

# INFORME ANUAL SOBRE DERECHOS HUMANOS EN CHILE 2021



EDICIONES  
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES



CENTRO DE DERECHOS  
HUMANOS **udp**

FACULTAD DE DERECHO

**INFORME  
ANUAL  
SOBRE  
DERECHOS  
HUMANOS  
EN CHILE  
2021**

Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales;  
Francisca Vargas R. (Editora General) /Informe anual sobre Derechos Humanos en  
Chile 2021.

Santiago de Chile: la universidad: Centro de Derechos Humanos, Facultad de Dere-  
cho de la universidad, 2021, 1ª edición, p. 498, 15x23 cm.

Dewey: 341.4810983

Cutter: In38

Colección Derecho

Incluye referencias bibliográficas, notas y biografías de los autores.

Materias:

Estallido social

Justicia transicional

Respuesta del sistema de persecución penal

Uso de la prisión preventiva

Acceso a la justicia civil

Derecho a la educación

Derechos laborales

Derechos de las personas migrantes y refugiadas

Conflicto del Estado con el pueblo mapuche

Derechos de las mujeres

Derecho de los niños, niñas y adolescentes

Proceso constituyente

## INFORME ANUAL SOBRE DERECHOS HUMANOS EN CHILE 2021

© VV. AA.

© Ediciones Universidad Diego Portales, 2021

Primera edición: diciembre de 2021

Inscripción en trámite en el Departamento de Derechos Intelectuales

ISBN 978-956-314-507-6

Universidad Diego Portales

Facultad de Derecho

Av. República 105

Teléfono (56-22) 676 2601

Santiago de Chile

[www.derecho.udp.cl](http://www.derecho.udp.cl)

Editora general: Francisca Vargas Rivas.

Edición: Décimo novena.

Diseño: Mg Estudio

Impreso en Chile por Salesianos Impresores S.A.



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

Las opiniones, análisis en los artículos corresponden a las y los autores.

**INFORME  
ANUAL  
SOBRE  
DERECHOS  
HUMANOS  
EN CHILE  
2021**

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



EDICIONES  
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES



## ÍNDICE

### *Introducción*

A dos años del estallido: crisis social, justicia lenta que no llega y el camino constituyente como espacio de reconstrucción democrática	9
“Conversar con el pasado, transformar este presente”: Justicia transicional como justicia constituyente	29
Respuesta del sistema de persecución penal a los casos de violaciones de derechos humanos del estallido social	103
El uso de la prisión preventiva en el marco del estallido social	139
Acceso a la justicia civil y la pandemia de COVID-19	177
El derecho a la educación de niños, niñas y adolescentes durante la pandemia	229
El impacto de la crisis sanitaria en el mundo del trabajo en Chile	263
Derechos de las personas migrantes y refugiadas: la desprotección colectiva	305
Reflexiones sobre el conflicto del Estado con el pueblo mapuche y las violencias múltiples en el Wallmapu	347
Derechos humanos de las mujeres en el contexto de la pandemia: aumento de la violencia y postergación de la salud sexual y reproductiva	383
Pandemia y pobreza: Niños, niñas y adolescentes en el peor de los mundos	419
El proceso constituyente a la luz de los derechos humanos	457
Bibliografía autores y autoras Informe 2021 y agradecimientos	491



## **A DOS AÑOS DEL ESTALLIDO: CRISIS SOCIAL, JUSTICIA LENTA QUE NO LLEGA Y EL CAMINO CONSTITUYENTE COMO ESPACIO DE RECONSTRUCCIÓN DEMOCRÁTICA**

Este *Informe* da cuenta del estado de la situación de los derechos humanos en Chile en diversas áreas, sin poder cubrir, como sería nuestro deseo, todos los temas de interés en materia de derechos humanos.

Al cierre de este *Informe* Anual, esto es, en octubre de 2021, vemos con preocupación el estado de situación en que se encuentra Chile en lo referido a la protección de los derechos humanos. En particular, destaca el pobre avance en la investigación, juzgamiento y reparación a distintas violaciones a los derechos humanos, especialmente, las ocurridas desde el estallido social de octubre de 2019. Sin perjuicio de ello, por otro lado, vemos con esperanza las posibilidades que surgen para el futuro de la democracia y la vigencia de los derechos humanos, producto del desarrollo que ha tenido el proceso constituyente.

Así, en el presente *Informe*, hemos puesto mayor atención a las cuestiones relacionadas con el acceso a la justicia, dado que se cumplen dos años del estallido social. Asimismo, nos hemos abocado a revisar la especial situación por la que atraviesa la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas y de las personas migrantes, solicitantes de asilo y refugiadas, producto del acontecer en la materia y el discurso de la “guerra y la invasión”. En el *Informe* también se analiza la situación de crisis que ha generado la pandemia de la Covid-19 y cómo ha afectado los derechos humanos de la población y, en particular, de ciertos grupos más vulnerables, tales como niños, niñas y adolescentes, mujeres, trabajadores y trabajadoras, entre otros. También se revisa en el *Informe*, a partir de una reconstrucción de los estándares internacionales de derechos humanos, el proceso constituyente y su configuración. A continuación, entregamos algunas reflexiones sobre el contenido de los capítulos que conforman el presente *Informe*.

### **1. LOS DERECHOS HUMANOS EN CONTEXTO DE CRISIS SANITARIA OCACIONADA POR LA PANDEMIA DE LA COVID-19**

Debido a la pandemia de la Covid-19, la situación de pobreza y vulnerabilidad de la población mundial se ha acrecentado, viéndose afectados



de forma más considerable los grupos de la población que, generalmente, han estado en una condición de mayor fragilidad, tales como niños, niñas, adolescentes; mujeres, trabajadores y trabajadoras, entre otros. Así, en el *Informe* del presente año, en los capítulos respectivos, se analiza la situación de estos grupos de personas en lo relativo a sus derechos humanos y se explica cómo la pandemia de la Covid-19 les ha impactado en forma severa.

La encuesta CASEN muestra un aumento de la población viviendo en situación de pobreza, que pasó de 8,6% en 2017 a 10,8% en 2020. El tramo que se incrementa es el de pobreza extrema –de 2,3% a 4,3%–, afectando a más de ochocientos mil personas,<sup>1</sup> y de manera importante los hogares monoparentales que suelen estar encabezados por mujeres y cuyas rentas son más bajas. Para este grupo, el incremento fue de 11,8 a 15,2% entre 2017 y 2020.

La pobreza también aumentó más en las familias no necesariamente monoparentales con jefas de hogar mujeres y en la población de origen extranjero”.<sup>2</sup>

Además de la pobreza, la pandemia ha traído una mayor carga laboral para las mujeres, ya sea por las tareas de cuidado, como por el trabajo realizado en forma telemática. A su vez, la crisis sanitaria sobrepuso a las víctimas a más violencia de género producto del confinamiento y, si bien hubo mayor cantidad de llamadas a los teléfonos de emergencia, ello no se tradujo en más denuncias en tribunales. Esto último es llamativo y, nos parece, demostrativo del problema en el acceso a la justicia con que se encuentran las víctimas, principalmente, mujeres y niños, niñas y adolescentes.

Al respecto, y en relación a las mujeres, el acceso a la justicia está mediado por sus condiciones económicas, la brecha digital y la situación de ruralidad, entre otros factores. Si bien el gobierno desplegó numerosas iniciativas como, por ejemplo, el acceso a nuevos puntos de denuncia con amplias campañas publicitarias, lo cierto es que la auditoría de la Contraloría General de la República dio cuenta de que no todos estos mecanismos funcionaron como corresponde, dejando en evidencia algunos de los problemas de las condiciones en que se tercerizan los programas de apoyo para mujeres que viven la violencia. Asimismo, la protección de la salud sexual y reproductiva de las mujeres se vio menoscabada por la falta de respuesta oportuna, la ausencia de un plan maestro para la atención primaria de salud y la excesiva dilación con que se dictaron algunas orientaciones del Ministerio de Salud para

1 Ministerio de Desarrollo Social y Familia, *CASEN 2020 en pandemia, Resumen de resultados: Pobreza por Ingresos y Distribución de Ingresos*, Observatorio Social, julio de 2021.

2 Ciper.cl: “Casen 2020: pandemia provoca casi dos décadas de retroceso en la lucha contra la desigualdad”, 7 de julio de 2021.

dar continuidad a la atención en salud sexual y reproductiva, las que fueron recién establecidas a mediados de 2020. En este sentido, un claro ejemplo de lo anterior es la forma en que se entregaban medicamentos, especialmente anticonceptivos, para lo cual no se implementó una política ministerial, sino que las acciones dependían de las iniciativas comunales. Uno de los hechos que resalta en este período fue la falta de diligencia para informar a las usuarias del sistema público de salud de la existencia de algunos anticonceptivos defectuosos, lo que tuvo como consecuencia embarazos no deseados con, al menos, 119 mujeres demandando al Estado por falta de servicio. A ello se suma un problema de arrastre sobre la implementación de la ley de aborto en tres causales, con un gobierno que no ha puesto ningún énfasis en asegurar el acceso, con escasa capacitación a los profesionales del área y muy pocas mujeres accediendo al aborto legal, en especial, niñas y adolescentes por la tercera causal. Todo ello deja a la vista la existencia de barreras formales e informales en el cumplimiento de los deberes del Estado para asegurar los derechos de mujeres y niñas conforme al derecho internacional de los derechos humanos.

Al respecto, el capítulo del *Informe* relativo a los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNA) se enfoca en la pobreza como vulneración de sus derechos humanos, la que se amplifica producto de la crisis sanitaria mundial, teniendo un impacto mayor en los NNA más vulnerables del país. El capítulo en referencia utiliza una perspectiva interseccional para el análisis de los datos sobre pobreza de los NNA, ya que la vulnerabilidad de ese grupo está directamente entrelazada con factores vinculados al género, a la pertenencia a un pueblo indígena, al lugar de residencia, a la condición de migrante, entre otras variables.

En este mismo capítulo se da cuenta de los índices de pobreza de los NNA. Según la encuesta Casen 2017, un 22,9% experimenta pobreza multidimensional, lo que implica que los NNA sufren variadas carencias: en salud –por ejemplo, desnutrición–; en vivienda y entorno –por ejemplo, no tener acceso al agua potable o electricidad–; así como el hecho de que los padres tengan un trabajo precario, o carezcan de seguridad social; no tener acceso a redes comunitarias y experimentar la falta de cohesión social. Por su parte, la última encuesta Casen, publicada en junio de 2021, nos informa de la pobreza por ingresos y, al respecto, determinó que un 15,6% (703.045) de NNA se encontraría en la línea de la pobreza. Asimismo, la encuesta señala que 583.410 NNA viven en condiciones de hacinamiento y que en los hogares indígenas el 17,8% de los NNA se encuentra en la pobreza y un 80% en condiciones de vulnerabilidad económica. Estas cifras son mayores en el caso de los hogares de migrantes, en los cuales el 20,9% de los NNA se encuentra en la pobreza por ingresos y el 75,8% en vulnerabilidad económica.

En ese sentido, el capítulo pone el acento en que, debido a la pandemia, según múltiples organismos internacionales (CEPAL, UNICEF y Save the Children) la pobreza de los NNA podría aumentar en la región en hasta un 22%. En el caso de Chile, de acuerdo a la CEPAL, la pobreza podría subir de un 8,6% a un 13,7%, lo que por cierto impactará fuertemente a los NNA. Sin embargo, según se puede constatar en ese capítulo, se carece de estadísticas oficiales por parte de la institucionalidad de niñez que nos permitan saber con exactitud cómo la pandemia está afectando a los NNA y sus derechos humanos. Asimismo, resulta muy alarmante la ausencia de datos vinculados con la situación de pobreza de los NNA que se encuentran en cuidado alternativo (residencia o familias de acogida).

Otro aspecto que consideramos importante adelantar (y que se consigna tanto en el capítulo del *Informe* referido a la relación entre pandemia y pobreza en niños, niñas y adolescentes, como en el capítulo relativo al derecho a la educación de los NNA durante la crisis sanitaria) es la situación de los NNA que, debido a la pandemia, no han podido asistir presencialmente a sus clases y aquellos que han carecido de los medios tecnológicos suficientes para que su aprendizaje telemático sea adecuado. Además, en los capítulos señalados no solo se da cuenta del retroceso que esto ha significado para el derecho a la educación de los NNA, sino también del impacto significativo en la salud mental y física de ellos y ellas. La falta de acceso a la educación presencial y de medios tecnológicos para participar de la educación online, también, ha acrecentado la brecha socioeconómica de los NNA para acceder al derecho a la educación. A diferencia de lo sucedido en la educación pública, los establecimientos privados han podido retornar más fácilmente a la presencialidad y, durante el tiempo en que tuvieron clases online, contaron con las condiciones para adaptarse más rápidamente al entorno digital.

Así, en el *Informe*, en el capítulo sobre derecho a la educación, se da cuenta de que durante 2020 las y los estudiantes no alcanzaron el 60% de los aprendizajes necesarios, según el Diagnóstico Integral de Aprendizaje realizado por la Agencia de Calidad en Educación, en siete mil establecimientos educacionales del país. Si bien en el capítulo se reconocen las políticas y medidas que han tomado las autoridades educacionales para enfrentar la crisis educacional en el marco de la pandemia, se constata que su impacto ha sido parcial y que se requieren políticas públicas que aborden los problemas de forma universal.

Por otra parte, el *Informe* también aborda la situación de los trabajadores y las trabajadoras producto de la pandemia y de qué manera ha impactado en sus derechos laborales. Así, en el capítulo, en términos generales, se señala que ha existido un deterioro progresivo de las condiciones laborales de las y los trabajadoras/es. En este detrimento ha sido crucial el rol de la Ley 21.220 sobre trabajo a distancia y teletrabajo y la Ley

21.227, denominada Ley de Protección del Empleo. Esta última es analizada desde una perspectiva crítica en el capítulo respectivo del *Informe*, principalmente, porque flexibilizó los requisitos para acceder al seguro de cesantía, permitiendo a las trabajadoras y los trabajadores recurrir a los fondos que tenían acumulados en sus seguros y con ello financiar, parcialmente, las remuneraciones que dejaron de percibir a consecuencia de la suspensión de sus contratos laborales o reducción de sus jornadas. Así, en el capítulo se pone de relieve que a través de la Ley 21.227 los costos de la crisis sanitaria se pagaron, en parte, con los dineros ahorrados por los propios trabajadores y trabajadoras en los fondos de cesantía.

Finalmente, este capítulo en comento enfatiza en la situación de hecho que enfrentar las personas al tener que asumir el trabajo a distancia y se analizan sus impactos en el empeoramiento de su salud física y mental. Se evidenció, además, que el teletrabajo ha tenido un efecto negativo en una gran cantidad de mujeres que, de manera simultánea, deben realizar trabajos remunerados y, a la vez, cargar con la totalidad, o la mayor parte, del trabajo doméstico y del cuidado de los hijos e hijas y personas dependientes. Al respecto, se comenta en un estudio realizado por el Centro de la Universidad Católica de Encuestas y Estudios Longitudinales, en conjunto con ONU Mujeres y el Ministerio de la Mujer y Equidad de Género, en 2020, que un 38% de los hombres reconoce destinar cero horas semanales a tareas domésticas y un 57% dedica cero horas a tareas relacionadas con el cuidado de niños o niñas menores de 14 años.

## 2. EL LARGO Y LENTO CAMINO DE LA JUSTICIA

El *Informe 2020* puso el acento en los esfuerzos institucionales de investigar las denuncias de violaciones a los derechos humanos, en el marco del estallido social de octubre de 2019. Sin embargo, junto con los problemas estructurales que tiene el sistema judicial chileno, su funcionamiento se vio afectado por la pandemia de la Covid-19, lo que podemos observar con claridad no solo en el acceso a la justicia en el ámbito penal, sino también en el civil, como se ha demostrado en el capítulo sobre el acceso a la justicia en pandemia. Así, podemos referirnos a situaciones ampliamente conocidas que impactaron en los tribunales, como el pago de las pensiones alimenticias, un asunto crítico antes de la pandemia, que luego se vio agravado producto de la pérdida de empleos y volvió al tapete con los retiros de fondos de pensiones, que permitieron a casi medio millón de mujeres demandar la retención de estos dineros para poder pagarse de las pensiones adeudadas por los *padres* de sus hijos.<sup>3</sup>

3 Ver capítulo de este Informe: "Acceso a la Justicia Civil y la pandemia de Covid-19".

Con todo, las instituciones pertenecientes al Ministerio Público y sus funcionarios debieron adaptarse al escenario de teletrabajo, e igualmente tuvo que hacerlo la justicia penal. Sin embargo, un área crítica –que ya fue abordada en nuestro *Informe 2020*– fue la investigación a las violaciones de los derechos humanos ocurridas a partir del estallido social de octubre de 2019. En este sentido, en el *Informe* del año pasado consideramos relevante entender el contexto y las limitaciones del funcionamiento del Poder Judicial para operar bajo pandemia; sin embargo, a dos años del estallido social, los resultados en materia de juicio y castigo a los responsables de esas violaciones son muy desalentadores, de acuerdo a lo analizado en el presente *Informe*.

Los datos muestran una realidad preocupante, ya que la justicia no solo ha tardado, sino que, en muchos casos, no ha llegado para los cientos de personas que sufrieron mutilaciones por parte de agentes del Estado o vieron vulnerados sus derechos fundamentales en el marco de la protesta social. Por una parte, la cantidad de causas que debe investigar el Ministerio Público a este respecto es apenas una fracción de su carga de trabajo, algo más de 8500 casos, y la mayoría de ellas fueron archivadas sin que siquiera se realizaran ciertas diligencias para conducir, al menos, a la identificación de los agentes del Estado involucrados. En este sentido, según nos relataron abogados del Instituto Nacional de Derechos Humanos (en adelante, también, INDH) algunas diligencias fueron solicitadas por los propios querellantes y no por las Fiscalías a fin de poder identificar a los agentes que habrían perpetrado estas violaciones. Hay que recordar que en los casos de derechos humanos, el rol del querellante particular no solo pone de relieve los intereses de las víctimas, sino que empuja la investigación o puede forzar acusaciones.<sup>4</sup> En el propósito de contactar a las personas querellantes en las causas del estallido social, el INDH juega un rol fundamental.

Por otro lado, el trabajo del Ministerio Público priorizó la investigación por infracciones a las normas sanitarias del artículo 318 del Código Penal y el uso de la prisión preventiva, en estos casos, fue criticado por el Comité de la Prevención contra la Tortura.<sup>5</sup> Así, dada la relevancia de las violaciones a los derechos humanos en el marco del estallido social, no se entiende que no se hubiese priorizado el trabajo en esta área, y que solo desde mediados de 2021, transcurrido un año 8 meses desde el origen de la crisis, se tomen medidas y se establezcan orientaciones sobre la investigación penal de estos hechos. Más allá de las formas propias de organización que han tenido algunas Fiscalías

4 Verónica Michel, "Prosecutorial Accountability and Victim's Rights in Latin America", *Cambridge University Press*, Cambridge, 2018, pp.101-134.

5 Comité para la Prevención de la Tortura, *Prevención de la tortura y situación de las personas privadas de libertad*, Primer Informe Anual 2020, Santiago, p. 62.

Regionales para agilizar este tipo de causas, lo que se observa es una lentitud e inoperancia del trabajo del Ministerio Público por falta de liderazgo en este terreno. Esto implica que no se ha logrado dimensionar adecuadamente la obligación que pesa sobre la institución, en lo que se refiere al deber de debida diligencia en la investigación de violaciones graves a los derechos humanos, en el marco de los hechos ocurridos desde octubre de 2019. Es posible que la evidencia ya no exista, que no sea viable identificar a todas las víctimas, que estas vean con suspcia el trabajo del Ministerio Público y que algunas de ellas no deseen seguir adelante. Sin embargo, también es plausible que aquello sea el resultado de la sospecha, por parte de quienes sufrieron las vulneraciones, frente a la débil respuesta y la falta de una actuación oportuna del Ministerio Público. Este panorama le resta credibilidad a la institución frente a la opinión pública y, lo más grave, debilita el Estado de derecho y aumenta el sentimiento de impunidad en las personas, haciendo crecer la tentación de buscar la justicia por *manu propria*.

En un Estado de Derecho, la protección a los derechos humanos se debe entender no solo como el desempeño formal de las instituciones del Ministerio Público, sino que como el cumplimiento concreto de las obligaciones que les impone el derecho internacional de los derechos humanos en la protección y garantía de los derechos de todas las personas.

La desconfianza en las instituciones también mella no sólo su legitimidad sino el rol que deben cumplir. En ese sentido, tal como plantearon algunos entrevistados del Instituto Nacional de Derechos Humanos en el marco de este *Informe*, algunas víctimas reclamaron al INDH haber sido cuestionadas por funcionarios de la Brigada de Derechos Humanos de la Policía de Investigaciones, por seguir adelante con sus querellas, pues las investigaciones, a juicio de los policías, no arrojarían resultados.

De igual forma, y quizás por primera vez, también aparece un cuestionamiento a la imagen que proyecta en ciertos sectores la Defensoría Penal Pública, en su calidad de institución independiente de las presiones políticas, como queda resaltado en el capítulo sobre prisión preventiva.

Así, se está instalando una sensación de injusticia, impunidad y descrédito institucional que no ayuda al fortalecimiento de la democracia ni a la defensa de los derechos humanos, todas cuestiones que deberán ser analizadas en el futuro.

### **3. LAS VIOLENCIAS: ENTRE LA GUERRA Y LA “INVASIÓN”**

En el presente *Informe* podemos apreciar una continuidad en relación a lo que denominamos “las violencias” en el *Informe 2020*. El capítulo sobre los derechos de los pueblos indígenas da cuenta de una importante espiral de violencia que incluye la pérdida de vidas de civiles y de agentes del Estado, e incendios a iglesias (católicas y evangélicas),

a viviendas, a instalaciones públicas y a propiedades privadas, especialmente de aquellas asociadas a las empresas forestales. Pese a las innumerables recomendaciones dadas por organismos internacionales en cuanto a evitar la militarización de la zona, el conflicto entre el Estado y comunidades mapuche se continúa enfrentando desde una lógica de guerra, siendo respondida, en algunos casos, en los mismos términos.

El 12 de octubre del presente año, el gobierno declaró un estado de excepción constitucional de emergencia para la zona de Arauco y la Araucanía, en que se desplegarán las fuerzas armadas por, al menos, 15 días.<sup>6</sup> Con ello el Ejecutivo busca reducir las críticas de organizaciones de transportistas movilizadas por la falta de seguridad que ellos denunciaban en la zona, sin embargo es muy improbable que esa medida pueda detener o solucionar un conflicto de larga data con raíces históricas y, muy por el contrario, agudizarlo.

La falta de diálogo del Ejecutivo con las autoridades regionales es preocupante, ya que los gobernadores de la zona –uno de ellos de su propia coalición– no fueron consultados, ni siquiera informados sobre el estado de excepción que adoptaría el gobierno.<sup>7</sup> La medida también ha tenido respuestas desde las comunidades mapuche. Al cierre de este *Informe*, Héctor Llaitul, el representante de la Coordinadora Arauco Malleco (CAM), una de las organizaciones mapuche que reivindica la recuperación de sus territorios a través de vías no institucionales, que pueden incluir la respuesta violenta, descartó que estuvieran involucrados en el narcotráfico y puntualizó que la violencia que ejercen es política, se basa en el sabotaje, “la resistencia y autodefensa”, y que entre los objetivos de sus ataques no están los agricultores ni “la sociedad chilena en general”. Asimismo, precisa, durante la entrevista con un medio nacional, que “la guerra no le conviene a nadie”, por lo cual deja abierta la opción del diálogo en busca “de una solución política”.<sup>8</sup>

Esta apertura al diálogo no puede ser desaprovechada si se desea propiciar una solución al conflicto y debe tener como premisa fundante el reconocimiento constitucional de los pueblos originarios, y ojalá la mayor participación posible de las comunidades en el proceso constitucional en curso. Al respecto, al cierre del *Informe* se encontraba en proceso la solicitud que hicieran los rectores de siete universidades regionales al Centro Nansen para la Paz y el Diálogo, con sede en Noruega, con el objeto de iniciar un diálogo que busque una salida al conflicto con el pueblo mapuche. Como se señala en el capítulo de los

6 Véase: Decreto Supremo N° 270, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, del 12 de octubre de 2021.

7 El Mostrador.cl: “Gobernadores del Biobío y La Araucanía acusan al Gobierno de decretar a sus espaldas el Estado de Excepción”, 13 de octubre de 2021.

8 Biobiochile.cl: “Llaitul admite que existen grupos paramilitares: ‘Es una realidad que está presente en el conflicto’”, 14 de octubre.

derechos de los pueblos indígenas, la iniciativa de diálogo impulsada por el mencionado Centro Nansen, podría constituir la base de las garantías que la CAM demanda para sumarse a una propuesta en esa dirección, entre las cuales plantea que participarían si están presentes “organismos internacionales que tengan una trayectoria en velar por los Derechos Humanos y por la lucha de los pueblos originarios, ya sea ligados a la ONU u organismos dependientes de Estados que tengan ciertos compromisos con esos valores y principios establecidos en la declaración universal de DDHH inclusive.”<sup>9</sup>

En esta búsqueda del diálogo como camino para la reconstrucción de la confianza y mejorar la relación con los pueblos indígenas en general, y en especial con el pueblo mapuche, esperamos que el proceso constituyente en curso, donde participan 17 personas que representan a los diversos pueblos originarios de nuestro territorio (siete de ellos pertenecientes al pueblo mapuche), sea un espacio que contribuya a la construcción de un camino de diálogo y resignificación de la relación de los pueblos indígenas con el Estado. Además, en ese sentido, consideramos que la consulta indígena, recientemente aprobada por la Convención y que se realizará en el marco del proceso constituyente, ayudará tanto a que el resultado de la Convención alcance una mayor legitimidad entre los pueblos indígenas, como a la construcción de una relación basada en el diálogo en pie de igualdad entre los pueblos originarios y el Estado.

Por su parte, al discurso de la guerra, con conceptos bélicos, principalmente usado por las autoridades gubernamentales, se sumó una narrativa de “invasión” a propósito del ingreso masivo de población migrante, en especial venezolana, producto del desplazamiento que ha sufrido a causa de la crisis política, social y económica que azota a Venezuela. En ese sentido, en el presente *Informe* se pone particular énfasis en analizar estos discursos y prácticas del Estado de Chile y la actual administración, desde la óptica del derecho internacional de los derechos humanos. Analizamos con preocupación la creación de estereotipos y discursos discriminatorios tanto hacia el pueblo mapuche, como a las personas migrantes. Ello no solo redundaría en mayor violencia simbólica, sino en xenofobia que alienta acciones violentas en contra de comunidades, especialmente a migrantes que se encuentran sin techo ni recursos en el norte del país.

Uno de los aspectos que se releva en el *Informe* es el hecho de que la pandemia de la Covid-19 ha aumentado considerablemente las vulnerabilidades de las personas migrantes, en particular, por la débil y desestructurada respuesta que ha dado el gobierno de Chile en las ciudades y pueblos ubicados en la frontera norte del país. La situación de los albergues para personas migrantes en estas ciudades es muy precaria,

9 Ibid.



más aún considerando los grados de hacinamiento y falta de medidas sanitarias mínimas conforme a los protocolos del Ministerio de Salud en relación con la pandemia.

Además, la débil respuesta institucional y el creciente discurso discriminatorio y criminalizador hacia la población migrante, no solo ha generado que se ponga en riesgo su salud por la pandemia, sino que también ha propiciado ataques por parte de la población en contra de migrantes que se encuentran en situación de calle en las ciudades del norte, como las violentas agresiones que se produjeron en Iquique el pasado 26 de septiembre. Aquella situación causó indignación internacional y llamados de organizaciones de derechos humanos y del relator de Naciones Unidas para la Migración y los Refugiados.<sup>10</sup>

En esa línea, en términos institucionales, la respuesta de las entidades públicas involucradas se ha caracterizado por su descoordinación. Esa relación descoordinada entre el gobierno y las municipalidades, quedó en evidencia cuando el Alcalde de Colchane señaló que ninguna autoridad gubernamental le había preguntado o consultado para la instalación de los albergues de personas migrantes en dicha comuna.<sup>11</sup> Más aún, señala que emplazar cualquier albergue en ese territorio implica una consulta previa a la comunidad, pues todas las tierras son indígenas, lo cual agrega un potencial nuevo conflicto, pues a juicio del alcalde dicha consulta previa está establecida en el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales aprobado por Chile.

Así, el *Informe* pone el acento en la relación que se puede establecer entre el endurecimiento, por parte del gobierno, de los requisitos migratorios para el ingreso al país –a través del establecimiento de visados consulares obligatorios para personas provenientes de países con altos flujos migratorios, como Venezuela y Haití– y el aumento significativo de los ingresos irregulares a Chile –por pasos fronterizos peligrosos– que ponen en riesgo la salud y la vida de las personas migrantes.

Otro aspecto de la política migratoria del gobierno, que se releva en el *Informe*, tiene relación con los procedimientos de expulsiones arbitrarias, ilegales y colectivas de personas migrantes, medidas que no solo están reñidas con el derecho internacional de los derechos humanos, sino que han sido declaradas ilegales y arbitrarias por los tribunales superiores de justicia del país. Así, las respectivas Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema han revocado un importante número de expulsiones de personas migrantes por considerarlas arbitrarias e ilegales, principalmente, por no respetar el derecho al debido proceso.

10 24horas.cl: "Indignación mundial": Ataque a migrantes en Chile causa impacto internacional", 27 de septiembre de 2021.

11 Al respecto, véase, El Mostrador.cl: "Alcalde de Colchane sobre iniciativa del Gobierno de levantar albergues para inmigrantes en la comuna: 'Nos sorprende ya que no estábamos informados'", 29 de septiembre de 2021.

En esta misma dirección, la nueva Ley de Migración y Extranjería ha sido un avance en el reconocimiento formal de algunos derechos humanos de las personas migrantes y en determinar ciertas medidas prácticas que permiten el ejercicio de derechos, como la posibilidad de que los migrantes obtengan un Rol Único Nacional (RUN). Sin embargo, en el capítulo del *Informe* que aborda el tema, se da cuenta de que la gran mayoría de las normas relativas a los derechos fundamentales de las personas migrantes posee un número importante de excepciones amplias, o que están supeditadas a su especificación a nivel reglamentario, generando, entre otros problemas, una infracción al principio de reserva legal en materia de derechos fundamentales.

#### **4. EL USO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL MARCO DEL ESTALLIDO SOCIAL**

En el capítulo del *Informe* que analiza el uso de la prisión preventiva en el marco del estallido social, se señala que lo primero que se debe tener en consideración es que la prisión preventiva, como medida cautelar en las investigaciones penales, es excepcional y su uso debe ser estricto, ya que afecta de forma directa el principio de inocencia que es uno de los pilares centrales que sustenta a un Estado democrático y de derecho.

Además, la utilización de la prisión preventiva en contextos de protesta social, por parte de los persecutores penales, es doblemente problemática, ya que no solo afecta en términos individuales el principio de inocencia de las personas privadas de libertad sin que se haya dictado una condena, sino que, además, desde una perspectiva general, su amplio uso genera un efecto de criminalización del ejercicio del derecho a la protesta social. Así, en el capítulo de este *Informe* que analiza la respuesta del sistema de persecución penal en el marco del estallido social, hemos podido evidenciar un conjunto significativo de vulneraciones a los derechos humanos de las personas que se encuentran privadas de libertad, en ese contexto de crisis política y social, por la utilización desproporcionada de la prisión preventiva como medida cautelar, la cual se funda en criterios normativos que rigidizan la labor de los jueces y juezas.

Un factor preocupante que impide dimensionar el real impacto que ha tenido el uso de la prisión preventiva en el marco del estallido social, tiene que ver con la falta de datos unificados y precisos que puedan dar cuenta del real número de personas que se encuentran imputadas y privadas de libertad. Esta ausencia de información, cuyas causas son analizadas en el presente *Informe*, no permite conocer a cabalidad el impacto que ha tenido el uso de la prisión preventiva, ni evaluar otros factores que pueden intervenir en la mantención de la privación de libertad, como, por ejemplo, la calidad de la defensa. Sin contar con los

datos precisos al respecto, tampoco es posible analizar las decisiones legislativas y de política pública que se han propuesto sobre esta materia, entre ellas, el proyecto de ley de indultos.

A pesar de la falta de información citada en el *Informe*, sí se ha podido constatar que el tipo de persecución penal realizada por el Ministerio Público y los órganos de gobierno (Ministerio del Interior e Intendencias) ha sido, en algunos casos, desproporcionada frente a ciertos delitos –por ejemplo, desórdenes públicos– lo que tiende a la criminalización de la protesta social. En ese sentido, en el *Informe* se entrevistó a un conjunto de juezas y jueces de garantía, y defensoras y defensores públicos y privados, los que coinciden en que el Ministerio Público ha tenido un rol importante en el uso arbitrario de la prisión preventiva como medida cautelar, en causas que terminan, en algunos casos, con penas ya cumplidas, si se considera el tiempo que permanecieron los imputados en prisión preventiva. Asimismo, en el *Informe* se da cuenta de cómo con la dictación de la Ley 21.208 –“ley antibarricadas”–, del 30 de enero de 2020, se intensificó el uso de la prisión preventiva y, por ende, aumentó su impacto en las personas imputadas en el marco de la protesta social.

Finalmente, en el capítulo en cuestión se revisó, en términos generales, el rol que han jugado las defensas de las personas privadas de libertad en el contexto del estallido. En esa línea, hay dos elementos a considerar: el primero tiene que ver con la percepción que tienen las personas imputadas de una falta de independencia política por parte de la Defensoría Penal Pública, lo que las ha llevado a contratar defensas privadas. Este es un aspecto que la Defensoría Penal debe tomar en cuenta y buscar una solución para asegurar que la institución sea percibida, por el conjunto de la población, como una entidad independiente que entrega una defensa jurídica óptima. El segundo aspecto está vinculado con la calidad de las defensas privadas y sus posibles impactos en la extensión de la prisión preventiva y, en general, en las estrategias de defensa. En este sentido, la opinión de los jueces y juezas es muy crítica; incluso aluden a eventuales problemas éticos. No obstante, no es posible determinar con certidumbre las características de los casos en particular que han asumido esos defensores y si, dada la naturaleza de dichos casos, la defensa ha resultado más compleja.

## **5. EL PROCESO CONSTITUYENTE COMO EL CAMINO DE SALIDA A LA CRISIS SOCIAL Y POLÍTICA**

El proceso constituyente es el camino que hemos construido como sociedad para la reconstrucción democrática y solución a la crisis política, social, económica e institucional, que se develó con fuerza inusitada en

el estallido social de octubre de 2019. En ese sentido, el proceso constituyente no solo es una oportunidad histórica para iniciar el camino de salida de la crisis política, social e institucional que atraviesa el país, sino que también es un hito en la historia política y constitucional chilena, ya que por primera vez existe la posibilidad cierta de que la Constitución del país sea fruto de un proceso genuinamente democrático y con la participación de los representantes de los pueblos indígenas, por medio de escaños reservados. Más aún, el proceso constituyente chileno se vuelve un hito para el constitucionalismo a nivel mundial, ya que será el primer proceso de esta naturaleza con un órgano encargado de la redacción de la nueva Constitución, que fue elegido democráticamente e integrado con paridad de género.

Sin embargo, en los capítulos del *Informe* que abordan el proceso constituyente, hay algunos aspectos preocupantes, que se deben tener en consideración, tanto para la evaluación del proceso, como para el funcionamiento de la Convención y el plebiscito de salida. Así, en primer lugar, desde una perspectiva sociológica –y que incide en la idea de que el proceso constituyente sea el camino para resolver la crisis política e institucional por la que atraviesa el país–, es importante tener presente que, si bien las elecciones de octubre de 2020, donde se aprobó el inicio del proceso constituyente, tuvieron la mayor participación en la historia de la república (al menos en número total, con 7.562.173 votos, lo que correspondió al 51% de universo electoral), el abstencionismo electoral sigue siendo muy alto (49%). A esto se suma el hecho que para la elección de las personas que integrarían la Convención, en abril de 2021, el número de votantes que concurrió a las urnas fue considerablemente menor: participaron 6.184.594 personas que representan el 41,51% del padrón electoral, y, por ende, el abstencionismo aumentó de un 49% al 58,49%. En ese sentido, en el *Informe* se da cuenta del bajo nivel de participación (22,81% del padrón indígena) que tuvieron las elecciones de constituyentes de escaños reservados entre los pueblos indígenas y, por ende, de la necesidad que tiene el proceso de convocar a los grupos que se han abstenido de participar hasta ahora. Para ello, en el *Informe* se sostiene que será fundamental el proceso de participación y consulta que realice la Convención Constitucional y de cómo este logre legitimarse como un camino de diálogo entre las comunidades y pueblos indígenas.

En segundo lugar, en el *Informe* se pone el acento en cómo el proceso reguló la participación de las mujeres, los pueblos indígenas, personas migrantes y demás colectivos históricamente discriminados, como en el caso de las personas con discapacidad y el colectivo LGBTIQ+. Aquí, el *Informe* da cuenta de un proceso con altos estándares en la materia, pero con falencias en algunos aspectos relativos a la inclusión de las y los adolescentes y en el funcionamiento de las instituciones

electorales y judiciales, especialmente, en relación a grupos vulnerables tales como personas migrantes, en situación de discapacidad y ciudadanos y ciudadanas que se encuentran privados/as de libertad.

En tercer lugar, en el *Informe* se revisan los estándares internacionales en materia de derechos humanos para procesos constituyentes. En dichos estándares se plantea que los derechos humanos tienen que estar al centro del proceso deliberativo, considerando la diversidad y el pluralismo de nuestra sociedad. Así, en el *Informe* se enfatiza la idea de que la deliberación constitucional debe permitir la realización de un diálogo respetuoso, en pie de igualdad y en cuyo centro este el principio de no discriminación, especialmente, con aquellas personas que forman parte de los grupos que han estado histórica y estructuralmente excluidos de la deliberación política. De esta manera, las normas del reglamento, que aseguren lo anterior, serán claves para que el proceso se oriente hacia el respeto de los derechos humanos.

Finalmente, en el *Informe* se releva la importancia que tiene la participación social en el marco del proceso, cuestión que es crucial para su legitimidad. En ese sentido, la participación de los diversos sectores de la población en la deliberación constituyente y, en particular, por parte de los grupos e individuos que han estado excluidos de forma histórica y estructural de este tipo de instancias, como los pueblos indígenas, mujeres, niños, niñas y adolescentes; personas con discapacidad y personas LGBTIQ+, es fundamental para su éxito. Aquí el rol del Estado y del órgano que lleve adelante el proceso constituyente es crucial.

## **6. LA CRISIS DEL INDH Y LA INSTALACIÓN DEL MECANISMO DE PREVENCIÓN CONTRA LA TORTURA**

En el *Informe 2020* nos referimos al rol del Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) y su importancia en el marco del estallido social, además de los desafíos que enfrenta como una institución que promueve los derechos humanos e interviene en casos en que estos son vulnerados. Si bien este año no hemos hecho una evaluación del funcionamiento de la institucionalidad de derechos humanos, creemos importante dar cuenta de sus acciones y rol frente a la situación que vive el país. En ese marco, el Instituto presentó su Primer Informe de Seguimiento de las Recomendaciones del INDH acerca de las violaciones ocurridas producto de la crisis social y política, el cual enfatiza, entre sus aspectos centrales, que Chile se encontraría más cerca de la impunidad que de la verdad y la justicia.<sup>12</sup> Esto, luego de haber

12 Instituto Nacional de Derechos Humanos, Primer Informe de Seguimiento a las Recomendaciones del INDH en su Informe Anual 2019, Santiago, 2 de febrero de 2021.

recomendado, entre otras cosas, que la Fiscalía Nacional del Ministerio Público fortaleciera “el trabajo de los y las fiscales regionales y locales en la investigación de los delitos, realizando especialmente todas las diligencias necesarias para investigar las participaciones individuales en los casos sobre violaciones a los derechos humanos perpetradas, de manera que se puedan establecer las respectivas responsabilidades y estos hechos no queden impunes.”<sup>13</sup>

No obstante este trabajo de seguimiento, buena parte del año 2021 la institución experimentó movilizaciones de dos asociaciones de funcionarios por temas que se arrastraban desde antes del estallido, pero que cobraron mayor fuerza luego de la crisis política y social, lo que condujo a una huelga de 50 funcionarios a partir de junio del año en curso.<sup>14</sup> Uno de las razones para ello fue el cambio de criterio de la institución para contar o categorizar a las víctimas de traumas oculares durante el estallido, pero otra dice relación con que una de dichas asociaciones de funcionarios sostuvo que las personas privadas de libertad en el marco del estallido, lo estarían por razones políticas. A ello se sumó una toma por parte de la Asamblea Coordinadora de Estudiantes Secundarios (ACES), el 8 de julio, que buscaba que el Instituto fijara posturas particulares en materia de derechos humanos.<sup>15</sup> En ese sentido, la Dirección y el Consejo del INDH dieron cuenta en un comunicado oficial sobre las tareas desarrolladas a la fecha respecto al seguimiento a las recomendaciones que el INDH realizó a los poderes del Estado en relación a las violaciones a los derechos humanos durante el estallido social. En ese mismo comunicado se negó que se hubiesen producido despidos por razones políticas en el Instituto, pero la justicia laboral determinó que sí los hubo respecto de quien dirigía la elaboración del Informe de Derechos Humanos de esa institución.<sup>16</sup> Como fuera conocido, las fuertes discrepancias en torno a la calificación de los hechos ocurridos durante el estallido social, llevó al director de la

13 Instituto Nacional de Derechos Humanos, “Informe de Seguimiento”, op. cit., p. 6.

14 Diario Universidad de Chile.cl: “Funcionarios del INDH mantienen paro indefinido y llaman a retomar el diálogo”, 21 de junio 2021.

15 Dirección Instituto Nacional de Derechos Humanos, Respuesta INDH a organizaciones que mantienen toma de la sede central, 6 de agosto de 2021.

16 Primer Juzgado del Trabajo de Santiago, *Torres contra Instituto Nacional de los Derechos Humanos*, RIT T-1023-2020, 7 de septiembre de 2021. En efecto, el tribunal en su razonamiento sostiene: “En lo que respecta a la razonabilidad de los fundamentos del despido y si ellos obedecían a criterios objetivos, es conveniente aclarar que no se cuestiona la facultad del Director de poner término a los contratos de trabajo de los funcionarios del Instituto, ya que dicha facultad emana de las normas que regulan las atribuciones del Director, tanto en estatuto como en el reglamento. Lo que resulta cuestionable, es que el Director, de forma expresa fundara la desvinculación del señor Torres por su opinión disidente respecto del informe anual de derechos humanos del año 2019, tal como lo expresó en la sesión de fecha de 16 de marzo de 2020, y que para ello utilizara la causal de desahucio que, a juicio de este juez, además no resulta aplicable.”

institución a entregar la elaboración del Informe Anual de 2019 a profesionales contratados específicamente para esa tarea.<sup>17</sup>

Las desavenencias del funcionariado con el director de la institución, Sergio Micco, también tienen su correlato en el Consejo del INDH, el que, como precisamos en el *Informe 2020* y anteriores, está “binominalizado”, es decir, conformado bajo ciertos arreglos y/o configuraciones políticas que inciden en su actuación y opinión en determinados temas. En lo que respecta al estallido social, un funcionario de esa institución, entrevistado en el marco de esta introducción, informa de que no han podido avanzar en un debate con el Consejo del INDH para la presentación de querrelas en contra del alto mando de Carabineros por su responsabilidad en las violaciones de los derechos humanos durante el estallido. Aunque se han entregado minutas al director del Instituto para dar pie a la discusión, en el ejercicio de una prerrogativa de su cargo, Sergio Micco no ha llevado el tema al Consejo. El mismo entrevistado señala, como motivo de la omisión, que el asunto en controversia resultaría complicado para algunos consejeros.

El año pasado dimos cuenta de la tardía y accidentada instalación del Comité de Expertos del Mecanismo Nacional de Prevención contra la Tortura (en adelante, Comité). Aunque sea parcialmente, el INDH también está involucrado en estas dificultades, al constatarse los serios problemas que enfrentaron las expertas en poder asegurar una instalación con los medios necesarios para realizar su labor.<sup>18</sup> Esta situación llevó a una nueva crisis que desembocó en la renuncia de la destacada profesora Ana María Stuyen, en marzo de 2021. Ella adujo que el diseño del Comité tiene complejidades por su naturaleza sui generis, que, aunque autónoma, en los hechos tiene una dependencia administrativa del INDH, lo que ha dificultado los procesos de aprobación de sus estatutos, la contratación de profesionales e incluso la propia convocatoria para completar las vacantes de la entidad.<sup>19</sup> Solo en abril de 2021 se abrió la convocatoria para las plazas de expertos; la lista de los seleccionados recién se conoció en octubre de 2021, y su instalación completa no se producirá sino hasta la primera semana de noviembre. Es posible sostener que el Comité no es una prioridad para el INDH, y que esa tensión incluso se advierte en el Primer Informe del Comité cuando se refiere a la relación entre ambas instituciones.<sup>20</sup>

Tanto el INDH como el Comité de Expertos del Mecanismo para la Prevención de la Tortura deben ser considerados como parte crucial de la institucionalidad de protección y promoción de derechos humanos.

17 Ibid.

18 Cíper.cl: “Renunciaron dos de sus integrantes: los problemas en el INDH para instalar el Comité de Prevención Contra la Tortura”, 19 de enero de 2021.

19 Carta y renuncia de Ana María Stuyen al Director del INDH, 15 de diciembre de 2020.

20 Comité para la Prevención de la Tortura, op. cit., pp.31-33.

Dado el actual contexto social, la legitimidad de las instituciones debe ser cuidada, y ello significa, en la práctica, asegurar su buen funcionamiento. Ello implicará evaluar su rol en la promoción y protección de los derechos humanos, en especial cuando la necesidad de justicia y reparación seguirá estando al centro del debate sobre lo ocurrido luego del 18 de octubre. El actual proceso de diálogo sobre el texto de la nueva Constitución podría llevar a examinar en forma más profunda el diseño de estas instituciones –u otras que se pudieran crear, como el Defensor del Pueblo– y cómo dialogarán en un marco constitucional de protección de derechos fundamentales.

## **7. LA REPARACIÓN DE LAS VÍCTIMAS DEL ESTALLIDO SOCIAL: A MODO DE COLOFÓN**

En palabras del Comité para la Prevención de la Tortura, Chile durante el estallido social experimentó una fractura profunda no equiparable con lo sucedido en dictadura, pero muy grave por la masividad de las violaciones a los derechos humanos en un contexto de democracia.<sup>21</sup>

Así, el Ejecutivo, a finales de 2019, comenzó a considerar la reparación a las víctimas, especialmente para aquellas personas que sufrieron traumas oculares. También se consideraron otras medidas, como la creación de centros especializados para aquellas personas que hubieran sufrido violencia sexual. Lo anterior surgió sin la existencia de una línea de trabajo relativa a la reparación a víctimas –como lo propusimos en nuestro *Informe 2020*– y menos aún del reconocimiento de que esas personas, vulneradas en el estallido, fuesen víctimas de violaciones a los derechos humanos por agentes del Estado.

En ese sentido, compartimos la opinión de las profesoras Schönsteiner y Zúñiga, quienes sostienen que la reparación “toma diversas formas, tales como medidas de restitución (si es posible), satisfacción, rehabilitación e indemnización. Además, deben cesar las violaciones y otorgarse garantías de no repetición”.<sup>22</sup>

En la Ley de Presupuesto de 2021, se incorporó en varias partidas la entrega de recursos en relación al estallido, una de ellas “sobre los recursos destinados a la investigación, acompañamiento y reparación de las víctimas de vulneraciones de derechos humanos en el contexto de las protestas sociales iniciadas el 18 de octubre de 2019”.<sup>23</sup> Al cierre de este *Informe*, se conoció que siete personas fueron calificadas como víctimas

21 Comité para la Prevención de la Tortura, op. cit., p. 52.

22 El Mostrador.cl: Columna de opinión de Judith Schönsteiner y Marcela Zúñiga: “Cómo puede Chile reparar a las víctimas de violaciones de DDHH durante el estallido social”, 20 de octubre de 2020.

23 Ley de Presupuesto del Sector Público año 2021, p. 482.



de lesiones graves que provocaron un menoscabo permanente, completo o parcial, de su capacidad de trabajo para efectos de obtener una pensión de gracia. La calificación fue realizada por el Instituto Nacional de Derechos Humanos, tarea que tiene a su cargo conforme lo preceptuado por la Ley de Presupuesto de 2021, pero sin que se le hubiera informado de ello hasta julio de 2021.<sup>24</sup> Si bien podemos decir que con este reconocimiento el Ejecutivo avanzó en la mitigación de algunos de los daños ocasionados por agentes del Estado, esta “pensión” no constituye una reparación integral. El INDH señala, como un hecho aún más grave, que para la Ley de Presupuesto 2022, la glosa presupuestaria ya no se refiere a las violaciones a los derechos humanos sino a “personas afectadas en el contexto de las manifestaciones”. Ello redundaría en que para efectos de su acreditación se requeriría una sentencia judicial y no serviría la de una comisión calificadora de víctimas.<sup>25</sup>

Las profesoras Schönsteiner y Zúñiga, en la misma columna de opinión citada con anterioridad, formularon varias interrogantes, todas las cuales siguen plenamente vigentes en lo relativo a la reparación de las víctimas: ¿Han sido adecuadas, oportunas, idóneas y efectivas las medidas adoptadas por el Estado? ¿El Estado ha emprendido un real proceso de reparación coordinado y dialogado? ¿Ha existido un reconocimiento formal de las violaciones a los derechos humanos? Si la glosa del presupuesto de la nación para 2022 se lee con ojos críticos, podríamos señalar que no solo no hay avance porque no hay justicia, sino porque tampoco se entienden las implicancias de la reparación.

Así las cosas, será una tarea para la próxima administración ayudar a que los procesos de investigación sobre la violación de los derechos humanos sean ágiles e iniciar un trabajo serio para una reparación integral de las víctimas de violaciones de sus derechos humanos, que se produjeron a partir del estallido social de octubre de 2019.

*Lidia Casas Becerra<sup>26</sup> y Jaime Gajardo Falcón<sup>27</sup>*  
Santiago, 19 de octubre de 2021.

24 Indh.cl: “INDH realiza primera acreditación de víctimas a violaciones a los DD.HH.”, 1 de octubre de 2021.

25 Latercera.com: “Hoy en Chile estamos más cerca de la impunidad que de la verdad y justicia”, 15 de octubre de 2021.

26 Lidia Casas Becerra, abogada, directora del Centro de Derechos Humanos.

27 Jaime Gajardo Falcón, abogado, investigador del Centro de Derechos Humanos.





# **“CONVERSAR CON EL PASADO, TRANSFORMAR ESTE PRESENTE”: JUSTICIA TRANSICIONAL COMO JUSTICIA CONSTITUYENTE**

Cath Collins, Andrea Ordóñez, et al<sup>1</sup>

1 Capítulo preparado por Cath Collins, Andrea Ordóñez, y el resto del equipo del Observatorio de Justicia Transicional de la UDP, con la colaboración de expertas y expertos invitados. Ver sección Introducción para los reconocimientos plenos correspondientes.



## SÍNTESIS

Los objetivos de este capítulo incluyen el dar continuidad al monitoreo permanente que durante más de una década el Observatorio de Justicia Transicional de la UDP ha venido realizando al proceso aún inconcluso de dar respuesta, conforme a los preceptos y estándares internacionales de la justicia transicional, al legado muy actual, de las violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos iniciadas por la dictadura de 1973 a 1990. Para ello, como siempre, se analizan los principales hitos y sucesos del periodo en materia de verdad, justicia, reparación, garantías de no repetición y memoria, a la luz de los deberes estatales y los derechos correspondientes. En consonancia con la creciente constatación, dentro del campo de la justicia transicional, de lo profundo, abarcativo y perdurable del daño colectivo que episodios autoritarios infligen, recalamos la importancia de programas tales como el PRAIS, en sus 30 años de existencia, a la vez que señalamos con preocupación la continuada ausencia de respuestas diferenciadas y específicas en materia de género, búsqueda de personas detenidas-desaparecidas, justicia para personas sobrevivientes y protección a sitios de memoria. Relevamos, una vez más, la creciente diversificación en los usos de los Tribunales de Justicia para exigir no solamente justicia penal, sino un mayor cumplimiento de derechos a rectificación y reparación, incluso ante actores privados, y nos sumamos a los cuestionamientos de los organismos internacionales competentes sobre si la sanción penal aplicada en Chile, ante crímenes tan gravosos, ha sido eficaz y proporcional. Finalmente, señalamos algunos de los cuidados que se debe tener a la hora de extrapolar los preceptos y mecanismos propios de la justicia transicional a otras situaciones; asimismo, al caminar por la cuerda floja entre el combate decidido de mentiras tendenciosas y el resguardo celoso del espacio de las libertades.

*PALABRAS CLAVES: Justicia transicional, garantías de no-repetición, mirada diferencial de género, negacionismo, PRAIS, indultos, indemnización, ausencia por razón de desaparición forzada, prescripción gradual, comisiones de la verdad.*



## INTRODUCCIÓN<sup>2</sup>

En el capítulo preparado por el Observatorio de Justicia Transicional para el *Informe 2020*,<sup>3</sup> aludimos a las graves violaciones a los DDHH ocurridas durante el estallido social de 2019 como la principal puesta a prueba, en treinta años, de la promesa del “nunca más” que el Informe Rettig en su momento encarnó. Durante el periodo de cobertura principal del capítulo actual (julio de 2020 a junio de 2021), presenciamos, por una parte, avances pobres, contradictorios y, a veces, derechamente ausentes, en justicia, verdad, reparación, garantías de no repetición, y memoria por los crímenes de la dictadura; y, por otra, un aparente interés creciente a nivel institucional y en algunos sectores sociales, en adoptar algunos de los vocabularios, conceptos y formatos de la justicia transicional, para lidiar con las violaciones producidas desde el estallido social del 18 de octubre (también denominado 18-O) y sus secuelas. Si bien es cierto que corresponde atender con la debida urgencia a todas las dimensiones necesarias de ambos fenómenos, en el *Informe 2020* ya

2 Capítulo preparado por Cath Collins y Andrea Ordóñez, junto a las y los demás colaboradores permanentes del Observatorio de Justicia Transicional de la UDP (en adelante, Observatorio u Observatorio JT), y expertas y expertos invitados. El Observatorio realiza, desde 2008, un permanente análisis interdisciplinario en materia de verdad, justicia, reparaciones y memoria por violaciones masivas a los derechos humanos ocurridas en Chile durante la dictadura cívico-militar de 1973 a 1990. Participaron en el presente capítulo: Francisco Bustos, Boris Hau, Loreto López, y Francisco Ugás, como investigadores asociadas/os al Observatorio; Daniela Accatino, Jeannette Rosentreter y Paulina Zamorano como expertas temáticas; y, como ayudantes, Marian González, Antonia Hinojosa, Elena Meffioletti Arratia, Rodrigo Miranda, Consuelo Ríos y Ayleen Valencia. La coordinación, redacción y edición general estuvo a cargo de Andrea Ordóñez, abogada, integrante del equipo del Observatorio y editora de su boletín bimestral; y Cath Collins, catedrática de justicia de transición de la Universidad de Ulster, Irlanda del Norte, y directora del Observatorio, a quien le corresponde la responsabilidad editorial por el análisis aquí presentado. Agradecemos a todas las personas, organizaciones e instituciones que colaboraron con información, en particular, tomando en cuenta las dificultades que la pandemia y emergencia sanitaria asociada siguen generando a todas y todos. Agradecemos a Open Society Foundations por su apoyo a la línea de investigación que informa la sección sobre desaparición forzada de personas. Dedicamos esta edición a la memoria de Juan Guzmán Tapia, 1939-2021.

3 *Informe 2020*, p. 506.



indicamos algunos de los reparos que nos produce la equivalencia implícita que se traza. A modo de ejemplo, el capítulo de este año explora estudios internacionales recientes que advierten sobre las múltiples limitaciones y vacíos del formato de la Comisión de la Verdad, en lo que a seguimiento e impacto a mediano y largo plazo se refiere. Como mínimo, estimamos esencial señalar que la aplicación de un marco de justicia transicional no disuelve ni diluye, sino que comprende y complementa, el deber de la justicia en la particular forma de la persecución penal expedita de delitos y su sanción proporcional: concepto que no puede sino incorporar un reconocimiento del particular peligro que representa para el Estado de derecho la violencia contra la ciudadanía por agentes de las mismas autoridades encargadas de protegerla.

También, consideramos en esta edición lo que el *momento constitucional* en que nos hallamos parece significar para la justicia transicional, a través de una mirada a los programas de las y los, entonces, candidatas/os constituyentes, y a la subsecuente puesta en marcha de las comisiones temáticas de la Convención Constituyente. Además, y en consonancia con nuestro propósito de dar relieve, en cada edición, a un tema que es particularmente enfatizado en el campo internacional de la justicia transicional, este año dedicamos atención a lo que las normas y estándares relevantes dicen sobre el género, y sobre la necesidad de un trato diferencial de ello. A todo esto, se suma la presentación de los resultados y datos más significativos que proceden del análisis continuado y consistente que, desde 2010, el Observatorio aporta en materia de seguimiento de juicios penales, acciones civiles, reivindicaciones e iniciativas de sobrevivientes, familiares y activistas, proyectos legislativos y otros acontecimientos relevantes a la agenda de verdad, justicia, reparación, garantías de no repetición y memoria por las graves violaciones a los DDHH cometidas en dictadura.

Finalmente, y en atención a que esta edición constituye la undécima vez que el Observatorio de Justicia Transicional aporta el presente capítulo a este *Informe*, ofrecemos un repaso de las recomendaciones que, año tras año, hemos publicado. Las recomendaciones apuntan a señalar formas muy concretas en que el Estado puede mejorar el nivel de cumplimiento de las necesidades nacionales, y sus deberes internacionales, libremente asumidos, en esta materia. Este repaso se motiva, entonces, por el *doble aniversario* de una década de recomendaciones nuestras, más el cumplimiento de tres décadas de la justicia transicional chilena (1990 a 2020). La revisión al conjunto de 89 recomendaciones formuladas entre 2011 y 2020 –que se incorpora en el apartado final de esta edición del *Informe*–, deja en evidencia la gran cantidad de deudas que Chile aún tiene en relación con los derechos a la verdad, la justicia, la reparación, la no-repetición y la memoria.

## 1. TEMAS PAÍS

### 1.1 Temas prominentes

#### 1.1.1 *La justicia transicional y la Convención Constituyente*

El 15 y 16 de mayo de 2021 se eligieron las y los 155 integrantes de la Convención Constituyente, quienes redactarán una propuesta de nueva Constitución para reemplazar la de 1980, elaborada e impuesta en dictadura.<sup>4</sup> En las semanas anteriores a la votación, el Servicio Electoral puso en conocimiento público los programas a través de los cuales las candidatas y los candidatos dieron cuenta a la ciudadanía de sus visiones y propuestas.<sup>5</sup> Un estudio realizado por el Observatorio de los programas presentados, evidencia que la gran mayoría de las y los ahora integrantes de la Convención (en concreto, 141 de los 155) incluyeron alguna alusión directa o indirecta a temas relacionados con los derechos humanos en sus programas, mencionando, por ejemplo, a los derechos económicos y sociales. Dicho énfasis, sin duda, debe mucho al trasfondo de la irrupción social que dio vida al proyecto constituyente, y a las numerosas reivindicaciones de justicia económica y social que ella reveló y relevó. En lo relativo a la justicia transicional propiamente tal, once personas que hoy son integrantes de la Convención incluyeron el tema en forma más explícita en sus programas. Una de las candidaturas en que figuraba dicha mención postulaba a los escaños reservados para los pueblos indígenas, y las restantes emanaron de candidaturas independientes o de izquierda. Catorce entonces candidatas y candidatos, la mayoría de ellas/os del pacto Apruebo Dignidad, hicieron mención del derecho a la verdad. Las menciones tendían a asociar las violaciones en tiempo de dictadura con violaciones más recientes cometidas por fuerzas estatales en el contexto del estallido social. También tendían a referirse en forma holística no solamente a la verdad, sino a todas las dimensiones de la justicia transicional. Por ejemplo, las constituyentes del partido Revolución Democrática, Amaya Álvez, María José Oyarzún, Tatiana Urrutia, Giovanna Roa y Beatriz Sánchez señalaron en su programa que “[s]e debe establecer que en casos de violaciones a los derechos humanos (pasadas, actuales o futuras) los órganos del Estado tendrán los deberes de investigarlas, sancionarlas, repararlas integralmente, además de establecer garantías de no repetición, en especial políticas

4 Se eligieron 77 mujeres y 78 hombres, representando a distintos distritos del país. 17 de las personas elegidas llenan los 17 cupos designados para los pueblos originarios de Chile. El 4 de julio de 2021, las y los nuevos constituyentes asumieron formalmente en sus cargos.

5 Servel, Programa candidatas/as convencionales constituyentes, (ver en: <https://elecciones2021.servel.cl/programa-candidatos-as-convencionales-constituyentes/>).

de preservación de la memoria histórica al respecto y la educación en derechos humanos en todos los niveles”.<sup>6</sup> La constituyente Manuela Royo, electa como representante del movimiento Modatima,<sup>7</sup> y hoy co-coordinadora de la Comisión de Derechos Humanos, Verdad Histórica y Bases para la Justicia, Reparación y Garantías de no Repetición de la Convención Constituyente, aludió en su programa a la justicia transicional en conexión con la deuda histórica de Chile para con sus pueblos originarios, indicando que se debe realizar un “reconocimiento de deuda histórica: Comisiones de verdad y justicia, disculpas públicas y resarcimiento del daño”. Hizo, además, un llamado a que el Estado chileno reconozca su responsabilidad histórica por el genocidio de los pueblos originarios.<sup>8</sup>

Es interesante ver como algunos principios y conceptos asociados con la justicia transicional han ido normalizándose, o imponiéndose en el país, para enunciar los desafíos asociados a periodos de violencia política masiva y abuso estatal sistemático: el nombre de la misma Comisión antes citada es un ejemplo entre muchos posibles. No obstante, es menester asumir que el historial de cumplimiento en Chile de los derechos, deberes y metas asociadas a la justicia transicional ha sido, hasta ahora, poco alentador. La consagración de algunos, o incluso de la totalidad, de ellos como principios constitucionales no bastará por sí solo para asegurar avances reales en una agenda histórica que ha sido demasiadas veces postergada: no se necesita más *legalismo mágico*, sino altas cuotas de realismo y voluntad.

Una vez instalada la Convención Constituyente, se conformaron una serie de comisiones y subcomisiones temáticas y administrativas. En su configuración inicial (transitoria), las comisiones solicitaron a organizaciones sociales e individuos acercarse para participar en audiencias públicas orientadas a explorar y recibir propuestas y sugerencias. Una gran diversidad de organizaciones y personas, algunas de ellas representantes de organizaciones internacionales relevantes, expusieron ante la Comisión de Derechos Humanos, Verdad Histórica y Bases para la Justicia, Reparación y Garantías de no Repetición, durante dos semanas de sesiones, hacia fines de agosto del 2021. Ni la temática que rodea el trabajo de la Comisión, ni su configuración misma, estuvieron exentas de controversia, incluso en esas etapas iniciales: tanto la presencia en ella de Jorge Arancibia –ex edecán de Pinochet, ex comandante en jefe de la Armada y ex senador– como el anuncio, por parte de la

6 Revolución Democrática, Programa Convencionales Constituyentes, 2021, p. 19.

7 Movimiento por la defensa por el acceso al agua, la tierra y la protección del medio ambiente.

8 Modatima, Manuela Royo Letelier, *Programa para la Convención Constitucional*, p. 3. (ver en: [https://repodocacto.blob.core.windows.net/public/CCG/D23\\_MANUELA\\_ROYO\\_LETELIER.pdf](https://repodocacto.blob.core.windows.net/public/CCG/D23_MANUELA_ROYO_LETELIER.pdf))

Comisión de ética de la Convención, que se “sancionarían” expresiones de “negacionismo” al interior de la Comisión, causaron cierta polémica. Respecto a la presencia de Arancibia en la Comisión de derechos humanos, el Comando Unitario de exPrisioneros Políticos y Familiares envió una carta, firmada por una serie de organizaciones y defensores de derechos humanos, repudiando su membresía en atención a lo que llamó su “trayectoria contraria a la defensa de principios fundamentales como el derecho a la verdad y a las garantías de no repetición”.<sup>9</sup> Los reparos redundaron en una decisión, tomada al interior de la Comisión, de que si bien Arancibia seguiría integrándola, se limitaría a las funciones propias de la subcomisión específica que integraba –enfocada en el marco general de los derechos humanos– limitando así, en teoría, su presencia en audiencias públicas protagonizadas por asociaciones de DDHH, familiares y sobrevivientes.

En la práctica, debido a sobrecargas y ajustes de calendarios, muchas organizaciones que habían postulado a presentar ante la Comisión de Derechos Humanos, Verdad Histórica y Bases para la Justicia, Reparación y Garantías de no Repetición –el Observatorio de Justicia Transicional, entre ellos– terminaron exponiendo más bien ante la Subcomisión Marco General de Derechos Humanos, Ambientales y de la Naturaleza, integrada, *inter alia*, por el exalmirante Arancibia. La intervención del Observatorio de Justicia Transicional, a cargo de Francisco Ugás y Cath Collins, se enfocó en tres propuestas concretas para la nueva Constitución: el reconocimiento explícito y claro del rango supraconstitucional del derecho internacional de los derechos humanos; la consagración del derecho a la verdad, a la justicia, a la reparación y a las garantías de no repetición, por violaciones graves, masivas y sistemáticas a los derechos humanos;<sup>10</sup> y la inclusión, también explícita, del derecho de toda persona, comunidad y pueblo de no ser sujeto a desaparición forzada, ejecución extrajudicial, tortura, prisión política, exilio o relegación. Respecto del intento de prohibir el “negacionismo”, surge una serie de dificultades, tanto prácticas y definicionales como filosóficas, desde el interrogante sobre si la Convención tendría o no la facultad de imponer sanciones, a la consideración de lo problemático que sería –para un propósito tan inherentemente abarcativo como es, o debiera de ser, la redacción de una Constitución– el precedente de adoptar normas más restrictivas incluso que las que imperan en las

9 El Mostrador.cl: “Organizaciones piden evaluar presencia del almirante (r) Arancibia en Comisión de DD.HH”, 2 de agosto de 2021.

10 En especial, respecto del derecho a la justicia, conforme a las indicaciones del capítulo 3 (pp. 23-68) del documento: CIDH-OEA, *Compendio: Verdad, memoria, justicia y reparación en contextos transicionales, Estándares interamericanos*, Documento A/Ser.L/V/II. Doc. 121, 12 abril de 2021.

instituciones legislativas permanentes.<sup>11</sup> Por último, se debe considerar, una vez más, la pertinencia, o no, de la asimilación de la dictadura, y del genocidio de los pueblos originarios, con las violaciones cometidas durante el estallido social.<sup>12</sup> En lo puntual, no prosperó el intento de dos integrantes de la Comisión DDHH de invocar la norma para excluir a algunas organizaciones postulantes a audiencia pública, entre ellas, la Fundación Jaime Guzmán y el ultraderechista movimiento Acción Republicana.

### **1.1.2 Impacto de la pandemia en perpetradores encarcelados**

En el *Informe 2020* detallamos el traslado a hospitales institucionales de las Fuerzas Armadas de varios internos presos por crímenes de lesa humanidad, ante diagnósticos firmes o preocupaciones sobre posibles contagios de la Covid-19. No obstante, dichos perpetradores fueron excluidos del “indulto Covid-19”, que conmutó penas a ciertas categorías de presos en abril de 2020. Unos meses más tarde, el 8 de julio, el ministro Mario Carroza rechazó las solicitudes realizadas por 24 perpetradores, entre ellos Raúl Iturriaga Neumann, pidiendo traslados a domicilio o a residencias sanitarias solicitando modificación del régimen de cumplimiento de sus condenas ante la emergencia sanitaria. El rechazo se fundamentó en informes sobre las condiciones sanitarias y facilidades médicas en las cárceles respectivas, que son notoriamente superiores a las que predominan en las cárceles ordinarias del país. En tanto, de los cuatro presos reclusos fallecidos durante el periodo estadístico del presente *Informe*,<sup>13</sup> solamente en uno de los casos hubo mención a la Covid-19: en agosto de 2020, falleció el ex director de la Dirección de Inteligencia del Ejército (DINE), Héctor Orozco, a los 93 años, en el Hospital Militar, lugar donde se habría contagiado con la Covid-19, luego de ser trasladado desde Punta Peuco. No obstante, la situación dio un vuelco a fines de agosto de 2021, con un brote de contagios al interior del penal. A la fecha de cierre de esta edición (fines de septiembre de 2021), el brote había producido el fallecimiento de cuatro internos, la hospitalización de uno más, y tasas de contagio rondando el 70% entre unos

- 11 Donde es usual que rija alguna versión del *fuero parlamentario*, que por razones fundadas exime a los integrantes del Poder Legislativo de buena parte de las limitantes a la libertad de expresión que son aplicables a la ciudadanía en general. Aquí la situación sería más bien al revés, con las y los constituyentes (auto)limitados por un reglamento interno que no tiene equivalente (aún) en la normativa legal vigente en y para el espacio público en general.
- 12 Ver, al respecto, The Clinic.cl: “John Charney, abogado constitucionalista: ‘Todo límite a los derechos y libertades fundamentales debe estar muy bien construido’”, 19 de agosto de 2021.
- 13 Héctor Orozco, Vicente Rodríguez Bustos, Fernando Gómez Segovia y Fernando Torres Silva, entre agosto de 2020 y mayo de 2021.

115 reclusos, todos condenados por crímenes de lesa humanidad. Los fallecidos fueron Miguel Estay Reyno, alias “El Fanta”, cumpliendo una condena a cadena perpetua por su parte en el triple asesinato de Manuel Guerrero, José Manuel Parada y Santiago Nattino; Jaime García Zamorano, condenado por su participación en el homicidio calificado de dos dirigentes sindicales; Marco Antonio Bustos, condenado por el secuestro de cinco integrantes del Frente Patriótico Manuel Rodríguez en septiembre de 1987; y, Ciro Torrè Sáez, condenado por asesinatos y desapariciones. Estay Reyno falleció en el hospital San José; García Zamorano, en el Hospital Militar; Bustos y Torrè, en Punta Peuco. En este mismo recinto, a la fecha de cierre de esta edición, Luis Enrique Campos Poblete, sentenciado en febrero de 2021 a una condena de 17 años, permanecía en estado de gravedad. Raúl Meza, el abogado defensor de muchos de los exmilitares condenados, anunció la interposición de un recurso procurando la excarcelación de los demás reclusos, a pesar de la aislación sanitaria en la cual se encontraban. Por su parte, el 6 de septiembre, el Cuerpo de Generales y Almirantes en Retiro anunció una querrela contra el ministro de Justicia y DDHH, Hernán Larraín, por lo que llamó su “actuar deshumanizado y negligente”, al no haberles concedido indulto a los reclusos ahora afectados.<sup>14</sup>

## **1.2 Desaparición forzada**

En octubre de 2020 y junio de 2021, el Observatorio de Justicia Transicional coordinó dos talleres para personal de la Unidad Programa de Derechos Humanos (UPDH) del Ministerio de Justicia y los DDHH en materias relacionadas con desaparición forzada. Los cursos, realizados en modalidad virtual, formaron parte de un ciclo más largo relacionado con diferentes aspectos de la justicia transicional. El primero se enfocó en la comprensión y tratamiento de la desaparición forzada como un desafío multifacético, requiriendo respuestas en verdad, búsqueda, justicia, reparación, seguridad social, tipificación penal, reconocimiento del estatus de ausencia por desaparición forzada, conmemoración y prevención. El segundo curso, co-coordinado con el Dr. Pietro Sferazza de la UNAB, se enfocó en jurisprudencia internacional y comparada en la materia, y en aspectos médico-legales. Ambas instancias contaron con la participación de connotadas y connotados expertos nacionales, regionales e internacionales, entre ellas y ellos, familiares y/o profesionales que integran unidades estatales de búsqueda de varios países vecinos.

El 9 de febrero de 2021, la Corte de Apelaciones de Santiago condenó a dos exoficiales de Ejército por la desaparición forzada (secuestro

14 El Mostrador: “Cuerpo de Generales y Almirantes en Retiro interpuso querrela contra ministro Larraín por brote de covid-19 en cárcel militar”, 6 de septiembre de 2021.

calificado) de dos ciudadanos uruguayos y un ciudadano brasileño, desaparecidos en Chile desde septiembre de 1973. El fallo cambió la calidad de participación de los condenados a autoría, desde complicidad, ratificó la equivalencia del secuestro calificado con la figura de la desaparición forzada en el derecho internacional de los derechos humanos, y afirmó el carácter de crimen de lesa humanidad del delito de desaparición forzada en el contexto que imperaba en el caso.<sup>15</sup> No obstante, en un aspecto más preocupante (por ser derechamente erróneo) el fallo asevera que es inherente al carácter de crimen de lesa humanidad, que el perpetrador o cómplice sea un agente del Estado.<sup>16</sup>

El 28 de marzo de 2021, falleció uno de los agentes perpetradores presos con más condenas por desaparición forzada en su contra. Fernando Gómez Segovia, recluido en Punta Peuco a la fecha de su defunción, estuvo sentenciado por las desapariciones de Pedro Merino Molina (20 años, sastre, militante de las Juventudes Comunistas, JJCC), y de Álvaro Vallejos Villagrán (25 años, estudiante de medicina y militante del Movimiento de Izquierda Revolucionaria, MIR), así como por asociación ilícita en el secuestro calificado de 50 personas más, víctimas de la Colonia Dignidad.

El domingo 22 de agosto de 2021, Patricio Santamaría, consejero del Servicio Electoral, Servel, anunció, a través de su cuenta personal en Twitter, que la nueva versión del padrón electoral a punto de ser publicada reflejaría, por primera vez, el estatus cívico que realmente corresponde, en ley, a la situación de las personas aún desaparecidas forzosamente por el Estado de Chile: “ausente por razón de desaparición forzada”. Se trata de una medida que, tanto el Observatorio como muchas otras organizaciones y asociaciones, hemos insistido correspondía tomar apenas entrada en vigor la ley respectiva (en 2009). Ello, dado que le compete al Estado, y no a familiares o

15 CA de Santiago, Rol. 1.861-2019. Si bien es correcto que la figura de desaparición forzada –distinta de la “desaparición”, a secas– actualmente se entiende, en el DIDH, como un crimen con un necesario nexo de perpetración estatal: este nexo puede ser indirecto, como se aprecia en el Artículo 2 de la Convención Internacional respectiva, que menciona como perpetradores posibles de la desaparición forzada “agentes del Estado o [...] personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado” (Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas).

16 CA de Santiago, Rol. 1.861-2019, op. cit. En relación con el calificativo específico de crimen de lesa humanidad, está claro que desde al menos 2010, el DIDH considera que un agente estatal no es el único sujeto activo posible de un crimen de lesa humanidad. Dichos crímenes, incluso, pueden ser cometidos por integrantes de cualquier organización con la capacidad demostrable de orquestar un ataque sistemático y/o extendido contra una población civil, y/o por particulares actuando para ejecutar o promover una política del Estado, sin ser ellos mismos agentes estatales. Ver los resultados de las primeras dos décadas de trabajo de la Corte Penal Internacional, cuyos condenados por crímenes de lesa humanidad han sido, casi en su totalidad, actores no-estatales.

asociaciones de la sociedad civil, hacer valer de una vez, en y ante cada una de sus propias instituciones, las medidas que el propio Estado ha creado para cumplir parcialmente con sus deberes ante instrumentos internacionales firmados y ratificados.<sup>17</sup> En ese sentido, la medida, si bien correcta, es tardía. Su anuncio o anticipo por un medio de red social personal es, además, curioso, mientras que la descripción de la medida como un “homenaje” a las víctimas de la práctica tampoco convence, dado que se trata más bien de la activación tardía de un deber, y la constatación de un hecho, por parte de un órgano oficial. Menos adecuado aún, a nuestro juicio, es el hecho de que el tuit justificó la medida en base a que la mencionada figura “se utiliza legalmente, para efectos económicos, cuando los parientes sostienen la tesis del secuestro permanente”.<sup>18</sup> Al respecto es menester señalar, primero, que no son solamente familiares quienes “sostienen” la mencionada tesis. También existe una multiplicidad de otros actores nacionales e internacionales –entre ellos, jueces de tribunales superiores, o juristas que persiguen penalmente, y a nombre del Estado, a los perpetradores de este aberrante crimen– quienes reconocemos su carácter permanente y continuado, que constituye un hecho. Segundo, la invocación de la mencionada figura no se hace solamente para “efectos económicos”, sino para una multiplicidad de fines. Estos incluyen la simple, pero potente meta simbólica de materializar la verdad histórica a la que toda familia, y también la comunidad nacional entera, tiene derecho: las personas detenidas-desaparecidas eran –y son– *patrimonio* de todas y todos; su continuada desaparición es, asimismo, una ofensa a todas y todos, y la resolución no solo administrativa y simbólica, sino real, de su ausencia debe ser, también, una tarea y una preocupación permanente de todas y todos.

17 La Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, op. cit., ratificada por Chile en 2009, cuyo artículo 24.6 establece que: “Sin perjuicio de la obligación de continuar con la investigación hasta establecer la suerte de la persona desaparecida, cada Estado Parte adoptará las disposiciones apropiadas en relación con la situación legal de las personas desaparecidas cuya suerte no haya sido esclarecida y de sus allegados, en ámbitos tales como la protección social, las cuestiones económicas, el derecho de familia y los derechos de propiedad”; y la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, ratificada por Chile en 2010, cuyo artículo 1(d) compromete a los Estados partes a “[t]omar las medidas de carácter legislativo, administrativo, judicial o de cualquier otra índole necesarias para cumplir con los compromisos asumidos en la presente Convención”.

18 Fuente: twitter.com. El texto completo del anuncio, que fue repartido en dos tuits, es el siguiente: “En el padrón electoral auditado que se publicará en unas horas, por primera vez, en el caso de las personas detenidas desaparecidas, no declarada su muerte presunta, se indicará: “Persona ausente por desaparición forzada”. Cuando planteamos esta iniciativa pensamos en un homenaje.” ... “Estimamos que, si esa condición se utiliza legalmente, para efectos económicos, cuando los parientes sostienen la tesis del secuestro permanente, debía hacerse también para efectos cívicos, para que no siguieran estando en el padrón sin referencia a su situación”.



