 28 de febrero de 2014; Cámara de Diputadas y Diputados, *Informe Comisión especial investigadora de la forma en que las autoridades han atendido las propuestas*

presentó una acusación constitucional en contra de una ministra de Justicia,²¹ y se celebraron acuerdos políticos transversales. En específico, en 2018 se materializó el Acuerdo Nacional por la Infancia,²² que reflejó un compromiso estatal para abordar los problemas del sistema de protección de la infancia a través de una larga lista de medidas que conciernen a los tres poderes del Estado.²³

Durante los últimos cinco años, el escenario normativo e institucional en materia de protección de la niñez en el que se insertan los informes descritos ha variado considerablemente. En la búsqueda de respuestas más adecuadas y eficaces para NNA, se ha avanzado en la creación de instituciones—como la Subsecretaría de la Niñez y la Defensoría de la Niñez— y en la decisión de poner fin a la existencia del SENAME. Para esto último, se reorganizaron las funciones a su cargo y se dividió en dos servicios que lo reemplazan: el Servicio Nacional de Protección Especializada (en adelante, SPE), centrado en proporcionar protección a la infancia vulnerada en sus derechos; y el Servicio de Reinserción Social Juvenil, orientado a los adolescentes en conflicto con la ley. A su vez, un hito de gran importancia es la aprobación, en 2022, de la ley marco de protección de los derechos de NNA, la Ley 21.432. Esta incorporó en el derecho positivo nacional un amplio catálogo de derechos de NNA, y creó un sistema de garantías de la niñez y adolescencia, en línea con el derecho comparado y las recomendaciones de organismos y organizaciones de derechos humanos.²⁴

En sus últimas observaciones a Chile, de 2022, el Comité de DN acogió con satisfacción la aprobación de la Ley 21.302, que crea el SPE, así como de la Ley 21.430 de Garantías. No obstante, reconociendo dichos avances, recomendó al Estado velar por la aplicación de aquellos cuerpos legales sin demora y en todos los ámbitos, y evaluar los impactos de las

de la Cámara de Diputados, por la aprobación del informe de la comisión investigadora del Sename en el año 2014, y la situación de menores de edad carentes de cuidado parental, 27 de junio de 2017.

²¹ Acusación constitucional contra la ministra de Justicia Javiera Blanco en 2016.

²² Gobierno de Chile, *Acuerdo Nacional por la Infancia*, 2018.

²³ Aunque el presente capítulo no se centra en el funcionamiento del Poder Judicial, es preciso mencionar que varias de las problemáticas se relacionan con la respuesta que ofrece el procedimiento especial de medidas de protección ante los Tribunales de Familia. De ahí que el Poder Judicial ha realizado esfuerzos por ajustar el sistema de justicia a las exigencias de la CDN; por ejemplo, a través de la creación de un tribunal especializado en Santiago (Centro de Medidas Cautelares) y la elaboración de un Auto Acordado de la Corte Suprema que regula el seguimiento de las medidas de internación y las visitas a residencias de protección por parte de jueces y juezas de familia.

²⁴ Comité de DN, *Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile*, 30 de octubre de 2015, párrs. 8-9; CIDH, *Hacia la garantía efectiva de los derechos de niños, niñas y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección*, 2017; Save the Children, *Iniciativa global de protección. Desarrollo de sistemas nacionales de protección de la infancia basados en derechos: documento conceptual en apoyo al trabajo de Save the Children*, 2010; UNICEF, *Definiciones conceptuales para un sistema integral de protección a la infancia*, 2015.

recientes leyes y políticas en los derechos de NNA.²⁵ Así, en este escenario de cambios y adaptación normativa e institucional en el que nos encontramos, y en línea con las recomendaciones del Comité DN, es esencial examinar con atención cómo se está desarrollando la implementación del SPE para identificar los progresos y los puntos de mejora durante los cruciales primeros años de su puesta en marcha.

En este contexto, este capítulo busca analizar críticamente los avances, aspectos pendientes y retrocesos en el cumplimiento de las obligaciones del Estado que emanan del derecho internacional de los derechos humanos, en el ámbito específico de la implementación del Servicio Nacional de Protección Especializada, pieza clave en la institucionalidad de protección de la infancia. Esto, a fin de conocer cómo está tomando forma en la realidad este organismo y de qué manera se están viendo impactados los derechos de la población atendida, con especial énfasis en el sistema residencial. Para cumplir dicho objetivo, el capítulo centra el análisis en tres ejes: el avance en el proceso de desinstitucionalización, el abordaje de la violencia en contexto residencial y el proceso de instalación del SPE.

En cuanto a su metodología, el capítulo se basa en la revisión de fuentes documentales y estadísticas, tanto disponibles al público en general como solicitadas mediante Ley de Transparencia, así como en el análisis normativo y jurisprudencial. Adicionalmente, se sirve de la realización de entrevistas semiestructuradas a actores clave que intervienen, desde distintas posiciones, en el sistema de protección de la infancia.

Para ello, en una primera parte, el capítulo contextualiza lo que significa el paso del SENAME al SPE desde su vinculación a distintos paradigmas de derechos de la infancia. En una segunda parte, se describe y revisa críticamente el marco normativo vigente en la actualidad, cuestión conveniente teniendo en cuenta el momento de cambios en el que se inserta este capítulo. En una tercera parte, se revisan los tres ejes de análisis mencionados, exponiéndose brevemente los estándares internacionales aplicables e indagando en la situación práctica actual. Por último, se presentan conclusiones y se proponen algunas recomendaciones.

1. LA CREACIÓN DE UN NUEVO SERVICIO DE PROTECCIÓN

Hasta la puesta en marcha del SPE el 1° de octubre de 2021, el servicio público encargado de la protección de los derechos de NNA fue el SENAME. Su creación, en 1979, se enmarca en el apogeo del modelo tutelar de

²⁵ Comité de DN, *Observaciones finales sobre los informes periódicos sexto y séptimo combinados de Chile*, 22 de junio de 2022, párr. 7.

protección a la infancia, que en Latinoamérica se denominó *doctrina de la situación irregular*. Este modelo determinó el rol y enfoque del servicio ya que suponía una aproximación del Estado hacia NNA desde una lógica asistencial y tutelar. Implicaba una focalización exclusiva en aquellos *menores* que escapaban del patrón común y tradicional y, por tanto, se consideraban en situación de *irregularidad*²⁶ (entre otros, quienes se encontraban en conflicto con la ley, quienes carecían de cuidados parentales, y, en general, quienes estaban en situación de pobreza y marginalidad), a quienes –según se entendía en ese entonces– había que corregir y controlar.²⁷

La materialización jurídica²⁸ de esta forma de tratamiento de la infancia se produjo con la aprobación de la Ley 4.447 de 1928 y su sucesora Ley 16.618 de 1967²⁹ (Leyes de Menores). Estas leyes trataban como un problema uniforme cuestiones que iban desde la infracción de normas penales a situaciones en las cuales el NNA era amenazado o vulnerado en sus derechos, a través de un mismo catálogo de medidas de protección que podía decidir la judicatura de menores.³⁰ La ejecución de estas medidas, en un comienzo, estuvo a cargo del Consejo Nacional de Menores, creado en 1968. Así fue hasta el surgimiento de su sucesor, el SENAME, el año 1979, que sigue en funcionamiento parcial hasta el día de hoy.³¹

Este último fue creado a través del Decreto Ley 2.465 de 1979.³² En su artículo 1 (posteriormente reformado)³³ lo regula como un organismo dependiente del Ministerio de Justicia, encargado de contribuir a proteger y promover los derechos de NNA que han sido vulnerados en el ejercicio de los mismos y a la reinserción social de aquellos que han infringido la ley penal. Con ese fin, le corresponde diseñar y mantener una oferta de programas especializados destinados a la atención de este grupo, “así como

²⁶ *Informe 2014*, pp. 421-423; *Informe 2016*, p. 283.

²⁷ Jaime Couso, “Problemas teóricos y prácticos del principio de separación de medidas y programas, entre la vía penal-juvenil y la vía de protección especial de los derechos”, *Justicia y Derechos del Niño*, 1, 1999, p. 81.

²⁸ Una revisión normativa de este modelo en: Miguel Cillero, “Evolución histórica de la consideración jurídica de la infancia y adolescencia en Chile”, en Francisco Pilotti (coord.), *Infancia en riesgo social y políticas sociales en Chile*, Montevideo, Instituto Interamericano del Niño, 1994, pp. 75-138.

²⁹ Todavía vigente en parte de su articulado.

³⁰ Artículo 29 del texto original, Ley 16.618.

³¹ La Ley 21.527, que crea el Servicio de Reinserción Social Juvenil, cuenta con un período de implementación gradual de tres años desde los doce meses de su publicación, producida el 12 de enero de 2023.

³² Decreto Ley 2.465, Crea el Servicio Nacional de Menores y fija el texto de su ley orgánica.

³³ Reformado el 2005 mediante la Ley 20.032, que establece sistema de atención a la niñez y adolescencia a través de la red de colaboradores del Sename, y su régimen de subvención y el Decreto Ley 2.465, del año 1979, del Ministerio de Justicia, que Crea el Servicio Nacional de Menores y fija el texto de su ley orgánica.

estimular, supervisar y fiscalizar, técnica y financieramente la labor que desarrollen las instituciones públicas o privadas que tengan la calidad de colaboradores acreditados”.

Así las cosas, además de surgir bajo el paradigma del sistema tutelar de la niñez, el SENAME fue creado e implementado durante la dictadura cívico-militar, lo cual le confirió al tratamiento de la infancia vulnerada en sus derechos ciertas características particulares.³⁴ La influencia del modelo económico y político instalado por el Estado de la época supuso someter la atención de la infancia vulnerada, junto con demás políticas sociales, a las reglas del libre mercado. Esto se tradujo en una fuerte participación de entidades privadas en la provisión de estos servicios esenciales, asumiendo el Estado un rol subsidiario.³⁵ Sin embargo, no pasó mucho tiempo antes de que el modelo revelara vicios significativos en su funcionamiento, tales como la escasez de proveedores privados interesados, el bajo valor de las subvenciones, la escasa fiscalización pública y la relativización de los requisitos de acreditación de las entidades privadas. De hecho, a juicio del Comité de DN, la forma en que se ha aplicado el rol subsidiario del Estado en esta materia es considerada como una de las causas estructurales de las graves y sistemáticas violaciones a los derechos humanos de la infancia bajo cuidado residencial. Pese a ello, como se analizará más adelante, este modelo se mantiene en gran medida hasta nuestros días, a través del sistema de subvenciones y una todavía excesiva delegación de la función estatal en la prestación del servicio de protección por privados.³⁶

El retorno a la democracia coincidió con la ratificación de la CDN por parte de Chile en 1990. Como consecuencia, el Estado asumió internacionalmente el deber de adaptar su ordenamiento jurídico al nuevo paradigma que esta introdujo en relación con la infancia, traducido en principios, derechos y obligaciones concretos.³⁷ Sin embargo, como lo han venido constatando distintas versiones de este *Informe*,³⁸ el tránsito

³⁴ Osvaldo Torres, *El niño abandonado en Chile. La herencia del régimen militar*, Santiago de Chile, Rádda Barnen, segunda edición, 1990.

³⁵ Jorge Álvarez, “La experiencia neoliberal en la atención de menores en riesgo social”, en Francisco Pilotti (coord.), *Infancia en riesgo social y políticas sociales en Chile*, Montevideo: Instituto Interamericano del Niño, 1994, pp. 265-292; Ximena Valdés, *La vida en común. Familia y vida privada en Chile y el medio rural en la segunda mitad del siglo XX*, Santiago, LOM Ediciones, 2017; Patricia Castillo-Gallardo, Alejandra González-Célis y Viviana Rivas-Naranjo, “The crisis of subsidiarity in the National Service for Minors: Chile (1994-2021)”, *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 20, 2, 2022, pp. 1-22.

³⁶ María José Jara, “Más allá del ‘fin al Sename’: El cuidado residencial de la niñez y el proceso constituyente”, *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 17, 1, 2021, pp. 69-84.

³⁷ Con respecto al cambio de paradigma en el tratamiento hacia la infancia que supuso la CDN: *Informe 2014*, pp. 421-423; *Informe 2016*, pp. 283-284.

³⁸ Ver *Informes 2008, 2014, 2016*.

hacia la doctrina de protección integral de los derechos de NNA ha sido extremadamente lento en el país, tanto a nivel normativo como a nivel práctico.

Al respecto, una primera deuda que arrastraba el sistema de protección chileno radicaba en que el SENAME englobaba tanto las funciones de reinserción como las de protección,³⁹ en coherencia con la doctrina de situación irregular y en manifiesta disonancia con la CDN. Por cierto, la reinserción y la protección son áreas que están estrechamente vinculadas y en muchas ocasiones pueden coincidir en cuanto a los NNA atendidos (un adolescente puede estar en conflicto con la ley y poseer alguna medida de protección en su favor). Sin embargo, sus objetivos y funciones difieren.⁴⁰ Por eso, la especialización y diferenciación de la respuesta estatal para abordar adecuadamente cada una de estas situaciones fue recomendada por la doctrina⁴¹ y por el Comité de DN desde sus primeras observaciones al Estado de Chile.⁴² Por lo demás, la propia CDN establece la obligación de adoptar medidas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicas para quienes se encuentran en conflicto con la ley, lo que no es coherente con poseer una misma institucionalidad para la protección y reinserción de la infancia.⁴³ La preocupación por la especialización se concentró primero en el área de justicia juvenil, y se vio materializada en la aprobación, en 2004, de la Ley 20.084 que establece un sistema de responsabilidad penal adolescente. No obstante, si bien esta ley supuso notorios avances en la especialización (como un nuevo marco normativo aplicable, la formación y especialización de actores, la creación de nuevos centros o la implementación de mecanismos de supervisión) no implicó la separación de funciones del SENAME. Esta división se produjo recién en 2021 en el ámbito de la protección, mediante

³⁹ Organizativamente, el SENAME dividía sus funciones en tres áreas: protección de derechos, reinserción y adopción.

⁴⁰ Francisco Estrada, “Nudos críticos del sistema de protección a la infancia”, en: Javiera Alzola y otros. *La infancia vulnerada*. Santiago: Ediciones Libertad y Desarrollo y Fundación Miguel Kast, 2018, pp. 130-155, p. 131.

⁴¹ Jaime Couso, “Problemas teóricos y prácticos del principio de separación de medidas y programas, entre la vía penal-juvenil y la vía de protección especial de los derechos”, *Justicia y derechos del niño*, 1, 1999; Mary Beloff, *La protección de los niños en el sistema interamericano*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2009, p. 38. También en: Corte IDH, Opinión consultiva OC-17, Condición jurídica y derechos humanos del niño, 28 de agosto de 2002, párrs. 109-110.

⁴² Comité de DN, *Examen de los informes presentados por los Estados Partes de conformidad con el artículo 44 de la Convención, Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: Chile*, 22 de abril de 1994, párr. 7; Comité de DN, *Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales del Comité sobre los Derechos del Niño: Chile*, 3 de abril de 2002, párrs. 35 y 36 a).

⁴³ CDN, art. 40.3.

la aprobación de la Ley 21.032 y posterior creación del SPE; y en 2023 en el ámbito de justicia juvenil, con la aprobación de la Ley 21.527 que crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil. Por consiguiente, se trata de una deuda que podría considerarse como recientemente satisfecha.

Sin embargo, existe una segunda deuda que representa un reto de mayor envergadura. Esta consiste en garantizar una protección integral de la infancia que supere la protección fragmentada y reactiva que caracterizaba el sistema de protección propio de la doctrina de situación irregular.⁴⁴ Hasta 2022 (con la entrada en vigencia de la Ley 21.430 de Garantías), Chile no tenía una ley de protección integral y, por tanto, no existían las condiciones normativas que sustentaran la creación de un sistema de protección integral.⁴⁵ Luego de largos años de tramitación legislativa se aprobó finalmente la Ley 21.430 de Garantías, lo que supuso una actualización significativa en el cumplimiento de las obligaciones estatales. Sin embargo, esto no basta por sí solo para que estemos frente a un sistema de protección integral. Para que exista, debe asegurarse la existencia y el funcionamiento de un andamiaje institucional y un modelo operativo dirigido a garantizar los derechos de *todos* los NNA, a través de un sistema integrado, coherente y coordinado,⁴⁶ lo que requiere los esfuerzos de todos los poderes del Estado. Una pieza de este sistema integral de protección la conforma la institucionalidad dirigida a la protección especial de los derechos de quienes han sufrido amenazas o vulneraciones de los mismos (de la cual el SPE forma parte en el caso de Chile). Se trata de una pieza que, si bien no es la única, sí es esencial para avanzar hacia un sistema de protección sólido y efectivo.

Así las cosas, al nuevo SPE le corresponde asumir grandes desafíos. Por un lado, la complejidad que significa de por sí consolidar el funcionamiento de un servicio nuevo y llevar a cabo la ardua tarea de brindar protección integral como parte fundamental –pero no única– del sistema de garantías de los derechos de la niñez y adolescencia. Por otro, hacer frente e intentar remediar las irregularidades y los problemas históricos del sistema de protección. Se debe tener en cuenta, además, que la creación del SPE se produjo un año antes de la aprobación de la Ley 21.430 de Garantías, que crea un sistema completo de garantías. Por tanto, ha debido –y deberá– adaptar su funcionamiento a los progresivos cambios que supone la gradual implementación de aquella ley (como modificaciones normativas,

⁴⁴ *Informe 2016*. Sobre el panorama latinoamericano: CIDH, *Hacia la garantía efectiva de los derechos de niños, niñas y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección*, 2017, párr. 478.

⁴⁵ Alejandro Morlachetti, *Sistemas nacionales de protección integral de la infancia. Fundamentos jurídicos y de estado de aplicación en América Latina y el Caribe*, UNICEF y CEPAL, 2013, pp. 21-22.

⁴⁶ CIDH, 2017, op. cit., párrs. 10, 55, 83, 99, entre otros; Alejandro Morlachetti, 2013, op. cit., pp. 86-88.

creación de instituciones, dotación presupuestaria, entre otros). En efecto, la Defensoría de la Niñez ha criticado la forma en que se desarrolló la discusión legislativa y la descoordinación de ambos proyectos de ley, por debilitar y poner en riesgo la coherencia del sistema de protección y de sus objetivos, al tratarse de dos leyes altamente interdependientes.⁴⁷

2. MARCO NORMATIVO NACIONAL

Teniendo en cuenta el proceso de cambios legislativos en la materia por el cual el país se encuentra atravesando, conviene describir brevemente el marco normativo nacional actualmente vigente de la protección especializada de la niñez. En particular, existen tres cuerpos normativos de rango legal especialmente relevantes para comprender el funcionamiento del SPE: la Ley 20.032, la Ley 21.302 y la Ley 21.430.⁴⁸

La Ley 20.032, conocida como Ley de Subvenciones, fue publicada el 2005. Este cuerpo normativo establece la forma en que el Estado traspasa fondos a las entidades privadas que desarrollan programas de protección, es decir, OCAS, del SPE.⁴⁹ En específico, regula las licitaciones, los montos de las subvenciones según línea programática y algunos requisitos que deben cumplir estas entidades, incluidos deberes de transparencia. Junto a eso, establece la forma en que el SPE velará por que la acción que desarrollen los OCAS respete y promueva los derechos de los NNA atendidos, en coherencia con la labor que deben desempeñar. En este punto, cabe destacar que, actualmente, el 87% de las residencias de protección son administradas por OCAS, y por tanto regidas por esta ley.⁵⁰

Por su parte, la Ley 21.302, de 2021, crea el SPE, regulando su organización y funciones, así como las bases de la protección especializada de NNA que el servicio encabeza. Establece al SPE como un servicio público sometido a supervigilancia del Ministerio de Desarrollo Social y Familia (a diferencia del SENAME, que dependía del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos) y a la fiscalización de la Subsecretaría de la Niñez.⁵¹ Fija como objetivo del servicio el garantizar la protección especializada de

⁴⁷ Defensoría de la Niñez, *Protección integral y nueva institucionalidad: balance a un año de implementación de la Ley de Garantías*, 2023, p. 11.

⁴⁸ Junto a las leyes descritas, es también pertinente mencionar la Ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia y la Ley 16.617, conocida como Ley de Menores, ambas con mayor énfasis en cuestiones procesales, aunque contienen regulaciones sustantivas como los catálogos de medidas de protección cautelares (art.71 Ley 19.968) y definitivas (art. 30 Ley 16.618).

⁴⁹ A partir de la modificación incorporada por la Ley 21.302.

⁵⁰ Respuesta a solicitud de transparencia del SPE, N° folio N°AI010T0001057, de 18 de agosto de 2023.

⁵¹ Ley 21.302, art. 1.

NNA gravemente amenazados o vulnerados en sus derechos, mediante el diagnóstico especializado, la restitución de los derechos, la reparación del daño producido y la prevención de nuevas vulneraciones. La ley regula las cinco líneas de acción⁵² del SPE, que las desarrolla (al igual que el SE-NAME) a través de programas ejecutados directamente o por medio de entidades privadas. Finalmente, esta ley incorpora exigencias adicionales a los OCAS para el desarrollo de sus labores, así como al SPE para la supervisión de aquellas.

El último cuerpo normativo relevante es la Ley 21.430, conocida como Ley de Garantías. Esta contiene una serie de principios y reconoce un amplio catálogo de derechos de NNA.⁵³ También crea el sistema de garantías y protección integral de los derechos de la niñez y la adolescencia, que regula específicamente la protección especial dirigida a aquellos NNA que han visto sus derechos amenazados o vulnerados. En este punto, agrega una sede administrativa a la judicial que ya existía en materia de medidas de protección, siendo ambas no excluyentes.⁵⁴

A su vez, existe un amplio cuerpo de normas de rango reglamentario que regula de forma más concreta el funcionamiento del SPE y el sistema de protección.⁵⁵ También, el SPE elabora pautas internas a través de sus orientaciones técnicas, en las que se establecen los lineamientos y definiciones para la ejecución de la oferta programática.⁵⁶

Finalmente, también se deben entender por incorporadas al ordenamiento jurídico nacional las disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.⁵⁷ Entre ellos, la CDN tiene especial importancia. Asimismo, existen documentos de *soft law* que permiten interpretar las disposiciones contenidas en documentos convencionales u orientar las políticas de los Estados. De relevancia particular en la materia son las observaciones del Comité de DN y las Directrices de Naciones Unidas sobre Modalidades Alternativas de Cuidado de Niños (en adelante, Directrices), que contribuyen a delimitar el contenido de los derechos de NNA privados de cuidado familiar. A estas

⁵² Las líneas de acción del SPE son: i) el diagnóstico clínico especializado, seguimiento de casos y pericia; ii) intervenciones ambulatorias de reparación; iii) fortalecimiento y vinculación; iv) cuidado alternativo; v) adopción. Ley 21.302, art. 18.

⁵³ Ley 21.430, arts. 7 a 56.

⁵⁴ Ley 21.430, art. 57 y siguientes.

⁵⁵ Por ejemplo, el Decreto 7, que regula los programas de protección especializada de cada línea de acción y los modelos de intervención; el Decreto 19, que regula el régimen de aportes financieros a los OCAS; el Decreto 13 que aprueba el Reglamento de acreditación, entre otros.

⁵⁶ Información disponible en la página web del SPE: <https://www.mejorinez.cl/orientaciones-tecnicas.html>

⁵⁷ Constitución Política de la República, art. 5 inc. 2°.

distintas fuentes normativas se hará referencia en el presente capítulo al efectuar el análisis de la implementación del SPE.

3. ANÁLISIS DE LA IMPLEMENTACIÓN

Efectuada la contextualización de la creación del SPE y descrita la normativa vigente, corresponde ahora indagar en los distintos aspectos de su implementación. Como se mencionó, esto se hará en torno a tres ejes de análisis: el avance del proceso de desinstitucionalización, las situaciones de violencia en las residencias de protección y la instalación del SPE. La elección de los dos primeros ejes de análisis se explica por tratarse de aspectos identificados como nudos especialmente críticos del antiguo SENAME, y que tienen directa relación con la posible afectación de derechos de NNA, en particular su derecho a vivir en familia y la protección frente a la violencia. Por su parte, la elección del tercer eje, que engloba diversas dimensiones de la instalación y puesta en marcha del SPE, nos permite examinar la transición desde el antiguo al nuevo servicio y la adaptación al actual marco normativo e institucional.

3.1. Desinstitucionalización

Tanto la CDN⁵⁸ como otros instrumentos internacionales de derechos humanos⁵⁹ reconocen el derecho de NNA a vivir en su propia familia. El impacto que genera en este grupo de la población la separación de su núcleo familiar –y especialmente el ingreso a formas de cuidado de carácter institucional–, ha sido bastante documentado. Por eso, se ha promovido, a nivel global, una tendencia hacia la desinstitucionalización de la infancia que priorice formas de cuidado familiar,⁶⁰ perspectiva que ha sido detalladamente analizada en versiones anteriores de este *Informe*.⁶¹

Al respecto, la CDN subraya la responsabilidad que recae sobre el Estado de garantizar que las familias reciban la protección y asistencia necesarias para cumplir a cabalidad sus funciones de cuidado.⁶² Solo cuando la

⁵⁸ CDN, preámbulo y arts. 9, 10, 18, 20, 21 y 27.

⁵⁹ Vgr. Declaración Universal de los Derechos Humanos, arts. 16 y 25; Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos, art. 23; Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, arts. 23 y 28. Un análisis de esta normativa se puede encontrar en: Francisco Estrada, “La internación proteccional de niños en el derecho internacional de los derechos humanos”, *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, 251, 2022, pp. 235-272, p. 245; Fabiola Lathrop, “Niñas, niños y adolescentes privados de cuidado parental: reconocimiento constitucional del derecho a la vida familiar en América Latina”, en: Miguel Cillero, Ester Valenzuela y Juan Pablo González (eds.), *Familia, infancia y Constitución*, Santiago, Thomson Reuters, 2022.

⁶⁰ Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, párrs. 5, 6, 13, 48 y 66.

⁶¹ *Informe 2020*, pp. 382-384.

⁶² CDN, arts. 18 y 27.

familia no es capaz de cumplir dicha tarea, pese a los apoyos recibidos, se puede considerar la separación de la persona menor de edad de su núcleo familiar, decisión que ha de basarse siempre en su interés superior.⁶³ En tales casos, se les debe proporcionar a los NNA opciones de modalidades de cuidado alternativo, durante un tiempo lo más acotado posible, mientras se promueve su reintegración al entorno familiar. En este sentido, documentos internacionales destacan la relevancia de priorizar opciones de acogimiento familiar, como el cuidado a través de la familia extensa o de grupos familiares ajenos, por sobre cualquier tipo de respuesta residencial.⁶⁴ Así, la colocación en residencias de protección⁶⁵ debe considerarse como medida de último recurso, debido al impacto significativo (y en ocasiones determinante) que puede tener sobre la vida del NNA y su relación familiar. Ahora, si se produce el acogimiento residencial, en los casos excepcionales en que se decida esta opción, es menester que este sea adecuado.⁶⁶ Siguiendo a Cantwell y Holzscheiter, esto quiere decir que los establecimientos deben cumplir ciertos criterios básicos que permitan satisfacer los derechos de NNA en general (en materia de seguridad, personal, salud, supervisión, entre otras) y, además, tienen que ser capaces de dar respuesta a las necesidades particulares de cada NNA.⁶⁷

En resumen, la tendencia hacia la desinstitucionalización del cuidado y la protección a la infancia se ha de traducir en: i) medidas de prevención para evitar la separación de NNA de sus progenitores; ii) priorización de formas de cuidado alternativo de tipo familiar para los NNA (particularmente familias de acogida, sean extensas o externas); y iii) la idoneidad del

⁶³ CDN, art. 9.

⁶⁴ Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, párrs. 21 y 22; Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, art. 23.5; Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Observación general N° 5 sobre el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad*, 27 de octubre de 2017, párrs. 11, 12 y 16 c); Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Directrices sobre la desinstitucionalización, incluso en situaciones de emergencia*, 10 de octubre de 2022, párrs. 43-46.

⁶⁵ Al igual que la adopción.

⁶⁶ CDN, art. 20. En este punto, existen diferencias entre la CDN y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, según la interpretación que le han dado sus respectivos órganos de tratado y documentos de *soft law*. Mientras que la CDN admitiría, si bien de forma excepcional, el cuidado de tipo residencial, siempre que cumpla con ser *adecuado*, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad –particularmente la interpretación que le da su Comité en las recientes directrices sobre desinstitucionalización– no admite en ningún caso el cuidado residencial, sea como sea este recurso.

⁶⁷ Nigel Cantwell y Anna Holzscheiter, *A commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child. Article 20. Children deprived of their family environment*, Martinus Nijhoff Publishers, pp. 56-59.

recurso de acogimiento residencial para los casos en que es necesario. Estos aspectos, en relación al SPE, serán abordados a continuación.

3.1.1. Prevención de la separación

Como se planteó en el *Informe 2020*, el derecho del NNA a vivir en familia supone un trabajo preventivo e intensivo con su familia de origen. En este ámbito, nuestro sistema de protección se ha caracterizado por llegar tarde, puesto que se activa cuando la vulneración de derechos ya ocurrió.⁶⁸ La reforma al sistema de protección por la que atraviesa nuestro ordenamiento jurídico tiene por objeto justamente favorecer la prevención de las vulneraciones. Para el cumplimiento de este objetivo, las Oficinas Locales de la Niñez (en adelante, OLN) tienen un papel fundamental, pues están en la cabeza, a nivel territorial, de la protección especializada en su sede administrativa. La dimensión administrativa busca, precisamente, detectar riesgos de vulneración e intervenir cuando aquella se produzca mediante medidas de protección que no impliquen la separación (la cual es de exclusiva competencia de los tribunales de familia, esto es, la sede judicial).⁶⁹

La instalación de la totalidad de las OLN se encuentra todavía pendiente, y con ello, la puesta en marcha de la protección especial integral que establece la Ley 21.430 de Garantías. La misma ley dispone que su instalación deberá completarse dentro de cinco años desde su entrada en vigencia, es decir, a más tardar en marzo de 2027. Hasta el momento, el Ministerio de Desarrollo Social y Familia ha llevado a cabo un proceso gradual de implementación –a través de la transformación en OLN de las antiguas Oficinas de Protección de Derechos de SENAME– en 12 comunas del país. Según información solicitada por Transparencia,⁷⁰ a mayo de 2023 se habían instalado 105 OLN en el territorio nacional, encontrándose prevista la instalación de 15 más en lo que resta de 2023. Teniendo en cuenta que las OLN están diseñadas para tener presencia comunal, estaría pendiente la creación de más de 220 OLN antes de 2027.

