

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-O-FICIAL_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 ELEM, 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 confluir 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 creciera 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