En tanto, una modificación legal realizada en febrero del presente año eliminará al menos una de las formas en que la publicación del padrón ha provocado, en oportunidades anteriores, consternación y preocupación para familiares y otros cercanos de las personas detenidas-desaparecidas: se ha determinado excluir del padrón diversos elementos de información personal, entre ellos, lo relativo al domicilio electoral de cada persona registrada.<sup>19</sup> En las discusiones parlamentarias de agosto de 2020, que alimentaron la mencionada modificación, fue necesario, además, la intervención de asociaciones como Londres 38 y la Agrupación de Familiares de Detenidos Desaparecidos, AFDD, para evitar la consagración de una indicación que habría invisibilizado la existencia misma de las personas detenidas-desaparecidas. La indicación, que no prosperó, pretendía ordenar al Servel “velar porque las personas víctimas de desaparición forzada o detenidas desaparecidas, individualizadas en el Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, en el Informe de la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación y en el Informe de la Comisión Asesora para la Calificación de Detenidos Desaparecidos, Ejecutados Políticos y Víctimas de Prisión Política y Tortura, que figuren como inscritas en el Registro Electoral, no figuren en los padrones electorales que se determinen para cada elección o plebiscito”.<sup>20</sup>

### **1.2.1 Novedades en la búsqueda, identificación, recuperación y restitución de personas detenidas-desaparecidas**

Durante el período estadístico del presente *Informe* (julio de 2020 a junio de 2021, inclusive), no se produjeron nuevos hallazgos de restos. Sí se notificó una nueva identificación de restos ya custodiados por las autoridades, pertenecientes a una persona calificada como detenido-desaparecido. Un hecho similar ocurrió a principios de agosto, justo antes del cierre de esta edición, por cuanto es posible decir que entre julio de 2020 y mediados de agosto de 2021, se logró la identificación, por primera vez, de los restos de dos personas reconocidas por el Estado de Chile como detenidos-desaparecidos. Con ello, las cifras históricas acumuladas sugieren que un total de 120 personas reconocidas oficialmente por el Estado de Chile como personas detenidas-desaparecidas han sido identificadas con

19 Servel.cl: “Servel publica padrón electoral auditado para Elecciones Generales de noviembre 2021”, 23 de agosto de 2021. En la primera publicación del padrón después del vuelco hacia la inscripción automática, varias personas detenidas-desaparecidas aparecían asociadas a domicilios electorales antes desconocidos por sus familias, situación que por supuesto provocó incertidumbre y especulación.

20 Indicación: Art 31-Bis inciso final Boletín 13305-06, citado en Londres 38.cl: “Londres 38 en debate sobre inclusión de personas detenidas desaparecidas en el padrón electoral”, 20 de agosto de 2020.

un nivel robusto de certeza científica, entre 2007 y fines de agosto de 2021.<sup>21</sup>

En enero de 2021, la ministra Marianela Cifuentes informó a las hijas y los hijos de Carlos Zelaya Suazo que restos hallados en 2018 habían sido identificados como pertenecientes a su padre, desaparecido desde 1974, luego de ser secuestrado por una patrulla militar. Se encuentra pendiente un fallo de primera instancia contra los perpetradores del secuestro, desaparición y posterior ejecución extrajudicial de Carlos, padre de nueve hijos, en la cuesta Barriga. La identificación, en que intervino el Servicio Médico Legal chileno y el Instituto de Medicina Legal de la Universidad Médica de Innsbruck de Austria, partió del hallazgo de una tibia, en marzo de 2018, al interior de un condominio en la comuna de Curacaví. Tras el hallazgo, y fijada la data de los restos, la ministra Cifuentes Alarcón dispuso excavaciones que lograron encontrar otras evidencias óseas y culturales (restos de ropa). Exámenes genéticos fijaron en un 99,99999% la probabilidad de que los fragmentos óseos recuperados pertenecían al mismo individuo, y que esa persona fuera Carlos Zelaya. El 27 de febrero de 2021, se realizó una ceremonia de entrega de restos de don Carlos a su familia.

El primero de agosto de 2021, se reportó la notificación oficial por el ministro Carlos Aldana de la identificación de los restos de Juan Mauricio Poblete Tropa, recuperados desde el Cementerio de Chillán en 1990 y recientemente confirmados como pertenecientes al joven desaparecido por Carabineros desde septiembre de 1973. La nota de prensa que reportó la identificación sugirió que, con ella, el exgeneral de Carabineros Patricio Jeldres Rodríguez, hoy acusado por el secuestro calificado de Juan, pasará a ser acusado más bien de homicidio;

21 Basada en cifras suministradas por el Servicio Médico Legal al Observatorio, en abril y junio del 2021, suplementada por la noticia arriba reportada, sobre la identificación, notificada formalmente en agosto, de Juan Poblete. Establecer esta cifra exacta presenta desafíos por razones que incluyen el carácter internacional que tuvo la represión. Ello lleva, por ejemplo, a que han sido identificados en Argentina víctimas de nacionalidad chilena, reconocidas como tales por Chile, por Argentina, por ambos Estados, o por ninguno de los dos. En territorio chileno, además, son tres las personas de nacionalidad chilena identificadas desde 2007 por el Servicio Médico Legal, SML, sin que la calidad de detenido-desaparecido fuertemente sugerida por las circunstancias, sea reconocida por el Estado chileno. El SML chileno ha realizado, además, labores de confirmación de identificación dentro del mismo periodo (entre 2007 y mediados de agosto de 2021) por un total de 53 personas reconocidas por el Estado chileno como víctimas de ejecución política.

asimismo, que el nombre de Juan “saldrá de la lista de detenidos desaparecidos”: sin embargo, ninguno de esos desenlaces sería, a juicio del Observatorio, lo que corresponde.<sup>22</sup>

En enero se realizó la restitución a su familia de los restos de don Luis Eugenio Orellana Berríos, asesinado por heridas de bala por una patrulla militar el día después del golpe de Estado, y reconocido desde principios de los 90 por el Estado de Chile como víctima de ejecución política durante la dictadura. Una restitución de similares características se efectuó en abril de 2021, en Antofagasta, a familiares de don Joaquín Espinoza Hidalgo. Las restituciones de personas calificadas como ejecutados políticos corresponden, a veces, a casos que en la década de 1990 pasaron a ser denominados como casos de personas “ejecutadas políticas sin entrega de restos”, quienes debieran, en realidad, haber sido considerados siempre como detenidos-desaparecidos (ver *Informes* anteriores). Pero también se producen restituciones de personas antes sepultadas por sus familias, porque en el proceso de la búsqueda de la justicia, los tribunales deben a veces ordenar pericias para cuya realización es necesario la exhumación de los restos de una persona. Si bien una exhumación puede significar, por supuesto, un proceso difícil y emotivo, a veces la posterior restitución y re-inhumación de la persona permite a su familia o comunidad afectiva realizar los ritos y actos que antes les fueron denegados como, por ejemplo, en circunstancias en que la dictadura haya obrado para prohibir todo tipo de funeral, velatorio, o reconocimiento cuando la persona fue, por primera vez, enterrada. Es por ello que, tanto ante nuevas identificaciones como ante las entregas aquí descritas, se realiza un trabajo de coordinación entre el SML, la Unidad Programa de DDHH del Ministerio de Justicia y DDHH, y la familia o agrupación que va a recibir a la persona, para intentar lograr un trato lo más digno y reparatorio posible.

Otros esfuerzos de coordinación se plasmaron el 3 de septiembre de 2021, con la firma por parte del Poder Judicial, el Ministerio Público, Carabineros, el Ministerio de Justicia y DDHH, y la Policía de Investigaciones, de un “Protocolo de acción para instancias públicas que auxilian a la justicia en la búsqueda e investigación de víctimas de desaparición forzada, ocurridas entre el 11 de septiembre de 1973 y el 1 de marzo de 1990”. En sus siete apartados, el texto establece prioridades y

22 El Desconcierto.cl: “Ministro en visita confirma identidad de osamentas de detenido desaparecido encontradas en Chillán”, 1 de agosto de 2021. La discusión sobre con qué hecho se debe dar por culminada una desaparición forzada, es uno de muchos aspectos de este aberrante crimen que permanecen por resolver; mientras que, como hemos observado en múltiples oportunidades, no existe en Chile una lista oficial, central, y actualizada, de personas sujetas a desaparición forzada. De existir, tampoco correspondería remover de dicho registro a quien fue alguna vez efectivamente víctima de la práctica.

procedimientos en caso de hallazgos de osamentas u otros vestigios que tienen o podrían tener relación con el destino final de personas detenidas-desaparecidas durante la dictadura. Si bien dos de los apartados mencionan tareas más amplias (procuración de donación de muestras para efectos de identificación por ADN, y reuniones periódicas para formular estrategias), en esencia, y a pesar de su título, el protocolo fija procedimientos en torno a hallazgos fortuitos y/o hallazgos producidos por prospecciones específicas ordenadas por ministras o ministros en visita, en causas determinadas. En ese sentido, se trata de una iniciativa que es bienvenida en cuanto a su potencial para mejorar la gestión de la búsqueda judicial tal y como hoy se estructura, pero no alcanza a constituir ni una reconfiguración de fondo de dicha gestión, ni menos la introducción de una instancia u oficina de búsqueda administrativa con el enfoque específico y recursos dedicados, que ella requeriría.<sup>23</sup> El muy postergado protocolo ha sido gestionado por la iteración más reciente, hoy bajo la coordinación directa del Poder Judicial, de una mesa de cooperación y co-capacitación cuyos orígenes hemos reportado en ediciones anteriores. Ellos remontan a un proyecto de investigación y capacitación internacional impulsado por funcionarias del SML en asociación con la Universidad de Ulster y el Observatorio, si bien esta dimensión del historial no se recoge en el preámbulo del texto recién firmado. En tanto, el contenido del protocolo reactiva parte de la visión original del mencionado proyecto, al enunciar que se propone una instancia trimestral de sesiones permanentes, para “compartir el estado del arte en la materia” y coordinar estrategias, pero a pesar de su mención del deseo de resguardar los derechos de familiares, no aborda la cuestión urgente de cuál es, o debería ser, el papel participativo de la sociedad civil, incluyendo asociaciones de familiares, en instancias de esta índole.<sup>24</sup> Tenemos entendido que la labor de confeccionar y mantener el registro de personas desaparecidas y actuaciones realizadas que el protocolo contempla ha sido confiado a la oficina de coordinación de causas DDHH del Poder Judicial. Aquello, si bien tiene cierta lógica, levanta el interrogante sobre qué pasará con una iniciativa similar, largamente prometida, que se habría anunciado a cargo de la Unidad Programa de DDHH del Ministerio de Justicia y DDHH (ver *Informe 2020*).

23 Para la distinción entre búsqueda judicial y administrativa, y argumentos a favor de la necesaria coexistencia de ambas, ver *Informes* anteriores y Pietro Sferrazza, “La búsqueda de personas desaparecidas en Chile: ¿necesidad de un complemento humanitario?”, *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 243, 2021, pp. 79-108.

24 Tanto en pro de la eficacia de la búsqueda, como para cumplir con el deber / derecho de participación que los respectivos instrumentos y órganos internacionales consagran. Ver *Informes* anteriores, *inter alia*, el *Informe 2019* y su análisis de las recomendaciones y observaciones formuladas a Chile por los órganos competentes del sistema universal.

En relación al trabajo de toma de muestras que alimenta la identificación de restos o personas halladas, el Centro de toma de muestras de la Unidad de Derechos Humanos del SML continúa en sus esfuerzos, redoblados en 2020, para ubicar a parientes que pueden donar muestras, en particular, a familiares de personas detenidas-desaparecidas que hoy no están representadas, o están subrepresentadas, en el banco de perfiles genéticos. En esta materia, como en tantas otras, el paso del tiempo agrega desafíos nuevos: hoy, es más difícil que los padres o las madres de las personas desaparecidas se hallen vivos, por cuanto el universo de familiares a quienes es posible solicitar muestras está compuesto en su mayor grado por hermanas, hermanos, hijas e hijos, cuyas edades suelen ir desde los 50 años hacia arriba. Actualmente, se cuenta con un total de 5.700 muestras tomadas (generalmente, una identificación segura requiere cuatro o cinco muestras familiares por persona).

Fe de erratum: En el *Informe 2020*, reportamos que un total de 205 víctimas desaparecidas o ejecutadas hoy reconocidas por el Estado chileno no cuentan aún con muestras de referencia registrada. La cifra correcta era, y es, 250 personas. Se trata de un error tipográfico en la información recibida en 2020.

Como era de esperar, las actividades de búsqueda, exhumación y otros trabajos en terreno del SML se han visto afectadas en el periodo por la pandemia.<sup>25</sup> Algunas de las dificultades son comentadas en su tercer Informe de gestión, publicado en septiembre de 2020, que cubre tres meses del periodo estadístico relevante.<sup>26</sup> Ello fue complementado por información provista directamente al Observatorio en respuesta a una solicitud escrita. Los trabajos en terreno siguen en un nivel muy bajo por las condiciones sanitarias. En 2021, a diferencia de 2020, este hecho se encuentra reflejado en el presupuesto para viáticos asignado a estas labores, que se ha reducido a menos de un tercio de su nivel en los dos años anteriores. Si bien cierta reasignación de recursos es sensata mientras perduran las restricciones externas, es importante que no se transforme en un recorte permanente para esa función tan importante dentro de la labor de la Unidad. En cambio, el monto asignado al ítem estudios e investigación para 2021 se ha mantenido en un nivel similar al del año 2020. Ambos montos –el de 2021 y el de 2020– son un 20-25% más alto que el monto asignado en 2019 a ese mismo ítem. El alza con respecto a 2019 se debe en parte a que se ha podido

25 Situación que también ha retrasado, más allá de lo deseable, la repatriación desde Argentina de los restos de don Jorge Sagaute, detenido-desaparecido en Buenos Aires en 1977, en el marco de la Operación Cóndor, cuyo caso, e identificación, fue reportado en el *Informe 2020*.

26 Unidad de Derechos Humanos del Servicio Médico Legal, Informe de Gestión N° 3, *Situación en Materia de Derechos Humanos y Políticas Públicas en el Servicio Médico Legal*, julio a septiembre de 2020.

reanudar el envío de muestras a un laboratorio externo especializado, el del International Commission for Missing Persons, ICMP, que había suspendido temporalmente sus servicios al tener que recreditarse por un traslado de sede, desde Kosovo a La Haya.

Otras dificultades, no causadas por la pandemia, pero exacerbadas por ella, incluyen afectaciones estructurales a uno de los laboratorios, cuya reparación fue retrasada por una alta demanda general, afectando la disponibilidad de subcontratistas externos para realizar las reparaciones necesarias. A nivel de personal, un total de 30 personas actualmente realizan labores en la Unidad, en distintas especialidades, y no todas a jornada completa. La dotación se ha visto reducida por licencias médicas, pero también por renunciaciones de personal clave, entre ellos, dos científicas, más la abogada y el informático del equipo. Estas últimas dos personas ocuparon puestos únicos en el equipo, por cuanto su pérdida es particularmente preocupante. Estas carencias se han prolongado por una medida general de austeridad, introducida en el contexto de la pandemia, que congeló la planta funcionaria de los servicios públicos.<sup>27</sup> La medida también prohíbe el reemplazo de personas a contrata que renuncian o se jubilan. Al igual que con la reducción del presupuesto relacionado con trabajos en terreno, es muy importante que estas medidas realmente sean temporales y que se reviertan apenas las circunstancias lo permitan: todo avance a futuro debe representar una mejora con respecto de la línea base pre-pandemia.

## 2. ENFOQUE DE GÉNERO

Un reciente informe del relator especial de la ONU para la verdad, la justicia, la reparación, y las garantías de no repetición, enfatizó en la importancia de incorporar una perspectiva de género en la justicia transicional.<sup>28</sup> Según el relator, esto supone considerar los impactos diferenciales que las violaciones de derechos humanos han tenido en las mujeres, en la población con orientación sexual e identidad de género diversa, y en los hombres, en razón de su género. Para ello las herramientas de la justicia transicional deben contemplar mecanismos para garantizar que las diversas vivencias de género se consideren, incluyendo el prestar atención a la discriminación estructural propiciada por el patriarcado que afecta a mujeres y a personas LGBTIQ+.

27 Ministerio de Hacienda, Oficio No. 15, *Instructivo sobre austeridad y eficiencia en el uso de los recursos públicos durante la emergencia sanitaria producto del virus COVID-19*, 9 de abril de 2020.

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

Tales observaciones interpelan a la justicia de transición en Chile, cuestionando la insuficiente respuesta dada a las afectaciones específicas que las violaciones a los DDHH implicaron, en particular, para las mujeres y para la población LGBTIQ+. En efecto, si bien desde el Estado se ha avanzado en la incorporación de la perspectiva de género con la identificación de patrones de violencia sexual hacia las mujeres y en su judicialización, hay retrasos al respecto. También se evidencia poca atención a otros tipos de impactos de las violaciones de los derechos humanos en las vidas de las mujeres.<sup>29</sup> Asimismo, es casi nula la respuesta y visibilización de violaciones a los DDHH en contra de personas LGBTIQ+ en dictadura.

Frente a los avances, se resalta el reconocimiento que la Comisión Valech hizo sobre la violencia sexual en contra de las mujeres como una de las formas de violencia más brutales ejercidas por el régimen militar.<sup>30</sup> No obstante, tal reconocimiento no se ha correspondido con una condena judicial, puesto que, salvo algunas excepciones, los tribunales que conocen de hechos de violencia sexual (como desnudamientos forzosos, tocamientos, violaciones, y abortos forzados, entre otros) no consideran estos en la tipificación de conductas y la determinación de condenas.<sup>31</sup> Al respecto, en 2013, el Observatorio y la Corporación Humanas estudiaron 40 causas judiciales sobre delitos sexuales contra mujeres, evidenciando que las condenas finales no refirieron a estos delitos.<sup>32</sup> Para el presente *Informe*, se revisaron las sentencias finales de la Corte Suprema entre 2014 y 2020, arribando a resultados similares

- 29 Entre ellas, por ejemplo, el impacto del doble o incluso triple carga asumida por mujeres afectadas por la desaparición, ejecución o apresamiento de sus parejas u otros parientes cercanos, quienes en muchos casos tuvieron que asumir a solas la conducción de sus hogares, la generación de ingresos, y el liderazgo y activismo en defensa de los derechos humanos.
- 30 Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura (“Comisión Valech”), *Informe de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura*, 2005, pp. 251-258.
- 31 Entre las excepciones se debe de contar un fallo ratificado en la Corte de Apelaciones de Santiago justo antes del cierre de edición, en que la Sexta Sala del tribunal acogió la invocación explícita de una perspectiva de género en una sentencia condenatoria dictada, en primera instancia, por el entonces ministro en visita Mario Carroza. El fallo condena a cuatro responsables, por los delitos de secuestro calificado y aplicación de tormentos cometidos en contra de un total de 10 sobrevivientes. El punto de interés específico reside en que, en el caso de las seis víctimas mujeres, la figura de tormentos fue ajustada, explícitamente, a la de “tormentos con violencia sexual”. Según el fallo: “En efecto, estándares internacionales abordan el problema de la violencia contra la mujer desde una perspectiva de género y le reconocen como violaciones a toda la humanidad, llevando a órganos del Sistema Universal e Interamericano de los Derechos Humanos a evidenciar que en nuestro país existen excesivas deficiencias en los tipos penales que sancionan estas conductas asociadas a la violencia de género”. CA de Santiago, Sentencia Rol 6.533-2020, 23 de septiembre de 2021.
- 32 El estudio, inédito en versión escrita, fue presentado en seminarios públicos en 2013, asimismo, nutrió análisis publicados en el *Informe 2014* y en el Boletín 24 del Observatorio de Justicia Transicional UDP.

a los que se obtuvieron en 2013, pues los órganos judiciales no suelen dar una respuesta jurídica adecuada ante los hechos de violencia sexual cometidos en dictadura. Sin embargo, debe destacarse un fallo de la Corte Suprema de 2018, en el caso de Sara Luisa Lara Reyes (sobreviviente), que reconoce que la violación sexual por agentes del Estado en dictadura “debe calificarse como un crimen de lesa humanidad y, por ende, una violación grave a las normas internacionales sobre Derechos Humanos”.<sup>33</sup> También, en el ámbito penal se resalta la sentencia de primera instancia dictada durante el periodo cubierto por el presente capítulo, por los crímenes cometidos en el centro de detención clandestina ubicado en la calle Irán con Los Plátanos, en Santiago. La sentencia reconoce la gravedad y sistematicidad de la violencia sexual allí cometida, como violaciones a toda la humanidad, y condena por los “delitos reiterados de secuestro calificado y aplicación de tormentos con violencia sexual”.<sup>34</sup> La condena por aplicación de tormentos con violencia sexual como un delito autónomo es un logro en la judicialización de la violencia sexual, toda vez que generalmente estos hechos se han subsumido en el tipo de secuestro calificado. Estos logros son, por supuesto, fruto del trabajo adelantado por las mujeres sobrevivientes que han luchado por visibilizar y condenar la violencia sexual como una práctica específica de la dictadura.<sup>35</sup>

Si bien los avances en materia de enfrentar a la violencia sexual contra la mujer son valiosos, la perspectiva de género en la justicia transicional no se reduce a este tipo de violencia, y tampoco se puede caer en el riesgo de encasillar a las mujeres en este tipo de violaciones.<sup>36</sup> Por tanto, deben considerarse los impactos diferenciados de otras violaciones a los DDHH y sus efectos secundarios en las mujeres, teniendo en cuenta, por ejemplo, la estigmatización que en algunos contextos sociales conlleva el haber perdido a su conviviente, o la falta de medios de subsistencia que puede resultar del mismo hecho.<sup>37</sup> Al respecto, el Informe Rettig ofrece ejemplos claros, expresados en citas tales como:

33 Corte Suprema, Sentencia Rol 31711-17, 23 de enero de 2018. Este fallo se dictó en el marco de una causa civil promovida para obtener la reparación de los daños causados por la violación sexual cometida por miembros de Carabineros, en 1984, en una Comisaría. Véase Paulina Zamorano, “Caso Lara vs. Fisco. La violación sexual como crimen de lesa humanidad”, *Boletín 45, del Observatorio de Justicia Transicional UDP*, 2018, pp. 3-4.

34 Ministro en Visita Extraordinaria don Mario Rolando Carroza Espinoza, Sentencia Rol 73-2016, 5 de noviembre de 2020.

35 Véase *Informe 2016*, pp. 495-596.

36 Kelli Muddell y Sibley Hawkins, *Género y Justicia Transicional: Una serie de capacitación. Módulo 1: Generalidades*, Nueva York, 2018, p. 12. Ver también las observaciones de Kimberly Theidon, sobre los aspectos contraproducentes del énfasis puesto en violencia sexual como la forma principal o primordial de victimización de las mujeres durante el conflicto armado interno peruano.

37 Informe del Relator Especial [...] La perspectiva de género [...]. Documento ONU A/75/174, 17 de julio de 2020, op. cit.



“Cuando mi marido murió en el atentado, quedé sola con mi hijo, ahora me lo cuida mi madre para que yo pueda trabajar”. La atención prestada a las afectaciones que las desapariciones forzadas y las ejecuciones extrajudiciales significaron en el cambio de roles de las mujeres, constituye una muestra de una mirada diferencial de género. Es necesario que dicha mirada no solamente se extienda a otros tipos de violencias, como la tortura y el exilio, sino que además se operacionalice, por ejemplo, integrándose como elemento a considerar en la determinación de la reparación por vía judicial que corresponde en las causas que actualmente cursan y en las que se interpongan más adelante.<sup>38</sup>

Además, aun cuando la violencia sexual recae principalmente en las mujeres, no por ello debe ser ignorada la victimización de hombres y, en particular, de aquellos con orientación sexual y de género diversa; crímenes que también se explican a la luz de estereotipos de género. En Chile, este tipo de violencia ha sido prácticamente invisibilizada al nivel institucional. Incluso desde la sociedad civil, los estudios y las referencias en la materia no son numerosos. En el caso de las personas que fueron violentadas en dictadura en razón de su orientación sexual y de género diversa, la documentación es todavía más escasa, aunque cabe destacar un estudio publicado por el Museo de la Memoria y los Derechos Humanos en el que se señala que, si bien no hubo una política de represión dirigida específicamente hacia la población LGBTIQ+, el modelo de sociedad patriarcal que reforzó e impulsó la dictadura no solo vetó las expresiones diversas, sino que también se tradujo en violaciones y ataques directos a las personas homosexuales o transexuales.<sup>39</sup>

Por otra parte, aunque ya no referidos al ámbito estatal, en materia de género es obligatorio el reconocimiento a la labor realizada por las mujeres y organizaciones de mujeres hasta el día de hoy, en el impulso de diferentes iniciativas de justicia transicional y, en particular, en acciones de memoria que reivindicán el papel de resistencia de las mujeres en dictadura. En el *Informe 2020* se alude con mayor detenimiento a estas, destacando los libros *Camarines de Mujeres: memorias de prisioneras políticas del Estadio Nacional* y *Las asistentes sociales de la Vicaría de la Solidaridad*; y, el documental *Haydee y el pez volador*. Este tipo de producciones recuerda que los movimientos de mujeres en dictadura se organizaron por la defensa de los derechos humanos y se movilizaron por el fin de la dictadura y la instauración de la “democracia en el país

38 Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, *Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación*, 1991, Volumen I, Tomo 2, Tercera Parte, Capítulo IV, E.3.

39 Museo de la Memoria y los Derechos Humanos, Anna Desrués, *Diversidad sexual en dictadura militar (1973/1990)*.

y en la casa”.<sup>40</sup> Justamente, y en relación con las garantías de no repetición, las organizaciones de mujeres en el proceso de transición a la democracia formularon las “Demandas de las Mujeres a la Democracia”, pidiendo la realización de cambios estructurales y reformas institucionales que permitieran la plena participación de la mujer en democracia y contribuyeran a la erradicación de los variados estereotipos de género profundizados por la dictadura.<sup>41</sup> Sin embargo, los diferentes amarres de la transición frenaron la implementación a cabalidad de esta agenda de género, de suerte que la naciente democracia no implicó el aumento de la participación de las mujeres ni la eliminación de aquella normativa discriminatoria hacia las mujeres y las personas LGBTIQ+.<sup>42</sup> Desde esta perspectiva, Haydee Oberreuter, expresa política y dirigente de derechos humanos, sostiene que la justicia transicional tiene una deuda en materia de género.<sup>43</sup>

### 3. VERDAD

#### 3.1. Impacto de las comisiones de la verdad: estudios y ejemplos internacionales y nacionales

En un seminario virtual co-convocado por el Observatorio con la Universidad de Ulster, Irlanda del Norte, con ocasión del Día Internacional del Derecho a la Verdad, el 24 de marzo de 2021, Cath Collins, directora del Observatorio, comentó un trabajo reciente de Onur Bakiner, especialista en el área de las comisiones de la verdad. El Dr. Bakiner, quien investigó en Chile para su primer libro en la materia, presentó un estudio sobre el efecto de las comisiones de la verdad en las políticas públicas, los tribunales y las sociedades en general. El estudio, producto de una reseña sistemática de la cuantiosa producción académica y literatura secundaria que existe en la materia,<sup>44</sup> concluye que si bien es en teoría posible que las comisiones generen un ímpetu que puede ayudar a la apertura de una *ventana de oportunidad* para cambios sociales y políticos contundentes, su naturaleza como instituciones efímeras, de poderes y mandatos limitados, conlleva a que la actitud y protagonismo de otros actores en el periodo post-comisión sea determinante

40 María Elena Valenzuela, “Las mujeres en la transición democrática”, en Paul W. Drake e Iván Jaksic eds., *El Dificil camino hacia la democracia en Chile. 1982-1990*, FLACSO, Santiago, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, 1993, pp. 307-350.

41 *Ibíd.*

42 María Elena Valenzuela, “Las mujeres y el poder: Avances y retrocesos a tres años de democracia en Chile”, *Revista Proposiciones*, 1993.

43 Entrevista de investigadores del Observatorio a Haydee Oberreuter, Santiago, 28 de junio de 2021.

44 Prontamente a publicarse, en inglés, como el artículo “Truth Commission Impact”, en la revista *Annual Review of Law & Social Science*.

en si estas tienen, o no, la posibilidad real de obrar o aportar a cambios positivos. Asimismo, precisa que las evaluaciones sobre si el formato en sí, y/o determinadas comisiones en particular, ha sido, o no, “exitoso”, varían sustancialmente según quien evalúa, y los criterios, definiciones, y expectativas que se aplican. Observa que, si bien un creciente “giro a la ultraderecha” negacionista podría llevar a algunos a otorgarle una mayor importancia a esas comisiones para fijar el reconocimiento de la verdad sobre crímenes estatales anteriores, el hecho de que ese giro surja en países latinoamericanos que ya las tuvieron, levanta interrogantes sobre la capacidad de las comisiones de la verdad para *rayar la cancha* de modo duradero o consensuado.

El ejemplo reciente de Brasil, cuya Comisión de la Verdad de 2014 fue totalmente socavada por la administración sumamente negacionista del presidente Jair Bolsonaro, ofrece una moraleja para quienes estiman que otra comisión de la verdad en Chile podría servir para *resolver* o al menos *esclarecer* los crímenes contra los DDHH cometidos por agentes estatales con posterioridad al 18-O. Existen también otros motivos para estimar que puede tratarse de un trasplante poco idóneo entre situaciones que, si bien son ambas muy graves, tienen características distintas, al punto que una respuesta ideada para uno de los contextos, puede resultar insatisfactoria o contraproducente para el otro. Las comisiones de la verdad nacieron en contextos en que varios actores de peso creían, correctamente o no, que no existían las condiciones ni la capacidad para que la justicia penal respondiera como era debido. Se dio por ausente, dañado, o completamente corrompido, el Estado de derecho y el sistema de justicia. Sin embargo, se supone que estos ya son otros tiempos, con instituciones a las que se les debe exigir que respondan como es debido. Es por ello que al invocar hoy argumentos similares sobre la necesidad de procurar “soluciones especiales” para “condiciones especiales”, se corre el riesgo de perpetuar el argumento falaz de que no se puede, o no se debe, esperar y exigir la actuación normal, celosa y oportuna de la justicia para investigar y castigar crímenes graves. Crímenes que fueron cometidos, además, no bajo mantos de secretismo, sino, en muchos casos, a plena luz del día, a la vista de toda la ciudadanía, dejando abundante evidencia audiovisual y testimonial.

Si lo que está en duda es más bien la eficacia o eficiencia práctica del sistema penal actual para abordar este universo de casos –y en efecto,

hay motivos para dicho cuestionamiento—<sup>45</sup> el mejor remedio podría residir no en la creación de la solución ad hoc que significa una comisión de verdad, sino en la activación y/o fortalecimiento de los órganos cuya actuación es clave para la investigación y sanción de estos hechos —entre ellos, la Fiscalía—. Aquello significaría, además, una inversión en las instituciones, funcionarias y funcionarios cuyo correcto funcionamiento en esta materia es clave para las garantías de no repetición. Por último, podría ser conveniente que quienes se entusiasman con la idea de otra comisión de la verdad para Chile, consideren con detenimiento cuál es la valoración real de las ya existentes, en términos de sus impactos y niveles de éxito. Los ejemplos que deben ser evaluados incluyen no solamente las comisiones Rettig y Valech, sino también la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas, cuyo informe, publicado en 2003, parece estar descansando en el más absoluto de los olvidos.<sup>46</sup>

Es cierto que las comisiones de verdad pueden prestar una ayuda muy valiosa a las sociedades pos-dictatoriales o pos-conflicto, al constatar hechos que constituyeron violaciones a los DDHH, fomentar la rendición de cuentas, preservar las pruebas, identificar a los autores, y recomendar reparaciones y reformas institucionales. También, pueden servir para que sobrevivientes y defensores de los DDHH cuenten directamente al país, y a las nuevas generaciones, sus vivencias y luchas, estimulando, así, un necesario debate público sobre cómo convivir activamente con el pasado reciente.<sup>47</sup> Sin embargo, es indispensable que en todo contexto actual en el que se baraja la formación de una comisión de la verdad se considere con realismo, primero, las lecciones que la historia ha ido enseñando sobre el destino e impacto de comisiones ya realizadas y, segundo, si lo que corresponde no sería más bien el robustecimiento de la institucionalidad ya existente, institucionalidad de la que forma parte el sistema de justicia penal.

### **3.2 Las comisiones de la verdad en Chile y la violencia sexual**

Así, en materia de verdad, pese a que el Informe de la Comisión Rettig reconoció que las vejaciones y violaciones sexuales fueron denunciadas

45 Según el Ministerio Público de Chile, en un informe dado a conocer en marzo de 2021, con datos actualizados al 28 de enero del mismo año, originalmente, se abrieron 8.581 causas por violaciones de derechos humanos ocurridas durante el estallido social. De ellas, 2.013 fueron reagrupadas con otros procesos. En total, subsistieron activas 6.568 causas. Sin embargo, el 46% de ellas, esto es, 3.050 causas, ya fueron cerradas sin sujetos formalizados. A esa época, solo una causa había finalizado con una sentencia definitiva condenatoria (disponible en sitio web: <https://www.ciperchile.cl/wp-content/uploads/documento-01-1.pdf>).

46 La Comisión, creada por el entonces presidente Ricardo Lagos, en 2001, fue presidida por el expresidente Patricio Aylwin.

47 Secretario General de las Naciones Unidas, *Informe del Secretario General sobre el estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, documento ONU S/2004/616, 3 de agosto de 2004, p. 20.

con frecuencia por quienes prestaron testimonios ante esa instancia, no registró los casos de violencia sexual ejercida en contra de las mujeres desaparecidas o ejecutadas ni tampoco contiene un apartado descriptivo de los tipos de violencia sexual denunciados. Además, identificó a la violencia sexual como una forma de violencia que se ejercía en contra de las mujeres detenidas, sin aludir ni reportar caso alguno de violencia sexual en contra de hombres; incluso, afirmó que este tipo de violencia, en ocasiones, constituía una práctica de excesos de ciertos agentes del Estado, sin dimensionar su carácter generalizado y sistemático.<sup>48</sup>

Posteriormente, luego de más de diez años de lucha de las y los sobrevivientes de prisión política y tortura por la visibilización de su verdad y el reconocimiento de sus derechos, entre ellos, el derecho a la reparación, se creó la Comisión Valech, la cual recibió 36.035 testimonios. En apenas 316 de esos testimonios, mujeres sobrevivientes reconocieron ser víctimas de violación sexual, sin embargo, casi todas las mujeres participantes señalaron haber sido víctimas de otras clases de violencia sexual. En este sentido, la Comisión reconoció que el número de mujeres víctimas de violación podría ser mayor, en atención también a los numerosos testimonios de personas detenidas que dicen haber presenciado este tipo de práctica en los lugares de detención.<sup>49</sup> La aparente disonancia entre las cifras se produjo, en parte, porque esta Comisión no incluyó dentro de la ficha de entrevista un apartado específico en el que se les consultara a las y los declarantes si habían sufrido violencia sexual, sino que esa información se obtuvo por el testimonio espontáneo de las y los sobrevivientes cuando se les consultó acerca de los tipos de tortura que habían padecido (pese a ello, este informe sí recoge en un apartado, un catálogo de los diferentes tipos de violencia sexual que se infligieron durante la dictadura). Esta situación no mejoró en el Informe Valech II, toda vez que no se hizo alusión alguna a la “especificidad de la violencia sexual como modo de tortura, algo que evidencias anecdóticas nos han sugerido fueron denunciadas en forma reiterada y a elevado costo personal por muchas de las mujeres testimoniantes.”<sup>50</sup> Asimismo, no se incluyeron los casos de violencia que se produjeron en contextos de allanamientos o de detenciones –durante manifestaciones– que tuvieran un tiempo de duración menor a cinco días, tal como fue reportado en esa oportunidad por el Observatorio de DDHH.

48 Magdalena Garcés y Paulina Zamorano, “Desaparición forzada durante la dictadura militar: Avances y dificultades en el juzgamiento de los casos”, *Los Derechos Humanos hoy, reflexiones, desafíos y proyecciones a 70 años de la Declaración Universal*, U. Católica Silva Henríquez, 2018, pp. 177.

49 Corporación Humanas, *Sin Tregua: Políticas de reparación para mujeres víctimas de violencia sexual durante dictaduras y conflictos armados*, 2008, pp. 74.

50 Observatorio de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales (hoy, Observatorio de Justicia Transicional), *Análisis inicial del segundo Informe Nacional sobre Prisión Política y Tortura – VALECH II’ 2001*, p.2.

### 3.3 Publicidad de indultos y beneficios

En *Informes* anteriores advertimos una creciente tendencia al uso de indultos presidenciales para disolver el cumplimiento de la pena final impuesta a perpetradores de crímenes de lesa humanidad. Tratándose, en efecto, de un *bypass* político (desde el Poder Ejecutivo) a la actuación de la justicia, la figura del indulto siempre debe ser manejada con criterio, cualesquiera que sean las circunstancias, los delitos, o los perpetradores involucrados. En los casos particulares, merece preocupación adicional el secretismo que ha rodeado sus concesiones, algo que dificulta el monitoreo social del correcto uso de la figura. La concesión de beneficios penitenciarios (beneficios post-sentencia) por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, en casos en que estos han sido rechazados por las entidades especializadas creadas para dichos efectos, también debe suscitar preocupación, por razones similares. Dentro del periodo de la presente edición, se han dado ejemplos de ambas prácticas.

En diciembre de 2020, mientras se conocía una acción de inaplicabilidad promovida por el perpetrador Rodrigo Pérez Martínez y otros exagentes de la CNI ante el Tribunal Constitucional,<sup>51</sup> la defensa de los agentes dio a conocer que Pérez Martínez habría recibido beneficios penitenciarios, consistentes en la reducción de pena, concedidos por el Ministerio de Justicia y los Derechos Humanos. Dos aspectos llaman la atención de este caso. Primero, que el Ejecutivo haya concedido el beneficio pese a la existencia de un largo historial de rechazos, por la Sala Penal de la Corte Suprema, a peticiones de libertad condicional. La Corte estimó, en cada oportunidad, que Pérez Martínez no cumplía con los requisitos que la ley exige, al no encontrarse corregido y rehabilitado para la vida social (ver *Informe 2020*). Segundo, la falta de transparencia y publicidad en el reconocimiento de estos beneficios, sin notificación alguna a víctimas y a tribunales de justicia.

Al respecto, vía transparencia se solicitó al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos que informara sobre los condenados por la comisión de crímenes de lesa humanidad que hubieran recibido beneficios penitenciarios o indultos presidenciales en el período 2015 a 2020.<sup>52</sup> La respuesta a dicha petición dio cuenta de que solo durante el año calendario 2020 se otorgaron seis beneficios de reducción de condena, de los

51 Resuelto en enero de 2021 (Tribunal Constitucional, Sentencia Rol 9406-20-INA, 28 de enero de 2021). Ver, al respecto, la sección Procesos de DDHH ante el Tribunal Constitucional de este mismo capítulo, y Francisco Bustos, "Libertad condicional y crímenes de lesa humanidad. Comentario a una sentencia del Tribunal Constitucional (Rol 6985-19-INA) sobre el DL 321 reformado", *Boletín informativo del Observatorio de Justicia Transicional*, N°57, 2020.

52 Solicitud presentada por el abogado Francisco Bustos por Ley de Transparencia al Ministerio de Justicia, 30 de diciembre de 2020, copia archivada con el Observatorio.

cuales cuatro se concedieron en diciembre.<sup>53</sup> Además, se confirieron cuatro indultos presidenciales. Si bien tres de ellos fueron conocidos públicamente, a poco andar, el cuarto, de diciembre de 2020, solamente fue publicitado durante el primer semestre de 2021.

Conforme a la información recibida en materia de reducción de condenas, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos benefició en 2020 a un total de seis perpetradores. El primero fue Juan Abello Vildósola, condenado a 5 años y un día por el secuestro calificado de Arturo Villegas Villagrán en el Episodio Coelemu (CS rol 936-2015). El segundo, en octubre, fue Lander Uriarte Burotto, condenado a 6 años por las desapariciones forzadas de los ciudadanos uruguayos Ariel Arcos, Juan Povaschuck y Enrique Pargadoy (CS rol 21384-2014). Las concesiones restantes tuvieron lugar todas en diciembre de 2020. El tercer beneficiado fue el ya mencionado Rodrigo Pérez Martínez, condenado por los secuestros de cinco militantes del FPMR en 1987 (CS Rol 8642-2015). El cuarto, Juan Artemio Valderrama Molina, quien se hallaba condenado a 6 años de presidio por el secuestro calificado de Alonso Lazo Rojas (CS Rol 29086-2014).<sup>54</sup> El quinto, Adolfo Lapostol Sprovera, fue condenado por la desaparición forzada de Alonso Lazo (CS rol 29086-2014), y la sexta concesión fue para Carlos Enrique Blanco Plummer, condenado a 5 años por el homicidio de Gumercindo Gutiérrez (CS Rol 16542-2016).

Respecto de los indultos presidenciales –algunos de ellos, ya examinados en el *Informe 2020*–, estos se concedieron a cuatro perpetradores, a saber: Demóstenes Cárdenas, exagente de la DINa con múltiples condenas y procesos pendientes; Víctor Manuel Mättig Guzmán, quien cumplía condena desde fines de 2018, por el secuestro calificado de José Luis Baeza Cruces, en la Academia de Guerra Aérea, y que registra otros procesos pendientes por crímenes de lesa humanidad; Raúl Rojas Nieto, del Comando Conjunto, condenado a siete años por el secuestro calificado de Víctor Vega Rodríguez en 2017; y, por último, Hugo Prado Contreras, indultado en diciembre de 2020. Prado Contreras, exgeneral de la Dirección de Inteligencia del Ejército (DINE), se hallaba condenado, al igual que Rodrigo Pérez Martínez, por el “caso de los cinco”, de 1987. Así como en *Informes* previos se han cuestionado las formas y bases utilizadas para la concesión de libertades condicionales, señalamos también que la concesión de reducciones de condena o indultos por parte del Poder Ejecutivo sin evidencia de considerar requisitos especiales en el caso de condenados por crímenes de lesa humanidad, vulnera los estándares de justicia en cuanto a una pena

53 Respuesta de la Subsecretaría de Justicia del Min. Justicia y DDHH al abogado Francisco Bustos, Oficio N° 286, del 19 de enero de 2021. Copia archivada con el Observatorio, citada con el permiso del peticionario.

54 Recordemos que, como se señaló en el *Informe 2019*, la concesión de libertad condicional de los demás condenados por ese caso motivó la reforma del DL 321, de 1925.

proporcional. En tanto, la falta de publicidad y de notificación anticipada a las y los familiares y sobrevivientes, desconoce las garantías que ellas y ellos deben tener, al impedirles que presenten sus descargos y sean oídos.

#### 4. JUSTICIA

##### 4.1 Tribunales nacionales

**Cuadro 1. Número de sentencias emitidas por la Sala Penal de la Corte Suprema entre julio de 2010 y junio de 2021, en causas por violaciones a derechos humanos en tiempos de dictadura, en once periodos estadísticos:**

	Número de procesos DDHH finalizados en la Sala Penal de la Corte Suprema.
Julio 2010 - junio 2011.	23
Julio 2011 - junio 2012.	18
Julio 2012 - junio 2013.	4
Julio 2013 - junio 2014.	12*
Julio 2014 - junio 2015.	44**
Julio 2015 - junio 2016.	58°
Julio 2016 - junio 2017.	55°
Julio 2017 - junio 2018.	37°
Julio 2018 - junio 2019.	44°
Julio 2019 - junio 2020.	47***
Julio 2020 - junio 2021.	39****

\* Uno de ellos solamente respecto a responsabilidades civiles.

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

° 16 de ellos solamente respecto a responsabilidades civiles.

° Seis de ellos solamente respecto a responsabilidades civiles.

\*\*\* 15 de ellos solamente respecto a responsabilidades civiles.

\*\*\*\* 12 de ellos solamente respecto a responsabilidades civiles.

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



**Cuadro 2. Detalle de las 39 sentencias de la Corte Suprema, emitidas entre julio de 2020 y junio de 2021 (inclusive), en causas<sup>55</sup> por violaciones a derechos humanos en tiempos de dictadura**

Causa	Fecha fallo	Rol
1. Indemnización civil René Eduardo Melo Lagos, ex preso político sobreviviente.	15.07.2020	Rol 21123-2020
2. Indemnización civil David Cristóbal Montecino Castillo, ex preso político sobreviviente.	21.07.2020	Rol 29383-2019
3. Delitos de secuestro calificado y homicidio calificado de Ángel Gabriel Guerrero Carrillo.	29.07.2020	Rol 13097-2018
4. Homicidio calificado de Pedro Armando Mena Sepúlveda, Miguel Ángel Tapia Rojas, Oscar David Duarte Pedraza y el secuestro calificado de Marco Antonio Martínez Traslaviña.	4.08.2020	Rol 16908-2018
5. Indemnización civil Aurora del Carmen Cornejo Pino, ex presa política sobreviviente.	5.08.2020	Rol 21015-2020
6. Indemnización civil Hernán Aburto Antipán, ex preso político sobreviviente.	12.08.2020	Rol 33745-2019
7. Homicidio simple de José Rodolfo Randolph Segovia.	12.08.2020	Rol 2634-2019
8. Indemnización civil Rodolfo Leveque Carrasco, detenido desaparecido.	18.08.2020	Rol 24138-2019
9. Delito de secuestro con grave daño de los hermanos Sonia Marta y Claudio Núñez Rodríguez, ex presos políticos sobrevivientes.	20.08.2020	Rol 20631-2018
10. Caso Operación Colombo: secuestro calificado de Sonia Bustos Reyes.	31.08.2020	Rol 14847-2018
11. Indemnización civil Héctor Vergara Herrera, ex preso político sobreviviente.	16.09.2020	Rol 30481-2020
12. Indemnización civil Manuel Jesús Sepúlveda Sánchez, detenido desaparecido.	23.09.2020	Rol 14784-2020
13. Homicidio calificado de Ricardo Abraham Pérez Cárdenas.	28.09.2020	Rol 12931-2018
14. Homicidio calificado de Humberto Fernández Trujillo.	2.10.2020	Rol 28474-2018
15. Indemnización civil Luis Alejandro Largo Vera, detenido desaparecido.	14.10.2020	Rol 21264-2020

55 Demandas civiles y/o causas penales. Otras actuaciones relevantes de la Corte, p/ej. la resolución de recursos de revisión, no figuran en el presente conteo, pero se analizan en otras secciones del Informe.

16.	Caso agricultores mapuches de Galvarino: homicidio calificado de Segundo Lepín Antilaf, Juan Segundo Nahuel Huaiquimil, Julio Augusto Ñirripil Paillao, Segundo Levío Llaupe, Víctor Yanquín Tropa y Heriberto Collío Naín.	10.11.2020	Rol 16826-2018
17.	Indemnización civil Álvaro Modesto Vallejos Villagrán, detenido desaparecido.	11.11.2020	Rol 44389-2020
18.	Indemnización civil ex presos políticos sobrevivientes de Punta Arenas: César Segundo Guelet Vera, Eduardo Sergio Leiva Pérez, Teófilo del Carmen Alonso Alonso, José del Carmen Mancilla Bravo, Carlos Rubén Ovando Cárdenas, Carlos Alfonso Jaramillo Freyhofer y Ulises Gustavo Melgarejo Villalobos.	16.11.2020	Rol 44407-2020
19.	Indemnización civil Humberto Menanteau Aceituno, ejecutado político.	17.11.2020	Rol 24688-2020
20.	Caso fusilados en Pelluco, Puerto Montt: homicidio calificado de José René Argel Marilicán, Dagoberto Segundo Cárcamo Navarro, Carlos Mansilla Coñuecar, Jorge Melipillán Aros, José Armando Ñancumán Maldonado y Adolfo Omar Arismendi Pérez.	18.11.2020	Rol 29534-2018
21.	Caso pobladores de Peñalolén: secuestro calificado de Hernán Manuel Peña Catalán y Luis Armando Vergara González. Homicidio calificado de José Adrián Ramírez Díaz, y el delito de sustracción de menor de edad de Pedro Hugo Pérez Godoy, desaparecido.	24.11.2020	Rol 20937-2018
22.	Caso pobladores Pablo de Rokha: secuestro calificado de Justo Segundo Flores Martínez y Luis Enrique Pérez Balbontín.	27.11.2020	Rol 16830-2018
23.	Homicidio calificado de Patricio Enrique Manríquez Norambuena.	19.01.2021	Rol 20616-2018
24.	Caso Pisagua: secuestro calificado de Michel Nash Sáez, Jesús Cañas Cañas y Juan Jiménez Vidal. Homicidio calificado de Marcelo Guzmán Fuentes, Juan Calderón Villalón, Luis Lizardi Lizardi, Julio Cabezas Gacitúa, Julio Córdova Croxato, Mario Morris Barrios, Humberto Lizardi Flores y Juan Valencia Hinojosa.	9.02.2021	Rol 8945-2018
25.	Delito de homicidio calificado y delito reiterado de aplicación de tormentos a Querubín Bernardo Cuevas Parra.	23.03.2021	Rol 20396-2018

26.	Secuestro calificado de Juan de la Cruz Arellano Gómez y Mario Antonio González Albornoz.	6.04.2021	Rol 24953-2018
27.	Homicidio calificado de Jorge Arturo Toy Vergara.	12.04.2021	Rol 26739-2018
28.	Caso Población Roosevelt de Recoleta: homicidio calificado de Miguel Orellana Barrera, Jorge Bernardino Pinto Esquivel, Sergio Hugo Muñoz Maturana, Martín Segundo Saravia González, Juan Humberto Alberto Orellana Alarcón, Juan Eliseo Rojas Acevedo, Jorge Nicolás Lira Yáñez, Jaime Meneses Cisternas, Juan Jorge Coria Calderón, Guillermo Vásquez Romo, Nardo del Carmen Sepúlveda Mancilla y Ramón Jara Espinoza.	12.05.2021	Rol 28464-2018
29.	Secuestro calificado de Marcelino Rolando Lamas Largo.	13.05.2021	Rol 23301-2018
30.	Homicidio calificado de Luis Eduardo Charme Barros.	25.05.2021	Rol 32784-2018
31.	Secuestro calificado de Segundo Elías Llancaqueo Millán.	7.06.2021	Rol 26204-2018
32.	Secuestro calificado de Alicia Herrera Benítez, José Vicente Toloza Vásquez, Guillermo Gálvez Rivadeneira, Guillermo Albino Martínez Quijón, Hugo Ernesto Vivanco Vega, Óscar Orlando Ramos Garrido, Óscar Arturo Ramos Vivanco y Nicolás Hugo Vivanco Herrera.	16.06.2021	Rol 32658-2018
33.	Secuestro y aplicación de apremios ilegítimos a Aránzazu Pinedo Castro, ex presa política sobreviviente.	18.06.2021	Rol 26419-2018
34.	Homicidio simple de Juan Fernando Millas Véliz.	25.06.2021	Rol 24862-2018
35.	Caso Operación Colombo: secuestro calificado de Néstor Alfonso Gallardo Agüero.	25.06.2021	Rol 12356-2019
36.	Indemnización civil de Eduardo Elías Cerda Ángel, ejecutado político.	29.06.2021	Rol 76690-2020
37.	Homicidio calificado de Rolando Juan Rodríguez Cordero y Mauricio Jean Carrasco Valdivia.	29.06.2021	Rol 18876-2018
38.	Secuestro calificado de Joel Huaiquínir Benavides.	30.06.2021	Rol 2352-2019
39.	Homicidio calificado de Pedro Abraham Morales Retamal y Luis Orlando Zapata Banda.	30.06.2021	Rol 1584-2019

#### **4.1.1 Ministros y ministras en visita y acciones de la oficina de coordinación en causas DDHH**

El 31 de diciembre de 2020 el magistrado Mario Carroza, exministro instructor en causas de DDHH, prestó juramento como nuevo integrante de la Corte Suprema. Durante la década precedente, el Ministro Carroza tuvo a su cargo múltiples investigaciones de crímenes de lesa humanidad y otras violaciones de tiempos dictatoriales, como ministro instructor con dedicación exclusiva o preferente, desde 2010, en la Corte de Apelaciones de Santiago. Recibiendo el juramento del nuevo ministro de la Suprema en su calidad del presidente (s) del máximo tribunal, el ministro Sergio Muñoz destacó “el compromiso del Ministro (...) Carroza con la verdad y la justicia, que es el compromiso de todo el Poder Judicial”.<sup>56</sup> El ministro Muñoz también ha jugado siempre un papel significativo en la materia, como ministro instructor y, luego, durante dos periodos, como ministro coordinador para la Corte Suprema de causas de DDHH.

Como consecuencia, en parte, del ascenso del ministro Carroza, en enero de 2021 la Corte Suprema dio a conocer una serie de modificaciones a la designación de ministros en visita en causas de DDHH. Los cambios fueron sin duda significativos: casi la totalidad de las y los ministras/os, hasta ahora conocidos por su largo actuar en ese ámbito, dejaron de instruir causas de DDHH, o bien dejaron de asumir causas nuevas, las cuales fueron asumidas por ministras y ministros nuevos en la materia. En la Corte de Apelaciones de Santiago, por ejemplo, las causas antes instruidas por el ministro Carroza fueron traspasadas a la ministra Paola Plaza y al ministro Guillermo de la Barra, quienes asumieron, además, algunas de las causas antes instruidas por el ministro Miguel Vázquez (causas en sumario y plenario), y toda causa nueva en DDHH que ingresa a la mencionada Corte. El ministro Vázquez –al igual que otros dos ministros conocidos por su larga asociación con causas de DDHH (Alejandro Madrid y Hernán Crisosto)– quedó a cargo únicamente de aquella porción de sus causas que se encuentra hoy fallada en primera instancia (en fase de ejecución). El personal antes asignado a los ministros Vázquez, Madrid y Crisosto ahora trabaja con los ministros Plaza y de la Barra. En San Miguel, el ministro Carlos Farías asumió conjuntamente las causas actualmente llevadas por la ministra Marianela Cifuentes y asumirá toda causa nueva de DDHH que ingresa a ese tribunal.

Además, se anunció el retiro de causas de DDHH del ministro Jaime Arancibia, de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, para retomar sus responsabilidades regulares de sala. El ministro Arancibia jugó un rol valiente y muy valorado en la instrucción de causas de DDHH en

56 Noticias del Poder Judicial: “Ministro Mario Carroza juró como nuevo integrante de la Corte Suprema”, 31 de diciembre de 2020.

la Región de Valparaíso, donde tuvo que sortear obstrucción e incluso amenazas,<sup>57</sup> en una zona cuya vida pública e institucional aún se halla fuertemente influenciada por la Armada. Las causas del ministro Arancibia fueron asumidas por los ministros Max Cancino y Rafael Corvalán, y por la ministra María Cruz. Las y los nuevos ministras/ os (Cancino, Corvalán y Cruz en Valparaíso; Plaza y De la Barra, en Santiago; Farías, en San Miguel) fueron dotados de dedicación exclusiva, por un plazo de 6 meses (hasta fines de agosto); y la misma medida fue extendida, con algunas diferencias de fecha de inicio, a algunos ministras y ministros existentes: Cifuentes (San Miguel), Hormazábal (La Serena, cubriendo Arica, Iquique, Antofagasta y Copiapó) y Mesa (Temuco, cubriendo Valdivia, Puerto Montt y Coyhaique).

El auto acordado que dispone los cambios menciona, como propósitos, el equilibrar cargas de trabajo y “la agilización de (la) tramitación” de causas relacionadas con los crímenes de la dictadura,<sup>58</sup> sin embargo, abogados litigantes y otras personas cercanas al universo de causas de DDHH manifestaron algunos reparos. Observaron que, si bien la designación de más ministros es susceptible de ser leída como una señal positiva de interés y compromiso, el desmantelamiento y reordenamiento de equipos auxiliares que implica, conllevará cierta cuota de trastorno o ralentización. En tanto, el nombramiento del ministro Farías en San Miguel provoca, derechamente, aprensiones a raíz de percepciones que existen sobre su posición frente a la materia.<sup>59</sup>

Una mejor acogida tuvieron, en general, algunas medidas dispuestas por el Pleno de la Corte Suprema, a principios de abril de 2021, cuyos fines anunciados eran agilizar el conocimiento y resolución de causas de DDHH. Entre las medidas figuran: la incorporación obligatoria de al menos tres causas de DDHH en los primeros cinco lugares de la tabla de la sala penal, en al menos tres de los cuatro días a la semana en que se sesiona; y disposiciones para asegurar la vista de demandas civiles en la materia, y procurar que causas de DDHH sean vistas por ministros titulares o suplentes, no por abogados integrantes. Además, se limita la concesión de suspensiones de audiencias por la Covid-19 a una por parte, debidamente fundamentada. Para maximizar el uso del tiempo, se estandarizó el contenido de la relación verbal de cada causa de DDHH, y se fijó un tope al número de amparos por libertad condicional que se ven cada día (cada vez que estos, por su carácter de urgente, pueden

57 Ver *Informes* anteriores, Boletines del Observatorio, y ADN Radio.cl: “Corte Suprema confirma denuncia por amenazas contra ministro Jaime Arancibia”, 15 de febrero de 2019.

58 Corte Suprema de Justicia, resolución AD-849-2020, 11 de enero de 2021.

59 Ver el *Informe 2020* sobre algunas de las razones estructurales y sistémicas, que abultan la importancia que puede tener para el destino final de una causa, la persona del ministro o la ministra que la instruye.

desplazar la vista de causas de la tabla ordinaria). Las medidas fueron aprobadas por el Pleno el día 19 de abril de 2021.<sup>60</sup> Uno de los aspectos notables del hecho es que las medidas fueron propuestas en base a estadísticas y diagnósticos preparados por la Dirección de Estudios de la Corte Suprema, entidad de la que proviene el personal de la Oficina de coordinación de causas de DDHH, cuya labor e iniciativas en este sentido fueron detallados en el *Informe 2020*, y cuya colaboración y diálogo con el Observatorio siempre agradecemos. La información que a continuación reproducimos o analizamos, se nutre de datos provistos por la mencionada Oficina para este periodo del *Informe*.<sup>61</sup>

Conforme a lo informado por la mencionada Oficina, al 30 de julio de 2021, un total de 17 ministras y ministros en visita tramitaban en primera instancia causas penales relacionadas con crímenes de tiempos de dictadura, en ocho Cortes de Apelaciones del país.<sup>62</sup> Sus labores contemplan el suministro de reportes bimensuales a la Oficina de coordinación, que procesa los datos recibidos e informa los resultados a otros servicios del Estado, así como a requirentes de la sociedad civil. Sin embargo, ese mismo proceso pasará pronto a quedar redundante debido a la progresiva implementación, desde abril de 2021, de un nuevo sistema de información, de larga gestión, que permitirá el registro y acceso en línea a actuaciones, expedientes digitalizados, y una serie de otras informaciones cuya captura y análisis debería permitir seguir agilizando la coordinación y tramitación de las causas de DDHH. El diseño e implementación del sistema ha sido una tarea ardua, complejizada aún más por la pandemia, pero se han venido realizando, desde principios de año, pruebas de marcha blanca, perfeccionamiento, y capacitación en el uso del nuevo sistema a actuarías, actuarios y otros funcionarios relevantes. Tanto esas capacitaciones como un curso de profundización en materia de DIDH, diseñado a medida y ofrecido por la Universidad Tecnológica Metropolitana (UTEM) a más de 50 funcionarias y funcionarios, tuvieron a la vez tanto la intención como el efecto positivo secundario, de estimular mayores cuotas de conocimiento mutuo, comunicación y compromiso de sus participantes, con las causas de DDHH, característica cuya importancia transcendental para el destino de las causas hemos destacado en más de alguna oportunidad. Es por ello que, junto con señalar siempre los problemas estructurales, retrasos institucionales, y demás dificultades que afectan la resolución de las

60 Corte Suprema de Justicia, Acta 1253-19, 19 de abril de 2021.

61 Si bien, por supuesto, toda valoración u opinión vertida al respecto, es de autoría del Observatorio.

62 Santiago (cinco ministros), Valparaíso (tres ministros), San Miguel (tres ministros), Concepción (dos ministras/os), Talca, Temuco, La Serena, y Punta Arenas (uno/a ministro/a, cada uno).

causas ante la justicia, es de todos modos relevante y necesario destacar el ejemplo positivo de innovación y esfuerzo emanados de la oficina, dirigida desde hace unos años por el ministro Ricardo Blanco, de la Corte Suprema<sup>63</sup> (reemplazando, en su momento, al ministro Muñoz) y cuyo trabajo es coordinado por el abogado Cristian Sánchez y su equipo.

A continuación, se ofrecen algunos datos relacionados con la investigación y tramitación de primera instancia (realizada por las y los ministros en visita) de causas de DDHH: sobre lo acontecido en instancias superiores, ver las demás secciones de este capítulo. Por limitaciones en el sistema de monitoreo y reporte de causas (mientras no se implementa en forma plena el mencionado sistema informático), las cifras sobre números y tipos de causas solamente tienen vigencia para la primera mitad del periodo estadístico del presente *Informe* (hasta fines de 2020). Un total de 51 nuevas investigaciones fueron iniciadas en los seis meses hasta el 31 de diciembre de 2020; de ellas, 43 se transformaron en causas activas, mientras que 20 causas ya existentes fueron archivadas. El efecto combinado de dichos ingresos y resoluciones sobre el universo de causas ya abiertas dejó un saldo de 1.498 causas penales vigentes en tramitación en primera instancia, al 31 de diciembre de 2020. 1.154 de esas causas (77 %) estaban en estado de sumario, con 6 % en plenario y 17 % falladas (con casaciones y/u otros tipos de recursos pendientes ante instancias superiores). En el periodo de seis meses se dictó un total de 21 sentencias de primera instancia, imponiendo un total de 72 condenas.<sup>64</sup> Al comparar dicho número de fallos dictados con las cifras prorrateadas reportadas en el *Informe 2020*, se aprecian indicios de un efecto ralentizador atribuible, al menos en parte, a la emergencia sanitaria, considerando que en los 18 meses anteriores se dictaron un total de 80 fallos (un promedio simple de casi 27 por periodo de 6 meses). Además, el número total de condenas dictadas en primera instancia demuestra una baja sostenida en cada año del calendario reciente, desde 382 (2017) a 252 (2018), 193 (2019) y 160 (2020). En el periodo más cercano, la gama de tipos penales investigados o asociados al universo de causas abiertas en primera instancia sigue siendo amplia, si bien agrupándose, como es usual, alrededor de versiones de tortura (*tormentos*), secuestro y homicidio. Se hace notar, no obstante, una concentración cada vez mayor de variaciones de asociación ilícita;

63 Debido a un periodo secundando al Tribunal Calificador de Elecciones, las funciones del ministro Blanco fueron ejecutadas durante varios meses del periodo por el ministro Mario Gómez, retomando sus funciones el ministro Blanco a partir del 20 de julio de 2021.

64 El número total de personas naturales afectadas no se puede deducir con exactitud, debido a que varios perpetradores se encuentran procesados y/o condenados en múltiples causas.

asimismo, la aparición de figuras relacionadas con la detención ilegal y con la violación.

Finalmente, en esta sección se debe mencionar el sensible fallecimiento, en enero de 2021, de Juan Guzmán, quien asumió como ministro en visita en 1998 por la causa Rol 2182-98, Caravana de la Muerte, luego de haber aceptado a trámite, las primeras querellas criminales dirigidas directamente contra Augusto Pinochet por participación en crímenes de lesa humanidad. Posteriormente, sería siempre conocido, en el país y en el extranjero, como el juez que procesó a Pinochet –si bien además actuó en numerosas otras causas de la misma índole y envergadura, hasta su retiro en 2005–. Con ocasión de su muerte, y a través del Acta 19-2021, la Corte Suprema tuvo a bien reconocer que “en el ejercicio de sus funciones, el ex Ministro señor Guzmán supo poner al servicio de la justicia la plenitud de su capacidad humana, de su preparación jurídica y una extraordinaria dedicación al trabajo, motivo por el que esta Corte deja constancia del pesar que embarga a sus miembros por su fallecimiento”.<sup>65</sup> En tanto, fueron numerosos los tributos y homenajes rendidos a la memoria del Ministro Guzmán, dentro y fuera del país. Entre ellos, figura el gesto de los directores del premiado documental *El Juez y el General*, que retrata la labor del juez Guzmán en investigaciones en DDHH, al liberar el acceso público a su filme en línea, en versiones en castellano, inglés y francés, a través de Youtube.

#### **4.1.2 Tendencias históricas en fallos en materia de causas de DDHH en la Corte Suprema**

En el *Informe 2018* presentamos, por primera vez, cifras permitiendo medir el alcance de las sentencias finalizadas en los tribunales nacionales, desde el final de la dictadura, como proporción del universo de víctimas y sobrevivientes actualmente reconocidos. Aquí presentamos, al igual que en 2019 y 2020, una actualización de aquellos datos, integrando las 39 sentencias finales del periodo del presente *Informe*.

65 Observatorio de Justicia Transicional UDP, Boletín N°63, 2021, y sitio web Enestrado. com: “Pleno de la Corte Suprema: ‘El exministro Juan Guzmán supo poner al servicio de la justicia la plenitud de su capacidad humana, de su preparación jurídica y una extraordinaria dedicación al trabajo’”, 26 de enero de 2021.



**Tabla A: Causas DDHH del periodo de la dictadura que han recibido sentencia definitiva en los tribunales superiores chilenos, entre 1995 y 30 de junio de 2021.**

Número total de causas por tipo	526 causas
Causas por indemnización civil.	96
Causas penales.	430

**Tabla B: Clases de victimización abordadas por las causas penales de DDHH finalizadas entre 1995 y 30 de junio de 2021.**

Número total de causas penales	430 causas
Casos de personas detenidas-desaparecidas.*	190
Casos de víctimas de ejecución política.*	189
Casos mixtos (ejecutados, detenidos desaparecidos y/o sobrevivientes).	25
Casos de torturas y otros crímenes contra sobrevivientes.	23
Casos solamente por asociación ilícita.**	1
Casos solamente por exhumación ilegal.**	1
Casos Ley de control de armas**	1

\* Para efectos de esta clasificación, se utilizan las mismas categorías originalmente asignadas a cada caso por la Comisión Rettig/ CNRR y Valech II.

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

**Tabla C: Número de víctimas ausentes y sobrevivientes representados en causas penales de DDHH finalizadas entre 1995 y 30 de junio de 2021.**

Número total de víctimas ausentes (DD y EP) representados.	862
Personas detenidas desaparecidas.	412
Personas ejecutadas políticas.	450
Número total de sobrevivientes representados.	228

**Tabla D: Porcentajes de mujeres representadas en las causas penales de DDHH terminadas entre 1995 y junio de 2021, por tipo de caso.**

Número total de personas/ número de mujeres.	Porcentaje del total que son mujeres.
Víctimas ausentes (DD y EP): total 862 personas, 63 de ellas, mujeres.	7,3% del total de víctimas ausentes con causa penal terminada son mujeres.
Víctimas DD: 412 personas: 376 hombres, 36 mujeres.	8,7% del total de DD con causa penal terminada son mujeres.
Víctimas EP: 450 personas: 423 hombres, 27 mujeres.	6% del total de EP con causa penal termina- da son mujeres.
Sobrevivientes: 228 personas en cuyo caso ha habido sentencia penal final: 151 hombres, 77 mujeres.	33,7% de sobrevivientes de tortura con causa penal terminada son mujeres.

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

Como se puede apreciar en las tablas arriba, según los registros del Observatorio, entre 1995 y el 30 de junio de 2021, se han dictado un total de 526 sentencias finales en causas por crímenes de lesa humanidad cometidos durante la dictadura: 430 abordando materias penales y/o civiles, y 96 respecto de demandas civiles solamente. Las 526 sentencias comprenden, principalmente, causas falladas en la Sala Penal de la Corte Suprema. No obstante, incluyen también, algunas (pocas) demandas civiles finalizadas en la Sala Constitucional de la Corte Suprema, más otro grupo, aún más pequeño, de causas penales en que no hubo casación, por cuanto la sentencia de la Corte de Apelaciones respectiva constituye la sentencia definitiva.<sup>66</sup> Desglosando el universo de causas penales por tipo de victimización reconocida, 190 de los 430 fallos penales de los que tenemos registro desde 1995, dicen relación con crímenes cometidos contra personas DD; 189 a víctimas EP; 25 a casos mixtos (DD, EP y/o sobrevivientes) y 23 a casos en que solamente figuran expresas políticas y expresos políticos sobrevivientes.<sup>67</sup> Estas

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

67 Las tres causas penales terminadas no incluidas en este desglose representan causas sin nombres de víctimas específicas asociadas (una de las causas existentes por asociación ilícita, y una causa por exhumación ilegal, más la causa por vulneración de la ley de control de armas).

cifras corresponden, a su vez, a un total de 862 víctimas ausentes (412 detenidos-desaparecidos, DD, y 450 ejecutados políticos, EP); más un total de 228 personas sobrevivientes.

Si representamos estos totales como proporción de los universos de víctimas ausentes y sobrevivientes oficialmente reconocidos por el Estado de Chile, se han dado sentencias penales finales por los crímenes cometidos contra cerca del 26,75 % de las personas reconocidas actualmente por el Estado como desaparecidas o ejecutadas.<sup>68</sup> Aquello constituye un aumento de 2,25 % con respecto a igual fecha de 2020. En cambio, solamente el 0,6 % de las y los 38.254 sobrevivientes reconocidos por “Valech I” y “Valech II” han visto sentencias finales emitidas en causas penales por los crímenes cometidos en su contra.<sup>69</sup> Persiste, por tanto, la abrumante diferencia entre víctimas ausentes y sobrevivientes, en relación a los niveles de satisfacción de su derecho a la justicia penal.<sup>70</sup> La iniciativa del Estado que podría revertir dicho desequilibrio, cumpliendo a su vez con el deber estatal señalado en el fallo García Lucero de la Corte IDH, no se ha materializado. Ello porque aún no se ha ampliado el mandato de la Unidad Programa de DDHH para abordar la judicialización de causas por tortura y otros crímenes cometidos contra personas sobrevivientes. De las 12 demandas civiles resueltas en el periodo actual, seis fueron interpuestas por un total de 12 sobrevivientes. No hemos contabilizado aquí el uso de los tribunales por parte de personas sobrevivientes para revertir condenas espurias impuestas por Consejos de Guerra, un fenómeno que analizamos en otra sección del presente *Informe*, cuya frecuencia sin duda va en aumento y que también debería, a nuestro juicio, ser iniciado de oficio por el Estado.

Si analizamos por sexo, son 36 las mujeres DD representadas en los fallos penales terminados por 412 personas detenidas desaparecidas. Son 27 las mujeres EP, representadas en las causas por 450 personas ejecutadas, terminadas en lo penal. En total, entonces, hay 63 mujeres entre las

68 Calculado sobre un total de personas DD y EP de 3.216 (cálculo del Observatorio sobre la base de Rettig –1991– CNRR –1996– y Valech II –2011–, con ajustes posteriores). En cambio, la suma simple de los registros oficiales mencionados, sin ajuste, es de 3.225 personas. En cualquiera de los dos casos, el porcentaje con causa resuelta no baja de 26,73% ni asciende a más de 26,80%. Ver *Informe 2018* para mayor detalle sobre las bases de estos cálculos.

69 Proporción que se ha mantenido casi invariable desde 2019, dado que los aumentos de cada periodo son insuficientes para producir un cambio detectable.

70 Excluimos a las demandas civiles de este cálculo para minimizar las distorsiones por doble conteo, dado que una proporción sustancial de demandas civiles son subsiguientes a un fallo penal inicial respecto de la misma persona, sea DD, EP y/o sobreviviente. En casos de DD o EP a veces existen, además, múltiples demandas, interpuestas por diversos familiares. En el caso de sobrevivientes, es más común que demandas civiles sin arista penal no sean subsiguientes a un proceso penal ya terminado, y sean interpuestas por un grupo relativamente numeroso de personas. Por ambos motivos, la proporción de sobrevivientes reconocidos con alguna acción terminada ciertamente aumentaría al incluir demandas civiles en el cálculo.

víctimas ausentes con casos penales terminados (7,3 % del total de 862 víctimas DD y EP). Aquella proporción es relativamente consistente con el desglose por sexo reportado por las comisiones de la verdad respectivas.<sup>71</sup> En tanto, 77 mujeres sobrevivientes de tortura y otros crímenes han obtenido sentencias penales contra perpetradores, constituyendo 33,7% del total de 228 sobrevivientes con un caso penal terminado. Aquello, claramente, supera las proporciones representadas en Valech I (alrededor de 12,5% de cuyos calificados eran mujeres) y Valech II (aproximadamente 16,1%).<sup>72</sup> Este dato sugiere que las mujeres sobrevivientes son más propensas que sus pares masculinos a iniciar acciones penales, lo cual va acompañado por un particular énfasis en poner de manifiesto la violencia sexual que fue cometida desproporcionadamente, aunque no de manera exclusiva, contra mujeres presas políticas. Con claridad, y como se ha indicado al inicio de nuestro capítulo, queda en deuda el enfoque de género transversal que, como hemos visto, sigue estando notoriamente ausente en las acciones oficiales de la justicia transicional en Chile.

## 4.2 Causas con dimensión internacional

### 4.2.1 Comisión Interamericana de Derechos Humanos: ¿el fin de la prescripción gradual?

En junio de 2021, diversos medios de comunicación reportaron que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, CIDH, estaría por exigir al Estado chileno la revocación de rebajas de pena concedidas por los tribunales domésticos a decenas de criminales de lesa humanidad, y su reemplazo por nuevas sentencias más acordes a la gravedad de los crímenes perpetrados.<sup>73</sup> Según el periodista Mauricio Weibel, escribiendo en Ciper Chile, la CIDH “(...) resolvió recomendar al Estado de Chile que la Corte Suprema deje sin efecto 14 sentencias en que aplicó la media prescripción a 50 condenados por violaciones de derechos humanos”.<sup>74</sup> La aplicación de la figura conocida como *media prescripción* o *prescripción gradual* funciona, como el Observatorio ha venido denunciado hace muchos años, como un resquicio que

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

72 Fuente: Informe Valech II, desgloses por sexo. La aproximación es porque las cifras oficiales que aparecen en la tabla publicada no son consistentes entre sí.

73 Ciper Chile.cl: “Comisión Interamericana de DD.HH. resuelve que Corte Suprema debe dejar sin efecto rebajas de penas en crímenes de lesa humanidad”, 11 de junio de 2021; El Mostrador: “Freno a la impunidad: CIDH objeta la media prescripción y resuelve que la justicia debe dejar sin efecto rebajas de penas por crímenes de lesa humanidad en dictadura”, 11 de junio de 2021; Diario Constitucional: “Comisión Interamericana de Derechos Humanos recomendó al Estado de Chile dejar sin efecto sentencias judiciales que concedieron la rebaja de penas en casos de violaciones a los derechos humanos”, 15 de junio de 2021.

74 Ciper Chile.cl: “Comisión Interamericana de DD.HH. resuelve...”, op. cit.

permitió a muchos criminales de lesa humanidad conseguir penas tan bajas que incluso calificaron para cumplirlas en régimen de libertad. En su aplicación a causas de DDHH, llegó a conocerse como la “tesis Dolmestch”, asociada al ahora jubilado ministro de la Corte Suprema, quien promovía, en forma entusiasta, su uso una vez que llegó a ser insostenible la invocación de la prescripción plena en este tipo de casos. Si bien el auge de la aplicación confirmada de la figura se produjo entre, aproximadamente, 2007 y 2013, aún hay jueces/zas y ministras/os en todos los niveles que siguen insistiendo en aplicarla. Su efecto es permitir al sentenciador/a rebajar, en hasta dos grados, la cuantía de la pena aplicable a personas condenadas por crímenes cuyo plazo de prescripción ordinario ya haya transcurrido en más de la mitad.

El tema del impacto de la prescripción gradual en la proporcionalidad de las penas llegó al sistema regional de promoción y protección de los derechos humanos, a través de representaciones formuladas por muchos familiares y sobrevivientes, quienes vieron en las exiguas penas una manifestación más de impunidad. Un total de 13 casos, todos denunciando hechos similares, fueron presentados ante el sistema a principios de 2008, a instancias de familiares, la Agrupación de Familiares de Detenidos Desaparecidos, AFDD, y un grupo de conocidas/os abogadas y abogados de derechos humanos. Se denunciaba la responsabilidad internacional del Estado por la violación de, *inter alia*, los artículos 1 (obligación de respetar los derechos), 8 (derecho a las garantías judiciales) y 25 (derecho a la protección judicial), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de un total de 48 víctimas de la dictadura, y sus familiares. Agrupados finalmente en el marco del Caso N° 13.054, caratulado *Arturo Benito Vega González y otros versus Chile*, el caso aún sigue en curso. El paso que se dio, el 19 de junio, es que la CIDH emitió un “informe preliminar de fondo”. Dichos informes no son públicos: solamente son compartidos (en parte) con las y los peticionarios, y en su totalidad con el Estado. Según la reacción de ambas partes, el asunto podría resolverse –si el Estado acepta lo que la CIDH observa y recomienda, y/o las y los peticionarias/os determinan desistir– o, lo más probable, el caso será remitido a la Corte IDH, una fase que a veces dura varios años.

Desde ya, dicho informe contiene constataciones sobre derechos vulnerados y recomendaciones para revertir dicha vulneración, que permanecerán invariables incluso si el caso pasa por la Corte. Tenemos entendido que entre ellas figura la conclusión de que las sanciones bajas denunciadas sí constituyen una violación a los derechos fundamentales protegidos por los artículos 8 y 25 de la Convención. Sobre eventuales violaciones del derecho a la integridad de las y los familiares, artículo 5, la CIDH no se pronunció, aunque es posible que la Corte lo haga. Las recomendaciones incluirían no solamente el abandono de la práctica

de aplicación de prescripción gradual, sino la reversión de ella, y de sus efectos, en los casos denunciados.

Este precedente resulta valioso en la búsqueda de definiciones operativas de lo que constituye proporcionalidad en sanciones por crímenes de lesa humanidad, un tema importante que ha sido, relativamente, pocas veces abordado en concreto, por los tres sistemas regionales de protección y promoción de derechos humanos existentes en el mundo (el europeo, el africano, y el interamericano). Es interesante, además, que se aluda al elemento continuo en el crimen de desaparición forzada, y su efecto permanente en familiares. Las reparaciones solicitadas por las y los peticionarias/os son también novedosas, ya que piden ordenar acciones de memoria no solamente en homenaje a las víctimas ausentes, sino también a familiares y otros defensores de DDHH por su búsqueda de justicia.

Sin embargo, el carácter vinculante de estas recomendaciones es discutido como lo demuestran tanto el comportamiento previo de Chile ante el sistema interamericano, como las actitudes generalmente refractarias de sus autoridades ante cualquier cosa que perciban como injerencia desde organismos internacionales. Todo ello hace dudar de que, como efecto inmediato de esta recomendación, la Corte Suprema dicte sentencias sustitutivas en los casos recomendados, si bien a todas luces eso sería lo deseable, a efectos de que las penas se aumenten y se respete de manera adecuada el derecho a la justicia. Por otra parte, llama poderosamente la atención que la CIDH no admitió a trámite, en octubre del 2020, otro caso en que se había denunciado la rebaja excesiva de penas por media prescripción (caso N° 502-2019, Bernardo Araya Zuleta y María Olga Flores Barraza, detenidos-desaparecidos). Según la Comisión, “de la información presentada no se desprenden los elementos necesarios para determinar que se trate de una posible violación de derechos humanos protegidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.<sup>75</sup>

#### **4.2.2. Extradición de Adriana Rivas desde Australia**

El 24 de junio de 2021, la Corte Federal de Australia dictó sentencia definitiva, de segunda instancia, en el caso relativo a la extradición de Adriana Elcira Rivas González, exagente de la DINA, integrante de la Brigada Lautaro. Esta decisión confirmó la resolución de primer grado, de octubre de 2020, que dio curso a la solicitud de extradición, rechazando la apelación presentada por su defensa. Rivas ha sido requerida por la justicia de Chile para su juzgamiento como coautora de los crímenes de secuestro calificado de Víctor Díaz, Fernando Navarro, Lincoyán Berríos, Horacio Cepeda, Juan Fernando Ortíz, Héctor

75 CIDH, *Caso N° 502-2019*, comunicación dirigida a la parte peticionaria, 16 de octubre de 2020, citada con permiso del peticionario.