No obstante, se ha advertido el riesgo de que las OLN mantengan los problemas de diseño que presentaban las antiguas Oficinas de Protección de Derechos.⁷¹ Estas últimas, aunque cumplían una función diferente, coinciden con las OLN en ser instituciones de doble dependencia, pues

⁶⁸ *Informe 2020*, p. 379.

⁶⁹ Ley N° 21.430, arts. 66 letra e), 68 y 72.

⁷⁰ Respuesta a solicitud de transparencia del Ministerio de Desarrollo Social y Familia, N° folio N°AI009T0000602, de 23 de mayo de 2023.

⁷¹ Francisco Estrada, “Promesas pendientes. Panorámica y aspectos críticos de la Ley N° 21.430, de Garantías y protección de derechos de la niñez”, *Revista de Ciencias Sociales*, 82, 2023, pp. 311-367, pp. 348-350.

dependen tanto de los organismos especializados en el tema (las Oficinas de Protección de Derechos de SENAME y las OLN de la Subsecretaría de la Niñez) como de las municipalidades. Esto es problemático pues diluye su sentido de pertenencia y el respaldo que reciben desde las instituciones competentes. Por la forma como están reguladas en la Ley 21.430, el sistema híbrido de dependencia se mantiene en el caso de las OLN. A esto se suma la falta de correspondencia entre las importantes funciones que deben cumplir de acuerdo a la ley y las facultades limitadas que esta le otorga para llevarlas a cabo.⁷²

Por otra parte, la instalación de las OLN no fue precedida por un período previo de diseño de su reglamentación. Como consecuencia, las OLN ya instaladas no se encuentran funcionando plenamente puesto que (al momento de redacción de este capítulo) aún no se dicta el reglamento que establece la forma como han de operacionalizar su labor. En efecto, si bien fue ingresado un borrador de dicho reglamento a la Contraloría General de la República (justamente, el último día del plazo que la ley concede al Ejecutivo para su presentación), este fue retirado de tramitación, según consta en la página web del ente contralor.⁷³

Por otro lado, un pilar fundamental para prevenir la separación de NNA de sus familias –o contribuir a que, cuando esta se produce, dure el menor tiempo posible– es la derivación a programas ambulatorios que permitan prever y reparar las vulneraciones. Sin embargo, un punto especialmente crítico son las largas listas de espera para poder incorporar a NNA a los programas a los que han sido derivados por los Tribunales de Familia en virtud de una medida de protección. En efecto, al año 2021 existía una lista de espera de más de 14.000 NNA para acceder a programas del SPE.⁷⁴ Aún más, a marzo de 2023, esta lista de espera aumentó a 28.789 NNA,⁷⁵ según información del propio SPE. De este total, si bien

⁷² Francisco Estrada, “Promesas pendientes. Panorámica y aspectos críticos de la Ley N° 21.430, de Garantías y protección de derechos de la niñez”, op. cit., pp. 311-367, pp. 349-350.

⁷³ El Decreto 3, de 14 de marzo de 2023, reglamento que determina los procedimientos detallados que las Oficinas Locales de la Niñez, deberán seguir para el cumplimiento de sus funciones fue retirado de Contraloría el 28 de abril y 5 meses después no ha sido aún reingresado. Información disponible en la página web de la Contraloría General de la República: <https://www.contraloria.cl/web/cgr/tramitacion-de-reglamentos-retirados-2023>.

⁷⁴ Defensoríadelaninez.cl: “Defensoría de la Niñez presenta recurso de protección a raíz de más de 14 mil niños, niñas y adolescentes en lista de espera para ingresar a programas ambulatorios de protección de sus derechos”, 15 de junio de 2022; Respuesta a solicitud de transparencia del SPE, N° folio N°AI010T0000001, de 20 de diciembre de 2021 (solicitada por SINTRASUB –Sindicato Nacional de Trabajadores y Trabajadoras Subcontratados para la Niñez y Juventud– y disponible en su página web: <https://www.sintrasub.cl/>).

⁷⁵ Según explica el exministro de Desarrollo Social y Familia, Giorgio Jackson, a la Comisión investigadora de la Cámara de Diputadas y Diputados, este aumento explosivo se debe a que la demanda

un 68% debió esperar menos de seis meses para ser atendido, el 37% tuvo que hacerlo por un año o más; e incluso existen 1.557 casos con más de dos años de espera.⁷⁶

Específicamente en lo referido a programas ambulatorios de reparación,⁷⁷ preocupa en especial la situación del programa especializado en maltrato. De acuerdo a la información solicitada por transparencia para este capítulo, este programa acumula por sí solo más de la mitad de los NNA en espera para ese tipo de atención. El detalle consta en la Tabla N° 1.

Tabla 1. NNA en lista de espera para intervenciones ambulatorias de reparación en 2023.⁷⁸

Modelo de intervención ambulatoria de reparación	Lista de espera
PAD- Programa de protección ambulatoria con discapacidad grave o profunda	116
PAS- Programa especializado para agresores sexuales	105
PDC- Programa especializado en drogas (24 H)	<10
PDE- Programa de reinserción educativa (24 H)	<50
PEE- Programa de explotación sexual	<100
PIE- Programa de intervención especializada	1.143
PIE- Programa de intervención especializada (24 H)	197
PPF- Programa de prevención focalizada	7.972
PRM- Programa especializado en maltrato	10.148
Total	19.725

Fuente: SPE.⁷⁹

por plazas en programas del SPE, en sus diversas líneas de acción, aumentó de forma más acelerada que la capacidad de procesamiento y abordaje del sistema; es decir, se incrementó la brecha entre las plazas demandadas y las disponibles. Oficio N° 1503/2023 del Ministerio de Desarrollo Social y Familia a la Cámara de Diputadas y Diputados, de 9 de junio de 2023, pp. 1-2.

⁷⁶ Oficio N° 1503/2023 del Ministerio de Desarrollo Social y Familia a la Cámara de Diputadas y Diputados, de 9 de junio de 2023, p. 3.

⁷⁷ También existe lista de espera para programas ambulatorios de diagnóstico.

⁷⁸ Lista de espera al 1 de abril de 2023.

⁷⁹ Respuesta a solicitud de transparencia del SPE, N° folio N°AI010T00010572, de 18 de agosto de 2023.

Por otro lado, según la información proporcionada, las regiones que presentan mayor cantidad de NNA en lista de espera para programas de reparación son la Metropolitana (7.104), Valparaíso (2.776), Biobío (1.435), Ñuble (1.341) y Maule (1.261).⁸⁰

Las largas listas de espera a programas ambulatorios motivaron la interposición de un recurso de protección por parte de la Defensoría de la Niñez, que fue acogido por la Corte de Apelaciones de Santiago por afectar el derecho a la integridad física y psíquica, así como la igualdad y no discriminación de la población atendida.⁸¹ También motivaron la creación, en 2023, de una Comisión especial investigadora de la Cámara de Diputadas y Diputados específicamente dedicada a reunir antecedentes de las largas listas de espera, entre otros asuntos que afectan al SPE.⁸²

Según informó la directora nacional del SPE al ser consultada por el tema por dicha Comisión,⁸³ esta situación crítica se viene arrastrando desde el anterior SENAME. Para la autoridad, esta se debería, entre otros aspectos, a problemas de traspaso de información entre el Poder Judicial y la institución de protección. Estos se manifiestan en que la derivación directa de un NNA a un proyecto por parte de tribunales se hacía sin que existiera un correcto flujo de antecedentes en el sistema, lo que producía situaciones como la derivación a proyectos que carecen de cupos o el desconocimiento acerca de la derivación de un NNA a un determinado proyecto. La directora del Servicio señaló ante la Comisión investigadora que se encuentran trabajando con el Poder Judicial en el mejoramiento del sistema informático. Sin embargo, indica, aún se presentan dificultades para identificar casos que ni siquiera constan en los registros, sobre todo en causas antiguas.

En este sentido, la Ley 21.302 intenta corregir lo anterior, cambiando en el art. 19 el sistema de derivación, al establecer que cuando se asigne un NNA a un programa de protección especializada, la asignación de cupo a un proyecto en específico dentro de ese programa se centralizará

⁸⁰ Respuesta a solicitud de transparencia del SPE, N° folio N°AI010T00010572, de 18 de agosto de 2023.

⁸¹ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 21 de septiembre de 2022, rol N° 81.983-2022. Esta sentencia fue confirmada posteriormente por la Corte Suprema.

⁸² Cámara de Diputadas y Diputados, Comisión especial investigadora encargada de reunir antecedentes sobre licitaciones del Servicio de Protección Especializada de la Niñez y Adolescencia y demás antecedentes que se indican sobre la competencia, funcionamiento y personal del referido servicio, Sesión constitutiva, martes 30 de mayo de 2023.

⁸³ Cámara de Diputadas y Diputados, Comisión especial investigadora encargada de reunir antecedentes sobre licitaciones del Servicio de Protección Especializada de la Niñez y Adolescencia y demás antecedentes que se indican sobre la competencia, funcionamiento y personal del referido servicio, Acta sesión de 12 de junio de 2023, presentación de directora nacional del SPE, Gabriela Muñoz.

en el SPE, a través de sus direcciones regionales.⁸⁴ El reglamento que regula lo anterior establece que la derivación y posterior asignación se hará a través de un sistema informático especialmente habilitado para tal fin. Instituye que el cupo debe ser asignado dentro del mismo día, o dentro de una hora si se trata de programas de cuidado alternativo. Una vez realizada la asignación, el director/a regional “deberá notificarla al órgano que efectuó la derivación y comunicarla al colaborador acreditado que ejecuta el proyecto donde se asignó el cupo o al responsable del proyecto, cuando se trate de uno ejecutado directamente por el Servicio”.⁸⁵ Con todo, pese a los aspectos positivos de esta modificación en cuanto a la fluidez del proceso de derivación y asignación de cupo, así como en el manejo de información, presenta el riesgo de que la asignación definitiva de cupo altere la idoneidad de la medida de protección aplicada, como se explicará en el apartado 3.3.1. Por otro lado, más allá de lo anterior, resulta primordial asegurar que las plazas disponibles coincidan con los cupos que se necesitan para atender a esta población. Esto último requiere una suficiente dotación presupuestaria y la existencia de una actuación coordinada del intersector, de manera de asegurar una correcta derivación de los NNA que lo necesiten.

3.1.2. Priorización de formas de cuidado familiar

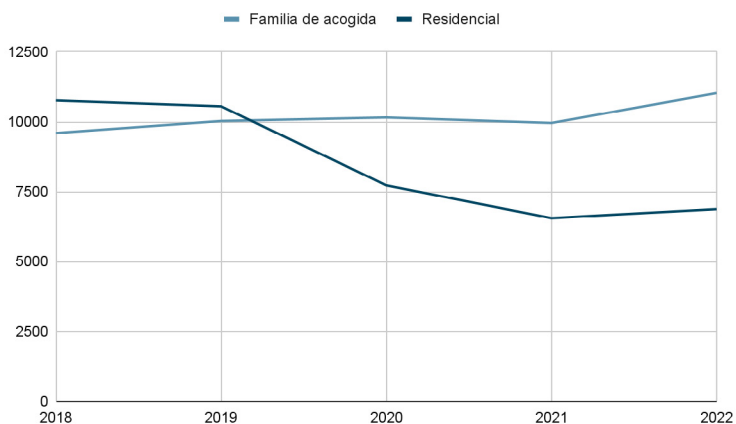
Como se describió en versiones anteriores de este *Informe*, la cantidad de NNA atendidos en programas de cuidado residencial ha ido disminuyendo progresivamente durante los últimos años,⁸⁶ en línea con las recomendaciones formuladas al Estado y los compromisos asumidos por este en la materia. Como se observa en el siguiente gráfico, desde 2019, el cuidado mediante familia de acogida registra mayores atenciones que el residencial, tendencia que ha ido en aumento.

⁸⁴ Ley 21.302, art. 19.

⁸⁵ Decreto 12, Aprueba reglamento sobre el procedimiento para la asignación de cupos en proyectos de programas de protección especializada del Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia, art. 6 y 7.

⁸⁶ *Informe 2020*, p. 383.

Gráfico 1 NNA en cuidados alternativos, por tipo de cuidado, entre 2018 y 2022.



Fuente: Elaboración propia a partir de boletines estadísticos de SENAME de 2018 a 2021, e Informe de gestión del SPE de 2022.

En específico respecto de 2022, los programas de la línea de cuidados alternativos del SPE atendieron a 17.902 NNA, de los cuales 11.025 (el 62%) fueron atendidos en familias de acogida, mientras que 6.877 (el 38%) en programas de tipo residencial.⁸⁷ En cuanto al total de atendidos en cuidados alternativos, la cifra de ese año registra un aumento respecto del año 2021 (16.510), pero es similar a la cifra de 2020 y menor a la de los años previos.

Esta tendencia de preferir el cuidado familiar, sin duda, es valorable. Sin embargo, es preciso que vaya acompañada de recursos, supervisión y acompañamiento apropiados para los programas de familias de acogida, a fin de que estas puedan cumplir en forma adecuada sus tareas.⁸⁸ Existe escasa información acerca del funcionamiento de los programas de familias de acogida en el país. Esto, de por sí, representa un problema de falta de visibilización, monitoreo y transparencia sobre el tema, que obstaculiza conocer las condiciones de vida de los 11.025 NNA que se encuentran bajo esta forma de cuidado.⁸⁹ Por otro lado, las personas entrevistadas para este capítulo destacan algunas dificultades que presentan los programas de

⁸⁷ Oficio N° 1503/2023 del Ministerio de Desarrollo Social y Familia a la Cámara de Diputadas y Diputados, de 12 de junio de 2023, pp. 1-12.

⁸⁸ Informe 2020, p. 382.

⁸⁹ Entrevista realizada para este capítulo a Giannina Mondino, Defensora de la Niñez (s), el 12 de junio de 2023.

familias de acogida. Un aspecto mencionado fue la insuficiente captación de familias en consideración a la amplia demanda existente.⁹⁰ Si bien recientemente el SPE ha desarrollado campañas en medios de comunicación social, estas no han sido del todo efectivas, ya que –según la percepción de una persona entrevistada– no alcanzan a llegar a todos los segmentos de la población y no consiguen generar conciencia ni sensibilizar a la sociedad con sus mensajes.⁹¹ Otras falencias mencionadas fueron la falta de lineamientos de trabajo⁹² y el débil acompañamiento a las familias de acogida,⁹³ asuntos de especial preocupación según las personas consultadas. Como advierten, estas limitaciones se pueden traducir en que familias, tanto externas como extensas, que acogen a un NNA con experiencias de maltrato o negligencia previas, desistan de hacerse cargo por los desafíos que su cuidado puede suponer, y termine siendo reubicado en otra o en varias otras modalidades de cuidado.⁹⁴ Esta situación puede constituir una revictimización por las sucesivas rupturas de vínculos afectivos y sociales que implica, la cual podría ser evitada con un acompañamiento y apoyo apropiados.

Cabe señalar que el Comité de DN, en sus observaciones de 2022 y a partir de los antecedentes recabados sobre la situación, recomendó al Estado seguir reforzando los programas de acogimiento familiar para avanzar hacia la desinstitucionalización de la infancia, especialmente reducir o terminar con el internamiento de niños y niñas pequeños.⁹⁵

3.1.3. Idoneidad del acogimiento residencial

Las Directrices sostienen que las residencias de gran tamaño, concebidas para albergar a un elevado número de NNA, tienden a carecer de las condiciones óptimas para fomentar su desarrollo integral.⁹⁶ Esto último demanda una atención personalizada, brindada en entornos reducidos capaces de

⁹⁰ Entrevista realizada para este capítulo a exfuncionaria del SPE, el 2 de junio de 2023; y a Felipe Ramírez, director nacional de la Asociación Nacional de Trabajadores de Protección (ANTRAP), el 12 de julio de 2023.

⁹¹ Entrevista realizada a Felipe Ramírez, director nacional de la Asociación Nacional de Trabajadores de Protección (ANTRAP), el 12 de julio de 2023.

⁹² Entrevista realizada para este capítulo a exfuncionaria del SPE, el 2 de junio de 2023.

⁹³ Entrevista a realizada para este capítulo a exfuncionaria del SPE, el 2 de junio de 2023; y a Francisco Gorziglia, director nacional del Sindicato Interempresa de Trabajadoras y Trabajadores Subcontratados de la Niñez y la Juventud (SINTRASUB), el 10 de agosto de 2023.

⁹⁴ Entrevista realizada para este capítulo a un académico, el 15 de mayo de 2023; y a Francisco Gorziglia, director nacional del Sindicato Interempresa de Trabajadoras y Trabajadores Subcontratados de la Niñez y la Juventud (SINTRASUB), el 10 de agosto de 2023.

⁹⁵ Comité de DN, *Observaciones finales sobre los informes periódicos sexto y séptimo combinados de Chile*, 22 de junio de 2022, párr. 25, d).

⁹⁶ Naciones Unidas, *Directrices sobre modalidades alternativas de cuidado de los niños*, párrs. 23 y 123. También en: CIDH, *El derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas*, 2013, párrs. 453, 459-462.

atender sus necesidades y derechos en un ambiente cercano y familiar. Por eso, las mismas Directrices instan a los Estados a propiciar la progresiva eliminación de los grandes centros de acogimiento residencial.⁹⁷ En la definición de qué es una residencia de gran tamaño no hay una respuesta unívoca, ya que, en última instancia, depende del tipo de atención, de la cantidad de personal dispuesto y de la distribución de la población acogida, entre otros factores. No obstante, según ha señalado la Red Latinoamericana de Acogimiento Familiar, diversos Estados han consensuado un límite máximo de 20 NNA por centro.⁹⁸

En Chile, los CREAD han sido un tipo de residencia administrada por el Estado que obedece a un modelo de internación masivo, concebido para la atención de altos números de NNA. Este modelo ha presentado serios problemas por su modelo estandarizado y no personalizado. En 2018 se produjo un hecho determinante en el camino hacia el término de este modelo, cuando la CIDH resolvió una medida cautelar en favor de NNA acogidos en el CREAD de Playa Ancha por encontrarse en riesgo su vida e integridad,⁹⁹ y reconoció que este tipo de establecimientos con alta concentración de población suelen constituir un factor de riesgo para su protección y los expone a violencia estructural.¹⁰⁰ Tres meses después, el Comité de DN, en su investigación relacionada con Chile, observó que los CREAD presentaban una serie de problemáticas, tales como sobrepoblación y financiamiento insuficiente para prestar los servicios mínimos necesarios,¹⁰¹ y recomendó urgentemente el cierre inmediato del mismo CREAD de Playa Ancha.¹⁰² Ese año también se dieron a conocer los resultados de una auditoría realizada a este tipo de centros, que puso en evidencia un conjunto de serias falencias de los procesos de intervención con NNA.¹⁰³ Según este estudio, los propios NNA los perciben como

⁹⁷ Naciones Unidas, *Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños*, párrs. 22 y 152 letra d).

⁹⁸ Red Latinoamericana de Acogimiento Familiar, *Niñez y adolescencia institucionalizada: Visibilización de graves violaciones de DDHH*, 2011, p. 7.

⁹⁹ CIDH, *Asunto "Niños, niñas y adolescentes del Centro de Reparación Especializada de Administración Directa de Playa Ancha respecto de Chile"*, 15 de marzo de 2018, párrs. 27 y 31. En 2017, el INDH había presentado querrela por maltrato hacia 25 niños, niñas y adolescentes del CREAD Playa Ancha por parte de funcionarios y funcionarias.

¹⁰⁰ CIDH, *Asunto Niños, niñas y adolescentes del Centro de Reparación Especializada de Administración Directa de Playa Ancha respecto de Chile*, 15 de marzo de 2018, párr. 23; CIDH, *Derecho a vivir en familia*, párr. 23.

¹⁰¹ Comité de DN, *Informe sobre la investigación relacionada con Chile en virtud del artículo 13 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones*, 1 de junio de 2018, párrs. 33 y 50.

¹⁰² *Ibíd.*, párrs. 117 y 118.

¹⁰³ SENAME, *Informe auditoría social*, 2018.

lugares de encierro que les generan la sensación de libertad restringida.¹⁰⁴ Por su parte, también en 2018, el Estado se comprometió públicamente a avanzar hacia residencias más pequeñas y familiares, que cuenten con personal especializado y cuidadores significativos capacitados;¹⁰⁵ y aseguró al Comité de DN encontrarse en un proceso de disminución gradual de las residencias que atienden a más de 20 NNA.¹⁰⁶

El Estado ha avanzado hacia ese compromiso a través del cierre de los CREAD y su reconversión en Residencias Familiares (en adelante, RF). Este modelo, también de administración directa del SENAME, reemplazaría a los primeros por ofrecer una modalidad de cuidado más personalizada e integral, basada en la atención de grupos pequeños y en un espacio emocionalmente seguro, considerando la inclusión social y comunitaria como un pilar central.¹⁰⁷ Sin embargo, el cumplimiento de su objetivo central –la protección de los derechos de la infancia acogida– ha sido parcial, debido a dos factores: la demora en el cierre de los CREAD y ciertos problemas que presentan las propias Residencias Familiares.

Con respecto a lo primero, hasta el momento se ha producido el cierre de ocho de los 11 CREAD a nivel nacional.¹⁰⁸ El proceso de cierre ha sido gradual conforme la instalación de RF que pudieran albergar a la población atendida. No obstante, dicha gradualidad no debiera implicar la relativización del sentido de urgencia y celeridad. En este punto, cabe mencionar que en dos CREAD especialmente problemáticos –como el Pudahuel (Santiago)¹⁰⁹ y Entre Silos (Talca)¹¹⁰– se presentaron hechos constitutivos de vulneraciones de derechos en el período de tiempo que media entre el anuncio de cierre y su clausura efectiva (que se ejecutó cinco y seis años después, respectivamente). Por su parte, los CREAD para lactantes y preescolares son los que han presentado mayores dilaciones en su cierre. A

¹⁰⁴ *Ibíd.*, p. 25.

¹⁰⁵ Gobierno de Chile, *Acuerdo Nacional por la Infancia*, 2018, párr. 52.

¹⁰⁶ Comité de DN, *Investigación relacionada con Chile en virtud del artículo 13 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones*, *Observaciones de Chile*, 20 de mayo de 2020, párrs. 45 y 102.

¹⁰⁷ SENAME *Orientaciones técnicas Residencia familiar de administración directa para adolescentes*, 2019; SENAME, *Orientaciones Técnicas Residencia Familiar para Adolescencia Temprana de Administración Directa*, 2019.

¹⁰⁸ CREAD Arica, Playa Ancha, Galvarino, Nuevo Amanecer y Alborada (entre 2019 y 2021); CREAD Pudahuel y Capullo (en 2022) y CREAD Entre Silos (2023). Oficio N° 1503/2023 del Ministerio de Desarrollo Social y Familia a la Cámara de Diputadas y Diputados, de 12 de junio de 2023, p. 2.

¹⁰⁹ Comité de Prevención de la Tortura, Informe de evaluación de la residencia para niños, niñas y adolescentes CREAD Pudahuel, 2021; Defensoría de la Niñez, Informe Anual 2021, p. 279.

¹¹⁰ Sentencia Corte Suprema, de 31 de mayo de 2021, Rol N° 4177-2021, que acoge recurso de protección interpuesto en favor de NNA atendidos en el CREAD Entre Silos.

la fecha de redacción de este capítulo, existen en el país todavía tres centros de este tipo en funcionamiento, todos ellos dirigidos a niños y niñas de 0 a 5 años: Belén (Temuco), Casa Nacional del Niño (Santiago) y Arrullo (Concepción), cuyos cierres están proyectados para 2024.¹¹¹

La dilación del cierre de los establecimientos masivos de lactantes y preescolares llama poderosamente la atención. Se debe tener en cuenta que se trata de una población que se encuentra atravesando un período especialmente crucial en la realización de sus derechos actuales y futuros, caracterizada por su rápido crecimiento y cambio en su ciclo vital y la creación de fuertes vínculos emocionales con sus cuidadores y pares, entre otros factores que convierten a esta etapa en una especialmente determinante y de mucha vulnerabilidad.¹¹² Sus particularidades enfatizan, aún más, la necesidad de un cuidado personalizado, estable, seguro y adaptado a sus necesidades. En la misma línea, los hallazgos de la literatura especializada¹¹³ instan, con especial fuerza, a evitar las formas de cuidado masivo en primera infancia por los serios efectos adversos que pueden ocasionar en el bienestar y desarrollo de niños y niñas.¹¹⁴

Por cierto, el cierre de los CREAD es un proceso en extremo complejo y que requiere de una labor sumamente cuidadosa. El término de un proyecto residencial exige, o bien un trabajo de egreso con los NNA que reúnan las condiciones para hacerlo, o bien derivarlos a familias de acogida o a otro proyecto residencial (en el caso de los CREAD, debieran ser derivados a las RF que los reemplazan). Como explica una entrevistada, la dilación del cierre de los CREAD para lactantes se puede vincular a la falta de oferta de familias de acogida y residencial para esta población que, junto con pertenecer a la primera infancia, en muchos casos presenta algún tipo de discapacidad o problemas asociados a la salud mental.¹¹⁵ Así, la urgencia del término de este modelo va acompañada de la dificultad para encontrar oferta apropiada donde derivar a los NNA atendidos, especialmente de quienes presentan necesidades específicas. Al respecto, no basta solo con cerrar, sino que deben existir las condiciones para hacerse cargo de la población derivada, y velar por que el proceso de traslado afecte lo menos

¹¹¹ Oficio N° 1503/2023 del Ministerio de Desarrollo Social y Familia a la Cámara de Diputadas y Diputados, de 12 de junio de 2023, p. 2.

¹¹² Comité de DN, *Observación general N° 7. Realización de los derechos del niño en la primera infancia*, 14 de noviembre de 2005, párr. 6.

¹¹³ Diane Papalia, Ruth Feldman y Gabriela Martorell, *Desarrollo humano*, 12° edición, McGraw-Hill, México D.F., 2012; Paulo Pinheiro, *Informe mundial sobre la violencia contra los niños y niñas*, 2006.

¹¹⁴ A nivel político, este compromiso se veía reflejado en el Acuerdo Nacional por la Infancia, párr. 78.

¹¹⁵ Entrevista realizada para este capítulo a Giannina Mondino, Defensora de la Niñez (s), el 12 de junio de 2023.

posible al NNA, considerando que se trata de un cambio de su entorno e incluso de su modelo de cuidado.

Por lo demás, considerando que estos CREAD aún permanecen vigentes, es preciso que cuenten con el financiamiento apropiado (cuestión que constituía uno de sus nudos críticos, como se indicó). Sobre este punto específico no ha sido posible obtener datos actualizados, pues la información que se refiere a estos centros aborda, en general, solo lo relativo a su cierre y a la implementación de las Residencias Familiares. En todo caso, la Ley de Presupuestos de 2023 asigna presupuesto para 1.266 cupos de dotación de personal para residencias de administración directa, entre las que se encuentran los CREAD para lactantes (junto con las Residencias Familiares y las Residencias de Alta Especialidad), aunque no constan fondos específicos para los CREAD.¹¹⁶ Por otro lado, la directora del SPE informó que en 2022 se hizo una inversión, con ayuda del Ministerio de Hacienda y la Dirección de Presupuestos, de 1.500 millones de pesos para subsanar los graves problemas de infraestructura que presentaban las residencias de administración directa.¹¹⁷ Es preciso no dejar a la deriva a estos niños y niñas atendidos aún en proyectos que, si bien pronto verán su fin, han de seguir siendo financiados adecuadamente hasta su cierre definitivo, procurando además que exista la debida transparencia al respecto.

Con respecto al segundo punto –la instalación de las RF–, este rápidamente ha revelado serios problemas. En primer término, la transición hacia el nuevo modelo residencial exige un trabajo de preparación y acompañamiento para los NNA, de modo que se puedan adaptar a los cambios que significa ser trasladados a otro entorno y bajo una nueva forma de cuidado, y, además, contar con la participación de los propios involucrados. En lo que se refiere al personal, también se requiere de una preparación robusta que les permita a los funcionarios y funcionarias conocer los lineamientos y aplicarlos, en particular, si se considera que parte considerable de quienes trabajan en RF provenía de los antiguos CREAD.¹¹⁸ No obstante, como constató la Defensoría de la Niñez en 2020, el proceso de implementación ha estado rodeado de incertidumbre tanto para los NNA como para el

¹¹⁶ Ley 21.516 de presupuestos para el sector público 2023, p. 785.

¹¹⁷ Cámara de Diputadas y Diputados, presentación de directora nacional del SPE, Gabriela Muñoz. *Comisión especial investigadora encargada de reunir antecedentes sobre licitaciones del Servicio de Protección Especializada de la Niñez y Adolescencia y demás antecedentes que se indican sobre la competencia, funcionamiento y personal del referido servicio*, Acta sesión de 5 de junio de 2023,

¹¹⁸ Defensoría de la Niñez, *Informe Anual 2022*, p. 170.

personal a cargo, tanto por falta del apoyo necesario, como por la ausencia de participación de los actores durante el tránsito de un modelo a otro.¹¹⁹

En segundo término, existen antecedentes que sugieren que los objetivos de las RF no se cumplen cabalmente. Por un lado, se han constatado en estas residencias falencias de infraestructura, equipamiento y seguridad. Asimismo, se han presentado problemas vinculados a la elección de los inmuebles debido a riesgos asociados a la propiedad misma o su ubicación, así como por su emplazamiento en barrios donde la inclusión de los NNA ha sido dificultosa y no abordada correctamente,¹²⁰ cuestiones que han exigido en algunos casos ser reubicadas.¹²¹ Por otro lado, se han observado deficiencias vinculadas con el personal (como la falta de capacitaciones, de formación continua, cuidado de equipos y de apoyo técnico), y la atención recibida por los NNA (por ejemplo, ante el abordaje de situaciones críticas o del consumo problemático de alcohol y drogas).¹²² Esto puede relacionarse con la continuidad en las RF –y más aún, en el resto de las instituciones que forman parte del sistema de protección– de rasgos asociados a una cultura organizacional tutelar, vinculada al anterior modelo CREAD, según han sostenido algunas personas entrevistadas para este capítulo.¹²³ Modificar estas lógicas requiere cambios de tipo cultural, generalmente más lentos en ser asimilados por las instituciones y quienes las componen, que permitan encarnar decididamente –en la práctica– el enfoque de derechos de los NNA.

Uno de los principales obstáculos que enfrentan las RF está dado por las características de los NNA que son derivados desde los CREAD. Al tratarse de residencias de administración directa del Estado, y como consecuencia del modelo subsidiario de funcionamiento que mantiene el sistema, los CREAD acogían a NNA que no eran recibidos en residencias administradas por entidades privadas (OCAS), quienes por lo general presentan alguna condición de salud mental o de alta complejidad desde la óptica

¹¹⁹ Defensoría de la Niñez, *Informe Anual 2021*, p. 279. Entrevista realizada para este capítulo a Gianina Mondino, Defensora de la Niñez (s), el 12 de junio de 2023.

¹²⁰ Defensoría de la Niñez, *Informe Anual 2022*, p. 169.

¹²¹ Diario Concepción.cl: “Reubicarán la residencia de Chacabuco de Mejor Niñez”, 11 de enero de 2023; Defensoría de la Niñez: “Defensoría de la Niñez da cuenta de la grave situación que enfrenta el proceso de reconversión de centros de administración directa a residencias familiares a nivel nacional”, 16 de febrero de 2022.

¹²² Defensoría de la Niñez, *Informe Anual 2022*, p. 170.

¹²³ Entrevista realizada para este capítulo a ex funcionaria del SPE, el 2 de junio de 2023; a un académico, el 15 de mayo de 2023; a Felipe Ramírez, director nacional de la Asociación Nacional de Trabajadores de Protección (ANTRAP), el 12 de julio de 2023; a Francisco Gorziglia, director nacional del Sindicato Interempresa de Trabajadoras y Trabajadores Subcontratados de la Niñez y la Juventud (SINTRASUB), el 10 de agosto de 2023.

de la intervención requerida.¹²⁴ Y, pese a las particularidades del sujeto de atención, la implementación del modelo de RF no ha ido acompañada de una adaptación de los estándares de trabajo que tenga en cuenta las características peculiares de la población destinataria y el nuevo modelo de atención.¹²⁵ En este sentido, es menester recordar que no basta con modificar la ubicación geográfica, mejorar la infraestructura o disminuir el tamaño de estos establecimientos para afirmar el cambio de un modelo institucional por uno familiar, sino que es primordial asegurar las condiciones que permitan un cuidado personalizado y adecuado a las necesidades de los NNA atendidos.

Inquieta especialmente la alta presencia de hechos que constituyen vulneraciones de derechos en residencias de tipo RF.¹²⁶ Estas situaciones han sido observadas con preocupación por el Comité de DN en sus últimas observaciones al Estado de 2022. Al respecto, el órgano de tratado evidencia problemas en la aplicación, funcionamiento y rendición de cuentas de las RF, que incluyen un aumento de casos de violencia (psicológica, física y sexual) en este tipo de establecimientos.¹²⁷

De especial gravedad es el caso de la RF Puma de la comuna de Recoleta, abierta solo unas semanas antes del término de SENAME y la puesta en marcha del SPE. Allí, a los ocho meses de su apertura (luego del traslado de adolescentes desde el CREAD Pudahuel), se denunció la existencia de situaciones de explotación sexual comercial en su interior, que afecta a los NNA atendidos e involucra al personal, además de consumo de drogas y situaciones de violencia entre pares y violencia sexual hacia funcionarias.¹²⁸ Estos hechos fueron objeto de un recurso de protección interpuesto por el Programa Mi Abogado, que fue acogido por la Corte de Apelaciones de Santiago. La sentencia fundamenta que, en el caso concreto y teniendo

¹²⁴ Entrevista realizada para este capítulo a Giannina Mondino, Defensora de la Niñez (s), el 12 de junio de 2023; a exfuncionaria del SPE, el 2 de junio de 2023; a Felipe Ramírez, director nacional de la Asociación Nacional de Trabajadores de Protección (ANTRAP), el 12 de julio de 2023.

¹²⁵ Entrevista realizada para este capítulo a Felipe Ramírez, director nacional de la Asociación Nacional de Trabajadores de Protección (ANTRAP), el 12 de julio de 2023.

¹²⁶ El Día.cl: “Los antecedentes que se manejan del incidente al interior de exhogar Sename en Ovalle, 1 de junio de 2022; El Mostrador.cl: “Sename inicia investigación en Residencia Familiar de Providencia tras viralización de video donde se denuncia maltrato a un menor”, 23 de marzo de 2021.

¹²⁷ Comité de DN, *Observaciones finales sobre los informes periódicos sexto y séptimo combinados de Chile*, 22 de junio de 2022, párr. 24 letra e).

¹²⁸ Entrevista realizada para este capítulo a exfuncionaria del SPE, el 2 de junio de 2023; y a Felipe Ramírez, director nacional de la Asociación Nacional de Trabajadores de Protección (ANTRAP), el 12 de julio de 2023. Aunque no es el foco del capítulo, es importante reflexionar en torno a la exposición a este tipo de violencia de la fuerza laboral altamente feminizada de los servicios de cuidado, como en el caso del SPE. Según un informe del INDH, el personal de las residencias de protección es en un 85% femenino. Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Condiciones de vida e infraestructura en residencias de NNA en Chile. Reporte preliminar*, 2023, p. 5. Remitido a los autores del capítulo a raíz de solicitud formulada en virtud de Ley de Transparencia.

en cuenta el tipo de administración de la residencia, el SPE incumplió el estándar de supervisión, que es particularmente alto teniendo en cuenta que la Ley 21.302 dota al SPE “de la posibilidad real y concreta de efectuar una mayor fiscalización a las instituciones que dependen de éste”.¹²⁹ Por lo mismo, el SPE debió haber advertido oportunamente la gravísima situación que ocurría allí.

3.2. Violencia en el sistema residencial

Una de las principales aristas de la crisis que ha rodeado al SENAME ha sido la exposición a situaciones de violencia que viven los NNA atendidos, especialmente, en programas de acogimiento residencial. Esto resulta muy paradójico, teniendo en cuenta la responsabilidad que recae sobre el Estado en la protección de NNA que en su trayectoria vital ya han presentado vulneraciones de derechos, en muchos casos por actos de violencia. Al respecto, en línea con lo previamente planteado por instituciones nacionales, el Informe del Comité de DN de 2018 determinó el incumplimiento por parte del Estado de la obligación contenida en el art. 19 de la CDN, que ordena adoptar todas las medidas apropiadas para proteger al NNA de toda forma de violencia.¹³⁰ Esa obligación estatal es aplicable tanto a las residencias administradas directamente por el Estado, como a las dirigidas por entidades privadas. El incumplimiento, según el Informe, se expresaba en la existencia de prácticas de castigo que permiten o naturalizan relaciones violentas, y situaciones de malos tratos entre los propios NNA y entre estos y personas adultas. También tiene sus raíces en la falta de lineamientos y de capacitación al personal en técnicas educativas y disciplinarias no violentas, así como en el manejo de situaciones de conflicto entre pares. A juicio del Comité de DN, este tipo de situaciones genera un deber reforzado del Estado para reparar a las víctimas y tender hacia su recuperación física y psicológica, así como su reintegración social (conforme lo establece el art. 39 de la CDN). Lo anterior, por ser el mismo Estado –a través de sus tres poderes– el responsable directo de estos menoscabos.¹³¹

En la actualidad, la violencia sigue siendo uno de los puntos de mayor criticidad del sistema. Según información solicitada por Transparencia,¹³² en

¹²⁹ Corte de Apelaciones de Santiago, Calderón / Lorca, 5 de diciembre de 2022, rol N° 623-2022, considerandos 8.

¹³⁰ Comité de DN, *Informe sobre la investigación relacionada con Chile en virtud del artículo 13 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones*, 1 de junio de 2018, párr. 78.

¹³¹ *Ibid.*, párr. 131.

¹³² Respuesta a solicitud de transparencia del SPE, N° folio N°AI010T00010572, de 18 de agosto de 2023.

2022 existieron un total de 21.124 activaciones de procedimientos internos por hechos eventualmente constitutivos de delitos en contra de NNA atendidos en distintos proyectos del SPE. Estos procedimientos están regulados por las Resoluciones exentas 154 y 155 del SPE para los proyectos de administración directa y los de OCAS, respectivamente.¹³³ La enorme mayoría de estas activaciones se produjeron en proyectos administrados por entidades privadas (el 93% del total), lo que se condice con la mayor oferta de este tipo de proyectos en el sistema. El tipo de vulneración más frecuente son los atentados contra la integridad física o psicológica (57%), seguidas por atentados contra la indemnidad sexual (28%), otras vulneraciones (5%) y contra la vida (4,7%). El detalle se aprecia en la Tabla N° 2.

Tabla 2 Cantidad de resoluciones N° 154 y 155 activadas en 2023, por tipo de vulneración.

Tipo de vulneración	N° de Res. 154 (administración directa)	N° de Res. 155 (OCAS)
Contra la indemnidad sexual	321	5.688
Contra la integridad física o psicológica	987	11.433
Contra la propiedad	<15	98
Contra la vida	94	900
Negligencia o descuido grave	<15	437
Otras vulneraciones	144	1.000
Total	1.568	19.556

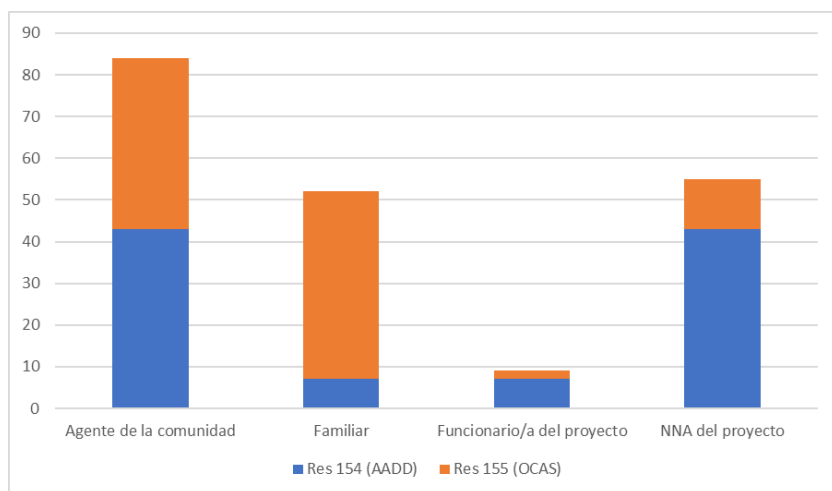
Fuente: SPE¹³⁴

¹³³ Las resoluciones exentas 154 y 155 del SPE establecen obligaciones de abordaje y manejo de información ante situaciones eventualmente constitutivas de delitos en contra de NNA atendidos de las que se tenga información. SPE, Resolución exenta 154, *Aprueba "Procedimiento ante hechos eventualmente constitutivos de delito en contra de niños, niñas y adolescentes que se encuentran atendidos en proyectos de administración directa del Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia"*, 14 de marzo de 2022; SPE, Resolución exenta 155, *Aprueba "Procedimiento ante hechos eventualmente constitutivos de delito en contra de niños, niñas y adolescentes que se encuentran atendidos en colaboradores acreditados del Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia"*, 14 de marzo de 2022. La cifra de 2022 supera con creces la de 2021 (13.732).

¹³⁴ Respuesta a solicitud de transparencia del SPE, N° folio N°AI010T00010572, de 18 de agosto de 2023.

Casi el 70% de las agresiones se dirigieron contra NNA de entre 10 y 17 años, siendo el tramo etario más afectado el de 14 a 17 años (47%).¹³⁵ Por su parte, los datos de las activaciones de resoluciones 154 y 155 (de proyectos de administración directa y por OCAS, respectivamente) según tipo de agresor se aprecian en el Gráfico N° 2.

Gráfico 2 Porcentaje del total de resoluciones 154 y 155 activadas en 2023 por tipo de agresor estandarizado.¹³⁶



Fuente: Elaboración propia a partir de datos del SPE.¹³⁷

Así, en lo relativo al origen de estos actos encontramos diferencias considerables según tipo de administración.¹³⁸ Mientras que las familias representan un agente frecuente en el porcentaje de vulneraciones en proyectos administrados por OCAS (45% del total), en los administrados por SPE alcanzan baja representatividad (un 7%). En cambio, en estos últimos, las agresiones provenientes de otros NNA del grupo de pares constituyen el origen más frecuente (43%), a diferencia de los proyectos de OCAS, en las que el origen *inter pares* de las agresiones ocupa el tercer lugar en términos

¹³⁵ Respuesta a solicitud de transparencia del SPE, N° folio N°AI010T00010572, de 18 de agosto de 2023.

¹³⁶ Este gráfico refleja la proporción que ocupa cada tipo de agresor en los eventos que motivaron la activación de resolución 154 (en centros de administración directa) y 155 (en centros de OCAS) durante 2023, según el porcentaje que ocupa cada categoría dentro del total de resoluciones 154 y 155 activadas.

¹³⁷ Respuesta a solicitud de transparencia del SPE, N° folio N°AI010T00010572, de 18 de agosto de 2023.

¹³⁸ Las agresiones provenientes de personas externas y de funcionarios se encuentran similarmente representadas en ambos tipos de proyectos.

porcentuales (12%), por debajo de la familia y terceros externos. Estas diferencias podrían dar pie a un estudio que excede las pretensiones de este capítulo. No obstante, preliminarmente, preocupa en especial que los NNA atendidos en proyectos administrados por el SPE parecieran estar significativamente más expuestos a violencia entre pares. Asimismo, los datos parecen sugerir un trabajo insuficiente de los factores protectores al interior de las familias en el caso de proyectos administrados por OCAS.

Específicamente en materia de violencia en el entorno residencial, varias personas entrevistadas para este capítulo coinciden en la suma gravedad del problema.¹³⁹ Algunas consideran que, incluso, la situación es todavía más compleja que en la época de funcionamiento del SENAME.¹⁴⁰ Entre las posibles causas, los actores entrevistados apuntan a la existencia de un ambiente de impunidad para la comisión de delitos al interior de los centros, lo que propicia un entorno en el que impera la violencia;¹⁴¹ la falta de capacitación y de lineamientos claros y ajustados a la realidad para el manejo de situaciones críticas;¹⁴² y la inexistencia de políticas preventivas efectivas.¹⁴³ Así también, se mencionó como un factor gravitante la falta de cooperación del intersector; por ejemplo, en la derivación a programas o atenciones de salud mental o consumo de drogas, o en la solicitud de asistencia o la presentación de denuncias ante Carabineros o el Ministerio Público –muchas veces desestimadas sobre la base de prejuicios y estereotipos–.¹⁴⁴

Entre otras manifestaciones, la problemática de la violencia en el sistema residencial se ha reflejado en la mayor exposición a explotación sexual

¹³⁹ Entrevista realizada para este capítulo a exfuncionaria del SPE, el 2 de junio de 2023; a Giannina Mondino, Defensora de la Niñez (s), el 12 de junio de 2023; a Francisco Gorziglia, director nacional del Sindicato Interempresa de Trabajadoras y Trabajadores Subcontratados de la Niñez y la Juventud (SINTRASUB), el 10 de agosto de 2023; a Felipe Ramírez, director nacional de la Asociación Nacional de Trabajadores de Protección (ANTRAP), el 12 de julio de 2023.

¹⁴⁰ Entrevista realizada para este capítulo a Francisco Gorziglia, director nacional del Sindicato Interempresa de Trabajadoras y Trabajadores Subcontratados de la Niñez y la Juventud (SINTRASUB), el 10 de agosto de 2023; a Felipe Ramírez, director nacional de la Asociación Nacional de Trabajadores de Protección (ANTRAP), el 12 de julio de 2023.

¹⁴¹ Entrevista realizada para este capítulo a exfuncionaria del SPE, el 2 de junio de 2023; a Felipe Ramírez, director nacional de la Asociación Nacional de Trabajadores de Protección (ANTRAP), el 12 de julio de 2023.

¹⁴² Entrevista realizada para este capítulo a Francisco Gorziglia, director nacional del Sindicato Interempresa de Trabajadoras y Trabajadores Subcontratados de la Niñez y la Juventud (SINTRASUB), el 10 de agosto de 2023.

¹⁴³ Entrevista realizada para este capítulo a Francisco Gorziglia, director nacional del Sindicato Interempresa de Trabajadoras y Trabajadores Subcontratados de la Niñez y la Juventud (SINTRASUB), el 10 de agosto de 2023.

¹⁴⁴ Entrevista realizada para este capítulo a Francisco Gorziglia, director nacional del Sindicato Interempresa de Trabajadoras y Trabajadores Subcontratados de la Niñez y la Juventud (SINTRASUB), el 10 de agosto de 2023.

comercial de quienes se encuentran bajo esta modalidad de cuidado. La gravedad del asunto motivó incluso la creación de una Comisión especial investigadora en la Cámara de Diputados y Diputadas encargada de investigar específicamente este tipo de abusos en residencias de protección. En su informe emitido en marzo de 2023, los parlamentarios constataron la existencia de redes de explotación en al menos seis residencias (así como en otros programas del sistema de protección, como el programa Red de Calle Niños), algunas de las cuales involucran también a personal de los establecimientos. Concluyen que las redes de tipo externo captan principalmente a niñas y mujeres adolescentes, muchas de las cuales presentan consumo de drogas y han experimentado abandono repetido del centro y *grooming*. Los casos de redes que involucran también a personal de residencias afectan a niños y niñas desde la edad preescolar hasta la adolescencia. El conocimiento de estas situaciones se suele ver obstaculizado por la naturalización de relaciones amorosas de niñas y adolescentes con adultos, y por la demora en la develación de estas situaciones por parte de las víctimas, que suele producirse recién cuando las afectadas ya han abandonado los establecimientos.¹⁴⁵

Las diputadas y los diputados concluyen en su informe que, pese a la gravedad de la situación, no existen políticas suficientes en materia de prevención de este tipo de vulneraciones. En este sentido, si bien se han desarrollado diferentes acciones como capacitación de equipos, elaboración de protocolos y campañas de sensibilización, no existe una oferta garantizada y apropiada para las víctimas de abuso sexual que permita evitar la cronificación del problema y desembocar en explotación sexual comercial.¹⁴⁶ Los parlamentarios concluyen también que las residencias no poseen las condiciones para enfrentar este tipo de situaciones. Esto explicaría que, ante la complejidad de su abordaje, muchas optan por cerrar, reducir el tramo de edad para el ingreso o aplicar filtros a la hora de recibir casos (excluyendo, por ejemplo, a mujeres adolescentes y víctimas previas de esta clase de explotación).¹⁴⁷ Observa también el informe de la Comisión especial, que no existe un sentido de urgencia en la actuación interinstitucional para reaccionar ante estos hechos,¹⁴⁸ y que los programas de explotación sexual presentan problemas en su oferta y enfoque. Sobre esto último, pone en evidencia el informe que el perfil exigido por los programas existentes para

¹⁴⁵ Cámara de Diputadas y Diputados, *Informe de la Comisión especial investigadora sobre las situaciones de abuso y explotación sexual a niñas, niños y adolescentes bajo protección del Estado*, 8 de marzo de 2022, p. 141.

¹⁴⁶ *Ibíd.*, pp. 136-137.

¹⁴⁷ *Ibíd.*, pp. 138-139.

¹⁴⁸ *Ibíd.*, pp. 139-140.

atender a NNA víctimas de explotación sexual comercial no se condice con el que presentan los NNA del sistema residencial que necesitan atención, puesto que muchos presentan socialización callejera, conductas autolesivas, abandonos residenciales o consumo de drogas que terminan condicionando su permanencia.¹⁴⁹ Por último, de especial preocupación para la Comisión es la falta de coordinación en la etapa de investigación penal entre el Poder Judicial, las policías y el Ministerio Público, y la inexistencia –hasta hace unos meses– de un tipo penal específico que tipifique esta conducta.¹⁵⁰

Estas reflexiones son particularmente preocupantes teniendo en cuenta el impacto diferenciado que tiene esta problemática sobre la población femenina atendida. Según un estudio del Hogar de Cristo de 2021,¹⁵¹ las niñas y adolescentes mujeres tienen significativamente mayor probabilidad de ingresar a residencias por causas ligadas a maltratos en la esfera sexual (como explotación sexual comercial, violación y abuso sexual),¹⁵² lo que, a su vez, las hace más propensas a experimentar nuevas vivencias de este tipo. Por otro lado, están en mayor situación de vulnerabilidad que sus pares masculinos, tanto por las experiencias traumáticas vividas, sus consecuencias en la salud física y psicológica, y las diferencias de género. Dentro de la población femenina, quienes han sufrido explotación sexual comercial son una subpoblación en vulnerabilidad extrema al ser víctimas de una violencia naturalizada.¹⁵³ Esto refuerza la necesidad de que las distintas instituciones vinculadas (SPE, Ministerio de Salud, Carabineros, Ministerio Público, entre otras) adopten un enfoque de género en el abordaje de sus necesidades para su adecuada prevención, detección y reparación.

Una herramienta que la Ley 21.302 contempló para prevenir situaciones de violencia fue condicionar la acreditación de los OCAS a la adopción e implementación de un modelo de prevención de delito.¹⁵⁴ Sin embargo, como comentaremos más adelante, esta medida ha tenido un escaso impacto.

Finalmente, cabe mencionar que, dada la gravedad de las violaciones a los derechos humanos constatadas en su Informe de 2018, el Comité de

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 141.

¹⁵⁰ El 30 de diciembre de 2022 se publicó la Ley 21.522, que introduce un nuevo párrafo en el título VII del Libro II del Código Penal, relativo a la explotación sexual comercial y material pornográfico de niños, niñas y adolescentes.

¹⁵¹ Hogar de Cristo, *Del Dicho al Derecho. Ser niña en una residencia de protección en Chile*, 2021.

¹⁵² Por ejemplo, según datos del 2018, quienes ingresan a residencias de protección por causal de violación son en un 92,7% mujeres y un 7,3% varones. El panorama es similar en quienes ingresan por abuso sexual (85,2% versus 14,8% respectivamente). Por su parte, la totalidad de quienes ingresaron por explotación sexual comercial eran mujeres. Hogar de Cristo, *Del Dicho al Derecho. Ser niña en una residencia de protección en Chile*, p. 75.

¹⁵³ *Ibid.*, p. 143.

¹⁵⁴ “Sólo podrán ser colaboradores acreditados las personas jurídicas que hubieren adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos que afecten

DN recomendó el establecimiento de medidas para reparar a las víctimas actuales y pasadas de violaciones a los derechos humanos en el contexto residencial,¹⁵⁵ y específicamente una comisión de verdad, justicia y reparación.¹⁵⁶ Al respecto, el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales ha destacado la urgencia de avanzar hacia la creación de una comisión de verdad y reparación integral.¹⁵⁷ Esta comisión debe ser independiente, interdisciplinaria y enfocada a evitar la revictimización, y proponer medidas para saldar la deuda hacia víctimas del SENAME.¹⁵⁸ No obstante, a la fecha, no se han presentado avances en la materia, según ha constatado el propio órgano de tratado.¹⁵⁹

3.3. Instalación del Servicio

Mario Waissbluth se refirió, a inicios de la década pasada, a “la economía política de la ineficiencia pública” para remarcar la despreocupación tradicional por la crucial etapa de implementación en las políticas públicas. Esto es, en alguna medida, lo que estamos observando en la transición del SENAME al SPE.¹⁶⁰ Durante el debate prelegislativo, se planteó que la reforma del sistema de atención a la niñez en curso debía integrar un conjunto de al menos ocho dimensiones.¹⁶¹ En esta sección revisaremos algunas de estas dimensiones a la luz de los estándares de derechos humanos, considerando las más pertinentes desde la óptica de los derechos humanos (normativa, recursos humanos, gestión y formación).

la vida, salud, integridad, libertad e indemnidad sexual de niños, niñas y adolescentes y que afecten el correcto uso de recursos públicos”. Ley 21.302, art. 35 inc. 3°.

¹⁵⁵ Comité de DN, *Informe sobre la investigación relacionada con Chile en virtud del artículo 13 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones*, 1 de junio de 2018, párr. 133 letras a) y b).

¹⁵⁶ Comité de DN, *Observaciones finales sobre los informes periódicos sexto y séptimo combinados de Chile*, 22 de junio de 2022, párrs. 19 letra a) y 20 letra a).

¹⁵⁷ Judith Schönsteiner, “Reparación integral: sanar las heridas y reparar (un poco) el daño”, en: Carolina del Río (ed.), *Vergüenza*, Ediciones UAH, 2020, pp. 315-338.

¹⁵⁸ *Informe 2022*, pp. 18-19. Al respecto, la Defensoría de la Niñez publicó en 2023 un informe temático: Defensoría de la Niñez, *Comisión de verdad, justicia y reparación en materia de violaciones de derechos humanos de niños, niñas y adolescentes en entornos institucionales y de cuidado estatal: antecedentes y recomendaciones*, 2023.

¹⁵⁹ Comité de DN, *Observaciones finales sobre los informes periódicos sexto y séptimo combinados de Chile*, 22 de junio de 2022, párr. 18 letra d).

¹⁶⁰ Mario Waissbluth, “Déficit de Vitamina ‘I’. Las omisiones de implementación de las políticas públicas (o bien: la economía política de la ineficiencia pública)”, *Notas de opinión* N° 1, Centro de Sistemas Públicos, Universidad de Chile, 2010. <https://bit.ly/31xtRt0>

¹⁶¹ Francisco Estrada, “Mucho más que cambiar la ley. Un modelo multidimensional para el proceso de reforma del sistema de atención a la infancia en Chile”, Ponencia en el III Encuentro de la Sociedad Chilena de Políticas Públicas, 2012. <https://bit.ly/3P1oBms>

3.3.1. La normativa de la instalación

La Ley 21.302, que creó el SPE, fue publicada el 5 de enero de 2021 con 1 año como tope de vacancia y el gobierno definió el 1° de octubre de ese año como la fecha de inicio del nuevo servicio. Aquí nos encontramos con una primera dificultad, relacionada con el escaso tiempo que la ley concede para su implementación. El legislador no pareció comprender el gran número de procesos que acarrea la puesta en marcha de una agencia pública. A modo de ejemplo, un concurso sencillo para seleccionar y contratar a cinco expertos (como los que deben integrar el Consejo de Expertos del SPE, creado por la Ley 21.302)¹⁶² toma como mínimo cuatro meses y medio¹⁶³ y la redacción de un reglamento (tenían que redactarse una decena) puede llevar dos a tres meses de trabajo. Teniendo en cuenta lo señalado, el tiempo de vacancia resultó absolutamente insuficiente para el gran número de tareas requeridas durante la instalación del nuevo Servicio de Protección Especializada.¹⁶⁴ De hecho, solo cuatro reglamentos estuvieron publicados antes de que partiese el SPE, lo que constituye evidentemente un incumplimiento del deber de protección efectiva¹⁶⁵ y constituye un factor explicativo de varios de los problemas que examinaremos.

En lo que se refiere a su contenido, esta normativa presenta una serie de inconsistencias de cara al estándar internacional. En primer lugar, la Ley 21.302 entiende al sujeto de atención del nuevo servicio de un modo semejante a como lo hace la Ley 21.430 de Garantías, es decir, el sujeto de la protección administrativa es el o la menor de 18 años. Sólo excepcionalmente puede seguir siendo sujeto de atención un o una adulta, “siempre

¹⁶² La Ley 21.302 crea la figura de un Consejo de Expertos, cuyas funciones son elementales para la implementación del SPE. Por ejemplo, debe asesorar y recomendar al SPE en materia de protección especializada, asesorarlo en la elaboración de normativa técnica, y aprobar o rechazar sus propuestas de acreditación de OCAS o de administración provisional de proyectos, entre otras. Ley 21.302, art. 9 y siguientes.

¹⁶³ El caso que se ejemplifica es el del Consejo de Estándares y Acreditación del Servicio de Reinserción Social Juvenil que comenzó la primera semana de marzo de 2023 y concluyó con la designación de consejeros a mediados de julio de 2023.

¹⁶⁴ Compárese con el sistema de implementación gradual en 3 años en distintas macrozonas del país que concibe la Ley 21.527, que crea el nuevo Servicio de Reinserción Social Juvenil, en su artículo 1° transitorio.