Véliz y Reinalda Pereira, todas ellas, personas militantes del Partido Comunista. Actualmente Rivas, quien tiene derechos de residencia en Australia, se encuentra en prisión preventiva en Sidney. El 9 de julio de 2021, su defensa apeló la resolución de la Corte Federal. De ser rechazada esa apelación, la defensa de Rivas aún podría ejercer un recurso judicial y un recurso administrativo, en el marco del procedimiento de extradición. De hacer uso de estos, se dilatará el procedimiento en cuestión, retardando aún más su juzgamiento criminal por la justicia chilena. Como se indicó en el *Informe 2020*, la exagente de la DINA se encuentra bajo procesamiento en Chile por los delitos ya señalados. Se encontraba con libertad provisional bajo fianza, firma mensual y arraigo nacional, cuando se dio a la fuga en 2011. Su extradición ha sido solicitada desde 2013, y apoyada por una vigorosa campaña de defensores de los DDHH y familiares en ambos países.

#### **4.2.3. Juicio en Italia a agentes de Operación Cóndor**

El 9 de julio de 2021, la Corte de Casación de Roma confirmó las condenas de cadena perpetua impuestas a 14 exmilitares de Chile y Uruguay, por su participación en el secuestro y homicidio de una veintena de militantes de izquierda, en el marco de la “Operación Cóndor”, la conspiración criminal ideada por las dictaduras del Cono Sur de América Latina en los años setenta para eliminar a opositores políticos. Tres perpetradores chilenos y 11 uruguayos fueron hallados culpables por los crímenes cometidos en contra de las víctimas nombradas en el caso, entre quienes figuran cuatro víctimas de nacionalidad ítalo-chilenas, a saber, Jaime Donato Avendaño, Omar Roberto Venturelli Leonelli, Juan Bosco Maino Canales y Juan José Montiglio Murúa. La sentencia ratificó la decisión de la Corte de Apelación de Roma, de junio de 2019, que había condenado a 24 sujetos. La cifra de condenados se vio reducida a los 14 antes mencionados, producto del fallecimiento de 10 exagentes en el interregno, una expresión más de la impunidad biológica que se ha referido en el *Informe 2020*. Los exagentes chilenos condenados fueron Pedro Espinoza, Daniel Aguirre Mora, y Carlos Luco Astroz. El exintendente Hernán Ramírez, también acusado, falleció antes de conocer su condena. Casi la totalidad de las condenas fueron realizadas *in absentia*, con la sola excepción del exmilitar uruguayo Jorge Néstor Troccoli, de 74 años, quien reside en Italia desde 2007.

Además, justo una semana antes de comunicarse la sentencia de la Corte de Casación, la justicia italiana había ratificado la condena de cadena perpetua impuesta a tres exmilitares chilenos, cuyas defensas no habían recurrido la sentencia de la Corte de Apelaciones de Roma. Ellos son el excoronel Rafael Ahumada Valderrama, el exsuboficial Orlando Moreno Vásquez y el exbrigadier Manuel Vásquez Chahuán.

Hacia fines de agosto de 2021, el Ministerio de Justicia italiano solicitó formalmente a Chile su extradición.

#### **4.3. Sobre la baja cuantía de las penas de condenados por crímenes de lesa humanidad: la falta de aplicación de agravantes**

La baja cuantía de las penas impuestas a sentenciados por crímenes de lesa humanidad durante la dictadura, ha sido una preocupación manifestada en ediciones previas del *Informe*. Así, en el *Informe 2020* expusimos los resultados de una investigación, realizada por un investigador asociado al Observatorio, que concluyó que entre los años 1993 y 2018, en más de 350 procesos por crímenes de lesa humanidad, solo se consideraron circunstancias agravantes en ocho casos.<sup>76</sup>

Actualizando nuestra mirada a 2019 y 2020, y revisando la jurisprudencia de 2019 (año calendario), encontramos que de 24 sentencias firmes emitidas o ratificadas por la Corte Suprema, solamente en una se aplicó la agravante de “prevalerse del carácter público del culpable”, respecto de dos funcionarios de Carabineros condenados por el secuestro calificado de Domingo Huenul Huaiquil.<sup>77</sup> También en 2020, de 22 sentencias de término dictadas entre enero y diciembre por el máximo tribunal, se reconocieron agravantes en una sola causa (por aplicación de tormentos reiterados contra una sobreviviente).<sup>78</sup> En dicho caso, se reconoció la agravante de ensañamiento (art. 12 N° 4 CP), pero la misma fue compensada con atenuantes, por lo que no tuvo efecto de agravar la pena. Esto reitera nuestra preocupación por las bajas penas impuestas, que no se corresponden con la gravedad de los crímenes de lesa humanidad, toda vez que para sancionar con penas adecuadas es necesario tomar en consideración las circunstancias modificatorias y agravantes de responsabilidad penal.

Sin embargo, debemos reconocer que en al menos cuatro casos relativamente recientes (desde 2015) de secuestro seguido de apremios, los tribunales, dadas las bajas penas que el Código Penal respectivo dispone para la tortura, han preferido aplicar el delito de secuestro agravado que por regla general sí se cumple con una pena efectiva.<sup>79</sup> De esta forma, al menos en ciertas oportunidades, se ha atendido a algunos de los deberes impuestos por la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles –ratificada por Chile en 1988– que mandata imponer sanciones adecuadas a la extrema gravedad de estos crímenes.

76 Francisco Bustos, “La circunstancia agravante del artículo 12 N° 8 del Código Penal...”, op. cit.

77 Corte Suprema, Sentencia Rol 6177-2018, 26 de agosto de 2019.

78 Causas Beatriz Castedo Mira, Corte Suprema, Sentencia Rol 8949-2018, 12 de junio de 2020.

79 Francisco Bustos, “Recalificación de aplicación de tormentos a secuestro calificado, imprescriptibilidad de las acciones criminales y civiles por crímenes de lesa humanidad”, *Revista de Ciencias Penales*, 2019, p. 386.



#### 4.4. Procesos de DDHH ante el Tribunal Constitucional

En ediciones anteriores del *Informe* (2017-2020) se ha analizado la intervención del Tribunal Constitucional (TC) en causas de derechos humanos. Durante el período actual, ha continuado la tendencia comentada en los *Informes* 2019 y 2020 hacia una disminución del uso de recursos ante el TC para lograr la paralización de los procesos judiciales.<sup>80</sup> La disminución de esta práctica coincidió con la presidencia de la ministra María Luisa Brahm en el TC. La ministra se distanció de la gestión de su antecesor el ministro Iván Aróstica, cuestionando fuertemente la suspensión de causas judiciales, práctica que, junto a otras aparentes irregularidades, gatilló, en abril de 2020, una investigación por parte de la Fiscalía de Alta Complejidad. No se conocen novedades al respecto.

Durante el período estadístico del *Informe 2021* (julio 2020 a junio 2021) 11 causas de DDHH fueron ingresadas al TC.<sup>81</sup> Cuatro de ellas han sido declaradas inadmisibles.<sup>82</sup> Una más fue rechazada parcialmente.<sup>83</sup> Se trata de un reclamo presentado, en septiembre de 2020, contra el Decreto Ley 321 sobre Libertad Condicional, en su versión reformada, por los cuatro exagentes Rodrigo Pérez Martínez, Marco Antonio Bustos Carrasco, Aquiles Navarrete Izarnotegui y Julio Cerda Carrasco. Se reclamaba la inaplicación de los requisitos endurecidos introducidos en 2019 al Decreto Ley, con el argumento de que el cambio desfavorece a postulantes nuevos en comparación con quienes habían postulado y recibido el beneficio antes de la modificación.<sup>84</sup> Otra de las 11 acciones de inaplicabilidad del presente período fue presentada por Luis Becerra Arancibia, antiguo chofer del expresidente Eduardo Frei Montalva, y uno de los imputados en el proceso por su asesinato. Becerra fue condenado en primera instancia, aunque posteriormente

80 Para el detalle ver Francisco Bustos, "Los casos por crímenes de lesa humanidad ante el Tribunal Constitucional (2005-2018): Análisis jurisprudencial", *Tesis para optar al grado de magister en Derecho Internacional de los Derechos Humanos* (Prof. Guía Dr. Tomás Vial), Santiago, Universidad Diego Portales, 2020.

81 Son los procesos roles: 8922-20-INA; 9026-20-INA; 9367-20-INA; 9406-20-INA; 9488-20-INA; 9629-20-INA; 9874-20-INA; 10785-21-INA; 10864-21-INA; 10927-21-INA y 10929-21-INA. El total de 11 contrasta con una cifra total de 13 ingresados en el periodo anterior (periodo *Informe 2020*) Durante el período del *Informe 2020* ingresaron 13 causas de DDHH al TC, todas las cuales se encuentran resueltas a la fecha de cierre de la presente edición (agosto de 2021).

82 Roles 8922-20-INA, 9026-20-INA, 9367-20-INA y 9874-20-INA. De ellas, dos fueron presentadas por Ronald Peake de Ferrari, condenado por homicidios en el Episodio Población Lintz. Peake buscaba presentar un recurso de queja contra la sentencia de reemplazo que le condenó (sentencia de la Corte Suprema, Rol. 8.914-2018, 16 de junio de 2020. Ver también, Francisco Bustos, "¿Reparación celosa del mal causado? Comentarios a la sentencia de la Corte Suprema en el Episodio Población Lintz", *Boletín 59, Observatorio de Justicia Transicional*, 2020).

83 Rol 9406-20, 28 de enero de 2021.

84 Mismo argumento presentado por Pérez Martínez en una acción anterior resuelta a su favor, en enero de 2020. Ver *Informe 2020*.

absuelto. Su requerimiento buscaba impugnar el artículo 93 N° 1 del Código Penal, a saber, la norma que extingue la responsabilidad penal por causa de muerte, y el artículo 408 N° 5 del Código de Procedimiento Penal, una regla procesal que mandata sobreseer en caso de muerte. La justificación de esta rara acción era permitir que en caso de que falleciera, el imputado Becerra pudiera *limpiar* su nombre. Con todo, a pocos días de la vista de la causa, la defensa de Becerra presentó un escrito de desistimiento.<sup>85</sup>

Otro proceso, Rol 9629-20-INA, dice relación con el Caso Paine, Episodio Principal, en el cual Arturo Fernández Rodríguez fue condenado como autor de 38 homicidios calificados a apenas 15 años de presidio (por aplicación de la prescripción gradual). La acción de la defensa de Fernández cuestiona las reglas de presunciones (artículos 488 y 457 del Código de Procedimiento Penal) y una norma que permite subir las penas hasta en tres grados en caso de reiteración de delitos. Esta causa tuvo su audiencia sobre el fondo el 8 de julio. De forma inusual en su tratamiento de causas de DDHH hasta la fecha, el TC decretó una medida para “mejor resolver”, que implica revisar algunas pruebas de la causa. Concretamente, antes de adoptar el acuerdo sobre la sentencia, pidieron copia de los antecedentes referidos en el considerando 45° del fallo de primera instancia, relativo a los elementos de cargo contra el condenado.

Las restantes cuatro causas se encuentran pendientes. Tres de las respectivas causas penales están suspendidas a la espera de que el TC resuelva: a saber, las causas que dieron origen a los roles (del TC) 10785-21-INA (en materia de libertad condicional), 10927-21-INA y 10929-21-INA (estos dos últimos, impugnando normas sobre presunciones y el artículo 457 del Código de Procesamiento Penal).

Por último, con fecha 10 de agosto de 2021, el TC escogió como nuevo presidente al ministro Juan José Romero. El ministro antes integraba la Primera Sala del TC, junto a los ministros Iván Aróstica y José Ignacio Vásquez, y en ediciones anteriores del *Informe* advertimos que sus votos en causas sobre derechos humanos ingresadas solían favorecer la suspensión de la investigación de esas causas. Como presidente del TC el ministro Romero tendrá la facultad de distribuir las causas que ingresan, entre las respectivas salas. En tiempos de la presidencia del ministro Aróstica, dicha facultad fue utilizada sistemáticamente para llevar las causas relacionadas con DDHH a la entonces Primera Sala, en desmedro de la Segunda Sala, favoreciendo resultados negativos para su resolución expedita. El nuevo presidente, además tendrá control sobre qué causas se fijan en tabla, por lo cual es importante que desde la sociedad civil se continúe atenta a las tendencias que podrían producirse en el manejo de causas de DDHH por la instancia.

85 Rol 9488, 4 de mayo de 2021.

## 4.5. Agentes (victimarios)

### 4.5.1. Presos

Sigue sin cumplirse el derecho de acceder de manera permanente a información fidedigna, actualizada, y pública sobre el tamaño de la población carcelaria que cumple condenas por crímenes de lesa humanidad, asimismo, sobre sus lugares y condiciones de reclusión.<sup>86</sup> Ello, a pesar de numerosas resoluciones judiciales confirmando que dicha información es de interés público, y a pesar de que en periodos anteriores sí fue publicada, por el entonces Programa de DDHH del Ministerio del Interior. La continua ausencia de estas cifras presta legitimidad a los argumentos espurios esgrimidos por los mismos presos, en aras de una supuesta *afectación a su honor* (ver *Informes* anteriores), y/o simplemente deja a las autoridades, y el Estado en general, en una postura de aparente debilidad o deferencia frente a este grupo de criminales en particular: deferencia que difícilmente se observa cuando se trata de otros sectores de la población penal.

### 4.5.2 Sentencias condenatorias

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

	JULIO 2010 – JUNIO 2011	JULIO 2011 – JUNIO 2012	JULIO 2012 – JUNIO 2013	JULIO 2013 – JUNIO 2014	JULIO 2014 – JUNIO 2015	JULIO 2015 – JUNIO 2016	JULIO 2016 – JUNIO 2017	JULIO 2017 – JUNIO 2018	JULIO 2018 – JUNIO 2019	JULIO 2019 – JUNIO 2020	JULIO 2020 – JUNIO 2021
Número de procesos finalizados en la Corte Suprema.	23	18	4	12*	44**	58°	55°	37°	44°	47±	39 <sup>a</sup>
Total de aplicaciones de sobreseimientos por fallecimiento.										19	22
Total de sobreseimientos de causa, o de arista penal, por fallecimiento del único condenado.						1				1*	2
Total de absoluciones.	12	12	0	10	26	10	44	4	154	196	7
Total de condenas.	84	49	11	49	159	122	212	102	128	125	70

86 Resulta irónico que no fuera sino el anuncio de un brote de infecciones de la Covid-19 al interior del penal de Punta Peuco, lo que ocasionó la publicación en medios de prensa, de la cifra 115 que, supuestamente, representaría el número de perpetradores reclusos en Punta Peuco por estos delitos, a septiembre de 2021. Ver arriba, sección 1.1.2.

Número de estas condenas imponiendo pena privativa de libertad.	34	13	5	18	132	81	179	67	113	107	60
Número de estas condenas permitiendo cumplimiento alternativo.	50	36	6	31	27	41	33	35	15	18	10
Total de agentes involucrados en estos procesos.	64	48	11	53	103	98	155	78	---	144	80
Número de estos agentes condenados en por lo menos una causa.	52	40	11	43	73	88	127	68	77	81 <sup>1</sup>	60 <sup>a</sup>
Numero de estos agentes sobreseídos por fallecimiento al fin del periodo.										14 <sup>o</sup>	14

\* Uno de ellos solamente respecto a responsabilidades civiles.

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

° 16 de ellos solamente respecto a responsabilidades civiles.

o Seis de ellos solamente respecto a responsabilidades civiles

± 15 de ellos solamente respecto a responsabilidades civiles.

a 12 de ellos solamente respecto a responsabilidades civiles.

+ A veces se sigue, de todos modos, la arista civil de la causa, pero en este ejemplo particular, no hubo.

--- Dato bajo revisión.

<sup>1</sup> Por primera vez en la década (con la posible excepción de 2018-9) el número de individuos recibiendo una o más absoluciones (82) excede el número recibiendo una o más condenas (81). Los solamente condenados fueron 55; los solamente absueltos, 56. En tanto, 26 personas recibieron una combinación de condenas y absoluciones, en diferentes causas.

<sup>o</sup> Siete de ellos también recibieron absoluciones durante el periodo. Uno de los siete recibió, además, una condena.

<sup>a</sup> Uno de ellos recibió, además, una absolución (en otra causa).

Las 70 condenas reportadas en el cuadro fueron repartidas entre 60 agentes y, solamente, uno de ellos recibió, además, una absolución en otra causa. Durante el periodo tampoco se vieron múltiples absoluciones de un solo agente: las siete aplicaciones de absolución, fueron concedidas a siete personas distintas. En contraste, las 70 condenas las repartían 60 personas, mientras que los 22 sobreseimientos por fallecimiento hacían referencia a la muerte de un total de 14 personas. En total, de las 80 personas mencionadas en las sentencias terminadas en el periodo, 59 solamente recibieron condenas; 6 recibieron solo absoluciones; una recibió ambas, y los 14 agentes restantes fueron sobreseídos por muerte. De las 70 condenas emitidas, 60 fueron a penas efectivas de cárcel.

### 4.5.3 Agentes fallecidos

Como era de esperarse, el paso del tiempo aumenta cada año el número de agentes que fallecen antes de que se confirmen sus sentencias. Este nivel creciente de impunidad biológica va acompañado por un mayor peligro de impunidad biológica a nivel de causa, cuando una causa entera termina abandonándose por la muerte de todos los perpetradores acusados en ella (ver *Informe 2020* para mayor explicación del concepto). Se vieron al menos dos ejemplos durante el periodo actual. Únicamente cuando existe una arista civil asociada, y solo cuando los tribunales comprenden que dicha arista se debe seguir incluso en circunstancias en que se tenga que deponer la búsqueda de responsabilidades penales a nivel de individuos, puede el proceso judicial realizar algún aporte a la verdad y reparación, a pesar de verse frustrados los esfuerzos de hacer justicia penal. Solamente una aceleración en la terminación de causas y/o una mayor disposición a investigar la totalidad de los crímenes y perpetradores responsables en cada causa, pueden mitigar de alguna forma este creciente problema.

Entre los fallecimientos producidos durante el periodo estadístico correspondiente al presente *Informe* se encuentran, como ya se ha mencionado arriba, los de Héctor Orozco (a los 93 años en el Hospital Militar, con Covid-19); Vicente Rodríguez Bustos, ex FACH, condenado por 2 secuestros calificados y 9 homicidios, y Fernando Gómez Segovia, uno de los agentes perpetradores con más condenas por desaparición forzada en su contra. Gómez Segovia estuvo recluido en Punta Peuco a la fecha de su defunción (28 de marzo de 2021). El exfiscal Fernando Torres Silva falleció en el Hospital Militar, también en calidad de recluido, el 12 de mayo, un día después de que le fue concedido un indulto presidencial. Justo luego del periodo estadístico del *Informe*, falleció Andrés Magaña Bau (el 22 de julio de 2021), unas semanas después de haber sido condenado por un episodio del caso Paine, y procesado en otros, y en relación al caso Cerro Chena. No estuvo recluido al momento de su muerte.

Al menos dos defunciones más fueron reconocidas, por primera vez, por los tribunales superiores durante el periodo, a pesar de haber ocurrido con anterioridad: la de Raúl Aránguiz Muñoz, fallecido en mayo de 2019, cuya muerte fue reconocida por la Corte Suprema el 28 de septiembre de 2020; y la de Orlando Marcial Umanzor Gutiérrez (fallecido el 21 de febrero de 2020; sobreseído por la Corte Suprema, el 12 de mayo de 2021, en el caso Población Roosevelt). Otros agentes, entre ellos varios muy notorios, siguen apareciendo en el listado de los sobreseimientos, en la medida en que causas en que figuraban llegan a la etapa cúlmine: tres de las aplicaciones de sobreseimiento por fallecimiento ocurridas durante el periodo decían relación con Manuel Contreras

Sepúlveda, quien murió hace seis años atrás. Finalmente, conforme se ha detallado arriba, un brote de la Covid-19 en el penal Punta Peuco fue asociado con cuatro muertes ocurridas en el mes de septiembre de 2021.

## 5. REPARACIÓN

### 5.1 Reparación simbólica: disolución de condenas espurias impuestas por Consejos de Guerra

Entre julio de 2020 y junio de 2021, la Corte Suprema resolvió favorablemente cinco recursos de revisión interpuestos para anular sentencias condenatorias espurias dictadas por Tribunales Militares en tiempo de guerra, declarando la absolución de las víctimas injustamente condenadas.<sup>87</sup> La Corte Suprema identificó, en cada uno de los casos, un patrón general de menoscabo físico o mental y de afrenta a la dignidad de las personas que fueron sometidas, injustamente, a Consejos de Guerra, tal como se detalló *in extenso* en el *Informe 2020*. Los hechos de menoscabo –torturas y otros apremios– fueron cometidos por funcionarios mientras las personas ilegalmente inculpadas eran mantenidas detenidas, todo ello con el objeto de obtener su admisión o confesión de los hechos que se les imputaban, así como para que implicaran a otros procesados en los mismos hechos, u otros. En este sentido, la causal que se tuvo por establecida para la revisión fue la aparición, con posterioridad a la sentencia condenatoria, de hechos o documentos desconocidos durante el proceso, cuya naturaleza bastaba para establecer la inocencia del condenado. En el contexto particular, la evidencia del referido patrón de menoscabo permitió constatar que las confesiones obtenidas, sobre las cuales se emitieron las condenas, fueron ilegales.

La resolución favorable de estos recursos de revisión y, por tanto, el decreto de nulidad de las sentencias dictadas por los Consejos de Guerra, es una medida de reparación que comparte cualidades de los componentes de restitución y de satisfacción, en tanto se dirige a reestablecer el reconocimiento estatal del buen nombre y dignidad de las personas injustamente condenadas. Por ello, como medida de reparación ante violaciones de DDHH cometidas por agentes del Estado, corresponde al Estado de Chile, *ex officio*, ejercer este recurso o algún otro mecanismo de revisión respecto de todas las víctimas que fueron condenadas de manera espuria por dichos Consejos de Guerra. Sin embargo, al día de hoy, desgraciadamente ninguna institución estatal ha asumido la responsabilidad de presentar estos recursos. Ello pese a que

87 Corte Suprema, Sentencia Rol 42870-2020, 21 de julio de 2020; Corte Suprema, Sentencia Rol 79235-2020, 15 de diciembre de 2020; Corte Suprema, Sentencia Rol 79498-2020, 28 de diciembre de 2020; Corte Suprema, Sentencia Rol 79496-2020, 12 de abril de 2021; Corte Suprema, Sentencia Rol 79499-2020, 24 de mayo de 2021.

incluso, en razón de lo dispuesto en el artículo 10 transitorio de la Ley 20.405, y en concordancia con el artículo segundo transitorio de la Ley 20.885, la Unidad Programa de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y DDHH podría ejercer el mencionado recurso de revisión, al menos respecto de los casos de víctimas ausentes –personas ejecutadas y desaparecidas– condenadas injustamente por Consejos de Guerra.

## **5.2. Reparación material y moral**

### **5.2.1 Reparación por vía judicial: daño moral, montos indemnizatorios y la ausencia de criterios explícitos**

En un estudio realizado para efectos del presente capítulo, el Observatorio analizó 95 fallos de la Corte Suprema en causas de DDHH emitidos, entre enero de 2018 y diciembre de 2020, en busca de sentencias en que se pronunciaban sobre el aspecto de reparación por vía judicial (indemnización).<sup>88</sup> En 71 del total de 95 sentencias analizadas existía un pronunciamiento definitivo sobre alguna pretensión indemnizatoria, ya fuese planteada dentro de un proceso penal, o bien, como demanda civil propiamente tal. En estos 71 fallos la decisión de término adoptada estuvo a favor de acoger la o las demandas civiles interpuestas, reconociendo el derecho a reparación en la forma de indemnización. Asimismo, observamos que los montos indemnizatorios fijados por la justicia oscilaban entre los siguientes rangos, expresados en CLP por persona:

- Indemnización a personas sobrevivientes:
  - 2018: \$ 30.000.000 a \$ 50.000.000
  - 2019: \$ 30.000.000 a \$ 100.000.000
  - 2020: \$ 3.000.000 a \$ 100.000.000
  
- Indemnización a familiares de víctimas ausentes (personas ejecutadas o desaparecidas):

Cónyuges o convivientes:

- 2018: \$ 20.000.000 a \$ 200.000.000
- 2019: \$ 30.000.000 a \$ 120.000.000
- 2020: \$ 20.000.000 a \$ 80.000.000

Madres o padres:

- 2018: \$ 100.000.000
- 2019: \$ 100.000.000
- 2020: \$ 40.000.000 a \$ 50.000.000

88 Todas las decisiones identificadas y analizadas han sido informadas en los boletines bimensuales emitidos por el Observatorio de Justicia Transicional.

#### Hijas e hijos:

- 2018: \$ 15.000.000 a \$ 200.000.000.-
- 2019: \$ 40.000.000 a \$ 100.000.000.-
- 2020: \$ 30.000.000 a \$ 80.000.000.-

#### Hermanas y hermanos:

- 2018: \$ 10.000.000 a \$ 100.000.000.-
- 2019: \$ 30.000.000 a \$ 50.000.000.-
- 2020: \$ 5.000.000 a \$ 120.000.000.-

#### Nietas y nietos:

- 2018: \$ 50.000.000. a \$ 120.000.000.-
- 2019: No hay
- 2020: No hay

Como se observa, en el caso de personas sobrevivientes de tortura y/o prisión política, si bien el monto máximo de indemnización se elevó, entre 2018 y 2019, desde \$50.000.000 a \$100.000.000, el monto más bajo otorgado reporta un notorio descenso, aunque en el caso puntual existe, al menos, cierta lógica de fundamentación.<sup>89</sup> Por su parte, en el caso de familiares de víctimas ejecutadas y desaparecidas, respecto de cónyuges y convivientes, el monto máximo de indemnización tiende a disminuir con el devenir del tiempo; situación que también se observa en el caso de las madres y los padres, y de las hijas e hijos. La situación de hermanas y hermanos es la única cuyo patrón es más inestable, y que reporta un máximo más alto en 2020, que en los dos periodos anteriores.

¿Cómo, y en base a qué criterios, se están fijando los montos de indemnización que, según los tribunales, corresponde otorgar en satisfacción parcial del derecho/ deber de la reparación por vía judicial? En febrero de 2021, la Corte de Apelaciones de Santiago aumentó

89 Se trata de un caso en que la Corte Suprema restauró una pretensión indemnizatoria que la Corte de Apelaciones había rechazado (fallo redactado por el Ministro Juan Mera, CA Santiago, Rol 10.923-2018, 6 de septiembre de 2019). En su fallo de reemplazo, la Corte Suprema fue cuidadosa en reconocer, sin reserva, tanto la veracidad como la gravedad de los hechos denunciados y los daños padecidos; asimismo, en hacer referencia explícita a instrumentos del derecho internacional antes de fijar los montos de indemnización, que variaban desde 3 a 10 millones para diferentes demandantes. El monto menor, que podría parecer exiguo, de todos modos, mejora sustancialmente los 150 mil pesos que en primera instancia se había otorgado a uno de los mismos demandantes (25o Juzgado Civil de Santiago, Rol C-15730-2017, 20 de junio de 2018). En ambos fallos (el de instancia y el de reemplazo) se advierte que la duración de la prisión política padecida, es parte de la motivación para diferenciar los montos (una duración de menos de 24 horas, en el caso del monto menor). Corte Suprema, Rol. 29.167-2019, 2 de marzo de 2020.



el monto que ordenó al fisco pagar a los hermanos de Sergio Raúl Flores Reyes, detenido-desaparecido por agentes del Estado, desde diciembre de 1975. El fallo (rol 6.836-2020)– cuadruplicó la cifra pecuniaria que la sentencia de primera instancia había otorgada a cada hermano/a, desde CLP \$5.000.0000 a CLP \$20.000.000. El razonamiento fue que la Corte lo consideraba una cifra más acorde al dolor provocado.<sup>90</sup> En otro caso, resuelto en abril de 2021, la misma Sala de la misma Corte más bien redujo los montos concedidos en primera instancia, para llegar al mismo monto final de CLP \$ 20.000.000 (otorgado a cada hermana y hermano de Juan René Molina Mogollones, detenido-desaparecido, desde enero de 1975).<sup>91</sup> Así, se empieza a configurar una aparente decisión de dicha Corte de Apelaciones para estandarizar la reparación que otorga, por categoría de parentesco (diferenciando en forma automática entre hijas/os y cónyuges, quienes reciben un monto mayor, y hermanas/os, quienes recibirían siempre menos).<sup>92</sup> Ello, a pesar de que los mismos fallos citados recalcan en forma explícita el principio de que el tipo y la cuantía de reparación deben ser fijados caso a caso; mientras que otros tribunales han sostenido que la fijación de montos de indemnización corresponde enteramente al criterio del o de la sentenciador/a de primera instancia.<sup>93</sup> Ambos principios entran en aparente tensión, sino directa contradicción, con la adopción por una Corte de Apelaciones en particular, de la práctica de ajustar toda indemnización a un monto estándar fijado por ella misma.

La Corte Suprema, por su parte, sí ha mostrado una tendencia más estable a ejercer deferencia hacia el criterio del o de la sentenciador/a de primera instancia: en 23 resoluciones con arista civil emitidas durante los primeros 11 meses del periodo estadístico del presente *Informe* (julio de 2020 a mayo 2021, inclusive) el máximo tribunal hizo una determinación propia, a través de una sentencia de reemplazo, en solamente dos de los

90 Cabe recordar que los tribunales superiores han aclarado en varias oportunidades que se trata de indemnización por daño moral. Este menoscabo moral, según el máximo tribunal, “no es ... de orden puramente económico”, pudiendo ser definido como “la lesión o agravio, efectuado culpable o dolosamente, a un derecho subjetivo de carácter inmaterial e inherente a la persona”. (Demanda civil interpuesta por Héctor Vergara, sobreviviente, CSJ, rol. 30.481-2020, 8 de septiembre de 2020).

91 Demanda civil interpuesta por hermanas/os de Juan René Molina Mogollones, detenido desaparecido desde Villa Grimaldi en enero de 1975: CA de Santiago, Rol 8.793-2020.

92 “En el caso de los hermanos, los que efectivamente han sufrido la pérdida de un ser querido, debe ser avaluado el daño moral en una proporción menor, como reiteradamente lo ha dicho esta Corte”, CA de Santiago, Rol 8.793-2020.

93 La Corte de Apelaciones de Concepción, por ejemplo, ha declarado que: “el menoscabo moral, siendo de índole netamente subjetiva, queda enteramente entregado a la regulación prudencial del tribunal”, (CA de Concepción, citada en Corte Suprema, Rol 33.745-2019, 12 de agosto de 2020).

casos. En los otros 21, optó por refrendar alguna de las decisiones emitidas por un tribunal inferior: ya fuera ratificando la sentencia de primera instancia (en seis casos); o bien ratificando una determinación tomada por la Corte de Apelaciones respectiva (en cuatro casos).<sup>94</sup> Las fundamentaciones y los resultados concretos de las decisiones ratificadas fueron, además, bastante dispares, algo que tiende a apoyar la hipótesis de que el principio de la deferencia está primando por sobre una simple convergencia o uniformidad de pensamiento entre los tribunales de instancia, y el máximo tribunal.<sup>95</sup> En tanto, de los dos casos en que la determinación de la Corte Suprema difería de la de ambas sentencias inferiores, mientras que uno fue resuelto de manera favorable al demandante, el otro privó completamente de indemnización a cuatro de un total de siete expresos políticos agrupados dentro de una misma demanda.<sup>96</sup>

En ausencia de criterios consensuados o explícitos, entonces, se configura un escenario de incertidumbre en que los resultados finales de demandas civiles son notoriamente dispares, sin obedecerse plenamente al juicio del o de la sentenciador/a, ni tampoco, al parecer, a alguna práctica, protocolo o baremo susceptible de ser conocido, consultado y/o debatido. Sería muy conveniente abrir una discusión transparente al respecto: aprovechando, al mismo tiempo, para cuestionar en forma definitiva el consistentemente nefasto papel del Consejo de Defensa del Estado, CDE, en esta materia (ver *Informes* anteriores). En las 23 resoluciones analizadas, entre los argumentos esgrimidos por el CDE están los siguientes: excepción de pago;<sup>97</sup> reducción de monto por la

94 En los once casos restantes en que la Corte Suprema no innovó, ambas instancias inferiores habían llegado a la misma determinación.

95 A modo de ejemplo, los montos de indemnización otorgados en los fallos ratificados oscilan entre \$10.000.000 y \$130.000.000 por persona, mientras que, si bien cuatro ratificaciones operaron para revertir una denegación de indemnización, el máximo tribunal también dejó en pie dos rechazos, e introdujo otro más, parcial, en uno de los casos en que innovó (ver detalle a continuación). En el caso Aburto, además, en que solamente el monto otorgable estaba en disputa, la Corte Suprema declinó a intervenir en lo que calificó como una divergencia basada en “distintas estimaciones” de lo que se podía considerar justo. (Demanda civil interpuesta por Hernán Aburto, sobreviviente, CSJ rol. 33.475-10, 3 de agosto de 2020).

96 Se trata, respectivamente, de una demanda civil interpuesta por Héctor Vergara, sobreviviente, en que el monto de \$5.000.000 otorgado en primera y segunda instancia fue elevado a \$30.000.000 (sentencia de reemplazo). CSJ, rol. 30.481-2020, 8 de septiembre de 2020, op. cit.; y de una demanda civil interpuesta por siete expresos políticos de Punta Arenas, CSJ, rol 44.407-2020, 16 de noviembre de 2020. La denegación parcial, en el segundo caso, fue por cosa juzgada: ver discusión a continuación.

97 Incluyendo un caso en que errores en identificación (Patio 29) había llevado a una indemnización por falta de servicio, y el CDE quiso argumentar que entonces no corresponde indemnizar por la muerte de la persona (caso Marcelino Lamas Largo, detenido-desaparecido, arista civil de una causa penal). CSJ Rol. 23.301-2018, 11 de mayo de 2021. La Corte Suprema rechazó las pretensiones del CDE y ratificó el otorgamiento de \$80.000.000 a cada uno/a de los cuatro hermanos/as de Marcelino.

recepción de una pensión reparatoria “emanada del mismo hecho”;<sup>98</sup> reducción de montos por ser “excesivos” o “exorbitantes”; prescripción extintiva con una fecha arbitraria de cuatro años después de la publicación del Informe Rettig; exclusión de algunos hermanos de un mismo grupo familiar basado en el cuestionamiento de su filiación (formalmente comprobada); la “improcedencia” de indemnizar a convivientes; preterición legal<sup>99</sup> de hermanas/os para hacer “más viable” indemnizar a familiares de otras categorías de parentesco; la mención de un total muy abultado de dineros, y “otras prestaciones”, supuestamente otorgadas por el Estado en concepto de reparación –incluso cuando la persona demandante, no ha hecho uso de ninguna de las mencionadas medidas o prestaciones– y, lo más delirante de todo, plantear la sola existencia del Museo de la Memoria, del Día Nacional del Detenido Desaparecido, e incluso de un Premio Nacional de Derechos Humanos, como medidas de reparación que obvian la necesidad o pertinencia de que el Fisco responda ante demandas civiles. No obstante, los tribunales ratificaron al menos algún reconocimiento del derecho invocado, en 21 de las 23 demandas resueltas en los once meses del periodo de análisis.<sup>100</sup>

### **5.2.2 Demandas civiles y cosa juzgada: cambio de criterio perjudica a demandantes de fechas tempranas**

A lo antes expuesto, se suma la enorme variabilidad causada por un giro brusco en el criterio que ha primado en los tribunales superiores en materia de reconocimiento del derecho a reparación por vía judicial.<sup>101</sup> Si bien el giro ha sido favorable –al modificar una situación

98 Las leyes respectivas señalan que las pensiones de reparación por vía administrativa son compatibles con todo otro tipo de prestación, y la Corte Suprema ha señalado en reiteradas oportunidades que la reparación otorgable por vía judicial tiene una naturaleza y finalidad distinta, por cuanto no son excluyentes.

99 Se trata de un argumento que básicamente se reduce, una vez más, a una equivalencia falsa entre leyes de reparación administrativa ya dictadas, y el otorgamiento de reparación por vía judicial. El CDE pretende que, donde alguna ley de reparación administrativa haya excluido a hermanas y hermanos de su alcance –arbitrariamente, a juicio del Observatorio– los tribunales repitan la misma exclusión. Aquello, por cierto, no obra sino a favor de acentuar el vicio original y, entonces, sería mucho más plausible argumentar que la exclusión arbitraria de medidas administrativas hace aún más pertinente que hermanas y hermanos de víctimas ausentes tengan acceso pleno a la vía jurídica de reparación.

100 Los roles, asimismo el listado completo, de los 23 casos analizados se encuentran recopilados en el cuadro 2, “Detalle de las 39 sentencias de la Corte Suprema emitidas...”, números 1 al 30 inclusive; restando los casos numerados 21, 22, y 25, por no presentar arista civil.

101 Para ser más exacto, se trata de una divergencia de criterio entre dos Salas de la Corte Suprema, y de la reasignación de la consideración de demandas civiles, en etapa de casación, desde una de dichas salas (Sala Constitucional) hacia la otra (Sala Penal), a partir de diciembre de 2014. Ver *Informes anteriores y Observatorio de Justicia Transicional, Principales hitos jurisprudenciales, judiciales y legislativos en causas de DDHH en Chile 1990-2020*, Universidad Diego Portales, 2020.

de casi invariable denegación de derechos–, las personas que interpusieron en fechas más tempranas sus demandas civiles hoy se encuentran entrampadas por la cosa juzgada, al intentar revertir la injusticia cometida por su denegación. A modo de ejemplo, en noviembre de 2020, la Corte Suprema rechazó en su totalidad o en parte, dos demandas civiles sobre la base de la cosa juzgada. Una fue en un caso de ejecución extrajudicial; y la otra, ya mencionada, denegó reparación a más de la mitad de un grupo de siete demandantes sobrevivientes.<sup>102</sup> Es llamativo, además, que en ese segundo caso el máximo tribunal desestimó dos fallos inferiores (de primera instancia, y de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas), en los cuales explícitamente se había desestimado la aplicación de cosa juzgada, basándose en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *caso Ordenes Guerra versus Chile*.<sup>103</sup> Al resolver en contra de las pretensiones de cuatro de los siete demandantes, la Corte Suprema en efecto otorga mayor peso a su interpretación del ordenamiento interno relevante que a la jurisprudencia regional, denegando a esa última, fuerza vinculante.<sup>104</sup>

### **5.3 PRAIS 1991-2021: Programa de Reparación y Atención Integral en Salud y Derechos Humanos**

El Programa de Reparación y Atención Integral en Salud y Derechos Humanos, PRAIS, cumple 30 años en 2021, ocasión que ha impulsado diversas actividades y conmemoraciones, entre ellas un proyecto testimonial en asociación con el Museo de la Memoria, y un ciclo propio de podcasts.<sup>105</sup> El PRAIS fue una de las primeras experiencias de su tipo en América Latina y constituye, incluso con sus considerables insuficiencias y precariedades, un hito notable. Fue la primera política pública nacional que procuraba ofrecer alguna respuesta en reparación integral para víctimas y sobrevivientes, respondiendo a sus necesidades

102 Respectivamente, demanda civil por el homicidio de Humberto Menanteau Aceituno, CSJ, rol 24.688-2020, 17 de noviembre de 2020; y demanda civil interpuesta por siete expresos políticos de Punta Arenas, CSJ, rol 44.407-2020, 16 de noviembre de 2020, op. cit.

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

104 Caso demanda civil interpuesta por siete expresos políticos de Punta Arenas, Rol. C-499-2017, 26 de agosto de 2019 y complementada el 10 de diciembre de 2019. La Corte de Apelaciones refrendó el fallo el 30 de marzo de 2020. Ambas instancias tuvieron a bien otorgar el mismo monto indemnizatorio (\$100.000.000) a cada uno de los siete demandantes, cuatro de los cuales habían participado en una demanda anterior, rechazada por prescripción, hace más de una década atrás. El Consejo de Defensa del Estado, por su parte, argumentó en cada instancia, y en casación, cosa juzgada, excepción de pago, prescripción, y el supuesto monto “excesivo”, pretendiendo la denegación total de la demanda.

105 Museo de la Memoria y los Derechos Humanos, “PRAIS 30 años: Testimonios de la salud pública en derechos humanos”; y el ciclo de podcasts “30 años de PRAIS”, ambos accesibles en Youtube.

en salud física y mental, a pesar de lo paradójico que resultaba, tanto la meta de “reparar lo irreparable” como el hecho de que el Estado, que declara su intención de reparar, es el Estado que vulneró.<sup>106</sup> Con todo, PRAIS es destacable por ser una iniciativa de alcance amplio y duradero –incluso intergeneracional– en contraste con las acciones temporales y limitadas que han sido demasiado frecuentes en reparaciones en Chile (ver *Informe 2020*). Es importante valorar el trabajo clínico especializado que ha realizado y las acciones de memoria que ha protagonizado y acompañado. También, su posicionamiento único como testigo de la ubicuidad y longevidad de la violencia estructural,<sup>107</sup> y del impacto colectivo y acumulativo del trauma sociopolítico. En ese sentido el PRAIS, por más que se le asocia más visiblemente con la dimensión de reparaciones de la justicia transicional, es o debe ser, a la vez, un interlocutor importante para las garantías de no repetición, conforme lo señalado por dos de los cinco objetivos que en 2006 se definieron para el programa: “Implementar un modelo de atención integral en salud cuyo objetivo principal sea contribuir a la restauración del sujeto social pleno de derechos”, y “Contribuir a generar una cultura de respeto a los derechos humanos”.<sup>108</sup>

En sus tres décadas de existencia, PRAIS ha apoyado a usuarias y usuarios a lo largo y ancho del país, quienes se encuentran embarcados en hacer valer sus derechos, ya sea dando testimonio ante comisiones de la verdad, o acusando a sus perseguidores y exigiendo reparación en los tribunales.<sup>109</sup> Durante su trayectoria, se ha transformado en un repositorio y custodio de verdades y vivencias que desde el corazón del mismo Estado permiten desmentir a quienes siguen minimizando o negando la brutalidad de la cual el Estado ha sido, y es, capaz. En el contexto post-estallido social, el programa ha sido vanguardia en constatar algunas expresiones muy particulares de los costos psicosociales de esta nueva irrupción visible de represión estatal. Estos incluyen, por

106 Creando, en las palabras de una funcionaria, “una relación que nace desde la profunda desconfianza”. Aporte escrito suministrado para este estudio, mayo de 2021.

107 En palabras de Elizabeth Lira, destacada psicóloga clínica y social con experticia en contextos de violencia política, “muchos de los legados de la violencia en este país esta[n] latentes en las familias y en las personas... este es un país que ha sido muy ordenado, muy represivo, muy autoritario, y finalmente muy violento con las personas”. Documental “PRAIS 30 Años: Archivo oral de memorias, salud pública y derechos humanos en Chile”. Capítulo 5: “Estallido Social y reflexiones sobre las violencias estructurales en el presente”, Minuto 1. Documental realizado por el Museo de la Memoria y los Derechos Humanos, en asociación con el PRAIS. Disponible en Youtube.

108 Norma Técnica N°88 de MINSAL del año 2006. Disponible como Ministerio de Salud. 2006. *Norma Técnica para la atención en salud de personas afectadas por la represión política ejercida por el Estado en el período 1973-1990*. (disponible en: [http://prais.redsalud.gob.cl/wrdprss\\_minsal/wp-content/uploads/2020/10/norma-tecnica-88.pdf](http://prais.redsalud.gob.cl/wrdprss_minsal/wp-content/uploads/2020/10/norma-tecnica-88.pdf))

109 Lo hace, *inter alia*, confeccionado los “informes de daño” que permiten a sobrevivientes sustanciar, ante los tribunales, sus demandas civiles.

ejemplo, un incremento ya perceptible de solicitudes para eximirse del servicio militar, de jóvenes que temen ser transformados en agentes de represión; o la exacerbación de síntomas de trauma, ansiedad y desconfianza entre usuarias y usuarios sobrevivientes de la dictadura, acen- tuados, aún más, por efectos directos e indirectos de la pandemia.<sup>110</sup> Los efectos indirectos incluyen la postergación de atenciones, además de la precarización que probablemente resulta del impacto negativo en el presupuesto de la salud pública. Ello se suma al impacto ya sentido, de un sostenido aumento en la cantidad de usuarios inscritos versus un presupuesto que resulta insuficiente, incluso teniendo en cuenta cierto nivel de incremento realizado en 2017.

Con todo, es necesario no solamente intentar proteger las capacidades actuales del programa, sino señalar la urgencia de realizar cambios y mejoras, acordes tanto al perfil de las y los actuales usuarias/os, como a las condiciones reinantes en el país y a los compromisos internacio- nales ratificados por el Estado de Chile. Como insumos para ello, se contará con los resultados de dos procesos evaluativos y diagnósticos: en noviembre de 2020, el Ministerio de Salud inició un proceso de revisión estructural del PRAIS, que concluirá en 2021, con el fin de contar con un diagnóstico actualizado que permita mejoras. También, durante 2021, se está realizando un proceso de levantamiento de bre- chas de recursos humanos, infraestructura y equipamiento, en cada uno de los Servicios de Salud dentro de los cuales los equipos PRAIS están insertos.<sup>111</sup>

## 6. MEMORIA

En su reciente informe sobre los procesos de memorialización, el ac- tual Relator especial de la ONU en materia de justicia transicional, Fabián Salvioli, argumentó por una ampliación de la conceptuali- zación clásica del campo, incorporando memoria como su “quin- to pilar”.<sup>112</sup> Estimó, asimismo, que su desarrollo en sociedades que han sufrido violaciones manifiestas de derechos humanos ya puede

110 Documental “PRAIS 30 Años: Archivo oral...” op. cit. Capítulos 5 (“Estallido social...”) y 6 (“Pandemia y desafíos en la Salud Pública”).

111 Minsal.cl: “Se inicia trabajo de revisión estructural con referentes de mesa ministerial”, 9 de noviembre de 2020; y Minsal.cl: “PRAIS Minsal realiza capacitación para levanta- miento de brechas de recursos humanos”, 6 de abril de 2021.

112 Si bien advierte, asimismo, la posibilidad de que el concepto de memoria se convierta en un arma de doble filo, cuando es apropiado, de mala fe, para fines que se parecen más bien a la propagación de noticias falsas y/o incitación del odio. Ver: Informe del Relator Especial de la ONU sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición: Los procesos de memorialización en el contexto de violaciones graves de derechos humanos y del derecho internacional humanitario: el quinto pilar de la justicia transicional. Documento ONU A/HRC/45/45, 9 de julio 2020.

considerarse una obligación para los Estados. De esta manera, instó a los Estados a promover el debate sobre las violencias pasadas, evitando la negación o relativización de los crímenes cometidos. Para ello, indicó, se requieren intervenciones en el espacio público, expresiones artísticas, difusión en medios de comunicación, preservación y acceso a archivos, así como programas educativos, entre otros. En Chile, en mayor medida ha sido la sociedad civil la que ha empujado acciones en estos ámbitos, buscando el apoyo del Estado, el que de forma más lenta y menos sistemática ha avanzado en iniciativas de memorialización. Tampoco el actuar estatal ha estado exento de contradicciones y retrocesos, como el que se vivió en enero de 2021, cuando un proyecto de ley que habría creado la asignatura de Memoria y Derechos Humanos en la enseñanza básica y media, fue rechazado en la legislatura por votos de un partido de gobierno.<sup>113</sup>

### **6.1 Despinochetización del espacio público y homenajes a víctimas y defensores de los DDHH**

Como hemos comentado en *Informes* anteriores (2018, 2019 y 2020) van emergiendo de manera permanente, nuevas exigencias desde sectores de la sociedad civil por el retiro de imágenes y homenajes a figuras asociadas a la dictadura y/o directamente vinculadas con la perpetración de graves violaciones a los DDHH. En 2019, la Junta de vecinos de la Villa Presidente Pinochet en la comuna de El Bosque, Santiago, anunció un plebiscito vecinal para cambiar de nombre al sector, para lo cual iniciaron un proceso de concientización ciudadana.<sup>114</sup> En tanto, en octubre de 2020, un monolito de la plazoleta “Capitán General Augusto Pinochet Ugarte”, ubicada frente a la Escuela de Artillería de la ciudad de Linares, fue tapado con pintura.<sup>115</sup> Organizaciones sociales de la Región del Maule vienen, desde al menos 2017, solicitando el cambio de nombre de la plaza,<sup>116</sup> en la cual adherentes al golpe de Estado se reúnen cada 11 de septiembre para festejar. En junio de 2021, organizaciones de Arica impulsaron una campaña para anular el Decreto Municipal 577 de 1974, decreto que otorgó al dictador la distinción de “Hijo Predilecto” de la ciudad.<sup>117</sup>

113 *Boletín 63, Observatorio de Justicia Transicional UDP, 2021.*

114 Radio Universidad de Chile: “Educación ciudadana en la villa Presidente Pinochet: la antesala al plebiscito por el cambio de nombre”, 8 de septiembre de 2019. La iniciativa de cambio de nombre había sido presentada en enero del mismo año al Concejo municipal por la agrupación Ciudadanos por la Memoria.

115 *Bío Bío*: “‘Borrada’ con lápiz BIC: así apareció la polémica plazoleta que homenajea a Pinochet en Linares”, 30 de octubre de 2020.

116 *El Mostrador*: “Organizaciones sociales del Maule piden cambiar nombre a plaza Augusto Pinochet en Linares”, 4 de septiembre de 2017.

117 La iniciativa es impulsada por los colectivos Wila-Pacha Arica-Parinacota, y Mujeres, Memoria y Derechos Humanos.

En el caso de ex uniformados condenados por crímenes de lesa humanidad, el Plan Nacional de Derechos Humanos (PNDH), para el periodo 2018-2021, contempla como acción específica un “[e]studio para evaluar la adopción de medidas pertinentes para impedir el reconocimiento institucional de condenados por violaciones a derechos humanos durante la dictadura”. Sin embargo, a junio de 2021, aún no se habían reportado avances para dicha acción, cuya pertinencia y urgencia son evidentes cuando se considera, por ejemplo, la osada y desafiante postura de las FFAA frente a órdenes judiciales que exigen el retiro de homenajes a Manuel Contreras desde instalaciones castrenses (ver *Informe* 2020).<sup>118</sup> Similar situación se observa con otras acciones enunciadas en el PNDH, como la supuesta “[i]nstalación de placas conmemorativas de violaciones a los derechos humanos en recintos militares”.<sup>119</sup> Dado el escaso tiempo que, según el calendario de la actual iteración del PNDH, queda para avanzar en estas acciones, parece que una vez más, responsabilidades que deberían de ser del Estado –habiendo sido, incluso, enunciadas y anunciadas por el propio Estado– quedarán como letra muerta, recayendo más bien en la iniciativa ciudadana, el seguir presionando para que el Estado materialice esas acciones. Entre los caminos posibles figuran los tribunales, que se arriesgan, así, a convertirse, *faute de mieux*, en tribunales de denuncia frente a la debilidad o la ausencia de políticas públicas.

En tiempos recientes también se ha exigido el cambio de nombre de calles que recuerdan a colaboradores de la dictadura, como es el caso de la calle Jaime Guzmán en la comuna de Pudahuel, Santiago. En febrero de 2021, la presión de vecinas y vecinos logró que la municipalidad renombrara la calle en honor a Víctor Jara.<sup>120</sup> Otras iniciativas también han buscado reivindicar los nombres de resistentes y víctimas, como ocurre con la calle Regimiento en Puerto Montt, cuyo nombre será cambiado a Los Deportistas, para recordar a cuatro futbolistas fusilados

118 Un análisis pormenorizado de esta causa y las normas internacionales que respaldarían el orden de retiro se encuentra en Francisco Bustos y Pietro Sferrazza, “La protección judicial del derecho a la memoria: la remoción de las imágenes de un genocida”, *Revista de Derecho* (Valdivia), Vol. XXXIV(1), 2021, pp. 341-352.

119 El texto del PNDH contempla, como primera acción asociada la Meta 1, “Tomar todas las medidas necesarias para que se investigue y sancione a quienes hubieran cometido violaciones a los derechos humanos durante la dictadura”; y como segunda acción asociada a la Meta 3, “Preservar la memoria histórica en materia de violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos, velando por el resguardo del patrimonio histórico en esta materia, y por la articulación de las instituciones públicas dedicadas al rescate, conservación y difusión de dicho patrimonio”. Texto disponible en <https://planderechoshumanos.gob.cl/>.

120 Concierto.cl: “Pudahuel cambia nombre de calle Jaime Guzmán por Víctor Jara”, 6 de febrero de 2021.



por una patrulla de la Fuerza Aérea en 1974.<sup>121</sup> De modo similar, en junio de 2020, la municipalidad de Independencia, en Santiago, comunicó el cambio de nombre de la calle Santos Dumont por la del desaparecido militante y diputado del partido socialista, Dr. Carlos Lorca.<sup>122</sup>

## **6.2 Continuidad en los ataques a espacios de memoria y conflictos con el Estado**

Desde el año 2018 distintos espacios de memoria a lo largo del país han sido objeto de reiterados ataques.<sup>123</sup> A la fecha de junio de 2021, existían registros de al menos 79 agravios de diversos tipos,<sup>124</sup> afectando a 53 espacios; es decir, varios de esos lugares han sido atacados múltiples veces.<sup>125</sup> Los agravios incluyen vandalizaciones, destrucción, robo o intento de robo, incendio o intento de incendio, así como intervenciones de propietarios de los espacios.<sup>126</sup> La mayor parte de los ataques registrados (79%) se produjeron luego del denominado “18-O”, es decir, en el contexto del ambiente crispado creado por la irrupción social y la represión de ella. En el período estadístico del presente *Informe* (julio de 2020 a junio de 2021), se registraron 25 ataques con agravios contra 10 sitios de memoria, ocho memoriales y placas recordatorias, y dos casas de memoria. La mayoría de los lugares afectados se encuentran, en teoría, protegidos por ley, en la calidad de Monumentos Nacionales (Ley 17.288). Frente a esta realidad, agrupaciones y colectivos vinculados a estos lugares han denunciado los agravios en medios de prensa y redes sociales. También, aunque en menor medida, se han seguido acciones judiciales, algunas con apoyo del Instituto Nacional de Derechos Humanos, pero a la fecha de cierre de edición, ninguna registraba avances.

121 Anuncio realizado en la sección Noticias del sitio web oficial de la Municipalidad de Puerto Montt, 16 de septiembre de 2020. Se trata de Pedro Bahamonde, José Soto, Héctor Maldonado y José Mañao, jóvenes futbolistas de clubes de aficionados. En junio de 2018, la Corte Suprema condenó a 10 años y un día de cárcel a Ronald Peake de Ferrari, el oficial a cargo de la patrulla militar; y a 3 años y un día, con libertad vigilada, a Juan Gallegos, Héctor Stuardo y José Quilodrán, por su participación en el crimen.

122 Radio Universidad de Chile: “Santos Dumont por Carlos Lorca: Independencia cambia nombre de calle en honor a médico desaparecido”, 19 de junio 2020.

123 Véase *Informes* 2019 y 2020.

124 Se trata de distintas acciones que ofenden denigran, lesionan, dañan o deterioran, o amenazan con dañar la integridad física de los espacios de memoria, y los valores que representan. El análisis ofrecido en esta sección del capítulo se realizó a partir de la actualización de los datos registrados en el “Informe de monitoreo. Situaciones críticas de daños, ataques, robos y vandalizaciones en sitios y lugares de memoria. Período 18 de octubre 2019- 10 de abril 2020. Actualización 10 de abril 2020- 4 de marzo 2021”, realizado por la Unidad de Cultura, Memoria y Derechos Humanos del Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio.

125 16 espacios han sido agraviados en entre dos y cinco oportunidades.

126 Por *vandalización* se entiende la introducción de elementos ajenos, entre ellos, rayados ofensivos que reivindicar victimarios o autoría del ataque, pintura, excremento, y basura.

En respuesta a los ataques, la Subsecretaría de Derechos Humanos convocó una mesa de trabajo, en 2019.<sup>127</sup> La mesa determinó formular un “Protocolo de actuación para instituciones públicas en caso de daños o vandalización en sitios de memoria y memoriales (1973-1990)”, el que fue presentado públicamente en abril de 2021.<sup>128</sup> El objetivo del documento es “establecer un procedimiento coordinado entre las Instituciones del Estado con competencias en materia de protección del patrimonio cultural y memoria y la Sociedad Civil, para la oportuna y eficaz recepción, análisis, investigación y actuación ante denuncias de daños o vandalismo en Sitios de Memoria y Memoriales”, el cual es aplicado tanto para espacios que se encuentran protegidos por la Ley de Monumentos Nacionales, como para aquellos que no. Aunque en el caso de los últimos, su vandalización solo podrá tipificarse por el delito de daños, mientras que respecto de los primeros se aplica el tipo penal de daño en monumento nacional, establecido en la Ley 17.288. Así, el documento reafirma el procedimiento para la recepción de denuncias ya establecido en las normas vigentes –el Código Procesal Penal, y la Ley de Monumentos Nacionales– y sugiere que la Fiscalía Nacional recurra a la Unidad Especializada en Lavado de dinero, Delitos Económicos, Medio Ambientales y Crimen Organizado (ULDDECO), para recibir apoyo en la investigación. Si bien el Protocolo no presenta mayores novedades respecto del procedimiento ordinario de denuncia de delitos, cabe destacar la mención de un eventual informe técnico de daños a ser elaborado por el Consejo de Monumentos Nacionales cuando se trate de inmuebles protegidos por la Ley 17.288.<sup>129</sup> Lamentablemente, no se especifica qué institución sería la responsable de realizar y remitir un informe similar en caso de inmuebles que no están protegidos por dicha Ley. Dado que la entrada en vigencia del Protocolo se encuentra en proceso, y ninguna denuncia por daños y vandalizaciones a sitios de memoria y memoriales ha sido conducida

127 Véase *Informe 2019*.

128 Si bien en el preámbulo del Protocolo se hace mención de una “mesa de trabajo con Instituciones Públicas y de la sociedad civil”, el único actor no estatal que fue convocado a tal instancia fue la Red de sitios de memoria, entidad que omitió su participación tras las graves violaciones a los derechos humanos que comenzaron a registrarse desde el 18 de octubre de 2019. Suscriben el Protocolo las siguientes entidades estatales: Fiscalía Nacional, Ministerio Público, Jefatura Nacional de Delitos Económicos y Medio Ambiente, Policía de Investigaciones de Chile, Subsecretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Subsecretaría de Bienes Nacionales del Ministerio de Bienes Nacionales, Secretaría Técnica del Consejo de Monumentos Nacionales, y el Instituto Nacional de Derechos Humanos.

129 Es auspicioso, además, que la secretaría técnica del Consejo de Monumentos Nacionales haya creado la Unidad de memoria y derechos humanos al interior del área técnica de patrimonio histórico, orientada al cumplimiento de los compromisos del Estado en materia de protección, gestión y puesta en valor del patrimonio asociado a violación, defensa y promoción derechos humanos.

bajo este procedimiento, no es posible determinar su efectividad para favorecer las investigaciones y la determinación de responsables.<sup>130</sup>

Resulta paradójico que mientras una parte del Estado elabora un Protocolo de actuación como el mencionado, otras reparticiones públicas, abierta y deliberadamente, ignoran la condición de sitios de memoria protegidos por la Ley 17.288, de recintos que están bajo su tutela, como ocurrió con el Estadio Nacional y los espacios vinculados a violaciones a los derechos humanos en el Cerro Chena, en San Bernardo. En ambos casos el Ministerio del Deporte, a través del Instituto Nacional del Deporte, ha incurrido en conductas que lesionan dichos sitios de memoria. En el primer caso, el Proyecto Parque Deportivo anunciado con motivo de los Juegos Panamericanos y Parapanamericanos a realizarse en Santiago en 2023, ha involucrado una serie de intervenciones que se comenzaron a desarrollar en el Estadio durante el período de pandemia, sin el conocimiento de la Corporación Estadio Nacional, Memoria Nacional, agrupación que mantiene un comodato para el uso y gestión de diversos espacios al interior del recinto deportivo, en virtud de su condición de sitio de memoria. Dada la imposibilidad de acceso, desde que la emergencia sanitaria llevó a la suspensión de actividades públicas en el recinto, la Corporación se informó *de facto* de la instalación de rejas que afectan al Camarín de mujeres, espacio que forma parte del circuito de memoria del sitio.

Atendiendo a las reclamaciones efectuadas por distintos actores,<sup>131</sup> el Consejo de Monumentos Nacionales, CMN señaló al Instituto Nacional del Deporte la condición de sitio de memoria del Estadio Nacional, junto a las consideraciones que ello supone en virtud de las obligaciones de derecho internacional. Estas incluyen el asegurar la efectiva participación de sobrevivientes y víctimas, en particular en las acciones estatales que afectan el derecho a la memoria, como ha sido reafirmado por la Resolución “Principios sobre Políticas Públicas de Memoria en las Américas”, emitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en 2019.<sup>132</sup> El CMN indicó, a la vez, que el cierre y sombreado instalados aledaños al Camarín de mujeres constituyen una “intervención no autorizada”, por lo cual instruyó su retiro.<sup>133</sup>

130 Considerando que la mayor parte de los espacios afectados por agravios se encuentran protegidos por la Ley 17.288, el protocolo podría incluir un formulario de denuncia similar al dispuesto para el caso de denuncias por infracciones a los artículos relativos a monumentos arqueológicos y paleontológicos, que se encuentra accesible en la sección Trámites del sitio web del Consejo de Monumentos Nacionales.

131 Entre ellas, el Observatorio de Justicia Transicional, en apoyo a la mencionada agrupación.

132 Resolución 3/2019, adoptada por la CIDH durante su 174 período de sesiones, 9 de noviembre de 2019.

133 ORD 2476 del Consejo de Monumentos Nacionales, Servicio Nacional del Patrimonio Cultural, 2 de junio de 2021.

Hubo que intervenir para evitar el desarrollo de una situación similar, producto del anuncio efectuado por el mismo Ministerio en orden a desarrollar, en parte del Cerro Chena, el proyecto “Nuevo Pinto Durán”, que abarcaría un sector actualmente bajo administración del Ejército, que incluye áreas protegidas como monumento nacional, en tanto fueron utilizadas como recinto de detención, tortura y muerte.<sup>134</sup> Ello motivó la protesta de la Corporación Memorial Cerro Chena, impulsora de la declaratoria como monumento. A la vez, tanto el Ejército como el Municipio de San Bernardo reconocieron no haber sido consultados por el Ministerio.

Al disímil, pero por lo general bajo, nivel de conocimiento que diferentes instituciones, oficinas y órganos públicos demuestran tener sobre sus propias obligaciones estatales en materia de DDHH, se agrega una falta de criterios para la actuación que termina incluso por dificultar las acciones que se buscan desarrollar en y a través de estos sitios. Así, a julio de 2020, la Dirección de Obras Municipales de la Municipalidad de Santiago ha persistido en la desaprobación del proyecto “Restauración y museografía Londres 38, casa de memoria”, cuando otras reparticiones públicas, como el Centro Nacional de Conservación y Restauración y el Consejo de Monumentos Nacionales, han concurrido en su formulación y aprobación. La urgencia del citado proyecto advierte también que la administración de este tipo de inmuebles por organizaciones ciudadanas no dispensa al Estado de la obligación de disponer los recursos necesarios para custodiar el espacio en su condición de sitio de memoria. De esta forma, la acción incluida en el PNDH destinada a entregar a organizaciones sociales el 10% de inmuebles “con valor patrimonial memorial”, cuyo responsable es el Ministerio de Bienes Nacionales, puede derivar en el deterioro de los inmuebles, si no se destinan recursos para su correcta mantención y uso, a través de planes de gestión.<sup>135</sup>

Antes de 2018, el Estado ya había conformado una Mesa técnica para abordar diversos aspectos de la gestión de los sitios de memoria (véase *Informe 2018*). Sin embargo, ello parece no haber tenido efecto en relación con una formulación de criterios consensuados, una de las dos metas principales de la mesa, junto a la de operar como una instancia de coordinación entre las distintas entidades públicas involucradas. La Mesa reanudó sus actividades en mayo de 2021, esta vez como parte de las acciones del PNDH, y una vez más, como ya se ha advertido,

134 En Cancha: “ANFP se olvida de San Bernardo y confirma que el nuevo Juan Pinto Durán se construirá en otra comuna”, 17 de mayo 2021.

135 Según el PNDH, el mencionado porcentaje equivale a un total de 36 inmuebles. Sin embargo, ello resulta incongruente con un catastro elaborado en 2007 por el Ministerio de Bienes Nacionales, “Catastro de inmuebles fiscales donde se cometieron violaciones a los derechos humanos”, en el cual se registran 576 inmuebles.

prescindió de la participación de sitios de memoria a los que pretende proteger. Adicionalmente, y al igual que en 2020 (ver *Informe 2020*), se anunció, nuevamente, la amenaza de una reducción en presupuestos para el año que viene.<sup>136</sup> En junio de 2021, el Servicio Nacional del Patrimonio Cultural informó a aquellas organizaciones gestoras de sitios o espacios de memoria, con las cuales el Servicio mantiene convenios de colaboración, que la formulación de programas para 2022 se haría considerando tres escenarios presupuestarios: dando alcance al 100%, al 95% o al 90%, respectivamente, del monto asignado para 2021.<sup>137</sup> En dirección opuesta al principio de progresividad que debe aplicarse a los procesos de memorialización, pareciera que la reducción presupuestaria no responde tanto a una menor disponibilidad de recursos, sino a la insistencia del Estado de responder a sus compromisos en el ámbito de la reparación simbólica y la memorialización por medio de certámenes y concursos que promueven la competencia por recursos. Ello, ya que como paliativo a la potencial reducción financiera, se anunció un nuevo fondo concursable de “Fortalecimiento de organizaciones patrimoniales”, el que concursará un total de CLP \$1.400.000.000, y al cual podrán postular los sitios de memoria, junto a otros tipos de organizaciones.<sup>138</sup>

## 7. GARANTIAS DE NO REPETICION

El término *garantías de no repetición* (en adelante, también, GNR) se ha hecho sonar en Chile en los últimos años, debido sobre todo a las graves e impactantes violaciones a los DDHH cometidas por las fuerzas policiales, en su actuar desenfrenado post-18-O, y las reverberaciones domésticas e internacionales de ellas. Al respecto, es importante recalcar al menos dos aspectos de la usanza e interpretación predominante del concepto en el campo de la justicia transicional. El primero, es que ante la pregunta *¿repetición de qué?*, Pablo de Greiff, el primer relator especial de la ONU en la materia y principal impulsor de la adopción y desarrollo del concepto concluyó claramente que –en cuanto deber

136 En 2020, la amenazada disminución de montos finalmente no se concretó, gracias al rechazo coordinado de las organizaciones, la adhesión y el apoyo de diversos actores.

137 Actualmente son ocho los espacios de memoria que mantienen convenios de colaboración: Parque por la Paz Villa Grimaldi; Londres 38, espacio de memorias; Memorial Paine, un lugar para la memoria; Estadio Nacional, memoria nacional; Casa de memoria José Domingo Cañas; Centro Cultural Museo y Memoria Neltume; Museo de la Memoria y los Derechos Humanos; y Fundación Archivos de la Vicaría de la Solidaridad.

138 El fondo les fue anunciado a las instituciones colaboradoras que mantienen convenios con el Servicio Nacional de Patrimonio Cultural, con ocasión de la reunión sostenida con dicho Servicio para informar sobre el proceso de preparación del presupuesto 2022. En efecto el concurso se abrió el 13 de mayo y cerró el 10 de junio de 2021. (ver en: [https://www.patrimoniocultural.gob.cl/614/articles-99938\\_archivo\\_01.pdf](https://www.patrimoniocultural.gob.cl/614/articles-99938_archivo_01.pdf))

y derecho– se refiere a la repetición de graves violaciones, crímenes atroces, y/o violencia política extendida. Es decir, la mera persistencia o reaparición, a escala relativamente más reducida, de violencia política –incluso de violaciones a los DDHH– si bien es sin duda siempre preocupante, no basta de por sí para concluir que estamos ante un fracaso estrepitoso y declarado del deber de GNR. Ello ya que difícilmente cualquier sociedad humana, sea o no en un contexto postconflicto o posttransicional, se libra por completo de toda incidencia de violaciones a los DDHH. Entonces, el deber y derecho de GNR deben ser entendidos como una aspiración, promesa, y certificación del firme propósito de evitar franquear nuevamente el umbral de las violaciones graves y/o extendidas. No es el propósito del presente capítulo evaluar u opinar sobre si Chile post-18-O superó o no dicho umbral, y en qué medida. Más bien se quiere subrayar la necesidad de cierta claridad sobre lo que el término ha significado, y lo que no, hasta el momento, en su conceptualización predominante.

Asimismo, el segundo punto digno de mención tiene que ver con la distinción cualitativa entre GNR y las otras tres dimensiones tradicionalmente atribuidas a la justicia transicional, a saber, verdad, justicia, y reparaciones.<sup>139</sup> Si bien las últimas tres son, según de Greiff, áreas de actuación, de abogacía y de medidas, la primera es más bien una orientación o un norte. Es decir, no es que toda acción societal o política post-dictadura, o post conflicto armado interno, necesariamente tenga que ser una “acción GNR”, en su diseño, motivación o realización. Pero de alguna manera se esperaría, que toda acción transcendental o determinante –sea en la arena económica, social, institucional o cultural– se delibere, se tome y se implemente, consciente de que la sociedad dentro de la cual está siendo gestionada, y para cuyo bien será realizada, es una sociedad post-autoritaria o post-conflicto, con todo lo que ello conlleva. Es en este sentido que, como argumentamos en el *Informe 2020*, la Asamblea Constituyente, su consecución, su composición, su deliberación y sus resultados son y serán “momentos de justicia transicional” para Chile. Del mismo modo, la conducción de la vida nacional y el comportamiento y lenguaje de quienes la dirigen, debería de ser capaz de resistir un análisis ético en cuanto a su aporte a los altos valores. Estos sin duda incluyen las GNR, dentro de la cual figuran tanto la necesidad de aspirar al reconocimiento de la verdad, como la de crear espacios que protegen y posibilitan una deliberación pública, inclusive, capaz de

139 Si bien, como hemos visto más arriba, el actual relator especial en la materia, Fabián Salvioli, aboga para migrar hacia una comprensión ampliada con la *memoria* incorporada como una quinta dimensión. Documento ONU A/HRC/45/45, 9 de julio de 2020, op. cit.

abarcar y gestionar disenso. De ahí la importancia del manejo que se les ha dado a las polémicas surgidas a poco andar, entre ellas, sobre las atribuciones de la instancia, y la participación en ella, o en determinados espacios dentro de ella, de diversos personajes: *inter alia*, el exalmirante Arancibia.

Al respecto, son numerosos los otros motivos de preocupación surgidos en el periodo del presente *Informe*. Como ha llegado a ser ya habitual, las fuerzas de orden y seguridad pública lideran el desfile de quienes parecen no comprender, o no asumir, sus deberes en reconocimiento (verdad) y en la promoción de una (re)orientación institucional hacia valores públicos positivos (GNR). En agosto de 2020, por ejemplo, se tuvo que intervenir para impedir que el entonces general director de Carabineros bautizara a la Academia de Ciencias Policiales de Carabineros con el nombre de General Rodolfo Stange. Stange, integrante de la Junta Militar de la dictadura (1985 a 1990), simboliza tanto colaboración con la dictadura, como el desacato ante la autoridad política democrática civil, habiéndose negado, en 1994, a acceder a la petición del entonces presidente a que renunciara a su cargo, en razón de la obstrucción activa que la institución montó, bajo su liderazgo, ante la investigación judicial del notorio asesinato por degollamiento de Manuel Guerrero, Santiago Nattino y José Manuel Parada; atrocidad cometida por funcionarios de Carabineros. En tanto, como hemos visto arriba, en enero de 2021 fueron los votos contrarios y abstenciones del oficialismo los que hicieron naufragar, en la Cámara de Diputadas y Diputados, un proyecto para asegurar un lugar para los DDHH y la memoria, en los programas de estudio de los colegios del país. Ello, a pesar de que se trata de una medida largamente recomendada y/o exigida, *inter alia* por ambas Comisiones de la Verdad (Rettig y Valech). También, en el ámbito político, las tendencias paralelas hacia un endurecimiento de la línea derechista de la actual administración, y a reciclar personajes con asociaciones directas con el poder en tiempo de dictadura, volvieron a aflorar con el controvertido nombramiento, en abril de 2021, de Patricio Melero como ministro de Trabajo. Luego de participar en el notorio *Acto de Chacarillas* en 1978, Melero ejerció varios cargos en “asociaciones estudiantiles” intervenidas durante la dictadura, llegando a ser alcalde designado de una comuna capitalina, entre 1985 y 1989. En 1998, participó en la comitiva de parlamentarios derechistas que viajó a Londres para apoyar al exdictador en su batalla por librarse del alcance de la justicia.

## 8. RECOMENDACIONES

### 8.1 Niveles de cumplimiento de recomendaciones formuladas a lo largo de una década

Desde 2011, año en que el Observatorio de Justicia Transicional (entonces “Observatorio de DDHH”) asumió por primera vez la elaboración de este capítulo temático para los *Informes* anuales, hemos formulado un total de 89 recomendaciones al Estado. Publicadas a lo largo de las diez ediciones anteriores al presente *Informe*, en su conjunto, apuntan a medidas que ayudarían a seguir avanzando en la garantía de los derechos a la verdad, la justicia, la reparación, las garantías de no repetición y la memoria, o al menos, a cerrar la brecha entre las políticas públicas actuales, y los compromisos libremente adquiridos por Chile. La mayoría de estas recomendaciones no han sido implementadas por el Estado, por lo cual las hemos reiterado a través de los diversos *Informes*. Aquí repasamos algunos de los principales grupos de recomendaciones aún pendientes: para el detalle de todas ellas, ver *Informes* anteriores.

En materia de justicia, de manera reiterada e infructuosa se ha instado al Ejecutivo y al Legislativo para que derogue el Decreto Ley de Amnistía de 1978 y anule sus efectos, lo que permitiría cumplir, además, con lo ordenado por la Corte IDH en los fallos Almonacid Arellano y García Lucero. No obstante, a la fecha, dicho decreto continúa vigente en el ordenamiento jurídico. De no ser por la interpretación hoy realizada por el Poder Judicial, que lo declara inaplicable, caso por caso, solamente cuando considera que la violación siendo judicializada asciende, además, a la categoría de un crimen de lesa humanidad, el nivel de impunidad que persistiría en el país sería aún más grande. También se ha recomendado en numerosas ocasiones, tanto al Poder Judicial como al Legislativo, respetar el principio de proporcionalidad de las penas en atención a la gravedad de los crímenes cometidos. Ello significaría, por lo general, imponer sanciones de una cuantía que requiere cumplimiento efectivo, y expedir leyes estableciendo un régimen penitenciario acorde con dicho principio. Y, en estrecha conexión con lo anterior, se ha insistido en la necesidad de implementar un sistema de cumplimiento de penas público, transparente y sometido a control judicial, y de evaluar con particular cuidado la concesión de beneficios intra y extrapenitenciarios para criminales de lesa humanidad. Sin embargo, estas recomendaciones no han sido implementadas a cabalidad, en razón de lo cual persisten situaciones como las referidas en otras secciones del presente *Informe*.

También, se ha insistido en la necesidad de fortalecer la institucionalidad, aumentando los recursos a disposición del Poder Judicial, la Unidad Programa de Derechos Humanos, la Brigada de Derechos Humanos de la PDI, y el Servicio Médico Legal, a efectos de agilizar el curso



de las investigaciones y enjuiciamientos, resguardar los conocimientos generados, e impulsar oficiosamente la investigación y sanción de los numerosos crímenes aún pendientes de justicia, incluyendo la garantía de asistencia y representación para las y los sobrevivientes de tortura y prisión política. Frente a lo primero, se destacan las iniciativas de la Corte Suprema, desde hace varios años, para coordinar las causas de derechos humanos, estableciendo mecanismos de priorización y coordinación, y elaborando sistemas de monitoreo y seguimiento que prometen mejorar la comunicación al público sobre el estado de avance de las causas y el cumplimiento a cabalidad de las sentencias impuestas a nombre de la comunidad. No obstante, han sido desoídas las recomendaciones para garantizar el acceso a la justicia a quienes sufrieron tortura, prisión política, y otras violaciones sobrevividas a manos del Estado. A la fecha, solo una proporción muy pequeña de las y los sobrevivientes ha podido acceder a un juicio, y ello como resultado de su propia gestión ante abogadas y abogados particulares. El hecho de que una persona no se encuentre calificada por el Estado en la calidad de sobreviviente de prisión política o tortura sigue siendo, además, un obstáculo tanto para iniciar acciones, como para hacer valer el derecho a reparación en sede judicial. Tampoco hemos tenido noticias de la resolución definitiva de la tramitación, ya escandalosamente prolongada, de postulaciones ya recibidas al programa –y oficina– que reconoce la calidad de exonerado político.

En relación con la verdad, varios *Informes* anteriores han indicado la necesidad de legislar para expeditar el acceso judicial a los antecedentes Valech y de evaluar alternativas, beneficios y consecuencias de admitir el acceso público a esa información, sin que a la fecha se tengan avances al respecto. Igualmente, ante los actos de negacionismo y de reivindicación de los y las personas asociadas con la dictadura y de las graves y masivas violaciones de derechos humanos, se han hecho llamados para prohibir y sancionar tales acciones, incluyendo el apoyo condicional a proyectos de ley que penalicen actos de negacionismo. Sin embargo, los atentados contra la verdad y las acciones para negar el pasado continúan sin una sanción legal expresa, toda vez que a la fecha no se han adoptado normas al respecto.

Asimismo, se han formulado repetidas y expresas recomendaciones para que los sitios y espacios de memoria y memoriales se resguarden y mantengan –incluyendo el apoyo financiero a la sociedad civil que día a día se encarga de dicha labor– y la expedición de una normativa sobre la materia. Frente a esto, se destacada el avance, referido arriba, sobre el Protocolo de actuación ante casos de vandalización u otros daños a sitios de memoria, cuya eficacia práctica, esperemos, pueda frenar tales actos de vandalización.