¹⁶⁵ Estuvieron listos: 1) Decreto 3 Aprueba Reglamento que establece normas para el funcionamiento del Consejo de Expertos del Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y la Adolescencia, 2 de junio 2021; 2) Decreto 6 Aprueba Reglamento que establece normas para el funcionamiento de las Comisiones Coordinadoras de Protección, 19 de julio de 2021; 3) DFL 2, de 2011, Fija planta de personal de los estamentos que indica del Servicio Nacional de Protección especializada a la niñez y adolescencia y regula otras materias a que se refiere el artículo primero transitorio de la Ley N° 21.302, 11 de agosto de 2021; y 4) Decreto 10 Aprueba Reglamento que regula la administración de cierre y la administración provisional de los colaboradores acreditados del Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia, 28 de septiembre de 2021.

que se encuentren bajo cuidado alternativo y cursando estudios”.¹⁶⁶ Este límite estricto ya estaba establecido en el Decreto Ley 2.465 y no fue corregido ni por la Ley 21.302 ni por la Ley 21.430. Esta interpretación realiza una lectura deficiente del deber estatal de protección comprometido en la CDN. De seguir la lógica, si una adolescente es abusada sexualmente a los 17 años 11 meses de edad, el Estado sólo tendría 30 días para cumplir con su deber de protección. Esto resulta contrario a lo dispuesto en el estándar internacional en la materia –al desproverer al ahora adulto de reparación respecto del daño que vivió cuando aún era niño– en los precisos términos del artículo 1 de la CDN. Las obligaciones comprometidas en el derecho internacional se generan una vez que se ha producido la vulneración de derechos o su amenaza respecto de un o una menor de 18 años y desde ese momento surge el consecuencial deber de resguardo y de reparación que se extenderán hasta que se haya producido el resguardo y la reparación, proceso que puede ocurrir una vez que el o la adolescente es ya mayor de edad.

En este sentido debe recordarse el pronunciamiento de la Corte IDH:

la actuación estatal deberá estar encaminada a la protección reforzada de sus derechos, a través de la actuación multidisciplinaria y coordinada de las agencias estatales de protección y apoyo psicosocial, investigación y juzgamiento, entre ellas el ministerio público, las autoridades judiciales, los profesionales de salud, los servicios sociales y legales, la policía nacional, entre otros, desde que el Estado conozca la violación de sus derechos y de forma ininterrumpida, hasta que esos servicios dejen de ser necesarios, a fin de evitar que su participación en el proceso penal les cause nuevos perjuicios y traumas adicionales, revictimizándolos.¹⁶⁷

Por lo demás, una lectura de este tipo, basada en el resguardo del ciclo vital, fue la que consideró el legislador en la Ley 20.084 que aplica el estatuto de justicia juvenil con independencia de si el sujeto ya es mayor de edad.¹⁶⁸

En otro aspecto de resguardo de derechos, la Ley 21.302 terminó con la facultad judicial de decretar la administración provisional por parte del Estado de residencias y programas administradas por OCAS, que existía en la ley orgánica de SENAME, y que daba paso a una administración transitoria en

¹⁶⁶ Ley 21.302, art. 3 inc. 2°.

¹⁶⁷ Corte IDH, *Caso V.R.P., V.P.C. y otros contra Nicaragua*, 8 de marzo de 2018, párr. 164. En el mismo sentido la recomendación del Comité de DN: “Permitir que todos los niños que hayan sido víctimas de abusos sexuales tengan acceso a recursos y reparaciones por esos abusos [...]”. Comité de DN, *Observaciones finales sobre los informes periódicos sexto y séptimo combinados de Chile*, 22 de junio de 2022, párr. 20, letra c).

¹⁶⁸ Ley 20.084, arts. 3 y 56.

manos del Estado. Esta facultad sólo operaba, conforme al artículo 16 del Decreto Ley 2.465, “[c]uando el funcionamiento de un colaborador acreditado o el de sus establecimientos adoleciera de graves anomalías y, en especial, en aquellos casos en que existieren situaciones de vulneración a los derechos de los niños, niñas o adolescentes sujetos de su atención.” Se empleó en escasas situaciones y en 2019 SENAME informaba solo de 11 casos.¹⁶⁹

El legislador de la Ley 21.302 confía sólo en el SPE para el control de sí mismo (artículos 49 a 51), ya que la administración provisional es sólo resorte del propio Servicio. Esto pone en duda la imparcialidad de la decisión, que puede terminar dependiendo de la voluntad o los recursos del propio SPE para hacerse cargo de la administración de residencias adicionales, en lugar de basarse en la amenaza a los derechos de la niñez. Nos parece que terminar con el control judicial debilita la función de garantizar derechos, ya que la separación del NNA de sus padres, según indica el artículo 9 de la CDN, es sólo a reserva judicial. En el mismo sentido, el art. 68 de la Ley 19.698 exige la intervención judicial para todo caso en que se adopten medidas que impliquen separar a un NNA de su núcleo familiar. Así, parece consistente extender ese control a las condiciones en que se realiza la internación. Creemos que no mantener la facultad judicial constituye un retroceso en materia de derechos, cuestión que contraviene el principio de no regresividad, esto es, “la prohibición de adoptar políticas, medidas o normas jurídicas que empeoren la situación de los derechos económicos, sociales y culturales de los que gozaba la población al momento de adoptar el tratado internacional respectivo, o bien en cada mejora progresiva”.¹⁷⁰

Otro nudo crítico en materia de derechos humanos que este cuerpo legal exhibe, es la forma de derivación de un NNA cuando se le aplique una medida de protección. Como se mencionó en el apartado 3.1.1. a propósito de las listas de espera, el artículo 19 de la Ley 21.302 indica que en determinados y precisos casos¹⁷¹ será el director regional del SPE quien

¹⁶⁹ Respuesta de Susana Tonda, directora nacional de SENAME, a solicitud de acceso a información pública Folio N° AK004T-0003036, de 19 de junio de 2019. El número muestra un uso mesurado, incluso insuficiente si se consideran los hechos conocidos en 2016 y 2017.

¹⁷⁰ Christian Courtis, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”, en Valentina Contreras et al (editores), *Derechos sociales y el momento constituyente de Chile: Perspectivas globales y locales para el debate constitucional. Tomo I: Chile, desigualdad y derechos sociales*, Global Initiative for Economic, Social and Cultural Rights, Centro de Derechos Humanos de la University of Essex y Universidad de Concepción, 2021, p. 97.

¹⁷¹ Cuando se aplique “una medida de protección de las señaladas en las letras c) y d) del artículo 71 y en el artículo 80 bis [de la Ley N° 19.968]”. Es decir, deja fuera los casos del art. 30 de la Ley N° 16.618, que son las medidas de protección definitivas. Pese a esta particularización, el sistema judicial ha interpretado de forma amplia la facultad de derivación del director regional, extendiéndola también para aplicación de medidas definitivas.

asigne un cupo en un proyecto del programa que corresponda. Aunque la intervención del SPE podría contribuir a una mayor coordinación en las derivaciones, como se planteó previamente, presenta un efecto negativo. Con esta forma de derivación, el juez o jueza de familia queda desprovisto de la posibilidad de hacer un juicio informado de idoneidad de la medida y de ajuste a las necesidades del NNA, previo a tomar la decisión. En lugar de eso, sólo le queda confiar en que sea la administración la que haga esa ponderación. Aunque la administración debe en todo caso sujetarse a criterios de razonabilidad y celeridad e informar al órgano que adoptó la medida acerca de la derivación definitiva,¹⁷² es problemático que esto ocurra con posterioridad a su determinación. A modo de ejemplo, dada la carencia de cupos en la Región Metropolitana, si se ordena en la medida de protección la internación de un NNA que vive en la capital, podría ser necesario trasladarlo a otra región a fin de ingresarlo a una residencia que tenga cupo, lejos de su medio familiar y social. Ese traslado, que además incumple el artículo 27 inc. 4° de la 21.430,¹⁷³ no es posible de controlar por parte del tribunal ya que se produce una vez que se ha despachado la orden al sistema interconectado de información. En efecto, existe información de que durante 2022, adolescentes con domicilio en Santiago debieron ser ubicados en residencias en Villarrica, Rancagua o Puerto Natales.¹⁷⁴ Esa exigencia de control judicial ha sido reconocida en doctrina por Cantwell y Holzscheiter,¹⁷⁵ quienes no dudan en afirmar que en el art. 20.3¹⁷⁶ de la CDN “se insertó la palabra ‘adecuado’ para calificar ‘institución’”¹⁷⁷ y es sobre esa exigencia cualitativa que resulta posible construir estándares

¹⁷² Decreto 12, Aprueba reglamento sobre el procedimiento para la asignación de cupos en proyectos de programas de protección especializada del Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia.

¹⁷³ La disposición indica que “se procurará mantener la medida por el menor tiempo posible, y que el niño, niña o adolescente se encuentre lo más cerca de su lugar de residencia habitual, a fin de facilitar el contacto con su familia y la posible revinculación con ella.”

¹⁷⁴ Verónica Vymazal, Jueza de familia, coordinadora de la Comisión de Infancia de la Asociación de Magistradas y Magistrados de Chile. *Presentación ante Comisión Especial Investigadora*, 10 de julio de 2023, p. 10. También en entrevista realizada para este capítulo, el 2 de junio del 2023.

¹⁷⁵ Nigel Cantwell fue uno de los redactores de la CDN en su rol de vocero de las ONG que participaron en el Grupo de Trabajo que la generó. Nigel Cantwell, “Words that speak volumes”, en Jane Connors y otros (eds.), *18 Candles. The Convention on the Rights of the Child Reaches Majority*, Institut international des droits de l’enfant, 2007.

¹⁷⁶ “Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción o, de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.”

¹⁷⁷ Nigel Cantwell y Anna Holzscheiter, “Article 20: Children deprived of their family environment”, en: André Alen (eds.), *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Martinus Nijhoff Publisher, Leiden, 200, p. 53.

que definan la adecuación o idoneidad de las instituciones de acogida.¹⁷⁸ En definitiva, el mecanismo de derivación debilita el rol del tribunal, pese a que, conforme al artículo 9 de la CDN, la separación del NNA de sus padres o familia de origen debe ser a reserva judicial.

El mecanismo de derivación hace también imposible que el juez de familia controle las condiciones del traslado. Según nos relató un actor del sistema judicial, se ha instalado en la Región Metropolitana una práctica de traslado “en postas”.¹⁷⁹ De esta manera, si un adolescente debe ser trasladado a una residencia en Rancagua –porque no hay cupos en Santiago– es llevado por Carabineros en un vehículo policial –no por el Servicio, que es el legalmente encargado de esta tarea– desde la comuna de origen hasta el límite regional, donde debe descender y cruzar a pie unos metros para subirse, al otro lado del límite regional, en otro vehículo policial. Y así, tantas veces como regiones haya que cruzar. Una vez más, que el traslado ocurra luego de la derivación efectuada en conformidad al artículo 19 de la Ley 21.302, impide el pronto control jurisdiccional.

Finalmente, en cuanto a lo normativo, pese a los problemas de diseño legal,¹⁸⁰ una disposición novedosa y valiosa en términos de resguardo de derechos frente a maltrato –foco de la crisis provocada por la muerte de Lissette Villa– se encuentra en el artículo 35 inc. 3° de la Ley 21.302, el cual exige para la acreditación, que los organismos tengan un modelo de prevención del delito. No obstante, los lineamientos que el Servicio entregó para el cumplimiento de este requisito fueron muy bajos y genéricos. Examinadas por los autores de este capítulo las webs de 30 organismos, se observó que apenas cuatro habían subido un documento denominado Modelo de prevención de delito,¹⁸¹ desaprovechando la herramienta legal citada para mejorar el sistema.

¹⁷⁸ Francisco Estrada, “La internación proteccional de niños en el derecho internacional de los derechos humanos”, *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, 90 (251), 2008, p. 244.

¹⁷⁹ Entrevista del 2 de septiembre de 2023.

¹⁸⁰ Un desarrollo de estos problemas en: Francisco Estrada, “Vino viejo, odre viejo, nueva etiqueta. Una panorámica a la ley del nuevo Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia”, en Isaac Ravetlat y Gonzalo Aguilar (eds.), *Comentarios a la Ley de Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia*, Santiago de Chile, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 357-393.

¹⁸¹ Revisión efectuada entre el 17 y el 28 de julio de 2023.

3.3.2. Las diversas dimensiones de la instalación

[...] Al asumir la actual Dirección Nacional no existía un plan de trabajo para el inicio de funciones del Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia”.¹⁸² La frase es de la actual directora nacional del SPE y encabeza uno de los informes que entregó a la Comisión especial investigadora de la Cámara de Diputados y Diputadas. El reconocimiento de la directora permite ilustrar con precisión el estado en que comenzó sus funciones el SPE encargado de proteger a la niñez más vulnerable del país. En este sentido, la directora del Servicio precisa:

El Servicio inició sus operaciones el 1 de octubre de 2021 con un 58,3% de su dotación proveída, conformada principalmente por funcionarios provenientes del proceso de traspaso desde el Servicio Nacional de Menores, quienes permitieron dar sostenibilidad a las operaciones de continuidad.

Una agencia que parte sin plan de implementación, con casi la mitad del personal que debería tener y que en gran parte proviene justamente de aquella institución a la que se quería poner fin, está a bastante distancia del estándar de efectividad en la protección de derechos que estatuye el art. 4 de la CDN. Incluso más. Sólo 15 días antes de que comenzase el nuevo SPE se daba la partida a una residencia administrada directamente por el Estado bajo la nueva modalidad (nos referimos a la RF Puma, que alcanzó lamentable notoriedad por las situaciones relatadas previamente en este capítulo). Si ya es difícil la primera etapa de instalación de un centro como este, que ocurra en medio del fin de un servicio y el comienzo de otro, es una demostración de una profunda despreocupación por el cuidado de los NNA internados en las residencias.

¹⁸² Oficio Ord. 839, de 12 de junio de 2023, de Gabriela Muñoz Navarro, directora nacional del SPE, a Kenneth Giorgio Jackson Drago, ministro del Ministerio de Desarrollo Social y Familia, p. 6. <https://bit.ly/487VMha>

Ante la Comisión investigadora del Congreso, la directora Gabriela Muñoz resumió los principales problemas con que se encontró al asumir:

- Ausencia de planificación estratégica y operativa;
- Ausencia de lineamientos técnicos y administrativos;
- Dotación incompleta. Decretos con errores de traspaso de trabajadores;
- Orgánica y estructura insuficiente en relación a las funciones del Servicio;
- Infraestructuras que no contemplaban a todos/as los/as trabajadores (regiones);
- Residencias de administración directa con graves problemas de infraestructura, dotación, etc.;
- Contratos de servicios de soporte no traspasados desde SENAME;
- Deuda financiera a colaboradores.¹⁸³

En versiones anteriores de este *Informe*¹⁸⁴ se han configurado los estándares en materia de institucionalidad, por lo que sólo recordaremos que el art. 4 de la CDN contiene el compromiso del Estado de adoptar todas las medidas “administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos” en la Convención. A partir de esa base, se ha señalado que para cumplir con los derechos de los NNA, en este caso sujetos a protección especializada, se “requiere la asignación de suficientes fondos para garantizar que el personal profesional esté adecuadamente capacitado y tenga la capacidad suficiente para responder a las prioridades.”¹⁸⁵

En materia de recursos humanos, como reconoce la directora actual del SPE, la dotación con que comenzó la puesta en marcha era levemente superior al 50% del personal autorizado. En este aspecto, se pueden constatar responsabilidades compartidas entre el legislador que, como dijimos en la sección 3.3.1., estipuló un muy breve plazo de vacancia, y la Subsecretaría de Desarrollo Social 2018-2021, que contempló un muy reducido equipo implementador, conformado por solo seis personas, y careciendo algunos integrantes de experiencia en el sistema proteccional.

A diciembre de 2022 se había alcanzado la contratación de un 89% de la dotación autorizada (2270 personas), una cifra crítica si se considera que estamos ante un servicio nuevo, sometido a desafíos para los que aún se carece de adecuada respuesta, como la instalación de las nuevas Residencias

¹⁸³ Presentación de la directora del Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia, señora Gabriela Muñoz Navarro ante Comisión especial investigadora de la Cámara de Diputadas y Diputados, de 5 de junio de 2023. Disponible en: <https://bit.ly/3PaZqPX>

¹⁸⁴ En especial: *Informe 2014*, *Informe 2016*.

¹⁸⁵ Mervat Rishmawi, *Article 4: The Nature of States Parties' Obligations*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, p. 30.

Familiares. A mayo de 2023 la cifra de la dotación contratada está en un 82% del programado (2.287 personas).¹⁸⁶

Un problema del diseño institucional que plantea el nuevo Reglamento¹⁸⁷ –publicado recién una vez que ya había comenzado a funcionar el SPE– es que no replica la estructura del nivel central al contexto regional, generando descoordinación en la línea de mando porque hasta hoy no resulta claro qué unidades regionales son las que deben responder los lineamientos de las unidades del nivel central. Esto se agrava con la definición de competencias de las unidades regionales formulada solo en términos genéricos.¹⁸⁸ Una labor tan importante y central como estar a cargo de los centros de administración directa –CREAD y Residencias Familiares– no cuenta con una unidad exclusivamente dedicada a esa tarea e, incluso, esa función ha rotado entre unidades, según relató una persona entrevistada.¹⁸⁹

Un nuevo SPE –sobre esto hubo consenso en el Congreso durante la discusión legislativa– requiere de nuevos funcionarios. Cuando el Servicio de Protección Especializada inicia sus funciones, el 1° de octubre de 2021, la gran mayoría de su personal correspondía a exfuncionarios de SENA-ME.

Emblemático del déficit institucional señalado, es que el nuevo servicio no contemplaba una Unidad de Reclutamiento y Selección en su estructura original y que fue durante la primera fase que se vio en la necesidad de crear esta instancia.

Por otra parte, el proceso de selección de quienes trabajan directamente con niñez internada no incorporó evaluaciones de habilidades prácticas como entrevistas con adolescentes o capacidad de actuar ante conflictos críticos.¹⁹⁰

En lo relativo a formación, el SPE ha publicitado una instancia denominada “Academia de Formación Especializada: Conectando Saberes”,¹⁹¹ pero entrevistados que han concurrido a las capacitaciones entregadas reportan que se trata de simples charlas, algunas por sistema zoom, que carecen de

¹⁸⁶ Oficio Ord. 839, de 12 de junio de 2023, de Gabriela Muñoz Navarro, directora nacional del SPE, a Kenneth Giorgio Jackson Drago, ministro de Desarrollo Social y Familia, p. 6. Disponible en: <https://bit.ly/487VMha>. La dotación programada va cambiando en el tiempo. En diciembre de 2022 era de 2.553 y en mayo de 2023 de 2.803.

¹⁸⁷ Decreto 9, Aprueba Reglamento que determina la estructura interna del Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia, y regula otras materias que se indican, 28 de octubre de 2021.

¹⁸⁸ Decreto 9, art. 14.

¹⁸⁹ Entrevista realizada para este capítulo a exfuncionaria del SPE, el 2 de junio de 2023.

¹⁹⁰ *Ibíd.*

¹⁹¹ <https://www.mejorninez.cl/academia-conectando-saberes.html>

evaluaciones y de dimensión práctica o de aprendizaje activo.¹⁹² Según nos informó el SPE, las inducciones han abarcado sólo a 389 funcionarios y las capacitaciones a 984.¹⁹³ Es decir, un gran número de los actuales funcionarios no ha recibido ni inducción ni capacitación por parte del nuevo organismo.

En materia de supervisión y fiscalización, durante 2022 se desarrollaron 8.896 supervisiones técnicas a 1.577 proyectos. Se produjeron 83.011 hallazgos. Los hallazgos generan compromisos con plazos para su ejecución. Ante la reiteración de compromisos incumplidos podría activarse una fiscalización por alerta. Del total de hallazgos registrados en el período, el 24 % de los compromisos no fueron cumplidos.¹⁹⁴

El SPE informa¹⁹⁵ a junio de 2023 que ha realizado, desde el 1 de octubre de 2021, 923 fiscalizaciones, número que desglosado representa 44 al mes, 11 a la semana, en todo el país; una cifra menor dados los desafíos planteados por la fase de instalación. Si lo llevamos a regiones, las 923 fiscalizaciones dan un promedio de 57 por región en 21 meses. En este sentido, el reducido número de fiscalizaciones es consistente con los problemas de dotación ya mencionados.¹⁹⁶

De las 923 fiscalizaciones, 316 resultaron negativas¹⁹⁷ (34,2%) y de estas, se instruyeron 186 procedimientos sancionatorios (58,8% del universo de negativas).

Sólo considerando el año 2022, se contabilizan 750 procesos de fiscalización concentrados en 540 proyectos, donde el 32,4% resultaron negativas.

¹⁹² Entrevista realizada para este capítulo a exfuncionaria del SPE, el 2 de junio de 2023.

¹⁹³ Respuesta a solicitud de transparencia del SPE, N° folio N°AI010T00010572, de 18 de agosto de 2023.

¹⁹⁴ Oficio Ord. 839, de 12 de junio de 2023, de Gabriela Muñoz Navarro, directora nacional del SPE, a Kenneth Giorgio Jackson Drago, ministro de Desarrollo Social y Familia, p. 9.

¹⁹⁵ Servicio de Protección Especializada, *Reporte General de Fiscalización*, 30 de junio de 2023. Disponible en: <https://bit.ly/3qdLlax>

¹⁹⁶ Llama la atención que la región de Valparaíso tenga más fiscalizaciones que la Región Metropolitana teniendo muchos menos programas y atenciones.

¹⁹⁷ Negativas, en la nomenclatura del Servicio, significa que en la fiscalización realizada “se levantaron incumplimientos cometidos por el colaborador acreditado a la normativa vigente y/o legal. Esto implica que el director regional respectivo instruirá un procedimiento sancionatorio con la finalidad de que el sustanciador corrobore o descarte los incumplimientos detectados por el fiscalizador.” Servicio de Protección Especializada, *Reporte General de Fiscalización*, 30 de junio de 2023. Disponible en: <https://bit.ly/3qdLlax>

Del total de fiscalizaciones con resultado negativo, se instruyeron 186 procedimientos sancionatorios, equivalentes al 76,5%.¹⁹⁸

Finalmente, llama la atención que el SPE no reporte en su web sanciones – procedimiento que corresponde luego de una fiscalización con resultado negativo– en la Región Metropolitana, como sí ocurre en el resto del país.¹⁹⁹

De hecho, no aparece informada la sanción de pérdida de acreditación –producto de fiscalización– de Fundación Pares el 7 de agosto.²⁰⁰ Tampoco aparece reportada ninguna sanción contra la institución a la que se le debió cerrar el convenio y que administraba una residencia en la región de Ñuble.²⁰¹

En materia de oferta programática, el proceso de implementación ha sido especialmente lento, opaco y problemático. La Ley 21.302 contempla en su artículo 18 las siguientes líneas: 1) Diagnóstico clínico especializado y seguimiento de casos, y pericia. 2) Intervenciones ambulatorias de reparación. 3) Fortalecimiento y vinculación. 4) Cuidado alternativo. 5) Adopción. El 1 de octubre de 2021 el SPE inició sus funciones sin la nueva oferta programática, es decir, sin diagnóstico clínico especializado, intervenciones ambulatorias de reparación ni fortalecimiento y vinculación. Sólo mantuvo los programas que existían a la época.²⁰²

A dos años del inicio de la vigencia de la Ley 21.302, ninguna de las nuevas líneas programáticas se encuentra en ejecución en todo el país. Recién a fines de junio de este año se adjudicó el primer concurso para la línea de diagnóstico clínico especializado y, a mediados de junio, se aprobaron nuevas orientaciones técnicas para algunas de las nuevas líneas.²⁰³ El 28 de agosto se publicaron los resultados del tercer concurso público que involucra residencias.²⁰⁴ Nuevamente hay problemas. Sólo en la Región Metropolitana fueron

¹⁹⁸ Oficio Ord. N° 539, de 12 de junio de 2023 de directora nacional a CEI 17.

¹⁹⁹ <https://www.mejorninez.cl/sanciones.html>

²⁰⁰ El comunicado que lo informa está en el Twitter del Servicio, pero no en la web institucional: <https://bit.ly/45ciQJH>

²⁰¹ Nuevamente la web institucional no contiene información, sino sólo la web de prensa <https://bit.ly/3YTG19h>

²⁰² Una revisión a esta oferta en: Francisco Estrada, “Nudos críticos del sistema de protección a la infancia”, en: Javiera Alzola y otros, *La infancia vulnerada*. Santiago: Ediciones Libertad y Desarrollo y Fundación Miguel Kast, 2018, pp. 130-155; y en *Estudio para el fortalecimiento de los programas ambulatorios del Servicio Nacional de Menores*, Centro Justicia y Sociedad, Universidad Católica de Chile, para Unicef Chile, 2019.

²⁰³ Resolución Exenta 658/2023, *Aprueba orientaciones técnicas “Línea de acción Intervenciones ambulatorias de reparación Modelo de intervención programas de protección especializada en maltrato y abuso sexual grave”*, 14 de junio de 2023.

²⁰⁴ Tercer Concurso Público de Proyectos para la Línea de Acción Cuidado Alternativo, modelos de intervención: Residencias de Protección para Mayores; Residencias para niños, niñas y adolescentes con Discapacidad; Residencias para Madres Adolescentes; Residencias de protección para lactantes

declaradas inadmisibles o no se presentaron oferentes en 16 códigos (equivalentes a proyectos) y se logró adjudicar sólo en 8 códigos.²⁰⁵ Instituciones de larga y prestigiosa trayectoria como María Ayuda o Fundación San José quedaron fuera. Esto no puede ser analizado simplemente como un problema en la competencia de los oferentes, dada la función pública que la Ley 21.302 reconoce a los colaboradores en el art. 35 inciso final. ‘La ausencia de documentos’ como reiterada causal de ‘inhabilidad de propuesta’ sugiere deficiencias en la entrega de información, acerca del proceso, por parte del Servicio.

La lentitud en el despliegue de la renovada oferta programática afecta la posibilidad de una buena atención y dificulta los procesos de mejoramiento y capacitación que, por supuesto, no se pueden desarrollar si no se cuenta siquiera con definiciones técnicas.

La primera directora del Servicio (María José Castro, quien ejerció entre septiembre de 2021 y marzo de 2022) no informó oficial y públicamente (según se observa en la web institucional) respecto a un calendario de entrada en vigencia de la nueva oferta, aunque en algunas reuniones comprometió su inicio para marzo de 2022.²⁰⁶ Con el estado actual de concurso en desarrollo, es probable que finalice el 2023 sin que la totalidad de la oferta se encuentre vigente y, además, aún no se presenta un calendario general del proceso.

Respecto de las licitaciones, el primer concurso que comprendía diagnóstico clínico especializado en dos regiones (Metropolitana y Valparaíso) se resolvió el 20 de junio de 2023, adjudicando en la Región Metropolitana 15 de los 18 programas a Fundación Pares, institución sin mayor experiencia en la materia y públicamente cuestionada con anterioridad.²⁰⁷ Su desempeño deficiente había incluso generado reuniones de la judicatura con los directivos, donde les plantearon diversos problemas con los informes entregados.²⁰⁸ El lunes 7 de agosto de este año, luego de un reportaje emitido por Chilevisión el día anterior, el SPE comunicó que retiró la acreditación a las fundaciones “Pares” y “Acogida”, ambas investigadas por

y preescolares; y para la línea de acción intervenciones ambulatorias de reparación, específicamente, Programas de Protección Especializada. Disponible en <https://bit.ly/3PV8NU7>

²⁰⁵ Res. Exe. N° 863, de 7 de agosto de 2023 y Res. Exe. N° 998, de 28 de agosto de 2023.

²⁰⁶ Taller Social Instituto Libertad y Desarrollo, 19 de noviembre de 2021. Uno de los autores de este capítulo fue invitado a ese taller. La presentación de la directora María José Castro informa que en el primer semestre de 2022 empezará la nueva oferta (diapositiva N° 22). Disponible en: <https://bit.ly/3MDVkyb>

²⁰⁷ Ciperchile.cl: “Sename: cuatro de los ocho organismos que se adjudicaron licitación para diagnosticar a menores vulneran la ley”, 22 de junio de 2021. Disponible en: <https://bit.ly/46knTYK>

²⁰⁸ Entrevista realizada para este capítulo, el 2 de septiembre de 2023.

denuncias en la Fiscalía por fraude al Fisco.²⁰⁹ Contraloría, en el informe final de auditoría N° 439, de 2022, acreditó una serie de irregularidades financieras de ambas fundaciones que, incluso, involucran al director ejecutivo de la Fundación Pares, quien tuvo participación en una empresa proveedora de servicios de la misma, lo que se contrapone a lo señalado por el artículo 26 bis de la Ley 20.032. A la fecha, aún el SPE no ha informado públicamente la forma en que se mantendrá la atención a aquellos NNA que ya habían sido derivados a atenciones en los programas de las fundaciones que perdieron su acreditación.

La situación de licitaciones hizo crisis, en julio de 2022, con la decisión –abrupta y adoptada luego de haber sido adjudicado–, de dejar sin efecto el Segundo Concurso Público de Proyectos para la línea de acción “intervenciones ambulatorias de reparación” y para la línea de acción “diagnóstico clínico especializado y seguimiento de casos y pericia”. El alcance del segundo concurso correspondía a un proceso de 214 proyectos que equivalían a 17.678 plazas de atención distribuidas a nivel nacional, donde 204 eran programas de reparación ambulatoria (PRM, PPF, PIE, otros) y 10 eran de diagnóstico ambulatorio.

Esta bochornosa situación generó la creación de una Comisión especial investigadora (CEI) de la Cámara de Diputadas y Diputados (17-2023) a la que se ha hecho referencia previamente, que aún está en desarrollo.²¹⁰

Finalmente, en cuanto a deberes de información y transparencia, el Comité de DN fue explícito –en la sesión de junio de 2022– en requerir un esfuerzo especial en esta materia.²¹¹ Pese a esta petición oficial, el SPE, transcurrido ya dos años desde el inicio de su funcionamiento, aún no publica un Anuario estadístico, al menos como los que publicaba SENAME. En su cuenta pública entregó un Informe de Gestión 2022 que solo aporta números gruesos con escaso desglose, sin que se expliciten algunos conceptos de agregación de los datos y sin que exista posibilidad de establecer continuidad con los datos publicados en los Anuarios estadísticos de SENAME, lo que empobrece el análisis.

Aunque, como ya dijimos, el Servicio de Protección está sometido a la supervisión y fiscalización de la Subsecretaría de la Niñez (art. 1° Ley 21.302), requerida esta última unidad para proporcionar información al

²⁰⁹ Biobiochile.cl: “Servicio Mejor Niñez quita acreditación a fundaciones investigadas por fraude al Fisco”, 7 de agosto de 2023. <https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/chile/2023/08/07/servicio-mejor-ninez-quita-acreditacion-a-fundaciones-investigadas-por-fraude-al-fisco.shtml>. El SPE no mantiene en su web el comunicado.

²¹⁰ <https://www.camara.cl/legislacion/comisiones/documentos.aspx?prmID=3801>

²¹¹ Comité de DN, *Observaciones finales sobre los informes periódicos sexto y séptimo combinados de Chile*, 22 de junio de 2022, párr. 9, letra c).

respecto, no reporta ningún plan de fiscalización. Más aún, nos indica que entiende que “la labor de fiscalización que ejerce la Subsecretaría de la Niñez corresponde a supervisión y control permanente sobre el Servicio, para verificar que cumpla las obligaciones que le corresponden de acuerdo a las leyes que lo regulan.”²¹² Luego añade que –recién a partir de agosto de 2022– cuenta con dos supervisores macro zonales en el nivel central y 9 supervisores regionales. Del examen de la documentación aportada por la Subsecretaría²¹³ no aparece como objeto de supervisión el diseño de orientaciones técnicas ni el diseño programático –la principal tarea pendiente– ni los procesos licitatorios, aspectos que han exhibido múltiples problemas.

4. CONCLUSIONES

La creación del SPE como un servicio específico destinado a la protección especial de NNA, separado de aquel dirigido a la atención de adolescentes en conflicto por la ley, es una buena noticia. La especialización de las respuestas a problemáticas que afectan a la infancia en situación de vulnerabilidad constituye un paso importante en la superación efectiva de la doctrina de situación irregular, y hacia la instauración real de un modelo de derechos de NNA.

No obstante, subsisten notables desafíos. Es necesario implementar íntegramente un sistema que supere la fragmentación y la reactividad de la protección de los derechos de los NNA. Así también, falta dotar de coherencia interna el proceso de cambios por el que se está atravesando a causa de la implementación del SPE y del sistema de protección integral que establece la Ley 21.430. Si bien la creación del SPE representa un avance destacable, se enfatiza en la importancia de adaptar y mejorar continuamente el sistema, en consonancia con la CDN y los estándares internacionales de derechos humanos.

A nivel normativo, la implementación del SPE se ha enfrentado a los obstáculos que su mismo marco jurídico presenta. Aspectos como la descoordinación en el avance de proyectos legislativos, los acotados plazos contemplados en la ley para cumplir con tareas sumamente arduas y los problemas que presenta la ley en la definición de aspectos claves, sugieren que el legislador no supo prever la complejidad que supone establecer una

²¹² Gabinete Subsecretaría de la Niñez, E85444/2023, Respuesta a solicitud de información vía Ley de Transparencia AI009T0000640, 10 de agosto de 2023.

²¹³ Informe Anual de Supervisiones 2022, versión resumida, Planificación de equipo de supervisión, y Lineamientos para la ejecución del (sic) procesos de supervisión año 2023 de la Subsecretaría de la Niñez. *Ibíd.*

nueva institucionalidad con una renovada perspectiva frente a los NNA sujetos de protección.

En el ámbito del proceso de desinstitucionalización de la infancia y la priorización del cuidado de tipo familiar, el Estado ha presentado avances, pero estos no han sido concluyentes hasta el momento. Aunque una de las principales promesas de la Ley 21.430 es la prevención de las vulneraciones, las oficinas locales de la niñez no se encuentran completamente instaladas ni operativas, y los programas ambulatorios presentan aún sus históricas listas de espera. Por su parte, la preferencia de los programas de familias de acogida por sobre los de tipo residencial continúa su tendencia positiva. No obstante, esto no debe conducir a relajar los esfuerzos en el fortalecimiento de estos programas, considerando que las cifras de internación siguen siendo bastante altas. Finalmente, uno de los asuntos más críticos –en este eje– es el proceso de reconversión de CREAD a Residencias Familiares (RF). Junto con la demora en el cierre efectivo de los centros de cuidado masivo, y las dificultades presentadas en la transición a las RF, estas últimas han revelado falencias graves que permiten dudar acerca del cumplimiento, en la práctica, de las promesas de dicho modelo.

También en el ámbito de la violencia residencial subsisten las preocupaciones que antes suscitaba el sistema encabezado por el SENAME. La constatación de graves vulneraciones de derechos (como afectaciones a la integridad física o psíquica o explotación sexual comercial) en los establecimientos que, precisamente, deben orientarse a la reparación de aquellas vulneraciones que previamente experimentaron los NNA, es una lamentable realidad que sigue arrastrando el Estado.

Asimismo, la instalación de la nueva institucionalidad relativa a la infancia vulnerada o amenazada en sus derechos y a los NNA en contexto de protección especializada, revela problemas tanto en su diseño como en su ejecución, atribuibles principalmente al legislador y la administración. Su puesta en marcha previa a la aprobación de la Ley 21.430, sin que existieran todavía lineamientos ni marcos reglamentarios que rijan sus distintas líneas de acción, con dotación insuficiente, y sin la infraestructura mínima necesaria para funcionar como lo establece la ley, evidencian un proceso de implementación destinado, desde sus inicios, a enfrentar una serie de graves dificultades. En efecto, la ejecución ha presentado falencias en aspectos como el reclutamiento y formación del personal, en la supervisión y fiscalización que debe realizar el SPE, o la demora en la implementación de

líneas programáticas. Esto se suma a ciertos retrocesos normativos debido al debilitamiento del control jurisdiccional sobre las medidas.

En definitiva, a partir de la información recabada, se observa que, pese los esfuerzos realizados, el SPE está todavía lejos de cumplir las promesas de avance en la protección de los derechos de la niñez y la adolescencia en Chile. Aunque se evidencian progresos en aspectos como la mayor supervisión y exigencia de estándares de funcionamiento, existen diversos ámbitos en los que no solo no existen progresos, sino que se han presentado retrocesos, determinados por un proceso de implementación defectuoso desde su diseño. Varias de las falencias tienen que ver con la falta de una visión integral del sistema de garantías de la niñez y la adolescencia, que propicie una actuación articulada y coordinada de los poderes del Estado para garantizar los derechos de todos los NNA. Con todo, el análisis de esta etapa temprana de implementación del SPE y de la Ley 21.430 resulta especialmente propicia para considerar las lecciones aprendidas en los primeros años de puesta en marcha, y lograr enmendar el rumbo durante su implementación definitiva.

RECOMENDACIONES

1. Revisar de manera urgente la Ley 21.302 a la luz del primer tiempo de funcionamiento y la elaboración de un proyecto de ley que contenga las reformas necesarias para su mejor desempeño.
2. Aumentar la dotación hasta llegar a la autorizada y generar procesos de inducción y capacitación que comprendan al universo total de funcionarios del nuevo Servicio.
3. Cumplir la recomendación del Comité de DN de entregar estadísticas completas, periódicas y oportunas del funcionamiento del sistema proteccional.²¹⁴
4. Implementar el plan de desinstitucionalización a través del cierre del CREAD y la derivación de NNA a RF. No obstante, este traspaso debe efectuarse velando siempre por la correcta concreción, en la práctica, de los objetivos que plantea dicho modelo residencial.
5. Reforzar los programas de familias de acogida, específicamente en aspectos como la captación, la capacitación, la elaboración de diseños y protocolos claros y socializados, el financiamiento y el acompañamiento.

²¹⁴ Comité de DN, *Observaciones finales sobre los informes periódicos sexto y séptimo combinados de Chile*, 22 de junio de 2022, párr. 9, letra c).

6. Prevenir situaciones de violencia y reparar a los NNA que han sufrido graves hechos de violencia en el sistema de protección, especialmente en cuidado residencial. En este sentido, y dado el carácter histórico, grave y sistemático de dichas afectaciones, es recomendable cumplir con lo previamente propuesto por el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, de crear una Comisión de verdad, justicia y reparación, que sea independiente e interdisciplinaria, y cuente con la participación de las víctimas en su diseño.

LA INSTITUCIONALIDAD DE DERECHOS HUMANOS EN CHILE: UN BALANCE A 30 AÑOS DE LOS PRINCIPIOS DE PARÍS¹

Vicente Aylwin²
Elvira Vergara³

SÍNTESIS

El presente capítulo efectúa una evaluación de los órganos autónomos de derechos humanos en Chile de acuerdo con sus mandatos legales, así como de aquellos estándares que pueden derivarse del derecho internacional de los derechos humanos (en adelante, DIDH). En concreto, se evalúa y se efectúa un seguimiento del funcionamiento del Instituto Nacional de Derechos Humanos (en adelante, INDH); de la Defensoría de la Niñez (en adelante, DDN o Defensoría); y del Comité Prevención de la Tortura (en adelante, CPT o Comité). Esta versión del *Informe* se centra en el nivel de autonomía del que gozan los órganos que componen la institucionalidad autónoma de derechos humanos en Chile. Para ello se realiza una revisión particular de cada institución, en la que, entre otros aspectos, se considera el funcionamiento del INDH bajo la dirección de un renovado Consejo; las dificultades en el proceso de designación del nuevo Defensor o Defensora de la Niñez; y la autonomía del CPT a tres años de su instalación.

PALABRAS CLAVES: Institucionalidad autónoma de DDHH, Principios de París, Instituto Nacional de Derechos Humanos, Defensoría de la Niñez, Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura, Comité de Prevención contra la Tortura.

¹ Agradecemos la ayuda de Katalina Del Canto y Daniel Cantos, estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

² Abogado, Universidad Diego Portales, magíster en Ciencias Jurídicas y candidato a doctor por la Universidad Pompeu Fabra.

³ Abogada, Pontificia Universidad Católica, magíster en Criminología y Ejecución Penal y candidata a doctora por la Universidad Pompeu Fabra.

INTRODUCCIÓN

Este capítulo se desarrolla en el contexto del aniversario número treinta de los Principios de París (en adelante, Principios), adoptados por Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 1993.⁴ Estos Principios han sentado las bases para el diseño de las instituciones nacionales de derechos humanos (en adelante INDHs), así como también de otros órganos autónomos.⁵ Pero además, se han erigido como el estándar normativo para evaluarlos, especialmente en lo que dice relación con su nivel de autonomía y pluralismo.⁶

Con los Principios como telón de fondo, el capítulo continúa con la evaluación efectuada en el *Informe 2022* respecto de la institucionalidad de derechos humanos, en base a los mismos estándares y metodologías empleados en versiones anteriores del capítulo sobre institucionalidad de derechos humanos.⁷ En la edición pasada se ofreció un análisis global respecto del estado de consolidación de la institucionalidad de derechos humanos y sus desafíos institucionales. Se trata de una institucionalidad joven —el primer órgano autónomo, el INDH, empezó a operar en 2010—, pero que se ha ido aquilatando. En general, el objetivo de este capítulo es actualizar y consolidar una visión panorámica sobre la institucionalidad autónoma de derechos humanos en Chile. Es decir, la situación actual de aquella parte de la institucionalidad que, integrando el sistema nacional de protección de derechos humanos, posee autonomía frente al Gobierno. Por esta razón y, a diferencia de versiones pasadas del capítulo de institucionalidad de derechos humanos, se excluye el tratamiento de la Subsecretaría de Derechos Humanos por tratarse de un órgano gubernamental.

El capítulo se divide en dos secciones. En la primera se analiza el concepto de autonomía y su alcance a la luz de los Principios de París, estándar

⁴ ONU, *Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, A/RES/48/134*, 20 de diciembre de 1993.

⁵ Véase David Langtry y Kirsten Roberts Lyer, *National Human Rights Institutions: Rules, Requirements, and Practice*, Oxford University Press, 2021. Como muestran estos autores, los Principios de París son cada vez más utilizados para evaluar la autonomía de diversos órganos autónomos, entre ellos, instituciones de protección de privacidad y datos, *equality bodies*, *ombudspersons* y comisiones parlamentarias de derechos humanos.

⁶ Véase Richard Carver, “A Commentary on the Paris Principles on National Human Rights Institutions”, *Nordic Journal of Human Rights*, 34(2), 2016, p. 142. Como advierte este autor, los Principios de París fueron creados por y para las INDHs. Con todo, la referencia que hace la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) y el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (OPCAT, por sus siglas en inglés) a los Principios de París, sugiere que los mecanismos nacionales de prevención de la tortura, así como los mecanismos independientes creados al alero de la CDPD, deben cumplir con los Principios de París en la medida en que le sean aplicables.

⁷ *Informe 2022*, pp. 393-430.

que será utilizado para evaluar; en la segunda, a los órganos que componen la institucionalidad de derechos humanos. Esta última sección se centra en la evaluación concreta del INDH, la DDN y el CPT. Además de los Principios de París, recurrimos a otros estándares internacionales y legales que son aplicables, entre ellos, el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes (en adelante, OPCAT por sus siglas en inglés) y la Convención de los Derechos del Niño. Finalmente, esta sección incluye un seguimiento de las recomendaciones efectuadas en versiones anteriores del Informe.

1. LA INSTITUCIONALIDAD DE DERECHOS HUMANOS A 30 AÑOS DE LOS PRINCIPIOS DE PARÍS

En esta sección nos referiremos al origen, la evolución, la naturaleza jurídica y el impacto que los Principios de París han generado en el desarrollo de los órganos autónomos de derechos humanos. Por otra parte, haremos referencia al concepto de autonomía y a los mecanismos institucionales que contemplan los Principios de París para asegurarla.

1.1. Estándares y evolución

Como se señaló en la Introducción, en diciembre de 2023 se cumplen 30 años desde la adopción de los Principios de París por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas. A pesar de no ser un instrumento vinculante, se trata del principal estándar normativo para el establecimiento de las instituciones de derechos humanos. En cuanto a su naturaleza jurídica, los Principios de París no son un tratado, tampoco forman parte del derecho internacional consuetudinario, ni se constituyen como un principio general del derecho internacional.⁸ Más bien, se trata de una resolución de la Asamblea General de la ONU que no genera obligaciones para los Estados Miembros de la Asamblea General, sino que tiene un carácter de recomendación.⁹ En este sentido, los Principios son un instrumento de *soft-law*.¹⁰ No obstante lo anterior, han ocupado un lugar especialmente importante en el DIDH, alcanzando un valor autoritativo que –para algunos autores– es asimilable al de un tratado.¹¹ Desde su adopción, se han

⁸ Hinako Takata, “How are the Paris Principles on NHRI Interpreted? Towards a Clear, Transparent, and Consistent Interpretative Framework”, *Nordic Journal of Human Rights*, Vol 40(2), 2022, p. 286.

⁹ José María Ruda, “La Asamblea General de las Naciones Unidas: organización y procedimiento”, *Academia: revista sobre enseñanza del derecho de Buenos Aires* 8(16), 2010, pp. 213-214.

¹⁰ Carver, op.cit., p. 141.

¹¹ Véase, Katerina Linos y Tom Pegram, “Architects of their own making: national human rights institutions and the United Nations.”, *Human Rights Quarterly*, 38, 2016, pp. 1109-1134. Estos

creado a lo largo del mundo y de manera exponencial, más de un centenar de INDHs que siguen el modelo de los Principios.

A raíz de su extraordinaria influencia, los Principios han sido recogidos expresamente por el OPCAT,¹² la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad¹³ y la Observación General N° 2 del Comité de los Derechos del Niño.¹⁴ En este sentido, los Principios han pasado a formar parte, de manera indirecta, del DIDH.¹⁵ Como se observa, los Principios de París –que inicialmente fueron desarrollados por los propios representantes de las INDHs para el fortalecimiento de este tipo de instituciones–, se fueron extendiendo hacia el diseño y funcionamiento de otros órganos autónomos de derechos humanos.

En Chile, los Principios de París han sido recepcionados por la Ley 20.405 –a propósito del funcionamiento del INDH y el establecimiento de su Estatuto–, y la Ley 21.154 –a raíz del funcionamiento y ejercicio de las funciones del CPT–. Pero además, los Principios han cumplido un rol fundamental en la construcción de toda la institucionalidad. De ello da cuenta la historia fidedigna de las leyes precitadas, así como también de la Ley 21.067 que crea la Defensoría de la Niñez, la que explícitamente se inspira en ellos y, tal como señala su proyecto, busca ceñirse en forma

autores señalan que una de las razones del éxito de este instrumento de *soft law*, es la existencia de la GANHRI, una red internacional afiliada a la ONU que se estructura en base a un sistema de revisión de pares. Es tanta la importancia de los Principios de París que –según muestran Linos y Peagram, funcionarios del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH)– han sido comparados con un tratado internacional y su órgano de control y monitoreo, el Subcomité de Acreditación, con un órgano de tratado de la ONU.

¹² El artículo 18(4) del OPCAT dispone que: “Al establecer los mecanismos nacionales de prevención, los Estados Partes tendrán debidamente en cuenta los Principios relativos al estatuto de las instituciones nacionales de promoción y protección de los derechos humanos”.

¹³ El artículo 33(2) de la CDPD dispone que: “Los Estados Partes, de conformidad con sus sistemas jurídicos y administrativos, mantendrán, reforzarán, designarán o establecerán, a nivel nacional, un marco, que constará de uno o varios mecanismos independientes, para promover, proteger y supervisar la aplicación de la presente Convención. Cuando designen o establezcan esos mecanismos, los Estados Partes tendrán en cuenta los principios relativos a la condición jurídica y el funcionamiento de las instituciones nacionales de protección y promoción de los derechos humanos.”

¹⁴ Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, *Observación General N° 2, CRC/CG/2002/2*, 15 de noviembre de 2002, párr. 4. La observación establece que: “Las instituciones nacionales deberían establecerse de conformidad con los Principios relativos al estatuto de las instituciones nacionales de promoción y protección de los derechos humanos (los “Principios de París” que aprobó la Asamblea General en 1993 y que le habían sido transmitidos por la Comisión de Derechos Humanos en 1992). Estas normas mínimas brindan orientación sobre el establecimiento, la competencia, las atribuciones, la composición, con las garantías de pluralismo e independencia, las modalidades de funcionamiento y las actividades cuasi jurisdiccionales de tales órganos nacionales.”

¹⁵ Gauthier de Beco y Rachel Murray, *A Commentary on the Paris Principles on National Human Rights Institutions*, Cambridge University Press, 2014, p. 9.

estricta a los mismos.¹⁶ Como se observa, los Principios han sido recogidos tanto por el DIDH, como por el ordenamiento interno, de modo que su fuerza normativa deja de ser la de una mera recomendación. En efecto, tanto la Ley 20.405, como la Ley 21.154 establecen verdaderos deberes en lo referido al cumplimiento de los Principios de París.¹⁷

En pocas palabras, los Principios exigen que las instituciones de derechos humanos sean independientes, pluralistas, que estén adecuadamente financiadas, y que tengan mandatos estables. Es decir, consagran los estándares mínimos para el establecimiento de instituciones autónomas y eficaces. De esta suerte, se constituyen como una guía para asegurar la autonomía de las INDHs frente al Gobierno, y permitir que estas lleven adelante un trabajo imparcial e independiente, esto es, sin interferencias indebidas. Solo en estas condiciones los órganos autónomos pueden ejercer eficazmente su rol de protección, de supervisión de la aplicación de normas internacionales,¹⁸ de promoción de una cultura de derechos humanos,¹⁹ y de divulgación de información y de educación en materia de derechos humanos.²⁰

Sin embargo, los Principios de París no son una guía acabada. Incluso, han sido criticados por ser insuficientes y poco robustos.²¹ Es por ello que la Alianza Global de las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos (GANHRI, por sus siglas en inglés) ha cumplido una labor fundamental a través del Subcomité de Acreditación (en adelante, SCA), el que efectúa una evaluación periódica de las INDHs y determina el nivel de adecuación a los Principios. Además, el SCA ha ido desarrollando una serie de

¹⁶ Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la Ley 21.067: crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez*, pp. 4-5.

¹⁷ El artículo 2 inciso 2° de la Ley 20.405 establece que: “[l]os estatutos del Instituto establecerán sus normas de funcionamiento [...] Con todo, los estatutos deberán ajustarse a los principios internacionales que rigen a las instituciones nacionales de promoción y protección de los derechos humanos.” Por su parte, el artículo 5 inciso 5° de la Ley 21.154 establece que “En cumplimiento del Protocolo Facultativo, el Comité de Prevención contra la Tortura, en su organización, funcionamiento y ejercicio de funciones deberá regirse por los principios internacionales aplicables a las instituciones nacionales de promoción y protección de los derechos humanos, tales como independencia de su personal, autonomía funcional, confidencialidad en sus actuaciones y reserva de la información obtenida en ejercicio de sus funciones.”

¹⁸ David Langtry y Kirsten Roberts Lyer, op. cit.; Tom Peagram y Nataly Herrera, “Bridging the Gap: National Human Rights Institutions and the Inter-American Human Rights System”, *The Inter-American Human Rights System: Impact Beyond Compliance*, 2019; Sonia Cárdenas, *Chains of justice: The global rise of state institutions for human rights*, University of Pennsylvania Press, 2014, p. 3.

¹⁹ Ana González, “Las instituciones nacionales de derechos humanos como promotoras de una cultura en derechos humanos”, *Ratio Juris*, 14(29), 2019, p. 187 y ss.

²⁰ ONU, *Declaración y Programa de Acción de Viena*, 25 de junio de 1993, párr. 36.

²¹ Raj Kumar, “National Human Rights Institutions: Good Governance Perspectives on Institutionalization of Human Rights”, *The American University International Law Review*, 19(2), 2003, p. 292.

Observaciones Generales y recogiendo las buenas prácticas de las distintas instituciones, con lo cual ha podido desarrollar los estándares contenidos en los Principios. Con ello, los Principios de París han dejado de ser solo una guía para el establecimiento de las INDHs, pasando a convertirse en un parámetro de evaluación de su actividad.

A pesar del fortalecimiento de los órganos autónomos desde la adopción de los Principios de París, y de su reconocimiento como instituciones “fundamentales para garantizar la democracia”,²² estos se encuentran en una situación de creciente amenaza.²³ En un contexto de erosión democrática, este tipo de instituciones son más propensas a ser cooptadas o desactivadas, lo que ocurre, por ejemplo, cuando se recorta su financiamiento, cuando no se le provee de los recursos apropiados y se le intenta “asfixiar”,²⁴ cuando se busca controlar su integración, o cuando se pretende destituir a sus miembros por motivaciones políticas. Lo anterior está relacionado con la naturaleza paradójica de los órganos autónomos de derechos humanos. En efecto, se trata de instituciones creadas por el Estado con el objetivo de promover y proteger los derechos humanos, pero que, a la vez, ejercen su rol de vigilancia y supervisión sobre el mismo Estado que decide sobre su forma, sus atribuciones y sus recursos.

²² ONU, *Study on common challenges facing States in their efforts to secure democracy and the rule of law from a human rights perspective*, A/HRC/22/29, diciembre de 2012, párr. 41.

²³ *Ibíd.* Véase European Network of National Human Rights Institutions, *Guidelines on ENHRI Support to NHRIs under Threat*, febrero de 2020. Al respecto, la Red Europea de INDHs advierte que existen distintos tipos de amenazas a las INDH, incluyendo presiones políticas, reducción de la independencia formal, remoción de sus integrantes, modificación de sus estatutos, difamación pública, etc. Véase también Carlos Constenla, “El defensor del pueblo en América Latina”, *Visioni LatinoAmericane*, 12, 2015, pp. 59-72.

²⁴ Tom Peagram, “National Human Rights Institutions in Latin America: Politics and Institutionalization”, en Ryan Goodman y Tom Peagram eds., *Human Rights, State Compliance, and Social Change: Assessing National Human Rights Institutions*, Cambridge University Press, 2012, p. 215.

1.2. Autonomía e independencia²⁵

Los Principios de París emplean tanto el concepto de “autonomía” como el de “independencia” para referirse a las garantías que precisan las INDHs con el fin de asegurar que su labor no sea objeto de interferencias o controles indebidos. En la literatura especializada ambos términos son empleados –generalmente– de manera intercambiable. Nosotros entendemos que “autonomía” posee una dimensión institucional que no siempre se ve reflejada en el concepto de independencia. Este último es un término más genérico referido a la capacidad de una institución de ejercer su mandato sin presiones, libre de controles y de influencias.

Pues bien, cabe preguntarse: ¿qué hace a una institución autónoma? Para responder a esta pregunta es útil recurrir a la distinción entre *autonomía de iure* y *autonomía de facto*.²⁶ Mientras la primera alude a una serie de elementos de diseño institucional, esto es, a las garantías formales de independencia, la segunda se refiere a la independencia real, es decir, a la capacidad de una institución de ejecutar efectivamente su mandato sin interferencia de actores externos.²⁷ Debe advertirse que estas categorías son susceptibles de graduación. En el caso de la autonomía formal, el grado de autonomía dependerá principalmente de cuatro factores –los que se encuentran contenidos en los Principios de París y que son evaluados por el SCA–, a saber, la independencia financiera; el nivel de injerencia del gobierno en las decisiones de la institución; la independencia en el nombramiento de los miembros

²⁵ Es importante notar que los Principios de París se refieren tanto a la “independencia” como a la “autonomía” de las INDH. Por ejemplo en la letra B.2, señala que la INDH debe tener recursos suficientes “a fin de lograr la autonomía respecto del Estado, y no estar sujeta a controles financieros que podrían limitar su independencia”. Por otra parte, cabe advertir que en la literatura especializada hay usos distintos de los términos, aunque la mayoría de las veces son empleados de manera intercambiable o equivalente. Sin embargo, existen autores que se refieren a la independencia como un concepto amplio que dice relación con la capacidad de un órgano para encontrarse libre del control o la influencia de otro, y reservan el término autonomía para aludir a los elementos institucionales que permiten a una institución mantener su distancia del Gobierno. Entre estos elementos se encuentran las fuentes de financiamiento del órgano, la existencia de representación gubernamental en la toma de decisiones, los mecanismos de designación de sus miembros, y el sistema de reportes. En este sentido, véanse: Corina Lacatus y Valentina Carraro, “National human rights institutions: independent actors in global human rights governance?”, *International Affairs* 99(3), 2023; Anne Smith, “The Unique Position of National Human Rights Institutions: A Mixed Blessing?”, *Human Rights Quarterly*, Vol 28(4), John Hopkins University Press, 2006. Por otra parte, ACNUDH parece sugerir que la independencia es una consecuencia de estructuras y procedimientos que permiten la autonomía operacional, la autonomía financiera y la autonomía jurídica de la institución. En este sentido, la independencia sería un término más amplio que englobaría distintos tipos de autonomías. En este capítulo empleamos ambos conceptos. Entendemos que “autonomía” tiene una dimensión institucional que no siempre se ve reflejada en el concepto de independencia.

²⁶ Lacatus y Carraro, op.cit., p. 1168.

²⁷ *Ibíd.*, p. 1183.

de la institución; y la independencia de su sistema de reportes e informes. Respecto de la independencia financiera, los Principios establecen que “[l]a institución nacional dispondrá de una infraestructura apropiada para el buen desempeño de sus funciones, y en particular de créditos suficientes. Esos créditos deberán destinarse principalmente a la dotación de personal y locales propios, a fin de lograr la autonomía respecto del Estado y no estar sujeta a controles financieros que podrían limitar su independencia”.²⁸ En cuanto a la relación con el gobierno, los Principios de París establecen un principio de no representación gubernamental. Conforme a este, si el órgano llega a estar integrado por algún representante del Gobierno, este debe ser incluido únicamente a título consultivo.²⁹ En cuanto a su sistema de reportes, los Principios establecen que el órgano debe contribuir a la elaboración de los informes “en el marco del respeto de su independencia”.³⁰

Pues bien, tratándose de la autonomía de *facto*, son múltiples los factores que pueden incidir en su graduación, los que tienen que ver con reglas informales, prácticas institucionales y relaciones con órganos estatales y actores de la sociedad civil. En este sentido, actores externos pueden intentar ejercer presiones para influir en el comportamiento de los órganos autónomos, por ejemplo, desacreditando su trabajo o sus hallazgos, o impidiendo el desarrollo normal de sus funciones.³¹ A pesar de ser una categoría más líquida, la literatura reciente muestra cómo una buena forma de medir la autonomía de *facto* es mediante la percepción de los actores situados al interior de las propias instituciones.³² Ello se debe a que estos se encuentran mejor posicionados para evaluar cuál es el grado de intervención por parte de los distintos actores, y conocen mejor los posibles cambios institucionales que podrían evitar las injerencias indebidas. En fin, esta distinción es útil para mostrar que, aun cuando los órganos de derechos humanos se ajusten plenamente al estándar fijado por los Principios de París, pueden no ser totalmente independientes. En este sentido, se ha señalado que:

Quizá sea la independencia el principio más importante, aunque también podría decirse que es el más difícil y controvertido. La verdadera independencia es fundamental para el éxito de una institución. Una institución que no pueda funcionar con independencia no puede ser eficaz.

²⁸ Letra B.2 de los Principios de París.

²⁹ *Ibíd.*, letra B. 1.

³⁰ *Ibíd.*, letra A. 3. d.

³¹ Un buen ejemplo es la toma de la sede del INDH en el año 2021, la que fue calificada por la RINDHCA y FIO como un ataque que afectó “la esencia de su autonomía”. Al respecto, véase Sesión ordinaria N° 685 de fecha 8 de agosto de 2022; véase también RINDHCA & FIO, *Declaración conjunta, Ataques a la Institución Nacional de Derechos Humanos de Chile*, julio de 2021.