Además, se ha recomendado, reiteradamente en años recientes, la adopción de un Plan Nacional de Búsqueda que cuente con la

participación directa y sostenida de familiares y de la sociedad civil, y que ponga en marcha un registro público de las personas detenidas-desaparecidas y de los esfuerzos realizados para su ubicación y restauración. Igualmente, se ha recomendado la creación de una instancia permanente para la búsqueda, identificación y retorno de las víctimas de desaparición forzada, que también se ocupe del cumplimiento de las demás responsabilidades de Chile ante la Convención internacional respectiva y las recomendaciones pertinentes del Grupo de Trabajo de la ONU, que abarcan aspectos cívicos, culturales, y sociales del fenómeno y requiere, *inter alia*, una tipificación explícita de la figura y acciones eficaces para frenar su repetición. A pesar de ocasionales anuncios de pasos que estarían por darse, aún se está a la espera de un registro único, consolidado y público, asimismo, de noticias firmes sobre casi la totalidad de los demás esfuerzos alguna vez bosquejados o prometidos. El Protocolo que se reporta arriba –producto de la reactivación parcial de una iniciativa que en sus inicios pretendía más bien convertirse en un espacio permanente de encuentro y co-capacitación–, podría de todos modos constituir o gatillar avances concretos, si se logran definir con claridad las responsabilidades y libertades necesarias para llevarlo adelante en un ambiente de colaboración inter-institucional flexible, ágil y desburocratizado.

En un sentido similar, se ha sugerido la creación de una instancia que coordine las políticas de justicia transicional, contribuyendo a su coherencia y constante actualización, y que califique de manera permanente a las personas afectadas por desaparición forzada, ejecución extrajudicial, tortura y demás violaciones graves de sus derechos humanos, entre 1973 y 1990, abriendo así las llamadas “listas Rettig y Valech” para garantizar los derechos a la verdad, justicia y reparación a quienes no hubieran podido declarar en su momento ante tales comisiones. Se ha recomendado también que esta instancia, así como todas aquellas involucradas en la implementación de acciones de justicia transicional, genere espacios de participación con las y los familiares y sobrevivientes, que permitan escuchar sus demandas, opiniones y posiciones. Igualmente, se han formulado recomendaciones para fortalecer el PRAIS, dado su importante papel en la atención en salud individualizada y permanente a sobrevivientes, familiares y múltiples otras categorías de personas afectadas por las violaciones cometidas en tiempos de dictadura. No obstante, a la fecha, no hay ninguna entidad del Estado que haya asumido competencias en la materia, con las palpables consecuencias en la falta de coordinación y complementariedad de las diferentes medidas de verdad, justicia y reparación.

También se ha insistido en que el Consejo de Defensa del Estado debe dejar de oponerse a las demandas de reparación por vía judicial de familiares y sobrevivientes. Sin embargo, la situación permanece igual,

a pesar de reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema que demuestra lo falaz y revictimizante de los argumentos ocupados por el Estado para intentar evitar sus responsabilidades. También se ha recomendado extender el alcance de las medidas de reparación para sobrevivientes de todas las categorías de graves violaciones a los derechos humanos cometidas por el Estado durante la dictadura, como por ejemplo es el caso de personas exiliadas y relegadas. Se observó, además, la importancia de eliminar discriminaciones de género y del estatus de dependiente en las actuales disposiciones legales y medidas administrativas (“bono Valech”, “pensión Valech”, y otros).

## **8.2 Recomendaciones relacionadas con el periodo actual**

1. Definir y utilizar, por parte de los Tribunales de Justicia, criterios claros y públicos para la determinación de las cuantías o montos indemnizatorios en reparación por vía judicial, incluyendo criterios diferenciales de género, que consideren la especificidad de los daños causados a mujeres, hombres y población LGBTIQ+, en razón de su género. Asimismo, abstenerse de aplicar la institución de la cosa juzgada respecto de las legítimas pretensiones indemnizatorias, planteadas por quienes previamente vieron frustradas sus pretensiones, bajo el argumento de la prescripción extintiva de la acción civil.
2. Como medida de cumplimiento en justicia, verdad y reparación simbólica, asumir el impulso de oficio del ejercicio de recursos de revisión en favor de personas injustamente y espuriamente condenadas en los Consejos de Guerra de la dictadura. Al respecto, considerar las competencias que actualmente tiene la Unidad Programa de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y DDHH, en relación con las víctimas detenidas y desaparecidas, o incluso las competencias de la Fiscalía Judicial de la Corte Suprema que formuló tal recurso en el caso de Omar Maldonado Vargas y otros.<sup>140</sup>
3. Reconocer la particularidad de los crímenes sexuales cometidos por agentes de la dictadura contra mujeres, hombres y población LGBTIQ+, visibilizando estos en los fallos y sancionándolos, proporcionalmente, atendida a la gravedad de los hechos.
4. Promover el resguardo, protección, valoración y conocimiento de parte del público de los distintos espacios de memoria existentes en el país. Mejorar el conocimiento de las normas, recomendaciones, responsabilidad y legislación en la materia que les afecta, entre las reparticiones públicas que por diversos motivos

140 Corte Suprema, Sentencia Rol 27543-2016, 3 de octubre de 2016.

desarrollan acciones que intervienen en dichos espacios, con el fin de aunar criterios de actuación.

5. Disponer de un procedimiento de denuncia por infracciones a la Ley 17.288 que afectan a espacios de memoria protegidos por dicha norma, accesible a través de la web del Consejo de Monumentos Nacionales y otras plataformas apropiadas, de fácil acceso y altamente publicitadas, que incluya una descripción de las acciones a seguir junto a un formulario de denuncia.
6. Realizar seguimiento a las mejoras y modificaciones al PRAIS propuestas a partir de los procesos de revisión estructural y levantamiento de brechas llevados adelante por el Ministerio de Salud entre 2020 y 2021; proteger, y donde sea necesario incrementar, los presupuestos y asignaciones de recursos que le corresponden al programa.
7. Avanzar sin demora en la creación de un registro único, público y actualizado de personas detenidas-desaparecidas; la activación y mejora de medidas de coordinación inter-institucional, consulta, y participación apuntadas a generar nuevos hallazgos; la tipificación de la figura de desaparición forzada; la reforma y donde sea necesario sanción a agentes policiales donde estos incurren en prácticas de detenciones no-registradas; la reformulación de las prácticas de control y registro de la población penal mandatadas por los deberes de no repetición; la activación oficiosa de todo órgano del Estado de reconocimiento del estatus de ausente por razón de desaparición forzada, y de medidas proactivas para cumplir con los deberes de protección social y resguardo de derechos a familiares y otras personas directamente afectadas.
8. Incorporar en la nueva Constitución el reconocimiento explícito y claro del rango supraconstitucional del derecho internacional de los derechos humanos; sentar las bases de las garantías de no-repetición, y consagrar el derecho de toda persona, comunidad y pueblo que habita el territorio, de no ser sujeto a desaparición forzada, ejecución extrajudicial, tortura, prisión política, exilio o relegación.



# **RESPUESTA DEL SISTEMA DE PERSECUCIÓN PENAL A LOS CASOS DE VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS DEL ESTALLIDO SOCIAL<sup>1</sup>**

**Eduardo Alcaíno A.<sup>2</sup>**

**Claudio Fuentes M.<sup>3</sup>**

**Marcela Zúñiga R.<sup>4</sup>**

- 1 El presente capítulo contó con la colaboración de los/as siguientes estudiantes: Laura Aránguiz Muhlenbrock, Diego Azócar Lobos, Jarmy Bermúdez Pinto, Carlos Cáceres Orellana, Ignacio Fuentes Miranda, Tamara Andrea Hernández Guerrero, Sebastián Maier Muñoz, Tomás Novoa López-Hermida, Cristóbal Andrés Pacheco Maregatti, Camila Esperanza Palominos Rodríguez, Alejandra Eliana Salinas Villalobos, Alexandra Valentina Segovia Cáceres, Javiera Paz Silva Riquelme, Anahí Vega Valdés y Diana Venegas Araya.
- 2 Abogado y magíster en Derecho penal y procesal por la Universidad Diego Portales. Magíster en Ciencias Jurídicas, Universidad de Stanford. Profesor de Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. Correo electrónico: eduardo.alcaino@mail.udp.cl
- 3 Profesor Facultad de Derecho UDP. Correo electrónico: claudio.fuentes@mail.udp.cl
- 4 Abogada Universidad Austral de Chile. Magíster en Derecho Internacional de los Derechos Humanos y candidata a doctora por la Universidad Diego Portales. Profesora e investigadora adjunta de la Facultad de Derecho UDP. Correo electrónico: marcela.zunigar@mail.udp.cl



## RESUMEN

El estallido social no solo impulsó una serie de cambios políticos en Chile, sino que también múltiples casos de violaciones de derechos humanos cometidos por agentes del Estado en contra de ciudadanos. Parte de las obligaciones internacionales del Estado de Chile implican investigar de manera seria y oportuna todas estas causas. En dicho contexto, el presente capítulo analiza las políticas y medidas que ha implementado (o no) y ejecutado (o no) el Ministerio Público, al momento de investigar estas causas, a la luz de los estándares internacionales de derechos humanos en la materia, así como también los problemas y limitaciones que ha presentado al momento de ejecutar esta labor.

*PALABRAS CLAVES: Estallido social, Ministerio Público, apremios ilegítimos, abusos contra particulares, tortura, persecución penal, debida diligencia.*





## INTRODUCCIÓN

“Queremos creer que habrá justicia”. Esas fueron las palabras de Fabiola Campillai tras una reunión sostenida con el fiscal nacional, Jorge Abbott, quien reafirmó, en esa oportunidad, el compromiso del Ministerio Público por avanzar en el esclarecimiento de la causa.<sup>5</sup> El encuentro se llevó a cabo el 13 de julio de 2021, con la asistencia de diferentes autoridades, incluido el Presidente de la Corte Suprema, y la presencia de diversos medios de comunicación, siendo ampliamente difundida.<sup>6</sup>

La noticia brindó una imagen a la opinión pública de que la causa de Fabiola Campillai ha tenido la debida atención del Ministerio Público para lograr su esclarecimiento. No solo por una reunión inédita entre el fiscal nacional y una víctima particular, sino por los esfuerzos investigativos que han permitido imputar responsabilidad a un agente del Estado y llevar aquella causa a juicio oral para obtener una sentencia condenatoria. El resultado del juicio siempre es incierto, sin embargo, el apoyo directo del fiscal nacional, y el trabajo silencioso de los fiscales adjuntos, al menos, parecieran generar la sensación de cumplimiento o diligencia. Eventualmente, se logra ampliar esa impresión al resto de las causas y muestra al Ministerio Público como una institución que está realizando su trabajo en esta materia.

La reunión en torno a uno de los casos de violaciones a los derechos humanos más emblemáticos del estallido social se realizó 20 meses después del inicio de dicho estallido, cuando, con gran difusión a través de los medios, se anunció que sería un caso prioritario para el Ministerio Público.<sup>7</sup> Es decir, a pesar de esta reunión ampliamente difundida que muestra un Ministerio Público diligente y proactivo, recién, a casi dos años del estallido social, se anunció una medida relevante

5 Fiscalía Nacional, 13 de junio de 2021. (Disponible en: <https://twitter.com/FiscaliaDeChile/status/1414963147878903819?s=20>)

6 Radio Cooperativa: “Fabiola Campillai tras reunión con Abbott: ‘Queremos creer que habrá justicia’”, 13 de julio de 2021.

7 Radio Universidad de Chile: “Caso de Fabiola Campillai será prioritario para la Fiscalía”, 23 de julio de 2021.

como es priorizar la investigación y radicar la causa en un fiscal con dedicación exclusiva. Sin embargo, esto es así sólo hasta cierto punto, debido a que dicho fiscal se mantiene también abocado a otro tipo de causas y responsabilidades.

Si esta mezcla de retraso y preocupación se produjo con una de las causas judiciales más difundidas e importantes del estallido social (en adelante, también, “estallido”), es razonable preguntarse: ¿Qué ha sucedido con las demás causas? ¿Han recibido la misma atención de parte del Ministerio Público? ¿Se han generado estas mismas reuniones con la máxima autoridad de la Fiscalía Nacional? ¿Qué medidas ha tomado el Ministerio Público para efectos de cumplir la promesa realizada a Fabiola Campillai y, suponemos, a las demás víctimas de violaciones de derechos humanos ejecutadas por agentes del Estado? ¿Han tenido los fiscales las herramientas y recursos razonables para efectos de investigar adecuadamente estos hechos?

Estas interrogantes son claves para determinar el cumplimiento de los estándares internacionales y la eventual responsabilidad del Estado de Chile ante los organismos internacionales de derechos humanos. Uno de los deberes elementales del Estado, para garantizar y proteger los derechos humanos, es la de investigar cuando se producen graves violaciones a esos derechos, “constituyendo un paso necesario para el conocimiento de la verdad por parte de los familiares de las víctimas y la sociedad, así como el castigo de los responsables y el establecimiento de medidas que prevengan la repetición de las violaciones a los derechos humanos”.<sup>8</sup> En ese contexto, el Estado de Chile debe implementar medidas serias y oportunas para que las investigaciones criminales sean lo más eficaces posibles.

Por lo anterior, el objetivo general del capítulo es realizar un seguimiento a la respuesta dada por el Ministerio Público a las causas iniciadas debido al estallido social de 2019 y evaluar si se ha cumplido la obligación de investigar violaciones de derechos humanos, y profundizar en los hallazgos y otros temas pendientes de la edición anterior del *Informe*.<sup>9</sup> Especialmente, este capítulo buscará: (i) identificar y analizar las políticas de persecución que ha elaborado e implementado la Fiscalía Nacional y las Fiscalías Regionales en la investigación de estas causas. Esto último implicó analizar directrices y criterios para investigar este tipo de delitos, protocolos elaborados, medidas

8 Corte IDH, *caso de la Comunidad Moiwana versus Suriname*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, párr. 153; *caso Juan Humberto Sánchez versus Honduras*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99, párr. 134, y *caso Trujillo Oroza versus Bolivia*, Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de febrero de 2002. Serie C No. 92, párr. 99 a 101 y 109.

9 *Informe 2020*, pp. 121-159.

organizacionales que se han tomado, recursos destinados, entre otros. (ii) Identificar los problemas que han tenido los fiscales en la investigación criminal de estas causas.

El análisis abarcará el periodo entre agosto de 2020 y agosto de 2021. En lo relativo a la metodología empleada, la investigación es de carácter empírico y de corte principalmente cualitativo. Se llevaron a cabo entrevistas a actores claves del Ministerio Público;<sup>10</sup> se realizaron diversas solicitudes de acceso a información pública al Ministerio Público, y se obtuvieron datos estadísticos acerca del estado de los casos, reportados por la misma institución. Adicionalmente, se trabajó con fuentes secundarias, como material informativo de medios de comunicación e información empírica de organismos especializados (documentos nacionales e internacionales, publicados a la fecha).

## 1. ¿LOS GRANDES NÚMEROS DEL ESTALLIDO SOCIAL?<sup>11</sup>

Una de las principales complejidades de las causas del estallido social dice relación con las cifras vinculadas a la crisis, asunto que puede ser apreciado desde diversas perspectivas. Una primera ya fue reportada en el *Informe 2020*, y tiene que ver con la sola determinación de las personas afectadas por el estallido, labor que implicó una importante responsabilidad para el Ministerio Público, especialmente en cuanto a generar canales confiables de denuncia que permitieran a las víctimas comunicar su situación sin tener que acercarse a las mismas agencias policiales. Asimismo, se reportó un gran esfuerzo por parte de la Unidad de Derechos

10 Se llevaron a cabo un total de 8 entrevistas en profundidad de una duración entre 50 minutos y 1 hora y 30 minutos. Las entrevistas fueron con actores claves ubicados en los distintos niveles organizacionales del Ministerio Público, incluyendo cinco fiscales locales (de cuatro Fiscalías Regionales distintas), un fiscal regional y la Fiscalía Nacional (en una misma entrevista se conversó con el fiscal nacional y con la directora de la Unidad Especializada en Derechos Humanos, Violencia de Género y Delitos Sexuales de la Fiscalía). Algunas de estas entrevistas fueron en calidad de anónimas, razón por la cual serán designadas con una formulación genérica Fiscal Local o "FLXX", omitiéndose información que permita determinar la identidad de la persona entrevistada. Finalmente, las personas entrevistadas firmaron un documento de consentimiento informado, que fue revisado y aprobado por el Comité de Ética de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

11 Para el desarrollo de esta sección se solicitó vía transparencia información estadística a la Fiscalía Nacional y al Poder Judicial. La Fiscalía Nacional, mediante carta de la directora ejecutiva nacional, Francisca Werth, (LT/ N° 352/2021 de 11 de mayo) respondió la solicitud, remitiendo una base de datos con la información solicitada y un resumen explicativo escrito. Los datos incluidos en dicha base de datos se encontraban actualizados hasta el 28 de enero de 2021. A su vez, el Poder Judicial respondió mediante oficio OFI 17 DDI N° 2173. Para la presente sección solo se trabajó con la información provista por la Fiscalía Nacional, ya que después de revisada la información del Poder Judicial se determinó que esta no permitiría discriminar aquellas causas que estaban vinculadas al estallido de aquellas que no, sino solo una referencia general por el tipo penal involucrado.

Humanos de la Fiscalía Nacional para depurar las denuncias recibidas y poder discriminar entre las que se encontraban vinculadas al estallido social, las que no estaban ligadas y aquellas que se duplicaban.<sup>12 13</sup>

Este año es importante poner atención, de nuevo, en los números del estallido, aunque desde una perspectiva diferente, cuya complejidad se refleja en el título de esta sección. En efecto, los actuales números del estallido reflejan una tensión importante al interior del sistema de justicia criminal, especialmente en el Ministerio Público. Dicha tensión tiene su origen en dos situaciones que contextualizan el poco avance que han tenido, hasta la fecha, las causas derivadas del estallido.

La primera situación es el atraso en las investigaciones asociadas al estallido social. En esta materia parece existir un cierto consenso entre los actores involucrados. En las entrevistas llevadas adelante para el presente capítulo, el mismo fiscal nacional indicó que “no habían avanzado en los términos que se habían previsto” y la directora de la Unidad Especializada de Derechos Humanos de la Fiscalía Nacional señaló: “avanzamos relativamente bien hasta marzo [de 2020], por la pandemia”. Se observa entonces que existe una discrepancia en las razones del atraso, mas no en su ocurrencia.<sup>14</sup>

Esta situación se vincula con el rol que el Ministerio Público tiene en el sistema procesal penal, específicamente, la función de racionalizar los recursos humanos, financieros y materiales del sistema de persecución penal. Al respecto, la Fiscalía debe administrar un flujo constante de denuncias y casos, de las más diversas materias y en grandes números. Este rol requiere tener siempre a la vista la totalidad de la carga de trabajo del sistema de enjuiciamiento criminal y seleccionar qué casos se perseguirá.

Este punto cobra relevancia desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos y la garantía del plazo razonable. Uno de los criterios para calificar su cumplimiento es la actividad

12 La complejidad de esta tarea fue reiterada por la directora de la Unidad de Especializada de Derechos Humanos, al señalar que, en diversas oportunidades, se ha debido “ajustar el universo de causas” a raíz de casos duplicados (por ejemplo, denuncia, simultánea, del INDH y de otra entidad) y la confusión con casos incorporados que se produjeron durante las fechas del estallido, pero que no tenían relación con dicho estallido.

13 Podrían considerarse otras complejidades vinculadas a los números del estallido social: en 2020 se publicaron diversos informes por parte de entidades de distinta naturaleza, estatales, universitarias, centros de estudios nacionales e internacionales, y ONGs, que reportaban números diferentes, aunque presentaban cierto nivel de consistencia. Véase *Informe 2020*, pp. 121-159.

14 A mayor abundamiento, la directora de la Unidad Especializada de Derechos Humanos relató que, a los ojos de la Fiscalía Nacional respecto de las causas del estallido, costaba que las Fiscalías Regionales salieran del “caso a caso”. Por ende, explicó que algunas de las medidas que la Fiscalía Nacional había tomado en 2021, consistía en “transmitir el mensaje a la fiscalía regional que operaran como foco”, es decir, siguiendo una metodología de trabajo que buscaba agrupar las causas.

desplegada por el Estado, en este caso, el órgano persecutor. Específicamente, tal como lo ha indicado el excelentísimo juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) Sergio García Ramírez, es importante recordar que la carga de trabajo no puede justificar la inobservancia al plazo razonable.<sup>15</sup>

Al respecto, en términos estrictamente numéricos, los casos vinculados al estallido en que se imputan a agentes estatales la realización de diversos delitos (apremios ilegítimos, torturas, abusos contra particulares, entre muchos otros) suponen alrededor de 8600 a nivel nacional,<sup>16</sup> una cifra muy menor si se la contrasta con la carga global de trabajo del Ministerio Público.<sup>17</sup> Dado que representan una proporción muy pequeña de la carga del sistema de justicia criminal, los casos del estallido social compiten con la restante y masiva carga laboral de las fiscalías, corriendo el riesgo de diluirse en medio de ese “mar” de trabajo.<sup>18</sup>

Por otro lado, la segunda situación se refiere a las particularidades de las causas que tienen su origen en el estallido social. Tal como se reportó en detalle en el *Informe 2020*,<sup>19</sup> se trata de causas complejas de investigar (imputados difíciles de individualizar; uso de balines y no de balas, que son proyectiles más complejos de rastrear; y la necesidad de un trato especial para la víctima, entre otros factores), en que

15 Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez, *caso López Álvarez versus Honduras*, Fondo, Reparaciones y Costas, párrafo 34.

16 Fiscalía Nacional, documento “Estado de situación de las principales investigaciones de violencia institucional asociadas a la crisis social”, actualizado con información extraída del SAF a 28/01/2021, p. 1. La información provista por la Fiscalía Nacional contabiliza de dos maneras distintas los casos. Se considera, por un lado, el total de relaciones y, por otro lado, el total de casos. El número varía dependiendo de cómo se cuenten. En efecto, cada caso está conformado por al menos una relación, lo que significa que un caso puede tener más de una. Una relación es el vínculo entre una víctima, un imputado y un delito. En el presente *Informe* se trabajó con los casos reportados, más allá del número de relaciones que los conformen.

17 Solo como ejemplo, considérese que según el Boletín estadístico del Ministerio Público en el período de enero- diciembre 2020 se ingresaron un total de 1.430.960 delitos. A su vez, para el periodo de enero-diciembre de 2019 se ingresaron un total de 1.508.350 delitos. Y en el periodo de enero-diciembre de 2018 se ingresaron un total de 1.379. 642. (Información disponible en: <http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/estadisticas/index.do>)

18 Esta situación surgió, igualmente, en algunas entrevistas con los fiscales locales. Por ejemplo, el fiscal FL01 indicó que las causas del estallido en comparación con otras causas de alta complejidad “(...) son causas que tienen la misma prioridad en relación con su gestión”. A su vez, la fiscal local FL02 fue más explícita: “Entonces hay un compromiso, que te insisto, yo tengo la fortuna de tener ese compromiso de parte de mi equipo pero es súper complejo, entonces yo creo que uno de los factores para responder tu pregunta es que por una parte tampoco se puede dejar botada la gestión, porque además esa gestión está asociada a los compromisos de gestión institucional y esos compromisos de gestión institucional se traducen en bonos para los funcionarios y tú tienes un staff de fiscales, que a lo mejor puede sobrevivir sin bono, pero tienes 3.000 funcionarios que se te van a ir a paro si es que tú destinas los recursos a las cosas que no se encuentran. (...)”.

19 *Informe 2020*, pp. 138-144.

los inculpados son miembros de las mismas agencias de persecución criminal con las cuales el Ministerio Público trabaja codo a codo en otros casos judiciales y, lo más importante, son casos en que agentes estatales son acusados de violar de manera activa derechos humanos, comprometiendo de manera directa la responsabilidad internacional del Estado y recayendo respecto de estas denuncias un deber de debida diligencia, que exige del Ministerio Público un trato oportuno y prioritario respecto de su investigación y término.

Dadas estas particularidades, la existencia de 8600 casos en donde se imputan a agentes estatales diversos delitos constituyen, realmente, un número significativo para el sistema cuando dichas causas se comparan con otras, en cuanto a la particular complejidad que su investigación supone. Esto, considerando los recursos financieros, técnicos y humanos que cada uno de estos casos demanda, la sensible materia que es investigada y los importantes compromisos estatales que pueden ser gravemente incumplidos si no se les da un trato prioritario.

Hasta el cierre de este capítulo, la información estadística provista por el Ministerio Público sobre estas causas da cuenta de un panorama general desalentador por el limitado avance de ellas en términos cuantitativos. En particular, se aprecia una baja capacidad del sistema para determinar a los autores de los delitos cuando estos no han sido identificados con claridad desde un inicio y, respecto de aquellos que sí se encontraban identificados, su progresión en el proceso penal con el fin de obtener una condena se observa como algo muy lejano.

Un primer antecedente a este respecto se obtiene al examinar las formas de término de las causas que ingresaron entre el 19 de octubre de 2019 y abril de 2020, meses en los cuales la mayor cantidad de denuncias respecto de estos casos fueron recepcionadas por el sistema criminal. En este sentido, de los 8581 casos en que se imputó a agentes del Estado determinados delitos contra civiles, al mes de enero de 2021, un total de 5102, esto es casi un 60%, se encuentran concluidos. Ahora bien, de ese total de casos terminados un 54,4% (2775) lo fueron mediante la herramienta del archivo provisional.<sup>20</sup> Según los propios indicadores de la Fiscalía, esta es una forma de concluir las causas de baja calidad, porque implica el reconocimiento de que no se cuenta con los antecedentes necesarios que permitan establecer líneas viables de investigación y avanzar en las causas.<sup>21</sup>

20 Fiscalía Nacional, documento "Estado de situación de las principales investigaciones de violencia institucional asociadas a la crisis social", actualizadas con información extraída del SAF a 28/01/2021, p. 1.

21 *Ibid.* En efecto, la misma información provista por el Ministerio Público indica que el archivo provisional es un "Término revocable de naturaleza administrativa en razón de no existir suficientes antecedentes que permitan el esclarecimiento del hecho o la continuación de la investigación".

Se observa, asimismo, que esta forma de término se vuelve más problemática respecto de los casos del estallido social, cuando se profundiza en los tipos de delitos en que ha sido utilizada. Del total de causas terminadas mediante archivo, casi un 60% (1642 casos) se refería a denuncias por diversas modalidades de apremios ilegítimos y un 30% (805 casos) estaba constituida por denuncias por el delito de abusos contra particulares. En otras palabras, se trata de casos en donde a agentes estatales se les acusaba de haber cometido violaciones a los derechos humanos y que, hasta el momento, quedan sin ningún resultado.

Ciertamente lo anterior puede deberse a que casi el total (95,5%) de las denuncias fueron calificadas por el sistema como de “imputado desconocido”, lo que significa que la denuncia no contemplaba antecedentes iniciales que permitieran identificar a un imputado. En este escenario, del total de causas con imputado desconocido (8106), se encuentran solo vigentes 3158.

Esta situación, *a priori*, resulta compleja de comprender si se tiene en cuenta el contexto particular de estos delitos: en ellos el universo posible de autores es sustancialmente menor que en otro tipo de criminalidad. En efecto, se trata de delitos cometidos por personas uniformadas –las cuales debieran portar identificaciones que a simple vista permitirían individualizarlas o vincularlas a una determinada institución–, que fueron desplegadas en espacios específicos y respecto de cuyas acciones existen registros. Además, hay denuncias por abusos que habrían ocurrido al interior de los recintos policiales, donde, al menos, sería posible identificar a quienes laboran en esas dependencias.

La herramienta del archivo provisional es algo que está contemplado en la legislación del Código Procesal Penal. Dicha herramienta de administración de la carga del sistema está pensada para descartar, rápidamente, aquellos casos que no tienen, desde un inicio, una posibilidad sería de avanzar. Con todo, el uso de esta herramienta también supone una decisión respecto de aquellas causas que, a pesar de las limitaciones que puedan existir, sí serán priorizadas para avanzar en su investigación. Resulta preocupante que, en más de la mitad de las causas terminadas del estallido social, sea esta la respuesta que la Fiscalía puede dar, tomando en cuenta el deber de debida diligencia que pesa sobre el Ministerio Público y el Estado.

Ahora bien, del total de los casos que a la fecha de este *Informe* se encuentran vigentes –esto es 3158– 321 tienen un imputado conocido, lo que representa poco más de un 10%. Por tanto, queda un 90% de casos vigentes sin el dato clave para su progresión investigativa. ¿Cuáles son las reales posibilidades de que estos casos, en el futuro, aunque permanezcan vigentes, puedan tener un destino distinto al de terminar en el archivo provisional? La respuesta está por verse, pero resulta difícil imaginar que, a dos años de ocurrido el delito,



esta situación pueda concluir de una manera diferente a la de otros casos ya finalizados.

La lentitud de los avances también se refleja al examinar aquellas causas que han sido formalizadas. En efecto, en estos casos no hay un problema en la identificación del imputado y es posible observar líneas y diligencias de investigación más nítidas. Asimismo, es importante explicar que una formalización supone simplemente comunicar a una persona que se la está investigando para que pueda defenderse, pero también para llevar adelante medidas de investigación más intensas. Se trata de una instancia inicial de la investigación penal que, aunque puede tomar varios años, constituye el primer paso necesario para obtener una sentencia que establezca la responsabilidad del imputado.

Al respecto, el *Informe 2020* reportó que, transcurrido un año desde el estallido social, habían sido formalizadas 68 personas en un total de 28 causas.<sup>22</sup> Esta realidad ha cambiado en alguna medida a casi dos años del estallido, ya que según los datos proveídos por el Ministerio Público, en 2021 existen un total de 57 causas formalizadas, respecto de 118 imputados.<sup>23</sup> Ciertamente, se trata de casi el doble de personas imputadas respecto del año anterior, pero la proporción que estas causas representan respecto del total de causas vigentes es del 1,8%. Asimismo, la formalización de la investigación tampoco asegura una condena. Tomando en cuenta el tiempo transcurrido, al encontrarnos a casi dos años desde la ocurrencia del delito, la posibilidad de que en el futuro se tome la decisión de no acusar o de negociar algún tipo de acuerdo distinto a una sentencia, en el fondo, se vuelve un temor plausible.

Puede haber diversas razones que expliquen los datos antes consignados. Algunas de ellas se analizarán en las secciones que vienen de este capítulo, pero, a modo general, podemos afirmar que de ellos se extraen algunas conclusiones preocupantes:

- Dentro de las principales formas de término de casos que la Fiscalía ha aplicado a la fecha, se encuentran, en importantes proporciones, salidas que no suponen mayor investigación.
- Como consecuencia de lo anterior, más de la mitad de los casos se encuentran terminados por salidas que no suponen condenas.
- Son muy pocos los casos que han logrado avanzar, ya a casi dos años del estallido, desde su estado investigativo preliminar a su formalización, por lo que aún en estos queda mucho trabajo pendiente.

22 *Informe 2020*, p. 138.

23 Fiscalía Nacional, directora ejecutiva nacional, LT/ N°352/2021, 11 de mayo 2021, p. 4.

- A la fecha, solo se registran dos juicios orales con condenas. El primero, del Tribunal de Juicio Oral de Ovalle, que condenó a un excarabinero por apremios ilegítimos y lesiones graves a la pena de cuatro años de libertad vigilada intensiva;<sup>24</sup> el segundo, del Tribunal de Juicio Oral de Concepción que condenó a un carabinero por lesiones con arma de fuego a un manifestante.<sup>25</sup>

¿Reflejan estos números un esfuerzo por parte del Ministerio Público, acorde con el deber de debida diligencia y las obligaciones que le pesan como órgano estatal, que tiene la responsabilidad de investigar y ejercer de manera exclusiva la acción penal pública? ¿Cuánto realmente avanzarán los casos “vigentes” en el futuro, si ya han transcurrido dos años desde que las denuncias fueron formuladas? Es grande el temor de que un porcentaje importante de los casos asociados al estallido termine en un mediano plazo con salidas de baja calidad, esto es, formas de terminar un caso que no suponen investigar, ni obtener una sentencia sobre los hechos. En esta línea, se debe tener presente que el estándar de debida diligencia exige que al momento que las autoridades estatales tengan conocimiento de un hecho violatorio de derechos humanos, tienen la obligación de iniciar de oficio y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva, la que debe ser realizada por todos los medios legales disponibles y estar orientada a la determinación de la verdad.<sup>26</sup>

## 2. PRINCIPALES HALLAZGOS

En esta sección, describiremos los principales hallazgos obtenidos a partir de la información a la que se accedió. Concretamente, se presentará la información recabada a partir de las entrevistas realizadas a operadores del sistema de justicia criminal,<sup>27</sup> solicitudes de acceso a información pública, estadísticas, medios de prensa, entre otras fuentes consultadas.

24 La Tercera.com: “Ex capitán de Carabineros es condenado a pena de cuatro años por hechos ocurridos durante estallido social en Ovalle”, 16 de junio de 2021.

25 BiobioChile.cl: “Primera condena a carabinero por causa del estallido social en Concepción: disparó e hirió a joven”, 9 de septiembre de 2021.

26 Corte IDH, caso *Fernández Ortega versus México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 30 de agosto de 2010, párr. 191.

27 Para el desarrollo de este capítulo se intentó tomar contacto con fiscales de distintas regiones del país y que se ubicaran en las diversas jerarquías dentro del Ministerio Público. En particular, se contactó a 18 sujetos a entrevistar, considerando Fiscalía Nacional, regionales y adjuntos vinculados de una u otra forma a la persecución de las causas del estallido social. De ese universo solo ocho aceptaron desarrollar la entrevista, cuatro no aceptaron la entrevista expresamente y ocho no respondieron la solicitud.

## **2.1. El Ministerio Público no ha elaborado y/o implementado una política de persecución penal oportuna y seria para investigar las violaciones de derechos humanos del estallido social**

### ***a) El Ministerio Público no elaboró oportunamente directrices o instrucciones especiales para investigar las violaciones de derechos humanos del 18 de octubre***

Tanto la Constitución como la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público (en adelante, LOCMP), disponen de una serie de normas y principios que establecen la estructura organizacional, obligaciones y facultades que puede ejercer el Ministerio Público para efectos de investigar delitos, ejercer la acción penal pública en la forma prevista por la ley, y proteger a víctimas y testigos. La Fiscalía Nacional, si bien no puede investigar o interferir en investigaciones de casos específicos,<sup>28</sup> al ser el organismo de mayor jerarquía dentro de la institución, posee una serie de atribuciones y objetivos institucionales de aplicación general en el trabajo cotidiano de los fiscales.<sup>29</sup> Tal como establece el sitio web del Ministerio Público: “La Fiscalía Nacional es donde se definen los objetivos, políticas y planes institucionales de la Fiscalía de Chile, en materia de persecución penal pública, de gestión y asignación de los recursos humanos y materiales” y “Desde la Fiscalía Nacional se describen directrices, lineamientos de trabajo, y estrategias institucionales, que son desarrollados regionalmente a través de las Fiscalías Regionales y Locales, complementándose con sus propias realidades”.<sup>30</sup>

En ese contexto, uno de los principales hallazgos de este capítulo dice relación con que la Fiscalía Nacional no elaboró, oportunamente, directrices o instrucciones especiales en el marco de sus facultades destinadas a establecer una política de persecución penal clara para investigar las violaciones a los derechos humanos, ocurridas a partir del 18 de octubre, considerando el deber de diligencia que pesa sobre la institución. En otras palabras, durante 18 meses, hasta mayo de 2021, la Fiscalía Nacional no estableció directrices especialmente diseñadas para los hechos ocurridos desde el 18 de octubre de 2019 en adelante, que versaran acerca de cómo debían investigar estos hechos los fiscales, cuáles serían las diligencias mínimas que tendrían que ejecutarse, cómo deberían organizarse las Fiscalías Regionales, cuáles serían sus metas y objetivos, como darían cuenta de su cumplimiento. A su vez,

28 Artículo 18 de la LOCMP: Artículo 18: “El Fiscal Nacional podrá asumir, de oficio y de manera excepcional, la dirección de la investigación, el ejercicio de la acción penal pública y la protección de las víctimas o testigos respecto de determinados hechos que se estimaren constitutivos de delitos, cuando la investidura de las personas involucradas como imputados o víctimas lo hiciera necesario para garantizar que dichas tareas se cumplirán con absoluta independencia y autonomía”.

29 Entre otras normas, las atribuciones del Fiscal Nacional están reguladas en el artículo 17 de la LOCMP.

30 Fiscalía Nacional. <http://www.ministeriopublico.cl/Fiscalia/quienes/fiscaliaNac.jsp>

establecer qué recursos humanos, logísticos y operacionales adicionales se destinarían para efectos de cumplir con esta labor, en relación con estos casos en particular.

Concretamente, la Fiscalía Nacional respondió, en su momento, a una de nuestras solicitudes de acceso a la información pública, indicando que su política de persecución penal en los casos de violaciones a los derechos humanos del 18 de octubre, estuvo basada en un oficio en la materia elaborado y publicado con anterioridad a los eventos del estallido social.<sup>31</sup> En efecto, la actuación del Ministerio Público estuvo fundada –por largo tiempo– en el Oficio FN N°037 del 15 de enero de 2019, denominado “Instrucción General que imparte criterios de actuación en delitos de violencia institucional” (en adelante “Oficio FN N°037”), que fijó criterios en materia de violencia de agentes del Estado, pero no dictó oportunamente, hasta el mes de mayo de 2021, ningún otro oficio ni documento alguno destinado a establecer criterios específicos para los casos iniciados luego del 18 de octubre de 2019.<sup>32</sup> Más importante aún: no entregó ninguna directriz que dispusiera formas de organización y recursos especiales respecto de las causas de violaciones a los derechos humanos vinculadas al estallido social.

Posteriormente, de acuerdo a la información entregada por entrevistados,<sup>33</sup> tomamos conocimiento de que la Fiscalía Nacional, recién durante abril de 2021, realizó una serie de acciones destinadas a elaborar una política de persecución específica respecto de los hechos ocurridos luego del estallido social:<sup>34</sup> En primer lugar, mediante Resolución FN/MP N°492/2021, de fecha 25 de mayo de 2021, el fiscal nacional modificó la “meta N°4 de los y las Fiscales Regionales año 2021”, estableciendo como nueva meta presentar un plan de trabajo

31 Solicitud folio SIAU ID. 14721, en la cual se consultó: “1.Si existe una política de persecución desde la Fiscalía Nacional que haya sido escrita en algún oficio, memorándum, correo electrónico, documento, o en cualquier soporte, en relación a las investigaciones de causas sobre violencia de agentes del Estado en el contexto de la crisis social de octubre de 2019 a la fecha (respecto del de delitos de tortura, malos tratos, genocidio, lesa humanidad), en la cual se impartan criterios de persecución, de organización, y de cualquier tipo.” Respuesta de la Fiscalía: “En relación a su pregunta número 1, cumplo con informarle que el documento del Ministerio Público que fija los criterios de persecución penal del Ministerio Público en materia de violencia de agentes del Estado es la Instrucción General del Fiscal Nacional que Imparte Criterios de Actuación en Delitos de Violencia Institucional, Oficio FN N° 037 del 15 de enero de 2019, que se adjunta”.

32 En entrevista con el fiscal nacional este informó que se enviaron correos electrónicos a los fiscales regionales los días 23, 24 y 30 de octubre de 2019 estableciendo ciertos criterios de actuación. Con todo, durante las entrevistas con otros actores estos correos no fueron mencionados y, según se nos informó en entrevista en la Fiscalía Nacional, estos técnicamente no tienen ningún *status* jurídico.

33 Entrevista FL02; fiscal adjunto jefe Unidad de Derechos Humanos de Temuco, Jorge Calderrama; fiscal regional del Bío-Bío; directora de la Unidad de Especializada de Derechos Humanos; fiscal nacional.

34 Solicitud folio SIAU ID.15135, respuesta recibida el 17 de agosto de 2021, Carta DEN / LT N°659/2021.

regional y reportes de cumplimiento de las gestiones relacionadas al Oficio FN N°037 respecto de las víctimas de violencia institucional. En palabras de la misma Fiscalía Nacional: “Así las regiones deben diseñar un Plan Regional de análisis del universo de causas asociadas al periodo comprendido entre el 18 octubre 2019 y 31 marzo 2020, por cada región, verificando el estado de cumplimiento de los lineamientos establecidos en el Oficio FN N°037/2019”. Es importante tener presente que esta modificación de metas se realiza a más de un año del inicio de la pandemia y, aproximadamente, 18 meses luego de iniciado el estallido social.

Adicionalmente, en la misma resolución, se señalan los siguientes puntos:

- “También establece la elaboración por parte de las Fiscalías Regionales de un plan de trabajo local para la tramitación para esas causas”.
- “Finalmente, contiene la creación de equipos regionales ad-hoc para la ejecución del plan de trabajo local y fortalecimiento en la tramitación de las causas con un análisis global que considere todos los aspectos del fenómeno delictivo y las particularidades de los casos o sus comunes denominadores, lo que se estima más propicio de ser logrado a través de un equipo centralizado a nivel regional, idealmente integrado por fiscales con formación en DD.HH., Delitos Funcionarios, abogados/as asistentes, profesionales URAVIT, equipo SACFI, equipo policial regional con dedicación exclusiva y con el apoyo de los equipos a nivel nacional (UEDDHH/SACFI)”.

En segundo lugar, la Fiscalía Nacional elaboró y publicó un nuevo oficio que impartió nuevas directrices y criterios de persecución penal en materia de delitos de violencia institucional (Oficio FN N°618/2021, de fecha 28 de julio de 2021). Del oficio se destacan los siguientes puntos:

- Hace extensiva la aplicación de criterios investigativos a todos los delitos contra la vida e integridad física cometidos por agentes del Estado en el contexto del uso de la fuerza o mantenimiento del orden público.
- Incluye un acápite sobre ejercicio ilegítimo del uso de la fuerza por parte de funcionarios policiales en el contexto de mantenimiento del orden público en manifestaciones sociales masivas.
- Aborda los desnudamientos de personas detenidas o que se encuentran bajo custodia de fuerzas policiales.
- Desarrolla con mayor detalle las diligencias investigativas a

llevar a cabo, a diferencia del instructivo anterior que solo indicaba diligencias mínimas. No obstante, preocupan los siguientes asuntos:

- Si bien se establece un acápite sobre estándares de derecho internacional de los derechos humanos, su contenido es genérico. No se desarrollan estándares específicos sobre las materias del instructivo, sino más bien se hace alusión a las normas de tratados internacionales, salvo el apartado sobre uso de la fuerza y violencia sexual. Este punto es clave puesto que el estándar procede de la interpretación que los tribunales internacionales competentes realizan de las normas convencionales, aspecto que es necesario incorporar a las instrucciones. Del mismo modo, el instructivo no es claro en el uso de las fuentes del derecho internacional.
- Investigación sobre responsabilidad jerárquica. Si bien el instructivo innova en incluir la posibilidad de persecución de los superiores jerárquicos en casos de violencia institucional, la instrucción no desarrolla en detalle la aplicación del estándar. Se cita el caso de la Corte IDH sobre las *mujeres de ciudad de Atenco versus México* como única fuente del derecho internacional, a pesar de que existe desarrollo sobre esta materia en el derecho internacional público.
- No se desarrolla el estándar ni los principios de la debida diligencia en la investigación de violaciones a derechos humanos.

Sin perjuicio de que lo anterior puede ser considerado un avance, al implementarse medidas organizativas, criterios de actuación especiales y de priorización de recursos, no puede obviarse que su producción ha sido tardía. Lo anterior se evidencia con particular claridad cuando se considera que, según las autoridades de la Fiscalía Nacional, la detección de las circunstancias que justificaron la producción de estos nuevos oficios se remonta a inicios de 2021, cuando se identificaron números preocupantes de archivos provisionales y se concluyó que era necesario desarrollar una estrategia de “foco” respecto de estos casos. A esto se sumó una solicitud a las Fiscalías Regionales para que determinarían cuáles eran los recursos adicionales que estimaban necesarios para avanzar en dichos casos. A mayor abundamiento, la falta de oportunidad de estas medidas se grafica en el hecho de que los planes de trabajo de las Fiscalías Regionales para los casos del estallido, recién llegaron la semana del 13 de septiembre de 2021.<sup>35</sup>

35 Entrevista a fiscal nacional y directora de la Unidad de Especializada de Derechos humanos, Violencia de Género y Delitos Sexuales.

En efecto, se trata de una medida que no satisface el estándar de oportunidad que exigen los estándares internacionales, ya que fue ejecutada luego de un año y ocho meses del origen del estallido social. Particularmente, respecto de las medidas de investigación y organizativas, hay que considerar el tiempo (perdido) que tomará a las Fiscalías Regionales implementar estas nuevas directrices y la afectación al resultado de las investigaciones. Así, el mismo fiscal nacional informó que la revisión de las causas ya archivadas generó en las Fiscalías Regionales “una tensión fuerte de revisar todo para atrás”.<sup>36</sup>

La oportunidad de este tipo de medidas resulta decisiva para el adecuado éxito de estos casos, siempre y cuando las investigaciones criminales en materia de derechos humanos sean expeditas, ya que, con el paso del tiempo, la evidencia corre el riesgo de ser eliminada o de ocultarse. Esto, en especial, si se considera que los agentes estatales son los imputados y, por tanto, las víctimas tienden a desmotivarse y decepcionarse, generándose en ellas una sensación de impunidad que las aleja del proceso judicial en curso.

En ese sentido, resulta evidente que la Fiscalía Nacional llegó tarde en el uso de facultades exclusivas otorgadas por la LOCMP y al intentar cumplir con las obligaciones del Estado de Chile. Al pretender establecer criterios de persecución penal, organizacionales y de diligencias investigativas, a casi dos años del estallido social, se corre el riesgo de que la aplicación de dichas directrices por parte de los fiscales difícilmente produzca resultados en las causas investigadas.

Desde el punto de vista de las obligaciones del Estado de Chile en la materia, la omisión de tomar medidas especiales oportunas en situaciones de gravedad, como las vividas en nuestro país, puede considerarse un incumplimiento del Estado de Chile de la obligación de investigar bajo el estándar de debida diligencia y de plazo razonable, lo cual explicaremos a continuación.

El estándar de debida diligencia exige que ante violaciones graves a los derechos humanos se imparta una investigación “ex officio, sin dilación, seria, imparcial y efectiva, es un elemento fundamental y condicionante para la protección de ciertos derechos afectados por esas situaciones, como la libertad personal, la integridad personal y la vida.”<sup>37</sup> De este modo, “el órgano que investiga una violación de derechos humanos debe utilizar todos los medios disponibles para llevar a cabo, dentro de un plazo razonable todas aquellas actuaciones y averiguaciones que sean necesarias con el fin de obtener el resultado que se

36 Id. Véase también: El Mostrador: “Señal contra la impunidad: Gobierno, INDH y Congreso valoran decisión de Abbott de revisar causas archivadas de DD.HH. del estallido social”, 5 de mayo de 2021.

37 Corte IDH, *caso Ríos y otros versus Venezuela*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de enero de 2009, Serie C, No. 194, párr. 283.

persigue (...) En este sentido, tienen que adoptarse todas ‘las medidas necesarias para visibilizar los patrones sistemáticos que permitieron las graves violaciones a los derechos humanos’”.<sup>38</sup> Para ello, la Corte IDH hace un importante hincapié al señalar que es deber del Estado dotar a los órganos persecutores de los recursos logísticos y científicos necesarios para recabar y procesar las pruebas y, en particular, de las facultades para acceder a la documentación e información pertinente para investigar los hechos denunciados.<sup>39</sup>

Además, se debe considerar que la obligación de investigar es una obligación de medios o de comportamiento. Por tal motivo, no es necesariamente incumplida por el hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio: lo clave es valorar las diligencias llevadas a cabo en cada caso particular.<sup>40</sup>

Respecto al estándar sobre el plazo razonable en la investigación, la Corte IDH ha sostenido que “el paso del tiempo guarda una relación directamente proporcional con la limitación –y en algunos casos, la imposibilidad– de obtener pruebas y/o testimonios, dificultando y aún tornando nugatoria o ineficaz, la práctica de diligencias probatorias a fin de esclarecer los hechos materia de investigación, identificar a los posibles autores y partícipes, y determinar las eventuales responsabilidades penales”.<sup>41</sup> Todos estos elementos, coadyuvan a una efectiva investigación, por lo que su ausencia no exime a las autoridades nacionales a realizar todos los esfuerzos necesarios en cumplimiento de esta obligación. En la misma línea, la jurisprudencia interamericana ha establecido que el derecho de acceso a la justicia requiere que se haga efectiva la determinación de los hechos que se investigan y las correspondientes responsabilidades en un tiempo razonable. La demora prolongada puede llegar a constituir una

38 Corte IDH, *caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) versus Colombia*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 20 de noviembre de 2013, Serie C No. 270, párr. 372.

39 Corte IDH, *caso Anzualdo Castro versus Perú*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 22 de septiembre de 2009, Serie C No. 202, párr. 135. *Caso Chitay Nech y otros versus Guatemala*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de mayo de 2010, Serie C No. 212, párr.196; *caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña versus Bolivia*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 1 de septiembre de 2010, Serie C No. 217, párrs.167 y 168; *caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) versus Guatemala*, Fondo Reparaciones y Costas, Sentencia de 20 noviembre de 2012, Serie C No. 253, párr. 259; *caso García y familiares versus Guatemala*, Fondo Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 noviembre de 2012, Serie C No. 258, párr.135; *caso Osorio Rivera y familiares versus Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de noviembre de 2013, Serie C No. 274, párr.182 y 185.

40 Corte IDH, *caso Acosta y otros versus Nicaragua*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de marzo de 2017, Serie C No. 334, párr. 142.

41 Corte IDH, *caso Anzualdo Castro versus Perú*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 22 de septiembre de 2009, Serie C No.202, párr. 135.



violación a las garantías judiciales.<sup>42</sup>

Para determinar la razonabilidad del plazo, la Corte IDH ha establecido que se deben tomar en cuenta cuatro elementos: a) complejidad del asunto, b) actividad procesal del interesado, c) conducta de las autoridades judiciales, y d) afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso. La aplicación de estos criterios depende de las circunstancias de cada caso.<sup>43</sup> Unido a ello, para analizar el plazo razonable de una investigación se debe realizar una valoración específica, aplicando los cuatro criterios en cada una de sus etapas.<sup>44</sup>

En nuestra opinión, el contexto social que vivía y vivió el país demandaba del Ministerio Público, especialmente de la Fiscalía Nacional, un liderazgo decisivo en la materia, que debería haberse traducido en una definición técnica, oportuna y transparente de cómo se investigarían estos ilícitos, de qué manera se controlaría el cumplimiento del estándar del deber de investigar y sus eventuales formas de término, y de qué forma se organizarían las Fiscalías para abordar esta labor.

En ese sentido, tanto la Constitución como la LOCMP entregan las facultades necesarias al Ministerio Público para ejecutar esta labor; no obstante, hasta fines de mayo de 2021, no las ejerció.<sup>45</sup> Inclusive, desde los mismos fiscales entrevistados, existe la percepción de una falta

42 Corte IDH, *caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros versus Trinidad y Tobago*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 21 de junio de 2002, Serie C No. 94, párr. 145; *caso Guzmán Albarracín y otras versus Ecuador*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de junio de 2020, Serie C No. 405, párr. 180; Corte IDH, *caso Grijalva Bueno versus Ecuador*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 3 de junio de 2021, Serie C No. 426, párr. 140.

43 Corte IDH, *caso Anzualdo Castro versus Perú*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 22 de septiembre de 2009, Serie C No. 202, párr. 156; *caso Radilla Pacheco versus México*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 23 de noviembre de 2009, Serie C No. 209, párr. 244.

44 Corte IDH, *caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) versus Colombia*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 20 de noviembre de 2013, Serie C No. 270, párr. 403; *caso Guzmán Albarracín y otras versus Ecuador*, Fondo, Reparaciones y Costas, supra, párr. 181; *caso Grijalva Bueno versus Ecuador*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 3 de junio de 2021, Serie C No. 426, párr. 141.

45 Entre otras facultades descritas en el artículo 17 de la LOCMP: a) Fijar, oyendo previamente al Consejo General, los criterios de actuación del Ministerio Público para el cumplimiento de los objetivos establecidos en la Constitución y en las leyes. Tratándose de los delitos que generan mayor conmoción social, dichos criterios deberán referirse, especialmente, a la aplicación de las salidas alternativas y a las instrucciones generales relativas a las diligencias inmediatas para la investigación de los mismos, pudiendo establecerse orientaciones diferenciadas para su persecución en las diversas regiones del país, atendiendo a la naturaleza de los distintos delitos; b) Fijar, oyendo al Consejo General, los criterios que se aplicarán en materia de recursos humanos, de remuneraciones, de inversiones, de gastos de los fondos respectivos, de planificación del desarrollo y de administración y finanzas; c) Crear, previo informe del Consejo General, unidades especializadas para colaborar con los fiscales a cargo de la investigación de determinados delitos; h) Administrar, en conformidad a la ley, los recursos que sean asignados al Ministerio Público.

de liderazgo interno para haber tomado las medidas necesarias que permitieran atender la urgencia y, a su vez, ejercer el liderazgo político que implica para la Fiscalía Nacional ser la cabeza del Ministerio Público. Lo anterior para efectos, incluso, de demandar mayores recursos –o recursos excepcionales– con el propósito de que el Estado pueda cumplir adecuadamente los estándares internacionales respecto de los cuales está obligado. En este sentido, el Instituto Nacional de Derechos Humanos (en adelante, también, INDH) públicamente, en diversas ocasiones, expresó su preocupación y la necesidad de que el Ejecutivo inyectara recursos al Ministerio Público para efectos de mejorar las capacidades de investigación en la materia.<sup>46</sup>

Adicionalmente, cabe indicar que la existencia de un oficio anterior (pre-estallido social), referido a la temática, no parece suficiente para satisfacer los estándares internacionales. Esto, si consideramos que no se cumplió la exigencia de establecer medidas especiales, idóneas y concretas de acuerdo a la gravedad de las violaciones de derechos humanos que se suscitaban. En ese sentido, no se tomaron otras medidas oficiales y concretas en materia organizacional ni de recursos por parte de la Fiscalía Nacional, las cuales eran necesarias en concordancia a la urgencia y gravedad de los hechos acontecidos, para efectos de priorizar la investigación criminal y maximizar las posibilidades de esclarecimiento. Inclusive, la elaboración de un nuevo oficio es una prueba evidente de que el anterior no era suficiente y requería de un nuevo contenido y nuevas directrices.

***b) La política de persecución del Ministerio Público no ha sido seria, al haber estado conducida por las Fiscalías Regionales sin recursos adicionales ni medidas efectivas***

Como se indicó con anterioridad, la Fiscalía Nacional no ha elaborado de manera seria y oportuna la política de persecución de delitos contra agentes del Estado en el marco del estallido social. Por lo tanto, han sido las Fiscalías Regionales las entidades que, con el mismo presupuesto de siempre, han debido implementar políticas destinadas a organizar sus recursos y establecer formas de trabajo y criterios a la hora de investigar los delitos. Esto ha generado una respuesta atomizada respecto a los casos del estallido social.

De acuerdo a lo relatado por personas entrevistadas para la redacción de este capítulo, algunas Fiscalías Regionales y Locales establecieron como principal política para enfrentar la investigación de estos hechos, la figura de los “fiscales preferentes”.<sup>47</sup> Esta figura implica asignar a determinados fiscales la investigación de estas causas, pero, en ningún caso, los libera de su responsabilidad en la investigación de

46 INDH.cl: “Sergio Micco tras reunión con el Fiscal Nacional advierte sobre ‘los cuellos de botella’ en la búsqueda de justicia”, 16 de enero de 2020.

47 Entrevista FL02; entrevista fiscal regional del Bío-Bío.

otras causas (inclusive por otros delitos) o de otras labores que tengan a cargo.<sup>48</sup> Asimismo, la preferencia es solamente para efectos de concentrar las causas en determinados fiscales y no supone necesariamente la asignación de más recursos financieros y humanos que les permitan dedicarse exclusivamente a investigar las causas del estallido.

Esta información, entregada por las personas entrevistadas, fue ratificada en las respuestas a las solicitudes de acceso a información que realizamos a cada una de las Fiscalías Regionales del Ministerio Público. En suma, las Fiscalías Regionales, en general, indicaron que no generaron una política de persecución propia ni distinta a la establecida en el Oficio FN N°037, y que, principalmente, nombraron a fiscales preferentes a cargo de la investigación de estos hechos. A continuación, se puede apreciar un resumen por cada una de las Fiscalía Regionales que respondieron el requerimiento:

**Tabla N°1: Respuestas de las Fiscalías Regionales sobre políticas de persecución penal.**

Fiscalía	Respuesta
Arica	1) La política de persecución criminal se ha regido por Oficio FN N°037; 2) Fiscales preferentes.
Tarapacá	La política de persecución criminal se ha regido por Oficio FN N°037.
Antofagasta	Sin respuesta.
Atacama	Resolución FR N°1758 /2020 que instruye al fiscal a informar al INDH en caso de que se tome la decisión de no perseverar en la causa.
Coquimbo	1) La política de persecución criminal se ha regido por Oficio FN N°037 ; 2) Equipo liderado por fiscal regional y fiscales adjuntos German Calquín Mesa y Rocío Valdivia Delgado; abogada asesora María Eugenia Bustos Fuentes y abogada asistente fiscal Paola González Cerna; 3) Oficio N°1158 de fecha 26 de febrero de 2021, que instruye al prefecto de la Policía de Investigaciones de Chile don Ricardo Gatica Aliaga, que se dispusiera la conformación de un equipo preferente de 3 a 4 personas para la realización de diligencias precisas y acotadas de investigación de causas seguidas por violencia institucional.

48 En este sentido FL01 adjunto de una de las Fiscalías Regionales de la Región Metropolitana indicó: "(...) pero por un problema de recursos humanos no hay para que solamente se vean este tipo de delitos". Las consecuencias de esto se grafican en los dichos de la fiscal local 02, también de una de las regionales de Santiago: "O sea, no pueden depender de que haya gente dispuesta a trabajar de lunes a domingo, y a trabajar en la noche, etc. Yo no le puedo exigir ese tipo de compromiso a mis equipos, pese a que tengo ese compromiso en mis equipos. Llega un momento en que, desde el punto de vista de la administración razonable de las personas, también es inviable. Por ejemplo, cuando nosotros vimos el caso de [referido a un caso del estallido social], tuvimos la audiencia el domingo y el lunes yo seguía en los alegatos de clausura de otro caso [no vinculado al estallido social]". La cita fue levemente editada y el detalle de ciertos casos fue eliminado para asegurar el anonimato de la persona entrevistada.

Valparaíso	1) La política de persecución criminal se ha regido por Oficio FN N°037; 2) Resolución 85/2021 de fecha 17 de junio de 2021, que crea la Unidad de Violencia Institucional Regional.
O'Higgins	1) Se determinaron directrices investigativas respecto de los delitos de violencia institucional y para ello se designó a fiscales preferentes para dichas investigaciones en cada Fiscalía Local, además de concentrar los casos de mayor gravedad en la Fiscalía de Delitos de Alta Complejidad; 2) Capacitaciones a fiscales y funcionarios de la Región para realizar una persecución penal óptima en este tipo de delitos; 3) La política de persecución criminal se ha regido por Oficio FN N°037.
Maule	1) La política de persecución criminal se ha regido por Oficio FN N°037; 2) Fiscal preferente.
Ñuble	1) La política de persecución criminal se ha regido por Oficio FN N°037; 2) Fiscal especializado, apoyo y coordinación y la Unidad de Asesoría Jurídica de la Fiscalía Regional.
Bío-Bío	1) La política de persecución criminal se ha regido por Oficio FN N°037; 2) Correo de la Fiscalía Regional, de fecha 30 de octubre de 2019, dirigido a fiscal, instruyendo criterios de actuación ante la contingencia y estado de emergencia.
Araucanía	1) La política de persecución criminal se ha regido por Oficio FN N°037 y nuevo oficio; 2) Aplicación de Unidad Regional Especializada en la investigación de delitos que afecten garantías constitucionales, de 2017, conformada por fiscales preferentes y especializados.
Los Lagos	1) La política de persecución criminal se ha regido por Oficio FN N°037 y nuevo oficio; 2) Fiscal preferente durante el 2019; 3) Actualmente, hay un equipo conformado por fiscal regional, fiscal jefe de Valdivia, abogada asesora, dos fiscales SACFI; 3) Equipo especial de la Policía de Investigaciones (PDI).
Aysén	1) No hay política regional; 2) Tres fiscales preferentes.
Magallanes	1) La política de persecución criminal se ha regido por Oficio FN N°037; 2) Fiscales preferentes.
Fiscalía Centro Norte	1) La política de persecución criminal se ha regido por Oficio FN N°037; 2) Múltiples medidas de control y coordinación para la adecuada implementación de los criterios institucionales en la tramitación de investigaciones sobre violencia institucional, priorización de casos, así como contacto y apoyo de víctimas y testigos. No se entregan por estar amparadas en el art. 21 de la Ley 20.285.
Fiscalía Sur	1) La política de persecución criminal se ha regido por Oficio FN N°037; 2) Fiscales preferentes.
Fiscalía Occidente	1) La política de persecución criminal se ha regido por Oficio FN N°037; 2) Fiscales preferentes.
Fiscalía Oriente	1) La política de persecución criminal se ha regido por Oficio FN N°037; 2) Fiscales preferentes.

Fuente: Elaboración propia a partir de las respuestas a solicitudes de acceso a información pública a las Fiscalías Regionales.

Dentro de las medidas enunciadas, podemos observar que algunas Fiscalías Regionales dan cuenta de la creación de equipos especiales de la Policía de Investigaciones (en adelante, PDI), los cuales se han abocado principalmente a la investigación de estas causas. Otras Fiscalías Regionales también indicaron que han incorporado capacitaciones a fiscales y funcionarios de la Fiscalía respecto a la investigación de delitos cometidos por agentes del Estado.

Es relevante destacar ciertas políticas implementadas por algunas Fiscalías. Por ejemplo, la Fiscalía Regional de Valparaíso estableció un equipo con dedicación exclusiva (fiscales y abogados) para investigar –durante el segundo semestre de 2021– las causas de violencia institucional. Por su parte, la Fiscalía Regional de la Araucanía dispone de una unidad creada en 2017 para este tipo de hechos que, sin perjuicio de no designar fiscales exclusivos, da cuenta de una organización previa y experiencia en la materia, a diferencia de otras Fiscalías Regionales.<sup>49</sup> También existen algunas Fiscalías Regionales que elaboraron políticas de persecución para determinados aspectos. Es el caso de la Fiscalía Regional de Atacama que instruyó a sus fiscales a informar al INDH cuando se tome la decisión de no perseverar en la causa, o de la Fiscalía Regional del Bío-Bío que estableció criterios para efectos de la detención de agentes del Estado, dependiendo si pertenecían a las Fuerzas Armadas, a Carabineros o a la PDI.<sup>50</sup> Por su parte, la Fiscalía Regional Centro Norte, de acuerdo con las personas entrevistadas, concentró la mayoría de las causas en la Fiscalía de Alta Complejidad, e implementó un sistema de *hot spots* para agrupar la investigación de causas por determinados sucesos que generaron múltiples hechos ilícitos, principalmente, a propósito de protestas sociales en determinadas fecha y horarios.

A pesar de lo anterior, no debe obviarse que la generalidad de las políticas de las Fiscalías Regionales se ha traducido en reorganizar los recursos humanos y materiales disponibles antes del estallido, asignando las causas a fiscales y abogados que tienen otras labores y funciones, sin recibir en términos generales nuevos recursos, como personal adicional permanente de apoyo o incremento presupuestario para mejorar la eficacia y el avance de estos casos.

En efecto, según informó la directora ejecutiva nacional, Francisca Werth,<sup>51</sup> mediante una respuesta a solicitud de acceso a la información

49 Entrevista al fiscal adjunto jefe de la Unidad de Derechos Humanos de Temuco, Jorge Calderrama. Se trata de la primera Fiscalía a nivel nacional destinada a casos de violencia institucional. Esto se traduce en un sistema de trabajo en que fiscales de una Fiscalía Local investigan casos de violencia institucional que ocurrieron en el territorio de otra Fiscalía Local de la misma región, con el fin de asegurar una investigación objetiva y rápida.

50 En el mismo sentido, entrevista fiscal regional del Bío-Bío.

51 Fiscalía Nacional, Carta DEN LT N°745/2021 de Santiago, 9 de septiembre de 2021.

pública realizada para esta investigación (referida a los apoyos financieros adicionales provistos a las Fiscalías Regionales para asumir las causas del estallido social en el período octubre de 2019 a junio de 2021), la Fiscalía Nacional asignó recursos adicionales, en el período entre diciembre de 2019 y junio de 2020, por un monto levemente superior a los 86 millones de pesos, lo que permitió la contratación por ese lapso de tiempo de 14 personas adicionales a nivel nacional. La respuesta remitida por la directora ejecutiva nacional no alude a la entrega de recursos financieros adicionales para el período entre junio de 2020 y junio de 2021, lo que es consistente con lo indicado por las personas entrevistadas en relación a que producto de la pandemia dicho apoyo había cesado.<sup>52</sup> Asimismo, este antecedente da sentido a lo que las personas entrevistadas nos indicaron respecto de las pericias que se han requerido, algunas de las cuales, al no disponer las Fiscalías de recursos suficientes, han sido realizadas de manera gratuita por profesionales afiliados a universidades del país.<sup>53</sup>

Ahora bien, en este escenario no debe olvidarse una limitación estructural que pesa sobre la Fiscalía Nacional respecto a esta materia, la cual es claramente explicada por la fiscal regional del Bío-Bío cuando señala: “Bueno, es un hecho de la causa que –y en eso yo soy crítica–, que la Fiscalía no tiene su propio presupuesto, o sea no genera, no recibe directamente y la genera a través de otras instituciones. Y esto metiéndome en un tema que no tiene nada que ver: cuando se habla de la autonomía y la independencia del Ministerio Público es grave que así no lo sea. Porque efectivamente siempre hay que estar hablando con el Ejecutivo, con el ministro de turno. Y es lo que hace la Nacional, si no es un misterio pa [sic] nadie. Hay que hablar con el Ministerio de Justicia y hay que ir a hablar con otros Ministerios; de Justicia después sube a Hacienda, Hacienda siempre dice que no. Entonces esto es siempre un asunto que se mezcla con el Ejecutivo porque así está pensado el sistema hoy día –erradamente para mí, pero eso no es lo que me preguntaron–. Entonces hay que ir a pedir y a explicar.”<sup>54</sup>

Al respecto, el fiscal nacional informó que producto del levantamiento de información interno que realizaron a las Fiscalías Regionales durante 2021, estas canalizaron las necesidades de recursos humanos necesarios para priorizar los casos del estallido. Esta información se tradujo en una demanda de recursos a la Dirección de Presupuesto durante este año, los cuales fueron finalmente aprobados, pero por “bastante menos de lo que habíamos pedido”, según señalaron autoridades de la Fiscalía Nacional entrevistadas para este capítulo. Dado lo anterior, recién para

52 Según da cuenta sobre esta materia, *Informe 2020*, p. 138.

53 Entrevista FL02.

54 Entrevista fiscal regional del Bío-Bío.

octubre de 2021 se aprobó la contratación de 44 profesionales a honorarios que apoyarán a las Fiscalías Regionales en estas materias.<sup>55</sup> En otras palabras, habiendo transcurrido dos años desde el inicio del estallido social, recién se liberan recursos nuevos para potenciar la investigación de estas causas. Y no queda claro si estos recursos serán, o no, permanentes.

Por lo señalado, y como indicaron algunos fiscales entrevistados, salvo la ayuda (a modo de asesoría técnica) en determinadas circunstancias y labores de parte de la Unidad Especializada en Derechos Humanos de la Fiscalía Nacional, de la cual tienen la mejor impresión, hasta la fecha de este *Informe* las Fiscalías Regionales no han recibido mayor apoyo por parte del poder central, en este caso, de las autoridades de la Fiscalía Nacional.<sup>56</sup> Especialmente, a propósito de aplicar los estándares internacionales de derechos humanos en la materia, sobre los cuales –como algunos entrevistados indicaron– requirieron ayuda.

Esto último ha sido catalogado como problemático por parte de las personas entrevistadas, debido a que la carencia de exclusividad en la investigación de estas causas impide realizar una adecuada labor de parte de los fiscales, ya que deben preocuparse por otras causas (de otras materias) y de otras funciones que cumplen en las Fiscalías. Concretamente, una entrevistada nos indicó: “(..) creo que no se ha asumido con completa responsabilidad los deberes que derivan de las obligaciones convencionales para el Estado de Chile en la investigación bajo estándares de debida diligencia. Si esto lo tomamos en serio, la precariedad con la que nosotros estamos trabajando debiera ser superada porque finalmente los resultados obedecen a la decisión de cada uno, pero no a una decisión institucional de dotar recursos y poner metas. ‘Yo le entrego 20 Fiscales y usted me entrega X cantidad de casos resueltos’. Hoy día fue al revés, ‘aquí tiene todos los casos, haga lo mejor que pueda con lo que tiene’.”<sup>57</sup>

Tal como fue descrito antes, la carencia de una política general de parte del Ministerio Público para efectos de enfrentar los casos de ilícitos cometidos por agentes del Estado en el contexto del estallido social –que estableciera lineamientos generales acerca de cómo debieran organizarse las Fiscalías Locales para investigar y que dotara de los recursos necesarios para dedicarle el tiempo y esfuerzos suficientes para el esclarecimiento de estos hechos–, pudieran implicar un incumplimiento del Estado de Chile de la debida diligencia para investigar.

55 Entrevista fiscal nacional.

56 Según la directora de la Unidad Especializada en Derechos Humanos, su aporte al trabajo de las Fiscalías Regionales consistió en la producción de informes en materia de estándares de derechos humanos, la entrega de documentación especializada en la materia, la realización de capacitaciones y la búsqueda de información relativa a las policías.

57 Entrevista FL02.

En ese sentido, la figura del “fiscal preferente”, sin perjuicio de ser la opción a la que podían optar las Fiscalías Regionales por las dificultades organizacionales y de recursos, opera como una figura meramente semántica que busca brindar una señal de que el Ministerio Público ha tomado medidas al respecto y le está dando la importancia necesaria a una investigación determinada. Como ha sido constatado por las personas entrevistadas, en la práctica, estos “fiscales preferentes” no poseen el tiempo ni los recursos necesarios para dedicarse adecuadamente a la investigación de estos ilícitos.

En nuestra opinión, este calificativo de “preferente” es asimilable a la figura del ministro de la Corte que es nombrado “preferente” para investigar las violaciones de derechos humanos ocurridas durante la dictadura. Como es sabido, los jueces preferentes han mantenido otras obligaciones y responsabilidades en causas diversas, lo que ha ocasionado el cuestionamiento a su labor en la investigación de las causas, ya que en la práctica no poseen el tiempo suficiente para investigarlas, lo que implica que dichas causas se han eternizado.

En este contexto, la falta oportuna de lineamientos institucionales y de recursos de parte del poder central que permitiera a las Fiscalías Regionales organizarse adecuadamente para investigar los hechos ocurridos durante el 18 de octubre, podría considerarse una falta de *seriedad* de parte del Estado de Chile para efectos de generar los medios necesarios con el objeto de cumplir con la obligación de investigar violaciones a los derechos humanos.

Es importante señalar que los fiscales adjuntos a cargo de estas investigaciones han trabajado con los recursos disponibles y han hecho importantes esfuerzos, con errores y aciertos, en el esclarecimiento de los hechos. Lamentablemente, la política institucional no les ha entregado los medios suficientes para realizar un trabajo de mayor calidad y con mejores resultados.

Esta situación parece ser reconocida, de manera tácita, por el reciente oficio pronunciado por la Fiscalía Nacional en la materia, el que, como se mencionó antes, ordena que “(...) las regiones deben diseñar un Plan Regional de análisis del universo de causas asociadas al periodo comprendido entre el 18 octubre 2019 y el 31 marzo de 2020, por cada región, verificando el estado de cumplimiento de los lineamientos establecidos en el Oficio FN N°037/2019”. Tal como se indicó con anterioridad, esta instrucción reconoce la necesidad de volver atrás y revisar lo hecho, además de ver la posibilidad de disminuir las causas archivadas y tratar de avanzar en ellas. Al respecto, la fiscal regional del Bío-Bío, al referirse a esta materia, la calificó como un “sinceramiento”.<sup>58</sup> Con todo, es válido preguntarse si, a un año y medio del estallido social, esto tiene sentido.

58 Entrevista fiscal regional del Bío-Bío. En el mismo sentido, véase nota al pie 35.



## 2.2. Dificultades en la investigación criminal

### **a) Identificación de funcionarios policiales**

Uno de los aspectos críticos que señalaron las personas entrevistadas, y que afecta de manera considerable los resultados de la investigación criminal, es la dificultad para identificar al agente policial eventualmente involucrado en los hechos investigados. En efecto, señalaron que existen problemas en los protocolos que posee Carabineros para identificar a los funcionarios policiales que participaron en un turno y en una determinada jurisdicción. Como nos indicó un entrevistado: “(...) todos los días Carabineros establece sus servicios para el día siguiente, al ser una institución que tiene turnos, no como nosotros que todo el mundo sabe que yo trabajo lunes a viernes, salvo que tenga licencia, vacaciones o un día administrativo. Carabineros programa sus servicios con tablas de servicio, pero nos encontramos por ejemplo que dentro de esas tablas de servicio algo pasaba en el día anterior, no sé la tabla de servicios como se hace el día antes pucha no sé, el carabinero fue lesionado o no fue al servicio, entonces las primeras informaciones por ejemplo son por las tablas de servicio, pero nadie te dice salvo que tú lo sepas por otras investigaciones, que hay otra documentación que se hace al término del día que tienen que ver con los armamento y todo, para saber quiénes de la tabla de servicio efectivamente prestaron servicios, esto con información ex post”.<sup>59</sup>

En ese sentido, lo que se puede apreciar es que Carabineros no posee un protocolo accesible y simple para identificar y situar de manera efectiva a los funcionarios policiales que pudieron participar en un hecho delictivo. El proceso se traduce en una serie de requerimientos de información de la Fiscalía hacia Carabineros para lograr identificar los documentos que permitan individualizar a los imputados y, a su vez, importantes esfuerzos para comprender y analizar la información que contienen dichos documentos.

La misma crítica ha recibido la carencia de protocolos respecto del uso de cámaras portátiles, en cuanto a quiénes las pueden portar, quiénes son los responsables, de qué manera se resguarda la integridad de las grabaciones y, entre otros temas, cómo se registra al portador de dicho dispositivo. Esta falta de protocolos ha generado problemas serios, en algunos casos, al descubrirse de manera posterior que funcionarios policiales portaban cámaras portátiles institucionales –o particulares– y que no fueron registradas como parte de los procedimientos policiales.<sup>60</sup> Algo similar ocurre con el uso de radios portátiles por parte de

59 Entrevista FL03.

60 El Desconcierto.cl: “Ex carabinero que disparó a Fabiola Campillai queda en prisión preventiva: Omitió que llevaba cámara”, 28 de julio de 2021.

Carabineros. Al ser las grabaciones de las comunicaciones radiales un elemento probatorio importante, se produce un problema cuando, en algunos casos, se descubre el uso de dos o más dispositivos por parte de algunos funcionarios policiales, para comunicarse durante algún servicio con diversos estamentos de la institución. En determinadas circunstancias, se pudo constatar que se utilizaban dispositivos para comunicarse de forma oficial y otros eran usados con fines diferentes.

En ese contexto, la carencia de protocolos –o, en caso de existir, defectuosos– impide la generación de antecedentes que colaboren con el esclarecimiento de los hechos y la identificación de los posibles partícipes. Desde el punto de vista de los estándares internacionales, cabe recordar, tal como se mencionó, que los Estados también poseen obligaciones positivas, es decir, de realizar acciones destinadas a generar investigaciones serias y oportunas, así como también de propiciar la búsqueda de la verdad en estos casos, por lo que deben organizar a sus organismos y dotarlos de los recursos necesarios para que aquello ocurra. Así, es fundamental la elaboración de protocolos claros y de fácil acceso acerca del accionar policial, no solo para delimitar la responsabilidad de los agentes del Estado, sino también, para determinar la función que le corresponde a cada funcionario en un determinado procedimiento policial y, de esa manera, permitir una trazabilidad de su identidad.

Es importante señalar que estas dificultades no tienen, únicamente, relación con la carencia de protocolos, sino que, en general, con la existencia de una cultura interna dentro de Carabineros de dificultar el acceso a la información y complejizar las investigaciones criminales en contra de los funcionarios policiales de la institución.<sup>61</sup> En ese sentido, los problemas en los protocolos, o la inexistencia de aquellos, se explican, en parte, por una cultura poco colaborativa con el esclarecimiento de los hechos en los cuales se ven involucrados funcionarios policiales de la institución. Por lo mismo, parte relevante del problema se encuentra en los mandos institucionales que no han comprendido el rol que tiene una policía moderna en una democracia, junto con los derechos y deberes que aquello implica.<sup>62</sup>

De esa manera, si bien la existencia de protocolos permitiría mejorar las capacidades de identificación de los funcionarios policiales, ese cambio no será suficiente si no se generan políticas estatales que modifiquen la cultura interna de Carabineros y de sus altos mandos que impide, actualmente, acceder con rapidez y confiabilidad a los antecedentes investigativos que tienen en su poder.

61 El Desconcierto.cl: “Ex carabino que disparó a Fabiola Campillai queda en prisión preventiva: Omitió que llevaba cámara”, 28 de julio de 2021. En el mismo sentido FL01 y FL02.

62 *Informe 2020*, pp. 110-112.

### **b) El rol de las policías en la investigación criminal**

Todos los fiscales entrevistados expresaron un aprecio por el trabajo de la PDI en las causas iniciadas desde el estallido social, lo cual había sido ya descrito en el *Informe 2020*. Particularmente, las personas entrevistadas brindaron positivas percepciones respecto de la Brigada Investigadora de Derechos Humanos de la PDI, la cual, tradicionalmente dedicada a investigar violaciones a los derechos humanos en dictadura, debió organizarse para hacerse cargo de causas de este tipo vinculadas al estallido social.

Sin embargo, la falta de personal de dicha Brigada para hacerse cargo de esta nueva carga de trabajo, sumada a las contingencias derivadas de la situación sanitaria, ha provocado, como señalaron las personas entrevistadas, dificultades para llevar adelante las diligencias investigativas de las causas.