³² Lacatus y Carraro, *op. cit.*, p. 1180.

No importa lo fielmente que cumpla otros aspectos de los Principios de París, si no es independiente, o si no se la percibe como independiente, es muy poco probable que pueda conseguir algo de importancia.³³

Como se observa, pareciera existir una relación entre el cumplimiento de los Principios de París —especialmente en lo relativo a los elementos necesarios para asegurar su autonomía— y la eficacia de los órganos sometidos a ellos. Sin embargo, algunos de los estudios más acabados sobre la materia muestran que existen instituciones efectivas que no se ajustan a los Principios, y otras que, ajustándose cabalmente a ellos son “inútiles”.³⁴ En este sentido, es importante tener a la vista que existe una serie de factores que van más allá de los Principios y que impactan en la capacidad de los órganos de ejecutar su mandato satisfactoriamente. En este sentido, la eficacia se relaciona con diversos factores como la capacidad, el desempeño y la legitimidad de la institución.³⁵ Así, por ejemplo, si los órganos autónomos son percibidos como instituciones politizadas, que responden a determinados intereses partisanos, que no satisfacen criterios de suficiencia o idoneidad técnica, entonces, dichas instituciones tenderán a perder su credibilidad, y con ello su capacidad de acción. Lo mismo ocurre si los ciudadanos no conocen la institución o no saben qué función cumple, o cuando no saben cómo pueden acceder a ella, ni cómo esta puede beneficiarlos. Por el contrario, se ha mostrado que las INDHs suelen ser más eficaces en la medida que cuentan con legitimidad ciudadana; cuando las personas saben qué hace la institución, cómo y dónde pueden acceder a ella; al existir procedimientos adecuados para el nombramiento de sus miembros, esto es, uno que asegure su independencia y profesionalidad; y, en general, cuando se trate de instituciones que representen la diversidad social y consideren a las organizaciones de la sociedad civil.³⁶

Lo que es importante hacer notar, entonces, es que la eficacia de los órganos está ligada a una dimensión sociológica que va más allá del cumplimiento del estándar normativo. Sin embargo, una institución que se ajuste a dicho estándar contará con una estructura de organización y funcionamiento que,

³³ ACNUDH, “*Instituciones nacionales de derechos humanos. Antecedentes, principios, funciones y responsabilidades*”, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2010, p. 47.

³⁴ Véase Carver, op.cit., p. 142; Beco y Murray, op. cit.; Lacatus y Carraro, op.cit.

³⁵ Stephen Livingstone y Rachel Murray, “The effectiveness of National Human Rights Institutions”, en Simon Halliday y Patrick Schmidt, eds., *Human Rights Brought Home: Socio-Legal Perspectives of Human Rights in the National Context*, Hart Publishing, 2004, pp. 141-145.

³⁶ ACNUDH, “*Evaluar la Eficacia de las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos*”, 2005, pp. 8-9.

al asegurar una composición pluralista, hará más probable que la institución goce de altos niveles de reconocimiento y legitimidad.

Sobre el último aspecto, los Principios de París otorgan un rol central al principio de representación pluralista de las fuerzas sociales, el que vinculan directamente con la idea de independencia.³⁷ A pesar de que los Principios entienden que ello es observado cuando existe una cooperación eficaz o la participación de representantes de, entre otros, las ONG, universidades, corrientes filosóficas y religiosas, o del Poder Legislativo, el SCA ha señalado que el pluralismo implica, también, la necesidad de incorporar los criterios de género, etnia, y representación de grupos minoritarios.³⁸ Por otra parte, tal como ha sostenido el SCA, el pluralismo puede asegurarse por distintos medios, entre ellos, a través de una integración pluralista del órgano directivo; mediante el establecimiento de un procedimiento de selección de los integrantes del órgano directivo, donde distintos grupos de la sociedad civil puedan proponer o recomendar candidatos; por medio de procedimientos de cooperación efectiva con grupos de la sociedad civil, mediante comités consultivos o consultas públicas; o a través de una composición de la planta funcionaria altamente diversa y representativa de la pluralidad social.³⁹ Es decir, existen distintas formas de cumplir con este principio, con independencia del modelo institucional del órgano. Así, por ejemplo, en el caso de un órgano unipersonal como la Defensoría de la Niñez, la composición de su planta funcionaria, así como la intervención de diversos actores en el procedimiento de designación del Defensor o Defensora, serán fundamentales para dar cumplimiento a este principio. Por el contrario, en el caso de un órgano colegiado como el INDH, puede ser más importante la composición de su órgano directivo. Pues bien, la integración pluralista —advierte el SCA— en cuanto garantía de que el órgano estará integrado por distintos sectores de la sociedad, se vincula estrechamente con la independencia, la credibilidad, la accesibilidad y la efectividad del órgano respectivo. Entre otras razones, porque mientras más representativo sea de la diversidad social, los ciudadanos serán más propensos a creer que la institución es capaz de comprender sus necesidades.⁴⁰ Como se viene sugiriendo, los mecanismos de elección o designación de miembros de los órganos autónomos aparecen como factores claves para asegurar tanto la independencia como la representación pluralista. Por ello se ha señalado que, todavía más importante que el órgano que efectúe la

³⁷ Principios de París, B.1 y B.3.

³⁸ SCA, *Reporte de Acreditación – Mali*, marzo de 2012, p. 12; SCA, *Reporte de Acreditación – Croacia*, abril de 2008, pp. 7-8.

³⁹ GANHRI, *Observaciones generales del Subcomité de Acreditación*, 21 de febrero de 2018, párr. 20.

⁴⁰ *Ibíd.*, párr. 21.

designación, es el proceso mismo de designación, el que conforme al SCA debe ser transparente, participativo, y basado en la idoneidad técnica y la trayectoria de los candidatos. A fin de cuentas, como, con razón, advierte López:

Las personas hacen las instituciones, y las INDH requieren de las mejores. Quienes pasen a formar parte de estas entidades deben necesariamente ser individuos expertos, íntegros, y creíbles, cuyo trabajo serio y de calidad en todo momento mantenga y acreciente el prestigio institucional de la INDH correspondiente. Dotadas de *auctoritas*, estas entidades solo pueden persuadir. Y para esto, la percepción social que se tenga de ellas es clave. Todos los criterios de efectividad de una INDH dependen en último término de esta. Es ahí donde radica su legitimidad, la cual debe ser cuidada por todos los involucrados, provengan del Estado o de la sociedad civil correspondiente.⁴¹

En síntesis, existe un complejo entramado de factores y de actores que incide en la autonomía de los órganos de derechos humanos. Varios de estos factores dependen de las propias instituciones y sus prácticas. Sin embargo, otros se relacionan con cuestiones de diseño institucional, así como con las interacciones con otros actores políticos e institucionales; de la relación con la sociedad civil u otros participantes privados; y de la realidad política, cultural y económica del país.⁴² Por lo anterior, medir el nivel de autonomía de los órganos de derechos humanos es una tarea sumamente compleja que involucra múltiples variables. Este capítulo busca contribuir en dicha tarea, a partir de un análisis institucional de carácter general que tiene a la vista los distintos medios institucionales que los Principios de París ponen a disposición para asegurar la independencia de los órganos. A saber, la autonomía legal y la autonomía operacional; la autonomía financiera; la independencia a través de los procedimientos de designación y remoción; y la independencia a través de la composición pluralista del órgano.⁴³

Con todo, hacemos presente que es necesario avanzar en el desarrollo de estudios teóricos y empíricos de carácter interdisciplinar que permitan conocer más profundamente la realidad y el estado de los órganos autónomos de derechos humanos en Chile. En efecto, todavía el estudio sistemático de

⁴¹ Sebastián López, "Los Principios de París y las instituciones nacionales de derechos humanos en América Latina." *Revista Derecho del Estado*, 52, 2022, p. 92-93.

⁴² ONU, *National Human Rights Institutions, History, Principles, Roles and Responsibilities*, 2010, p. 149.

⁴³ Smith, *op.cit.*, p. 913.

los órganos autónomos está en su “infancia”.⁴⁴ Queda mucho por explorar en relación con el efecto que tienen las instituciones de derechos humanos en el comportamiento de los órganos estatales sujetos a escrutinio, en la prevención de acciones que atentan contra los derechos humanos y en la difusión de una cultura de derechos humanos.

2. LA INSTITUCIONALIDAD AUTÓNOMA DE DERECHOS HUMANOS: EVALUACIÓN, BALANCE Y SEGUIMIENTO DE RECOMENDACIONES

2.1. INDH

El INDH es una corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que tiene por objeto la promoción y protección de los derechos humanos de las personas que habitan en el territorio de Chile.⁴⁵ Con esta finalidad a la vista, el Instituto “en forma autónoma y pluralista promueve una cultura respetuosa de los derechos humanos, monitorea el quehacer del Estado de Chile a partir de estándares en la materia y protege la dignidad de todas las personas”,⁴⁶ contribuyendo “como un agente de cambio a la consolidación de una cultura democrática y respetuosa de los derechos humanos”.⁴⁷ En el siguiente apartado se continuará con el análisis institucional presentado en el *Informe 2022* a la luz de los Principios de París. Dicho análisis tiene como principal objetivo evaluar la autonomía del Instituto.

2.1.1. Sobre la nueva composición del Consejo y el mecanismo de designación de sus miembros

En el periodo en estudio ha habido una importante reconfiguración en la integración del Consejo del INDH, así como de la correlación de las fuerzas políticas en su interior. En primer lugar, cabe señalar que a mediados del año pasado se incorporaron Lieta Vivaldi, Constanza Valdés y Francisco Ugás, quienes a su entrada –y en conjunto con el exconsejero Ljubetic y la actual directora, Consuelo Contreras– solicitaron la renuncia del entonces director, Sergio Micco. Las consejeras y consejeros referidos entregaron una carta a Micco en la que le imputaron una negligente y deficiente administración, la que habría afectado el trabajo interno, la legitimidad de la institución y la relación con las organizaciones de la sociedad

⁴⁴ Ryan Welch, Jacqueline DeMeritt y Courtenay Conrad, “Conceptualizing and measuring institutional variation in National Human Rights Institutions (NHRIs)”, *Journal of Conflict Resolution*, Vol. 65(69), 2021, p. 1011.

⁴⁵ Artículos 1 y 2 de la Ley 20.405.

⁴⁶ INDH, *Propuesta de Planes y Programas 2023*, enero de 2023.

⁴⁷ *Ibíd.*

civil.⁴⁸ En este contexto, el exdirector –a pocos días de cumplir con su mandato– presentó su renuncia en razón de haber perdido la confianza de la mayoría del Consejo.⁴⁹ Posteriormente, sería elegida como directora, Consuelo Contreras.⁵⁰ Por otra parte, y luego del fallido intento de designación de Fernando Pairican, el Presidente de la República designó a Juan Carlos Cayo como consejero.⁵¹ Asimismo, se produjo el reemplazo de Carlos Frontaura –cuyo periodo terminó en octubre del 2022– por Beatriz Corbo, quien fue designada por el Senado. En todo caso, es importante destacar que el Consejo no ha podido completar su integración. En efecto, el exconsejero Saffirio –designado por la Cámara de Diputados– cesó en su cargo en julio de 2022 y hasta el momento de la entrega de este *Informe*⁵² no ha sido nominado nadie en su reemplazo, lo que, según afirman la consejera Valdés y el consejero Ugás, se debe a la falta de acuerdo político en la Cámara de Diputados.⁵³ A ello se suma la cesación del cargo del exconsejero Yerko Ljubetic, quien, luego de ser electo, asumió como consejero constitucional,⁵⁴ y la renuncia de Sergio Micco, para presidir el partido “Amarillos por Chile”. Es decir, a la fecha de cierre del presente capítulo, el Consejo está integrado tan solo por ocho de los once consejeros que debieran conformarlo. Como explicaremos a continuación, este escenario muestra la existencia de severas deficiencias en el mecanismo de designación.

La vacancia de un cupo en el Consejo, por el lapso de un año, debe ser una señal de alerta. Tal como ocurre con otros cargos, como el de Defensor o Defensora de la Niñez, pueden producirse situaciones de vacancia por falta de acuerdo político en el Congreso. Ello, según expresa el consejero Ugás, tiene un efecto perjudicial en el funcionamiento de las instituciones y, para el caso del Instituto, la demora excesiva en la integración del Consejo los deja “cojos”.⁵⁵ Cabe preguntarse, entonces, si esto es –y en qué

⁴⁸ Carta, de fecha 11 de julio de 2022, suscrita por las consejeras y consejeros Constanza Valdés, Lieta Vivaldi, Consuelo Contreras, Francisco Ugás y Yerko Ljubetic. Como consta en la Sesión ordinaria N° 680 de 11 de julio de 2022, la sesión en que se da oficialmente la bienvenida a las nuevas consejeras y consejeros es de máxima tensión. El consejero Pertuzé refiere que la solicitud de renuncia atenta contra la institucionalidad, mientras que el consejero Donoso señala que la renuncia es preocupante desde un punto de vista institucional, y acusa que, desde el momento de la elección de Micco como director, existió un intento permanente de obstaculizar y boicotear su gestión.

⁴⁹ La Tercera: “Perdí la confianza del consejo” Sergio Micco renuncia a la dirección del INDH”, 12 de julio de 2022.

⁵⁰ Acta del Consejo del INDH, Sesión ordinaria N.º 690, 5 de septiembre de 2022.

⁵¹ *Informe 2022*, p. 398.

⁵² La entrega se efectuó el 31 de julio de 2023.

⁵³ Entrevista a Constanza Valdés, 8 de junio de 2023, y entrevista a Francisco Ugás, 25 de mayo de 2023.

⁵⁴ Hecho a partir del cual consideramos se habría producido la inhabilidad para ejercer el cargo que contempla el artículo 6 de la Ley 20.405.

⁵⁵ Entrevista a Francisco Ugás, 25 de mayo de 2023.

medida– problemático. Al respecto, los Principios de París contemplan –e incluso promueven– la participación del Poder Legislativo en el nombramiento de los integrantes de las INDHs. Con todo, como ha aclarado el SCA, no basta con un proceso que cuente con la participación de los representantes del órgano legislativo, sino que se requiere que el procedimiento sea “claro, transparente, participativo y basado en el mérito”.⁵⁶ Ello, según el SCA “limita toda interferencia indebida en el proceso de selección y contribuye a asegurar la gestión y la eficacia de la INDH”.⁵⁷ Pues bien, más allá de la vaga exigencia legal de que los consejeros deban ser “personas de reconocida trayectoria en el ámbito de los derechos humanos”,⁵⁸ no existe una definición concreta sobre qué debe entenderse por una “reconocida trayectoria”. Esta falta de concreción se conjuga –como se ha reiterado en varios *Informes* anteriores–, con una práctica política que tiende a pasar por alto este requisito legal, y que se basa más bien en una lógica de “cuoteo político”.⁵⁹ Basta una simple revisión curricular de quienes han pasado por el Consejo para advertir que varios de sus integrantes históricos no han tenido, siquiera, una trayectoria en el ámbito de los derechos humanos. El problema del mecanismo de designación ha sido reconocido por el propio SCA, el que a pesar de haber renovado este año la acreditación del INDH como una institución nacional de derechos humanos de “Clase A”, ha instado a la adopción de medidas para mejorar y potenciar su efectividad e independencia. Al respecto, en su reporte periódico, el Subcomité ha señalado categóricamente que el proceso de designación de miembros del Consejo “no es suficientemente amplio ni transparente”, en especial en lo referido a: “requerir el anuncio de las vacantes para miembros; establecer criterios claros y uniformes; garantizar que estos criterios se utilicen de manera uniforme para evaluar el mérito de los candidatos elegibles; y, promover amplias consultas y/o participación en el proceso de solicitud, evaluación, selección y nombramientos”.⁶⁰

Por otra parte, debe considerarse el contexto institucional en el que se llevan a cabo las designaciones que tienen lugar en el Congreso Nacional, a saber, uno de alta fragmentación del Poder Legislativo.⁶¹ La existencia de 21 partidos políticos representados y un alto número de independientes

⁵⁶ GANHRI, *Observaciones generales del Subcomité de Acreditación*, 21 de febrero de 2018, pp. 23-44.

⁵⁷ *Ibíd.*

⁵⁸ Artículo 6, letra e), inciso cuarto de la Ley 20.405.

⁵⁹ *Informe 2020*, p. 76; *Informe 2022*, p. 402.

⁶⁰ GANHRI, *Informe del Subcomité de Acreditación*, diciembre de 2020, pp. 18-19.

⁶¹ Centro de Estudios del Desarrollo, *Sobre la fragmentación del Congreso en Chile, Informe N° 1442*, 2023.

puede llevar a una suerte de “parálisis”,⁶² especialmente cuando se trata de la toma de decisiones sometidas a quórum supra mayoritarios, como es el caso de la designación de las y los consejeros por parte de la Cámara o el Senado, las que conforme al artículo 6 de la Ley 20.405 requieren de un quórum de 4/7 de los miembros en ejercicio de los respectivos órganos.

Otro aspecto que llama la atención, es el hecho de que dos exconsejeros hayan ocupado cargos o posiciones abiertamente políticas a su salida del Consejo. En este sentido, surge la pregunta de si acaso el Instituto funcionó como una plataforma que les sirvió para favorecer su “capital político”. Lo cierto es que una manera de asegurar la autonomía de la institución es a través de procedimientos de designación políticamente neutros,⁶³ pero también por medio del establecimiento de un régimen de trabajo de dedicación exclusiva,⁶⁴ que impida a los consejeros mantener actividades paralelas que pueden entrar en conflicto con la independencia requerida para el cargo que detentan.

En fin, es posible observar que el mecanismo de designación del INDH, que ha sido objeto de contundentes críticas,⁶⁵ sigue siendo problemático e incluso, bajo las actuales circunstancias políticas, sus deficiencias se han exacerbado. En definitiva, se trata de un mecanismo que no es capaz de asegurar un proceso abierto, transparente y meritocrático y, por tanto, que impide una integración pluralista. Por otra parte, estamos ante un proceso cuya celeridad depende –al menos en el caso de los integrantes del Consejo designados por el Congreso– de la capacidad del órgano político de llegar a consensos. En condiciones donde estos son difíciles de alcanzar, pueden producirse extendidos periodos de vacancia que impidan la adecuada integración del Consejo.

2.1.2. La autonomía a la luz de la Ley de Presupuesto 2023

La discusión de la Ley de Presupuesto,⁶⁶ para el año 2023, encendió las alarmas al interior del Consejo del INDH. En el primer trámite constitucional ante la Cámara de Diputados se decidió dejar al INDH sin recursos. A pesar de que estos fueron repuestos en el Senado, la situación merece ser observada desde cerca. Ante este escenario y, según dan cuenta las actas del Consejo, el exconsejero del Instituto, Yerko Ljubetic expresó que: “[...] una

⁶² *Ibíd.*

⁶³ Smith, *op.cit.*, p. 923.

⁶⁴ *Informe 2022.*

⁶⁵ *Informe 2019, Informe 2022.* También véase Sergio Verdugo y José Francisco García, “Radiografía al instituto nacional de DD.HH: entre política y derecho”, *Revista Actualidad Jurídica* N°26, 2012, pp. 204-205.

⁶⁶ Boletín N.º 15.383-05.

presión de este carácter tan crítico no se compara en nada con situaciones que ya haya pasado el Instituto, donde ninguna ha sido como que la Cámara de Diputados condicione la aprobación del presupuesto del INDH a que se haga o se digan cosas, so pena de no tener presupuesto”.⁶⁷ En el mismo sentido, las actas dan cuenta de la opinión del consejero Donoso, quien estimó que “en todo el arco político hay parlamentarios que no saben ni entienden lo que hace esta institución, que tienen visiones sesgadas, político partidistas, etc.”, para luego calificar como “impresentable” que el presupuesto del INDH sea tratado como “moneda de cambio”.⁶⁸ Algunas consejeras y consejeros consideraron este asunto como una grave amenaza. Al respecto, el consejero Cayo afirmó: “los derechos humanos están bajo ataque en el país [...] está claro que la institucionalidad completa de derechos humanos en el país se encuentra bajo la lupa y bajo amenaza”. Por su parte, la directora, Consuelo Contreras, refirió que “el tema es la presión política de un poder del Estado por hacer desaparecer el Instituto y a otras instituciones.”⁶⁹ A su vez, el consejero Ugás expresó que “cuando se pretende eliminar, o privar de presupuesto al Instituto, cuando se amenaza con proyectos de ley que apuntan a su eliminación dentro del entramado de órganos que existen en el Estado, la verdad es que lo que se está socavando es el Estado democrático de Derecho”.⁷⁰

La tensión entre el Instituto y el Congreso tuvo como gatillante la filtración de un informe sobre “violencia rural” en el marco del programa de Fortalecimiento de la Macrozona Sur. Como dan cuenta las actas del Consejo, se trata de un informe que fue solicitado por Transparencia y que fue denegado por tratarse de un “pre-informe” no aprobado por el Consejo, y que presentaba una serie de problemas metodológicos, errores conceptuales y datos sensibles.⁷¹ En esta línea, la directora sostuvo que “lamentablemente la

⁶⁷ Acta del Consejo del INDH, Sesión ordinaria, N.º 702 de 21 de noviembre de 2022.

⁶⁸ *Ibíd.*

⁶⁹ *Ibíd.*

⁷⁰ Entrevista a Francisco Ugás, 25 de mayo de 2023.

⁷¹ Véase Sesión extraordinaria N.º 686 de fecha 22 de Agosto de 2022; Sesión ordinaria N.º 690 de fecha 5 de septiembre de 2022; y, especialmente, sesión ordinaria N.º 706 de fecha 5 de diciembre de 2022. Respecto de los datos sensibles de las víctimas de violencia rural en la Macrozona Sur, la Contraloría General de la República se pronunció en el dictamen N.º E357180N23 de fecha 15 de junio de 2023, en el que consigna que: “todos los funcionarios del INDH que tomen conocimiento de la identidad de quienes accedieron a ser entrevistados en el programa en comento, deben guardar reserva de tales identidades, puesto que en la situación planteada concurre la causal de reserva prevista en el artículo 21, N.º 1, de la Ley de Transparencia, en el sentido que su divulgación afectaría la seguridad de los declarantes, poniendo en riesgo su vida e integridad física y psíquica. Es por ello que, no obstante, cualquier estipulación contractual en contrario, el INDH no puede disponer libremente de la información obtenida por las recurrentes en el desarrollo de sus funciones, debiendo sujetarse al efecto a la normativa precitada.”

glosa del presupuesto no está siendo aprobada [...] Hay presiones de algunos parlamentarios que tocan la autonomía del Instituto de manera seria y grave, condicionando la aprobación del presupuesto del INDH a la entrega de un informe que aún no se ha terminado y que está previsto para el segundo semestre de 2023. El INDH ha sido moneda de cambio todo este tiempo”.⁷²

A pesar de que finalmente se asignaron los recursos al INDH, es necesario advertir que la Ley de Presupuesto, por una parte, estableció obligaciones de información al INDH y, por otra, determinó el destino de algunas de las asignaciones. Respecto de la primera cuestión, la Ley de Presupuesto de 2023 señala que: “El Instituto Nacional de Derechos Humanos deberá informar trimestralmente a las comisiones de Constitución, Legislación Justicia y Reglamento, y la de Derechos Humanos y Pueblos Originarios de las actividades y proyectos que ejecuten con los fondos asignados, así como también deberá informar y remitir todos los informes que las diferentes comisiones permanentes e investigadoras, y los diputados y diputadas soliciten, donde haya uso de los correspondientes recursos”.⁷³ Como se advierte, además de la obligación general de rendición que tienen los órganos públicos, la Ley establece un deber de información específico para el Instituto. Pero, además, la Ley de Presupuesto fija los montos que deben ser destinados para “financiar el Proyecto Fortalecimiento Macrozona Sur y para el Proyecto Migración Macrozona Norte”.⁷⁴

La discusión de la Ley de Presupuesto para el año 2023 –y su aprobación– permite levantar varias interrogantes. ¿Se ve afectada la autonomía del INDH cuando el Congreso condiciona la aprobación de su presupuesto a la entrega de información?; ¿está justificado un deber específico de rendición de cuentas por parte del INDH?; ¿afecta la autonomía financiera del Instituto la asignación de montos a proyectos específicos? Todas estas cuestiones son relevantes, por lo que cabe decir algo sobre cada una de ellas.

En relación con el establecimiento de un deber especial de información, es razonable pensar que la independencia de los órganos autónomos no significa una ausencia de control sobre su actuación –en efecto, el Instituto está sometido al control de la CGR y de la Cámara de Diputados– ni que carezca de un deber de rendición de cuentas, a través de reportes anuales y auditorías. Pero, en cualquier caso, dicha obligación de rendición como ha dicho el SCA “no puede comprometer la capacidad de

⁷² Acta del Consejo del INDH, Sesión ordinaria N° 699 de 7 de noviembre de 2022.

⁷³ Ley de Presupuesto 2023, partida 50, capítulo 01, programa 03, glosa 25.

⁷⁴ Ley de Presupuesto 2023, partida 50, capítulo 01, programa 03, glosa 16.

una INDH de funcionar como una institución independiente y efectiva”.⁷⁵ Sobre este asunto, existieron opiniones distintas al interior del Consejo. Para el consejero Pertuzé “la autonomía que tiene el INDH como institución es relativa frente a alguna información que haya que entregar a otros organismos”.⁷⁶ Para la consejera Valdés, sin embargo, existe un problema cuando el establecimiento de un procedimiento de rendición de cuentas responde a un “uso político” que tiene por finalidad controlar la actividad del Instituto.⁷⁷

En relación con su autonomía financiera, los Principios de París señalan que la INDH no debe “estar sujeta a controles financieros que podrían limitar su independencia”.⁷⁸ Ahora bien, cabe precisar que la autonomía financiera posee dos dimensiones a partir de las cuales puede evaluarse. La primera de ellas dice relación con la entidad que decide sobre el presupuesto. Según el SCA, el mayor grado de autonomía requiere que el presupuesto dependa del Poder Legislativo y no del Ejecutivo, y que la legislación nacional indique el origen del presupuesto, el que debe verse reflejado en una partida presupuestaria separada. En este sentido, el Instituto es plenamente autónomo. La segunda dimensión está vinculada al modo en que el presupuesto es distribuido y controlado.⁷⁹ Al respecto, cabe preguntarse si el hecho de que la glosa determine de antemano hacia qué programas deben destinarse los recursos, genera algún tipo de afectación a la autonomía financiera del Instituto. Sobre este punto, es preciso señalar que las Observaciones Generales del SCA –que, desde luego, no son vinculantes, pero son importantes en la medida en que desarrollan y aclaran el alcance de los Principios de París– señalan que las INDHs deben tener la capacidad para determinar sus prioridades y actividades, para lo cual requieren un “control y capacidad de gestión absolutos” sobre sus recursos.⁸⁰ En este sentido, debe advertirse que una parte de los recursos asignados al Instituto fueron previamente destinados.⁸¹ Para la consejera Valdés podría ser problemático que se intente dirigir la labor del Instituto a través de la determinación de sus prioridades.⁸² Si bien consideramos que el monto asignado no es sufi-

⁷⁵ Véase SCA, *Reporte de Acreditación – Mali*, mayo de 2012; SCA, *Reporte de Acreditación – Costa de Marfil*, 2016.

⁷⁶ Acta del Consejo del INDH, Sesión ordinaria N° 699 de 7 de noviembre de 2022.

⁷⁷ Entrevista a Constanza Valdés, 8 de junio de 2023.

⁷⁸ Principios de París B.2.

⁷⁹ Langtry y Robert, op. cit., p. 191.

⁸⁰ GANHRI, *Observaciones generales del Subcomité de Acreditación*, 21 de febrero de 2018, p. 31.

⁸¹ En efecto, conforme a la Ley de Presupuesto 2023 se entregan M\$309.414 miles para financiar el Proyecto Fortalecimiento Macrozona Sur y M\$292.847 millones para el Proyecto Migración Macrozona Norte.

⁸² Entrevista a Constanza Valdés, 8 de junio de 2023.

cientemente significativo para considerar que existe un control de las prioridades del INDH, es pertinente hacer un llamado de atención respecto de que esta vía, en condiciones más intrusivas, podría terminar afectando la autonomía del Instituto.

En todo caso, debe destacarse que, tal como da cuenta un documento institucional del INDH,⁸³ tanto la obligación de rendición de cuentas, como la asignación de parte del presupuesto a áreas prioritarias, son vistas como oportunidades dialógicas y de fortalecimiento institucional. Al respecto, la “Propuesta de planes y programas 2023” refiere que:

como resultado de la discusión presupuestaria en el Congreso, se han impuesto obligaciones al INDH. El poder legislativo ha determinado específicamente dónde dirigir parte de los recursos asignados a la institución, estableciendo dos programas especiales a desarrollar, destinados a regiones de la zona norte y zona sur del país, respectivamente. Sin perjuicio de la pertinencia de enfocar recursos y acciones hacia regiones que enfrentan realidades que requieren especial atención, debido al impacto del aumento de la migración en el norte y la sostenida situación de inestabilidad y confrontación en el sur, lo sucedido, impone establecer un diálogo constante y sostenido con todos los sectores políticos representados en el legislativo, con el objetivo de mejorar la comprensión del quehacer del INDH. Junto a lo anterior, el legislativo estableció el envío de informes trimestrales lo cual representa una oportunidad de fortalecimiento interno, al requerir el desarrollo de un plan de gestión de la información útil a diversos propósitos institucionales.⁸⁴

En fin, el enfoque reflejado en este documento pareciera ser promisorio. Sin embargo, consideramos importante que este tipo de medidas deban ser siempre sometidas al tamiz de la autonomía institucional.

2.1.3. Autonomía frente a las querellas presentadas contra el exdirector por decisiones tomadas por el Consejo

Como consta en las actas del Consejo, se presentaron querellas en contra de Sergio Micco a causa de no haber promovido la presentación de acciones judiciales por delitos de lesa humanidad. Cabe destacar que se trata de una decisión que fue adoptada por el Consejo, en el momento en que Micco presidía el órgano. Al respecto, el exconsejero Ljubetic expresó que “es re-

⁸³ INDH, *Propuesta de planes y programas 2023*, Solicitud de acceso a información pública, N°-CO001T0001916, de 7 de junio de 2023.

⁸⁴ *Ibíd.* p. 5.

prochable la acción interpuesta que implica coartar las decisiones y acciones interpuestas por este Consejo, en la medida que si el día de mañana otra directora o director implementa acuerdos que se hayan definido al interior del Consejo, quedará expuesta a que quien discrepe sobre el asunto opte por accionar judicialmente contra ella”.⁸⁵ En el mismo sentido, la directora consideró que estas querellas afectan la autonomía del Consejo y del Instituto, y llama la atención respecto al hecho de que no exista en nuestro ordenamiento jurídico ningún tipo de inmunidad para quienes desempeñan su cargo en el Instituto.⁸⁶

Al respecto, cabe señalar que el SCA ha indicado en su Informe Periódico que debe promoverse la independencia del INDH y de sus integrantes, reduciendo las posibles interferencias “mediante la incorporación de una disposición clara en la base legislativa de las INDH que exima a los miembros de su órgano rector de responsabilidad jurídica por las acciones emprendidas en el ejercicio de sus funciones oficiales”.⁸⁷ Advertimos que este es un aspecto relevante a considerar ante una eventual reforma institucional.

2.2. Balance sobre la autonomía y seguimiento de recomendaciones

El INDH tiene un alto grado de autonomía y se adecúa en buena medida a los Principios de París y las Observaciones Generales desarrolladas por el SCA de la GANHRI. En efecto, el Instituto goza de autonomía funcional, orgánica y financiera, sin embargo, subsisten problemas institucionales que afectan estas dimensiones.

Desde una perspectiva orgánica, los mecanismos de designación de los consejeros terminan por afectar su independencia. Por una parte, perjudica a la autonomía del órgano la existencia de dos consejeros con derecho a voto nombrados por el Poder Ejecutivo. Por otra, debe constatarse la inexistencia de un mecanismo de elección de consejeros acorde con los estándares adecuados de transparencia, publicidad, claridad y mérito, para lograr nombramientos que aseguren una composición de integrantes que cumplan con un criterio de idoneidad técnica. A falta de mecanismos de este tipo –según advierte Peagram–, los nombramientos pasan a constituirse en un campo de batalla clave para los actores políticos que compiten por

⁸⁵ Acta del Consejo del INDH, Sesión ordinaria N° 707 de 12 de diciembre de 2022.

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ GANHRI, *Informe y recomendaciones del período de sesiones virtual del Subcomité de Acreditación*, 18 de diciembre de 2020, p. 19; ACNUDH, *op.cit.*, pp. 50-51. También cabe destacar que el OPCAT en su artículo 35 establece explícitamente a “los mecanismos nacionales de prevención las prerrogativas e inmunidades que sean necesarias para el ejercicio independiente de sus funciones.”

dar forma a la naturaleza y dirección del órgano.⁸⁸ Peor aún, tal competición será más intensa mientras mayor sea el capital político del órgano, y más agudo sea el conflicto. Esta situación produce, además, el indeseable efecto de generar retrasos en los nombramientos a causa de la imposibilidad de un acuerdo sobre los mismos.⁸⁹ En definitiva, los nombramientos partisanos terminan por minar la credibilidad del órgano, y por entorpecer su proceso de conformación y renovación. Pero, además, esta batalla se replica al interior del Consejo, lo que es especialmente problemático cuando se trata de una toma de decisiones que está sujeta a un quorum de 2/3 del Consejo, lo que sucede respecto de la elaboración del Informe Anual, y de la comunicación a los distintos órganos del Estado sobre situaciones relativas a los derechos humanos que ocurran en cualquier parte del país.⁹⁰ En estos casos, si no existe un amplio acuerdo, habrá temas sobre la situación de derechos humanos en Chile que derechamente no serán tratados en el Informe del INDH, y comunicaciones que no serán efectuadas.

En relación con la dimensión financiera, el INDH se estructura bajo la forma de una corporación autónoma con personalidad jurídica y patrimonio propio, lo que contribuye a su autonomía en esta materia. También es un factor favorable el hecho de que sea el Congreso y no el Gobierno el que decide sobre su presupuesto, lo cual se ve reflejado en una partida presupuestaria separada. Con todo, advertimos que en el periodo hubo dos hechos que ameritan una reflexión. El primero de ellos, fue que apareció como una posibilidad real que el Congreso quitara los recursos al INDH. El segundo, se refiere al establecimiento de deberes relativos a la ejecución del presupuesto, y la destinación específica por parte del Congreso de una parte del presupuesto. Si ambos hechos son vistos de manera conjunta, debe observarse con sospecha las motivaciones que subyacen a tales decisiones. En lo concreto, pareciera tratarse de medidas razonables, no especialmente intrusivas, y que incluso podrían generar espacios valiosos de conversación y de mejora institucional. Con todo, es posible concebir un abuso de esta vía, y una eventual afectación a la independencia financiera del Instituto por medio de la misma.

Respecto del seguimiento de algunas de las recomendaciones efectuadas en el *Informe 2022*,⁹¹ advertimos que subsiste una dificultad relacionada con la transparencia y la publicación de las actas del Instituto. A pesar de ser un problema ampliamente asumido por el Consejo del

⁸⁸ Peagram, op. cit., p. 215.

⁸⁹ *Ibíd.*

⁹⁰ Artículo 6 inciso final y artículo 3 N° 1 y 2 de la Ley 20.405.

⁹¹ *Informe 2022*, pp. 404-407.

INDH, no se han tomado medidas efectivas para subsanarlo. En esta línea, se ha tildado al sistema de “obsoleto y con un bajo nivel de transparencia”,⁹² se ha manifestado preocupación por el hecho de que “haya cosas que se dejen fuera de acta”,⁹³ y de que “se discuten muy tarde, no se discute con la ciudadanía y eso impide que [el INDH] se vea como un órgano más transparente en lo público”.⁹⁴ Pues bien, a pesar de que el Consejo –por regla general– sesiona semanalmente, al momento de entrega de este capítulo tan solo han sido publicadas cinco actas correspondientes al año 2023, siendo la última de fecha 30 de enero de 2023.⁹⁵ Se advierte, también, que el Consejo Consultivo del INDH sigue totalmente inactivo. Con ello, se pierde la oportunidad de fomentar el pluralismo a través de la incorporación de los organismos sociales y académicos dedicados a la promoción y defensa de los derechos humanos. Además, el Consejo Consultivo podría cumplir una labor importante en la generación de vínculos de la sociedad civil con el CPT.⁹⁶ Asimismo, se mantiene el sistema de dedicación a tiempo parcial de los miembros del Consejo del Instituto, lo que ha sido identificado por varios consejeros como un sistema sumamente inconveniente.⁹⁷ Finalmente, cabe señalar que el Instituto sigue siendo un órgano afectado por la pérdida de legitimidad desde la crisis social de 2019.⁹⁸ Si bien, como muestra la Encuesta Nacional de DDHH del año 2022, es un órgano conocido por el 78,2% de los encuestados, resulta menos claro que se conozcan las funciones que ejerce. En efecto, tan solo el 2,9% declara haber interactuado con el INDH, siendo la principal forma de interacción la búsqueda de información sobre el Instituto. Llama la atención que la encuesta de 2022 no haya continuado con la medición, efectuada en su versión de 2020, que apuntaba a saber de qué manera se posiciona el rol del INDH para las personas en Chile. Como advertimos en *Informes* anteriores, el Instituto ha estado enfrentando una crisis interna que ha impactado en su imagen pública y su legitimidad social.⁹⁹ Para abordar este desafío el consejero Ugás refiere que es necesario avanzar en

⁹² Yerko Ljubetic en Acta del Consejo del INDH, Sesión ordinaria N° 680 de 11 de julio de 2022.

⁹³ Constanza Valdés en Acta del Consejo del INDH, Sesión ordinaria N° 680 de 11 de julio de 2022.

⁹⁴ Constanza Valdés en Acta del Consejo del INDH, Sesión ordinaria N° 706 de 5 de diciembre de 2022.

⁹⁵ La última publicada es el Acta del Consejo del INDH, Sesión extraordinaria N° 714 de 30 de enero de 2023.

⁹⁶ En efecto, el artículo 11 de la Ley 20.405 establece que el Consejo Consultivo prestará su asesoría a los expertos del CPT en “todas aquellas cuestiones de su competencia que requieran, para su adecuada resolución, del pronunciamiento de la sociedad civil”.

⁹⁷ Acta del Consejo del INDH, Sesión ordinaria N° 693 de 26 de septiembre de 2022.

⁹⁸ *Informe 2022*, pp. 403-404.

⁹⁹ *Informe 2020*, p. 76; *Informe 2021*, pp. 22-25.

visibilizar el trabajo del INDH, “mostrar qué hace y cómo contribuye a la promoción y protección de los derechos humanos”.¹⁰⁰ Pues, como con razón señala, existe una íntima conexión entre la legitimidad de la institución y su eficacia. En sus términos, “si tenemos mayor legitimidad social nosotros vamos a ser más eficaces, pero también si nosotros somos más eficaces, la legitimidad social que vamos a tener es mayor”.¹⁰¹

2.2. Defensoría de la Niñez

La DDN es una institución autónoma de derechos humanos, creada en 2018, encargada de difundir, promover y proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes que viven en Chile.¹⁰² Su creación fue motivada por la Observación General N° 2 del Comité de Derechos del Niño, la cual alentó a los Estados Partes a “crear una institución independiente para la promoción y vigilancia de la aplicación de la Convención de los Derechos del Niño”,¹⁰³ así como por las reiteradas recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño al Estado de Chile sobre la necesidad de crear una institución de derechos humanos independiente, con presencia en todo el territorio nacional, que tuviese como objeto la protección y promoción de los derechos de los niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNA).¹⁰⁴

Por tratarse de una institución encargada de promover y proteger los derechos de los NNA, la Defensoría se sujeta al principio de autonomía e independencia institucional, consagrado tanto en los Principios de París como en la Observación General N° 2 del Comité de los Derechos del Niño. Así, el mensaje presidencial que dio origen a la Ley 21.067, que crea a la Defensoría, refiere que el proyecto se inspiró precisamente en los Principios de París, especialmente en lo que respecta a la independencia y pluralismo del órgano, tanto en relación a su nombramiento como respecto de su funcionamiento.¹⁰⁵

Ahora bien, doctrinariamente se ha señalado que la autonomía puede comprenderse desde tres grandes dimensiones: financiera, orgánica y funcional.¹⁰⁶ La autonomía financiera se refiere a su independencia del poder

¹⁰⁰ Entrevista personal a Francisco Ugás, 25 de mayo de 2023.

¹⁰¹ *Ibíd.*

¹⁰² Defensoría de los Derechos de la Niñez, *Informe Anual 2022, Derechos Humanos de los Niños, Niñas y Adolescentes en Chile*, noviembre de 2022, p. 23.

¹⁰³ Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 2*, 15 de noviembre de 2002, párr. 2.

¹⁰⁴ Véanse Observaciones del Comité de los Derechos del Niño a Chile, en el año 2002, considerando N° 13; en el año 2007, considerando N° 15; en el año 2014, Recomendación N°19; y en el año 2015, párrs. 18 y 19.

¹⁰⁵ Boletín N° 10.584-07, Proyecto de Ley iniciado en Mensaje Presidencial de la expresidenta Michelle Bachelet, que crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez, 22 de marzo de 2016.

¹⁰⁶ Patricia Miranda-Arratia, *Hacia un Defensor de los Derechos de la Infancia para Chile*, Unicef, 2015, p. 32.

central respecto de la determinación de los ingresos del organismo y al control financiero de su gestión económica; la autonomía orgánica se vincula con el carácter autónomo de la institución derivado de su composición, la forma de designación de sus miembros directivos, su duración en el cargo, requisitos de elegibilidad, su régimen de incompatibilidades, las atribuciones de personalidad jurídica y de potestad normativa; y por último, la autonomía funcional alude a la independencia de la institución respecto de órdenes o instrucciones gubernamentales. En el siguiente apartado, se realizará un análisis institucional de carácter general de la Defensoría con especial énfasis en estos factores.

2.2.1. Autonomía en el proceso de designación del nuevo Defensor o Defensora de la Niñez

Con la finalidad de asegurar la autonomía orgánica del Defensor o Defensora frente al Poder Ejecutivo, se estableció que su nombramiento dependiese del acuerdo de los dos tercios de los miembros en ejercicio del Senado, a propuesta uninominal de la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía de dicha Corporación. Aquel mecanismo permitió la designación de Patricia Muñoz García como la primera Defensora de la Niñez, cuyo mandato culminó el 31 de mayo de 2023. En virtud de ello, en marzo de 2023, el Senado llamó a concurso público y fijó para el día 11 de abril la votación en la Comisión.¹⁰⁷

Conforme a la planificación, en las sesiones de los días 20 y 21 de marzo, la Comisión recibió a organizaciones de la sociedad civil vinculadas a la difusión, promoción y defensa de los NNA; a académicos de destacada trayectoria; y a un representante de cada uno de los órganos que componen la institucionalidad de derechos humanos en Chile, a saber, Francisco Maffioletti, experto encargado del Área de Niñez y Adolescencia del CPT, y a Consuelo Contreras, directora del Consejo Directivo del INDH. Los expositores destacaron la relevancia de que la persona que resultara elegida para dirigir la Defensoría tuviese independencia política y no presentara conflicto de intereses,¹⁰⁸ solicitando, además, que los criterios para su elección no respondieran a cálculos partidistas.¹⁰⁹

¹⁰⁷ Senado de la República de Chile, *Bases del Concurso Público para proveer el cargo del Defensor de la Niñez*, 16 de marzo de 2023, p. 3.

¹⁰⁸ Francisco Maffioletti en Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía, *Informe de la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía del Senado (Boletín N° S 2.366-13)*, 17 de mayo de 2023, p. 10.

¹⁰⁹ José Andrés Murillo en Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía, *Informe de la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía del Senado (Boletín N° S 2.366-13)*, 17 de mayo de 2023, p. 8.

Finalmente, 12 de los 27 postulantes al cargo cumplieron con los requisitos del concurso público,¹¹⁰ los cuales fueron escuchados por la Comisión en la sesión del 10 de abril de 2023. En ese entonces, la Asociación de Funcionarios y Funcionarias de la Defensoría de la Niñez envió una carta abierta al Senado solicitando tener en consideración una serie de puntos al momento de elegir al próximo o la próxima titular, dentro de los cuales se mencionó la autonomía del cargo, poniendo como “foco y principal bandera la defensa y protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes que están en Chile, por sobre, incluso, sus preferencias políticas.”¹¹¹

Si bien la sesión del martes 11 de abril estaba destinada a votar el nombre de el o la candidata que la Comisión presentaría para ser votado en sala del Senado, el debate se postergó en tres ocasiones argumentándose que era necesario llevar a cabo un análisis en profundidad de los antecedentes proporcionados por las y los postulantes. En esa instancia, el senador Saavedra advirtió que la persona elegida sería de mayoría, pero no de consenso, en atención a la complejidad de alcanzar el apoyo de los dos tercios de los senadores en ejercicio,¹¹² y anticipó que, en su opinión, el primer candidato nominado por la Comisión no sería el elegido por la Sala.¹¹³

Al respecto, otros parlamentarios comenzaron a advertir la evidente politización del cargo. Así, el senador Matías Walker señaló que la designación “no puede obedecer a dinámicas de gobierno y oposición, [...] hay que pensar en los mejores”¹¹⁴ y el senador Karim Bianchi dijo lamentar “que esto siempre sea tan político y termine siendo una votación partidaria más que de fondo”.¹¹⁵ Con la finalidad de alcanzar consenso entre las principales coaliciones políticas, se barajó incluso la posibilidad de que la elección del Defen-

¹¹⁰ Ellos son Carlos Alvear Pareja, Natalia Castillo Muñoz, Blanquita Honorato Lira, Mónica Jeldres Salazar, Sebastián Llantén Morales, María Rosario Martínez Marín, Iván Pavlov Peric, Anuar Que-sille Vera, Sebastián Salinero Echeverría, Cristián Suárez Pérez, Nora Villalobos Rodríguez y Eric Weinborn de la Calle.

¹¹¹ Asociación de Funcionarias y Funcionarios Defensoría de la Niñez, *Carta Abierta al Senado de la República por elección de Defensora o Defensor de la Niñez*, 10 de abril de 2023.

¹¹² Es posible señalar que las dificultades manifestadas en el proceso de nombramiento fueron advertidas desde el momento en que se creó la Defensoría. Al respecto, consta en la Historia de la Ley 21.067 que la ex senadora Adriana Muñoz, expresó que la existencia del quórum supra mayoritario generaría “una distorsión, en tanto fomentar con ello un ‘cuoteo’ en la designación de las autoridades, ya que sólo se pueden alcanzar dichas votaciones con el asentimiento de todos los sectores”. Véase Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la Ley 21.067*, p. 140.

¹¹³ Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía, *Informe de la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía del Senado (Boletín N° S.2.366-13)*, 17 de mayo de 2023, p. 101.

¹¹⁴ La Tercera: “Exdirectora del Sename enfrenta compleja votación en el Senado para ser ratificada como defensora de la Niñez”, 16 de mayo de 2023.

¹¹⁵ *Ibíd.*

sor o Defensora de la Niñez fuese compensada con futuros nombramientos tales como el Contralor de la República o ministros de la Corte Suprema o del Tribunal Constitucional. Otra alternativa que se comenzó a considerar fue aprobar un nombramiento a cambio de reformas profundas en el Instituto Nacional de Derechos Humanos o en la misma Defensoría de la Niñez.¹¹⁶

En la sesión del 16 de mayo, la Comisión designó como candidata a la socióloga María Rosario Martínez,¹¹⁷ militante de Renovación Nacional y exdirectora nacional del Servicio Nacional de Menores. Producto de continuas negociaciones políticas, la votación en Sala se dilató varias semanas, lo que llevó a que el Consejo Consultivo de la Defensoría de la Niñez pidiese al Senado otorgar máxima urgencia al nombramiento.¹¹⁸ Finalmente, el 20 de junio, la Cámara Alta rechazó por falta de quórum el nombramiento de Martínez como Defensora de la Niñez.¹¹⁹ Con este resultado, la Comisión de Derechos Humanos deberá proponer un nuevo candidato o candidata. Al momento de entrega de este *Informe*, se baraja la posibilidad de declarar desierto el concurso y convocar uno nuevo con la finalidad de alcanzar el consenso necesario. Mientras tanto, el cargo está siendo subrogado por la abogada Giannina Mondino, directora de la Unidad de Protección de Derechos y Representación Judicial de la DDN.¹²⁰

Como se señaló en la primera sección de este capítulo, más importante que el órgano que efectúe la designación, es el proceso mismo de designación. Al respecto, las dificultades evidenciadas en el nombramiento hacen necesario repensar si el mecanismo de elección de la persona que dirige el órgano debe contemplar una participación más incidente de la sociedad civil, si es imperativo velar por un proceso de designación más transparente, o si es preciso extremar los requisitos de idoneidad técnica contenidos en la ley con la finalidad de evitar la politización del mecanismo. Así, se ha advertido que “este tipo de instituciones únicamente alcanzarán altas cuotas de inde-

¹¹⁶ La Tercera: “Una exjefa del Sename o una exdiputada: Senado enredado por designación a Defensoría de la Niñez”, 2 de mayo de 2023.

¹¹⁷ Los votos se distribuyeron de la siguiente forma: los senadores Gatica (RN, en reemplazo del senador Kuschel), Chahuán (RN) y Van Rysselberghe (UDI), votaron a favor de María Rosario Martínez; la senadora Campillai (Independiente) votó por Anuar Quesille; y el senador Saavedra (PS) por Natalia Castillo Muñoz.

¹¹⁸ El Mostrador.cl: “Consejo Consultivo de Defensoría de la Niñez insta al Senado acelerar designación de nuevo defensor”, 7 de junio de 2023.

¹¹⁹ Obtuvo 25 votos a favor, 15 en contra y 3 abstenciones.

¹²⁰ A tres meses de iniciarse el proceso para designar a una nueva autoridad y permaneciendo esta vacante, el 5 de julio la Asociación de Funcionarios y Funcionarias de la DDN recurrió al Comité de los Derechos del Niño por el excesivo retraso en el nombramiento. Véase Asociación de Funcionarias y Funcionarios Defensoría de la Niñez: “Asociación de funcionarias/os de la Defensoría de la Niñez recurre al Comité de los Derechos del Niño por excesivo retraso en la elección del próximo Defensor/a de la Niñez”, 05 de julio de 2023.

pendencia si el personal del que se dotan responde a idénticos parámetros de autonomía y eficacia”.¹²¹ Esto redundaría no solo en la búsqueda de una mayor transparencia en la designación del candidato, sino también en la generación de un amplio respaldo social hacia la institución,¹²² lo cual podría verse afectado al no estar ajena dicha designación a cálculos partidistas.

2.2.2. Autonomía financiera de la Defensoría de la Niñez

Tanto la Observación General N° 2 del Comité de los Derechos del Niño como la Convención de los Derechos del Niño, exigen que los Estados partes garanticen una capacidad institucional robusta, con recursos suficientes para el correcto desempeño de su labor.¹²³ Pese a ello, se ha advertido sobre las limitaciones a la autonomía financiera de la Defensoría de la Niñez, la cual ha debido recurrir a otras fuentes de financiamiento, “tanto en la presentación de proyectos asociados a *fundraising* como a través de la recepción de donaciones”.¹²⁴¹²⁵

La Defensora saliente advierte que la autonomía financiera es un aspecto prioritario: “si bien desde una perspectiva funcional, la autonomía de la Defensoría está asegurada en la ley y hay un cumplimiento del mandato legal, es fundamental abordar el tema financiero porque también los órganos internacionales plantean que los Estados no sólo cumplen con el estándar con el hecho de crear institucionalidad, sino que tienen que asegurar que ésta esté en condiciones de funcionar.”¹²⁶ Sobre las restricciones a la autonomía financiera, considera que el presupuesto “está sujeto a las definiciones de un Poder al cual, nosotros de alguna manera observamos y eso puede tener limitaciones”.¹²⁷ Otro aspecto a destacar es que, al no ser órganos de rango constitucional, el financiamiento de las instituciones autónomas de derechos humanos proviene de la partida de Tesoro Público de la Ley de Presupuestos, a diferencia de instituciones autónomas constitu-

¹²¹ Isaac Ravetlat-Ballesté, “El Defensor de los Derechos de la Niñez en Chile: Hacia un verdadero garante de su interés superior”, *Centro de Estudios Constitucionales de Chile*, 15 (1), 2017, p. 294.

¹²² Isaac Ravetlat-Ballesté y Juliana Díaz-Pantoja, “Un ombudsperson para la infancia y la adolescencia en Colombia: ¿un camino inacabado?”, *Juridicas*, 19(1), 2022, p. 32.

¹²³ Véase artículo 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por Chile el 14 de agosto de 1990; y Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, *Observación General N°2*, CRC/CG/2002/2, 15 de noviembre de 2002, párr. 11.

¹²⁴ Defensoría de los Derechos de la Niñez, *Informe Anual 2022, Derechos Humanos de los Niños, Niñas y Adolescentes en Chile*, noviembre de 2022, p. 100.

¹²⁵ Destaca el convenio de cooperación entre UNICEF y la Defensoría de la Niñez aprobado por Resolución Exenta N°261/2019, de 9 de diciembre de 2019, que tiene por finalidad apoyar en la ejecución del plan piloto de visitas a centros de protección luego del estallido social, siendo este tipo de visitas una de las funciones más relevantes de la Defensoría.

¹²⁶ Entrevista a la exDefensora de la Niñez, Patricia Muñoz, 24 de mayo de 2023.

¹²⁷ *Ibíd.*

cionales, tales como el Ministerio Público o el Poder Judicial. Ello implica que carecen de la facultad de exponer directamente ante la Subcomisión Mixta de Presupuesto, y según refiere la exDefensora, podría producir “una merma en términos de las posibilidades de defender con suficiente profundidad aquello que se necesita”.¹²⁸

Similar preocupación planteó el Comité de los Derechos del Niño respecto al presupuesto asignado y recomendó incrementar de manera urgente los recursos humanos, técnicos y financieros a su disposición para que se puedan abrir oficinas en todo el país.¹²⁹ Si bien ha habido un aumento sostenido en el presupuesto asignado a la DDN, incrementándose de M\$2.547.334 el año 2021 a M\$4.012.43 el año 2023, es posible constatar la tardanza en la cobertura territorial. A cinco años de su instalación, se ha avanzado de un modelo macrozonal a uno regional, logrando la habilitación de sedes en siete regiones, además de la oficina nacional en la Región Metropolitana. Sin embargo, hay una evidente imposibilidad de cumplir con el mandato legal en toda la extensión del territorio; ejemplo de ello es que la sede regional de Arica y Parinacota, compuesta por dos profesionales y un administrativo, debe cubrir los requerimientos de su propia región, junto con los de Tarapacá y Antofagasta. Para resolver esta situación, el Informe Anual 2022 proyecta que en 2026 se culminará el proceso de instalación de oficinas en las regiones faltantes.¹³⁰

Al cierre de este capítulo, la Defensoría solicitó a la DIPRES un monto de M\$5.422.224 para el año 2024, de los cuales M\$3.932.701 corresponden a gastos de continuidad, y M\$1.489.523 conciernen a recursos adicionales que tienen por objetivo llevar adelante una consolidación institucional, aumentando la presencia regional con tres nuevas sedes en las regiones Metropolitana, de Los Lagos y de Magallanes. En este sentido, consideramos fundamental asegurar el financiamiento a la DDN para alcanzar una mayor cobertura territorial, así como por el rol preponderante que tiene en el proceso de instalación del Sistema de Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia.¹³¹

¹²⁸ *Ibíd.*

¹²⁹ Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, *Observaciones finales sobre los informes periódicos sexto y séptimo combinados de Chile*, 22 de junio de 2022, párr. 10.

¹³⁰ Defensoría de los Derechos de la Niñez, *op. cit.*, p. 100.

¹³¹ Artículo 82 inciso primero de la Ley 21.430, sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia.

2.2.3. Pluralismo y participación de la sociedad civil en la Defensoría de la Niñez

Sobre la representación pluralista de los distintos sectores de la sociedad civil en el órgano, es preciso señalar que la Defensoría da cumplimiento a los estándares internacionales a través del Consejo Consultivo, compuesto por tres representantes de la sociedad civil, siete de organizaciones de niños, niñas y adolescentes, y tres de universidades. Sin embargo, como se mencionó en la edición anterior de este *Informe*,¹³² el mecanismo de nombramiento de sus miembros no cumple con suficiencia el estándar de ser un “proceso de selección abierto y por concurso”.¹³³

Teniendo en consideración las funciones que la ley y el reglamento interno de la DDN delega en el Consejo, consideramos que las actividades de este organismo se han centrado en la comunicación, promoción y difusión de derechos, existiendo un espacio de mejora en cuanto a tener un rol más incidente, a través de la elaboración y recepción de propuestas de intervención de la DDN. Para ello, podría ser provechoso el vínculo con el Observatorio de Derechos de la DDN, el cual tiene como desafío difundir sus herramientas de seguimiento de la situación de derechos y generar un mecanismo que fortalezca la participación de la sociedad civil, de la academia y de los NNA.¹³⁴

Agregamos que, en concordancia con los desafíos de la institución,¹³⁵ es preciso seguir ampliando la colaboración de la sociedad civil, especialmente la participación efectiva e incidente de los NNA. Un ejemplo de esta deuda participativa lo podemos encontrar en el proceso de designación del nuevo titular de la Defensoría, donde, si bien se escuchó a representantes de la sociedad civil, no se contempló la intervención de niños, niñas y adolescentes. Un mecanismo concreto, que podría volver a considerarse, es que el Consejo Consultivo elabore un informe no vinculante al Presidente de la República o a la Comisión de Derechos Humanos sobre eventuales candidatos al cargo de Defensor/a de la Niñez.¹³⁶

2.2.4. Balance sobre la autonomía y seguimiento de recomendaciones

Teniendo a la vista los Principios de París y la Observación General N°2 del Comité de los Derechos del Niño, consideramos que a cinco años de su creación, la DDN goza de autonomía *de iure*, desde una perspectiva

¹³² *Informe 2022*, pp. 393-430.

¹³³ Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, *Observación General N°2, CRC/CG/2002/2*, 15 de noviembre de 2002, párr. 12.

¹³⁴ Defensoría de los Derechos de la Niñez, *op.cit.*, p. 100.

¹³⁵ *Ibíd.*

¹³⁶ Patricia Miranda-Arratia, *op.cit.*, p. 38.

funcional, orgánica y financiera. Ahora bien, en cuanto a la autonomía *de facto*, es posible advertir que el reciente proceso de elección de Defensor o Defensora de la Niñez puso en evidencia que, pese a los esfuerzos por dotarla de autonomía, la institución no está exenta de ser objeto de presiones políticas. Esta situación ralentizó el proceso, provocó el incumplimiento de los plazos legales y empañó el carácter eminentemente técnico del cargo, presentándolo como una “moneda de cambio” para elegir otras autoridades o realizar modificaciones legislativas a otros órganos de DDHH. La vacancia en el cargo es especialmente grave en atención a las continuas vulneraciones a derechos de NNA que ocurren en el territorio nacional —lo cual dificulta su denuncia y visibilización—, y al rol que tiene la Defensoría en el período de instalación de la nueva institucionalidad en niñez.