Algunos entrevistados recordaron que, en algunos de los casos, debieron trabajar con la Brigadas de Investigación Criminal de la PDI (BICRIM), que son las unidades de la Policía de Investigaciones ubicadas territorialmente, inclusive, a veces, con la Brigadas de Homicidios en aquellas regiones en las que no existe la Brigada Investigadora de Derechos Humanos de la PDI. Sin perjuicio de la buena disposición de los funcionarios policiales, las personas entrevistadas indicaron ciertas dificultades en las investigaciones debido a que, salvo en el caso de la Brigada especializada, no se trata de personal capacitado para la investigación de este tipo de causas.<sup>63</sup>

### **c) La víctima y el querellante**

Uno de los problemas señalados por las personas entrevistadas ha sido la posibilidad de identificar y, a su vez, hacer partícipe del proceso a las víctimas de los hechos que fueron denunciados o querellados. Como nos indicó una de las personas entrevistadas, la situación es diversa: existen víctimas que han podido ser identificadas e incluso se han mantenido vinculadas al proceso, pero también hay otras que no han podido ser identificadas y otras que, derechamente, no han querido participar del proceso.

Respecto de estas últimas, las razones son variadas: hay víctimas que no han querido participar por miedo a represalias y otras por desinterés en la causa. En cuanto al desinterés, personas entrevistadas señalaron que algunas víctimas manifestaron su desconfianza con el proceso judicial, dado que los fiscales serían parte de una entidad del Estado; el mismo Estado al cual pertenecen las instituciones de orden y seguridad que, justamente, provocaron las violaciones a los derechos humanos.

Este último punto es relevante, ya que sin la participación de la

63 Entrevista FL08.

víctima la investigación tiene escasas –o nulas– posibilidades de tener éxito y lograr el esclarecimiento de lo sucedido y la imputación a algún agente del Estado. En ese sentido, algunos fiscales entrevistados señalaron la importancia de que las instituciones querellantes sirvieran de nexo con las víctimas, en especial, porque son las entidades que han interpuesto las querellas y resultan mucho más confiables y valoradas por la ciudadanía, como es el caso, por ejemplo, del Instituto Nacional de Derechos Humanos. Al respecto, señalaron que en un número importante de casos ese nexo no se ha establecido por diversas razones, no todas imputables al querellante.

Asimismo, los/as fiscales entrevistados/as valoraron el rol de los querellantes en las causas, principalmente el Consejo de Defensa del Estado y el Instituto Nacional de Derechos Humanos, instituciones que colaboran, entre otros temas, con el desarrollo de los estándares de derechos humanos en la materia.

#### **d) Condenas de agentes del Estado y la responsabilidad del alto mando**

Desde el estallido social, el Ministerio Público ha logrado condenar a algunos agentes estatales por hechos constitutivos de delitos de torturas y apremios ilegítimos, entre otros.

En junio de 2021, el Tribunal Oral de Ovalle condenó a un capitán de Carabineros por los delitos de apremios ilegítimos y lesiones, por haber disparado (con un revólver) a la víctima a corta distancia provocando una fractura en el pubis.<sup>64</sup> También, en junio de 2021, se condenó a dos funcionarios de Carabineros como autores del delito de apremios ilegítimos, al haber propinado en varias ocasiones golpes a la víctima, en el sector de Lo Hermida.<sup>65</sup>

Por su parte, el Ministerio Público ha avanzado formalizando a funcionarios policiales en casos emblemáticos de traumas oculares, como los de Fabiola Campillai y Gustavo Gatica, como también en graves casos de torturas y otros tratos inhumanos, como el ocurrido al interior de la Comisaría ubicada en la comuna de Peñalolén.<sup>66</sup>

En relación con la responsabilidad jerárquica o de mando, en el *Informe 2020* se indicó que existía un avance, al menos respecto de la responsabilidad administrativa, en un sumario desarrollado por la Contraloría General de la República, organismo que estableció la existencia de

64 INDH.cl: “Segunda condena por querrela INDH en el contexto de la crisis social en Coquimbo”, 8 de junio de 2021.

65 Epicentro Chile.cl: “Dos ex carabineros condenados por apremios ilegítimos cometidos en el marco del estallido social”, 8 de junio de 2021.

66 La Tercera.com: “Decretan prisión preventiva para dos carabineros imputados por torturas en Peñalolén”, 7 de octubre de 2020.

responsabilidad.<sup>67</sup> Al respecto, la Contraloría General de la República inició un sumario administrativo, en septiembre de 2020, en contra de siete altos mandos de Carabineros de Chile por no garantizar el uso adecuado de los protocolos sobre uso de la fuerza, desde el 18 de octubre de 2019.<sup>68</sup> Sin embargo, en marzo del presente año, ante la recomendación del contralor al general director de Carabineros de suspender de sus cargos a tres de los generales, estos últimos decidieron acudir a la justicia civil para paralizar el procedimiento por medio de una medida precautoria, la cual fue acogida.<sup>69</sup> Hasta el cierre de este *Informe*, tal situación no ha variado. El avance de estas investigaciones sumarias puede constituir un importante antecedente para que el Ministerio Público pueda impulsar la persecución jerárquica en Carabineros.

En cuanto a la responsabilidad penal de funcionarios del Estado, se ha conocido por medios de prensa que existen citaciones a superiores jerárquicos de Carabineros para efectos de conocer sus actuaciones durante el estallido social. Esto, si bien ha implicado un avance, no se ha traducido, hasta el momento, en algún tipo de imputación o una señal más concreta sobre una eventual determinación de responsabilidad de algún funcionario de mayor jerarquía por su control sobre subordinados.<sup>70</sup> En este sentido, la responsabilidad jerárquica o de mando es una forma de imputación de responsabilidad penal por omisión que ha sido desarrollada por el derecho penal internacional y el derecho humanitario.<sup>71</sup> Al respecto, y tras la entrada en vigencia del Estatuto de Roma, se creó la Ley 20.352 que consagra en sus artículos 35 y 36 los supuestos de responsabilidad jerárquica en relación con los crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes y delitos de guerra.<sup>72</sup> Sin

67 *Informe 2020*, p. 114.

68 DW.com: "Chile: Carabineros enfrentan cargos por su actuar en protestas", 12 de septiembre de 2020.

69 Bío-Bío.cl: "Los generales del estallido: las declaraciones del alto mando ante la Contraloría", 28 de abril de 2021.

70 En Estrado.com: "General Director declaró a fiscalía que ningún mando de carabineros de Chile ejecutó o elaboró o concertó ninguna clase de plan para los efectos de dañar a la población chilena", 8 de abril de 2021.

71 Elisabeth Matthei, Marcela Zúñiga y otros, *Amicus Curiae sobre tortura, malos tratos y tratos degradantes y la responsabilidad jerárquica en el derecho internacional de los derechos humanos y sobre tortura y apremios ilegítimos en el derecho interno de Chile*, Centro de Derechos Humanos UDP, 2019, p. 18.

72 Artículo 35.- Serán sancionados como autores de los delitos previstos en esta ley las autoridades o jefes militares o quienes actúen efectivamente como tales, en su caso, que, teniendo conocimiento de su comisión por otro, no la impidieren, pudiendo haberlo. La autoridad o jefe militar o quien actúe como tal que, no pudiendo impedir el hecho, omitiere dar aviso oportuno a la autoridad competente, será sancionado con la pena correspondiente al autor, rebajada en uno o dos grados.

Artículo 36.- La orden de cometer una acción o de incurrir en una omisión constitutiva de delito conforme a esta ley, así como la orden de no impedirlos, impartida por una autoridad o jefe militar o el que actúe efectivamente como tal, a un subalterno, lo hace responsable como autor.

embargo, en virtud de las obligaciones internacionales contraídas por Chile en materia de crímenes y delitos cometidos por las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, es posible argumentar que los estándares desarrollados por el derecho penal internacional y humanitario son aplicables a los delitos que no constituyan crímenes de lesa humanidad.<sup>73</sup> En consecuencia, la interpretación de las disposiciones sustantivas y procesales que regulen los crímenes y delitos cometidos durante el estallido social debe realizarse en virtud de los estándares internacionales sobre derechos humanos, en especial, los tratados internacionales ratificados y vigentes en Chile, así como la jurisprudencia y principios. Tal interpretación debe tener como base el artículo 5° inciso segundo de la Constitución, junto a las normas sobre interpretación de los tratados internacionales de derechos humanos.

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

### **3. CONCLUSIONES**

Ningún sistema de justicia criminal puede esclarecer todos los delitos; eso es un hecho. La investigación criminal de cualquier caso tiene dificultades inherentes e ineludibles, propias de las limitaciones del ser humano para reconstruir hechos del pasado. Sin perjuicio de ello, el Estado de Chile –si bien no está obligado a hacer lo imposible y a esclarecerlo todo– debe garantizar, de manera oportuna, los recursos idóneos y necesarios para que se puedan investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos ocurridas, en este caso, durante el estallido social. Lamentablemente, como fue expuesto en el presente capítulo, eso no ha ocurrido.

Lo que se esperaba de la Fiscalía Nacional, en particular, es que tomara medidas especiales y concretas para efectos de que el Ministerio Público abordara de manera oportuna y seria, una situación excepcional como la ocurrida a partir del estallido social. Respecto de esto último, durante estos casi dos años transcurridos desde el inicio del estallido, la Fiscalía Nacional debió haber liderado, elaborado y supervisado de manera constante y oportuna una política de persecución que permitiera maximizar las posibilidades de esclarecimiento y, en su

73 Elisabeth Matthei, Marcela Zúñiga y otros, op. cit., p. 19.

caso, haber solicitado reiteradamente la intervención de los poderes del Estado para lograr dicho cometido, cuestión que no hizo.

Con todo, es importante no reducir todas las problemáticas reportadas a un tema de recursos o de carga de trabajo del Ministerio Público, porque en el futuro el cumplimiento de las obligaciones de Chile en esta materia no se podrá satisfacer con la sola contratación de mayor personal para dicha entidad.

En efecto, la obligación que pesa sobre el Estado supone que los distintos órganos que lo conforman deben actuar de manera proactiva, desarrollando oportunamente medidas de distinta naturaleza que maximicen las posibilidades de esclarecimiento de estas violaciones a los derechos humanos. Lo señalado incluye la creación de unidades especiales en la Fiscalía y en las policías, bajo estrictos protocolos y directrices –para que, desde un inicio, al momento en que existen mayores probabilidades de esclarecimiento, se haya hecho todo lo posible por individualizar a las víctimas e imputados– y recabar evidencia sobre las agresiones sufridas, entre otras medidas organizativas. Lamentablemente, las medidas implementadas por la Fiscalía Nacional y las Fiscalías Regionales en materia investigativa han sido tardías y, por ende, muy bajas las posibilidades de esclarecimiento de los delitos. Los archivos provisionales que hoy se están revisando dan cuenta de ello. Tampoco es claro que la creación de una futura Fiscalía de Derechos Humanos se pueda convertir en una solución mágica.

Como se ha evidencia en este capítulo, las carencias señaladas de mantenerse inalteradas en el futuro llevarán a una contravención a los estándares internacionales sobre debida diligencia, oportunidad y plazo razonable.

#### **4. RECOMENDACIONES**

1. El Estado de Chile debe responder por las acciones de sus agentes estatales, quienes son los que directamente se encuentran ejerciendo la fuerza, como también de aquellos que debían cumplir funciones de supervisión sobre los ejecutores. Lo anterior supone una política de persecución expresa y concreta que no solo incluya a los autores ejecutores de los hechos ilícitos, sino que, también, a aquellos superiores jerárquicos que impartieron instrucciones o ejecutaron otro tipo de conductas que pudieran ser constitutivas de delito. Si bien las nuevas directrices de la Fiscalía Nacional incluyen nociones en este sentido, es de esperar que aquellas se traduzcan en investigaciones criminales y, en caso de existir mérito, en imputaciones a los responsables.
2. Avanzar en protocolos claros sobre el accionar policial, que

permitan identificar los roles de los funcionarios policiales en cada procedimiento. De esta manera, se pueda delimitar su responsabilidad y así lograr identificar a las personas que pudieron haber ejecutado una determinada conducta. En específico, es necesaria la implementación general de cámaras portátiles y de cámaras de seguridad en recintos policiales. En efecto, como han señalado las personas entrevistadas, los casos que tienen mayor potencial y posibilidad de esclarecimiento son aquellos sobre los cuales existe registro audiovisual.

3. La obligación del Estado de Chile de investigar las violaciones de derechos humanos implica tomar medidas activas para efectos de que, en caso de suceder nuevos hechos de estas características, se pueda llevar adelante una investigación lo más seria y oportuna posible. Por lo mismo, todas las medidas que permitan generar mejor y mayor evidencia, son vitales para satisfacer el estándar de debida diligencia.
4. La reforma policial que se viene anunciando hace varios años resulta vital para efectos de mejorar las investigaciones penales. Un problema serio es la falta de transparencia y cooperación de parte de Carabineros de Chile en el esclarecimiento de los hechos ocurridos durante el estallido social, lo cual denota una cultura destinada a entorpecer las investigaciones penales. En ese sentido, ni el aumento de dotación en la persecución penal ni otras herramientas serán de total utilidad, si el oscurantismo a nivel de la institución policial se mantiene.
5. Evaluar la efectividad de la iniciativa, que se viene anunciando, de creación de una Fiscalía de Derechos Humanos a nivel nacional o regional. Asimismo, se deben analizar las reales necesidades de la Fiscalías para investigar este tipo de delitos, las cuales no necesariamente se satisfacen creando mayor burocracia. En este sentido, puede que las reales necesidades no sean en la dirección de la investigación (aumentar la cantidad de fiscales), sino en generar mayores capacidades investigativas de los auxiliares del Ministerio Público, como las policías, el Servicio Médico Legal, y otros, donde se han detectado importantes cuellos de botella.





# **EL USO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL MARCO DEL ESTALLIDO SOCIAL**

**Lidia Casas Becerra<sup>1</sup>  
Jaime Gajardo Falcón<sup>2</sup>**

- 1 Abogada, profesora titular, y Directora del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. Agradecemos la colaboración de la egresada de derecho Ayleen Valencia.
- 2 Profesor de Derecho Constitucional e investigador del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.



## **SÍNTESIS**

El presente capítulo analiza el uso de la prisión preventiva desde el estallido social a la fecha a la luz de los estándares de derechos humanos vinculados con el principio de inocencia, la libertad personal y el debido proceso. Junto con lo anterior, en el capítulo se sistematiza la información pública disponible sobre las personas que se encuentran en prisión preventiva a partir del estallido social, se entrevista a diversos operadores y operadoras del sistema de justicia penal y se evalúa, en términos generales, su respuesta y actuación conforme con la protección de los derechos humanos de las personas privadas de libertad por aplicación de la medida de prisión preventiva.

*PALABRAS CLAVE: prisión preventiva, principio de inocencia, libertad personal, debido proceso y estallido social.*



## INTRODUCCIÓN

A dos años del estallido social, se han mantenido movilizaciones por la libertad de las personas que han sido imputadas y continúan en prisión preventiva por diversos delitos, en el marco del estallido social que comenzó en octubre de 2019. En diciembre de 2020, se presentó un proyecto de ley a fin de otorgar un indulto por razones humanitarias a los presos de la revuelta.<sup>3</sup> Organizaciones sociales han reivindicado la condición de “presos políticos” a las personas que se encuentran privadas de libertad<sup>4</sup> por la imputación de delitos en el marco del estallido social. Algunas/os defensoras/es han reclamado que la evidencia presentada por el Ministerio Público en sus casos sería parte de una “operación”, que habría un uso abusivo de la prisión preventiva y que lo que se pretendería es reprimir la protesta social. Para otros analistas y líderes de opinión, la pregunta no es si estas personas son, o no, presos por razones políticas, sino el tiempo que han permanecido en prisión preventiva sin que se haya podido probar ni descartar las acusaciones, mayoritariamente, por delitos contra la propiedad en el escenario de la protesta social.<sup>5</sup> Otra cuestión materia de debate ha sido el número de personas afectadas por la prisión preventiva, en el contexto de la crisis social, ya que no hay datos oficiales precisos al respecto.

Así, el conflicto en torno a los llamados “presos de la revuelta” y el uso de la prisión preventiva, gira en torno a varias preguntas: ¿Cuántas son las personas que se encuentran aún bajo prisión preventiva a casi dos años del estallido y en espera de un juicio? ¿Qué factores influyen en el uso de la prisión preventiva y cuál es la responsabilidad del Estado frente a esta cuestión?

Los objetivos de este capítulo son: analizar el uso que se ha dado a la prisión preventiva desde los estándares del derecho internacional de

3 Senado, Boletín 13941-17, 9 de diciembre de 2020.

4 Londres 38, Espacio de Memorias: “Presos y presas políticas de la Revuelta” (Ver en: <https://www.londres38.cl/1934/w3-propertyvalue-44249.html>)

5 Radio U de Chile.cl: “‘Presos de la Revuelta’: la interminable prisión preventiva”, 21 de abril de 2021.

los derechos humanos en la materia; identificar los nudos institucionales que no permiten tener claridad respecto al número de personas que se encuentran en prisión preventiva por la presunta comisión de delitos en el marco del estallido social; indagar en los factores que han llevado a una prolongada prisión preventiva, en el contexto citado, y determinar si el Estado tiene responsabilidad al respecto. Para lograr este objetivo se analizaron informes de instituciones del área en relación a imputación de delitos y respecto a la prisión preventiva. Además, se realizaron entrevistas a jueces de garantía de distintas jurisdicciones de la Región Metropolitana, a funcionarios de la Defensoría Penal Pública y a defensores privados.<sup>6</sup>

### **1. ¿CUÁNTAS SON LAS PERSONAS QUE SE ENCUENTRAN EN PRISIÓN PREVENTIVA POR IMPUTACIONES VINCULADAS AL ESTALLIDO SOCIAL?**

A la fecha del cierre de este *Informe*, no hay acuerdo entre distintas instituciones acerca del número de personas que fueron detenidas en el marco del estallido social, sujetas a prisión preventiva a lo largo del tiempo, y cuántas son las que aún se mantienen en esa condición hasta el cierre de este *Informe*. Para efectos de poder entender las circunstancias en que se produce la prisión preventiva, revisamos datos sistematizados por la Defensoría Penal Pública (en adelante, la Defensoría). De acuerdo a sus registros, el número de personas detenidas desde el 7 de octubre al 31 de diciembre de 2019, correspondía a más de 13.000.<sup>7</sup> No obstante –y tal como se establece en el capítulo sobre la “Respuesta del sistema de persecución penal a los casos de violaciones de derechos humanos del estallido social” del *Informe 2021*, así como en el *Informe 2020*–, no existe una categoría en ninguno de los sistemas informáticos de las instituciones que permita saber qué delitos –y la proporción que representan en relación al total– corresponden a situaciones ocurridas en el marco del estallido social. Una cuestión diferente se da con los delitos imputados a agentes del Estado, los cuales quedan registrados en el sistema informático del Ministerio Público.

Según pudimos observar, a partir de las entrevistas realizadas para el desarrollo de este capítulo, la Defensoría intentó responder a la interrogante planteada en este apartado, pero reconoció limitaciones en este sentido. La Defensoría extrajo los datos de ingreso de personas defendidas alrededor de categorías que denominó “delitos de interés”, y que se hubieran cometido entre el 7 de octubre de 2019 y el 9 de diciembre

- 6 Se realizaron seis entrevistas a jueces de distintas jurisdicciones de la RM, tres entrevistas a defensores privados, una a un funcionario de la Defensoría Penal Pública y otra a una defensora de la misma institución. Para efecto de las entrevistas, se contó con un consentimiento informado presentado a los y las entrevistados/as. Las entrevistas se llevaron a cabo durante el mes de septiembre hasta el cierre de este capítulo en octubre de 2021. Se usa indistintamente el sexo del entrevistado para su identificación.
- 7 Defensoría Penal Pública, Oficio 143-2021, 2021.

de 2020. Los delitos de interés son las conductas que podrían estar asociadas a hechos acontecidos durante las protestas tales como desórdenes, robo en lugar deshabitado (saqueos), incendio, lanzamiento de artefactos, maltrato de obra a carabineros, entre otros.

La información recabada –hasta el 31 de marzo de 2020, cuando en Chile se decreta el Estado de excepción constitucional debido a la pandemia de Covid-19– muestra que algo más de 20.000 personas fueron imputadas, mayoritariamente por un delito y, en algunos casos, por varios (recordemos que una persona puede estar imputada por la comisión de más de un delito).

Para el período inmediatamente posterior, entre el 1º de abril y el 31 de diciembre de 2020, el número de defendidos y defendidas se mantiene en los 20.000 imputados-causas distribuidos a lo largo de 9 meses. Es decir, en un período de 5 meses, después del inicio del estallido, se alcanza el mismo número de causas que se reportaría posteriormente en nueve meses y bajo condiciones de restricción sanitaria.

La Tabla N° 1 muestra los ingresos fraccionados por edad y por período, entre el 7 de octubre de 2019 y el 9 de diciembre de 2020. Un 11,73% de los ingresos correspondía a menores de 18 años: el mayor número de imputados adolescentes se produce entre el 1º de enero y el 31 de marzo de 2020, y en igual período desciende el número de adultos imputados. La medición de causa-imputado indica una unidad de defensa de una persona, independiente de la cantidad de delitos por los cuales sea procesada, es decir mide la cantidad de causas por imputado sin tener en consideración la cantidad de delitos que se imputen en cada causa.<sup>8</sup>

**Tabla N° 1: Total de ingresos causa-imputado y edad. 07 oct 2019 a 09 dic 2020.**

Tramo de edad.	Causa-imputado Ingresada. 07-10 al 31-12 2019	Causa-imputado ingresada. 01-01 al 31-03 2020	Total	Causa-imputado ingresada. 01-04 al 30-06 2020	Causa-imputado ingresada. 01-07 al 09-12 2020
Menor de 18 años.	1.122	1.279	2.401	362	788
Mayor de 18 años.	10.528	7.526	18.054	5.637	11.797
Total	11.650	8.805	20.455	5.999	12.585

Fuente: Respuesta Oficio 143-2021 al Senado. Datos proporcionados por la Defensoría Penal Pública.

8 Defensoría Penal Pública, Memoria Anual 2019, p. 36.



A partir de las restricciones sanitarias, es posible constatar la baja en los números de ingreso tanto de adolescentes como de adultos. Respecto de los primeros, la proporción baja sustantivamente del 14% en el primer trimestre de 2020 a un 6% el resto del año.

En el período de octubre de 2019 al 9 de diciembre de 2020, la Defensoría registra casi 45.000 ingresos por causa-imputado, y cuando se analiza por cada tramo de tiempo, se puede advertir una baja durante las mayores restricciones de movilidad impuestas por la pandemia y cuando se relajan, septiembre de 2020, los números nuevamente van en alza, como era esperable.

Los delitos de mayor frecuencia en el período analizado son por daños simples, desórdenes públicos, maltrato de obra y amenazas a carabineros, alteración del orden público, y luego delitos asociados a porte de armas ilegales y por posesión y tenencia de municiones, como se puede advertir en las tablas N° 2 y N° 3. Estas cifras deben tomarse solo como indicadores, pues, como se ha dicho, no es posible identificar que cada una de esas personas imputadas por “los delitos de interés” los haya cometido en el contexto de protesta social.

La Tabla N° 2 registra todos los delitos de interés por período. Algunos delitos graves –como incendios, saqueo, tenencia o porte de armas prohibidas– tienen una menor presencia en comparación a los daños o maltrato de obra a carabineros.

**Tabla N° 2: Delitos de interés asociados a causa-imputado ingresadas, 07 de octubre 2019 al 09 de diciembre 2020. Segmentado por agrupación de interés y delito específico.**

Delito de interés	Delito detalle	2019- 07-17 oct	2019 - 18 oct- 31 dic	2020 - 1 ene a 31 mar	2020 - 01 abr-30 jun	2020 - 01 jul-09 dic	Total 07 oct 2019 a 09 dic 2020
261	Atentados y amenazas contra la autoridad. Art. 261 n°1 y 264	8	466	148	79	256	957
	Oponerse a acción de la autoridad pública o sus agentes. Art. 261 n° 2	3	77	65	29	83	257
269	<b>Delito desórdenes públicos. Art. 269 (No falta del código 13035)</b>	13	4.826	2.760	471	1.443	9.513

474	Incendio con resultado de muerte y/o lesiones	2	3	2	1	3	11
475	Incendio con peligro para las personas. Art. 475 y art. 476	5	142	80	53	103	383
476	Incendio de bosques. Art. 476 n° 3 y 4	1	31	19	16	18	85
477	Incendio solo con daños o sin peligro de propagación. Arts. 477 y 478	6	100	81	57	94	338
480	Otros estragos. Art. 480	0	8	4	5	5	22
486	Daños calificados. Arts. 485 y 486	6	272	105	64	132	579
<b>487</b>	<b>Daños simples. Art. 487</b>	<b>447</b>	<b>3,371</b>	<b>2,620</b>	<b>2,037</b>	<b>4,393</b>	<b>12.868</b>
268 septies	Interrupción de circulación de personas y/o vehículos, con violencia, intimidación u obstáculos. Art. 268 septies inc. 1°	0	1	183	45	244	473
	Lanzar en la vía pública, a personas o vehículos, instrumentos, utensilios u objetos, que pueden causar muerte o lesiones. Art. 268 septies inc. 2°	0	0	373	24	107	504
391 (frustrado)	Homicidio calificado. Art. 391 n° 1	0	3	15	12	15	45
	Homicidio. Art.391 n° 2	19	115	132	175	301	742
<b>416 bis Cód. Militar</b>	<b>Maltrato de obra a Carabineros. Art. 416 bis, Código de Justicia Militar</b>	<b>86</b>	<b>823</b>	<b>688</b>	<b>546</b>	<b>1.205</b>	<b>3.348</b>
<b>417 Cód. Militar</b>	<b>Amenazas a Carabineros. Art. 417, Código de Justicia Militar</b>	<b>64</b>	<b>538</b>	<b>514</b>	<b>641</b>	<b>1.289</b>	<b>3.046</b>
449 quáter	Saqueo	0	1	9	2	74	86
449 ter	Robo con ocasión de calamidad o alteración al orden público. Art. 449 ter	0	0	2	0	9	11
<b>495 numeral 1</b>	<b>Alterar el orden público. 495 n° 1 Código Penal</b>	<b>0</b>	<b>577</b>	<b>108</b>	<b>533</b>	<b>820</b>	<b>2.038</b>
495 numeral 21	Daño falta 495 n° 21 Código Penal	21	163	145	145	296	770
495 numeral 4	Falta de respeto a la autoridad pública, 495 n° 4 Código Penal	17	181	118	105	339	760

496 numeral 5	Ocultación de identidad en control Investigativo. Art. 496 n°5. art. 85 CPP	17	92	108	50	152	419
	Ocultación de identidad en control preventivo. Art. 496 n° 5. art. 12 Ley 20.931	27	163	177	84	253	704
Decreto 400	Colocación de bomba o artefacto. Art. 14 d inc. 1°, 2° y 3°	1	30	7	2	7	47
	Otros delitos de la ley de control de armas (Ley 17.798)	15	76	55	35	108	289
	Porte de arma de guerra, química, biológica o nuclear. Art. 14 inc. 2°	1	4	3	2	8	18
	<b>Porte de arma prohibida. Art. 14 inc. 1°</b>	<b>35</b>	<b>184</b>	<b>242</b>	<b>303</b>	<b>393</b>	<b>1.157</b>
	Porte ilegal de arma de fuego, municiones y otros sujetos a control. Art. 11 Ley n°17.798	0	0	0	0	1	1
	Poseción o tenencia de arma de guerra, química, biológica o nuclear. art. 13 inc. 1°	0	7	6	4	17	34
	Poseción o tenencia de armas prohibidas art. 13 inc. 1° Ley 17.798	36	153	182	229	363	963
	<b>Poseción, tenencia o porte de armas sujetas a control. Art. 9 inc. 1°, Ley 17.798</b>	<b>47</b>	<b>263</b>	<b>358</b>	<b>441</b>	<b>704</b>	<b>1.813</b>
	<b>Poseción, tenencia o porte de municiones y sustancias químicas. Art. 9 inc. 2°</b>	<b>71</b>	<b>288</b>	<b>385</b>	<b>499</b>	<b>820</b>	<b>2.063</b>
Tráfico de armas. Art. 10	0	8	11	6	16	41	
Ley 12.927	Crímenes y simples delitos contra soberanía nacional y seguridad exterior del Estado. Art.106 y ss. c. penal; Art. 1 Ley 12.927.(excluye art. 6-12)	0	6	0	2	2	10
	Crímenes y simples delitos seg. interior del Estado. Art. 121 y ss. c. penal I; 4 y ss. Ley 12.927. (excluye arts. 6 al 12)	0	62	20	37	11	130
Total	Total	948	13.034	9.725	6.734	14.084	44.525

Fuente: Datos proporcionados por la Defensoría Penal Pública.

Si bien se registran homicidios, que por cierto son de interés, es probable que estén asociados a delitos relativos a tráfico de drogas y rencillas entre bandas, más que encontrarse vinculados con casos del estallido social.

La Tabla N° 3 muestra los delitos de mayor ocurrencia; aparecen en primer lugar de frecuencia los daños simples del artículo 247 del Código Penal y luego el delito de desórdenes del artículo 269.

**Tabla N° 3: Delitos de interés asociados a causa-imputado ingresadas, 07 de octubre 2019 al 09 de diciembre 2020. Segmentado por agrupación de interés y delito específico.**

Delito de interés	Delito detalle	2019 07-17 oct	2019 18 oct-31 dic	2020 1 ene a 31 mar	2020 01 abr-30 jun	2020 01 jul-09 dic	Total 07 oct 2019 a 09 dic 2020
269	Delito desórdenes públicos. Art. 269 (no falta del código 13035)	13	4.826	2.760	471	1.443	<b>9.513</b>
487	Daños simples. Art. 487	447	3.371	2.620	2.037	4.393	<b>12.868</b>
391 (frustrado)	Homicidio calificado. Art. 391 n° 1	0	3	15	12	15	<b>45</b>
	Homicidio. Art.391 n° 2	19	115	132	175	301	<b>742</b>
416 bis Cód. Militar	Maltrato de obra a carabineros. Art. 416 bis, Código de Justicia Militar	86	823	688	546	1.205	<b>3.348</b>
417 Cód. Militar	Amenazas a carabineros. Art. 417, Código de Justicia Militar	64	538	514	641	1.289	<b>3.046</b>
495 numeral 1	Alterar el orden público. 495 n° 1 Código Penal	0	577	108	533	820	<b>2.038</b>
Decreto 400	Porte de arma prohibida. Art. 14 inc. 1°	35	184	242	303	393	<b>1.157</b>
	Posesión, tenencia o porte de armas sujetas a control. Art. 9 inc. 1° Ley 17.798	47	263	358	441	704	<b>1.813</b>
	Posesión, tenencia o porte de municiones y sustancias químicas. Art. 9 inc. 2°	71	288	385	499	820	<b>2.063</b>

Fuente: Datos proporcionados por la Defensoría Penal Pública.

Los datos presentados en los cuadros precedentes, representan una clara muestra de que son cientos las personas afectas a un proceso penal durante el período analizado. Algunas de las causas fueron desestimadas tempranamente por los tribunales, pero en otras hubo formalizaciones e imputaciones en que se aplicaron distintas medidas cautelares. Al respecto, queremos recalcar que no todas estas personas imputadas estarían vinculadas a hechos acontecidos en el marco de la protesta social.

Como se puede observar, el número de delitos de interés es muy amplio, por lo cual no es posible saber cuántas personas han sido imputadas por delitos estrictamente ligados a la protesta social. Durante el estallido originado en octubre se produjeron diferentes acciones constitutivas de delitos y no resulta fácil diferenciar hechos de la protesta social, propiamente tal, de otras acciones delictivas que se cometen en el contexto de una crisis social y política.

## 2. LA PRISIÓN PREVENTIVA

### 2.1. La guerra de las cifras

La prisión preventiva es una medida cautelar establecida en el Código Procesal Penal, la cual debe ser considerada de *ultima ratio*, dado que implica la privación de libertad de una persona imputada de un delito y a quien se le presume inocente hasta que no haya una condena.<sup>9</sup> En este sentido, es importante señalar que la presunción de inocencia es una garantía penal consagrada a nivel internacional por diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos (Art. 11.1), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 14.2), la Declaración Americana (Art. XXVI) y la Convención Americana (Art. 8.2). Además, la presunción de inocencia se encuentra consagrada en el artículo 19 n° 3 de la Constitución Política de la República y en el artículo 340 del Código Procesal Penal.

Como señalamos en el capítulo del *Informe 2020*, la Defensoría, luego de los primeros días del estallido, desarrolló instrucciones para satisfacer la alta demanda de defensa, que golpeó de una manera nunca antes vista a todo el sistema de justicia penal, como confirmaron varios entrevistados para ese capítulo.<sup>10</sup>

Si bien en un comienzo el número de detenciones fue alta, más de 23.000 según las cifras recopiladas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, al 16 de marzo de 2020 se encontraban en

9 La prisión preventiva se encuentra regulada en los artículos 139 a 153 del Código Procesal Penal.

10 *Informe 2020*, pp. 119-159.

prisión preventiva más de 1.600 personas, mientras que un informe de la Corte Suprema indicaba para el mismo período casi 2.200 personas. A diciembre de 2020, la prensa se refirió a la “guerra de las cifras” acerca de los presos de la revuelta: la senadora Adriana Muñoz se refería a 800 personas, la Corte Suprema a 26 y la Defensoría Penal Pública a 69.<sup>11</sup> En una de las entrevistas realizadas para esta investigación, en septiembre de 2021, un funcionario de la Defensoría precisó que son pocas las personas en prisión preventiva defendidas por esa entidad. La Tabla 4 muestra los datos de las personas que estuvieron sometidas a prisión preventiva asociadas a delitos de interés, defendidas por la Defensoría, cuya medida cautelar fue dictada entre el 7 de octubre y el 9 de diciembre de 2020. Se trataba de 14 personas, de las cuales, hasta el 13 de agosto de 2020, seis de ellas se mantenían con prisión preventiva. Es decir, personas que fueron detenidas e imputadas por hechos relacionados con la conmemoración del primer aniversario del estallido.

Durante el año 2020, 262 personas quedaron con una medida cautelar de prisión preventiva en los parámetros de delitos de interés, la mayoría de ellas desde julio a diciembre de 2020, periodo dentro del cual se encuentra el aniversario del estallido social. Las cifras de la Defensoría indican que, de esas 262 personas, 35 se mantenían con prisión preventiva al 31 de agosto de 2021.

<b>Decreto medida cau- telar vigente</b>	<b>2019 07-17 oct</b>	<b>2019 18 oct- 31 dic</b>	<b>2020 01 ene- 31 mar</b>	<b>2020 01 abr-30 jun</b>	<b>2020 01 jul-09 dic</b>	<b>Total 07 oct 2019 a 09 dic 2020</b>
2019	4	10	0	0	0	14
2020	0	4	28	74	156	262
2021	1	5	8	23	35	72
Total	5	19	36	97	191	348

Fuente: Datos proporcionados por la Defensoría Penal Pública.

11 El Mostrador.cl: “Guerra de cifras por el proyecto de indulto a los presos de la revuelta: Defensor Nacional discrepa de presidenta del Senado y asegura que son solo 69 y no 800”, 18 de diciembre de 2020.

Como puede advertirse, el número de imputadas/os con medidas cautelares de prisión preventiva defendidas/os por la Defensoría decrecen en el tiempo, y los números que aumentan son aquellos entre julio y diciembre de 2020, período dentro del cual nos encontramos con el aniversario del estallido.

Jaime Fuentes, abogado de la Agrupación de Familiares de Presos Políticos de Santiago 1, realizó una presentación al Senado a propósito del proyecto de indulto, y señaló que distintas organizaciones sociales de apoyo a los privados de libertad elaboraron un catastro, registro donde se concluyó que, alrededor de 200 hombres y mujeres estarían en prisión preventiva. Cinco mil personas habrían sido formalizadas por diversos ilícitos y pasaron, al menos, cinco meses con tal medida cautelar, sin pruebas contundentes siendo, incluso, posteriormente absueltas.<sup>12</sup> Estos datos proporcionarían información sobre imputados defendidos por defensa privada.

Más que ante información correcta o incorrecta, estaríamos ante una dispersión de datos, provenientes de distintas fuentes y recopilados con distintas metodologías. Los proporcionados por Defensoría, sin duda, son fiables, ya que la entidad cuenta con sistemas informáticos y de control. En consecuencia, la incertidumbre respecto a los datos se mantendrá.

## **2.2. La prisión preventiva como pena anticipada**

Hay un cierto consenso entre los jueces de garantía entrevistados, en cuanto a que no existen criterios comunes entre ellos respecto a la dictación de la prisión preventiva. Sin embargo, los entrevistados coinciden, de manera transversal, en que esta medida cautelar se ordena, en general, en delitos más graves, y, especialmente, en el caso de personas con muchos antecedentes penales previos.<sup>13</sup> Esta percepción se condice con los datos proporcionados por la Defensoría, e incluso con la información entregada, sobre este punto, por el abogado Carlos Margotta, de la Comisión Chilena de Derechos Humanos, en su presentación ante el Senado: “La Defensoría Penal Pública, informó que entre el 15 y el 31 de octubre de 2019, hubo 936 audiencias de control de detención por ilícitos asociados al estallido social y que en 157 casos se decretó la prisión preventiva contra civiles, la mayoría de las veces con el solo mérito de la declaración policial, lo que equivale a un 16.8% del total”.<sup>14</sup> Es decir, por los datos entregados por Margotta, el número de audiencias es ínfimo en comparación con el número de

12 Exposición ante la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía del Senado, 22 de diciembre de 2020.

13 JG 1; JG 3; JG 5, JG 6.

14 Exposición ante la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía del Senado, 22 de diciembre de 2020.

personas imputadas en ese período, y el porcentaje de audiencias no es particularmente alto considerando que no hubo una alza importante de medidas de prisión preventiva.

Así, la frecuencia en el uso de prisión preventiva se comportó, según los entrevistados, “en la media”, es decir, lo que se dictaba en promedio. Dos jueces se refirieron a que se dictó prisión preventiva más frecuentemente en contra de funcionarios de Carabineros y hubo otro que señaló haber ordenado la prisión preventiva contra civiles que agredieron a manifestantes, en ese primer período. En todos esos casos, la gravedad del delito y la existencia de importantes antecedentes penales fueron los criterios para ordenar la prisión. En las situaciones de “turbazos” o “saqueos” a supermercados, las personas imputadas, vecinos de los lugares donde ocurrieron los hechos, quedaron con otras medidas cautelares distintas a la prisión preventiva, salvo que hubiesen existido antecedentes de que fueran integrantes de bandas o se hubiese imputado porte de armas.<sup>15</sup>

La mayoría de los jueces entrevistados coincidió en no haber observado un alza del porcentaje de causas en las que se ordenó la aplicación de la prisión preventiva durante los días y semanas del estallido. Uno de ellos señaló que el uso de la prisión preventiva estuvo en la “media”, y otro que “no fue particularmente distinta a lo que ya había”.<sup>16</sup> Así, los delitos de daños o desórdenes eran ya parte del repertorio de dictación de medidas cautelares de menor intensidad. Para algunos, con el estallido social lo excepcional fue la masividad de casos que fueron ingresados al sistema en su conjunto. Con todo, uno de los entrevistados se refirió al uso más intensivo de la cautelar de prisión preventiva.

Los y las entrevistados/as identificaron un factor central que incidió en el uso excesivo de la prisión preventiva para algunos de los casos, a saber: el marco legal que introdujo cambios a raíz de la agenda corta antidelincuencia y, ciertamente, lo mecánica que ha resultado la interpretación de los criterios para su aplicación (artículo 140 del

15 JG 1 y JG 6.

16 JG 2, JG 4.



Código Procesal Penal).<sup>17</sup> Así, el uso de la prisión preventiva, a juicio de los entrevistados, no es ilegal sino abusivo, coadyuvado por los marcos penales existentes.<sup>18</sup> Como veremos el derecho internacional de los derechos humanos impone ciertos límites sobre un uso racional de la misma.

De esta manera, el uso de la prisión preventiva es un problema desde antes del estallido,<sup>19</sup> pero, como señala una entrevistada, solo a partir de la situación de los presos de la revuelta el mundo político ha tomado conciencia de ello.<sup>20</sup>

17 Artículo 140.- Requisitos para ordenar la prisión preventiva. Una vez formalizada la investigación, el tribunal, a petición del Ministerio Público o del querellante, podrá decretar la prisión preventiva del imputado siempre que el solicitante acredite que se cumplen los siguientes requisitos:

- a) Que existen antecedentes que justifiquen la existencia del delito que se investigare;
- b) Que existen antecedentes que permitieren presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor, y
- c) Que existen antecedentes calificados que permitieren al tribunal considerar que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación, o que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido, o que existe peligro de que el imputado se dé a la fuga, conforme a las disposiciones de los incisos siguientes.

Se entenderá especialmente que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de la investigación cuando existiere sospecha grave y fundada de que el imputado pudiere obstaculizar la investigación mediante la destrucción, modificación, ocultación o falsificación de elementos de prueba; o cuando pudiere inducir a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.

Para estimar si la libertad del imputado resulta o no peligrosa para la seguridad de la sociedad, el tribunal deberá considerar especialmente alguna de las siguientes circunstancias: la gravedad de la pena asignada al delito; el número de delitos que se le imputare y el carácter de los mismos; la existencia de procesos pendientes, y el hecho de haber actuado en grupo o pandilla.

Se entenderá especialmente que la libertad del imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad, cuando los delitos imputados tengan asignada pena de crimen en la ley que los consagra; cuando el imputado hubiere sido condenado con anterioridad por delito al que la ley señale igual o mayor pena, sea que la hubiere cumplido efectivamente o no; cuando se encontrare sujeto a alguna medida cautelar personal como orden de detención judicial pendiente u otras, en libertad condicional o gozando de alguno de los beneficios alternativos a la ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad contemplados en la ley.

Se entenderá que la seguridad del ofendido se encuentra en peligro por la libertad del imputado cuando existieren antecedentes calificados que permitieren presumir que éste realizará atentados en contra de aquél, o en contra de su familia o de sus bienes.

Para efectos del inciso cuarto, sólo se considerarán aquellas órdenes de detención pendientes que se hayan emitido para concurrir ante un tribunal, en calidad de imputado.

18 JG 6, JG 4.

19 Al respecto, la CIDH sobre el uso de la prisión preventiva en Chile ha señalado que: "Si bien tiene comparativamente uno de los porcentajes más bajos de personas en prisión preventiva (aproximadamente un 25%), presenta índice significativamente alto de personas privadas de libertad, con 305 reclusos por cada 100,000 habitantes". Ver: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 46/13, 2013, párr. 62.

20 JG 6.

La naturalización de la prisión preventiva como medida cautelar solicitada excesivamente está radicada en la política de persecución penal del Ministerio Público, como señaló un entrevistado de la Defensoría. Al respecto, un juez entrevistado indicó que la prisión preventiva era un problema sistémico de índole político-criminal.<sup>21</sup> Esa crítica igualmente aparece en el Informe Anual del Comité para la Prevención de la Tortura, refiriéndose a la solicitud de prisión preventiva durante la pandemia en casos de infracción al artículo 318 sobre medidas sanitarias, en un escenario de prisiones con gran hacinamiento y altas probabilidades de mayor contagio de la Covid-19.<sup>22</sup>

Un entrevistado es enfático en señalar que se dictan o se revierten decisiones relativas a prisión preventiva “porque la gente lo pide”,<sup>23</sup> o por la presión de los medios de comunicación en casos especiales, siendo las Cortes más rígidas y expuestas a la presión de diversos sectores;<sup>24</sup> “cuando damos pocas, nos revierten”, señala.<sup>25</sup> Algunas personas entrevistadas señalaron que cuando hay especial atención de los medios de comunicación a ciertos casos, los jueces se ven afectados –ya sea que lo expresen o que lo piensen y no lo digan–. Igual cosa ocurre a nivel de Cortes de Apelaciones que suelen ser más rígidas en su concesión o –como señaló un entrevistado– su criterio es más político. Un entrevistado ejemplifica lo anterior con un caso muy mediático en que el juez modificó la cautelar y dejó en libertad a imputados –supuestos miembros de “la primera línea”– por peligro de contagio de la Covid-19 en las cárceles. En esos casos fue el Ministerio del Interior y no el Ministerio Público el ente estatal que había solicitado la cautelar de prisión preventiva.<sup>26</sup>

Un entrevistado calificó como “una aberración” la situación del profesor de matemáticas que estuvo –en forma definida como abusiva– un largo período en prisión preventiva por el delito de daños, al haber roto un torniquete de una estación del Metro.<sup>27</sup> Otra entrevistada se refirió a este caso como ejemplo de presión mediática, donde, dependiendo de las características de un imputado, se ve condicionado el accionar del Ministerio Público.<sup>28</sup>

Lo que se ha criticado es la utilización de la prisión preventiva como una pena anticipada, tal como lo señalaba el entonces defensor

21 JG 4.

22 Comité para la Prevención contra la Tortura, *Prevención de la tortura y situación de las personas privadas de libertad en Chile*, Primer Informe Anual 2020, Santiago, 2021, p. 58.

23 JG 5.

24 JG 5.

25 JG 6.

26 JG 2. Véase, Meganoticias.cl: “Juez Urrutia cambia cautelar de 13 ‘primera línea’ por riesgo de contagio de coronavirus”, 25 de marzo de 2020.

27 JG 6.

28 JG 2.

nacional, en diciembre de 2020, en relación a los presos de la revuelta que se han visto privados de libertad.<sup>29</sup> La “pena anticipada” a través de la privación de libertad antes de cualquier fallo condenatorio, sería un mensaje al imputado para que “aprenda”; objetivo supuestamente aleccionador que fue reconocido, de manera expresa, en una de las entrevistas.<sup>30</sup> Una entrevistada indica que “hay una idea generalizada que la prisión preventiva le hará bien al imputado para que aprenda; no hay una mirada en que la prisión preventiva sea de *ultima ratio*”, siguiendo las reglas que establece el Código Procesal Penal en el inciso final del artículo 139. En dicho inciso se aclara que “La prisión preventiva procederá cuando las demás medidas cautelares personales fueren estimadas por el juez como insuficientes para asegurar las finalidades del procedimiento, la seguridad del ofendido o de la sociedad”. Así, la prisión preventiva es utilizada como una suerte de adelanto de la pena; un uso que, a juicio de la entrevistada, se da en forma transversal en el mundo judicial, independiente de las miradas políticas personales que los jueces o las juezas puedan tener.

Por su parte, un entrevistado señala que hay un antes y un después de la dictación de la Ley 21.208 (conocida como “ley anti barricada”), pues previo a su entrada en vigencia, el 30 de enero de 2020, la aplicación de la prisión preventiva estaba dentro de lo que podría ser la media.<sup>31</sup> Otra entrevistada acota que pudo constatar más audiencias de control de cautelares y de prisiones preventivas después del primer “aniversario” del estallido social,<sup>32</sup> producto de las modificaciones normativas.

La “ley anti barricada” incorpora ciertos delitos como no excarcelables –en el sentido que no se le aplican los beneficios de la ley 18.216 en los casos del porte y lanzamiento de molotov y en caso del saqueo (449 ter y quáter) impone restricciones al tribunal para determinación de la pena–, lo cual tiene un impacto en el encarcelamiento preventivo.<sup>33</sup> Al respecto, el exdefensor nacional precisó que las modificaciones legales han hecho perder la naturaleza cautelar de la prisión preventiva: “Se han realizado más de 10 modificaciones a esta regulación que han

29 Encancha.cl: “Indulto a presos de la revuelta. Defensor Nacional por presos del estallido social: ‘La prisión preventiva es una pena anticipada’”, 18 de diciembre de 2020.

30 JG 6.

31 JG 2.

32 JG 4.

33 Ley 20.813. Artículo 4º.- Sustitúyese el inciso segundo del artículo 1º de la ley N°18.216 por el siguiente: “No procederá la facultad establecida en el inciso precedente ni la del artículo 33 de esta ley, tratándose de los autores de los delitos consumados previstos en los artículos 141, incisos tercero, cuarto y quinto; 142, 361, 362, 372 bis, 390 y 391 del Código Penal; en los artículos 8º, 9º, 10, 13, 14 y 14 D de la ley N°17.798; o de los delitos o cuasidelitos que se cometan empleando alguna de las armas o elementos mencionados en las letras a), b), c), d) y e) del artículo 2º y en el artículo 3º de la citada ley N°17.798, salvo en los casos en que en la determinación de la pena se hubiere considerado la circunstancia primera establecida en el artículo 11 del mismo Código.”

hecho perder el fundamento cautelar, el fundamento de procedimiento para que una persona, amparada por la presunción de inocencia, (el delito) sea tan grave que mejor –mientras la juzgamos e investigamos– la tengamos presa.”<sup>34</sup>

Estas reformas rigidizan la posibilidad de que los jueces pudieran fallar de una manera distinta respecto de la solicitud de una prisión preventiva, y como señaló un juez entrevistado, “quedó al margen de la vía judicial”.<sup>35</sup> Como indica un juez, los casos donde hay delitos que podrían tener menor punición son problemáticos cuando los imputados son reincidentes, pues no permiten aplicar penas sustitutivas y, por lo mismo, les será aplicable una pena privativa de libertad. Para otro magistrado, también se presentan problemas con la tipicidad de los delitos, por ejemplo, la distinción entre porte y lanzamiento de molotov, en la aplicación o no de las penas sustitutivas.<sup>36</sup> El conflicto que se da, entonces, es de carácter sistémico.

De esta manera, y cuando se combinan estas reformas con la aplicación del artículo 140 del Código Procesal Penal, por ejemplo, en lo que se refiere al peligro de fuga o no comparecencia del imputado, se vuelve casi automática la dictación de la medida cautelar. Aunque al final el Ministerio Público ofrezca aplicar una vía distinta, como es el procedimiento abreviado –cuya consecuencia para el imputado es que en caso de ser condenado puede obtener el cumplimiento de la condena en libertad–, los jueces no pueden adelantarse a lo que podría hacer la Fiscalía. En este sentido el sistema acusatorio tiene deficiencias y debería ofrecer algo de predictibilidad. Los jueces, a juicio de un entrevistado, no conocen los criterios que usa el Ministerio Público para ofrecer un procedimiento simplificado o abreviado, por lo cual no se sabrá con antelación si los imputados quedarán en libertad o no. El entrevistado agrega que “la comunidad legal no trabaja con datos, por lo cual sería interesante evaluar el actuar del Ministerio Público para conocer sus criterios”.<sup>37</sup>

Resulta llamativo que el ministro de Justicia, durante la discusión del proyecto de indulto a los presos del estallido, lo haya rechazado, pero se haya abierto a las reformas en relación a la prisión preventiva. Según el informe evacuado del debate, el ministro “reiteró la necesidad de reformular la medida cautelar, puesto que cerca del 40% de las personas sobre las que pesó la prisión preventiva, luego del respectivo juicio, fue declarado inocente o condenado a penas no privativas de libertad.”<sup>38</sup> Un

34 Encancha.cl: “Indulto a presos de la revuelta. Defensor Nacional por presos del estallido social: ‘La prisión preventiva es una pena anticipada’”, 18 de diciembre de 2020.

35 JG 4.

36 JG 2.

37 JG 4.

38 Exposición ante la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía del Senado, 22 de diciembre de 2020.

caso que ejemplifica lo señalado es el de A.R., quien fue condenado a 200 días por daños simples y 100 días por desórdenes públicos, es decir 300 días, y al momento de dictarse condena se la dio por cumplida, pues había permanecido en prisión preventiva durante un año. Hubo dos querellantes en el caso, la Intendencia y el Banco Estado.<sup>39</sup>

El estándar de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en esta materia, reitera que la prisión preventiva debe tener un carácter excepcional,<sup>40</sup> ser ordenada conforme a criterios de razonabilidad y proporcionalidad y que la privación de libertad debe ser indispensable para el desarrollo del proceso. En el *caso Servellón García y otros versus Honduras*, la Corte señala:

[...] la Convención prohíbe la detención o encarcelamiento por métodos que pueden ser legales, pero que en la práctica resultan irrazonables, o carentes de proporcionalidad. La Corte ha establecido que para que se cumplan los requisitos necesarios para restringir el derecho a la libertad personal, deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad de la persona sometida a un proceso y que la detención sea estrictamente necesaria para asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia. Al ordenarse medidas restrictivas de la libertad es preciso que el Estado fundamente y acredite la existencia, en el caso concreto, de esos requisitos exigidos por la Convención.<sup>41</sup> (El énfasis es nuestro).

En el mismo sentido, se asentó la jurisprudencia de la Corte IDH establecida en el caso recién citado,<sup>42</sup> con la reiteración de los criterios en

39 RIT 38-2020 Tribunal Oral de Punta Arenas, además de la pena impuesta se ordenó su expulsión del país. El Magallánico.cl: "En libertad quedó ciudadano colombiano condenado por daños en el Banco Estado", 2 de noviembre de 2020.

40 La excepcionalidad de la prisión preventiva es uno de los aspectos que la Corte IDH sostuvo, precisamente, en un caso sobre Chile, señalando que: "(...) las medidas cautelares que afectan, entre otras, la libertad personal del procesado tienen un carácter excepcional, ya que se encuentran limitadas por el derecho a la presunción de inocencia y los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática". Al respecto, véase: Corte IDH, *caso Palamara Iribarne versus Chile*, Sentencia de 22 de noviembre de 2005, párr. 197. Por su parte, la CIDH señala que: "En términos prácticos, el principio de excepcionalidad implica que sólo procederá la prisión preventiva cuando sea el único medio que permita asegurar los fines del proceso, porque se pueda demostrar que otras medidas menos lesivas resultarían infructuosas a esos fines. Por eso, siempre se debe procurar su sustitución por una de menor gravedad cuando las circunstancias así lo permitan". Ver: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 46/13, 2013, párr. 142.

41 Corte IDH, *caso Servellón García y otros versus Honduras*, Sentencia de 21 de septiembre de 2006, párr. 90.

42 Corte IDH, *caso Pacheco Teruel y otros versus Honduras*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de abril de 2012, párr. 106.

el caso Norín Catrimán, indicando que la prisión preventiva no puede ser usada teniendo un fin punitivo:

311. La Corte ha precisado también las características que debe tener una medida de detención o prisión preventiva para ajustarse a las disposiciones de la Convención Americana: a) **Es una medida cautelar y no punitiva: debe estar dirigida a lograr fines legítimos y razonablemente relacionados con el proceso penal en curso. No puede convertirse en una pena anticipada ni basarse en fines preventivos-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena.** b) Debe fundarse en elementos probatorios suficientes: Para disponer y mantener medidas como la prisión preventiva deben existir elementos probatorios suficientes que permitan suponer razonablemente que la persona sometida a proceso ha participado en el ilícito que se investiga. Verificar este presupuesto material constituye un primer paso necesario para restringir el derecho a la libertad personal por medio de una medida cautelar, pues si no existiesen mínimamente elementos que permitan vincular a la persona con el hecho punible investigado, tampoco habrá necesidad de asegurar los fines del proceso. Para la Corte, la sospecha tiene que estar fundada en hechos específicos, esto es, no en meras conjeturas o intuiciones abstractas. De allí se deduce que el Estado no debe detener para luego investigar, por el contrario, sólo está autorizado a privar de la libertad a una persona cuando alcance el conocimiento suficiente para poder llevarla a juicio.

[...] c) **La Corte ha puesto de relieve que no debe prolongarse cuando no subsistan las razones que motivaron su adopción. También ha observado que son las autoridades nacionales las encargadas de valorar la pertinencia o no del mantenimiento de las medidas cautelares que emiten conforme a su propio ordenamiento.** Al realizar esta tarea, las autoridades nacionales deben ofrecer los fundamentos suficientes que permitan conocer los motivos por los cuales se mantiene la restricción de la libertad, la cual, para que no se erija en una privación de libertad arbitraria, [...] de acuerdo con el artículo 7.3 de la Convención Americana, debe estar fundada en la necesidad de asegurar que el detenido no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia. La Corte resalta, además, que el juez no tiene que esperar hasta el momento de dictar sentencia absolutoria para que una persona detenida recupere su libertad, sino que debe valorar periódicamente si se mantienen las causas de la medida y la necesidad y la proporcionalidad de ésta, así como si el plazo de la detención ha sobrepasado los límites que imponen la ley y la razón .43 (El énfasis es nuestro).

43 Corte IDH, caso *Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena mapuche) versus Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 29 de mayo de 2014.

Además, la Corte IDH ha establecido que las prisiones preventivas de libertad que se prolongan en el tiempo y que tienen su base en evidencias aparentes de comisiones de delito que tienen que ser corroboradas mediante procedimientos técnicos o científicos sin que las autoridades procedan a efectuar tales verificaciones, son arbitrarias y contrarias al artículo 7.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.<sup>44</sup>

Otro aspecto importante, a tener en consideración para el presente *Informe*, es que la Corte IDH ha señalado que se debe tomar en cuenta el contexto de las medidas cautelares que privan de libertad, para su análisis conforme con la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Esto, en el sentido de verificar si estas se enmarcan en un cuadro general de abuso institucional de poder, ya que, en ese caso, pueden devenir en arbitrarias.<sup>45</sup>

En resumen, normas que a priori establezcan o que por defecto conduzcan a la prisión preventiva, deben ser revisadas, pues serían contrarias a los estándares fijados por el derecho internacional de los derechos humanos. De la misma manera, es esencial el rol de los jueces y las juezas en la revisión periódica de la pertinencia y proporcionalidad de las medidas cautelares impuestas.

### **2.3. El rol de la defensa de las personas imputadas en el marco del estallido social**

Muchas personas imputadas por delitos en el marco de las protestas fueron defendidas por la Defensoría, un servicio público descentralizado funcionalmente, con cobertura nacional, que cuenta con personalidad jurídica y patrimonio propio. La Defensoría tiene una relación de supervisión y de control, pero no una relación de jerarquía con el Ejecutivo.

La defensa penal otorgada por el Estado se realiza a través de un sistema mixto (licitada e institucional), pero que está a cargo de la Defensoría. La Defensoría depende administrativamente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos desde su creación, pero ello no ha coartado el desempeño de un trabajo altamente profesional y técnico para asegurar el derecho a la defensa de toda persona imputada por un delito, sea nacional o extranjera, en condición migratoria, ya sea regular o irregular.<sup>46</sup> La propia institución promueve una autonomía funcional, de tal manera que no exista ningún atisbo de intervención en el desempeño de sus funciones.<sup>47</sup> Aun así, hay limitaciones administrativas, por

44 Corte IDH, *caso Acosta Calderón versus Ecuador*, Sentencia del 24 de junio de 2005, párr. 63.

45 Por ejemplo, en: Corte IDH, *caso Juan Humberto Sánchez versus Honduras*, Sentencia del 7 de junio de 2003, párr. 80.

46 Ver *Informe 2020*, pp. 119-159.

47 Juan Pablo Arellano, Rodrigo Quintana y otros, *Autonomía de la Defensoría Penal Pública*, Defensoría Penal Pública, Centro de Justicia de las Américas y Universidad Alberto Hurtado, Santiago, 2021, p. 14.

ejemplo, el que la Defensoría no pueda denunciar violaciones al sistema interamericano de derechos humanos cuando las ha constatado, como sucedió en el caso Gabriela Blas, donde la investigación evidenció una discriminación interseccional por dos factores: la condición de indígena y los estereotipos de género. Así también la institución, dentro de sus restricciones, está imposibilitada de realizar denuncias relativas a Gendarmería de Chile o al ex Servicio Nacional de Menores (SENAME).<sup>48</sup> Esta dependencia del Ministerio también trajo consigo el que pese a la alta demanda de servicios de defensa durante el estallido social, dicha entidad no pudiera contratar personal adicional.<sup>49</sup>

La independencia de las defensorías penales públicas tiene dos dimensiones: la primera, institucional o de sistema, y la segunda, funcional o del ejercicio individual.<sup>50</sup> La institucional se refiere a que el organismo no tenga dependencia de ninguno de los poderes del Estado, y la segunda, es asegurar la independencia de defensoras y defensores penales para que no se encuentren limitados políticamente por el trabajo que desempeñan. La independencia también debe ser percibida y validada por la ciudadanía, tanto respecto de la administración central del Estado, como del Poder Judicial y del Ministerio Público, de tal manera que no pueda llegar a percibirse que la defensa estará “cooptada por intereses y posturas de las autoridades estatales encargadas de fijar la política criminal en materia de persecución penal”.<sup>51</sup>

Nuestra apreciación es que la independencia de defensores y defensoras en el desempeño de las funciones no se ha visto restringida por ningún gobierno desde su creación, ni tampoco han emanado directrices sobre su rol que vengán impuestas por el Ejecutivo.<sup>52</sup> Sin embargo, por su carácter de institución pública, muchos imputados decidieron rechazar la representación que le ofrecía la Defensoría por desconfiar de su independencia en relación al gobierno. Esto los llevó a recurrir a defensores privados que se han agrupado como defensores de los presos del estallido social. Lo anterior fue ratificado por parte de los defensores entrevistados, en el sentido de que las personas imputadas en el marco del estallido social, han preferido una defensa privada debido a la desconfianza que tendrían de la Defensoría Penal Pública por ser un órgano público que depende administrativamente del Ministerio de Justicia.

48 Entrevista funcionario DPP.

49 Entrevista funcionario DPP.

50 Arellano, Quintana y otros, op. cit. p. 15.

51 Arellano, Quintana y otros, op. cit. p. 22.

52 Escapa al alcance de este trabajo considerar que los indicadores de género pudieran ser una imposición de la administración central, sino más bien el cumplimiento de ciertos estándares que deben estar presentes en toda la administración pública, incluyendo todos los organismos autónomos y poderes del Estado.



Este es, como mostraremos, un dato importante a la hora de especificar la responsabilidad del Estado frente al derecho a una defensa de calidad, técnica e idónea. Esta garantía se encuentra establecida tanto en nuestro marco constitucional –art. 19 N° 3 de la Constitución Política de la República–, como en los artículos 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>53</sup> y el artículo 14.3 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, refrendada por la Observación General N° 32 del Comité de Derechos Humanos, obligación que se proyecta no sólo a casos penales sino al acceso a una asistencia letrada en asuntos civiles.<sup>54</sup>

Así, los datos y las miradas acerca de quiénes son las personas afectadas hasta la fecha por la prisión preventiva también deben analizarse desde el punto de vista de la defensa, especialmente por la responsabilidad que el Estado pueda tener en ello. Las personas imputadas de un delito pueden elegir libremente quién los represente en cualquier procedimiento, sea judicial o administrativo, aunque es importante considerar que el Estado tiene la obligación de proveer asesoría y representación judicial de calidad. En este sentido, casi todos los entrevistados coinciden en que la defensa pública es de óptima calidad: los defensores conocen el derecho, la dogmática, deben cumplir metas, observar estándares y están sometidos a evaluaciones. Ello marcaría una diferencia con la defensa privada.

Un entrevistado, refiriéndose a la defensa privada en general, menciona la “defensa penal VIP” que está, a su juicio, al mismo nivel que la que provee la Defensoría,<sup>55</sup> y la otra defensa privada, en que se encontrarían las defensas del estallido. En el mismo sentido, uno de los jueces entrevistados se refiere a la defensa que busca un rápido

53 Convención Americana sobre Derechos Humanos, Artículo 8.2: Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por un traductor o intérprete, sino comprende o no habla el idioma del juzgador o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada; c) concesión al inculpado del tiempo y medio adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

54 Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 32 Artículo 14, El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia, CCPR/C/GC/32 23 de agosto de 2007, párr.10.

55 JG 1 y JG 4.

acuerdo con el Ministerio Público, y otra que está “más comprometida con la causa”.<sup>56</sup>

En ese orden de cosas, entre las preguntas formuladas a las juezas y los jueces entrevistados, se les pidió una evaluación de las defensas. La mayoría de los entrevistados coincide en que las defensas privadas son deficitarias, señalando que usan argumentos repetidos en uno u otro caso sin distinguir las especificidades de la situación en concreto; refutan las imputaciones a partir de una sola línea, es decir, que todo correspondería a un montaje de la policía y que habría manipulación de la evidencia. Un entrevistado se refirió a esta línea como una “defensa frontal”, es decir, cuestiona los antecedentes, la veracidad de la declaración de los policías y de los peritajes –producto de la represión a la protesta social– y es menos proclive a acuerdos con el Ministerio Público y a alcanzar una suspensión condicional del procedimiento.<sup>57</sup> Esto llevará a una visión distinta del conflicto penal en que el indulto sería una salida política. El mismo entrevistado agrega que si las normas no permiten excarcelación, este tipo de defensa será una vía válida y no descartable, “por algo hay un proyecto de ley de indulto”. En este sentido, otro entrevistado coincide en que esa defensa abona la creación de un discurso público que apruebe una ley de indulto.<sup>58</sup>

En general, las juezas y los jueces entrevistadas/os caracterizan la defensa predominante que realizan los defensores privados como política-ideológica más que penal, porque a pesar de disponer de argumentos jurídicos para controvertir la evidencia, no lo hacen, perdiendo, así, una oportunidad de defensa, al seguir un solo patrón de alegato.<sup>59</sup> Un entrevistado en su diagnóstico señala que algunas alegaciones “dan pena y rabia”; pena por el desconocimiento del derecho penal, del derecho procesal penal y de los estándares necesarios; y rabia porque desprotegen a los imputados. Se pregunta, en consecuencia, si los imputados están conscientes de las limitaciones de esa línea de defensa y de las alternativas existentes en ese plano. Indica que esos/as defensores/as no hablan en lenguaje penal o procesal penal, y que eso genera algo más que malestar en los jueces.<sup>60</sup>

Como señaló un magistrado hay alegatos “tipo” que no diferencian entre casos y todos comienzan igual, con la idea del montaje, posibilidad que no debe ser descartada, pero hay que revisar las particularidades

56 JG 2.

57 JG 2.

58 JG 6.

59 JG 5.

60 JG 1.

de cada caso.<sup>61</sup> Otro miembro de la judicatura añade que esos defensores, en ocasiones, utilizan argumentos que fueron buenos en un caso y los proyectan a otros, olvidando que, en la práctica, los hechos y las situaciones son distintas.<sup>62</sup> Otro juez de la jurisdicción de la Región Metropolitana, se refiere a un discurso político presente en algunos defensores, que intenta establecer una relación entre la dictadura militar y el estallido social y suele terminar con un llamado a los jueces a cumplir con sus obligaciones internacionales.<sup>63</sup>

Sobre la posibilidad de que se hayan producido montajes, efectivamente, según nos señaló una defensora penal pública de la V Región, no es algo descartable. Ella tuvo a su cargo el caso de un hombre que fue detenido por supuestos desórdenes públicos, pero, al parecer, solo estaba bebiendo “su latita de cerveza” en una esquina. El imputado relató cómo lo detuvieron violentamente, lo golpearon y arrastraron por el medio de la calle, humillándolo públicamente, por lo que se hizo una denuncia por apremios ilegítimos. El carabinero que declaró en el juicio dijo que a él “le habían sacado la firma” y que, en realidad, nunca vio lo relatado en el parte policial ni en su declaración, ya que quien redactó el escrito fue un superior a cargo del procedimiento, que posteriormente fue dado de baja, al parecer, por causas relativas al estallido y por cohecho.

Así, las juezas y los jueces entrevistados consideran que las estrategias de litigio de las defensas privadas, sin darse cuenta, dilatan los procesos y, por ende, mantienen por más tiempo la prisión preventiva, al solicitar, por ejemplo, peritajes inconducentes,<sup>64</sup> o bien dejando de hacer lo que deberían, como pedir el cierre de la investigación.<sup>65</sup> Otro añade que “ni siquiera” hacen una argumentación sobre el arraigo del

61 JG 2. En este sentido, la presentación del abogado Carlos Margotta en el Senado, señala este mismo argumento refiriéndose al caso Catrillanca y la Operación Huracán: “se refirió al fallecimiento de Camilo Catrillanca por un disparo efectuado por el Carabinero Carlos Alarcón, del llamado “Comando Jungla” en la comuna de Ercilla. Comentó que entre los responsables se encuentran ex funcionarios de Carabineros de Chile, incluido un abogado, que redactó la primera declaración falsa de los funcionarios policiales. Asimismo, apuntó que la “Operación Huracán”, sería otra demostración de los montajes probatorios de la mencionada institución policial para inculpar a personas, en este caso, a comuneros mapuches.

Por otra parte, recordó el caso de Daniel Morales y su sobrino Benjamín, que estuvieron 11 meses en prisión preventiva acusados del delito de incendio de la Estación del Metro Pedreros y que, finalmente, fueron absueltos luego de, según sus dichos, comprobarse la falsedad de las pruebas.” En efecto, en este caso hubo un largo tiempo de prisión preventiva para dos imputados, un tío y su sobrino adolescente, el primero resultó absuelto y el adolescente condenado en el segundo juicio oral. *Latercera.com*: “Fiscalía obtiene primera condena por incendio a estación de Metro tras estallido social”, 12 de mayo de 2021.

62 JG 3.

63 JG 1 y JG 6.

64 JG 5.

65 JG 1.

imputado, no lo presentan ante el tribunal en relación a los lazos que tiene en su comunidad, si trabaja o estudia, por ejemplo. Es decir, a juicio de este entrevistado, estos defensores no realizan bien su labor. El mismo juez agrega que, en forma abierta, en ocasiones, amenazan con twittear la decisión del tribunal,<sup>66</sup> lo cual no solo no es una buena defensa, sino que representa una presión indebida al tribunal.

Además, las juezas y los jueces entrevistados constatan que una de las inconsistencias más evidentes de los defensores privados en las alegaciones sobre la prisión preventiva, consiste en solicitar que se respete la presunción de inocencia respecto de civiles, pero no aceptar su aplicación cuando se trata de uniformados.

A juicio de una entrevistada del Poder Judicial, cuando la defensa es más política que técnica, se pone en juego la calidad de la misma, cuestión que puede ser incompatible con los intereses de la justicia, en el sentido de que raya en la falta de ética si se está instrumentalizando al defendido para favorecer los fines políticos del abogado.<sup>67</sup> Otro juez entrevistado no concuerda con la idea de la instrumentalización de ciertas causas y percibe que, en algunos casos, donde la evidencia es más nítida en cuanto a la participación del imputado en el delito que se le atribuye, tanto el cliente como el abogado defensor deciden una línea de defensa en conjunto, que abone un discurso tendiente al indulto.<sup>68</sup>

Por su parte, los defensores y las defensoras privados/as entrevistados/as, coinciden en que las y los imputadas/os del estallido social han tomado la decisión de tener defensa privada por la desconfianza política que les provoca la Defensoría Penal Pública. Sin embargo, en general las y los defensores/as entrevistados/as concuerdan en calificar como óptima en términos técnicos la defensa que realiza la Defensoría Penal Pública, aunque uno de los entrevistados la critica por ser poco personalizada y carecer de un enfoque de derechos humanos.<sup>69</sup> Además, las y los defensores/as privados/as entrevistados/as concuerdan en que durante los primeros meses del estallido la Defensoría Penal Pública se vio sobrepasada y que, en ese lapso de tiempo, recibió colaboración por parte de las y los defensores/as privados/as.

Sobre la percepción que tienen jueces y juezas del sistema penal respecto al rol y calidad de las defensas privadas, consultamos a las y los defensoras/es privadas/os sobre el tema. En ese sentido, una defensora dijo conocer la crítica, pero no compartirla. Agregó, como ejemplo de preocupación por la calidad de la defensa que, a solicitud de los presos

66 JG 5.

67 JG 3, JG 2.

68 JG 6.

69 Entrevista defensor privado 2.

del estallido, en la Defensoría Jurídica de la Universidad de Chile crearon, recientemente, una instancia donde los imputados pueden enviar las carpetas de sus casos para que sean evaluados y se sugieran estrategias para sus respectivas defensas.<sup>70</sup>

A pesar de las deficiencias y problemas señalados con anterioridad, las y los defensoras/es entrevistadas/os señalan que la concesión y prolongación de la prisión preventiva como medida cautelar más que con la calidad de la defensa, dice relación con problemas estructurales, dogmáticos (exceso de formalismo de los jueces, entre otros) y, principalmente, con el rol que ha jugado el Ministerio Público. Además, las y los entrevistadas/os apuntan a que el Ministerio del Interior y las Intendencias, en las querellas por Ley de Seguridad Interior del Estado, presionan para que el Ministerio Público impute delitos graves a los acusados, a pesar de que los hechos no permitan, necesariamente, sustentar tales imputaciones.

En razón de lo anterior, es importante considerar que el Comité de Derechos Humanos, en su Recomendación General N° 32, artículo 14, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece la obligación de un juicio imparcial y expedito. Las dilaciones indebidas pueden producirse por falta de recursos y no por la complejidad del caso o el comportamiento de las partes, y los Estados tienen la obligación de asignar recursos suficientes.<sup>71</sup> El deber es juzgar en forma expedita a las personas a fin de reducir la prisión preventiva: “En los casos en que el tribunal niegue a los acusados la libertad bajo fianza, éstos deben ser juzgados lo más rápidamente posible. Esta garantía se refiere no sólo al intervalo de tiempo entre la acusación formal y el momento en que debe comenzar un proceso, sino también al tiempo que media hasta el fallo definitivo en apelación. Todas las fases del proceso deben celebrarse “sin dilaciones indebidas”, tanto en primera instancia como en apelación.”<sup>72</sup>

La pandemia afectó y ralentizó la programación de audiencias, como es de conocimiento público. Sin embargo, hay otros factores, como las estrategias de litigio, que también pueden prolongar los procesos. En lo que respecta a juicios penales, pueden advertirse retardos en los procedimientos, ya sea por la extensión de plazos de investigación solicitados por la defensa como, también, por la calidad de la misma. En este sentido, la Observación General 32, artículo 14, puntualiza que: “El Estado parte no debe ser considerado responsable de la conducta de un abogado defensor, salvo que haya sido,

70 Entrevista abogada representante de víctimas del estallido.

71 Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 32, Artículo 14: El Derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia, 2007, CCPR/C/GC/32, 23 de agosto de 2007, párr. 27.

72 *Ibid.* párr. 35.

o debiera haber sido, manifiestamente evidente para el juez que el comportamiento del abogado era incompatible con los intereses de la justicia”.<sup>73</sup>

En concreto, no es posible conocer a cabalidad el impacto que ha tenido el uso de la prisión preventiva y evaluar otros factores que pueden intervenir, como es la calidad de la defensa, para mantener la privación de libertad. Al no contar con datos, tampoco es posible analizar las decisiones legislativas y de política pública que se han propuesto al respecto, entre otras, el proyecto de ley de indulto.

Para determinar si se están vulnerando normas internacionales con el excesivo otorgamiento de la prisión preventiva y su dilatada prolongación, es necesario considerar los distintos factores que están en juego, a saber: un marco regulatorio que propicia o, que derechamente, rigidiza la aplicación de la prisión preventiva; las dinámicas de los y las litigantes y la calidad de sus actuaciones; la labor del Ministerio Público y sus decisiones de política-criminal, y el cómo los jueces –y bajo qué criterios– conceden la prisión preventiva. Es evidente, que en los distintos contextos hay múltiples factores que interactúan en el uso de la prisión preventiva y que deben atenderse.

Un imputado no adquiere, necesariamente, la condición de preso político por el hecho de que se acrediten violaciones a su debido proceso, o que haya permanecido un largo período en prisión preventiva. Tampoco se puede sostener que cada una de las personas imputadas en el marco del estallido lo es por la violación al derecho a la protesta pacífica; derecho que está protegido por el derecho internacional de los derechos humanos. La violencia ocurrida, en algunos casos, tiene en su base una crítica al sistema y una motivación política. Lo anterior no implica que las personas detenidas en el contexto del estallido social, lo estén por sus convicciones políticas, sino por las acciones que ejecutaron y que pueden ser constitutivas de delitos.

La administración de justicia tiene múltiples desafíos. Por un lado, debe responder a la legítima preocupación por la seguridad de parte de la ciudadanía y de que exista una sanción a la violencia en distintos contextos, no solo el del estallido. Por otro lado, la administración tiene el deber de asegurar que respecto a cualquier persona imputada por un hecho se cumplan todas las garantías de un debido proceso, incluida la presunción de inocencia, y el derecho de la persona a ser juzgada en un tiempo razonable, especialmente si se encuentra privada de libertad.

73 *Ibíd.* párr. 32.

### 3. PROYECTO DE INDULTO

Un grupo de senadores presentó un proyecto de indulto general por razones humanitarias, en diciembre de 2020.<sup>74</sup> El proyecto establece un indulto para una amplia gama de delitos, siempre que se hayan cometido entre el 7 de octubre de 2019 y el 9 de diciembre de 2020, y que las personas involucradas se encuentren imputadas o condenadas, sean adultas o tratadas bajo la ley de responsabilidad penal adolescente. Quedan excluidos de esta iniciativa los agentes del Estado que hayan cometido delitos durante ese período.

Los delitos que comprende la iniciativa son los siguientes: los que se alzaren a mano armada contra Gobierno legalmente constituido o la promulgación de leyes,<sup>75</sup> los atentados contra la autoridad,<sup>76</sup> los que con violencia o intimidación retuvieran un vehículo de transporte público,<sup>77</sup> la colocación de barricadas,<sup>78</sup> desórdenes públicos,<sup>79</sup> el homicidio frustrado,<sup>80</sup> el delito de incendios, de la tenencia de bombas explosivas o para incendiar,<sup>81</sup> de daños,<sup>82</sup> desorden público y daños en bienes públicos o particulares,<sup>83</sup> falta de obediencia debida,<sup>84</sup> y los que queden comprendidos en las figuras del saqueo<sup>85</sup> y el inciso final del 450 del Código Penal relativo al robo con fuerza en las cosas. Además, se incorporan los delitos de la Ley N° 17.798, Sobre Control de Armas, el delito de maltrato de obra a carabineros,<sup>86</sup> los delitos de lesiones a carabineros<sup>87</sup> y amenazas a carabineros, 417<sup>88</sup> así como los delitos tipificados en la Ley N° 12.927 sobre seguridad del Estado.

El proyecto incorpora una norma expresa respecto de aquellas personas que estuvieran bajo prisión preventiva o restrictiva de libertad, quienes pueden solicitar la revisión de las medidas cautelares invocando la concurrencia de que se les imputa por algunos de los delitos comprendidos en la ley, las que serán revocadas en cada caso, hasta que el juez de la causa resuelva sobre la solicitud. Respecto de los condenados,

74 Senado, Boletín 13941-17, Proyecto de ley que concede indulto general por razones humanitarias a las personas que indica por los delitos que señala, 9 de diciembre de 2020.

75 Artículos 121 y 126 Código Penal.

76 Artículo 261 y artículo 262 del Código Penal.

77 Artículo 268 sexies Código Penal.

78 Artículo 268 septies Código Penal.

79 Artículo 269 Código Penal.

80 Artículo 391 Código Penal.

81 Delitos del artículo 474 al 481 del Código Penal.

82 Artículos 484, numerales 1, 6, 7 y 8 del artículo 485, 486 y 487.

83 Numerales 1, 4 y 21 del artículo 495 Código Penal.

84 Numerales 1 y 5 del artículo 496 del Código Penal.

85 Artículo 449 quáter del Código Penal.

86 Artículos 416 bis.

87 Artículo 416 ter del Código Penal.

88 Artículo 417 del Código de Justicia Militar.

el tribunal que conoció la causa determinará si la persona se encuentra en la hipótesis establecida por la ley y cuando ello concorra se determinará que no están afectos a condena alguna.

Respecto a la prisión preventiva, los autores del proyecto señalan que “En lo que atañe a la vulneración de garantías procesales de las personas detenidas, indica que los organismos regionales de derechos humanos, y en especial la Relatoría de Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, han alertado sobre la manipulación del poder punitivo con fines de criminalización de la protesta social, caracterizado entre otros por la acusación a manifestantes de delitos como daños al patrimonio, coacción, o amenazas, adaptando, en ocasiones, las figuras delictivas para que se puedan aplicar a los actos de manifestantes que se desean penalizar y así poder justificar su detención y la aplicación de la prisión preventiva.”<sup>89</sup>

Agregan que Amnistía Internacional “manifestó, a través de una misiva dirigida al Gobierno del señor Sebastián Piñera, que “[...] su llamado a las autoridades chilenas a liberar de forma inmediata e incondicional a todas aquellas personas detenidas únicamente por el ejercicio de su derecho a la reunión pacífica, y a considerar otras medidas alternativas a la prisión para aquellas personas en prisión preventiva o que corren riesgos ante la pandemia del COVID-19”.<sup>90</sup>

En el Senado, el subsecretario de Justicia, Sebastián Valenzuela, señaló que, de acogerse la ley, no habría un indulto automático, pues un tribunal deberá determinar que las personas imputadas o condenadas lo son por los delitos que allí se establecen, por actos cometidos en el período definido y que hayan sido realizados en el contexto de manifestaciones sociales.<sup>91</sup> Sostiene, además, que habría 14 mil individuos que están bajo prisión preventiva, quienes podrían solicitar la solicitud de revocación de las medidas cautelares. Señala lo anterior, considerando el número de personas imputadas por los delitos señalados en el proyecto de ley, pero, como muestran los datos de la Defensoría, son personas imputadas por “delitos de interés”, aunque algunos de ellos nada tienen que ver con el estallido.

Esta propuesta es, efectivamente, una respuesta política a la situación de las personas que han sido condenadas o que estén siendo investigadas por delitos del estallido social. Como señaló el abogado Margotta, es cierto que ha existido un uso desigual de la prisión preventiva entre los presos del estallido versus agentes del Estado, si se comparan las cifras de los manifestantes imputados con las investigaciones por

89 Senado, Boletín 13941-17, Proyecto de ley que concede indulto general por razones humanitarias a las personas que indica por los delitos que señala, 9 de diciembre de 2020.

90 *Ibid.*

91 Comisión del Senado, 22 de diciembre de 2020.



violaciones a los derechos humanos cometidas por parte de las policías, cuyos integrantes han sido sometidos en menor número a esa medida precautoria.<sup>92</sup>

Sin embargo, en relación a este proyecto, confluyen varias reflexiones propias de una comunidad democrática, bajo los estándares internacionales en materia de derechos humanos. En primer lugar, hay que considerar que el estándar relativo a la protesta social, en que se fundamenta el proyecto, dice relación con la manifestación pacífica tal como se enuncia en el artículo 15 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 21 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Y en este aspecto es preciso reconocer que no todas las manifestaciones producidas fueron, efectivamente, pacíficas.

En segundo lugar, en el contexto de la crisis social y política que vivimos, podemos entender o explicar la violencia, y debemos reconocer que el estallido nos condujo a un nuevo momento político: la firma del Pacto por la Paz Social y la Nueva Constitución. Pese a las críticas, se produjo una salida institucional al estallido social, con la firma del Pacto, el 15 de noviembre de 2019, que permitió iniciar el proceso constituyente, hoy en curso. Las semanas que le siguieron fueron álgidas, pero luego se inició un itinerario político que daba cuenta de una nueva senda. Este camino, recordemos, fue rechazado por algunos sectores –que reniegan de la negociación política, llaman a la acción directa y legitiman ciertas formas de violencia contra el sistema–, los cuales llamaron a no votar o bien a problematizar el voto en el plebiscito.<sup>93</sup> Con todo, a partir de las restricciones sanitarias de marzo de 2020 se produjo una reducción importante de las manifestaciones públicas y también de los hechos de violencia que, en ocasiones, se producían en el contexto de las protestas.

Es necesario recordar, a propósito de lo señalado, que la protesta es, efectivamente, un derecho humano garantizado en los tratados de derechos humanos. No obstante, como todo derecho, su ejercicio tiene restricciones, entre las que se incluye la de no ejercer violencia contra agentes estatales ni contra particulares, así como no dañar las instalaciones públicas ni la propiedad de terceros. Por ello, la figura del indulto debe evaluarse con cautela, pues el país vive importantes grados de violencia que se han naturalizado, y que, por lo mismo, se replicaron al cumplirse un año del estallido social, y se han mantenido en menor medida hasta el cierre de este *Informe*, especialmente los días viernes en que se protesta en la denominada, a partir del 18 de octubre de 2019, Plaza Dignidad.

92 *Ibíd.*

93 Pelao Carvallo, “La influencia anarquista en constituyente en Chile. Análisis con ojos ácratas”, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, CLACSO, 2021.

No es posible livianamente señalar que toda manifestación que expresa una crítica al sistema político y económico a través de acciones violentas sea protegida por el derecho a la protesta, pues entonces el derecho también abdica. Los indultos y las amnistías responden a situaciones de crisis políticas-institucionales que buscan recomponer la paz social quebrantada por profundos conflictos sociales. Así el indulto es utilizado en procesos de paz o justicia transicional, pero, incluso en contextos de guerra interna, el derecho internacional humanitario impone limitantes que dejan fuera del acuerdo ciertos delitos.<sup>94</sup>

En el caso del estallido social chileno, es de vital importancia, desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos, resolver con la mayor celeridad posible todos los procesos que se encuentran en curso para determinar la inocencia o la culpabilidad de aquellas personas que están imputadas, especialmente quienes están sometidas a prisión preventiva. Así, se remedia y previene una violación al debido proceso. Asimismo, es fundamental que las instituciones públicas (Defensoría Penal Pública, Ministerio Público, Poder Judicial y el INDH) precisen la información disponible sobre la cantidad de personas imputadas a raíz del estallido social, su situación procesal y las características particulares del caso. Solo con información precisa, veraz y completa se podrá evaluar adecuadamente cada caso y la procedencia o no de un indulto o amnistía como forma para recomponer la paz social. Sin embargo, un indulto no puede utilizarse de una manera en que se avalen delitos graves tales como los incendios que, incluso en el contexto de protestas, han tenido como resultado personas muertas o gravemente heridas. Si se aprobara una regulación amplia y sin análisis específicos, se vulneraría el deber de protección que tiene el Estado en materia de derechos humanos.

#### 4. CONCLUSIONES

El principio de inocencia es uno de los pilares centrales que sustenta a un Estado democrático y de derecho. Por este motivo, debe ser el punto de partida para cualquier análisis sobre los derechos y el tratamiento que se les ha otorgado, por parte de los operadores del sistema penal, a las personas que se encuentran en prisión preventiva. Lo anterior, cobra mayor relevancia en contextos de protesta social y, en particular, en nuestro caso, a partir del estallido social originado en octubre de 2019. En ese sentido, en el presente capítulo hemos podido evidenciar un

94 Por ejemplo, cuando las acciones de guerra se ejercen contra la población civil o la para destruir ciertos bienes como lo sería el patrimonio cultural o las iglesias, Fernando Travesí y Henry Rivera, "Delito político, amnistías e indultos. Alcances y desafíos", *ICTJ, Justicia, Verdad Dignidad*, 2016, p. 3.

conjunto significativo de vulneraciones a los derechos humanos de las personas que se encuentran privadas de libertad, por la utilización desproporcionada de la prisión preventiva como medida cautelar fundada en criterios normativos que rigidizan la labor de los jueces y juezas.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como señala el profesor Cassel, también busca la protección del Estado de derecho, “en que las normas, los procesos y las instituciones del Derecho Procesal Penal sirven tanto para promover la investigación y sanción eficiente del delito, como para proteger al individuo que se encuentra bajo sospecha o acusación de delincuencia.”<sup>95</sup>

El primer problema que se nos plantea, tiene que ver con la falta de datos unificados y precisos que puedan dar cuenta del número de personas que se encuentran imputadas y privadas de libertad por los hechos ocurridos en el marco del estallido social. Ello se produce por varias razones, entre otras, que la Defensoría Penal Pública mantiene unos registros que corresponden a las personas atendidas por esa institución, y que hay otro segmento de personas, cuyo número no es posible estimar, que ha recurrido a defensas privadas. Por lo mismo, no es posible conocer a cabalidad el impacto que ha tenido el uso de la prisión preventiva y evaluar otros factores que pueden intervenir, como, por ejemplo, la calidad de la defensa, para mantener la privación de libertad. Al no contar con datos detallados, tampoco es posible analizar las decisiones legislativas y de política pública que se ha propuesto al respecto, entre otras, el proyecto de ley de indulto. Es importante, en el estado actual en que se encuentra el país, evitar la naturalización de la violencia: la violencia del aparato del Estado debe ser enfrentada, pero no a costa de la generación de más violencia, ya que ese círculo vicioso solo redundará en el debilitamiento de la democracia.

El segundo problema que hemos podido constatar, tiene que ver con el tipo de persecución penal que ha realizado el Ministerio Público y los órganos de gobierno (Ministerio del Interior e Intendencias), la que ha mostrado ser desproporcionada frente a ciertos delitos, como desórdenes públicos, y tiende a la criminalización de la protesta social. La mayoría de las personas entrevistadas (juezas y jueces de garantía, defensoras y defensores públicas/os y privadas/os) coinciden en que el Ministerio Público ha tenido un rol importante en el uso arbitrario de la prisión preventiva como medida cautelar, y que termina en algunos casos con penas ya cumplidas, solo por el tiempo que los imputados permanecieron en prisión preventiva.

En tercer lugar y vinculado con lo anterior, tenemos la dictación de la Ley 21.208, del 30 de enero de 2020, conocida como “ley

95 Douglass Cassel, “El derecho internacional de los derechos humanos y la detención preventiva”, *Revista Instituto de Derechos Humanos*, Vol. 21. p. 36.

antibarricadas”, que intensificó el uso de la prisión preventiva y, por ende, provocó un mayor impacto en las personas imputadas en el marco de la protesta social.

Adicionalmente, en el capítulo hemos analizado, en términos generales, el rol que han jugado las defensas de las personas privadas de libertad en el marco del estallido social. Al respecto, hay dos elementos que se deben considerar. El primero dice relación con la percepción que tienen las personas imputadas de falta de independencia política por parte de la Defensoría Penal Pública, lo que las ha llevado a contratar defensas privadas. Este es un aspecto que la Defensoría debe tomar en cuenta y resolver para asegurar que la institución sea percibida por el conjunto de la población como una entidad independiente que entrega una defensa jurídica imparcial y de calidad. El segundo aspecto, es el de la calidad de las defensas privadas y sus posibles impactos en la extensión de la prisión preventiva y, en general, las estrategias de defensa utilizadas por esos abogados/as defensores/as. En este sentido, la opinión de los jueces y juezas entrevistados/as es muy crítica, incluso aluden a eventuales problemas éticos en el marco de dichas defensas privadas. En este capítulo no contamos con información suficiente para arribar a una conclusión al respecto. Tampoco tenemos información certera sobre la naturaleza de los casos en particular que han defendido y si, por la naturaleza de ellos, la defensa ha resultado, o no, más compleja.

Finalmente, considerando el estallido social que hemos tenido a partir de octubre de 2019, es fundamental que el sistema penal en su conjunto pueda resolver, con la mayor celeridad posible, todos los procesos que se encuentran en curso para determinar la inocencia o la culpabilidad de aquellas personas que están imputadas, especialmente quienes están sometidas a prisión preventiva. En un Estado democrático y de derecho, la garantía de los derechos fundamentales, entre ellos, el respeto al principio de inocencia y el debido proceso, se encuentra en el adecuado funcionamiento de sus instituciones, uno de los aspectos que ha fallado en este caso.

## **5. RECOMENDACIONES**

1. Utilizar la prisión preventiva conforme a los estándares internacionales de derechos humanos, es decir, como una institución de última ratio.
2. Revisar los marcos penales donde se establece que ciertos delitos no son susceptibles de medidas cautelares distintas a la prisión preventiva, pues ello vulnera el principio de inocencia y funciona como una medida de pena anticipada.

3. Abogar y tomar medidas para que la Defensoría Penal Pública cuente con autonomía administrativa e instar para que sea percibida, por el conjunto de la población, como una institución autónoma e independiente de las autoridades políticas.
4. Contemplar, por parte de la Defensoría Penal Pública y el Ministerio Público, en sus sistemas de registro e informáticos, la existencia de información detallada sobre imputados e imputadas en protestas sociales.
5. Revisar las políticas de persecución penal del Ministerio Público relativas a delitos de menor entidad y la solicitud de prisión preventiva, usando para la revisión estándares de derechos humanos.
6. Realizar una evaluación, por parte del gobierno y, en particular, del Ministerio del Interior, conforme a estándares de derechos humanos, sobre el uso que le han dado a la Ley de Seguridad Interior del Estado y el rol que han jugado como querellantes en los procesos penales seguidos a raíz del estallido social. Esto con el fin de cautelar la presunción de inocencia de todo imputado y no incurrir en condenas desproporcionadas o injustas en relación a personas procesadas en el marco de dicho estallido.





# **ACCESO A LA JUSTICIA CIVIL Y LA PANDEMIA DE COVID 19**

**Ricardo Lillo<sup>1</sup>  
Macarena Vargas<sup>2</sup>**

- 1 Doctor of Juridical Science (S.J.D), University of California Los Angeles (UCLA). Académico Facultad de Derecho Universidad Adolfo Ibáñez. Correo electrónico: ricardo.lillo@uai.cl
- 2 Doctora en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Académica Facultad de Derecho Universidad Diego Portales. Correo electrónico: macarena.vargas@udp.cl

Ambos autores quieren agradecer a las siguientes personas por su excelente trabajo como ayudantes de investigación: Martín Hasbún, Vicente Karmelic, Yasna Rodríguez, Santiago Teixido, Catalina Valenzuela y Benjamín Vergara.





## SÍNTESIS

La pandemia –qué duda cabe– nos ha afectado a todos: personas, familias, organizaciones e instituciones públicas. El sistema de justicia no ha estado ajeno a sus efectos y, durante estos meses, se ha visto en la encrucijada de tener que, por una parte, cuidar la salud de trabajadores y justiciables y, por otra, mantener el acceso a la justicia en condiciones que permitan respetar los estándares básicos del debido proceso. En este capítulo abordamos la respuesta de la judicatura a los problemas derivados de la pandemia, específicamente, en asuntos civiles o “no penales”, a la luz de los estándares internacionales en materia de acceso a la justicia y de aquellos que se han ido desarrollando en forma de *soft law* durante este período. Apelando a diversas fuentes, hemos identificado algunos problemas y/o necesidades legales que se han manifestado con especial relevancia durante la pandemia, a partir de los cuales analizamos la respuesta del sistema de justicia. Finaliza el trabajo con algunas recomendaciones sobre la materia.

*PALABRAS CLAVES: Justicia civil, pandemia, acceso a la justicia, necesidades legales, tecnología.*



## INTRODUCCIÓN

Como en muchos otros países en la región y mundo, el Poder Judicial chileno ha debido adaptarse a las condiciones sanitarias que la pandemia de Covid-19 trajo consigo durante todo el 2020 y bien entrado el 2021. A partir de la primera regulación en la materia, quedó de manifiesto la tensión existente entre las consideraciones de salud y seguridad –tanto para los justiciables como para los funcionarios/as judiciales– y la necesidad y obligación constitucional de dar continuidad al servicio judicial.

En este escenario, el Poder Legislativo y el Poder Judicial, desde muy temprano, adoptaron una serie de medidas a través de la Ley 21.226, en el primer caso, y de autoacordados, en el segundo, para afrontar las limitaciones a la presencialidad de los actos procesales y desarrollar buena parte de ellos a distancia.<sup>1</sup>

En un principio, el desafío era proveer estos servicios; sin embargo, con el correr de los meses, el reto fue cómo proporcionarlos en condiciones tales que se cumplieren los estándares legales y constitucionales aplicables, particularmente el derecho a un debido proceso y el acceso a la justicia. La penetración de las tecnologías de la información y las comunicaciones (TICs) en la población y el nivel de la infraestructura tecnológica del gobierno y del Poder Judicial, hicieron que el uso de este tipo de herramientas fueran las candidatas obvias para tratar de afrontar este enorme desafío. En el mundo judicial la implementación desde hace algunos años de la Oficina Judicial Virtual, la existencia de sistemas informáticos de gestión de causas y de sistemas de trabajo remotos para funcionarios/as judiciales, fueron un componente particularmente importante a la hora de mantener las funciones más básicas de los tribunales de justicia de nuestro país.

Sin embargo, una serie de actos procesales que deben ser realizados en persona, como las audiencias preparatorias y/o de juicio en el ámbito laboral y familiar; las pruebas testimoniales en el ámbito civil o la

1 Véase, Acta 41-2020 de la Corte Suprema. Disponible en: BCN, Autoacordado 41, Acta N° 41-2020; BCN, Ley N° 21.226, 2 de abril de 2020.

realización de la mediación como requisito de procesabilidad en sede familiar, entre otros, no resultaron tan simples de ejecutar como aquellas actuaciones que ya se hacían a distancia o que eran de fácil adaptación, por ejemplo, los alegatos en Cortes de Apelaciones. En estos ámbitos de mayor complejidad, la improvisación, la falta de regulación común entre tribunales, la escasa capacitación de los funcionarios/as en estas tecnologías, entre otros factores, han hecho que cientos de asuntos se encuentren suspendidos y otros simplemente no pudieran iniciarse. Ello ha significado una acumulación de causas en estado de tramitación que ha generado una importante congestión judicial que, estimamos, se verá acrecentada luego de que termine el estado de excepción constitucional.

Si bien estos problemas han afectado distintos ámbitos del quehacer judicial, hemos decidido enfocarnos en algunos asuntos de carácter civil, pues tocan temas que han sido particularmente sensibles durante la pandemia, como sucede con los casos de arriendo de inmuebles urbanos, el pago de las pensiones alimenticias, la mediación familiar obligatoria, entre otros.

Dicho lo anterior, este capítulo tiene como objetivo analizar si la respuesta del Estado chileno para hacer frente a los problemas de la pandemia en asuntos civiles ha sido acorde a los estándares internacionales en materia de acceso a la justicia. Para ello, hemos recurrido a diversas fuentes primarias y secundarias. En este sentido, hemos acudido tanto a documentos oficiales de libre acceso y a literatura en la materia, así como a otras fuentes de información. En particular, hemos realizado ocho entrevistas a diversos actores del sistema: abogadas/os y juezes/zas, que ejercen sus labores tanto en la Región Metropolitana como en otras partes del país. Para mantener el anonimato de nuestros/as entrevistados/as, no solo no los identificamos por nombre o cargo, sino que también usamos indistintamente lenguaje femenino o masculino.

En una primera parte de este capítulo se sistematizan los estándares desarrollados a nivel internacional en la materia –sobre todo en forma de *soft law*– junto a aquellos del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, en materia de acceso a la justicia, más relevantes. En segundo lugar, y como un aspecto del proceso investigativo, se identificarán algunos problemas y/o necesidades legales que se han manifestado durante la pandemia en ciertos asuntos de índole civil, donde se focalizará el análisis. En tercer lugar, se caracteriza la respuesta que ha tenido el Estado chileno, en general, y el Poder Judicial, en particular, frente al desafío de dar continuidad al servicio judicial, describiendo algunas de las iniciativas legales, organizativas o de otro carácter que han sido tomadas en estos meses. Luego de describir estas medidas, se realiza un análisis de dichas respuestas a partir, principalmente, de las entrevistas antes indicadas y de datos institucionales de libre acceso. Finaliza el trabajo con algunas recomendaciones en la materia.

Es importante señalar que este trabajo terminó de redactarse a fines del mes de agosto de 2021.

## **1. ESTÁNDARES INTERNACIONALES EN MATERIA DE ACCESO A LA JUSTICIA MÁS RELEVANTES**

En la versión 2017 de este *Informe* ya conceptualizamos al derecho de acceso a la justicia en cuanto derecho humano y dimos cuenta de los principales estándares desarrollados en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), con énfasis en el Sistema Interamericano. Decíamos, en aquella oportunidad, que un elemento clave en la comprensión de este derecho dice relación con la obligación estatal de remover obstáculos y, a la vez, de crear las condiciones para que los individuos puedan ver tutelados sus derechos de manera efectiva. En consecuencia, no solo debe consagrarse la posibilidad de acceder a la justicia y participar hasta la completa ejecución de lo resuelto, sino que ambas cuestiones deben tener un correlato práctico. Luego, no se trata únicamente de poder acceder y participar de manera efectiva en un proceso judicial, sino de que dicha posibilidad se dé en un marco de condiciones mínimas que aseguren un debido proceso.<sup>2</sup>

Evidentemente, el cumplimiento de las obligaciones respecto de ambas cuestiones –acceso y debido proceso–, se han complejizado de particular manera con ocasión de la pandemia de la Covid-19. En este sentido, alrededor del mundo, los diversos Estados, en general, y los sistemas de justicia, en particular, han tenido que intentar armonizar ambas exigencias con la protección a la salud de las personas. Este problema ha exigido, a su vez, la adaptación de los actuales estándares y/o el desarrollo de nuevos para dar una respuesta a las particularidades que han debido enfrentar los diferentes países ante un problema que parece ser común: cómo dar acceso efectivo a la justicia si los tribunales y otras instancias de resolución de conflictos no pueden atender personalmente, por un lado, y dar satisfacción a las pretensiones de las partes de acuerdo con las condiciones y exigencias a las que estaba sometido el servicio bajo circunstancias de “normalidad”, por otro.

En este sentido, el estándar general, tal como ha señalado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), es que cualquier restricción o limitación a derechos humanos –entre ellos el acceso a la justicia y el debido proceso– en el contexto de la Covid-19 debe cumplir con el principio de legalidad, ser necesaria para una sociedad democrática y ser estrictamente proporcional al legítimo fin de proteger la salud.<sup>3</sup>

2 *Informe 2017*, pp. 353-382, pp. 359-366.

3 CIDH, *Pandemic and Human Rights in the Americas*, Res. N° 1/2020, p. 6

Luego, si ya antes de la pandemia existían desafíos que enfrentar en estas materias, durante el desarrollo de la crisis sanitaria las desigualdades sociales, económicas, ambientales y políticas se visibilizan y profundizan con mucha más intensidad.<sup>4</sup> Ello, evidentemente, puede afectar de manera desproporcionada a grupos de personas que se encuentren en situaciones de especial vulnerabilidad y requerir la provisión de mecanismos específicos para resolver disputas o satisfacer necesidades legales de estos individuos.<sup>5</sup>

Dado lo intempestivo de la pandemia, el desarrollo o adaptabilidad de los estándares, en materia de acceso, ha venido fundamentalmente de la mano de fuentes de *soft law* en la forma de recomendaciones que emanan de órganos oficiales del sistema internacional de protección y de organismos no gubernamentales con experticia temática, entre otros, que han intentado brindar una respuesta al desafío de la prestación de la justicia por vía remota y mediante el uso intensivo de tecnologías de la información y las comunicaciones (TICs). En esta sección nos enfocamos en sistematizar estos lineamientos, según su aplicabilidad al proceso civil tradicional, como también a otros mecanismos de resolución de controversias.

### **1.1. Lineamientos generales sobre acceso a la justicia**

El 27 de enero de 2021, la CIDH y el Relator Especial sobre independencia de magistrados y abogados de Naciones Unidas, Diego García Sayán, emitieron una declaración conjunta en la cual reconocen que las medidas adoptadas, por los países de la región, para reducir el contagio de la Covid-19 (suspensión de actividades judiciales, de plazos y actos procesales, salvo de aquellas causas consideradas como urgentes) tuvo un impacto mayor en el acceso a la justicia.<sup>6</sup>

El estándar general, en este sentido, es que “...la suspensión de la actividad judicial debe analizarse bajo un examen de escrutinio estricto [...]. Esas restricciones deben cumplir con el principio de legalidad y proporcionalidad, ser las medidas menos restrictivas y ser necesarias en una sociedad democrática para el logro de los objetivos comunes.”<sup>7</sup>

Un primer aspecto dice relación con el acceso a los tribunales para asegurar que las garantías básicas del Estado de derecho y el control mismo de las decisiones impuestas en el marco del estado de emergencia, puedan

4 ACIJ, *Acceso a la Justicia en Latinoamérica. Reporte de resultados de la encuesta sobre la situación de acceso a la justicia en contexto de la pandemia, desde la perspectiva de las organizaciones y activistas*, Argentina, 2020, p. 6.

5 UNDP, *Guidance note, Ensuring Access to Justice in the Context of COVID-19*, 2020, p. 6.

6 OEA, CIDH, *Declaración conjunta sobre el acceso a la justicia en el contexto de la pandemia del COVID-19*, 27 de enero de 2021.

7 OEA, CIDH, op. cit.

ser controladas a través de los tribunales de justicia. En un contexto de crisis sanitaria y de emergencia, el acceso a la justicia y el debido proceso pueden ser más relevantes que nunca.<sup>8</sup> En este sentido, se ha señalado que los Estados deben asegurar la existencia de mecanismos adecuados para acceder a la justicia ante posibles violaciones a los derechos humanos, incluyendo Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA) en el contexto de la pandemia, lo que incluye abusos por parte de actores privados, actos de corrupción o de arbitrariedad del Estado.<sup>9</sup>

Como señala un documento con lineamientos preparados por la OSCE, durante este tipo de situaciones el poder tiende a concentrarse en el Ejecutivo, lo cual se ve intensificado en el contexto de la Covid-19 –producto de medidas de cuarentenas u otras restricciones importantes– y se ha traducido en un funcionamiento menor de otros poderes del Estado, entre ellos, el Judicial. En esta línea, urge una revisión constante de las medidas adoptadas bajo un criterio de proporcionalidad y no discriminación.<sup>10</sup>

Dado que el impacto de la pandemia y de las medidas adoptadas para evitar su propagación pueden afectar de manera desproporcionada a grupos vulnerables,<sup>11</sup> como decíamos, es importante que dichas medidas se adopten tomando en consideración, de manera particular, el derecho de acceso a la justicia, por ejemplo, a la hora de determinar la urgencia de los asuntos a priorizar y el tipo de soluciones –tecnológicas o de otro tipo– a utilizar.<sup>12</sup>

En este sentido, a partir de una encuesta realizada a organizaciones de la sociedad civil que permitió desarrollar un diagnóstico sobre el estado del acceso a la justicia en la región, la organización no gubernamental ACIJ elaboró una serie de recomendaciones de donde surgen estándares encaminados a reducir barreras de acceso. Entre ellos, se menciona la importancia de que los tribunales superiores tomen las decisiones propias de gobierno judicial que permitan una organización acorde a ciertos presupuestos mínimos de acceso a la justicia. Entre estas, se menciona la relevancia de tomar acciones encaminadas a mejorar el nivel de acceso a la información sobre la manera de hacer efectivos los derechos ante el sistema de justicia, en el contexto de las restricciones sanitarias, en lenguaje inclusivo y claro tomando en consideración las particularidades de diversos grupos sociales (por ejemplo, sobre acceso a asistencia letrada, disponibilidad y modo en que el servicio judicial es provisto, entre otros). En materia de TICs, se sugiere avanzar hacia la

8 UNDP, op. cit., p. 8.

9 CIDH, op. cit., p. 10.

10 OSCE, *The functioning of courts in the Covid-19 Pandemic: A Primer*, 2020, pp. 6-8. En este mismo sentido: International Commission of Jurists, *The Courts and COVID-19*, 2020, p. 1

11 CIDH, op. cit., p. 6.

12 OSCE, op. cit., p. 12.



gobernanza digital, contemplando la brecha en este ámbito, sobre todo respecto a grupos vulnerables, procurando una comunicación clara e inclusiva en las plataformas web, aplicaciones móviles, publicaciones, folletos y campañas de difusión que se realicen.<sup>13</sup>

Un aspecto que se debe tener en consideración es el impacto de la prescripción extintiva de derechos o a la preclusión de actos procesales por el transcurso del tiempo. La expiración de plazos o límites legales puede acarrear consecuencias irremediables en el contexto de la pandemia, dado que el ejercicio de los derechos y facultades procesales se ha vuelto, en algunos casos, un desafío mayor para las partes (por ejemplo, por no poder consultar asistencia letrada, enviar antecedentes requeridos, etc.) En consecuencia, la suspensión de este tipo de límites –o su flexibilización– debe ser considerada en tanto resulte justificado.<sup>14</sup>

Las medidas que sean tomadas deberían ser consultadas y coordinadas con los diversos actores del sistema de justicia, como los colegios profesionales y otras entidades institucionales.<sup>15</sup> Así, la estrategia que se planifique en esta materia debe considerar que el Poder Judicial no funciona aisladamente, sino que es parte de un sistema que incluye a una amplia gama de actores del sector justicia y de prestadores de diversos servicios sociales. Luego, su diseño debe incluir una fase de consulta con los diferentes actores e incorporar, además, a organizaciones de la sociedad civil –sobre todo cuando se trata de dar cuenta de obstáculos particulares respecto de ciertos grupos de la población–. Lo anterior puede contribuir a tener un mejor diagnóstico e implementación.<sup>16</sup>

En síntesis, creemos que un adecuado funcionamiento del sistema de justicia civil en un contexto de pandemia, como el experimentado en este periodo, no solo es gravitante desde la perspectiva del acceso efectivo de las personas a la justicia, sino también en términos de potenciar y reforzar el desarrollo de la democracia.

## **1.2. Lineamientos asociados al uso de la tecnología**

En relación con el uso de TICs para la prestación de la justicia, la declaración conjunta entre la CIDH y el relator especial sobre independencia de magistrados y abogados de Naciones Unidas, plantea que efectivamente se ha producido una tensión que enfrenta ambos aspectos: el acceso a la justicia y el debido proceso.<sup>17</sup> Esta tensión tiene su origen en que, por una parte, se requiere que los problemas justiciables o necesidades legales de la población lleguen al sistema de justicia y este

13 ACIJ, op. cit., pp. 68-69.

14 European Justice, *COVID 19 Impact on Civil and Insolvency Matters*, 21 de abril de 2021.

15 OSCE, op. cit., p. 11.

16 UNDP, op. cit., pp. 12-13.

17 CIDH, op. cit.

sea capaz de darles una respuesta efectiva, y, por otra, la administración de justicia no puede tomar una decisión donde se determinen derechos de las partes de cualquier manera, sino que bajo el conjunto de condiciones mínimas que constituyen el derecho a un debido proceso. Luego, el problema es que algunas de esas condiciones pueden verse afectadas dependiendo de las circunstancias concretas en que se lleve a cabo el funcionamiento remoto.

En esta línea, en esa declaración conjunta se señala que se produce “...en ocasiones un impacto negativo en el acceso a la justicia de algunos sectores de la población como consecuencia de la brecha digital existente, ya que el uso de estos medios presupone el acceso a medios electrónicos y al conocimiento tecnológico para acceder a los servicios de justicia.”<sup>18</sup> Agrega, a su vez, que el acceso a infraestructura tecnológica (a internet, por ejemplo), es diversa entre los diversos Estados y las personas que se encuentran en su territorio.<sup>19</sup> Por otro lado, en relación a las garantías del debido proceso, señala que es necesario resguardar los derechos de los participantes en audiencias virtuales –como el derecho a la defensa–. Por último, se destaca la necesidad de proteger el derecho a ser juzgado en un plazo razonable bajo un mecanismo que asegure la confidencialidad y seguridad de la información transmitida.<sup>20</sup>

En relación con lo anterior, es importante que el uso de herramientas tecnológicas de transferencia de información escrita o audiovisual (sistemas de *e-filing*, gestión de casos, videoconferencias y otros) cumpla con estándares internacionales de transparencia en materia de información pública, pero a la vez con normas sobre protección de datos personales y de privacidad cuando corresponda –por ejemplo, respecto de información confidencial–.<sup>21</sup>

Por otro lado, el uso de diversas plataformas de pago o de proveedores privados (como Zoom, Webex u otros) tiene que considerar estos estándares, y debe existir claridad sobre la propiedad de la información, en particular cuando se trata de mecanismos basados en tecnología web o de mantenimiento en la nube.<sup>22</sup>

Con relación a la celebración de audiencias de manera remota por videoconferencia, se recomienda que como base haya un marco regulatorio que autorice su celebración bajo ciertos mínimos comunes aplicables. Ello, sin duda, facilita su implementación y disminuye los posibles nudos problemáticos que de otra manera podrían generar resistencia en los diversos actores.<sup>23</sup>

18 *Ibíd.*

19 *Ibíd.*

20 *Ibíd.*

21 OSCE, *op. cit.*, p. 13.

22 OSCE, *op. cit.*, p. 13.

23 OSCE, *op. cit.*, p. 23.

Tal como se expresa en un informe de la Comisión Europea para la Eficacia de la Justicia (CEPEJ), el principio básico para la realización de audiencias de manera remota –independiente de la materia– es que en estas se apliquen las garantías del debido proceso, siendo elementos claves el acceso efectivo al tribunal, el carácter adversarial del procedimiento, la igualdad de armas, la administración de la prueba, la disponibilidad de tiempo y de acceso a los materiales adecuados para preparar la defensa, la duración razonable, así como la seguridad de la información.<sup>24</sup>

Luego, es necesario que el acceso al equipamiento técnico requerido sea accesible de manera continua para todos los intervinientes. Para ello, el soporte necesario debería estar disponible durante el transcurso de la audiencia de manera de asegurar que todas/os puedan participar de manera efectiva, y en caso de interrupciones de conexión la audiencia pueda ser detenida hasta que el problema técnico sea solucionado. La realización de pruebas previas –como se hace en Chile en el ámbito penal con las audiencias de factibilidad– es una práctica adecuada, así como tener más de un medio de comunicación con los participantes.<sup>25</sup>

Se reconoce que es posible que no todos los asuntos podrán ser conocidos por vía de audiencias remotas. Su uso resultará apropiado cuando el retraso de la comparecencia en persona puede tener un impacto significativo. Luego, es necesario tomar en cuenta la naturaleza de la audiencia en particular, la complejidad del asunto a discutir, la necesidad de prueba viva, la disponibilidad de equipamiento, la existencia de factores que puedan afectar negativamente la posibilidad de que los intervinientes participen de manera efectiva (por ejemplo, capacidad visual o auditiva reducida, edad de los intervinientes, etc.) Asimismo, el hecho de que los abogados/as puedan interactuar con sus representados de manera confidencial, entre otras variables.<sup>26</sup>

Cómo decíamos, es necesario que exista un marco regulatorio claro sobre estas cuestiones, lo que no obsta a que las decisiones sobre qué asunto debe ser conocido por esta vía o no, puedan ser tomadas sobre la base de un análisis en concreto a partir de las circunstancias específicas del caso (por ejemplo la necesidad de prueba viva y donde el análisis de credibilidad de testigos esté en juego), y debiendo, además, fundamentar dicha decisión.<sup>27</sup> En este sentido, las partes deberían tener acceso al tribunal para incidir en dicha decisión—por ejemplo mediante una audiencia preliminar celebrada especialmente al efecto— y, a la vez, en la

24 CEPEJ, *Guidelines on Videoconferencing in Judicial Proceedings*, Estraburgo, 2021, p. 2.

25 OSCE, op. cit., p. 23; CEPEJ, op. cit., p. 3.

26 OSCE, op. cit., p. 23.

27 CEPEJ, op. cit., p. 3. Véase, también: International Commission of Jurists, *Videoconferencing, Courts and COVID-19. Recommendations Based on International Standards*, Suiza, 2020, p. 6.

coordinación de los arreglos específicos para ello, así como para manifestar cualquier preocupación en materia de seguridad o fundamentar por qué tal audiencia se debería realizar en persona.<sup>28</sup>

Este marco regulatorio para la realización de audiencias remotas tendría que ser fácilmente accesible. Para ello, la CEPEJ recomienda la elaboración de textos informativos y diferentes materiales audiovisuales, tutoriales y otros, que faciliten el uso de la plataforma en que se realizan las audiencias remotas. Ello debería considerar la manera en que las partes deben presentarse, así como las necesarias formalidades propias de un tribunal.<sup>29</sup>

En todo caso, el consentimiento de las partes, con limitadas excepciones, debería ser requerido para proceder de esta manera.<sup>30</sup> En tanto, si se ha otorgado consentimiento de manera informada en el uso de estas herramientas en cualquier tipo de procedimiento, no debería haber problemas –en principio– con su utilización. Por tanto, es fundamental que sea posible verificar que dicho consentimiento fue dado de manera libre e informada, en especial respecto de ciertas personas en condición de vulnerabilidad que hayan podido ser manipuladas o haberse visto coaccionadas a dar ese consentimiento.<sup>31</sup>

Bastante más complejos son aquellos casos en que se determina la realización de una audiencia judicial de manera remota sin el consentimiento de la parte, sobre todo en audiencias donde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) no contempla el derecho a estar físicamente presente (como ocurre en varias audiencias del ámbito penal).<sup>32</sup> En dichos casos, la decisión de realizar una audiencia mediante videoconferencia es permitida bajo el derecho internacional, siempre y cuando se trate de una medida decretada por ley, de manera no discriminatoria, limitada en el tiempo y cuya justificación sea necesaria y proporcional de acuerdo con las circunstancias específicas y en el contexto de la pandemia.<sup>33</sup>

28 CEPEJ, op. cit., p. 3

29 CEPEJ, op. cit., p. 6

30 OSCE, op. cit., pp. 23-27.

31 International Commission of Jurists, op. cit., p. 4.

32 El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, ha señalado que el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos permite excepcionalmente los procesos *in absentia* bajo algunas circunstancias en interés de la debida administración de la justicia, por ejemplo, cuando los acusados, no obstante haber sido informados del proceso con suficiente antelación, renuncian a ejercer su derecho a estar presentes. Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 32, CCPR/C/GC/32, 23 de agosto de 2007, p. 14. Por otro lado, el Tribunal Europeo ha señalado que no hay necesariamente una infracción al derecho al debido proceso por la falta de presencialidad en audiencias ante instancias recursivas en que se debate solo aspectos de derecho. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Bazo Gonzales contra España*, decisión del 16 de diciembre de 2008, par. 36-38.

33 International Commission of Jurists, op. cit., p. 5.

En relación con el derecho a participar de manera efectiva en la audiencia llevada de manera remota, la CEPEJ llama la atención respecto a varios aspectos relevantes. En primer lugar, con anterioridad a la realización de la audiencia propiamente tal, las partes deben tener la opción de probar la calidad de audio y video, ya sea previamente a través de algún sistema automatizado o al conectarse con el tribunal antes de comenzar. Luego de ello, el tribunal debería contar con la asistencia técnica adecuada para monitorear la calidad de imagen y audio, así como de la señal de conexión, de manera de minimizar el riesgo de problemas técnicos que afecten la participación de las partes, así como de la transmisión para quienes observen como público. Particular atención debería tener el tribunal respecto de personas en situación de vulnerabilidad, tales como niños, niñas y adolescentes, migrantes, personas con condiciones especiales, entre otras.<sup>34</sup>

Antes de comenzar la audiencia, todas las personas intervinientes deberían ser identificadas por el tribunal. Las medidas que se usen para ello deberían estar establecidas claramente en el marco regulatorio y no ser excesivamente intrusivas.<sup>35</sup>

Un aspecto particularmente sensible en el contexto de audiencias remotas es el respeto por la naturaleza pública del proceso judicial, que constituye la regla general en materias civiles y penales, salvo excepciones consideradas por instrumentos internacionales, por razones de orden público, seguridad nacional o por las condiciones especiales de las partes, entre otras.<sup>36</sup> Para mantener este estándar debería contarse con un procedimiento accesible de participación del público en las audiencias (transmisión en línea) o un sistema de acceso remoto a las grabaciones de las audiencias. Esta política de publicidad debería ser dirigida por el tribunal, quien debe autorizar cualquier forma de disseminación de la información de la audiencia.<sup>37</sup> En este sentido, y fuera de los casos permitidos, se ha señalado que limitar de manera absoluta la publicidad de las audiencias por razones de salud pública –sin ningún sustituto– puede implicar una derogación o vulneración indebida de esta garantía.<sup>38</sup>

Es evidente que los avances tecnológicos de los sistemas de justicia que fueron catalizados por la pandemia han llegado para quedarse. En ese contexto, es importante analizar a partir de la experiencia alcanzada, para qué usarlos y para qué no, ver de qué manera reforzar su implementación y uso en aquellos asuntos en que resulte apropiado y proporcional. La presencia física de las partes en las audiencias debería

34 CEPEJ, op. cit., p. 3

35 CEPEJ, op. cit., p. 3

36 International Commission of Jurists, op. cit., p. 7.

37 CEPEJ, op. cit., p. 3

38 International Commission of Jurists, op. cit., p. 7.

continuar siendo la regla general, mientras que la comparecencia remota tendría que ser la excepción.<sup>39</sup>

### **1.3. Lineamientos sobre resolución de disputas en línea (ODR por su sigla en inglés) y otros mecanismos complementarios de resolución de conflictos**

Las políticas que se tomen en materia de acceso a la justicia deben incluir el facilitar el acceso a mecanismos de resolución de conflictos como la mediación o el arbitraje, aprovechando para ello experiencias de justicia comunitaria, a la vez que fomentar el uso de tecnología. Este acceso debe realizarse de manera tal que no se prive a quienes experimentan una necesidad legal de acceder al proceso judicial y cuidando de que todos los intervinientes tengan acceso de manera equitativa y segura a los recursos tecnológicos.<sup>40</sup>

En materia de mediación y arbitraje, el *International Council for Online Dispute Resolution* (ICODR) señala que, para realizar este tipo de mecanismos de resolución de controversias, a través de sistemas de videoconferencias, es necesario tomar en cuenta algunos principios mínimos. En primer lugar, se debe utilizar una plataforma estable y de fácil acceso para los participantes, quienes deben dar su consentimiento para su uso y recibir la información necesaria que permita su ingreso a dicha plataforma. Luego, es importante que la persona a cargo de las sesiones maneje adecuadamente las características de la plataforma, conozca las implicancias éticas de utilizar estas herramientas y capacite a las partes en su manejo. En ese sentido, por ejemplo, se destaca el carácter confidencial de las sesiones de mediación o audiencias de arbitraje, debiendo asegurarse de que estas no sean grabadas ni directamente por quien dirige dichas sesiones ni por las partes. Para esto último, es posible solicitar la firma de un compromiso previo de que no se grabará ni tomarán fotos. Luego, debe haber un monitoreo constante de las condiciones de la sesión, de manera de que si hay inconvenientes técnicos esta pueda ser suspendida y reiniciada una vez que ellos sean superados. Finalmente, la plataforma debe cumplir con medidas de seguridad informática, como encriptado de ambos lados, deshabilitar función de compartir archivos y habilitar una opción de cierre automático ante inactividad, entre otros.<sup>41</sup>

39 OSCE, op. cit., p. 28.

40 UNDP, op. cit., p. 18.

41 International Council for Online Dispute Resolution, Video Mediation Guidelines. (Disponible en: <https://icodr.org/>)

## 2. NECESIDADES LEGALES QUE SE HAN VISTO PARTICULARMENTE AFECTADAS DURANTE LA PANDEMIA EN MATERIA CIVIL

Este apartado tiene como objetivo analizar si, con ocasión de las consecuencias que ha traído consigo la pandemia del Covid-19, han surgido nuevas necesidades legales –antes no registradas como tales– o si las que conocemos se han mantenido con similares características o presentan algunos cambios.

Para comenzar, es necesario señalar que en nuestro país existe, relativamente, poca evidencia empírica sobre las necesidades legales insatisfechas de los chilenos y chilenas. Ello se ha revertido en los últimos años con la realización de un estudio elaborado en 2015 por GfK Adimark Chile por encargo del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos<sup>42</sup> y, recientemente, con el estudio “Necesidades jurídicas y cursos de acción del ciudadano ante las barreras de acceso a la justicia”, realizado por la Pontificia Universidad Católica de Chile por encargo de la Dirección de Estudios de la Corte Suprema, de 2020.<sup>43</sup>

El primero de ellos tuvo como objetivo levantar información empírica sobre las necesidades jurídicas y el acceso a justicia de la población chilena, en el marco de la formulación de políticas públicas destinadas a modernizar los sistemas judiciales y a mejorar el acceso a justicia.<sup>44</sup> Dicho estudio entiende el acceso a la justicia no solo como el acceso formal a un tribunal, sino, desde un sentido amplio, que incluye también el acceso a información legal y a dispositivos o mecanismos distintos del proceso judicial, por ejemplo, los métodos colaborativos de solución de controversias.<sup>45</sup>

Dicha investigación entrega información que permite identificar necesidades legales que no logran ser satisfechas por el sistema de justicia formal, caracterizarlas y cuantificarlas. Se incluye también información acerca de las principales barreras de acceso a justicia que afectan a ciertos segmentos de la ciudadanía, especialmente a los más vulnerables. Uno de los datos más llamativos es aquel que muestra que un 44,5% de los encuestados reporta haber tenido necesidades legales en los últimos 12 meses. Es decir, 4 de cada 10 chilenos/as se encuentra en tal situación.

Según el estudio, la naturaleza de las necesidades legales insatisfechas es muy variada. Ellas responden a diversos ámbitos del derecho,

42 GfK Adimark Chile, *Informe final. Encuesta nacional de necesidades jurídicas y acceso a Justicia*, 2015, p. 42.

43 Corporación Administrativa del Poder Judicial, *Informe final. Necesidades jurídicas y cursos de acción del ciudadano ante las barreras de acceso a la Justicia*, 2020.

44 GfK Adimark Chile, *Informe final*, op. cit., p. 42.

45 *Ibid.*, p. 9.

apareciendo en primer lugar, asuntos de carácter penal (víctima de hurto o robo) con un 10,4%, pero teniendo un fuerte peso un amplio catálogo de asuntos de carácter civil, entre los que destacan los conflictos vecinales por ruidos molestos (4,9%), los problemas en el ámbito de la salud referidos a los derechos de los pacientes (4,4%) y errores o negligencias médicas (3,0%) y los asuntos relativos a cobros de deudas (2,9%).<sup>46</sup>

El segundo estudio entrega abundante y muy interesante información, que vale la pena analizar con detalle. En esta ocasión nos referiremos solo a algunos aspectos que nos parecen pertinentes para el objeto de este trabajo. Quizás el dato más relevante sea el significativo aumento de personas que reportan encontrarse frente a un problema justiciable, en comparación con los datos de 2015. En efecto, un 76,6% así lo señala. Ello implica que tres de cuatro chilenos/as reconocen tener en la actualidad una necesidad legal insatisfecha.<sup>47</sup>

Otro dato interesante dice relación con los problemas justiciables que surgen como prevalentes. En primer lugar, aparecen los problemas asociados a productos y servicios contratados (como telefonía, internet, TV por cable o digital) o con empresas que proveen servicios básicos (luz, agua potable, gas, entre otros) que corresponden a un 52,7%.<sup>48</sup> Le siguen los problemas de dinero y finanzas (no poder pagar una tarjeta de crédito o casa comercial; dineros que se le deben a las personas, cobros de impuestos, entre otros) con un 30,2%.<sup>49</sup> En tercer lugar, figuran las necesidades legales vinculadas a la salud (obtener o recibir un tratamiento de salud, tratamiento médico inadecuado, acceso a medicamentos, entre otros) con un 27,7%.<sup>50</sup>

Por otra parte, el estudio da cuenta de nuevos temas o temas emergentes, como los ambientales (contaminación medioambiental, acceso y uso de los recursos naturales), que aparecen por primera vez como una preocupación o necesidad legal de la ciudadanía,<sup>51</sup> junto con problemas catalogados en una categoría denominada “internet”, donde se observan asuntos sobre el uso del comercio electrónico (como estafas, pagos, transferencias o compras por internet) y redes sociales como Facebook o Instagram (abuso, acoso, *bullying*).<sup>52</sup>

En relación con los cursos de acción que las personas siguen frente a un problema justiciable, dos datos llaman la atención. Por una parte, que la opción prevalente sea “no hice nada” con un 44,9%, seguida de

46 GfK Adimark Chile, Informe final, op. cit.

47 *Ibid.*, p. 43.

48 *Ibid.*, p. 52 y 53.

49 *Ibid.*, p. 52 y 53.

50 *Ibid.*, p. 52 y 53.

51 *Ibid.*, p. 75.

52 *Ibid.*, p. 83.



búsqueda de información, asesoría o intervención de un tercero con un 34,6%.<sup>53</sup> Las razones de “no hacer nada” son variadas: problema de fácil solución (21,2%), no quise parecer conflictivo (13,7%), no supe a quién llamar o donde obtener consejo (12,7%) y me preocupaban los costos económicos (11,8%).<sup>54</sup>

Por otro lado, se observa una fuerte presencia de los mecanismos colaborativos, los que aparecen de distintas formas a lo largo del estudio. Por ejemplo, cuando se pregunta a quién se acude cuando el camino seguido es la acción directa (denuncia, demanda o queja) un 26,8% señala que se contacta con la contraparte.<sup>55</sup> Ello resulta coherente con la forma de término de los problemas, ya que un 23,5% señala que finalizan con un acuerdo. Existe, además, una valoración positiva de un proceso terminado por mediación de terceros, donde se destaca como un proceso no costoso (58,9%), respetuoso de la persona (42,5%) y efectivo (36,1%).<sup>56</sup> En los relatos cualitativos, en relación con los cursos de acción y disposición a la acción, se da cuenta de una preferencia por soluciones negociadas (“por las buenas”), existiendo una alta predisposición a resolver los conflictos a través del diálogo y la conversación, particularmente en los asuntos de familia, laborales y vecinales.<sup>57</sup>

Sobre la base de lo anterior, nos preguntamos qué ha pasado durante la pandemia de Covid-19 y cómo las consecuencias económicas y sociales que ella ha traído aparejada han repercutido en la configuración de las necesidades legales de los chilenos y chilenas. ¿Han cambiado las necesidades legales o ellas se mantienen y lo que cambia es su prevalencia y algunas de sus características?

Junto con el análisis de los estudios antes señalados, particularmente el segundo de ellos, y con el fin de complementar y enriquecer el diagnóstico, llevamos a cabo un levantamiento de información en la prensa, informes y documentos en la web referidos al tema objeto de estudio, en conjunto con la realización de ocho entrevistas en profundidad a actores del sistema de justicia civil (jueces/zas y abogados/as de familia y con competencia en materia civil).

A continuación, se da cuenta de los resultados.

## **2.1. Mismas necesidades legales, pero con nuevas facetas**

A juzgar por los datos antes señalados, podríamos decir que, en general, el tipo de necesidades legales insatisfechas se mantiene, como sucede, por ejemplo, con los problemas relacionados con el ámbito de

53 *Ibíd.*, p. 87.

54 *Ibíd.*, p. 89.

55 *Ibíd.*, p. 102.

56 *Ibíd.*, p. 113.

57 *Ibíd.*, p. 146.

la salud o el cumplimiento de obligaciones que se expresa a través del cobro de las deudas.

Sin embargo, se observan cambios muy significativos en la prevalencia de estos. La fuerza con que aparecen los temas de consumo y deudas es muy llamativa y nos parece que da cuenta de un nuevo escenario que se liga con los cambios que nuestro país ha experimentado en los últimos años en materia de acceso del crédito y masividad del consumo, lo que creemos puede haberse agudizado producto de la pandemia.

Dicho lo anterior, a continuación, se analizan dos asuntos que, si bien a la luz los datos del estudio de 2020 no son los de mayor prevalencia, aparecen como algunos de aquellos que, en el contexto de la pandemia de Covid-19, han adquirido un especial protagonismo por su naturaleza y las personas que se ven afectadas por ellos. Nos referimos al pago de las pensiones de alimentos y a los procedimientos de arrendamientos de predios urbanos.

#### ***a. Incumplimiento de las pensiones de alimentos. Nada nuevo bajo el sol***

El estudio de 2015 mostraba que los problemas derivados del acuerdo o pago de alimentos se situaban en séptimo lugar, en términos de prevalencia de las necesidades legales insatisfechas de la ciudadanía. Aparece con un porcentaje relativamente bajo (2,7%). En el estudio de 2020 los problemas catalogados bajo la categoría de “familia” tienen una prevalencia de 7,5% y, dentro de estos, el pago de las pensiones alimenticias corresponde a un 1,0%. También se trata, comparativamente con otros problemas, de una baja proporción.

Sin embargo, durante la pandemia, el incumplimiento en el pago de las pensiones de alimentos logró un nivel de visibilidad pública inusitada. Si bien este problema no es nuevo, lo cierto es que el retiro del 10% de los fondos de pensiones lo que hizo fue develar la magnitud del fenómeno: el 84% de las pensiones alimenticias decretadas por los tribunales de familia son incumplidas.

Hasta antes de la pandemia la forma en que la autoridad ha encarado este grave problema ha sido por la vía de endurecer las sanciones al deudor, las que, si bien son bastante gravosas, no han sido efectivas a juzgar por los datos. En efecto, desde 2011 hasta la fecha de cierre de este trabajo, se han presentado más de 10 proyectos de ley que buscan dotar de mayor eficacia al sistema de cumplimiento –el último en marzo de 2021–, sin que ninguno de ellos haya sido aprobado. Esto revela, por una parte, el conocimiento de la existencia del problema, pero por otra, la escasa voluntad política de avanzar en soluciones de corto y mediano plazo. La retención del 10% de los fondos de pensiones de las AFP ha mostrado de forma cruda y palmaria la dimensión del incumplimiento de las pensiones de alimentos en Chile y la baja calidad de las herramientas destinadas a lograr que ellas sean pagadas.

Hasta la fecha de cierre de este trabajo, se han aprobado tres leyes que autorizan a los cotizantes el retiro de sus fondos previsionales. La primera rige desde el 30 de julio de 2020 (Ley 21.248), la segunda comenzó a regir el 10 de diciembre de 2020 (Ley 21.295) y la tercera, desde el 28 de abril de 2021 (Ley 21.330). Desde esas fechas, existe un plazo de un año para realizar este proceso. Cada una de estas leyes presenta ciertas particularidades, pero todas tienen en común que los dineros retirados no pueden ser objeto de embargo, retención o afectación de ningún tipo, salvo –y esto es lo importante– las deudas originadas por las obligaciones alimentarias.<sup>58</sup>

Esto último generó una importante limitación desde el punto de vista de la implementación de esta ley, en tanto exigía de parte de las administradoras de fondos de pensiones (AFP) y los tribunales de familia un nivel de coordinación de manera de poder contar, ante las solicitudes de retención de los dineros, con información sobre la existencia de tales deudas, bajo el riesgo de retrasar el procedimiento para el resto de los pensionados. Para ello, el Poder Judicial creó un “trámite fácil” de manera que, quienes estuviesen interesadas/os, pudiesen solicitar a través de la Oficina Judicial Virtual la retención del 10%, y así remitir masivamente las órdenes de retención a las AFP.<sup>59</sup>

Con el propósito de implementar esta norma, el 14 de agosto de 2020, se promulgó la Ley N° 21.254 que vino a modificar la Ley de Tribunales de Familia para crear una medida cautelar de retención de

58 Primer retiro: Reforma constitucional que permite el retiro excepcional de los fondos acumulados de capitalización individual en las condiciones que indica (Ley 21.248). “Los fondos retirados se considerarán extraordinariamente intangibles para todo efecto legal, y no serán objeto de retención, descuento, compensación legal o contractual, embargo o cualquier forma de afectación judicial o administrativa, ni podrá rebajarse del monto ya decretado de la compensación económica en el juicio de divorcio, sin perjuicio de las deudas originadas por obligaciones alimentarias”. Segundo retiro: Establécese un retiro único y extraordinario de fondos previsionales en las condiciones que indica (Ley 21.295). “Artículo 3º.- Los fondos retirados se considerarán extraordinariamente intangibles para todo efecto legal, y no serán objeto de retención, descuento, compensación legal o contractual, embargo o cualquier forma de afectación judicial o administrativa, ni podrán rebajarse del monto ya decretado de la compensación económica en el juicio de divorcio, sin perjuicio de la retención, suspensión y embargabilidad por deudas originadas por obligaciones alimentarias. Para estos efectos, serán plenamente aplicables las disposiciones de la ley N° 21.254”. Tercer retiro: Modifica la carta fundamental, para establecer y regular un mecanismo excepcional de retiro de fondos previsionales y anticipo de rentas vitalicias, en las condiciones que indica (Ley 21.330). “Los fondos retirados se considerarán extraordinariamente intangibles para todo efecto legal, y no serán objeto de retención, descuento, compensación legal o contractual, embargo o cualquier forma de afectación judicial o administrativa, ni podrá rebajarse del monto ya decretado de la compensación económica en el juicio de divorcio, sin perjuicio del derecho de subrogación legal del alimentario o su representante y de la retención, suspensión y embargabilidad por deudas originadas por obligaciones alimentarias de conformidad a lo previsto en la ley N° 21.254”.

59 Dirección de Estudios de la Corte Suprema, publicación de Ley 21.254, 17 de agosto de 2020.

fondos previsionales del alimentante moroso y con dichos fondos realizar el pago las pensiones alimenticias adeudadas. Esta medida podría ser decretada por el juez/a de familia a solicitud de parte o de oficio, luego de evaluar la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora en la tramitación de la solicitud de alimentos.

Tan pronto entrara en vigor la ley que permitió el primer retiro del 10% de los fondos, se produjo un masivo ingreso de solicitudes que llevó a un importante colapso del sistema. Así, se señalaba que, en menos de dos semanas, luego de la vigencia de la Ley 21.248, al Poder Judicial habían ingresado 421 mil solicitudes de retención.<sup>60</sup>

Lo anterior, tal como se ha podido apreciar en la prensa, ha sido objeto de una amplia cobertura dado el volumen de solicitudes de retención de dichos fondos por parte de los alimentarios/as, principalmente hijos/as y sus madres. Ello puso sobre la mesa un debate urgente sobre la gravedad del fenómeno del incumplimiento de esta obligación en nuestro país y sus posibles vías de solución.

En palabras de una jueza de familia, el incumplimiento de las pensiones alimenticias “se ha mantenido, pero ocurrió un hito que modificó algo las cosas, que tiene que ver con lo del 10% y las reuniones que se produjeron a nivel de la Corte Suprema con la Ministra Chevesich y los jueces presidentes y la Asociación de Magistrados, donde se empezaron a hacer ciertos planteamientos respecto de cómo poder hacernos cargo del problema del cumplimiento, y ahí surgieron cosas maravillosas que en un momento anterior eran impensadas... encuentro que es un avance importante en la conversación y en los problemas, en ver que esto es un problema, ya eso es un avance”.

Desde otra perspectiva, una abogada de familia señala que la retención judicial del retiro del 10% de los deudores de alimentos ha ayudado a muchas personas a quienes se le debía mucho dinero. Pone como ejemplo una clienta a la cual se le debían 45 millones de pesos, quien por esta vía pudo obtener 12 millones: “esos 12 (millones) nunca los iba a obtener si no fuera por el 10%, nunca en su vida, igual que otra (clienta) también, o sea, las que yo he tenido, están fascinadas porque les ha llegado harta plata que sabían que no había ni una forma de cobrarla”.

Ahora bien, desde el punto de vista del sistema judicial, el impacto sobre la carga de trabajo de los tribunales de familia ha sido de gran escala. Según notas de prensa, para el primer retiro, “entre el 25 de julio y el 31 de agosto, ingresaron 516.777 solicitudes de retención del 10%, lo que equivale a 1.828% más solicitudes de retenciones que en un año normal, en el mismo periodo de tiempo, y se decretaron

60 Pauta.cl: “Los jueces piden tiempo para procesar el pago de las pensiones alimenticias desde las AFP”, 3 de agosto de 2020.

un total de 326 mil medidas cautelares, con un universo de 236.800 posibles morosos”.<sup>61</sup>

Por ello, para el segundo retiro y previendo la avalancha de solicitudes de retención del 10%, en noviembre de 2020, el pleno de la Corte de Apelaciones de Santiago autorizó destinar 20 jueces penales de la capital por un período de 45 días, con el objetivo de apoyar a los juzgados de familia frente a llegada de nuevos casos.<sup>62</sup> A marzo de 2020, el Poder Judicial daba cuenta de 636 mil escritos presentados y más de 533 mil medidas cautelares decretadas en orden a retener esos fondos.<sup>63</sup>

Por último, cabe señalar un problema no previsto que ha surgido durante el proceso de pago a los alimentarios/as de los fondos retenidos y que incluye otro actor fuera del Poder Judicial. Se trata de las AFP, las cuales no estarían cumpliendo las órdenes emitidas por jueces/zas de familia, exigiendo, por ejemplo, a las mujeres que van a cobrar el dinero retenido la resolución del tribunal, pese a que la información está en línea a través de la plataforma Previred, o cuestionando si una resolución fue dictada en un proceso judicial en curso, pese a haber sido enviada desde los propios tribunales de familia.<sup>64</sup> Una abogada entrevistada ilustra este problema de forma clara: “Es que si no les llega (a la AFP) la orden de un juez, no se mueven... eso muestra como una desidia impresionante, la AFP no tiene ni una intención de pagar los 10% o sea, entre más se demoren mejor”.

El Poder Judicial ha culpado directamente a los fondos de pensiones por burocratizar este proceso, incluso se ha utilizado la expresión de desacato,<sup>65</sup> ante la demora de los pagos que han sido aceptados y avisados a las AFPs por parte de los tribunales. La Superintendencia de Pensiones ha explicado que estas dificultades se deberían a problemas de coordinación entre ambas entidades, y que los errores se han subsanado en su mayoría, quedando 60 mil casos pendientes que se irán solucionando.<sup>66</sup>

Por los problemas ocasionados, la Superintendencia de Pensiones llegó a un acuerdo con la Corporación Administrativa del Poder Judicial y emitió un oficio en el que instruyó a las AFP que se realizaran las solicitudes de retención a la brevedad posible, facilitando la realización del trámite. Según CIPER, este oficio facilitó el acceso al 10% a quienes no

61 La Tercera: “Pensión alimenticia: Poder Judicial alista plan ante eventual segundo retiro del 10%”, 15 de noviembre de 2020.

62 La Tercera.cl: “Traslado de jueces por retiro del 10% divide a la Corte de Santiago”, 17 de noviembre de 2020.

63 Poder Judicial, Cuenta Anual 2021.

64 La Tercera.cl: “El desacato de las AFP”, 16 de abril de 2021.

65 Pauta.cl: “Pensiones de alimentos: jueces reiteran ‘desacato’ y critican ‘burocracia’ de las AFP”, 31 de marzo de 2021.

66 El Mostrador.cl: “Presidenta de Asociación de AFP responde a la Suprema y asegura que están trabajando en el pago de retenciones del 10%”, 8 de abril de 2021.

tenían problemas con pensiones de alimentos, pero también a los que sí podían enfrentar una retención por ese motivo, sin existir datos que confirmasen cuántas personas se encontraban en esta última situación.<sup>67</sup>

#### ***b. Arrendamiento de predios urbanos. ¿A quién se debe proteger?***

El estudio de necesidades legales, de 2015, muestra que los problemas de incumplimiento de las condiciones pactadas en la compra o arriendo de una vivienda constituyen un problema justiciable, aun cuando sea en una baja proporción (1,0%). El estudio de 2020 muestra una tendencia similar y bajo la categoría “vivienda” da cuenta de este tipo necesidades fraseadas como problemas con el dueño del lugar (1,7%) y problemas con el arrendatario (1,0%).

Como sabemos, la pandemia ha traído consigo una serie de consecuencias, entre ellas, serios problemas económicos que se han manifestado, entre otros ámbitos, en los juicios de terminación de contrato de arriendo de predios urbanos seguidos antes tribunales de letras con competencia en materia civil.

Según relatan las personas entrevistadas, entre 2020 y 2021 se ha observado un aumento de este tipo de asuntos, situación que, en general, se atribuye a las dificultades económicas experimentadas por muchas personas, ya sea por la pérdida de sus trabajos o la disminución de sus ingresos. Un juez de competencia común de la V región señala: “Sí, yo creo que ha aumentado de forma importante... yo creo que uno podría decir que se han duplicado”.

Los jueces identifican algunos cambios en la configuración o características de estos casos en el contexto de la pandemia. Por ejemplo, un juez civil de Santiago da cuenta del aumento de demandados extranjeros que arriendan departamentos en el centro de Santiago o en comunas periféricas y señala que antes de la pandemia “... eran muy pocos los demandados de ese tipo y hoy día tú te percatas que efectivamente ese grupo de personas está siendo más afectado, probablemente, con la crisis económica y han caído en la situación de no pago de rentas”. Por su parte, una magistrada de Santiago observa un aumento de casos por no pago de renta de locales comerciales “... por ejemplo, de oficinas de abogados, increíble la cantidad de abogados que ya no tienen oficinas en el centro de Santiago, están todas dejándolas”.

Tal vez el aspecto más complejo en la tramitación de este tipo de juicios en el contexto de la pandemia han sido los lanzamientos de arrendatarios condenados judicialmente a restituir la propiedad arrendada. Si bien la Ley 18.101 permite a los tribunales, en casos graves y calificados, la suspensión de esta gestión por plazo no superior a 30

67 Ciper.cl: “Retención del 10%: el oficio de la Superintendencia de Pensiones que benefició a potenciales deudores de pensiones de alimentos”, 6 de abril de 2021.

días, pudimos detectar a través de las entrevistas que, al menos durante los primeros meses de pandemia, había una disminución en la dictación de estas medidas.

Un juez civil de la V Región señaló que, al inicio de la pandemia, no daba lugar a la fuerza pública para los lanzamientos, pero luego de un par de meses comenzó a decretarlos, pues no habría fundamento legal para negarse a tal petición y porque, además, no poseía elementos suficientes para determinar si efectivamente se trata de arrendatarios que realmente no puede pagar o, por el contrario, se trata de arrendatarios que no quieren hacerlo. Otro juez de la misma región sostuvo que al inicio “cuando no sabíamos cuánto tiempo... íbamos a estar en cuarentena, lo que hicimos fue lisa y llanamente a empezar a evitar ese tipo de situaciones que implicaban, necesariamente, una especie de intervención humana de exposición”, pero más tarde, observando que las cuarentenas seguían y que los lanzamientos eran poco frecuentes “intentamos flexibilizar un poco permitiendo los lanzamientos... siempre y cuando el ministro de fe constatará en terreno que no existían cuestiones de exposición ni de él ni de funcionarios policiales... y si él advertía que había muchas personas adentro de la casa que, si él advertía que dentro de la vivienda había niños chicos, si él advertía cuestiones que esencialmente generaban un riesgo más concreto y no solamente posible, sino que más bien probable, dejara sin efecto la gestión”.

Estas prácticas no fueron vistas con buenos ojos por abogadas y abogados litigantes. Un profesional de la V región considera que los tribunales han actuado con excesivo celo para proteger a los demandados, negando las solicitudes de fuerza pública para llevar a cabo un lanzamiento: “durante el año pasado (2020) prácticamente no hubo fuerza pública que hasta cierto punto se podía entender por el contexto en el que se estaba, pero al día de hoy no se justifica y sigue habiendo una predisposición por los tribunales a no otorgar auxilio de la fuerza pública. Aquí habría una mala interpretación de la ley, ya que se ha entendido que se dejaría en indefensión al ejecutado, lo que es ridículo porque no habría ninguna afectación ilegítima al ejecutado y se está poniendo la atención en el ejecutado y no en el ejecutante”.

En la misma línea, una abogada de Santiago sostiene que, durante este periodo, le ha resultado muy difícil ejecutar una sentencia favorable en este ámbito, pues “... no hay fuerza pública, la razón de esto al parecer sería por el tema de que escaseaban los carabineros para estos temas siendo la cantidad de marchas y protestas que hubo y que se hacía muy difícil la coordinación con Carabineros para que estos encontraran espacios para poder hacer una ‘fuerza pública’”.

Las problemáticas económicas y sociales asociadas a los lanzamientos en los juicios de arrendamiento están a la base de un proyecto de ley, presentado en abril de 2020 por un grupo de parlamentarios, cuyo

objetivo es precisamente suspender la realización de embargos y desalojos producto de la emergencia sanitaria.<sup>68</sup> Este proyecto cuenta con un artículo único que señala: “Producto de la situación de emergencia sanitaria que afecta al país, suspéndase la realización de embargos y lanzamientos, de bienes muebles e inmuebles, así como también de todo tipo de vehículos y embarcaciones, durante el período comprendido entre abril y diciembre del año 2020”.<sup>69</sup>

Durante la tramitación parlamentaria, el plazo se aumentó de 9 a 20 meses contados desde abril de 2020 hasta diciembre de 2021, con el fin de otorgar un plazo mayor para la recuperación económica post pandemia<sup>70</sup> y se agregaron, además, nuevas normas referidas al tipo de bienes que serían objeto de estas medidas: inmuebles destinados a la vivienda o uso comercial, salvo que se trate de bienes inhabitados, sin uso o hipotecados cuando se demuestre que el no pago de las rentas perjudica a su dueño. En estos casos, el juez/a podrá determinar si aplica o no la regla de la suspensión. En ambos casos, el plazo de suspensión será de hasta 12 meses contados desde el cese del estado de excepción constitucional,<sup>71</sup> con algunas salvedades.<sup>72</sup>

Durante la discusión parlamentaria, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos se manifestó en contra de una suspensión en forma genérica y a todo evento de estas diligencias, basándose en lo dispuesto por la Ley 21.226 que entrega a los jueces/zas un criterio para decidir si decretar o no una determinada actuación judicial (situación de indefensión), cuestión que podría darse en este tipo de asuntos, pero que debe ser analizada caso a caso.<sup>73</sup>

Este proyecto de ley, que al cierre de este trabajo se encontraba en segundo trámite constitucional en el Senado, ha sido objeto de muchas críticas. Se ha sostenido, entre otros aspectos, que constituye una vulneración del derecho de propiedad de los arrendadores y provoca la afectación “de un derecho adquirido, como sería el respectivo crédito

68 Boletín N° 13.408-07, de 2020. Este proyecto tiene su origen en una moción parlamentaria presentada por los diputados Renato Garín, Marcela Hernando, Cosme Mellado, Jaime Naranjo, Daniel Núñez, Joanna Pérez, Pablo Prieto, Alexis Sepúlveda y Raúl Soto.

69 *Ibíd.*

70 Comisión de Economía, fomento, micro, pequeña y mediana empresa, protección de los consumidores y turismo, (2020), 3y 4p.

71 Cámara de Diputadas y Diputados. Oficio N° 15.726, 4 de agosto de 2020. Punto 2, letra b).

72 No se suspenderán los lanzamientos de inmuebles si se trata de personas que adeuden diez o más meses de renta, contados desde la declaración del estado de excepción o de los dueños o poseedores de muebles a quienes se le condene al pago de 500 unidades de fomento o más por sentencia judicial ejecutoriada. Cámara de Diputadas y Diputados. Oficio N° 15.726, 4 de agosto de 2020. Punto 2, letra c).

73 Comisión de economía, fomento, micro, pequeña y mediana empresa, protección de los consumidores y turismo (2020), 3 y 4p.



del acreedor o arrendador”.<sup>74</sup> Pero, también se ha señalado que, en muchos casos, los arrendadores son personas que obtienen su única fuente de ingreso a través de la renta percibida de sus bienes raíces.<sup>75</sup> Otros consideran que una norma de estas características se justifica, pues busca “evitar que muchas familias sean echadas a la calle y que los comerciantes pierdan el local donde opera su negocio, y desde esta perspectiva, la norma parece razonable, pero, dada su extensión, termina por desconocer que del otro lado de esas familias y comerciantes hay un arrendador que también necesita del dinero de la renta o del inmueble, y que, probablemente, también se ha visto afectado por la pandemia, gravando sobre él todo el peso de la crisis económica”.<sup>76</sup>

Esta última cita da cuenta de la complejidad del abordaje de este tipo de conflictos, cuando llegan a la fase de ejecución, más aún en un contexto de crisis sanitaria y económica como la experimentada durante la pandemia. Ello, pues se trata de un fenómeno que plantea dos caras. Por un lado, la de los arrendatarios contra quienes se inician acciones legales que pueden devenir en sentencias condenatorias y eventualmente en el desalojo de la propiedad arrendada y, por otro, la de los arrendadores, quienes en caso de incumplimiento dejan de percibir las rentas pactadas que, en muchos casos, les sirven de sustento.

Desde la perspectiva de los arrendadores, los/las abogados/as entrevistados/as explican que sus clientes se han tenido en serios problemas para cobrar las rentas o para arrendar sus propiedades, si estas han sido desocupadas, razón por la cual han visto una baja de sus ingresos. Una abogada de Santiago señala que uno de sus clientes, que se dedica a arrendar locales comerciales “ha visto mermado sus ingresos por la pandemia porque no tiene, en general, a quien arrendarle sus locales. Si bien, en términos generales no hubo una baja sustancial, si hubo algunos meses en que estuvieron complicados”. Un abogado de la V región señala que “la mayoría (de sus clientes) son personas sobre 50 años, que son rentistas y que en general son dueños de placas comerciales o de locales... tenía un cliente que era dueño casi del 30% de los locales de la calle Condell en Valparaíso, calle que estuvo completamente cerrada durante todo el estallido social porque era una permanente zona de conflicto. Por lo anterior, sus arrendatarios le dejaron de pagar y él pasó por una gran crisis derivada de esta situación”.

74 El Mercurio Legal: “Proyecto que suspende embargo de bienes y de lanzamiento por la pandemia: lesivo a la seguridad jurídica y contrario a la Constitución”, 21 de agosto de 2020.

75 Juan Eduardo Figueroa, Informe en derecho proyecto de ley sobre suspensión de embargos, lanzamientos y remates públicos. Boletín N°13.408-07. p.5,

76 El Mercurio.cl: “Proyecto que suspende embargos y desalojos es ‘expropiación’ temporal, según abogados”, 16 de agosto de 2020.

Por su parte, un juez civil de Santiago indica que cuando los arrendadores son personas naturales, en general, antes de demandar, intentan negociar con el arrendatario y “perdonan cierto nivel de incumplimiento: uno, dos, tres meses, eso en realidad no le hace mucho problema, siempre y cuando las cuentas de servicios básicos y de gastos comunes (cuando existan) están pagados”, pero cuando se trata de arrendadores que están “en una situación bien como de línea porque tienen departamentos comprados con hipotecario que se pagan con el arriendo, entonces, el arrendador termina pagando el hipotecario sin recibir ingresos... entonces la gente lo único que quiere es que les entreguen el departamento o la casa”.

Respecto del proyecto de ley que busca la suspensión de los lanzamientos, las/os abogadas/os entrevistadas/os se manifestaron en contra de la idea, pues consideran se puede prestar para abusos de parte de los arrendadores. Un abogado de la V región sobre esta iniciativa señaló: “Mi opinión es mala, a mi parecer es un proyecto que está pensado en base a puros sesgos y falsas premisas, que cree que todos los arrendadores son el Banco de Chile o Wallmart”. Una abogada de Santiago considera que este tipo de situaciones habría que analizarlas caso a caso “ya que hay gente como las personas que viven del arrendamiento que podrían verse afectados. No es posible que haya personas que en más de un año no paguen las rentas, ya que la otra parte-arrendadora puede verse también seriamente perjudicada”. Agrega, que entiende “que hay necesidades y que hay muchas familias que se han tenido que ir de sus hogares. No obstante, lo anterior, también puede haber casos de abuso por parte del arrendatario, cosa que le ha tocado ver más en la práctica que casos de verdadera necesidad”.

Un juez de Santiago considera que la solución no pasa por suspender los lanzamientos, sino que se debe extender el plazo de 30 días máximo de suspensión de los lanzamientos, antes señalado: “A mí lo que me parece es que uno debiera abrir una puerta para decir ‘mire señor juez usted puede, no por 30 días, sino que, hasta 60 días, pero bajo determinados supuestos’ porque esa determinación de ciertos supuestos lo que permite es que las partes nuevamente conversen”. Sostiene que la conversación que se da en la etapa de conciliación no rinde frutos, pues recién se está iniciando el proceso y no hay incentivos reales para negociar, cuestión que cambia en la fase de ejecución de la sentencia. Por ello, sostiene que “la solución está... en la etapa de ejecución, abriría una instancia de negociación, porque ahí ya estamos con la suerte echada y ahí en realidad uno escucha razones más verdaderas... en la audiencia de conciliación primera, a la entrada del juicio, uno escucha puras expectativas”.

Por su parte, una jueza civil de Santiago sostiene que durante los primeros meses de la pandemia le parecía un despropósito decretar lanzamiento (de hecho ella señala que no lo hacía) pero hoy cree que la

situación ha cambiado: “... ya llevamos un año seis meses y aquí hay que mantener un equilibrio entre los derechos del arrendador y del arrendatario, no necesariamente el arrendador es el dueño del fundo, o sea, el arrendador muchas veces tiene esa segunda casa o, incluso, es la propia y está de allegado con otra gente y con eso come, con eso vive, entonces no, yo no estoy de acuerdo en la suspensión, incluso me parece que puede haber mucho abuso ahí... además, los jueces siempre tenemos la facultad de suspender el lanzamiento sin necesidad de ley cuando hay una situación humana a la que atender, ponte tu una persona enferma... en fin”.

Como vemos, el punto de quiebre en este tipo de casos son los lanzamientos. La pregunta que surge es como compatibilizar los derechos de arrendatarios y arrendadores en la fase de cumplimiento, especialmente en un contexto de serias dificultades económicas como las experimentadas producto de la pandemia.

## **2.2. La aparición de nuevas problemáticas asociadas al uso de las tecnologías. El caso de la mediación online**

Tal como se explicó en el primer apartado, el uso de las TICs en el marco de la pandemia de Covid-19 ha resultado ser un gran aliado a la hora de dar continuidad a la actividad judicial. Muchas actuaciones fueron autorizadas para ser realizadas vía remota, como los alegatos ante los tribunales superiores de justicia, lo que, unido al sistema tecnológico implementado a partir de la Ley de Tramitación Electrónica, ha contribuido a mantener la oferta de servicios judiciales a la ciudadanía.

Pero hay un área que quedo atrás en este proceso de mejoras tecnológicas y desarrollo de actuaciones en formato digital. Nos referimos a los mecanismos colaborativos de solución de controversias regulados en nuestra legislación, en particular a la mediación que opera en sede familiar.

Como sabemos, la Ley de Tribunales de Familia contempla una etapa de mediación previa y obligatoria para tres asuntos específicos: alimentos, régimen comunicacional y custodia de niños, niñas ya adolescentes. Desde una perspectiva procesal, se trata de un requisito de procesabilidad de la demanda, de modo que las partes que no llegaron a un acuerdo en mediación deben acreditar –al momento de presentar su demanda– haber realizado las gestiones antes señaladas (certificado de mediación frustrada). Para ello, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos tiene bajo su coordinación el sistema licitado de mediación familiar que asegura cobertura de mediación a nivel nacional a través de mediadores/as profesionales, previamente acreditados. Estos servicios son gratuitos para un importante segmento de la población.<sup>77</sup> En

77 Decreto 763. Aprueba reglamento de la Ley 19.968 que crea los tribunales de familia y deroga decreto N° 957 que aprueba normas reglamentarias necesarias para la ejecución de la Ley 19.968, 25 de mayo de 2009.

paralelo, se ha desarrollado un mercado de mediadores/as privados a los que las partes pueden acudir pagando sus honorarios de acuerdo con un arancel fijado por el Ministerio antes señalado.