Por otra parte, es preciso advertir que el mecanismo de elección radicado en el Senado presenta una posible paradoja, ya que el financiamiento de la Defensoría depende del mismo Poder Legislativo ante el cual debe rendir cuentas y sobre el que recae, también, la facultad de destituir al Defensor o Defensora. Ello fue advertido por el Comité de los Derechos del Niño, institución que manifestó su preocupación por el proceso de destitución al que fue sometida la Defensora, y recomendó al Estado de Chile garantizar su plena independencia y velar por que pueda cumplir de manera autónoma su mandato, de conformidad con los Principios de París.¹³⁷

Respecto a la participación de la sociedad civil, en la edición anterior de este *Informe* se propuso modificar los Estatutos de la DDN para fortalecer el Consejo Consultivo de la Defensoría, junto con facilitar un proceso de selección abierto y por concurso. Reiteramos la importancia de definir de mejor forma sus funciones prioritarias y garantizar la participación efectiva e incidente de los niños, niñas y adolescentes.

Por último, en cuanto a la autonomía financiera, aunque se ha reforzado progresivamente el presupuesto anual de la Defensoría de la Niñez, es necesario que este se priorice, de tal forma que se pueda acelerar el proceso de instalación territorial en las regiones faltantes, y no sea necesario recurrir a financiamiento externo para cumplir con alguna de las funciones prioritarias mandatadas por ley, como las visitas a centros residenciales.¹³⁸

¹³⁷ Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, *Observaciones finales sobre los informes periódicos sexto y séptimo combinados de Chile*, 22 de junio de 2022, párr. 10.

¹³⁸ Se destaca sobre este punto que la Ley de Garantías consagra el principio de prioridad presupuestaria, el cual permitirá favorecer el financiamiento de políticas destinadas a la promoción, protección

2.3. Comité para la Prevención de la Tortura

Como se ha señalado en ediciones anteriores de este *Informe*,¹³⁹ a través de la Ley 21.154 se designó al INDH como Mecanismo Nacional de Prevención contra la Tortura (en adelante MNPT). El órgano se concibió bajo la idea de robustecer la institucionalidad de derechos humanos, hacerla crecer y no fragmentarla,¹⁴⁰ sin embargo, el carácter *sui generis*¹⁴¹ de su diseño institucional, planteó como desafío la delimitación de sus respectivos mandatos a fin de garantizar la plena independencia funcional del CPT, según mandatan el OPCAT¹⁴² y los Principios de París.

Las primeras dificultades se hicieron visibles en la fase de instalación del CPT, caracterizada por una entorpecida coordinación con el INDH que dificultó la aprobación de sus estatutos y la contratación de profesionales,¹⁴³ y gatilló la renuncia de dos de las primeras expertas, Ana María Stuvan e Isabel Madariaga. Desde entonces, se consideró que la paulatina instalación y la falta de empoderamiento en el rol del CPT, podrían ser “una advertencia preocupante sobre la efectividad futura del CPT”.¹⁴⁴ A tres años de su instalación, si bien la autonomía de *iure* se encuentra garantizada legalmente, consideramos pertinente analizar la independencia *de facto* del órgano, a través de la percepción de los expertos que conforman el Comité.¹⁴⁵

2.3.1. Autonomía en el mandato legislativo y autonomía funcional del Comité

La Ley 21.154 contempla diversas atribuciones legales que dotan al CPT de independencia respecto del INDH, dentro de las cuales destaca la autonomía para definir los lugares a visitar, la metodología y su frecuencia; la dirección y mando de su personal de apoyo; la facultad del Comité de Expertos de proponer modificaciones al Estatuto del INDH; la dictación de su propio Reglamento Interno, entre otras.¹⁴⁶ Por otra parte, hay funciones delegadas al Comité que requieren la aquiescencia o consideración del Instituto. Dentro

y garantía de los derechos del niño, niña y adolescente. Véase Artículo 16 inciso final de la Ley 21.430, sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia.

¹³⁹ Véanse *Informe 2019*, *Informe 2020*, p. 27, pp. 540-543, *Informe 2021*, pp. 22-25, e *Informe 2022*, pp. 408-411.

¹⁴⁰ Entrevista a Sebastián Cabezas, experto del área de derechos humanos, encargado del área de función policial y actual presidente del CPT, 15 de junio de 2023.

¹⁴¹ Javier Couso, *Informe en Derecho para el Comité de Prevención contra la Tortura*, agosto de 2020, p. 19.

¹⁴² Artículo 18, párrafo 1 del Protocolo Facultativo De la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

¹⁴³ Carta y renuncia de Ana María Stuvan al director del INDH, 15 de diciembre de 2020.

¹⁴⁴ *Informe 2020*, p. 27.

¹⁴⁵ Según recomiendan Lacatus y Carraro, op.cit., p. 1180.

¹⁴⁶ Artículo 2º transitorio de la Ley 21.154.

de dichas funciones se distinguen las que deben ser “propuestas” al INDH, como la celebración de convenios de colaboración¹⁴⁷ y las modificaciones legales o reglamentarias en materia de tortura,¹⁴⁸ y aquellas atribuciones que deben realizarse “a través del Instituto”, como las acciones de capacitación, información y sensibilización en materia de prevención de la tortura.¹⁴⁹

Al ser consultados sobre este punto, los expertos y expertas concuerdan en que la ley garantiza plenamente la autonomía en el ejercicio de las facultades de visitas y monitoreo, siendo estas “el corazón del trabajo de los mecanismos.”¹⁵⁰ El Presidente del Comité, Sebastián Cabezas, señala que, desde un punto de vista fáctico, “la autonomía funcional ha sido total”,¹⁵¹ manteniéndose la obligación de rendirle cuenta al Consejo del INDH, a través de un informe de gestión semestral. Ahora bien, el experto Luis Vial reconoce que hay aspectos que podrían tensionar, en cierta medida, la autonomía del CPT, ya que “el Instituto suele decir muchas veces que ellos son el Mecanismo, y esta frase no necesariamente se traduce en acciones que favorezcan nuestro trabajo”.¹⁵² Sobre ello, ejemplifica que “en muchas instancias nosotros tenemos que buscar por dónde entrar, porque en el fondo, al ser una figura *sui generis*, es como que estamos en un segundo nivel”.¹⁵³ Esta advertencia es fundamental ya que, si bien la ley radicó el Mecanismo en el INDH, le garantiza al CPT plena autonomía funcional, lo que significa que los y las expertas no están sujetos al control jerárquico ni se encuentran en situación de subordinación o dependencia respecto del Director o del Consejo del Instituto.¹⁵⁴

En las entrevistas realizadas a los expertos del Comité, se vislumbraron algunos nudos críticos que evidenciaron esta tensión, a saber: a) la demora en la aprobación del Reglamento Interno del CPT y la modificación de Estatutos del INDH; b) la dependencia administrativa con el INDH; y c) la delimitación del mandato legal entre el INDH y el CPT.

La reforma de los Estatutos del INDH, que tiene por objeto incorporar disposiciones para el funcionamiento, división de tareas, procedimientos y procesos de toma de decisiones del MNPT, es uno de los aspectos que continúa pendiente desde la instalación del CPT.¹⁵⁵ Si bien en el mes de

¹⁴⁷ Artículo 3, letra m) de la Ley 21.154.

¹⁴⁸ Artículo 3, letra i) de la Ley 21.154.

¹⁴⁹ Artículo 3, letra l) de la Ley 21.154.

¹⁵⁰ Entrevista a Sebastián Cabezas, 15 de junio de 2023.

¹⁵¹ *Ibíd.*

¹⁵² Entrevista a Luis Vial, experto del área penitenciaria del CPT, 12 de junio de 2023.

¹⁵³ *Ibíd.*

¹⁵⁴ Javier Couso, *op.cit.*, p. 36.

¹⁵⁵ Véase Comité para la Prevención de la Tortura, *Primer Informe Anual 2020: Prevención de la tortura y situación de las personas privadas de libertad en Chile*, 2021, p. 149.

octubre de 2022, después de un extenso periodo de espera, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos remitió el borrador de Estatutos con observaciones, se suscitó una discusión al interior del Consejo del INDH respecto al alcance de la atribución de esa repartición del Estado para “recibir y estudiar” las propuestas de modificaciones legales o reglamentarias en materia de tortura, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes remitidas por el Comité.¹⁵⁶ Al respecto, el consejero Pertuzé hizo hincapié en que el INDH no puede ser sólo un “buzón” y que “el Mecanismo es el Instituto”.¹⁵⁷ En la misma línea, el exconsejero Ljubetic reiteró que el INDH se resiste a ser “simplemente un buzón de lo que el Comité de Expertos quiera”, refiriendo que siempre será un “estímulo que las propuestas concuerden [en atención a que hay] cierta cordura administrativa”.¹⁵⁸ En dicha sesión del Consejo, Sebastián Cabezas señaló que el Comité concordaba con que el INDH tuviese la facultad de “recibir y estudiar” las propuestas, pero que con posterioridad este último organismo debiese enviarlas necesariamente al Presidente de la República.¹⁵⁹ Sobre este punto, uno de los integrantes del Comité de Expertos considera que “no es la idea que el INDH sea un buzón tramitador (...) sino que se busca que haya un diálogo y que muy probablemente este nos permita ampliar la mirada, y eso puede ser una riqueza. De todas formas, puede haber un momento en que estemos en desacuerdo, y considero que ahí debe ser autónomo el Comité”.¹⁶⁰

Finalmente, según informó el presidente del Comité, ambos órganos alcanzaron el consenso necesario y remitieron las observaciones al Ministerio de Justicia, por lo que la modificación se encontraría en su trámite final para ser firmado por el Presidente de la República. Sin embargo, es preciso advertir que esta falta de acuerdo provocó que las recomendaciones realizadas por el CPT, que incluyen propuestas de modificaciones legales y/o reglamentarias a diversas instituciones, y que constan en los Informes de Visitas y en los Informes Anuales, “no se hayan propuesto al Consejo del Instituto.”¹⁶¹ Esta situación podría afectar la autonomía con la que el CPT desarrolla una de las principales funciones que el OPCAT atribuye a los

¹⁵⁶ Según prescribe el artículo 3, letra i) de la Ley 21.154.

¹⁵⁷ Acta del Consejo del INDH, Sesión ordinaria N° 710 de 09 de enero de 2023, p. 12.

¹⁵⁸ Acta del Consejo del INDH, Sesión ordinaria N° 713 de 23 de enero de 2023, p. 19.

¹⁵⁹ *Ibíd.*, p. 10.

¹⁶⁰ Entrevista a experto/a del Comité, junio de 2023.

¹⁶¹ Comité para la Prevención de la Tortura, *Informe Semestral de Gestión*, segundo semestre 2022, p. 12. Solicitud de acceso a la información pública N° CO001T0001878, de 26 de abril de 2023.

MNPT, relativa a “hacer propuestas y observaciones acerca de la legislación vigente o de los proyectos de ley en la materia.”¹⁶²

En cuanto al Reglamento Interno del CPT, si bien fue remitido al INDH en el mes de enero de 2022,¹⁶³ ante una nueva composición del Comité de Expertos se decidió reevaluar el texto. Al respecto, según refirió Sebastián Cabezas, “mientras no estén listos los Estatutos, nosotros no podemos tener listo el Reglamento porque este se tiene que ajustar a los Estatutos”.¹⁶⁴ Al cierre de este Informe, el Reglamento aún se encontraría pendiente.

Otro aspecto relevante es que el CPT no cuenta con personalidad jurídica propia. Esto, según indica el primer Informe Anual de la institución, limita el ejercicio de su autonomía y exige la coordinación eficiente con el INDH para poder realizar una serie de labores, especialmente aquellas de carácter administrativo.¹⁶⁵ Al respecto, la experta del Comité Javiera Canessa, reconoce que si bien el Instituto y cada una de sus unidades han hecho un “tremendo esfuerzo desde el inicio del Comité por responder de forma oportuna a nuestros requerimientos, [la dependencia administrativa] impacta finalmente en el ejercicio de la autonomía del Comité, transformándose en un usuario más de los servicios del INDH”.¹⁶⁶

Actualmente, pese a que el Comité detenta los poderes de dirección y mando respecto de su personal de apoyo, la ley delega en el INDH la facultad de contratación.¹⁶⁷ Un ejemplo de ello es que los perfiles de cargo son publicados por el INDH, por lo que deben extremarse las precauciones para que el CPT elija a su personal sin injerencias indebidas¹⁶⁸ y que haya plena claridad de que los funcionarios del Comité están subordinados jerárquicamente a este.

Como se mencionó previamente, otra de las atribuciones que están sujetas a la consideración y/o aprobación del Consejo del INDH son las acciones de capacitación, formación y sensibilización, las que deben realizarse “a través del Instituto”. También, al no contar con personalidad

¹⁶² Artículo 19, letra c) del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

¹⁶³ Comité para la Prevención de la Tortura. *Segundo Informe Anual 2021/2022: Prevención de la tortura y situación de las personas privadas de libertad en Chile*, 2022, p. 242.

¹⁶⁴ Entrevista a Sebastián Cabezas, 15 de junio de 2023.

¹⁶⁵ Comité para la Prevención de la Tortura, *Primer Informe Anual 2020: Prevención de la tortura y situación de las personas privadas de libertad en Chile*, 2021, p. 32.

¹⁶⁶ Entrevista a Javiera Canessa, experta del área salud y encargada del área Salud Mental del CPT, 4 de julio de 2023.

¹⁶⁷ Artículo 5, inciso 6º de la Ley 21.154.

¹⁶⁸ ACNUDH, *El papel de los Mecanismos Nacionales de Prevención, Guía Práctica: Serie de capacitación profesional N°21*, 2018, p. 17.

jurídica, los convenios de colaboración deben ser propuestos previamente al Instituto y firmados tanto por esta entidad como por el CPT, lo cual ha acarreado ciertos retrasos como ocurrió con el único convenio firmado, realizado con el MNPT de Argentina.

El presidente del Comité destaca que la dependencia administrativa con el INDH otorga también oportunidades en cuanto “permite al equipo concentrarse únicamente en la operación, acá no hay personas preocupadas de cuestiones administrativas que no tienen que ver con la ejecución del mandato y eso también es un plus”.¹⁶⁹ Para resolver estos aspectos administrativos se ha avanzado en un trabajo de coordinación interinstitucional entre ambos órganos, que ha permitido establecer flujos relacionados con contrataciones, personal, y licitaciones, así como de derivación de denuncias, convenios y capacitaciones, coordinación con jefas y jefes regionales del INDH en las visitas o a propósito de casos; colaboración y coordinación en Mesas Interinstitucionales.¹⁷⁰

Por último, uno de los aspectos fundamentales para proteger la autonomía del CPT es la necesaria delimitación de los mandatos legales de ambos órganos, en cuanto las facultades del CPT son de carácter preventivo y las del INDH principalmente de carácter reactivo. Sobre este punto, el exconsejero Ljubetic señaló que “una cuestión que va a rondar siempre es la sinuosa frontera entre la actividad contra la tortura” del Comité de Expertos y el INDH.¹⁷¹ Para evitar la confusión de funciones, el experto Francisco Maffioletti hace énfasis de que esto sea definido en los Estatutos, en cuanto considera que “para que las cosas no pasen por voluntades, tiene que haber una definición de estatutos y de reglamentos como marco jurídico que nos permita interpretar esas situaciones bajo ese prisma”.¹⁷²

Asimismo, el trabajo coordinado entre ambos órganos no sólo sería provechoso sino que necesario. Para Sebastián Cabezas, “lo cierto es que entre prevención y protección hay un vínculo indisoluble y que es fundamental.”¹⁷³ Esto se ha manifestado a propósito de la colaboración con las sedes regionales del INDH para facilitar la futura expansión e instalación

¹⁶⁹ Entrevista a Sebastián Cabezas, 15 de junio de 2023.

¹⁷⁰ Comité para la Prevención de la Tortura, *Informe Semestral de Gestión, primer semestre 2022*, p. 6. Solicitud de acceso a la información pública N° CO001T0001878, de 26 de abril de 2023.

¹⁷¹ Acta del Consejo del INDH, Sesión ordinaria N° 710 de 09 de enero de 2023, p. 11.

¹⁷² Entrevista a Francisco Maffioletti, experto del área derechos humanos, encargado del área Niñez y Adolescencia del CPT, 24 de mayo de 2023.

¹⁷³ Entrevista a Sebastián Cabezas, 15 de junio de 2023.

del MNPT en todo el territorio nacional, atendiendo que los recintos que debe monitorear el CPT se han estimado en más de 3.000.

Ahora bien, respecto a la coordinación con la Defensoría de la Niñez, los expertos reconocen que ha habido un diálogo bastante regular, especialmente, sobre la situación de las madres privadas de libertad que tienen hijos lactantes y que se han realizado reuniones para coordinar algunas visitas a los centros residenciales, pero aún hay espacios de mejora. Por otra parte, destacan la coordinación con otras instituciones como la Fiscalía Judicial de la Corte de Apelaciones y de la Corte Suprema, la División de Gestión y Modernización de las Policías de la Subsecretaría de Interior, la Subsecretaría de Prevención del Delito, Carabineros de Chile, Policía de Investigaciones de Chile, entre otros.

2.3.2. Autonomía financiera del Comité

En la edición anterior de este *Informe*¹⁷⁴ se dio cuenta del limitado presupuesto del CPT, el cual se consigna en una línea presupuestaria distinta a la del Instituto y corresponde a un 8,97% del presupuesto total asignado al INDH en la Ley de Presupuestos 2023.¹⁷⁵ Si bien el financiamiento del Comité ha aumentado anualmente¹⁷⁶ y ha permitido su instalación y funcionamiento, para Sebastián Cabezas “los recursos que tenemos para la ejecución de nuestro mandato son insuficientes. Sería óptimo dar un salto y tener muchos más recursos para poder dar cumplimiento a nuestro mandato”.¹⁷⁷ Esto es de especial relevancia ya que el Comité se ha dado un plazo de dos años para disponer de presencia en cinco macrozonas y un plazo de cinco años para contar con un equipo en las capitales regionales de todo el territorio nacional.¹⁷⁸

Algunos expertos mencionan otras dificultades en materia presupuestaria, ya que, al no tener personalidad jurídica, el presupuesto lo recibe el INDH y lo administra el CPT. Uno de los expertos del Comité señala que “eso puede significar que si la directora o el director tiene una mirada distinta de la del Comité, te puede presionar por la vía de los recursos.”¹⁷⁹ En el mismo sentido, Francisco Maffioletti reconoce que en lo que se refiere al INDH “siempre va a estar abierta la posibilidad de opinar e incluso hasta

¹⁷⁴ *Informe 2022*, p. 413.

¹⁷⁵ Porcentaje de elaboración propia en base a la Ley de Presupuesto 2023, partida 50, capítulo 01, programa 03, glosas 16 y 25.

¹⁷⁶ La Ley de Presupuesto le asignó M\$923.842 el año 2021, M\$964.491 el año 2022 y M\$1.265.067 el año 2023.

¹⁷⁷ Entrevista a Sebastián Cabezas, 15 de junio de 2023.

¹⁷⁸ Comité para la Prevención de la Tortura, *Segundo Informe Anual 2021/2022: Prevención de la tortura y situación de las personas privadas de libertad en Chile*, 2022, p. 250.

¹⁷⁹ Entrevista a experto/a del Comité, junio de 2023.

cuestionar alguna medidas o decisiones que nosotros podamos tomar”.¹⁸⁰ Por ello, advierte que la autonomía presupuestaria estaría “en el papel, pero en la práctica uno empieza a ver que hay ciertas dificultades”, señalando que espera que en los próximos años el CPT pueda ir de forma individual a gestionar el presupuesto a la DIPRES.¹⁸¹

Para los expertos y expertas del Comité, uno de los momentos más complejos, en cuanto al financiamiento, se produjo cuando la Cámara de Diputados rechazó el presupuesto del INDH. El Presidente del Comité señaló al respecto: “nosotros somos una línea dentro del presupuesto del Instituto, por lo tanto, el rechazo de su presupuesto era también el rechazo de nuestro presupuesto”. Refiere que la principal preocupación fue “una cuestión más de fondo, que era cómo tan livianamente parte de los parlamentarios que propiciaban esta situación, incumplían obligaciones que internacionalmente asumió el Estado de Chile”.¹⁸² En efecto, la denegación de presupuesto al CPT podría haber constituido un incumplimiento del artículo 18 N.º 3 del OPCAT, ratificado por el Estado de Chile en 2008. Agrega que desde el Comité “esperamos que este año no vuelva a suceder, porque sería una alerta grave respecto de una cuestión esencial en un Estado democrático de Derecho, de tener órganos autónomos de derechos humanos que puedan ejecutar la actividad autónomamente.”¹⁸³

2.3.3. Pluralismo al interior del Comité

El OPCAT exige que la composición de los MNPT prevea todas las garantías necesarias de la independencia de su personal, en particular una representación pluralista de la sociedad civil. Los expertos y expertas concuerdan que el proceso de elección del Comité de Expertos, a través de Alta Dirección Pública, garantiza la autonomía del órgano por medio de la exigencia de suficiente conocimiento técnico y especialización. De todas formas, algunos de ellos advierten que el requisito de que los candidatos y candidatas sean aprobados por el Consejo del INDH impidió que algunas personas con amplia trayectoria en la materia fueran seleccionadas.

Respecto al pluralismo al interior del Comité de Expertos, uno de ellos señala que “hay claramente una mayoría de una determinada sensibilidad política. Pensar que las decisiones y acciones del Comité no tienen un componente político es iluso, ya que es un órgano político, pero desde

¹⁸⁰ Entrevista a Francisco Maffioletti, 24 de mayo de 2023.

¹⁸¹ *Ibíd.*

¹⁸² Entrevista a Sebastián Cabezas. Véase también *El Mercurio*, *Carta al Director por parte del Comité de Prevención contra la Tortura: Rechazo al presupuesto del INDH*, 19 de noviembre de 2022.

¹⁸³ Entrevista a Sebastián Cabezas, 15 de junio de 2023.

la Planificación Estratégica decidimos no estar en la contingencia”.¹⁸⁴ Al respecto, advierte que si bien no se han dado situaciones de censura, cuando hay un experto que es minoría puede quedar sujeto a presiones que podrían llegar a constituirla en el futuro. Por otra parte, Sebastián Cabezas reconoce que hay diversidad tanto de trayectorias profesionales de los expertos, como de visiones políticas e institucionales, pero señala que “esas visiones no han sido un obstáculo para que nos pongamos de acuerdo en cuestiones centrales”.¹⁸⁵ Sobre este punto, consideramos prioritario que, en atención a que el Comité sesiona una vez por semana y se levanta acta, estas sean publicadas e incorporen los votos de minoría, para que la ciudadanía tenga acceso a ellas.

2.3.4. Balance sobre la autonomía y seguimiento de recomendaciones

A tres años de la creación del CPT, es posible afirmar que está *ad portas* de culminar su proceso de instalación: cuenta con una sede institucional desde diciembre de 2022; ha aumentado la dotación de su personal;¹⁸⁶ y ha fortalecido sus líneas estratégicas y metodologías de trabajo a través de la Planificación Estratégica. Otros de los principales aspectos a destacar son la homologación del formato de informe de las visitas¹⁸⁷ y la creación de un plan de formación, tanto interna como externa.¹⁸⁸

En ese escenario, en concordancia con el *Informe* anterior, consideramos que el CPT se ajusta a los estándares exigidos tanto en los Principios de París como en el OPCAT, y mantiene autonomía presupuestaria y funcional. No obstante, presenta ciertas dificultades que se relacionan, principalmente, con la facultad de proponer modificaciones legales o reglamentarias en materia de tortura, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, así como en la aprobación de su Reglamento Interno y la modificación de los Estatutos del INDH. La solución a estas limitaciones, representa uno de los principales aspectos pendientes, que permitirán asegurar la autonomía funcional del CPT y culminar su proceso de instalación, por lo que reiteramos la importancia de dar celeridad a la aprobación de ambas normativas.

Otra de las posibles soluciones a las dificultades operativas derivadas de la dependencia administrativa, es otorgar personalidad jurídica al CPT. Al respecto, si bien el OPCAT no se refiere a ello, los estándares internacio-

¹⁸⁴ Entrevista a experto/a del Comité, junio de 2023.

¹⁸⁵ Entrevista a Sebastián Cabezas, 15 de junio de 2023.

¹⁸⁶ Está compuesto por 7 expertas/os, 1 secretario ejecutivo, 2 coordinadoras, 14 profesionales de apoyo, 1 secretaria y 1 conductor.

¹⁸⁷ Comité para la Prevención de la Tortura. *Segundo Informe Anual 2021/2022: Prevención de la tortura y situación de las personas privadas de libertad en Chile*, 2022, p. 243.

¹⁸⁸ *Ibíd.* p. 248.

nales recomiendan que las INDHs gocen de plena autonomía jurídica,¹⁸⁹ es decir, dotar a la institución de “personalidad jurídica propia para que pueda formular decisiones y actuar de manera independiente”.¹⁹⁰ Resulta evidente que el Instituto cumple con dicho estándar, pero al encontrarse el MNPT radicado en el INDH, a través de una figura *sui generis*, es posible advertir que, en los tres años de funcionamiento del Comité, hay ciertas limitaciones operativas que podrían subsanarse a través de una mayor autonomía jurídica.

Por último, si bien el aumento en el presupuesto destinado al CPT les ha permitido aumentar la dotación de sus funcionarios, este aún resulta insuficiente en atención al desafío institucional de alcanzar la presencia en macrozonas, por lo que es fundamental que el financiamiento continúe en aumento.

3. CONCLUSIONES

Ad portas del aniversario de los 30 años de los Principios de París, es posible advertir que en Chile se ha ido instalando progresivamente una institucionalidad de derechos humanos robusta y dotada de altos niveles de autonomía. La construcción de dicha institucionalidad ha tenido como modelo de referencia los Principios de París, los que han influido considerablemente tanto en el diseño institucional de los órganos que la componen, como en las prácticas institucionales de los mismos. Sin embargo —como se ha intentado mostrar en este capítulo del *Informe*, y en sus versiones anteriores— hay espacio para la mejora, especialmente a la luz de ciertos problemas de la actual configuración institucional, que se han hecho más evidentes con el tiempo. En este sentido, se ha mostrado que en las actuales condiciones políticas, los mecanismos de designación del Consejo del INDH y de la Defensora o Defensor de la Niñez se revelan como problemáticos en la medida en que generan situaciones de vacancia de cargos, así como también de nombramientos que no responden necesariamente a la trayectoria de las candidatas y candidatos, sino a consideraciones esencialmente políticas, y que, en la peor de sus versiones, son ofrecidos como “moneda de cambio”. Por otra parte, dimos cuenta de que la discusión política en torno a la Ley de Presupuesto refleja una creciente y potencial amenaza a la capacidad operativa de los órganos autónomos de derechos humanos,

¹⁸⁹ ONU. *National Human Rights Institutions: A Handbook on the Establishment and Strengthening of National Institutions for the Promotion and Protection of Human Rights*, 1995, párr. 70.

¹⁹⁰ ONU, *Instituciones nacionales de derechos humanos: Antecedentes, principios, funciones y responsabilidades*, Serie Capacitación Profesional N° 4 Revista 1, 2010.

al goce de los recursos necesarios para el cumplimiento de su mandato, y a la extensión de sus atribuciones. Esta situación muestra la necesidad de reforzar la autonomía de los órganos de derechos humanos en tanto piezas clave para el funcionamiento del sistema democrático, pero también el imperativo de difundir el trabajo que dichos órganos están realizando, con el fin de acrecentar su legitimidad social y política.

Lo expuesto a lo largo de este capítulo hace aconsejable revisar algunos engranajes institucionales que la práctica ha mostrado desgastados. Ello implica reconsiderar, entre otras cosas, el modo en que los órganos autónomos se vinculan y coordinan entre sí, el nivel formal de autonomía legal de que gozan –y su eventual reconocimiento constitucional–, los mecanismos de designación de las personas que los integran, la estructura territorial necesaria para ejercer su mandato, sus canales de comunicación y difusión, y los mecanismos de articulación con la sociedad civil.

Adicionalmente, hay que considerar la existencia de iniciativas todavía prematuras que impulsan la creación de defensorías temáticas.¹⁹¹ La eventual creación de otros órganos autónomos de derechos humanos hace necesario pensar en las consecuencias que tendría fragmentar la institucionalidad de derechos humanos, y en los posibles modos de coordinación entre esas instituciones. Incluso, podría representar una ocasión para abrir el debate respecto de la conveniencia de mantener un sistema donde convivan múltiples instituciones, o bien de concentrar a todas las defensorías especializadas en un único órgano de derechos humanos que albergue departamentos o relatorías temáticas en su interior. Por último, es importante destacar la necesidad de avanzar en el desarrollo de investigaciones empíricas e interdisciplinarias para una mejor comprensión de los fenómenos que aquí han sido abordados de manera general, desde una perspectiva jurídico-institucional.

RECOMENDACIONES

1. Revisar los mecanismos de designación de autoridades de la DDN y del INDH, para evitar situaciones de vacancia prolongada. Dichos procedimientos deben tener un carácter objetivo, público, transparente, en base al mérito y con participación incidente de la sociedad civil.

¹⁹¹ Véase las resoluciones N° 848 y 851 de la Cámara de Diputados, a través de las cuales solicitaron al Presidente de la República el envío de un proyecto de ley que cree la Defensoría de Personas Mayores.

2. Robustecer la autonomía financiera y el presupuesto anual de los órganos de derechos humanos, asegurando, en especial, la consolidación de los planes estratégicos de expansión territorial de la DDN y del CPT.
3. Fortalecer la publicidad y transparencia de los actos, resoluciones, procedimientos y documentos de los órganos autónomos de derechos humanos y velar por su continua actualización en los portales de transparencia activa.