Durante la pandemia este servicio de mediación se vio fuertemente limitado por las decisiones de la autoridad. En efecto, la Ley 21.226 de abril de 2020 dispuso que, durante la vigencia del estado de excepción, en aquellas materias en que se exige mediación previa y obligatoria – asuntos de familia y daños en salud– se pudiese iniciar las causas sin necesidad de acreditar el cumplimiento de esta gestión.<sup>78</sup> Por su parte, en marzo de 2020, el Ministerio de Justicia y DDHH tomó la decisión de suspender el sistema de mediación familiar lícitada que este órgano gubernamental administra, argumentando que “la inexistencia de medios tecnológicos impide preservar la integridad de los procesos de mediación y sus principios”.<sup>79</sup>

Así, tanto la Ley 21.226 como los instructivos del Ministerio de Justicia cerraron la puerta al desarrollo de la mediación familiar online que prevé la ley de Tribunales de Familia, lo cual se contraponía con la flexibilidad que el propio Poder Judicial había mostrado con el desarrollo de varias actuaciones judiciales, como audiencias y alegatos ante las cortes de apelaciones, permitiendo que ellas se hicieran a través de videoconferencias. Tampoco resultaba acorde a experiencias nacionales de mediación remota que se estaban desarrollando en esos momentos, como el programa “1000 Mediaciones On-Line Pro-Bono” de la Cámara de Comercio de Santiago o los servicios de mediación y arbitraje que prestaban los centros de mediación de la Corporación de Asistencia Judicial de la Región Metropolitana (CAJ RM) para algunas materias.

Estimamos que estas decisiones tuvieron un gran impacto en la resolución de conflictos de familia, principalmente de aquellos que aparecieron como más recurrentes durante la pandemia –como los alimentos y el régimen comunicacional–. Lo anterior debido a que las familias quedaron sin la posibilidad de acceder a mediación y con serias limitaciones de desarrollar un proceso judicial, pues, en caso de iniciarlo, la suspensión de las audiencias provocaría –a poco andar– su paralización.

En esta línea, una jueza de familia de Santiago considera que las decisiones de las autoridades repercutieron negativamente en este ámbito, señalando que hasta diciembre de 2020 no hubo mediación familiar. Sostiene que la mediación online “nos habría facilitado mucho las cosas, yo creo que no fue una decisión correcta, yo creo que el derecho en general y el derecho procesal, en general, se mira mucho desde el ideal,

78 Ley 21.226, art. 8.

79 Ministerio de Justicia, Pronunciamiento sobre la realización del proceso de mediación a distancia, 25 de marzo de 2020.

entonces como uno tiene una visión de trabajo práctico, uno lo que busca en los tribunales y la gente que trabaja en tribunales es buscar una solución concreta a los problemas que tiene en frente... el tema de la mediación, a mí la discusión francamente, al principio, me pareció un poco absurda, y muy teórica, muy académica, porque uno sabe que lo que hay que hacer finalmente es tratar de dar una solución con los medios que se tienen”.

Lo anterior es corroborado por una abogada y mediadora familiar privada, quien indica que no condujo procesos de mediación durante ese año y que, de hecho, junto a su socia, decidieron cerrar la oficina en el mes de julio de 2020. A su juicio, las autoridades no respondieron adecuadamente en este ámbito, debiendo haber dado facilidades para la mediación online, capacitaciones a mediadores/as, particularmente a los licitados/as, los que se vieron más afectados durante ese periodo.

Por estas y otras razones, meses más tarde y –luego de varios coloquios, gestiones del Colegio de Mediadores de Chile y reuniones con jueces/zas de familia–, ello se revirtió y al menos en el ámbito familiar, los jueces/zas están derivando a mediación, para lo cual se cuenta con protocolos de funcionamiento de la mediación licitada online.

Esta modalidad, a juicio de una de las entrevistadas, ha permitido un mayor acceso de las personas a la mediación: “... el tema por Zoom ha ayudado cualquier cantidad, que la gente como no se tiene que mover de su casa, que el estacionamiento, y que las 7 de la tarde y que los cabros chicos... se conectan a la hora que les digas, están mucho más disponibles, hay más disponibilidad para estar”. Sin embargo, plantea una preocupación en relación con el abordaje de las emociones en la mediación y el enfoque que se da al proceso: “el tema es cómo uno trabaja las emociones con las personas, entonces qué pasa, que se transforma la mediación en una cosa un poco más como más de Harvard, porque tienes que hacer sesiones individuales, y si bien, me ha tocado casos en que si los dos están de acuerdo en mediar y hay como buena onda, funcionan las sesiones conjuntas, en general, he tenido que hacer la mediación a través de sesiones individuales”.

Nos parece que estos hechos tuvieron una externalidad positiva que se manifestó en el contenido del proyecto de ley presentado por el gobierno, en septiembre de 2020, destinado a introducir reformas al sistema de justicia para enfrentar la situación luego del estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública. Esta iniciativa establece la posibilidad de realizar procesos de mediación familiar online, siempre que las partes estén de acuerdo y se establezcan reglas a las cuales deberá sujetarse esta modalidad de mediación, tales como la forma de contacto con las partes; la verificación de

identidad de estas y de un lugar adecuado para realizar la mediación; la prohibición de grabar, divulgar o reproducir las sesiones de mediación, entre otros.<sup>80</sup>

Esta norma abre paso a una nueva modalidad de mediación, especialmente adecuada en un contexto de pandemia, pero nos parece que puede operar también una vez que se retome el servicio judicial con una cierta normalidad cuando, por ejemplo, las partes viven en distintas regiones del país o incluso en el extranjero o bien cuando impedimentos físicos o económicos limitan el acceso a los centros de mediación.

El impacto de la discusión de la mediación familiar online fue más allá, alcanzando incluso a la reforma a la justicia civil. El 16 de abril de 2021 el presidente Piñera anunció la reactivación de la discusión de esta reforma y el despacho del proyecto de ley de mediación civil. Según se señaló, este último busca “fomentar la resolución de conflictos en materia civil y comercial, incorporando dentro del Poder Judicial una unidad especializada que prestará este servicio de manera gratuita a toda la comunidad”.<sup>81</sup> A través de una norma programática, se incorpora una disposición que obliga a los abogados, funcionarios de la administración de justicia y jueces, a promover métodos autocompositivos de resolución de conflictos, particularmente, la mediación.

La propuesta establece que la mediación civil, que será por regla general voluntaria y de manera excepcional, se establecerá como requisito de procesabilidad para la interposición de la demanda, es decir, previa y obligatoria para algunas materias: cobros de pesos, arrendamiento de bienes, indemnización de perjuicios, partición de bienes y algunas acciones de la ley que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores.<sup>82</sup> Si bien las indicaciones del Ejecutivo al proyecto de reforma a la justicia civil no regulan la posibilidad de realizar mediación de manera remota, creemos que ello no es óbice para que pueda ser objeto de discusión durante la tramitación parlamentaria o se integre al proyecto de mediación civil pronto a presentarse.

80 Boletín 13752-07 del Senado. En el mismo sentido, se presentó un proyecto de Ley que específicamente Modifica la Ley N°19.968, que Crea los Tribunales de Familia para autorizar la realización de la mediación por medios telemáticos, mientras se encuentre vigente el estado de excepción constitucional de catástrofe derivado de la pandemia por Covid-19. Boletín 14190-18.

81 Boletín 8197-07. Formula indicaciones al proyecto de ley que establece el nuevo Código Procesal Civil, 16 de abril de 2021.

82 *Ibíd.*

### 3. LA RESPUESTA DEL ESTADO Y DEL SISTEMA DE JUSTICIA FRENTE A LA PANDEMIA EN MATERIAS CIVILES

En esta sección se describen las diversas iniciativas provenientes del Estado, en general, y del sistema de justicia en particular, para tratar de mantener el servicio judicial a la vez de hacer frente a la pandemia de Covid-19. Las medidas adoptadas son de diverso carácter y fuente normativa, desde estrictamente la adopción de leyes y resoluciones administrativas, hasta decisiones jurisprudenciales. Todas esas medidas, de una u otra manera, han buscado dar respuesta a problemas generales y específicos derivados de la pandemia.

Junto con una descripción de dichas medidas, hemos querido recoger la opinión de diversos actores, jueces/zas y abogadas/os, de manera de contar con información que permita realizar una evaluación de su funcionamiento en la práctica, así como para identificar nudos problemáticos.

#### 3.1. Descripción de medidas adoptadas por el Estado

La principal medida utilizada por el Poder Judicial para combatir la pandemia de Covid-19 no surge exactamente durante la crisis sanitaria, sino que proviene de la implementación de la Ley de Tramitación Electrónica.<sup>83</sup> Vigente desde 2016, esta ley vino a generar un marco normativo que permitió la utilización de la carpeta electrónica y la Oficina Judicial Virtual, herramientas que hoy día permiten que toda la tramitación pueda realizarse por medios electrónicos y de manera remota.

Por supuesto, este cambio legislativo fue fruto de un progresivo crecimiento en la incorporación de tecnologías en el Poder Judicial chileno, lo que sin duda ha contribuido a la modernización de la institución, disminuyendo tiempos y costos asociados a la tramitación, además, de brindar acceso a la información que hasta ese momento solo era posible obtener presencialmente.<sup>84</sup> De esta manera, esta ley permitió que con la llegada de la pandemia el Poder Judicial se encontrara en buen pie para implementar el trabajo remoto, al mismo tiempo que los diversos intervinientes continuaran tramitando sus causas. Como veremos más adelante, en el caso chileno, el cuello de botella no ha estado en la tecnología disponible, sino en otras condiciones, algunas estructurales y otras más circunstanciales, pero que no dicen relación con la disponibilidad o los requerimientos tecnológicos institucionales.

83 Vigente en Chile desde el mes de junio de 2016. BCN, Ley 20.886, Modifica el Código de Procedimiento Civil, para establecer la tramitación digital de los procedimientos judiciales, 18 de junio de 2016.

84 Corporación Administrativa del Poder Judicial, *Poder Judicial en la Era Digital*, 2019, pp. 74-75.

La primera medida particular, de la que hemos tomado conocimiento, es el Auto Acordado 41-2020 de la Corte Suprema, adoptado el 13 de marzo de 2021, el cual reflejaba las primeras reacciones frente a la noticia de la llegada del coronavirus al país. Este cuerpo normativo expresaba dos objetivos fundamentales: salvaguardar la salud de colaboradores y funcionarios del propio Poder Judicial mediante la regulación del llamado “teletrabajo” y, en la medida de lo posible, dar cierta continuidad al servicio judicial, aprovechando los avances que, en especial en algunas áreas, ha significado la Ley 20.886 sobre tramitación electrónica.

Respecto del primer objetivo, este auto acordado se puede describir como uno que mira fundamentalmente hacia la organización interna del Poder Judicial regulando aspectos básicos para la realización del quehacer de sus funcionarios y jueces, ahora por medios remotos. De esta manera, regula diversos aspectos: cuál será la institución encargada de su implementación (la Corporación Administrativa del Poder Judicial),<sup>85</sup> la manera de controlar asistencia,<sup>86</sup> la obligación de mantenerse conectado por diversos medios (correo electrónico o teléfono),<sup>87</sup> la distribución y asignación de tareas,<sup>88</sup> el modo de evaluación del desempeño,<sup>89</sup> entre otros.

En este sentido, de acuerdo con información de la Corporación Administrativa del Poder Judicial, durante 2020 se crearon más de 12.000 cuentas VPN para usuarios internos e instituciones gubernamentales en convenio, permitiendo que funcionarios de los diversos tribunales y órganos del Poder Judicial pudiesen conectarse a la red interna y aplicaciones corporativas desde sus domicilios. Luego, durante el mismo período, se “...incrementó la cantidad de conexiones de la plataforma de videoconferencia, ofreciendo otros mecanismos de acceso, tales como plataformas Zoom y Cisco Webex, permitiendo aumentar de 50 a cerca de 2.500 videoconferencias diarias con más de 26.000 participantes, llevándose a cabo más de 383.000 sesiones durante 2020, considerando tanto las reuniones en diversos ambientes colaborativos, así como también, las audiencias de los tribunales de justicia. Además, se adquirieron cerca de 900 computadores portátiles para ser distribuidos a ministros y jueces en los distintos Tribunales del país.”<sup>90</sup>

En el Auto Acordado 41-2020 no son muchas las orientaciones para el usuario del sistema. En lo que se refiere al ámbito civil, básicamente permite que alegatos ante tribunales superiores y audiencias

85 Véase: Auto Acordado 41-2020, arts. 22 y siguientes.

86 *Ibíd.*, art. 8.

87 *Ibíd.*, art. 9.

88 *Ibíd.*, art. 10.

89 *Ibíd.*, art. 11.

90 Poder Judicial, Cuenta Pública 2021.



en tribunales inferiores sean realizadas mediante plataformas dedicadas de videoconferencia u otros medios que sean aprobados por las unidades administrativas correspondientes. En este sentido, no hace más que establecer que este tipo de actuaciones se podría realizar por vía remota, dependiendo de la disponibilidad técnica,<sup>91</sup> con carácter eminentemente voluntario,<sup>92</sup> y, en cualquier caso, “velando en todo momento por la vigencia de los derechos y garantías procesales de las partes e intervinientes.”<sup>93</sup>

Tres días después, el mismo máximo tribunal emitió un nuevo auto acordado que vino a especificar algunas de las cuestiones anunciadas en el anterior, sobre todo respecto de la necesidad de conciliar el objetivo de protección de la salud de los diversos actores y el de continuar brindando el servicio judicial. Así, señala que más allá del trabajo remoto, habrían ciertas cuestiones que por considerarse “urgentes” podrían continuar viéndose o telemáticamente o de manera presencial a través de un sistema de turnos mínimos y, cuando ello conlleve la asistencia de actores externos, se haga respetando las recomendaciones de la autoridad sanitaria vigente.<sup>94</sup> Fuera de lo penal, estos aspectos urgentes eran, en materia de familia, aquellos relacionados con medidas de protección y cautelares referidas a niños, niñas y adolescentes, entrega inmediata, autorización de salida del país, alimentos provisorios, entre otros.

En materia laboral, se refería a los asuntos relacionados con derechos fundamentales de los trabajadores, así como con aspectos alimenticios y condiciones laborales discriminatorias e inadecuadas. En materia civil, se señala expresamente que, dado que la tramitación es fundamentalmente a través de la Oficina Judicial Virtual, la atención de público se restringe a aspectos urgentes –sin definir que, se entiende por ellos–. Así, se busca que actividades como la recepción de documentos de custodia, autorizaciones de poder, y retiro de cheques, se adapten a esta modalidad. En este último aspecto, resulta particularmente relevante el hecho de que se permite que las audiencias iniciales de los juicios sumarios o en materia de reorganización y quiebra, se realicen presencialmente, en espacios habilitados para ello, con las medidas sanitarias adecuadas.<sup>95</sup>

El 31 de marzo de 2020, el Auto Acordado 51-2020 vino a establecer un protocolo para el anuncio y alegatos ante los tribunales superiores, permitiendo que ambos actos procesales puedan ser realizados a distancia y de manera virtual. Así, los alegatos podrían realizarse por diversos medios compatibles con aquellos empleados por el Poder Judicial, pudiendo acreditar su identidad por esa misma vía. En esta regulación, además, se

91 Auto Acordado 41-2020, art. 26.

92 *Ibid.*, art. 25-28.

93 *Ibid.*, art. 28.

94 Auto Acordado 42-2020, N° 2.

95 Auto Acordado 42-2020, N° 2-10.

coloca bajo la responsabilidad de los propios abogados/as el disponer de los medios tecnológicos necesarios para efectuar sus alegatos.<sup>96</sup>

Desde el punto de vista legislativo, la Ley 21.226 entró en vigor el 2 de abril de 2020 y fue –se podría decir– la primera regulación comprensiva respecto del quehacer judicial durante la pandemia, estableciendo un “régimen jurídico de excepción” para los procesos judiciales. La característica central de esta ley es que se establece como principal medida un *deber* a la Corte Suprema de ordenar la suspensión de las audiencias que debiesen realizarse mientras durase el estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública, decretado el 18 de marzo de 2020, que se ha prorrogado en varias ocasiones y, en general, extendido ininterrumpidamente hasta la fecha de cierre de este capítulo.<sup>97</sup> Extiende también esta política general de decretar suspensiones a tribunales especiales, arbitrales ad-hoc u otros institucionales, todos los que *podrían* suspender las audiencias a realizar en el marco de sus procedimientos, de nuevo, salvo por asuntos que se consideren como “urgentes”.<sup>98</sup> Así, por ejemplo, el Instituto Nacional de Propiedad Industrial dispuso, en una circular del 14 de abril de 2020, la suspensión de todas las audiencias que corresponda realizar en el marco de los procedimientos contenciosos que se tramitan ante dicho organismo, debiendo reagendarse para el tiempo más próximo posible, posterior al cese del estado de excepción constitucional.<sup>99</sup>

Esta suspensión, señala la ley, debiese hacerse efectiva toda vez que sea un hecho público y notorio que, a consecuencia de las restricciones sanitarias, como las limitaciones a la movilidad o al ingreso o salida a determinadas zonas, las audiencias no podrán realizarse, por faltar a la bilateralidad, la contradictoriedad, la apreciación de la prueba, el impulso procesal de las partes, la publicidad y otras garantías básicas del debido proceso. Luego, bajo este régimen de suspensión, solo podrían realizarse aquellas audiencias y vistas de causas que fueran caracterizadas como “urgentes”, las que podrían ser realizadas por vía telemática o remota,<sup>100</sup> y, en todo caso, asegurando las condiciones para el cumplimiento de las garantías del debido proceso.<sup>101</sup>

Posteriormente, se instituyen una serie de medidas para cautelar los derechos de los justiciables durante el régimen de suspensión. Así, se

96 Auto Acordado 51-2020. Disponible en:

97 El estado de excepción constitucional fue declarado por Decreto Supremo N° 104, del 18 de marzo de 2020, por un plazo de 90 días. Este ha sido prorrogado por iguales períodos de manera ininterrumpida y sucesiva a través de los decretos N° 269, publicado el 16 de junio de 2020, N° 400, del 12 de septiembre de 2020, N° 646, del 12 de diciembre de 2020, y por el N°76 del 13 de marzo de 2021.

98 Ley 21.226, art. 2.

99 Instituto Nacional de Propiedad Industrial, Circular N° 42.630, del 14 de abril de 2020.

100 Ley 21.226, art. 1.

101 *Ibid.*, art. 10.

establece que ninguno de estos tribunales –ordinarios o especiales– podrían decretar diligencias que causaren la indefensión de las partes o intervinientes, entendiéndose por tal una vulneración a las garantías del debido proceso.<sup>102</sup> Más allá de lo anterior, la ley no señala qué trámites en específico, que intentasen llevarse a cabo, pudieran causar indefensión. Por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Concepción ha señalado que la notificación de una demanda no causa indefensión al demandado, en tanto la tramitación de un proceso civil es electrónica y porque la propia ley consagra mecanismos que permiten alegar entorpecimientos, de haberse producido.<sup>103</sup>

Adicionalmente, los términos probatorios que se hubiesen encontrado corriendo o debiesen empezar a correr durante la vigencia del estado de excepción, también se entienden suspendidos hasta diez días hábiles luego de que este haya cesado.<sup>104</sup> De manera similar, y de particular relevancia en el ámbito no penal, se señala que se entenderá interrumpida la prescripción de las acciones por la sola presentación de la demanda –siempre y cuando esta sea declarada admisible y liberando a la parte del trámite de mediación previa obligatoria en aquellos casos en que procede– y su notificación válida dentro de los cincuenta días hábiles siguientes a la fecha en que este termine.<sup>105</sup>

El 8 de abril de 2020, la Corte Suprema dicta el auto acordado 53-2020 que tuvo por objeto –además de sistematizar la normativa los auto acordados anteriores– dar implementación a lo establecido en el “régimen jurídico de excepción” de la Ley 21.226. Se trata de un acordado en el que por primera vez, más allá de lo “urgente” y la política de “suspensiones”, se pone el acento en lo importante de la continuidad del servicio desde el punto de vista del acceso a la justicia, manteniendo un balance con otras garantías del debido proceso, el principio de transparencia y el resguardo de la salud.<sup>106</sup> Con estos fines, se señala que el Poder Judicial “... procurará utilizar todos los medios tecnológicos con que cuente, privilegiando su utilización flexible, actualizada y oportuna, siempre y cuando no constituya un obstáculo al ejercicio de los principios básicos que se han enunciado, y se respete plenamente los derechos de los intervinientes y partes...”<sup>107</sup>

En este sentido, aunque se señala que los tribunales deben reorganizarse para preferir el conocimiento de cuestiones que se consideraran como prioritarias (medidas cautelares urgentes, violencia intrafamiliar

102 *Ibíd.*, art. 3.

103 Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 863-2020, sentencia del 16 de junio de 2020.

104 Ley N° 21.226, art. 6.

105 Ley N° 21.226, art. 8.

106 Auto acordado 53-2020, art. 3.

107 *Ibíd.*, art. 6.

o de género, acciones de amparo y protección y otras que puedan estar relacionadas con cautela de derechos fundamentales),<sup>108</sup> se establece que los tribunales inferiores y superiores deben continuar conociendo de los asuntos que deban conocer, aunque sea bajo modalidad remota y siguiendo la normativa vigente hasta ese momento.<sup>109</sup>

Para efectos de dar continuidad al servicio se señala por ejemplo, que, para efectos de las notificaciones, los tribunales deben promover que las partes fijen en sus primeras presentaciones formas especiales y expeditas de contacto, prefiriendo teléfono celular y correo electrónico.<sup>110</sup> En este mismo sentido, el 30 de junio de 2020, se promulgó una ley que permitió la notificación electrónica en el marco de los procedimientos seguidos ante los Juzgados de Policía Local. Una modificación legal cuya discusión se inició antes de la pandemia y que básicamente buscó equiparar dicha jurisdicción a las demás de la justicia ordinaria, luego de que entrara en vigor la ley de tramitación electrónica el año 2016, pero que dado el contexto vio acelerada su aprobación y promulgación.<sup>111</sup>

Respecto a la celebración de audiencias, dispone que fuera de las cuestiones consideradas como urgentes, las audiencias de los Juzgados de Letras, los Juzgados con Competencia en Materias de Familia, los Juzgados de Letras del Trabajo y los Juzgados de Cobranza Laboral y Previsional, y los tribunales unipersonales de excepción, no se entenderán suspendidas y se privilegiará el uso de la vía remota para su desarrollo.<sup>112</sup>

Por otro lado, solo se establece la posibilidad de desarrollar audiencias con la comparecencia personal de las partes cuando sea necesario e indispensable y cuando el uso de medios tecnológicos pueda generar indefensión en alguna de ellas. En esos casos, se ordena que se extremen las medidas para evitar cualquier riesgo de contagio, y el empleo de todas las herramientas de que se disponga para proteger la salud y la vida de funcionarios.<sup>113</sup>

### **3.2. Análisis de las medidas generales e identificación de algunos aspectos problemáticos**

En general, las/os abogadas/os entrevistadas/os coinciden en que la implementación de tecnología que ha hecho el sistema de justicia ha sido positiva. Así, se destaca, por ejemplo, la posibilidad de poder litigar o alegar en cortes de todo el país, como un beneficio desde el punto de vista del acceso a la justicia. Un abogado de regiones señala que: “...

108 *Ibíd.*, art. 11.

109 *Ibíd.*, art. 10.

110 *Ibíd.*, art. 12.

111 BCN, Ley 21.241, 30 de junio de 2020.

112 Auto acordado 53-2020, art. 17.

113 Auto acordado 53-2020, art. 22.

para mí como abogado ha sido una muy buena experiencia, ya que me ha permitido alegar en distintas partes del país desde el lugar donde yo vivo.”

A su vez, un juez de Santiago señalaba: “El uso de la tecnología lo que ha permitido es a continuar con la tramitación del juicio, eso no me cabe la menor duda. Es lo que nos ha permitido, con un buen sistema de tramitación electrónica, que eso es indudable, ha permitido que el sistema no colapse en términos de paralización total. También ha permitido que mucha gente que no tenía el acceso directo al tribunal lo haga sin tanta mediación... ha permitido, sí, que hay gente que antes no ingresaba al tribunal porque no tenía cómo venir.”

De acuerdo con una encuesta realizada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales a abogadas/os litigantes –en el marco de un trabajo presentado al Concurso Internacional de Semilleros de Derecho Procesal, que organiza el Instituto Colombiano de Derecho Procesal–, el 77% de los encuestados señaló haber usado videoconferencias para la realización de alguna diligencia ante un tribunal, calificando dichas experiencias de un modo positivo.<sup>114</sup> Los jueces/zas entrevistados/as comparten también esta apreciación en general. Una jueza de la Región Metropolitana nos señala, refiriéndose a la implementación de tecnología ya antes de la pandemia a través de la Ley de Tramitación Electrónica: “Yo creo que el Poder Judicial chileno ha sido absolutamente innovador y señero en comparación a los países vecinos. ...[C]reo que otorga transparencia, permite también realizar una mejor gestión porque uno va monitoreando de mejor manera las respuestas que te da el usuario, lo que se recibe, es mucho más certero... Creo que eso también ha implicado para los abogados un desafío, porque cualquier cliente... puede entrar a mirar lo que está pasando en su causa independientemente de lo que los abogados/abogadas le digan. Creo que si no hubiésemos tenido esta herramienta esto habría sido un desastre con la pandemia porque...nos ha permitido trabajar desde el lugar en que queremos.”

Sin embargo, los entrevistados/as hacen un reparo en relación con el equipamiento tecnológico, en el sentido de que, en muchas ocasiones, los propios funcionarios tuvieron que proveerse de lo necesario para desarrollar su labor por estos medios. En ese sentido, un entrevistado de regiones, nos señala que “desde el punto de vista de infraestructura... inicialmente no contamos con ningún apoyo muy formal. Entonces empezamos con nuestros equipos con cuentas que, inicialmente, se armó el administrador y de ahí se consiguió unas cuentas Zoom con

114 Varios Autores, “El Sistema Judicial en crisis: la inteligencia artificial como solución al acceso a la justicia”, *Semilleros de Derecho Procesal*, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, 2020, p. 10.

la Corporación (Administrativa del Poder Judicial) que ya se estaban implementando para jornadas, para charlas, para semanarios, etc. Ya se contaba con el recurso de la plataforma, pero no se contaba con equipos, así que nosotros empezamos a usar nuestros propios equipos. De hecho, hasta el día de hoy ...nuestros funcionarios, en su gran mayoría, ocupan sus propios equipos, salvo algunos casos excepcionales. En ese sentido, no tuvimos tanta cobertura como hubiésemos deseado, de hecho, hasta el día de hoy todavía yo estoy solicitando un computador, va a terminar la pandemia, y todavía no me llega.”

No obstante lo anterior, la principal crítica que hacen diversos actores entrevistados se refiere a que, a pesar de la profusa regulación vía autos acordados y legal, se ha carecido de un marco de regulación común para los diversos intervinientes sobre cómo debían operar de manera remota. Ello habría generado una enorme dispersión de criterios y formas de proceder incluso entre tribunales de una misma jurisdicción.

En relación a la comparecencia a audiencias virtuales, un entrevistado señala: “... Si bien ha existido buena voluntad de la Corte Suprema para intentar resolver o uniformar esto, lo cierto es que no hay una regulación especial y no está claro, no se establece... con la claridad que correspondería, en qué materias y de qué maneras debiese garantizarse las comparecencias, las incorporaciones de pruebas, en qué audiencias va a ser tolerado que la prueba testimonial sea rendida por videoconferencia y en cuáles no. Esto es importante porque el grado de certeza que se requiere para la acreditación de los hechos tiene estándares distintos en las distintas materias... Este debiese ser, esencialmente, un tema legislativo, lo que hizo el Poder Judicial fue intentar resolver algo que no estaba siendo resuelto a nivel legislativo a través de principios que intentaron garantizar, mínimo, para un debido proceso y los tribunales así lo entendieron en aquellos casos en los que los jueces de instancia tenían que seguir adelante.”

A este respecto, un particular problema se generó a partir de la suspensión de términos probatorios, establecida en el artículo sexto de la Ley 21.226, durante todo el tiempo que durase el estado de excepción constitucional. En materias civiles, y a pesar de tratarse de un procedimiento eminentemente escrito, en aquellos casos que incluyen prueba testimonial, esta prueba es dirigida –salvo en algunos tribunales que han innovado en la materia– por parte de receptores judiciales, quienes se encargarán de realizar las preguntas a los testigos –una vez propuestas por los y las abogadas– y de registrar sus respuestas. Este tipo de trámites no ha podido ser realizado y ha implicado una paralización de una gran cantidad de asuntos durante un lapso de tiempo que se ha extendido desde abril de 2020 hasta lo que va de 2021. De acuerdo con algunas fuentes, incluso hay procedimientos donde se ha decretado términos de prueba para la resolución de incidentes –lo que procede

excepcionalmente y rara vez en la práctica— de manera, justamente, de poder suspender la tramitación de gran cantidad de causas. Un entrevistado, en este sentido, señala que “llama la atención que en procedimientos por audiencia como en materia laboral sea posible avanzar y en aquellos escritos, donde habría mayor potencial de tramitar de manera remota, se encuentre totalmente parados.”

El propio Poder Judicial ha manifestado una posición crítica respecto a esta norma al informar el proyecto durante su tramitación legislativa. Así, se señalaba que “Esta solución radical contrasta con la posibilidad que tienen los jueces y funcionarios del Poder Judicial y los litigantes de seguir operando desde sus hogares y oficinas, sin riesgo para su salud por exponerse a desplazamiento, presentando demandas, escritos y resolviéndolas, e incluso dictando sentencias, dando de esa manera continuidad al servicio judicial y a la tutela efectiva de los derechos, aun con todas las limitaciones que un escenario como el actual se impone a la consecución de tales fines.”<sup>115</sup>

Ante lo extenso de la suspensión y lo grave que ello puede resultar respecto de los derechos de las personas, ciertos tribunales han intentado avanzar en algunos tipos de asuntos, como aquellos relativos al arrendamiento de predios urbanos u otros tramitados en procedimiento sumario, los cuales normalmente funcionan en base a una audiencia única de contestación, conciliación y prueba.

El problema es que ello ha generado una importante diferencia de criterios entre tribunales. Así, una jueza de regiones nos mencionaba: “En civil ...lo único que tenemos paralizado fueron, esencialmente, las causas en las cuales se nos ordenó suspender...el probatorio por el art. 6 de la 20.226, pero a pesar de eso, nosotros igual hicimos un avance importante de varias causas, arrendamiento, sumarios especiales,... empezamos a avanzar mucho con las audiencias, incluyendo algunas de prueba cuando nosotros empezamos a agendar audiencias de contestación, conciliación y prueba..., otorgándole a las partes la posibilidad de oponerse dentro de un plazo que les fijamos. La verdad es que tuvimos mucha colaboración de los abogados y de las partes... como te digo, las partes se presentaban en videoconferencias así que empezamos a avanzar a pesar del tenor de la ley, entendiéndolo que, en el fondo, el tiempo tenía que ver con una disposición, el debido proceso entendido también como la posibilidad de exigir la resolución de un conflicto de forma oportuna.” En Santiago, en cambio, un juez nos señalaba: “Lo único que nosotros hicimos como una cuestión de gestión...es que yo no he paralizado los probatorios en los casos en que las partes no deciden presentar testigos porque considero que el plazo es fatal solamente para la prueba de testigos y como el plazo fatal en

115 BCN, Historia de la Ley 21.226, 2 de abril de 2020.

arrendamiento es la única audiencia, por lo tanto, nada me impide a mí para dictar un fallo.” Esto lo confirmaba un abogado entrevistado, que señalaba “muchas testimoniales las han hecho los mismos tribunales de forma online, mientras que en otras si le han pedido hacerla por medio de receptor lo que demuestra que todo depende del tribunal.”

Un juez civil, refiriéndose al procedimiento de arriendo, señalaba: “Lo que pasa, eso pasa básicamente por la interpretación que tenga el tribunal respecto de cómo funciona el artículo sexto, porque en este caso en particular hay dos interpretaciones...Algunos tribunales que dicen ‘mire sabe que, en este tipo de juicio, no existe el término probatorio, porque es una audiencia pública, que parte con el requerimiento y termina con la situación de sentencia, entonces no me vale el término probatorio así que no se aplica el artículo sexto y vamos andando’. Esa es una tesis que partió muy minoritaria, pero que a lo largo del desarrollo del año y medio que ya llevamos se ha vuelto, no sé si mayoritario, pero si con buenos números. Y el otro número de interpretaciones es esa que dice ‘no, sabe que una vez llegado al artículo seis, hasta aquí llegamos’, entonces, se tiene por contestada la demanda, se hace el intento de conciliación y se dice ‘bueno hasta aquí llegamos’”.

Un segundo nudo crítico, de acuerdo con nuestros entrevistados, han sido las notificaciones, sobre todo respecto de aquellas que deben realizarse por vía de un funcionario privado como los receptores judiciales, como ocurre con la notificación personal o por cédula. Tal como menciona un entrevistado: “En periodo de pandemia ha sido muy difícil que los receptores hagan su trabajo de forma muy rápida, no porque no quieran hacerla, sino que efectivamente su trabajo implica un desplazamiento físico, implica tener contacto con personas, entonces algunos son reticentes a hacer las gestiones por obvias razones de carácter de salud, no quieren verse expuestos a enfermarse, porque en otros caso, incluso queriendo, les resulta difícil, por las fiscalizaciones, por controles, por desplazamientos, por tacos, por todo lo que significa el desplazamiento hoy en día.” Otra jueza señala, a propósito del procedimiento de arrendamiento, que: “...la notificación...siempre se demoran en eso, las audiencias se caían porque no estaba notificada la parte, porque no podía venir, qué se yo y eso se ha mantenido, los receptores siempre han sido una piedra de tope y yo creo que eso debería estar reformado hace rato, deberíamos estar notificando por el celular, pero la ley se mantiene, así que no hay mucho que hacer.”

Finalmente, un abogado entrevistado se refería a la enorme fragmentación que hay en materias civiles, de la siguiente manera: “Los usos o prácticas de cada tribunal se han visto replicadas en la tramitación electrónica. Esto porque no hay una plataforma unificada, para acceder a través de ella a cada uno de los tribunales del país a fin de realizar los trámites que uno tiene que hacer en un juicio. Lo único que



ha hecho el Poder Judicial en este sentido es establecer una guía de ayuda que básicamente deriva a cada tribunal, pero una vez derivado, uno tiene que hacer todo lo que el tribunal específico exija para el trámite que se quiere realizar. Por lo tanto, no hay uniformidad, ni siquiera en las cortes; por ejemplo, cada Corte de Apelaciones tiene su propio sistema para llevar sus trámites.”

Una manera de sintetizar estos nudos críticos es que, si bien la tecnología tiene el potencial de ampliar el acceso, ello depende en gran medida de cómo y con qué fines sea utilizada. El problema identificado por nuestros/as entrevistados/as es que, si bien se ha avanzado en modernización, en muchos tribunales esto ha redundado en repetir conductas antiguas ahora en un nuevo formato. Para un juez civil, esto ha ocurrido por una falta de decisión de parte del máximo tribunal de uniformar criterios y sobre todo de dar lineamientos sobre cómo deben hacerse las cosas. De parte de este, se habría señalado que eso no es posible por la necesidad de preservar la independencia judicial, pero según el juez entrevistado, no se trata de incidir en la manera en que los jueces fallan, sino en la forma en que debe realizarse el trabajo diario: “... hay razones culturales mal entendidas, porque nosotros, un grupo de jueces a nivel nacional, preparamos todo un protocolo de cómo se debían desarrollar las audiencias... y cuando lo presentamos a la Corte Suprema, validado por los jueces de primera instancia... la respuesta institucional fue decir ‘sabe que, nosotros no podemos obligar al juez que haga esto’. Entonces, lo que yo creo, es que la Corte Suprema se confunde, se confunde en términos de decir ‘oiga sabe que tiene que trabajar así y estas son las formas de trabajar’, ‘está bien señor juez, no le voy a decir a usted cómo debe resolver, por supuesto que no, pero sí le puedo pedir que usted esté presente en las audiencias, que usted tenga una programación de audiencias que desarrolle razonablemente”.

No obstante, lo anterior, en general nuestros/as entrevistados/as reconocen que la tecnología ha permitido mantener el acceso a la justicia. Un entrevistado señala al respecto: “Yo creo que ha mejorado sustancialmente el acceso a la justicia. Pensemos desde el punto de vista temporal, si uno fija audiencias de carácter técnico a través de videoconferencias, todos, los abogados y el tribunal, no tienen que desplazarse a sus lugares de trabajo. Así, hay más tiempo de comparecencia porque hay desplazamientos que no es necesario efectuar. Desde el punto de vista del acceso a la justicia de los involucrados... la gente en muchos casos no tiene plata ni siquiera para la micro y muchas de las incomparecencias se deben a problemas socioeconómicos que vienen informados, por ejemplo, en las causas de familia que indican derechamente que la gente no tiene plata para ir al tribunal. Esto se ha arreglado de forma bien dramática... en un país con acceso a mucha tecnología. El mayor problema que podrían tener es con la conexión a

internet, pero la gran mayoría de los casos se están conectando con los smartphones a las audiencias, entonces, no tienen problemas, o sea, no tienen problemas para conectarse, pero sí les falta la plata para llegar en micro al tribunal y eso ha generado que en muchos casos se presenten. Ha facilitado, también, el acceso a la información porque hay abogados que están litigando desde todas las partes de Chile sin necesidad de efectuar traslado, ha generado alta competencia, también, dentro de los abogados, lo que significa que para los abogados es más simple llegar a un tribunal y eso hace que para cualquier persona sea mucho más simple tener acceso a un abogado que tenga tiempo para ir a una audiencia. Eso también ha generado mayores salidas colaborativas, los abogados tienen mejor disposición y además tienen mejor ánimo porque están trabajando desde sus casas y yo creo que en muchos casos, en la gran mayoría de los casos, se permiten herramientas técnicas que permiten que son bastante más cómodas como la revisión de documentos ya que hoy en día se revisa todo por el sistema.”

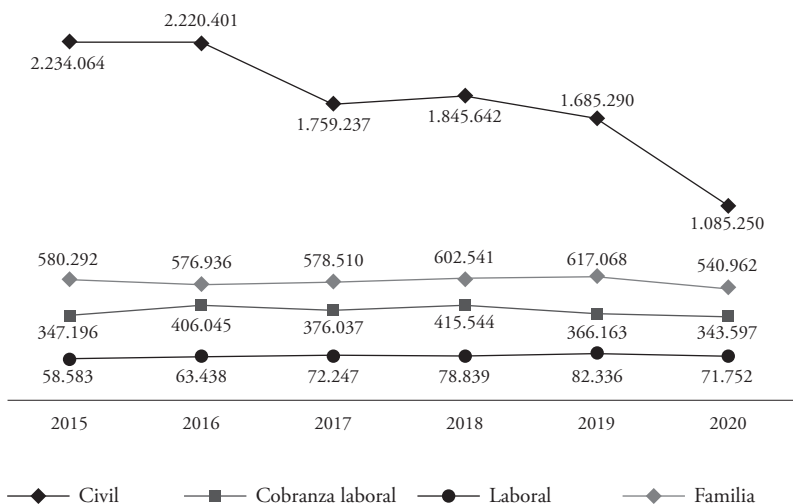
### **3.3. El impacto en carga de trabajo y barreras de acceso**

Los ingresos de causas durante 2020 experimentaron una fuerte caída, sobre todo en el ámbito civil propiamente tal, o lo que podríamos denominar en “sentido estricto” (y por oposición al sentido amplio al que nos hemos referido antes y que abarca lo “no penal”). En este último, puede verse una caída de -35,6% sobre el promedio nacional o respecto de otras materias “no penales”. Esta fuerte caída, de acuerdo con datos del propio Poder Judicial, podría explicarse sobre todo por los menores ingresos de gestiones preparatorias de la vía ejecutiva (-53,64%) –que ocupa una proporción importante los ingresos civiles en sentido estricto–<sup>116</sup> y llamando particularmente la atención la caída en asuntos tramitados en procedimiento ordinario (-66,34%) y sumario (-28,30%).

Estas caídas tan importantes pueden deberse justamente a aspectos como los mencionados, en tanto estos procedimientos requieren trámites presenciales ante un receptor judicial (como el reconocimiento de una deuda en las gestiones preparatorias de la vía ejecutiva, o una testimonial en el procedimiento ordinario o sumario). No obstante, es necesario notar que la caída del ingreso civil no es fruto únicamente de la pandemia, sino que, desde 2015 en adelante, es posible observar una tendencia negativa sostenida en el tiempo, aunque probablemente no en el mismo nivel que a partir de 2020.

116 Ricardo Lillo, “La justicia civil en crisis. Estudio empírico en la ciudad de Santiago para aportar a una reforma judicial orientada hacia el acceso a la justicia (formal)”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 47 N° 1, pp. 119-157, pp. 125-126.

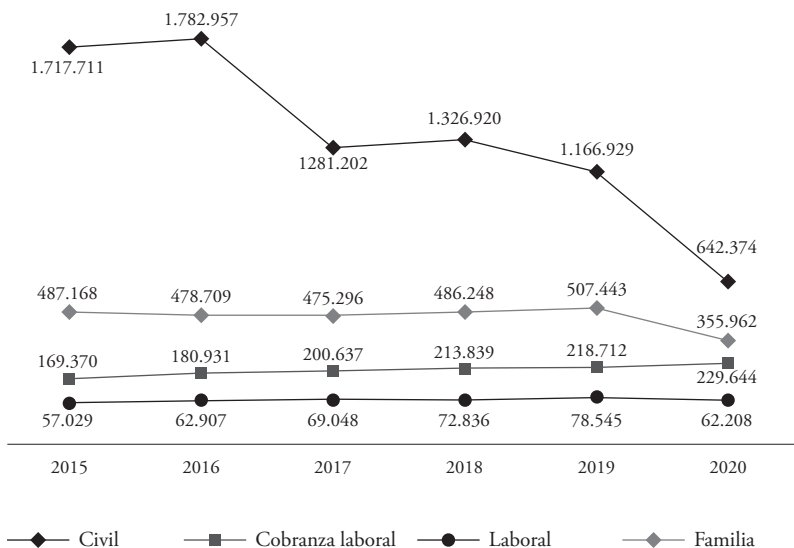
**Gráfico 1: Ingresos en materia no penal en tribunales de primera instancia**



Fuente: Corte Suprema, Acuerdo del Pleno del 28 de julio de 2021.

Una manera de evaluar el trabajo remoto puede ser comparar la producción de los tribunales de primera instancia durante la pandemia, en términos de la variación de causas terminadas. En este sentido, de acuerdo con los datos del propio Poder Judicial, en la justicia civil propiamente tal hubo una disminución, en comparación al año 2019, de un -44,92%, mayor al promedio nacional (-27,46%) y a otras jurisdicciones como familia (-29,97%), laboral (-20,8%), y cobranza laboral (que presenta un aumento del 5%). Probablemente por la disminución del ingreso, también los términos anuales presentan una baja si se compara a partir de 2015 en adelante.

**Gráfico 2: Términos en materia no penal en tribunales de primera instancia**

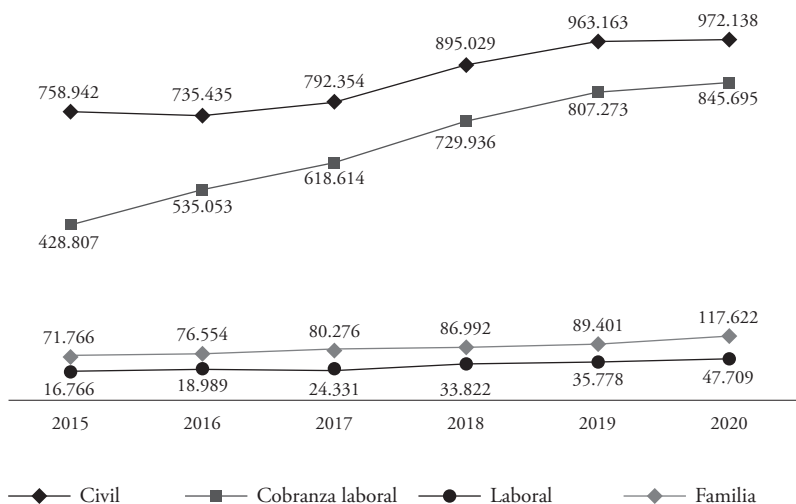


Fuente: Corte Suprema, Acuerdo del Pleno del 28 de julio de 2021.

Por supuesto, la disminución de términos redonda en el aumento de causas pendientes de resolución al final de 2020, en comparación con el mismo periodo de 2019. Ello es posible de observar en todas las jurisdicciones. Llama la atención, sin embargo, que la diferencia en este punto entre asuntos civiles en sentido estricto y otras materias no penales, no alcanza la misma proporción que respecto de los ingresos y términos. Esto puede deberse al tipo de términos mayoritarios en materias civiles, referidos a asuntos de cobranza –en su mayoría de tramitación masiva– que terminan archivados sin movimiento o sin siquiera ser notificados a los demandados.<sup>117</sup>

117 *Ibíd.*, p. 141.

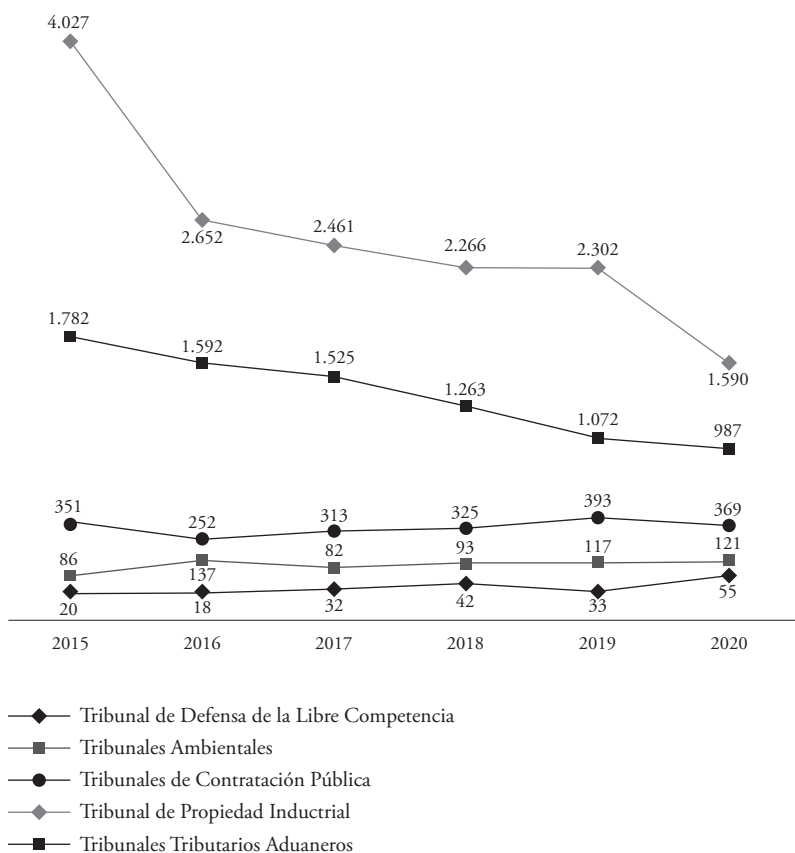
**Gráfico 3: Causas pendientes en asuntos no penales en tribunales de primera instancia**



Fuente: Corte Suprema, Acuerdo del Pleno del 28 de julio de 2021.

Como dijimos, la medida de suspensión que permitió la Ley 21.226 afectó tanto al Poder Judicial como a tribunales especiales. Sin embargo, respecto de estos últimos, el impacto ha sido bastante atenuado. Así, mientras los únicos tribunales que mostraron disminuciones en sus ingresos fueron el Tribunal de Propiedad Intelectual y los Tribunales Tributarios y Aduaneros, en ambos casos la tendencia era negativa incluso antes de 2019. Por otro lado, los demás tribunales especiales, o aumentaron sus ingresos o mantuvieron la tendencia al alza observada durante los últimos cinco años, como ocurre con el Tribunal de Contratación Pública.

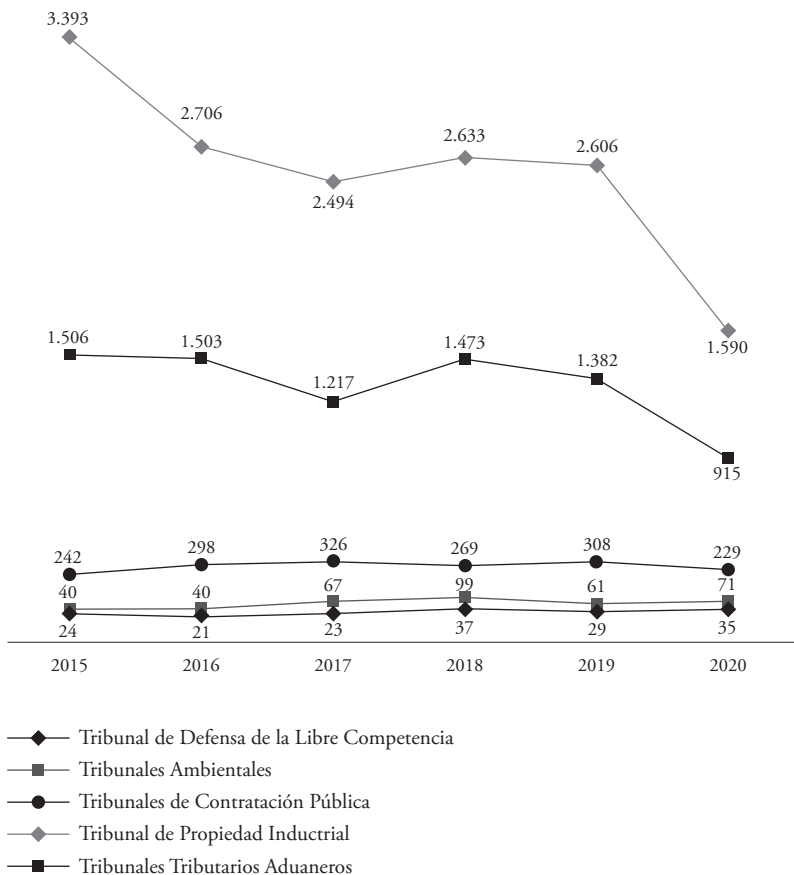
**Gráfico 4: Ingresos en Tribunales Especiales Supervisados por el Poder Judicial**



Fuente: Poder Judicial, Cuentas Públicas 2016-2021.

Algo similar puede mencionarse respecto de los términos en estos mismos tribunales. Aquellos que muestran una mayor caída en términos de productividad, son los Tribunales de Propiedad Intelectual (que como vimos anteriormente emitieron un comunicado plegándose a la política de suspensiones) y los Tribunales Tributarios y Aduaneros, aunque en ambos casos la tendencia negativa es previa a la pandemia. Por su parte, los Tribunales Ambientales y el Tribunal de Libre Competencia mantienen una tendencia al alza y los Tribunales de Contratación Pública muestra una leve disminución.

**Gráfico 5: Términos en Tribunales Especiales Supervisados por el Poder Judicial**



Fuente: Poder Judicial, Cuentas Públicas 2016-2021.

Como vemos, y a modo de síntesis, hay un impacto en el sistema de justicia en materias civiles en sentido amplio o lo que hemos llamado asuntos “no penales”. Ese impacto es aún mayor en materias civiles en sentido estricto, y esto puede deberse justamente al impacto de las suspensiones de términos probatorios y a la incapacidad de realizar gestiones que requieren de un receptor judicial. Aun cuando hay innovaciones importantes por parte de algunos tribunales, estos datos dan cuenta de que estos esfuerzos son más bien minoritarios en el universo de casos. Esta situación implica una importante barrera de acceso a la justicia. Como señalábamos

en el *Informe 2017*, estas pueden provenir tanto de *iure* como de facto, y nos parece que ambas dimensiones se ven reflejadas en la justicia civil.

#### 4. CONCLUSIONES

La pandemia ha traído consigo un impacto significativo no solo en la población, sino también en los diversos poderes del Estado. Por supuesto, el Poder Judicial y el sistema de justicia en general no han escapado a la necesidad de, por una parte, cuidar la salud de sus miembros y la de sus usuarios y, por la otra, de mantener en la medida de lo posible el servicio judicial, entendiendo que este cumple un rol fundamental en la protección de derechos. Diversas necesidades legales o problemas justiciables han tomado una particular intensidad durante la pandemia, sobre todo respecto de ciertos grupos de la población, y eso exige de parte del sistema de justicia una respuesta.

Un ejemplo palmario de lo anterior lo constituyen las pensiones de alimentos. El complejo escenario que abrió el retiro del 10% de los fondos previsionales ha reeditado una discusión –siempre inconclusa– sobre el respeto de los estándares internacionales en materia de ejecución de las resoluciones judiciales, que en esta área muestra su peor cara. El incumplimiento en el pago de las pensiones de alimentos constituye una barrera de acceso a la justicia para los alimentarios/as, pues de nada sirve obtener un fallo favorable o alcanzar un acuerdo que será incumplido. La pandemia ha tenido la virtud –si se puede decir de ese modo– de visibilizar este fenómeno y obligar a las autoridades a repensar el diseño del sistema de ejecución más allá de la emergencia sanitaria producto del coronavirus.

El Estado, en general, y el sistema de justicia, en particular, desde muy temprano, tomaron medidas legislativas y de otro carácter para afrontar las limitaciones frente a la ausencia de presencialidad. En este sentido, la robusta implementación de TICs en el sector justicia –destacándose, en particular, la Ley de Tramitación Electrónica y la existencia, previa a la pandemia, de la Oficina Judicial Virtual–, permitió en gran medida que la justicia pudiese continuar funcionando. La información con la que contamos nos ha permitido concluir que la percepción, en este sentido, es mayoritariamente positiva, sobre todo en aquellas materias reformadas –familia y laboral–, donde ha sido posible tramitar electrónicamente, al mismo tiempo que comparecer de manera remota a las audiencias que así lo exigen. En general, y más allá de la existencia de recursos judiciales que han cuestionado la celebración, sobre todo de audiencias de juicio –en especial en el ámbito penal–, la percepción es positiva en estas materias, incluso respecto de la mediación familiar *online* que tuvo un comienzo algo más accidentado. Así, todas/os nuestra/os entrevistadas/



os consideran que la tecnología ha permitido ampliar o brindar acceso a la justicia de una manera importante, a la vez que se han respetado, en general, los estándares del debido proceso.

La situación no es la misma respecto de la justicia civil propiamente tal.

Producto del rol que hoy cumplen los receptores judiciales en estas materias, así como por una disposición normativa en particular –el artículo 6° de la Ley 21.226– que suspendió los términos probatorios, hoy en día hay diversos asuntos que a pesar de ser de máxima relevancia en términos de problemas justiciables y que se han agudizado durante la pandemia –como los arrendamientos de predios urbanos–, se encuentran paralizados. El abordaje de los juicios de arriendo en su fase de ejecución, es decir, en la etapa de lanzamiento, ha sido particularmente complejo durante la pandemia. La pregunta parece ser cómo equilibrar los derechos de las partes, en un contexto de emergencia como el experimentado y, como han relatado algunos de nuestros/as entrevistados/as, que ha afectado tanto a arrendatarios como a arrendadores. Este problema trascenderá a la pandemia, pues las consecuencias sociales y económicas de esta se dejarán ver por un largo tiempo en nuestro país, lo que obliga entonces a examinar el diseño de estos procedimientos.

Tanto los ingresos como los términos civiles en sentido estricto han disminuido, mientras que los asuntos pendientes se alzan, aunque de manera aún no significativa. Es posible prever que los asuntos que no han ingresado producto de la existencia de esta verdadera barrera de acceso –de *iure* y de *facto*– causarán un atochamiento importante en nuestros tribunales civiles, lo que hará aún más complicada la provisión de la administración de justicia respecto de estos asuntos y generará una situación todavía más crítica desde el punto de vista del acceso a la justicia. En este sentido, no basta con la implementación de TICs, sino que es importante transformar o modificar prácticas que –si ya resultaban problemáticas y eran criticadas con anterioridad a la pandemia<sup>118</sup> en las circunstancias actuales se hacen simplemente intolerables. Es de esperar, sin embargo, que, así como el contexto actual ha servido de catalizador o acelerador para la modernización tecnológica –como lo hemos visto respecto de la comparecencia remota en audiencias–, la oportunidad también sirva para repensar esas prácticas y modificarlas de manera urgente.

Llama la atención, sin embargo, que el proyecto de ley en actual tramitación en el Congreso que tiene por objeto reformar el sistema de justicia para enfrentar la situación luego del estado de excepción constitucional,<sup>119</sup>

118 Véase, Cristián Riego y Ricardo Lillo, “¿Qué se ha dicho sobre el funcionamiento de la Justicia Civil en Chile? Aportes para la Reforma”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 25, 2015, pp. 9-54, pp. 18-21.

119 Boletín 1352-07, Proyecto de ley que reforma el sistema de justicia para enfrentar la situación luego del estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública, 1 de septiembre de 2020.

no se haga cargo de este punto con la profundidad que se requiere, sino que mantiene la figura del receptor y su rol en la prueba testimonial en materias civiles. Si bien un cambio de mayor profundidad lo representa en este punto el actual proyecto de Nuevo Código Procesal Civil, su tramitación se encuentra pendiente aún en el Congreso y existen grandes dudas sobre su viable implementación en el corto y mediano plazo.

## 5. RECOMENDACIONES

1. Elaborar, por parte del Poder Judicial, manuales o instructivos para uniformar criterios de funcionamiento, redactados en un lenguaje sencillo que pueda ser usado tanto por funcionarios /as como por usuarios/as.
2. Elaborar pautas de funcionamiento por vía de auto acordados o regulación de otro carácter, que fijen condiciones mínimas de acuerdo con la naturaleza del asunto y del acto procesal que exija la comparecencia personal o remota.
3. Presentar una indicación al proyecto de ley que tiene por objeto reformar el sistema de justicia para enfrentar la situación luego del estado de excepción constitucional, para que en el marco de los actos donde se comparezca por vía remota, se establezca la obligatoriedad de que la prueba testimonial en materias civiles deba ser rendida ante el juez de la causa, quien deberá dirigir la audiencia y así prescindir de la figura del receptor judicial.
4. Elaborar protocolos o pautas de funcionamiento pensadas para mecanismos colaborativos de resolución de conflictos, como la mediación.
5. Capacitar a funcionarios/as y usuarios/as y otros intervinientes que participen de mecanismos colaborativos de resolución de conflictos, con especial énfasis en la protección de la confidencialidad de las sesiones.
6. Velar porque los recursos tecnológicos que sean utilizados cumplan con estándares de seguridad y privacidad requeridos por el ordenamiento jurídico nacional y se encuentren conformes a las mejores prácticas identificadas en la sección de estándares de este capítulo.
7. Dar urgencia a la tramitación del proyecto de Nuevo Código Procesal Civil y establecer una política pública adecuada para su correcta implementación. Este proyecto debe incorporar una regulación sobre el uso de la mediación online.
8. Aprovechar el potencial de las TICs para simplificar las gestiones de notificaciones en materias civiles.



# **EL DERECHO A LA EDUCACIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES DURANTE LA PANDEMIA<sup>1</sup>**

**Elisa Franco Sentis<sup>2</sup>**

**Juan Pablo González Jansana<sup>3</sup>**

- 1 Agradecemos a las asistentes de investigación Karla Urzúa y Mónica Bugueño por todo su trabajo, dedicación y rigurosidad. Con todo, el contenido del presente capítulo es de nuestra responsabilidad.
- 2 Licenciada en Filosofía, licenciada en Educación, profesora en educación media mención Filosofía, diplomada en Educación, Memoria y Derechos Humanos, Universidad de Chile. Profesora part-time de la Facultad de Educación de la Universidad Diego Portales.
- 3 Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales UDP y abogado. Master of Laws (LL.M.) in International Legal Studies, American University Washington College of Law. Profesor de pre y post grado de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.



## **SÍNTESIS**

El presente capítulo analiza, a partir de los estándares internacionales en la materia, los principales hitos que han marcado la manera en que el Estado ha garantizado el derecho a la educación de niños, niñas y adolescentes durante la pandemia que afecta al país desde marzo de 2020, teniendo como telón de fondo el acceso a la tecnología digital que se ha vuelto un factor fundamental para la garantía del derecho a la educación. Con el fin de cumplir dicho objetivo, se analizan en detalle tres dimensiones de impacto: la accesibilidad, la deserción escolar y el impacto que ha tenido el cierre de establecimientos en otros derechos de niños, niñas y adolescentes.

*PALABRAS CLAVES: derecho a la educación, brecha digital, pandemia, educación en línea, deserción escolar, niños, niñas y adolescentes.*



## INTRODUCCIÓN

El 16 de marzo de 2020, el presidente Sebastián Piñera anunció la suspensión total de clases presenciales en jardines infantiles, colegios municipales, particulares subvencionados y privados, a causa de la pandemia de Covid-19.<sup>4</sup> Si bien la medida en un primer momento se extendería por dos semanas, recién el lunes 1 de marzo de 2021 el Ministerio de Educación estableció el retorno a clases presenciales de manera flexible, voluntaria y gradual.<sup>5</sup> Dicha medida, que intentó implementarse también durante 2020, no ha estado exenta de polémicas debido a la persistente oposición del gremio docente a retornar a clases por considerar que no están las condiciones mínimas de infraestructura escolar para hacerle frente a la pandemia y sus eventuales consecuencias en la salud de las comunidades escolares.<sup>6</sup> Asimismo, diputados de oposición, en la misma línea, presentaron una acusación constitucional en contra del ministro de Educación, Raúl Figueroa, por vulnerar el derecho a la educación y no implementar medidas adecuadas para su goce y ejercicio.<sup>7</sup> Así las cosas, durante 2020, y al menos el primer semestre del año escolar 2021, las instituciones escolares debieron adoptar estrategias de educación a distancia, a través de la modalidad *en línea* de manera sincrónica y asincrónica, por lo que gran parte del acceso a la educación, la permanencia escolar y los objetivos de aprendizajes quedaron condicionados a un factor común: el acceso a la tecnología digital.

4 Minsal.cl: “Presidente anuncia suspensión de clases y reduce actos públicos”, 15 de marzo de 2020.

5 Latercera.cl: “Presidente y ministro de Educación responden preguntas a horas de que inicie el año escolar 2021”, 28 de febrero de 2021.

6 Radiouchile.cl: “Colegio de Profesores reafirma su negativa al retorno a clases y respalda acusación constitucional en contra de ministro Figueroa”, 6 de julio de 2021.

7 24horas.cl: “Diputados de oposición presentan acusación constitucional contra ministro Figueroa”, 20 de julio de 2021; ver también, Latercera.cl: “Los argumentos de la defensa del ministro Figueroa para que se desestime la acusación constitucional”, 5 de agosto de 2021.



Frente a este repentino escenario, el Ministerio de Educación adoptó una serie de medidas para dar continuidad al derecho a la educación. Entre ellas: se creó una plataforma de educación remota liberada de gigas de internet móvil para compañías pertenecientes a la Asociación de Telefonía Móvil con el fin de dar continuidad al aprendizaje;<sup>8</sup> se envió a 4 mil escuelas material pedagógico físico para comunidades con dificultad en el acceso a internet; se coordinó el lanzamiento de TV Educa Chile, canal de televisión abierto de contenido educativo; se adelantó el otorgamiento de las Becas TIC para estudiantes de séptimo básico, lo que se tradujo en la entrega de más de 125 mil computadores con conexión a internet, por once meses, y se entregaron préstamos de *tablets* a estudiantes de tercero medio de establecimientos educacionales técnico-profesionales con mayor índice de vulnerabilidad, a partir de una alianza entre la Corporación de la Producción y el Comercio (CPC) y el Ministerio de Educación;<sup>9</sup> se estableció una priorización curricular que jerarquizó objetivos de aprendizajes imprescindibles para el proceso formativo; y, finalmente, a inicios de 2021, se lanzó el plan “Chile Recupera y Aprende”, enfocado en la nivelación de aprendizajes, en dar apoyo socioemocional y en la reinserción de estudiantes que han desertado debido a las consecuencias de la crisis sanitaria.<sup>10</sup>

No obstante, durante el año se ha tomado conocimiento de ciertos hechos que, desde una perspectiva de derechos humanos, resultan alarmantes y que refuerzan el llamado a que el Estado cumpla con sus obligaciones de respetar y garantizar el derecho a la educación de niños, niñas y adolescentes.<sup>11</sup> Entre ellos, el Diagnóstico Integral de Aprendizaje (DIA), realizado por la Agencia de Calidad en Educación en 7 mil establecimientos educacionales del país, que entre sus conclusiones señala que los y las estudiantes no alcanzaron el 60% de los aprendizajes necesarios durante 2020,<sup>12</sup> hecho calificado por el ministro de Educación como un “terremoto educacional”. El presente capítulo analizará, a partir de los estándares internacionales de derechos humanos en la materia, los acontecimientos principales que han marcado la respuesta del Estado de Chile en su deber de garantizar el derecho a la

8 “Aprendo en línea”, en <https://www.aprendoenlinea.mineduc.cl>

9 Ministerio de Educación, *Educación en Pandemia. Principales medidas del Ministerio de Educación en 2020*. Información entregada por MINEDUC vía solicitud de información N°AJ001W-1831772, del 19 de mayo de 2021.

10 Mineduc.cl: “Mineduc presenta plan ‘Chile Recupera y Aprende’, para nivelar aprendizajes, dar apoyo socioemocional, y recuperar alumnos desertores”, 10 de marzo de 2021.

11 Ver Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 2 y Convención sobre los Derechos del Niño, art. 2, con relación a los artículos 28 y 29 del mismo tratado.

12 Biobio.cl: “‘Terremoto educacional’: Estudiantes no alcanzaron el 60% de los aprendizajes necesarios el 2020”, 26 de mayo de 2021.

educación de niños, niñas y adolescentes durante la pandemia. Se considera en el análisis como factor crucial el hecho de que los procesos de enseñanza-aprendizaje se han desenvuelto en modalidad virtual y que, en consecuencia, el acceso a la tecnología digital se ha convertido en un aspecto medular para garantizar ese derecho. Dado este contexto, en el presente capítulo se identificarán los principales nudos críticos que han afectado el deber de garantizar el derecho a la educación en niños, niñas y adolescentes durante la pandemia.

En el capítulo se explicará en primer lugar, la metodología de análisis para, luego, analizar en detalle las tres dimensiones de impacto antes señaladas: accesibilidad, deserción escolar y el impacto del cierre de establecimientos en otros derechos de niños, niñas y adolescentes. Finalmente, se expondrá una serie de recomendaciones al Estado de Chile en este ámbito.

## 1. METODOLOGÍA

Para la realización de este capítulo se utilizó una metodología de investigación de carácter mixta, basada en una técnica descriptiva y valorativa, que integra elementos cuantitativos y cualitativos. Respecto al aspecto cuantitativo, se revisaron datos estadísticos y desagregados en diversas variables a partir de fuentes de información pública provenientes tanto de organismos del Estado como de centros de investigación y organismos internacionales. A partir de esta información, se realizó un análisis del impacto de las medidas del Estado en materia educativa en el contexto de la pandemia bajo una perspectiva integral de derechos humanos, lo que incluye enfoques de género y no discriminación. La utilización de estos enfoques se justifica porque interesa analizar si, a partir de las medidas del Estado en relación a la pandemia, existen grupos que, por su desventaja estructural, han resultado más desfavorecidos en el pleno goce de su derecho a la educación y si los agentes estatales han considerado dicha desventaja para determinar sus acciones.

En relación al aspecto cualitativo de este estudio, se realizó un análisis comparativo entre las medidas tomadas por el Estado y los estándares internacionales de derechos humanos, especialmente aquellos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –DESC– como son la progresividad, no regresividad y los criterios de interrelación desarrollados desde el Derecho Internacional de Derechos Humanos (accesibilidad, disponibilidad, adaptabilidad y aceptabilidad).<sup>13</sup> El objetivo de la utilización de los estándares fue determinar las obligaciones

13 Comité DESC, Observación General N° 13. El derecho a la educación (artículo 13), pie de página N° 2.

del Estado en materia de educación para, posteriormente, y mediante el análisis comparativo ya mencionado, identificar y analizar cuáles son los puntos de tensión donde el Estado no está cumpliendo con dichas obligaciones. Los estándares internacionales a utilizar consideraran no solamente las fuentes formales del derecho internacional de los derechos humanos (como los tratados internacionales o la costumbre internacional acorde al artículo 38 de el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia), sino también los pronunciamientos autorizados de los órganos de tratados, sentencias de tribunales internacionales de derechos humanos y normas propias del *soft law*, principalmente en el sentido de ver cómo han armonizado las obligaciones internacionales con las medidas tomadas por el Estado en el marco de la pandemia.

El capítulo en su desarrollo utiliza una diversidad de fuentes de información. Por una parte, se presentaron –en mayo del presente año– solicitudes de acceso a la información pública (en virtud de la Ley 20.285) al Ministerio de Educación, al Ministerio de Trabajo y Previsión Social, a la Subsecretaría de Telecomunicaciones, a la Superintendencia de Educación y a la Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas, con el objeto de obtener un conjunto de datos y estadísticas oficiales. Asimismo, se analizó información proveniente de centros de estudios y, también, de medios de comunicación social. Estos últimos se consultaron, principalmente, con el propósito de contextualizar este capítulo con la actualidad noticiosa nacional.

### **1.1. Los énfasis del capítulo**

El capítulo, si bien analiza el derecho a la educación en el contexto de la pandemia, no profundiza en todas las dimensiones en que este derecho se puede haber visto afectado, sino que existen énfasis específicos en el análisis, que pasamos a fundamentar.

En primer lugar, respecto al grupo objeto de análisis, el capítulo se centra en el impacto del derecho a la educación de niños, niñas y adolescentes. Este énfasis obedece a criterios desarrollados por la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH). Dicho organismo ha planteado que ese grupo social presenta características particulares de atender “tanto por su condición de seres humanos y la dignidad inherente a éstos, como por la situación especial en que se encuentran. En razón de su inmadurez y vulnerabilidad, requieren protección que garantice el ejercicio de sus derechos dentro de la familia, de la sociedad y con respecto al Estado”.<sup>14</sup> Asimismo, en relación al tema que aborda el presente capítulo, este tribunal ha planteado que “la educación y el cuidado de la salud de los niños suponen diversas medidas de protección y constituyen los pilares fundamentales

14 Corte IDH, OC 17/02, párr. 93.

para garantizar el disfrute de una vida digna por parte de los niños, que en virtud de su inmadurez y vulnerabilidad se hallan a menudo desprovistos de los medios adecuados para la defensa eficaz de sus derechos”.<sup>15</sup> En otras palabras, los efectos diferenciados que la pandemia ha tenido en el derecho a la educación de este grupo de la sociedad, constituyen el eje central del análisis focalizado del presente capítulo.

Cabe señalar que el capítulo se enfoca en determinadas aristas del derecho a la educación de niños, niñas y adolescentes que se ven afectadas en el contexto de la pandemia. Las hemos denominado “dimensiones de impacto” y son tres: accesibilidad, deserción escolar e impacto del cierre de establecimientos en otros derechos de niños, niñas y adolescentes. Fueron seleccionadas por su relación con la vulneración directa, es decir, con las dimensiones de ejercicio de los derechos que se ven inmediatamente afectadas por las consecuencias de la pandemia y, también, por las decisiones de las autoridades competentes frente a la Covid-19, como lo fue en su momento, por ejemplo, el cierre de los establecimientos educacionales.

En cuanto a la primera dimensión –accesibilidad–, la enseñanza escolar no presencial obliga a analizar la cobertura digital, es decir, cómo la falta de acceso a internet y a tecnología adecuada impacta el acceso a la educación del grupo social analizado, como también otros aspectos relevantes, entre ellos, la disponibilidad, la calidad y la oportunidad de la enseñanza. En segundo lugar, la deserción escolar, una dimensión directamente ligada a la ausencia de acceso a medios digitales por parte de los sectores sociales más vulnerables, sumada a la precariedad en la generación de ingresos de las familias o el trabajo doméstico y de cuidados no remunerados, factores que influyen en la interrupción de la trayectoria escolar de niños, niñas y adolescentes. En tercer lugar, analizamos los impactos del cierre de establecimientos en otros derechos de niños, niñas y adolescentes, en atención a que dentro del sistema educacional chileno los establecimientos educativos no solo garantizan el derecho a la educación por parte del Estado, sino también otros derechos como, por ejemplo, el derecho a la alimentación.

## **2. ANÁLISIS DE DIMENSIONES DE IMPACTO**

Es importante tener en cuenta que el análisis diferenciado de las dimensiones mencionadas no implica que no estén vinculadas entre sí, sino, por el contrario, están muy interrelacionadas. En este sentido, no garantizar, por ejemplo, la accesibilidad, o hacerlo solo parcialmente, genera un escenario propicio para la deserción escolar, con los efectos nocivos que esto acarrea ante desafíos tan sensibles como la erradicación

15 *Ibíd.*, párr. 86.

del trabajo infantil, entre otros. Es relevante, entonces, que el Estado asegure la accesibilidad como punto de partida para garantizar otros derechos humanos de niños, niñas y adolescentes.

## 2.1. Accesibilidad

### a) Contexto y marco conceptual

Tal como se señaló previamente, uno de los impactos más severos de la pandemia fue el cierre de los establecimientos educacionales, dando paso a la enseñanza escolar no presencial, mediante una modalidad *en línea*. Si bien el uso de la tecnología como medio para suplir la enseñanza presencial es un mecanismo razonable dado el contexto nacional e internacional de la pandemia, en el país existe una brecha digital que obstruye el acceso igualitario al derecho a la educación de niños, niñas y adolescentes. En otras palabras, garantizar la accesibilidad digital permite el ejercicio del derecho a la educación y, por tanto, su omisión genera un incumplimiento de las obligaciones internacionales libremente adquiridas por el Estado de Chile en virtud de la ratificación de tratados internacionales, como la Convención sobre los Derechos del Niño, cuyos artículos 28 y 29 contienen el derecho a la educación. Tal como señala Robert Opp, director digital del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), “la educación, el trabajo y los servicios públicos dependen cada vez más del acceso digital. Por tanto, la falta de conectividad es un impedimento creciente para el desarrollo humano”.<sup>16</sup>

De acuerdo a lo planteado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (Comité DESC), intérprete auténtico del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), la accesibilidad es una de las denominadas cuatro *características interrelacionadas* de los derechos sociales, junto a la adaptabilidad, la aceptabilidad y la disponibilidad. En materia de educación, para el Comité DESC la accesibilidad implica que “las instituciones y los programas de enseñanza han de ser accesibles a todos, sin discriminación, en el ámbito del Estado Parte”,<sup>17</sup> reforzando tres dimensiones de esta:

- Accesibilidad sin discriminación: esto es, la importancia de asegurar esta dimensión especialmente a los grupos en situación de vulnerabilidad (como lo son, por ejemplo, niños, niñas y adolescentes).
- Accesibilidad material: en palabras del Comité DESC, “la educación ha de ser asequible materialmente, ya sea por su

16 UNDP.cl: “La brecha digital en evolución”, columna de opinión, Robert Opp, 14 de julio de 2021.

17 Comité DESC, OG N° 13: El derecho a la educación, párr. 6.b.

localización geográfica de acceso razonable (por ejemplo, una escuela vecinal) o por medio de la tecnología moderna (mediante el acceso a programas de educación a distancia).<sup>18</sup>

- Accesibilidad económica: permitiendo que la educación esté al alcance de todas las personas.

Asimismo, comprendiendo que las características interrelacionadas operan de manera interdependiente, también juega un rol importante en este contexto la adaptabilidad, en cuanto implica que “la educación ha de tener la flexibilidad necesaria para adaptarse a las necesidades de sociedades y comunidades en transformación y responder a las necesidades de los alumnos en contextos culturales y sociales variados”,<sup>19</sup> y la disponibilidad, entendida como “el deber de haber instituciones y programas de enseñanza en cantidad suficiente en el ámbito del Estado Parte. Las condiciones para que funcionen dependen de numerosos factores, entre otros, el contexto de desarrollo en el que actúan; por ejemplo, las instituciones y los programas probablemente necesiten edificios u otra protección contra los elementos, instalaciones sanitarias para ambos sexos, agua potable, docentes calificados con salarios competitivos, materiales de enseñanza, etc.; algunos necesitarán además bibliotecas, servicios de informática, tecnología de la información, etc.”.<sup>20</sup> Con todo, el foco del presente capítulo está en la accesibilidad por las razones metodológicas ya expuestas.

En cuanto a la accesibilidad, la Relatora Especial sobre el derecho a la educación de Naciones Unidas, Koumbou Boly Barry, manifestó su preocupación por “el considerable aumento de las desigualdades en el acceso a la educación como consecuencia del cierre de instituciones educativas y de la crisis social y económica resultante de la pandemia”,<sup>21</sup> siendo especialmente preocupante “para los niños socialmente vulnerables, cuyos padres no están en condiciones de asegurar una escolarización efectiva en el hogar y que no hablan el mismo idioma que se utiliza en la escuela, que viven en viviendas de mala calidad o inseguras, que sufren la exclusión digital, que están a cargo del cuidado de otras personas, que han sufrido precariedad económica y hambre como resultado del cierre de las escuelas y que no pudieron acceder al aprendizaje en línea o aprovecharlo”.<sup>22</sup> Por lo mismo, “el despliegue

18 Ibid.

19 Ibid., párr. 6.d.

20 Ibid.

21 Consejo de Derechos Humanos, Informe de la Relatora Especial sobre el derecho a la educación, *Derecho a la educación: preocupaciones, desafíos y oportunidades en relación con los efectos de la crisis de la enfermedad por coronavirus en el derecho a la educación*, A/HRC/44/39, 30 de junio de 2020, párr. 22.

22 Ibid., párr. 25.

del aprendizaje a distancia en línea (junto con el uso de la radio y la televisión), debe considerarse únicamente una solución temporal para hacer frente a una crisis. La digitalización de la educación no debe reemplazar nunca a las clases presenciales impartidas por docentes. Si la educación a distancia se convirtiera en el nuevo paradigma educativo cuando acabe la pandemia, ello repercutiría en la esencia y el propósito del derecho a la educación”.<sup>23</sup>

A nivel interamericano, la CIDH planteó, en su Resolución 1/2020, que “en cuanto al derecho a la educación, los Estados deben disponer de mecanismos que permitan a los NNA seguir con el acceso a la educación y con estímulos que su edad y nivel de desarrollo requieran”.<sup>24</sup> La misma CIDH ha señalado que “si bien el uso de la tecnología es una de las estrategias para enfrentar el cierre de las escuelas, la brecha digital deja al descubierto las limitaciones de este abordaje. No todo el estudiantado ni el equipo docente tiene acceso a equipos informáticos o una eficiente conexión a Internet, radio, o televisión, así como habilidades y condiciones de trabajo adecuadas para utilizar y aprovechar las plataformas digitales disponibles”.<sup>25</sup>

Como se aprecia, la accesibilidad es un tema que no se agota únicamente en el acceso a internet para poder participar en línea del proceso educativo, sino que es necesario atender un conjunto de antecedentes, desde una mirada integral de derechos humanos, como la calidad y potencia de internet, contar con la tecnología adecuada, la disponibilidad horaria de la familia para acompañar el proceso, la infraestructura pertinente para tener un espacio adecuado de estudio, la confianza del grupo familiar en estas tecnologías, entre otros aspectos. Analizaremos a continuación algunas de estas variables.

### **b) Acceso a internet y brecha digital**

Según información de la Subsecretaría de Telecomunicaciones (en adelante, SUBTEL), es posible identificar un aumento del porcentaje de hogares con internet fijo residencial durante el primer año de la pandemia. Como se aprecia en el siguiente cuadro, si bien el porcentaje ha ido en constante aumento los últimos años, el crecimiento porcentual durante 2020 fue superior en comparación a los años previos.

23 *Ibíd.*, párr. 47.

24 CIDH, *Resolución 1/2020: Pandemia y Derechos Humanos en las Américas*, párr. 64, 10 de abril de 2020.

25 CIDH, *Guía práctica N°2 de la SACROI COVID-19, ¿Cómo garantizar el acceso al derecho a la educación para niñas, niños y adolescentes durante la pandemia de COVID-19?*, diciembre de 2020, p. 4.

**Cuadro 1: Porcentaje de hogares con internet fijo residencial**

Año	Porcentaje (al IV trimestre de cada año)
2017	48,03
2018	50,46
2019	53,67
2020	60,4

Fuente: SUBTEL, Informe Anual del Sector de las Telecomunicaciones.<sup>26</sup>

No obstante este aumento, se debe considerar que, acorde a información de la misma SUBTEL, en todas aquellas comunas del país con más de 200.000 habitantes (equivalente al 6,8% del territorio nacional), existe un 76% de hogares con acceso a internet fijo, mientras que en el 93,2% restante el 24% de los hogares se encuentra conectado a este tipo de internet.<sup>27</sup> De acuerdo a la misma información publicada, la falta de acceso a internet es crítica en 23 comunas del país.<sup>28</sup> En esta misma línea, según un reciente estudio del Banco Interamericano de Desarrollo (en adelante, BID), en Chile una de las principales brechas digitales se encuentra en el acceso a internet fijo. Acorde a este estudio, “sólo 3,586,717 de la población cuenta con Internet fijo. De los cuales 3,213,143 son de uso residencial y 373,574 de uso comercial.”<sup>29</sup>

La accesibilidad a internet para personas que viven en zonas rurales resulta en ocasiones, compleja, dado que son los lugares donde, por razones geográficas y de carencia de infraestructura, suele haber menos cobertura de internet que permita esa necesaria conectividad para la educación en línea. En ese sentido, parece de primera importancia el desarrollo y la implementación de tecnologías de la información y comunicación efectivas en zonas rurales aisladas y con servicios deficientes en este ámbito. El estudio del BID recién mencionado presenta dos conclusiones respecto a la brecha digital en zonas rurales, a saber: “(i) En los hogares que tienen en uso y funcionamiento de un computador,

26 Ver SUBTEL, *Informe Anual del Sector Telecomunicaciones, Especial análisis tráfico internet enero-diciembre 2020*, marzo de 2021.

27 SUBTEL, *Radiografía de la brecha digital comunal, 2020*.

28 Comunas de La Pintana, Cerro Navía, Lo Espejo, San Ramón, Lota, Hualpén, Hualqui, Los Ángeles, Maule, Padre las Casas, Constitución, Paine, Villarrica, Melipilla, San Carlos, Ovalle, San Vicente, Chillán Viejo, Rengo, Vallenar, Linares, San Antonio y Alto Hospicio.

29 Banco Interamericano de Desarrollo, *Diagnóstico sobre las brechas de inclusión digital en Chile, 2020*, p. 45.



por zona de residencia, en zonas urbanas, de cada 100 habitantes, 60,3 corresponde a zonas urbanas mientras que en zonas rurales es de 33,4; (ii) El porcentaje de la población que usa internet por zona de residencia, de cada 100 habitantes, 76,1 se encuentra en zonas urbanas mientras que 46,6 en zonas rurales”.<sup>30</sup> Con el fin de profundizar en el tema de la brecha digital en zonas rurales, se solicitó información a Subtel. La respuesta de dicha subsecretaría fue que no cuentan con “información estadística [...] por zona (rural/urbano)”.<sup>31</sup> La ausencia de esta información es preocupante, porque no permite tener mayor claridad respecto a la brecha digital entre zonas urbanas y rurales.

Ahora bien, respecto a la información entregada por la SUBTEL, a diciembre de 2020, el internet fijo y móvil (3G+4G) alcanzó a 124,1 accesos por cada 100 habitantes, con un crecimiento anual de 7,9%, destacando el crecimiento de los accesos fijos (10,3% en últimos 12 meses). Acorde a la misma fuente y período, del total de accesos de internet fijo, un 90,1% corresponde a accesos residenciales y un 9,9% a comerciales. Respecto al Internet móvil 3G+4G, a diciembre de 2020, esta alcanzó a 104,7 accesos por cada 100 habitantes, con un crecimiento anual de 6,4%.<sup>32</sup>

El acceso a tecnología digital cumple un rol central para la modalidad de enseñanza a distancia, ya que implica contar con los equipos computacionales que faciliten una adecuada conectividad, permitiendo eliminar obstáculos digitales que impiden el acceso igualitario a la educación en línea. Este acceso se garantiza mediante distintas políticas públicas, entre las cuales destacan dos: “Yo elijo mi PC” y “Me conecto para aprender”, ambas planificadas desde MINEDUC y ejecutadas por JUNAEB.

Respecto de “Yo elijo mi PC”,<sup>33</sup> según información solicitada a JUNAEB, el programa tiene como objetivo “facilitar la incorporación en el sistema educacional de niños y jóvenes en condición de desventaja social, económica, psicológica o biológica, entregando para ello productos y servicios que contribuyan a la igualdad de oportunidades frente al proceso educacional”.<sup>34</sup> Según información entregada por este servicio, es posible verificar que en comparación con los primeros semestres de 2019 y 2020 (enero a junio), la entrega de computadores

30 Ibid.

31 Con fecha 19 de mayo de 2021, se solicitó información pública a SUBTEL en el marco de la Ley 20.405, respecto a *número de hogares con acceso a internet* desagregado por distintas variables, entre ellas, por zona (rural/urbano). Mediante Ord. N° 8294, de fecha 8 de junio de 2021, dicho servicio respondió que no cuenta con la información estadística solicitada.

32 SUBTEL, Informe Anual, op. cit.

33 Ayuda Mineduc, Programa “Yo elijo mi PC”.

34 JUNAEB, Carta N° 885, 13 de agosto de 2021, en respuesta a solicitud de información AJ009T-0002695.

disminuyó durante el primer semestre del 2021, tal como lo resume el siguiente cuadro:<sup>35</sup>

**Cuadro 2: Número de estudiantes beneficiados con el Programa Yo elijo mi PC (2019 – 2021)**

	2019	2020	2021
<b>Enero</b>	1684	5	90
<b>Febrero</b>	40	Sin ejecución	42
<b>Marzo</b>	6	11	1091
<b>Abril</b>	28	2680	104
<b>Mayo</b>	11212	7522	10
<b>Junio</b>	9509	5372	69
<b>Total semestre</b>	22479	15590	1046
<b>Total año</b>	31104	19548	--

Fuente: Elaboración interna a partir de información otorgada por la Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas.

Resulta muy preocupante la disminución de estudiantes beneficiados, en particular, considerando la mayor necesidad de apoyo en el contexto de la pandemia y cómo ésta impacta de forma más gravosa a niños, niñas y adolescentes en situación de vulnerabilidad. En tal sentido, urge que las autoridades competentes analicen en detalle los motivos que explican esta disminución.

En cuanto al programa “Me conecto para aprender”, se trata de una “iniciativa que tiene como objetivo acortar la brecha de acceso y uso de las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC) para apoyar los procesos de aprendizaje de los estudiantes de la educación pública”.<sup>36</sup> Según información disponible en transparencia activa de JUNAEB, se aprecia un fenómeno similar al del programa “Yo elijo mi PC”, en cuanto a que al comparar los primeros semestres de 2019

35 El análisis acotado a los primeros semestres de cada año se explica en razón de la fecha de elaboración del presente capítulo, permitiendo un estudio que fuese comparable metodológicamente.

36 Ayuda Mineduc, Programa “Me conecto para aprender”.

y 2020 con el primero de 2021, destaca una fuerte disminución en el número de estudiantes beneficiados. Solo en relación a 2020, es posible advertir que a junio de 2021 se ha beneficiado el 0,8% de los y las estudiantes. Un mayor detalle es posible analizar en el siguiente cuadro:

**Cuadro 3: Número de estudiantes beneficiados con el Programa Me conecto para Aprender (2019-2021)**

	2019	2020	2021
<b>Enero</b>	395	43	42
<b>Febrero</b>	Sin ejecución	Sin ejecución	21
<b>Marzo</b>	22	22	430
<b>Abril</b>	28	15591	55
<b>Mayo</b>	44068	32551	66
<b>Junio</b>	33324	33639	79
<b>Total semestre</b>	77837	81846	693
<b>Total año</b>	99248	99115	--

Fuente: Elaboración interna a partir de información otorgada por la Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas.

Al igual que respecto al programa “Yo elijo mi PC”, son altamente preocupantes las cifras del primer semestre de 2021, considerando que estas políticas públicas están justamente destinadas a subsanar la brecha digital que impide un acceso igualitario a la educación de niños, niñas y adolescentes. En tal sentido, urge que las autoridades competentes analicen en detalle los motivos que explican esta disminución.

### **c) Uso de internet**

Según un estudio de la Fundación País Digital y el Centro de Estudios Digitales, “durante los últimos siete años (2013-2020), el uso de internet en Chile ha experimentado un aumento sostenido. En 2013 el 58% de la población utilizaba internet, cifra que se incrementó para 2017 llegando a un 72,2%, mientras que para el año 2020 se estima ese

valor alcance el 80%”.<sup>37</sup> Sin embargo, hasta la pandemia, internet estaba principalmente siendo utilizado para búsquedas específicas y entretenimiento, mientras que el crecimiento del uso de internet para fines educacionales entre 2013 y 2020 aumentó de un 27,9% a un 30,3%.<sup>38</sup>

De acuerdo a las conclusiones de este estudio, “el comportamiento del uso de internet para actividades de educación formal y capacitación, se encuentra condicionada de acuerdo al decil de ingreso al que pertenezca una persona; un usuario o usuaria de menores ingresos tendría menos posibilidades de acceder a internet para este fin”.<sup>39</sup> Dicha conclusión se sostiene en que, acorde al mismo estudio, mientras al 2013 en el decil I el 24,5% utilizaba internet para actividades de educación formal o capacitación versus un 42,8% del decil X; la proyección para el año 2020 era un 21,3% del decil I versus un 61,3% en el decil X. Ante tal escenario, el estudio concluye que resulta “imprescindible generar las condiciones necesarias para que todos y todas tengan la posibilidad de hacer uso de la red, con la mejor calidad posible, indistinta del uso que se requiera”.<sup>40</sup>

Como se ha mencionado, la accesibilidad para efectos de garantizar el derecho a la educación debe considerar determinantes sociales que no se limitan al solo hecho de contar o no con acceso a internet. Según el Barómetro de la Brecha Digital Social –estudio realizado por una alianza entre la Universidad Adolfo Ibáñez, Con@cción y la Subsecretaría de Telecomunicaciones– un 78% de las personas encuestadas señaló presentar dificultades con la educación en línea. Entre las principales dificultades está la calidad de la conexión (es lenta, se cae o es inestable), la ausencia de empresas en el barrio que provean el servicio, la falta de espacio físico adecuado en el hogar o la carencia de un computador o dispositivos móviles.<sup>41</sup> Uno de los aspectos preocupantes que se desprende de la encuesta, es la existencia de “estudiantes que ni siquiera tienen acceso a electricidad, porque viven en una toma o en zonas donde no hay tendido eléctrico”.<sup>42</sup> A propósito de esto último, de acuerdo al Mapa de Vulnerabilidad Energética elaborado en 2019 por el Ministerio de Energía, en Chile hay 24.556 viviendas sin energía eléctrica, lo que equivale a 75.000 personas a nivel nacional.<sup>43</sup>

37 Fundación País Digital y Centro de Estudios Digitales, *Brecha en el uso de internet. Desigualdad digital en el 2020*, p. 14.

38 *Ibíd.*, p. 24.

39 *Ibíd.*, p. 33.

40 *Ibíd.*, p. 58.

41 Universidad Adolfo Ibáñez, Subtel y Con@cción, *Resultados del barómetro de la brecha digital social*, 2021, p. 8.

42 *Ibíd.*, p. 12.

43 Ministerio de Energía, *Mapa de Vulnerabilidad Energética*, 2019, p. 12.

#### **d) La desconfianza**

Según los resultados de la Tercera encuesta online *#estamosconectados* de la Fundación Educación 2020, publicada en julio de 2021, un 58% de los apoderados y las apoderadas consultados/as prefieren mantener durante este año la educación a distancia, independiente de la situación sanitaria del país.<sup>44</sup> Resulta interesante remarcar que esta abstención a la presencialidad se da con mayor fuerza en apoderados y apoderadas de establecimientos educacionales particulares subvencionados (60%) y establecimientos municipales o SLEP (64%), mientras que en establecimientos particulares pagados es considerablemente inferior (21%).<sup>45</sup>

Si bien las razones dadas por apoderados y apoderadas en este estudio son de diversa naturaleza (alto número de contagios en la comuna, falta de medidas sanitarias en el establecimiento educacional, desconfianza de que sus hijos o hijas respeten las medidas preventivas, entre otras), lo cierto es que existe actualmente un modelo híbrido de enseñanza (presencial / no presencial), donde la naturaleza del establecimiento educacional (particular pagado, particular subvencionado o municipal/SLEP) está siendo un factor determinante. Desde una perspectiva de derechos humanos, cuya base implica que el Estado garantice el derecho a educación, sin discriminación, a niños, niñas y adolescentes, se deben adoptar las medidas pertinentes tendientes a generar un escenario de mayor confianza en la comunidad escolar.<sup>46</sup> Asimismo, se deben fomentar los esfuerzos interinstitucionales dentro del gobierno, de modo tal que las políticas públicas en torno a la accesibilidad respondan a acciones conjuntas que permitan una visión integradora del problema, donde no solo es relevante el acceso a internet, sino que también acompañar ese proceso para que el uso de esta tecnología sea adecuado para los fines educativos de niños, niñas y adolescentes, comprendiendo, además, que la accesibilidad digital constituye un piso para el ejercicio de otros derechos, entre ellos, la educación.

En este sentido, se requiere por parte del Estado profundizar el estudio de accesibilidad desde una perspectiva de derechos humanos, integrando variables estratégicas de análisis que permitan, justamente, evaluar la realidad particular de grupos en situación de vulnerabilidad, el caso de niños, niñas y adolescentes, especialmente en escenarios complejos como, por ejemplo, la conectividad en el espacio rural.

44 Fundación Educación 2020, *Tercera Encuesta Online #estamos conectados*, julio 2021.

45 *Ibid.*

46 Cabe señalar que el Ministerio de Educación ha desarrollado acciones en materia de accesibilidad, entre ellas, la creación de la plataforma "Aprendo en línea", el envío de material pedagógico con apoyo de la FACH a 420.000 estudiantes, el desarrollo de la Biblioteca Digital Escolar, el adelanto de entregas de computadores a través de las Becas TIC o la conexión a internet de 3 mil aulas durante 2020.

## 2.2. Deserción escolar

### *a) Contexto y marco conceptual*

Otro de los graves impactos de la pandemia de Covid-19 en el sistema escolar ha sido el incremento del riesgo de deserción, es decir, de estudiantes que han dejado de asistir a clases – presenciales y/o virtuales– por diversos motivos. A nivel continental, dada la situación generalizada de pandemia, la CIDH elaboró dos resoluciones respecto a la pandemia y los derechos humanos. Específicamente, respecto a la educación y la deserción escolar, la CIDH señaló en la Resolución 1/2020 que “los Estados deben disponer de mecanismos que permitan a los NNA seguir con el acceso a la educación y con estímulos que su edad y nivel de desarrollo requieran. [...] Asegurar que las niñas y los niños con algún tipo de discapacidad, puedan acceder a la educación en línea sin exclusiones, mediante sistemas de apoyo, estrategias de comunicación y contenidos accesibles”.<sup>47</sup> Por su parte, en la Resolución 3/2020 indicó que “para el goce pleno del derecho a la educación de las personas con COVID-19, bien por sufrir la enfermedad directamente o en el núcleo de sus familias, los Estados deben prever dentro de los diferentes niveles de sus sistemas educativos, la implementación de medidas que mitiguen la posible interrupción de los estudios y se enfoquen en la reducción del abandono de los mismos. Así como atenuar otras consecuencias derivadas directamente de la pandemia, tomando especialmente en consideración el papel de la escuela en los entornos más vulnerables, como proveedora de higiene, salud o alimentos”.<sup>48</sup>

De manera general respecto a la deserción escolar, la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por el Estado de Chile en 1990, establece, en su artículo 28, que “Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho, deberán en particular: e) Adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar”.

Asimismo, hay que destacar lo establecido por el Comité de los Derechos del Niño en su Observación General N° 9, en relación a los artículos 28 y 29 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en el sentido de que “los niños con discapacidad tienen el mismo derecho a la educación que todos los demás niños y disfrutarán de ese derecho sin discriminación alguna y sobre la base de la igualdad de oportunidades, según se estipula en la Convención. Con este fin, el acceso efectivo a la enseñanza de los niños con discapacidad debe garantizarse para

47 CIDH, Resolución 1/2020: Pandemia y derechos humanos en las Américas.

48 CIDH, Resolución 4/2020: Derechos humanos de las personas con COVID-19.

promover el desarrollo de “la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades”.<sup>49</sup>

Por último, es importante señalar que acorde al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ratificado por el Estado en 1989, “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho: d) Debe fomentarse o intensificarse, en la medida de lo posible, la educación fundamental para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria”. Por otra parte, según la ya mencionada Observación General N°13 del Comité DESC, “debe hacerse hincapié en que el goce del derecho a la educación fundamental no está limitado por la edad ni el sexo; se aplica a niños, jóvenes y adultos, incluidas las personas mayores. La educación fundamental, por consiguiente, es un componente integral de la educación de adultos y de la educación permanente. Habida cuenta de que la educación fundamental es un derecho de todos los grupos de edad, deben formularse planes de estudio y los correspondientes sistemas que sean idóneos para alumnos de todas las edades”.<sup>50</sup>

Ahora bien, de acuerdo al Centro de Estudios del Ministerio de Educación, en el país se evidencia una disminución del -0,43% de matrículas en el período 2019-2020, porcentaje que representa una disminución de 15.725 estudiantes menos matriculados en relación al periodo anterior, entre 2016 y 2019.<sup>51</sup> Una de las modalidades más afectada por esta dimensión de impacto es la educación especial de niños, niñas y adolescentes.<sup>52</sup> Asimismo, la zona geográfica más impactada es la zona urbana respecto a la rural<sup>53</sup> y, en relación con el impacto de la deserción según género, se advierte una disminución mayor en la matrícula de mujeres respecto a la de los hombres.<sup>54</sup>

Respecto al presente año, las cifras preliminares señalan que “39.498 niños y niñas no se matricularon en ningún establecimiento”.<sup>55</sup> Si bien estas cifras son menores a las proyecciones oficiales del MINEDUC,

49 Comité de los Derechos del Niño, OG N° 9: Los derechos de los niños con discapacidad, párr. 62.

50 Comité DESC, OG N° 13: El derecho a la educación, párr. 24.

51 Centro de Estudios MINEDUC, *Apuntes 13*, 2021.

52 Centro de Estudios MINEDUC, *Ibíd.* La matrícula en Educación Especial disminuyó en -2,01% entre el 2019-2020.

53 Centro de Estudios MINEDUC, *Ibíd.* “La matrícula disminuye en un 0,59% en establecimientos de zonas urbanas de 2019 a 2020, es decir, en 19.838 estudiantes (...) En las zonas rurales se observa un aumento de la matrícula en 2019 y 2020, correspondiente a 4.113 estudiantes (alza del 1,49%)”.

54 Centro de Estudios MINEDUC, *Apuntes 12*, 2021. “Para los años 2019 y 2020 existe una disminución para ambos sexos, aunque hay una baja más evidente en la matrícula de mujeres (0,52%) que en la de hombres (0,35%)”.

55 MINEDUC.cl: “Mineduc entrega detalles de cifras de deserción escolar 2021”, 5 de abril de 2021.

realizadas en octubre del año pasado, donde se preveía que la deserción escolar durante 2020 aumentaría un 43% respecto de los 186.723 NNA que se encuentran fuera del sistema escolar “según la tasa de prevalencia de la deserción”.<sup>56</sup> Aun así, es necesario profundizar en las medidas para mitigar la deserción y reinscripción escolar, focalizando las acciones en los grupos con mayores riesgos de interrumpir su trayectoria escolar.<sup>57</sup>

#### **b) Medidas adoptadas informadas por MINEDUC**

Frente a las proyecciones pesimistas en este ámbito, MINEDUC estableció una serie de medidas con el objetivo de prevenir la interrupción anticipada de la trayectoria escolar y reintegrar a los y las estudiantes que se encuentran fuera de la escuela. Dentro de estas destacan, en primer lugar, la implementación de una Herramienta de Gestión de Contacto (HGC) que tiene como propósito monitorear la situación y participación de estudiantes en actividades escolares en contexto de educación remota, híbrida o presencial para identificar de manera oportuna a estudiantes en riesgo de desertar.<sup>58</sup>

En segundo lugar, el Ministerio de Educación reforzó el Sistema de Alerta Temprana (SAT) con el propósito de identificar oportunamente estudiantes de séptimo básico a cuarto medio con riesgo de deserción escolar. La herramienta pretende (a partir de diversos datos administrativos como asistencia, promedio de notas o rezago que se entregan al establecimiento una vez que el director o la directora se haya inscrito en la plataforma) sistematizar la información respecto al 10% de estudiantes con riesgo de desertar. Cabe señalar que esta herramienta se encuentra disponible para instituciones de educación públicas y particulares subvencionados, desde el segundo semestre de 2020.<sup>59</sup>

Sumada a las medidas descritas, el Ministerio de Educación convocó a una mesa técnica de expertos y académicos que, durante junio y julio de 2020, trabajó en la elaboración de un documento que sistematiza 15 propuestas para prevenir el término anticipado del ciclo

56 MINEDUC, *Efectos de la suspensión de clases presenciales en contexto de pandemia por COVID-19*, mayo de 2021.

57 CEPAL-UNESCO, *La educación en tiempos de la pandemia de COVID-19*, agosto de 2020.

58 La HGC consiste en una planilla Excel que recoge información, ingresada mensualmente, sobre la participación de todos los estudiantes de un establecimiento en actividades educativas y la asistencia escolar. Además, permite ingresar otro tipo de información relevante para detectar riesgos de deserción, como condiciones que influyen en el aprendizaje o en el bienestar emocional del educando. Esta información debe ser cargada en el Sistema de Información general de estudiantes y, en el caso de ser ingresada dentro de las dos primeras semanas tras a su publicación a fines de cada mes, “el colegio recibe un reporte automático que resume los datos levantados en ese mes, identifica estudiantes en riesgo y entrega líneas de acción”. MINEDUC, *Herramienta de Gestión de Contacto (HGC)*, 2021.

59 MINEDUC, *Guía de usuario: Sistema de Alerta Temprana (SAT)*, 2021.



escolar de estudiantes con mayores riesgos de deserción. Las propuestas de este documento se organizan en tres ejes: 1) Fortalecer sistemas de detección oportuna de estudiantes en riesgo de exclusión escolar; 2) fortalecer el trabajo con los sostenedores y en red para enfrentar la multicausalidad de la exclusión escolar; y 3) fortalecer programas existentes de reinserción, reingreso y retención escolar.<sup>60</sup>

### **c) La deserción propiamente tal**

La deserción escolar es un proceso de desencuentro progresivo de los y las estudiantes con el sistema escolar.<sup>61</sup> Por el hecho de manifestarse en forma “progresiva”, su detección oportuna resulta crucial. En este sentido, la deserción no debe ser únicamente calculada a través de la variación de la matrícula, sino también mediante índices que midan la desvinculación de los y las estudiantes matriculados/as. Respecto a este punto, no existen datos oficiales sistematizados provenientes de ninguno de los mecanismos antes mencionados, que permitan medir la deserción en términos de desencuentro progresivo, lo que tampoco da la posibilidad de conocer los factores concretos que han implicado la interrupción de la trayectoria escolar, desde los últimos meses hasta el presente.

A nivel teórico se han identificado múltiples factores, tanto intra como extraescolares, que influyen en el término anticipado de las trayectorias educativas, los que debido a la crisis sanitaria a causa de la pandemia de la Covid-19, se ven intensificados.<sup>62</sup> Asimismo, cabe señalar que los y las estudiantes pertenecientes a grupos históricamente en situación de vulneración tienen mayor riesgo de desertar del sistema escolar, puesto que los factores de riesgo se acrecientan e impactan de manera más intensa en estas poblaciones con la pandemia.<sup>63</sup> Así las cosas, se identifican cuatro factores de riesgo posibles que se acrecientan a causa de la crisis sanitaria: la interrupción prolongada de clases presenciales, la falta de acceso a la tecnología, la crisis económica familiar y las labores de cuidado y reproducción.<sup>64</sup>

Las consecuencias de la interrupción de la trayectoria escolar repercuten de diversas formas en la vida de un estudiante en situación de deserción: genera un déficit en el aprendizaje, implica una disminución de los espacios de socialización, exagera las desigualdades estructurales educativas y sociales, incrementa el riesgo de caer en una situación de

60 MINEDUC, *Propuestas Mesa Técnica para la prevención de la Deserción Escolar*, 2020.

61 María Teresa González, “Absentismo y abandono escolar: una situación singular de la exclusión educativa”, *REICE., Revista Iberoamericana sobre Calidad, Eficacia y Cambio en Educación*, vol. 4, núm. 1, 2, 2006.

62 Centro de Estudios MINEDUC, *Deserción escolar: factores de riesgo y prácticas de prevención en contexto de pandemia*, 2020.

63 CEPAL-UNESCO, op. cit., p. 15.

64 Centro de Estudios MINEDUC, op. cit.; CEPAL-UNESCO, op. cit.

pobreza y constituye una vulneración al derecho a la educación respecto a sus múltiples dimensiones y aspectos. La interrupción prolongada de clases presenciales, además de ser una causa de deserción escolar, impacta directamente en el proceso de aprendizaje y, por tanto, en los objetivos de dicho proceso trazados por nivel, pese al gran esfuerzo de los y las profesores/as durante este tiempo de modalidad virtual. Para enfrentar dicha situación, el MINEDUC realizó un ajuste curricular adaptando y priorizando objetivos de aprendizaje imprescindibles para el proceso de enseñanza-aprendizaje. Esta priorización curricular se focalizó en el Currículo nacional de la educación regular desde educación parvularia a 4° medio, incluyendo el Plan de formación general para 3° y 4° medio. Además, se incluyeron todas las asignaturas: Lengua, Matemáticas, Ciencias, Historia Geografía y Ciencias Sociales, Educación Ciudadana, Artes, Educación Física y Salud, Inglés, Filosofía y Lengua Indígena. También se focalizó el plan diferenciado de la formación técnico profesional (35 especialidades) y la educación para jóvenes y adultos. Si bien se reconoce la inclusión de la educación para jóvenes y adultos –una de las modalidades donde ha tenido mayor impacto la deserción escolar–, preocupa la ausencia de planes pedagógicos y sistemas de apoyos adaptados a la contingencia de pandemia, respecto a la Educación especial. Esto, a la luz de la dimensión de adaptabilidad del derecho de educación y teniendo en consideración –tal como se señaló– que es el segundo grupo que ha sufrido mayor impacto en lo que se refiere a la tasa de deserción escolar, y en general en el terreno educacional, a raíz de la pandemia de Covid-19.<sup>65</sup>

En relación con la falta de acceso, uso y aprovechamiento de la tecnología digital como factor de deserción escolar, hay que tener presente lo indicado respecto a la dimensión de impacto de accesibilidad desarrollado en este capítulo. Del mismo modo, hay que señalar que las barreras para el acceso, uso y aprovechamiento de tecnología digital implican un acceso desigual a las plataformas de aprendizaje, lo que tiene un impacto directo en la deserción escolar. Se puede establecer, entonces, con claridad, una relación entre los grupos que exhiben más desventajas en el acceso, uso y aprovechamiento de la tecnología digital con las tasas de deserción escolar, muy en especial entre los niños, niñas y adolescentes en situación de discapacidad. Este último es uno de los grupos con más barreras de acceso en las telecomunicaciones, a pesar de que no existen estadísticas concretas respecto al acceso a las tecnologías de la información y comunicación de otros grupos en situación

65 Francisco Javier Murillo y Cynthia Duk, "El Covid-19 y las Brechas Educativas", *Revista Latinoamericana de Educación Inclusiva*, vol.14 no.1, 2020.

de vulnerabilidad.<sup>66</sup> En ese sentido, preocupa la falta de información relativa al acceso a recursos tecnológicos educativos destinados a los procesos de enseñanza-aprendizaje de niños, niñas y adolescentes en situación de discapacidad. En la información solicitada para la elaboración de este capítulo no se consigna ningún dato al respecto.

El acceso, uso y aprovechamiento de la tecnología digital no es el único factor de riesgo que se traduce en interrupción de la trayectoria escolar, sino, tal como se señaló, las crisis económicas familiares también inciden directamente en la deserción, ya que, a veces, todos los integrantes de una familia, incluyendo a los que están estudiando, se pueden ver forzados a generar ingresos económicos.<sup>67</sup> A pesar de que las barreras tecnológicas han sido un factor importante en el acceso y permanencia en la educación, respecto a la deserción escolar se evidencia que, en zonas con mayor conectividad –es decir, las zonas urbanas que cuentan con un 81,0% de usuarios de internet, en comparación a las rurales con un 57,9%–<sup>68</sup> hay una mayor tasa de deserción escolar. Esta situación se explica por diversas razones, entre ellas las crisis económicas familiares, por lo señalado con anterioridad. En este aspecto, es preciso consignar que “Chile enfrenta en 2020 una de las peores crisis económicas de su historia y la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) estima que el PIB del país se contraerá un 6%. La caída del producto debido a la crisis social que se inició en el último trimestre de 2019 continuó con el debilitamiento de la actividad económica en los primeros meses de 2020”.<sup>69</sup> Para establecer un vínculo entre esta crisis y el eventual aumento del trabajo infantil, que es una de las causas de deserción escolar, se envió una solicitud de información a la Subsecretaría del Trabajo, respecto a la variación de la tasa de trabajo infantil en el periodo 2015-2021. Este organismo, mediante el Oficio N°707-3, del 7 de junio del presente,<sup>70</sup> informó que los datos disponibles sobre trabajo infantil se remontan a 2012 y que no existe actualización de esta información a la fecha. Esta situación es sumamente preocupante, toda vez que la crisis sanitaria y económica podría exacerbar “las vulnerabilidades ya existentes, incluyendo un mayor riesgo de matrimonio infantil, trabajo infantil y embarazo adolescente”.<sup>71</sup> Además, los datos de la variación del trabajo infantil resultan fundamentales para orientar las políticas públicas educativas

66 Yolanda Martínez, Marco Vega y Susana Mata, *Diagnóstico sobre las brechas de inclusión digital en Chile*, Banco Interamericano de Desarrollo, Ministerio de Desarrollo Social y Subsecretaría de Telecomunicaciones, 2020.

67 CEPAL-UNESCO, op. cit., p. 15.

68 Fundación País Digital y Centro de Estudios Digitales, op. cit., p. 42.

69 CEPAL, *Balance Preliminar de las Economías de América Latina y el Caribe 2020, 2021*.

70 Subsecretaría del Trabajo, Oficio N° 707-3, 7 junio de 2021.

71 CEPAL, *La pandemia por la COVID-19 podría incrementar el trabajo infantil en América Latina y el Caribe. Nota Técnica N° 1*, p. 3.

desde una perspectiva de derechos humanos, y sobre todo en materia de retención y reinserción escolar.

Aunado a lo anterior, a pesar de que los hombres se encuentran más desconectados digitalmente que las mujeres, 23% y 20% de desconexión, respectivamente,<sup>72</sup> son las mujeres quienes exhiben mayores cifras de deserción escolar respecto a los hombres, tal como se señaló al principio de este apartado. Al respecto, cabe precisar que, según la CEPAL-UNESCO, “la experiencia muestra que las emergencias sanitarias se caracterizan por impactos diferenciados dependiendo del género”.<sup>73</sup> En este sentido, la existencia de una tasa mayor de deserción escolar en mujeres puede responder al aumento de labores de cuidado y trabajo reproductivo no remunerado, y exacerbado en el contexto de pandemia, lo que implicaría un impacto en el aprendizaje graficado en el abandono de la trayectoria escolar.

De este modo, a pesar de que las dificultades en el acceso, uso y aprovechamiento de la tecnología digital como causa de deserción escolar puede explicar la deserción en el grupo de la educación para adultos y jóvenes en modalidad de continuidad de estudios, este no es el único factor que explica la deserción escolar a la luz de los datos analizados. Como vimos, a pesar de que la zona urbana tiene mayor conectividad a internet que la zona rural, es precisamente en esas zonas donde se presentan mayores índices de deserción. Asimismo, a pesar de que las mujeres están levemente más conectadas que los hombres, tal como se señaló, son las niñas y mujeres las que más interrumpen su trayectoria escolar. Dada la complejidad de los antecedentes analizados, se hace necesario que el Estado sistematice los datos de la Herramienta de Gestión de Contacto y del Sistema de Alerta Temprana para evidenciar las razones que –más allá de la conectividad digital– están llevando a niños, niñas y adolescentes a interrumpir su ciclo escolar. Además, resulta necesario profundizar en las medidas de deserción y reinserción escolar, focalizando las acciones en los grupos con mayores riesgos de interrumpir su trayectoria escolar, como lo son los niños, niñas y adolescentes en situación de discapacidad pertenecientes a escuelas especiales.

### **2.3. Impacto del cierre de establecimientos en otros derechos de niños, niñas y adolescentes**

Los espacios educativos no solo cumplen un rol pedagógico, de cuidados y de enseñanza, sino también constituyen un espacio en el cual muchas/os niñas, niños y adolescentes pueden satisfacer otros derechos

72 Colegio de Ingenieros de Chile A.G., *Desconexión y brecha digital en Chile durante la epidemia COVID-19*, p. 3.

73 CEPAL-UNESCO, op. cit., p. 15.

humanos, tales como el derecho a la alimentación o el derecho a la salud y al bienestar emocional. En este apartado analizaremos las medidas adoptadas por las autoridades debido al cierre de escuelas, producto de la pandemia de la Covid-19.

#### **a) Derecho a una alimentación adecuada**

El derecho a la alimentación está reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al establecerse en su artículo 11 “que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluida la alimentación, vestimenta y vivienda adecuada, y a una mejora continua de las condiciones de existencia”. De manera más específica, en la Observación General N°12 del Comité DESC, se aborda el derecho a una alimentación adecuada, estableciéndose que: “la disponibilidad de alimentos en cantidad y calidad suficientes para satisfacer las necesidades alimentarias de los individuos, sin sustancias nocivas, y aceptables para una cultura determinada” y “la accesibilidad de esos alimentos en formas que sean sostenibles y que no dificulten el goce de otros derechos humanos”.<sup>74</sup>

De este modo, los Estados Parte deben tomar las medidas apropiadas para asegurar el acceso y la disposición a una alimentación adecuada. Se incluye aquí el deber de protección que tiene el Estado para impedir que terceras partes lo afecten (empresas privadas, grupos u otras personas) como, también, la obligación de suministrar alimentos, en especial, a personas que no puedan hacerlo por sí mismas, como, por ejemplo, las personas en situación de vulnerabilidad psicosocial.<sup>75</sup>

En Chile hay niños, niñas y adolescentes en condiciones de vulnerabilidad psicosocial que pueden acceder a una alimentación básica gracias a que asisten a establecimientos educacionales en donde se les satisface este derecho. En ese sentido, la educación remota puede afectar el estado nutricional de niños, niñas y adolescentes, deteriorando un aspecto clave para su neurodesarrollo.<sup>76</sup> El organismo responsable en nuestro país de facilitar el ingreso y permanencia en el sistema educativo de niños, niñas y adolescente en condición de desventaja social, económica, psicológica o biológica es la Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas.

Respecto al derecho a la alimentación y el cierre de las escuelas, la medida central informada por este organismo durante la pandemia de Covid-19 fue mantener el Programa de alimentación para los y las

74 Comité DESC, OG N°12: El derecho a una alimentación adecuada (art. 11), párr. 8.

75 ONU, *El derecho a la alimentación adecuada*, Folleto informativo n°34.

76 Latercera.com: “Crecer encerrados: el efecto de la pandemia en niños, adolescentes y jóvenes”, 16 de abril de 2021.

estudiantes beneficiarios/as mediante la entrega de canastas de alimentos.<sup>77</sup> A partir de ello, se realizaron alianzas con municipios y sostenedores de establecimientos educacionales para organizar la entrega de este servicio en todas las regiones del país, se capacitó al personal encargado y se establecieron protocolos e instrucciones de orden sanitario para la entrega del servicio, entre otras medidas relacionadas.<sup>78</sup>

Hasta el 30 de junio de 2020, y según información de la página web institucional, JUNAEB ha cumplido 6 ciclos de entrega de canastas de alimentos, distribuidas a 1.844.127 estudiantes de 12.582 establecimientos educacionales.<sup>79</sup> Estas cajas están destinadas a cubrir las necesidades nutricionales de un estudiante (desayuno y almuerzo) por 15 días. El Director Nacional de JUNAEB, Jaime Tohá, sostuvo al respecto que “nuestro objetivo es continuar siendo un apoyo en el proceso educativo y de desarrollo de los estudiantes de Chile, y así ha sido durante la pandemia, no sólo con las canastas, sino también con la entrega de computadores, la beca de alimentación de educación superior, los programas de salud, entre otros beneficios”.<sup>80</sup> En ese marco, las autoridades señalan que para asegurar la entrega de alimentos a los estudiantes que lo requerían, JUNAEB distribuyó más de 123 mil toneladas de alimentos.<sup>81</sup>

El acceso a la alimentación entendida como un derecho humano no se agota en el aporte calórico de los alimentos, sino que cobra relevancia el contenido nutricional de estos y las necesidades alimentarias, tal como lo han recomendado organismos internacionales como la OMS,<sup>82</sup> además del Comité DESC. En Chile, la canasta diseñada para los tres niveles de enseñanza (transición, básica y media) contempla frutas, verduras y legumbres, entre otros productos, y aporta en promedio 900 calorías diarias, 11% de nutrientes y 30% de grasa.<sup>83</sup> Si bien algunos de los alimentos incluidos en la actual canasta contienen una considerable cantidad de calorías al día por persona, conllevan un bajo aporte nutricional, lo que disminuye su costo; “mientras que los alimentos con alto aporte nutritivo, como carnes, pescados, frutas y verduras, encarecen el costo”.<sup>84</sup> De esta forma, las canastas cumplen con el mínimo calórico, pero no el nutricional adecuado, y esto tiene como resultado que una parte de la población estudiantil esté con

77 Respuesta a solicitud de información N°AJ009T-0002597, mediante carta N°000736, 25 de junio de 2021.

78 *Ibíd.*

79 Junaeb.cl: “JUNAEB ya ha entregado más de diez millones de canastas de alimentos a estudiantes durante la pandemia”, 30 de julio de 2020.

80 *Ibíd.*

81 *Ibíd.*

82 OMS, *Alimentación Sana*, 31 de agosto de 2018.

83 Junaeb.cl: “Canastas Individuales por región”, 17 de febrero de 2021.

84 Elmostrador.cl: “Canasta básica e inequidad alimentaria”, 21 de mayo de 2021.

déficit alimentario.<sup>85</sup> En dicho sentido, un estudio de 2020, realizado por la JUNAEB, denominado “Mapa Nutricional 2020”,<sup>86</sup> revela una realidad preocupante en Chile: más de 19.000 estudiantes de todo Chile mostraron señales de desnutrición en 2020, es decir, que los índices de masa corporal para la edad (IMC) están 2 puntos o más, por debajo de lo considerado normal. La prevalencia de la desnutrición ha fluctuado entre 1,7% y 2,2% desde 2009. Sin embargo, en 2020 se detectó un alza de 0,8 puntos porcentuales de desnutrición en niños, niñas y adolescentes pertenecientes a la población escolar.<sup>87</sup> A propósito de esto, el director del Instituto de Nutrición y Tecnología de los Alimentos (INTA), Francisco Pérez Bravo, en una entrevista comentó que “están apareciendo focos de desnutrición en grupos vulnerables y teníamos erradicado ese problema”,<sup>88</sup> añadiendo que “lo que se ha producido es algo que la FAO (Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura) define muy bien como inseguridad alimentaria, que es la incapacidad de solventar en forma correcta las necesidades alimentarias de la población y en eso entra la carencia de alimentos, en el caso de que sean deficitarios, o malos alimentos, con productos ultra procesados que van a potenciar la obesidad en los grupos que los consumen”.<sup>89</sup>

#### **b) Derecho a la salud y bienestar socioemocional**

La pandemia y los confinamientos han traído consigo una serie de consecuencias perjudiciales para la salud mental de las personas. Uno de los grupos más afectados ha sido el de niños, niñas y adolescentes,<sup>90</sup> quienes ven mermada su capacidad de desarrollo personal y socioemocional a raíz del cierre de escuelas y universidades, la escasa interacción con sus pares, así como también el contexto en sus entornos familiares que, muchas veces, propicia miedo e inseguridad. Respecto a los niños y niñas, María Victoria Peralta, Premio Nacional de Educación 2019, señala que lo más preocupante es el poco desarrollo psicoemocional y social que están teniendo, más que las pérdidas en el aprendizaje curricular: “los contenidos son recuperables, pero aprender a compartir y a confiar en otros es más complejo”.<sup>91</sup>

85 *Ibíd.*

86 JUNAEB, *Mapa Nutricional 2020*.

87 Ciper.cl: “19 mil escolares con señales de desnutrición: las historias que se viven en las escuelas donde aumentaron los casos”, 6 de mayo de 2021.

88 Latercera.com: “Director del INTA ‘están apareciendo focos de desnutrición en grupos vulnerables y teníamos erradicado ese problema’”, 23 de abril de 2021.

89 *Ibíd.*

90 Sondeo de Unicef, *El impacto del COVID-19 en la salud mental de adolescentes y jóvenes, 2020*.

91 Latercera.com: “Crecer encerrados: el efecto de la pandemia en niños, adolescentes y jóvenes”, 16 de abril de 2021.

El derecho a la salud mental es parte del derecho a la salud, tal como se ha establecido en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Asimismo, y en relación a este artículo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General N° 14, establece que el derecho a la salud no se limita a la atención de salud o el derecho a estar sano, sino que “debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud”.<sup>92</sup> Asimismo, es importante destacar que este derecho también contempla el “acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud”.<sup>93</sup>

En ese marco, uno de los datos preocupantes, arrojados por el Ministerio de Educación, revela que entre los preescolares el 60% está más irritable que antes, y el 40% tiene menos tolerancia a la frustración.<sup>94</sup> Asimismo, respecto de los y las adolescentes, más del 40% dice haberse sentido mal genio muchas veces, o todo el tiempo durante el año pasado. En 3° medio, el 60% dijo que tenía pocas ganas de hacer cosas, siendo mayoritariamente mujeres las que expresaron este sentimiento.<sup>95</sup> De igual forma, acorde con un estudio realizado por Unicef, respecto de la salud mental de adolescentes, el 43% de las mujeres se siente pesimista frente al futuro, en comparación al 31% de los hombres participantes.<sup>96</sup>

Estos preocupantes indicadores se explican, en parte, porque los establecimientos educacionales constituyen no solo un espacio de aprendizaje y educación, sino que son centros de interacción social, de construcción identitaria y biográfica,<sup>97</sup> en el que se aprenden diversas habilidades emocionales y psicosociales, que se han visto enormemente menoscabadas por la educación remota. En ese sentido, en nuestro país se han implementado algunas medidas relacionadas con el derecho a la salud mental, vinculadas con la educación escolar, que mencionaremos a continuación.

El Ministerio de Educación, a través de la JUNAEB, reactivó programas de salud en escuelas públicas y colegios particulares subvencionados, que buscan ayudar al desarrollo de los y las estudiantes en pandemia, como también intentan prevenir la deserción escolar. Estos planes están divididos en cuatro áreas temáticas: servicios

92 Comité DESC, OG N°14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, párr. 9.

93 *Ibíd.*, párr. 11.

94 *Latercera.com*: “Crecer encerrados: el efecto de la pandemia en niños, adolescentes y jóvenes”, 16 de abril de 2021.

95 *Ibíd.*

96 Sondeo Unicef, *Ibíd.*

97 Pedro Núñez y Lucía Litichever, “Ser joven en la escuela: Temporalidades y sentidos de la experiencia escolar en la Argentina”, *Psicoperspectivas*, 15(2), 2016, pp. 90-101.



médicos, salud oral, programas psicosociales, y habilidades para la vida.<sup>98</sup> A los que se añaden modalidades específicas, según el tipo de intervención y la etapa del “Plan Paso a Paso”, de manejo estatal de la pandemia, en que se encuentre la comuna donde se localiza el establecimiento educacional. La directora Subrogante de JUNAEB, Antonella Gilbert, explicó que “se ha innovado con capacitación de telemedicina, para que los padres ayuden a pesquisar en el hogar si es que un niño presenta algún problema de columna o auditivo y entregue la alerta a su colegio para realizar la intervención de manera oportuna”.<sup>99</sup> En dicho sentido, los planes de salud involucran la indagación y colaboración de los padres y apoderados para verificar los estados de salud de los niños y jóvenes.

Una de las iniciativas específicas de mayor interés a la luz del derecho a la educación y del impacto emocional que la pandemia puede generar en niños, niñas y adolescentes, es el Programa Escuelas Saludables para el Aprendizaje, impartido por el MINEDUC junto a la JUNAEB, que se implementó durante el verano de 2021. Consistió en un espacio de recreación integral donde, a partir de un enfoque de recreación educativa, se promueven hábitos de vida saludable vinculados a la actividad física, alimentación sana, prevención de consumo de drogas y convivencia escolar. Además, cuenta con alimentación completa proporcionada por el Programa de Alimentación Escolar (PAE).<sup>100</sup> No obstante, de acuerdo con lo informado por el MINEDUC en marzo de este año, el programa solo se implementó en seis colegios de la Región de Valparaíso y en uno de Putre, de la Región de Arica y Parinacota.<sup>101</sup>

Otra de las medidas implementadas por el MINEDUC dentro del plan “Chile Recupera y Aprende”, fue el material de apoyo denominado “Kit de apoyo emocional” enviado a los docentes de las escuelas que reciben aportes del Estado. Su objeto es otorgar herramientas a las y los docentes para la realización de actividades en clases que ayuden a conocer y manejar las emociones de las y los estudiantes, en el contexto del retorno a clases presenciales.

Otra política impulsada por los ministerios de Educación y de Salud, en el marco del retorno a clases presenciales, es la capacitación a docentes e integrantes de equipos directivos en “primera ayuda psicológica”. El propósito es otorgar herramientas para ayudar a personas que se encuentran con altos niveles de estrés, angustia y tristeza, y

98 Mineduc.cl: “Mineduc reactiva Programas de Salud en escuelas y anuncia plan para no interrumpir las prestaciones de los estudiantes por retroceso en las comunas”, 18 de marzo de 2021.

99 *Ibid.*

100 *Ibid.*

101 *Ibid.*

proporcionar estrategias de ayuda psicológica y emocional, con el fin de ayudar a sus estudiantes, a sus compañeros de trabajo y a sí mismos, en el manejo del impacto psicológico que ha generado la pandemia. El curso, consiste en ocho módulos que se auto administran y una Guía de Trabajo, con 20 actividades que se desarrollan de acuerdo con el nivel de avance que tenga cada participante.<sup>102</sup>

Si bien las iniciativas mencionadas tienen como objetivo atender uno de los impactos que ha tenido la pandemia en la salud mental de los niños, niñas y adolescentes, estas aún resultan parciales en su alcance, por lo que se requiere ampliar la cobertura de estos programas con el propósito de atender esta problemática de manera universal y sin discriminación, dirigiéndose a todos los niños, niñas y adolescentes.

#### **4. CONCLUSIONES**

La pandemia producto de la Covid-19 ha tenido una serie de impactos en diversos derechos humanos, entre ellos, el derecho a la educación de niños, niñas y adolescentes, quedando fuertemente graficado, en marzo de 2020, con el cierre de los establecimientos educacionales. El presente capítulo se centró en los impactos que dicha medida generó en niños, niñas y adolescentes respecto a tres dimensiones específicas: en la accesibilidad al sistema educacional, en la deserción escolar y en otros derechos interdependientes a la educación, como el derecho a la alimentación y a la salud.

En cuanto a la accesibilidad, si bien producto de la pandemia la cantidad de hogares conectados a internet fijo aumentó, es posible identificar un aumento de la brecha digital entre el mundo urbano y rural. En materia de deserción escolar, se evidencia una disminución del -0,43% de matrículas en el período 2019-2020, porcentaje que representa una disminución de 15.725 estudiantes menos matriculados con relación al periodo anterior, entre 2016 y 2019. Dada esta situación, es necesario que se levanten y sistematicen datos oficiales sobre los factores concretos de deserción escolar a causa de la pandemia de la Covid-19 con el propósito de que se elaboren medidas específicas de reinserción. Finalmente, desarrollamos un acápite sobre la afectación a otros derechos. Por una parte, respecto al derecho a la alimentación, existe un llamado de alerta en torno al aumento de la desnutrición infantil, fenómeno erradicado hace décadas de nuestro país; mientras que, por otra parte, respecto al derecho a la salud mental de niños, niñas y adolescentes, se evidencia que la ausencia

102 Mineduc.cl: "Ministerios de Educación y Salud capacitan a docentes para prestar apoyo psicológico a estudiantes", 22 de julio de 2021.

de la presencialidad en los establecimientos educacionales a raíz de la pandemia, ha tenido consecuencias en aspectos psicoemocionales y de convivencia social, donde los esfuerzos del Estado no han sido suficientes para garantizar este derecho acorde a sus obligaciones internacionales de derechos humanos.

## 5. RECOMENDACIONES

1. El Poder Ejecutivo debe profundizar en políticas de telecomunicaciones que faciliten un acceso universal a internet, principalmente en aquellas zonas más alejadas o donde no existan entes privados que provean dichos servicios, para permitir el acceso idóneo de niños, niñas y adolescentes, y sus familias, a las modalidades online de enseñanza.
2. MINEDUC debe levantar y sistematizar información sobre factores concretos de deserción escolar a causa de la pandemia de Covid-19 y generar un plan de reinserción en función de ese diagnóstico. Dicho ejercicio debe desarrollarse desde una perspectiva de derechos humanos, incluyendo un enfoque de género y no discriminación.
3. El Poder Ejecutivo debe adoptar las medidas necesarias para garantizar la presencialidad de niños, niñas y adolescentes en los establecimientos educacionales, resguardando las medidas sanitarias pertinentes y asegurando, a través de las herramientas idóneas, el derecho a la educación sin discriminación de ningún tipo para aquellos que por distintos motivos continúen bajo una modalidad a distancia.
4. MINEDUC debe desarrollar un diagnóstico de las razones que explican las altas disminuciones de estudiantes beneficiados, durante el primer semestre de 2021, de los programas “Yo elijo mi PC” y “Me conecto para aprender”, a efectos de garantizar a los/as estudiantes el acceso a las herramientas tecnológicas adecuadas para su proceso de enseñanza, principalmente para quienes están en modalidad a distancia.
5. El Poder Ejecutivo debe desarrollar metodologías de levantamiento de información estadística en materia de accesibilidad a internet, que permita desarrollar diagnósticos certeros, en especial integrando variables desagregadas sobre grupos de especial protección.
6. MINEDUC debe generar un sistema de apoyo educativo integral que se haga cargo de las consecuencias del cierre de las escuelas y la educación remota, dirigido a las escuelas especiales y a niños, niñas y adolescentes en situación de discapacidad.

7. El Poder Ejecutivo debe, a través de las diversas instancias competentes, actualizar las cifras sobre trabajo infantil que afecta a niños, niñas y adolescentes en el país, de conformidad al Convenio N° 182 sobre trabajo infantil de la OIT.
8. JUNAEB debe adecuar la canasta de alimentación a las necesidades alimentarias de los y las estudiantes escolares.
9. El Poder Ejecutivo debe, a través de las diversas instancias competentes, implementar de manera universal programas dirigidos a la educación emocional y psicosocial de niños, niñas y adolescentes.



# **EL IMPACTO DE LA CRISIS SANITARIA EN EL MUNDO DEL TRABAJO EN CHILE**

**Karla Varas Marchant<sup>1</sup>**

- 1 Profesora de Derecho del Trabajo Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, mail: [karla.varas@pucv.cl](mailto:karla.varas@pucv.cl)  
La autora agradece la colaboración de las estudiantes de la Universidad Diego Portales María José Suazo y Sofía Zapata Callejón.



## SÍNTESIS

La pandemia de Covid-19 ha hecho más visible que nunca la importancia del trabajo en la vida social. Sin embargo, si incluso antes de la pandemia el modelo de relaciones laborales chileno no había sido capaz de generar una protección robusta para las y los trabajadoras/es, tanto desde la perspectiva individual como colectiva, esta carencia resulta mucho más evidente a partir de la crisis sanitaria.

Estamos siendo testigos de un deterioro progresivo de las condiciones laborales de las y los trabajadoras/es, cuestión que se advierte con la dictación de la primera ley de emergencia por parte del gobierno para frenar las devastadoras consecuencias de la pandemia en el mundo del trabajo –la Ley 21.220 sobre trabajo a distancia y teletrabajo–, así como también, en la falta de una adecuada tutela hacia trabajadoras y trabajadores que han sido claves para la provisión de bienes esenciales durante la pandemia –los denominados trabajadores de plataformas digitales–.

El presente capítulo tiene por objeto realizar un diagnóstico y análisis de estas dos temáticas a la luz de los estándares internacionales, considerando que más allá de la emergencia sanitaria, la ley de trabajo a distancia y teletrabajo seguirá en vigencia, ya que no fue pensada para la situación puntual que se ha vivido con la pandemia. En relación a los trabajadores de plataformas, hay proyectos de ley en curso que buscan establecer una regulación, pero el proyecto que cuenta con el respaldo del Ejecutivo va en una dirección contraria a la tutela de los derechos de las y los trabajadores, según explicaremos en este capítulo.

*PALABRAS CLAVE: emergencia sanitaria, relaciones laborales, trabajo a distancia y teletrabajo, trabajadores de plataformas digitales.*





## INTRODUCCIÓN

La crisis sanitaria, económica y social provocada por la pandemia de la Covid-19, ha golpeado con inusitada crudeza al mundo del trabajo. Cifras de desempleo en récords históricos,<sup>2</sup> deterioro sostenido de las condiciones de trabajo,<sup>3</sup> agudización de la desigualdad de género,<sup>4</sup> y dificultades para retornar a un trabajo formal y decente, con el consecuente aumento del trabajo informal,<sup>5</sup> han sido algunos de los graves efectos que esta crisis ha traído al ámbito laboral.

Se han implementado en el país diversas políticas públicas para atenuar los efectos de la crisis, tales como: regulación del trabajo a distancia y teletrabajo, suspensiones de contratos de trabajo vía acto de autoridad o por acuerdo, pactos de reducción de la jornada laboral, flexibilización de los requisitos de acceso al seguro de cesantía, transferencias no contributivas destinadas a dar protección a grupos sociales especialmente vulnerables, como por ejemplo el bono Covid y el ingreso familiar de emergencia (IFE); y retiros de los fondos de pensiones, entre otras. No obstante, dichas políticas han evidenciado retrocesos

2 Durante 2020, la tasa de desempleo consolidado aumentó 3,5 puntos porcentuales respecto del año 2019, llegando al 10,7%. En promedio hubo 939.139 personas desocupadas, con un incremento anual de 34,5%, es decir, 24.699 desocupados más que en 2019. Instituto Nacional de Estadísticas, Separata Técnica Anual, 19 de febrero de 2021.

3 Principalmente, en aquellos sectores económicos que no paralizaron durante la pandemia por proveer a la comunidad servicios esenciales. Pese a los riesgos de contagio al que estuvieron expuestos –por el desplazamiento en un transporte público colapsado en el horario punta y la falta de medidas de seguridad en sus centros de trabajo–, los bajos sueldos se mantuvieron; en muchos casos se modificaron unilateralmente condiciones de trabajo –jornada y remuneraciones, especialmente–, viviendo una constante amenaza de ser despedidos si no aceptaban tales condiciones. Asimismo, quienes pudieron optar por teletrabajo o trabajo a distancia, vivieron la improvisación de este proceso, asumiendo incluso los costos de su implementación. El Mostrador.cl: “Experiencias laborales en pandemia: diversidad y necesidad de diálogo”, 10 de agosto de 2020.

4 Entre otros factores, por el retroceso en el empleo femenino y la crisis de cuidados provocada por el cierre de salas cunas, jardines infantiles y colegios, que ha afectado a muchas madres trabajadoras durante la mayor parte de 2020 y el primer trimestre de 2021.

5 Esto se advierte principalmente con el fenómeno denominado “uberización del trabajo”, al que haremos referencia posteriormente.

en materia de protección e igualdad de derechos, ya que muchas no han sido de alcance universal; otras, en tanto, han provocado un efecto perverso en materia de género, como explicaremos, y las prestaciones otorgadas a las familias han sido insuficientes, al no alcanzar siquiera la línea de la pobreza.<sup>6</sup>

En efecto, a través de la Ley 21.227, denominada Ley de Protección del Empleo, se flexibilizaron los requisitos de acceso al seguro de cesantía, permitiendo a las y los trabajadores acceder a las prestaciones del seguro a fin de financiar, de forma parcial, las remuneraciones que dejaron de percibir a consecuencia de la suspensión de sus contratos de trabajo o reducción de sus jornadas laborales. Como este pago parcial de las remuneraciones se haría a cuenta del seguro, primeramente, de la cuenta individual de cesantía y, solo en caso de insuficiencia de fondos, del fondo de cesantía solidario, emergieron las críticas a esta solución propuesta por el Ejecutivo. La razón de lo anterior es que, de alguna manera, los costos de la crisis debían ser soportados por los propios trabajadores, quienes terminarían, al menos en parte, auto remunerándose, ya que el seguro tiene un financiamiento tripartito: empleadores y trabajadores cotizan para la cuenta individual de cesantía y empleadores y el Estado aportan para el fondo de cesantía solidario. Junto con ello, se criticó el hecho de que la ley desnaturalizara el propósito originario del seguro, toda vez que –luego de agotarse los fondos para dar cobertura a las remuneraciones durante el período de suspensión o reducción de la jornada laboral–, ante un eventual despido, el trabajador quedaría en total desamparo o desprotección.<sup>7</sup>

En relación a las transferencias no contributivas, el IFE ha sido la política pública central para dar cierta seguridad a los ingresos de las familias que se han visto afectadas por la pandemia.<sup>8</sup> En un primer momento, las críticas se vincularon con los requisitos de focalización y la insuficiencia de los montos,<sup>9</sup> por lo que se fue aumentando su

6 Guillermo Montt, Félix Ordóñez y otros, *Protección ante la desocupación en Chile. Desafíos y oportunidades luego de una crisis sistémica*, Organización Internacional del Trabajo, OIT, 2020, p. 3.

7 El Mostrador.cl: “Medidas laborales ante la pandemia: cómo desvestir un santo para vestir otro”, 1 de abril de 2020.

8 Ley 21.230 que establece un ingreso familiar de emergencia, publicada el 10 de mayo de 2020.

9 A juicio de Kremerman, se trataba de un monto focalizado que no alcanzaba a cubrir ni siquiera la línea de la pobreza. The Clinic.cl: “Cuarentena en familias vulnerables: cuando la pura voluntad no basta”, 4 de mayo de 2020.

cobertura y el monto de la prestación.<sup>10</sup> La última modificación al IFE se produjo el 7 de junio de 2021, por medio de la Ley 21.352 que nuevamente amplía los beneficios del IFE y modifica los requisitos para ser beneficiario, los cuales fueron reducidos a fin de garantizar la universalidad en el acceso: se integró el registro social de hogares y se determinó que para postular el ingreso per cápita debía ser igual o inferior a \$800.000. De esta manera, se amplía su cobertura al 100% de la población nacional de mayor vulnerabilidad, en el tramo de ingresos hasta los \$800.000. Ahora, la universalidad conferida al IFE no debió haber perdido el criterio de progresividad en la asignación de recursos públicos, en el sentido de alcanzar primeramente a las familias vulnerables, efectivamente afectadas por la pandemia, sin discriminación.

En cuanto a la estrategia de retiros de los fondos de pensiones, si bien fue una medida de emergencia ante la tardanza e insuficiencia de las políticas públicas en materia de protección de ingresos, sus eventuales impactos negativos en materia de seguridad social, especialmente de la población más vulnerable, deben evaluarse en el contexto de un sistema donde prima el principio de propiedad y no el de seguridad social. Por esta razón, su posible impacto debe mirarse desde una perspectiva más amplia, donde una reforma previsional que ponga el foco en la seguridad social, será ineludible.<sup>11</sup>

En ese contexto, como indicamos, la presente investigación tiene por objeto realizar un análisis de dos fenómenos que han cruzado la realidad del trabajo durante la pandemia: en primer lugar, el trabajo a distancia y teletrabajo y, en segundo lugar, la migración al trabajo informal, especialmente, el trabajo vía plataformas.<sup>12</sup>

Una de las leyes de emergencia, dictadas a raíz de la pandemia, fue la que reguló el trabajo a distancia y teletrabajo –Ley 21.220–, que ha impactado negativamente en las condiciones laborales de miles de trabajadores/as, especialmente de las mujeres trabajadoras que tienen hijos/as bajo su cuidado o familiares enfermos o dependientes. Como

10 A través de la Ley 21.243, del 23 de junio de 2020, se extendió y aumentó el ingreso familiar de emergencia, beneficiando no solo a los hogares que carecen de ingresos, sino que, también, a los que perciben ingresos por montos inferiores a los aportes del IFE, complementando incluso los que se perciben en virtud de la ley de protección del empleo, así como los otorgados a los trabajadores independientes, entre otros. Posteriormente, se dictó la Ley 21.251, del 3 de agosto de 2020, con el objetivo nuevamente de facilitar y ampliar el acceso al IFE, aumentando el universo de beneficiarios al eliminar el requisito de vulnerabilidad basado en el Instrumento de Caracterización Socioeconómica, exigiendo solo integrar el Registro Social de Hogares.

11 Guillermo Montt, Félix Ordóñez y otros, *Protección ante la desocupación en Chile. Desafíos y oportunidades luego de una crisis sistémica*, op. Cit., p. 29

12 Hay otros aspectos críticos que nos hubiese gustado abordar, pero, como por razones de tiempo no fue posible, solo se esbozan algunos comentarios, principalmente en relación a la Ley de protección del empleo, seguro de cesantía, postnatal de emergencia, entre otros.

explicaremos, la ausencia de la perspectiva de género en el diseño de la ley y las dificultades para realizar una adecuada fiscalización –especialmente en materias vinculadas con el derecho a la desconexión y la obligación del empleador de implementar las condiciones que sean necesarias para que el teletrabajo sea posible– son los aspectos centrales que, a nuestro juicio, han impactado negativamente en las condiciones de trabajo de las y los teletrabajadoras/es.

Por otro lado, ante el desempleo, las y los trabajadoras/es han registrado serias dificultades para retornar al trabajo formal y decente, lo que los ha obligado<sup>13</sup> a migrar a empleos precarios, de baja calidad o, derechamente, al sector informal. Otros/as, en tanto, especialmente mujeres, se han hecho cargo de las tareas domésticas y de cuidado, viéndose obligados/as a renunciar a sus expectativas profesionales y a la autonomía económica que les brindaba el trabajo asalariado.

Este es un panorama que debiera alertarnos, toda vez que el desempleo y el deterioro de las condiciones de trabajo acentúan las desigualdades sociales existentes en el país.

#### **1. TELETRABAJO: LA PROMESA INCUMPLIDA DE FLEXIBILIDAD Y CONCILIACIÓN**

La emergencia sanitaria provocada por la Covid-19 ha golpeado severamente al mundo del trabajo. Las medidas adoptadas por la autoridad para frenar la propagación del virus, incluyeron cuarentenas o confinamientos domiciliarios que provocaron la interrupción total o parcial de la actividad empresarial. Frente a ello, la Dirección del Trabajo realizó diversas recomendaciones a las empresas para que adoptasen medidas en resguardo de la vida y salud de las y los trabajadoras/es y de su estabilidad laboral. Una de ellas fue la recomendación de implementar modalidades de trabajo a distancia y teletrabajo. Asimismo, recomendó la implementación de sistemas más flexibles de jornada y rotación de turnos, de manera que no existiera una alta concentración de trabajadores en los lugares de trabajo, así como el otorgamiento de vacaciones adelantadas, decretar feriado colectivo o permisos sin goce de remuneración, entre otras medidas.<sup>14</sup>

En ese escenario, el trabajo a distancia y el teletrabajo jugaron un papel relevante para mantener puestos de trabajo, ya que, en la medida que la naturaleza de las funciones lo permitiera, dieron continuidad a

13 Muchas veces, ante la imposibilidad de encontrar un trabajo formal, no queda más opción que migrar al sector informal. En otras ocasiones, en tanto, por desconocimiento o temor a hacer efectivos nuestros derechos laborales, prestamos un servicio a otro sin reconocimiento de nuestra condición de trabajadores y, por tanto, sin protección laboral y de seguridad social.

14 Dictamen de la Dirección del Trabajo N° 1239/005, del 19 de marzo de 2020.

la prestación de servicios de miles de trabajadoras y trabajadores. En otras palabras, estas modalidades alternativas de prestación de servicios constituyeron un freno a la aplicación de otras medidas más drásticas como la suspensión de contratos de trabajo o el despido, sirviendo como una herramienta de protección al empleo.

Frente a la irrupción de la pandemia y la necesidad de frenar los efectos adversos que esta estaba ocasionando en las relaciones laborales, una de las primeras acciones del gobierno fue poner suma urgencia a un proyecto de ley sobre trabajo a distancia y teletrabajo que se debatía con anterioridad en el Congreso.<sup>15</sup> Nace así la Ley 21.220, una ley *express* publicada con premura el 26 de marzo de 2020, que no contó con el acuerdo de las organizaciones sindicales, como todas las leyes de emergencia que se han dictado con el fin declarado de resguardo del trabajo y de las y los trabajadoras/es.<sup>16</sup>

No cabe duda de que la pandemia aceleró la llegada del teletrabajo, ya que previo a ella, esta modalidad alternativa de prestación de servicios era escasamente utilizada. En 2011, en el Informe de actualidad laboral N° 1 de la Dirección del Trabajo, se daba cuenta de la escasa utilización del teletrabajo en las empresas. La única fuente estadística existente en aquella época (la Encuesta CASEN 2009), daba cuenta de que tan solo 4.199 personas se empleaban en la modalidad de teletrabajo, lo que representaba aproximadamente el 0,1% de las personas ocupadas del país. De esas 4.199 personas, un 73,7% correspondía a trabajadores asalariados del sector privado (3.094).<sup>17</sup>

Es a partir del mes de marzo de 2020 donde esta situación cambia radicalmente, ya que los índices de trabajo a distancia y teletrabajo comienzan a incrementarse en forma significativa. De acuerdo a la información proporcionada por el Boletín Complementario COVID-19 de la Encuesta de remuneraciones y costo de la mano de obra del Instituto Nacional de Estadísticas (INE), en septiembre de 2020, uno de cada cuatro trabajadores realizó labores a distancia o bajo la modalidad de teletrabajo (25,5%). Durante 2021, la referida encuesta nos muestra un aumento gradual del porcentaje de empresas que ha implementado el trabajo a distancia o teletrabajo: febrero un 19,3%, marzo un 29%, abril un 29,5% y mayo un 32,3%.<sup>18</sup>

15 Proyecto de ley sobre trabajo a distancia, ingresado por el Ejecutivo, el 10 de agosto de 2018. Su tramitación estuvo detenida desde noviembre de 2018 y solo se reactivó a raíz de la emergencia sanitaria en marzo de 2020. Boletín 12008-13.

16 En ese sentido véase Karla Varas, "El rol de los sindicatos en tiempos de crisis", en Álvaro Domínguez y Diego Rosas (coordinadores), *Derecho del trabajo y los efectos laborales de la crisis y emergencia sanitaria en Chile*, Santiago, Thomson Reuters, 2020, pp. 317 y ss.

17 Gabriela Morales y Katy Romanik, *Informe de Actualidad Laboral N° 1, Una mirada a la figura del teletrabajo*, Dirección del Trabajo, 2011.

18 Boletín complementario COVID-19 de la Encuesta de remuneraciones y costo de la mano de obra, febrero-mayo 2021, Instituto Nacional de Estadísticas.

Esta aceleración del uso del trabajo a distancia y teletrabajo, pese a la dictación de la Ley 21.220, no ha venido acompañada de medidas de efectiva protección de las y los trabajadoras/es, debido a que el marco jurídico ha sido claramente insuficiente, según pasaremos a revisar a continuación.

## **1.1. La regulación del trabajo a distancia y teletrabajo**

### **1.1.1. Breve contexto histórico de la regulación del trabajo a distancia y teletrabajo en Chile**

Nuestro primer Código del Trabajo, de 1931, incorporó la figura del trabajo a domicilio –antecedente del teletrabajo–, considerándolo como una relación de trabajo dependiente.<sup>19</sup> Esta calificación fue modificada por la Ley N° 18.018 de 1981, la que incorporó un nuevo inciso al artículo 8 del Código del Trabajo, disponiendo que no dan origen a un contrato laboral los servicios prestados de forma habitual en el hogar de las personas que lo realizan o en un lugar libremente escogido por ellas, sin vigilancia ni dirección inmediata del que los contrata. De este modo, para que un trabajador a domicilio fuese reconocido como trabajador dependiente, era necesario que existiese vigilancia o dirección inmediata por parte de quien lo contrata.<sup>20</sup>

En lo que dice relación con el teletrabajo, fue la Ley 19.759 de 2001, la que lo recoge de forma expresa en nuestra legislación, bajo un marco normativo insuficiente, ya que únicamente se incorpora como un caso de excepción a la duración de la jornada ordinaria máxima legal, al igual que el trabajo realizado desde el propio hogar o desde un lugar libremente escogido.<sup>21</sup> En efecto, el artículo 22 inciso 4° del Código del Trabajo, dispuso lo siguiente:

“Asimismo, quedan excluidos de la limitación de jornada, los trabajadores contratados para que presten sus servicios preferentemente fuera del lugar o sitio de funcionamiento de la empresa, mediante la utilización de medios informáticos o de telecomunicaciones”.

Siguiendo a Caamañó, la opción escogida por el legislador para ocuparse del teletrabajo fue bastante curiosa: en vez de darle una especificidad normativa y resolver las interrogantes que no eran susceptibles de responderse con las reglas generales del contrato de trabajo existentes

19 Gabriela Morales y Katy Romanik, *op. cit.*, p. 17.

20 La exigencia de vigilancia o dirección inmediata para los efectos de calificar como contrato de trabajo la prestación habitual de servicios en el hogar o en un lugar libremente escogido, se mantuvo con la Ley 19.250 de 1993.

21 Es por ello que la ley 19.759 derogó el inciso penúltimo del artículo 8 del Código del Trabajo que disponía: “No hacen presumir la existencia de contrato de trabajo los servicios prestados en forma habitual en el propio hogar de las personas que lo realizan o en un lugar libremente elegido por ellas, sin vigilancia, ni dirección inmediata del que los contrata.”

en ese entonces, optó por hacer una única referencia a propósito de los trabajadores excluidos del límite de jornada. De esta manera se hizo aún más precaria la situación laboral de los teletrabajadores/as, no solo porque se los excluye del control de asistencia y la posibilidad de pactar jornada extraordinaria, sino que, además, porque no se delimita el alcance que tendrían ciertos deberes del empleador respecto del teletrabajo, como por ejemplo, el deber general de protección de la vida y salud de los trabajadores.<sup>22</sup>

Este era el marco normativo que estaba vigente al inicio de la pandemia, el que, si bien permitió que las partes pactaran esta modalidad alternativa de prestación de servicios, como se ha dicho, no resolvía todas las problemáticas que atraviesan los/as teletrabajadores/as.

Ante esta exigua regulación, y teniendo en vista las nuevas formas y procedimientos de organización del trabajo producto de la incorporación de tecnologías de la información, el año 2006, por medio de una moción legislativa, se ingresa un proyecto de ley que pretendía modificar el Código del Trabajo, regulando el contrato de teletrabajo, el cual no tuvo tramitación legislativa alguna.<sup>23</sup> Luego, en 2010, se ingresa al Parlamento un proyecto de ley sobre contrato especial de trabajo a distancia, que incorpora los servicios prestados mediante la utilización de medios informáticos o de telecomunicaciones (teletrabajo).<sup>24</sup> Sin embargo, el proyecto quedó estancado en el primer trámite legislativo, sin tener avances en su tramitación desde 2011.

Posteriormente, en 2018, se ingresa un nuevo proyecto de ley sobre trabajo a distancia,<sup>25</sup> cuya tramitación quedó detenida hasta que el Ejecutivo, a raíz de la pandemia, hace presente su urgencia, disponiendo su discusión inmediata. Luego de su tramitación *express*, nace la Ley 21.220.

### **1.1.2. La Ley 21.220: una ley *express* con vocación de permanencia**

La Ley 21.220 incorpora al libro I del Código del Trabajo un nuevo Capítulo IX titulado “Del trabajo a distancia y teletrabajo”, figuras que son reguladas desde los artículos 152 quáter G a 152 quáter O.

Se parte con una delimitación conceptual de ambos institutos,

22 Eduardo Caamaño, “El teletrabajo como una alternativa para promover y facilitar la conciliación de responsabilidades laborales y familiares”, *Revista de Derecho UC de Valparaíso*, XXXV, 2010, p. 91.

23 BCN, “Proyecto de ley que modifica el Código del Trabajo, regulando el contrato de teletrabajo”, *Boletín* N° 4712-13, ingresado el 5 de diciembre de 2006.

24 BCN, “Proyecto de ley sobre contrato especial de trabajo a distancia”, *Boletín* N° 7199-13, ingresado el 8 de septiembre de 2010.

25 BCN, “Proyecto de ley que modifica el Código del Trabajo en materia de trabajo a distancia”, *Boletín* N° 12008-13, ingresado el 10 de agosto de 2018. Su tramitación estuvo detenida desde noviembre de 2018 y solo se reactivó, a raíz de la emergencia sanitaria, en marzo de 2020.



precisándose que el trabajo a distancia es “aquel en el que el trabajador presta sus servicios, total o parcialmente, desde su domicilio u otro lugar o lugares distintos de los establecimientos, instalaciones o faenas de la empresa”, en tanto que en el teletrabajo “los servicios son prestados mediante la utilización de medios tecnológicos, informáticos o de telecomunicaciones” o, los servicios realizados son reportados a través de dichos medios.

Se aprecia, así, que entre ambos institutos hay una relación de género a especie, siendo el teletrabajo una forma de trabajo a distancia, pero con la nota especial de que los servicios son prestados utilizando medios tecnológicos o el trabajo es reportado a través de ellos. En ambos supuestos, eso sí, un elemento crucial es que los servicios sean realizados fuera de las instalaciones de la empresa, pudiendo ser en el domicilio del trabajador u otro sitio determinado o, incluso, las partes pueden acordar que el trabajador elija libremente donde ejercerá sus funciones, siempre que, por la naturaleza de los servicios, estos puedan ser prestados en distintos lugares.<sup>26</sup>

Junto a esta precisión conceptual, el legislador nacional establece el principio de la voluntariedad del trabajo a distancia y teletrabajo, en el sentido que es un acuerdo que las partes pueden pactar al inicio o durante la vigencia de la relación laboral. Ahora, como estamos en el ámbito de la relación individual de trabajo, es probable que, en ocasiones, más que frente a acuerdos, estemos ante la imposición por parte del empleador para que el trabajador realice la prestación de servicios mediante la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo. Por esta razón, hubiese sido importante que el legislador incorporara la intervención de la organización sindical para velar porque, efectivamente, estemos ante un acuerdo libre y voluntario, sobre todo cuando alguna de estas modalidades de prestación de servicios se pacta durante la vigencia de la relación laboral.

Íntimamente relacionado con el principio de voluntariedad, el legislador consagró el derecho a la reversión, disponiendo que cuando el trabajo a distancia o teletrabajo se ha pactado con posterioridad al inicio de la relación laboral, “cualquiera de las partes podrá unilateralmente volver a las condiciones originalmente pactadas en el contrato de trabajo, previo aviso por escrito a la otra con una anticipación mínima de treinta días”. Se trata de un derecho que se reconoce tanto a la persona trabajadora como a la empresa y que es ejercido unilateralmente solo cuando la modalidad de trabajo a distancia o

26 Si el trabajador presta servicios en lugares designados y habilitados por el empleador, aun cuando se encuentren ubicados fuera de las dependencias de la empresa, el legislador entiende que tal prestación de servicio no daría lugar a trabajo a distancia o teletrabajo (art. 152 quáter H).

teletrabajo se ha pactado durante la vigencia de la relación laboral. En el caso de que la relación laboral se haya iniciado bajo alguna de estas modalidades, para adoptar la forma de trabajo presencial se requiere el acuerdo de ambas partes.<sup>27</sup>

Respecto a este principio de voluntariedad, ante la inexistencia de un derecho del trabajo de emergencia, hubiera sido interesante que la ley hubiera regulado la hipótesis del teletrabajo precisamente como medida de emergencia, esto es, una modalidad de trabajo que los empleadores deben implementar, previa consulta con las organizaciones sindicales, ante situaciones de desastres naturales, pandemias u otros eventos que conlleven restricciones de desplazamiento, a fin de resguardar las fuentes de empleo, garantizando que dicha modalidad regirá mientras dure la situación de emergencia, debiendo, posteriormente, volver a la modalidad de trabajo presencial, salvo que las partes, con intervención de la organización sindical, acuerden lo contrario.

Con todo, un aspecto importante de la regulación es que consagra el principio de igualdad, conforme al cual el acuerdo de trabajo a distancia o teletrabajo no puede implicar un menoscabo o merma en el ejercicio de los derechos reconocidos en el Código del Trabajo. Este principio se encuentra expresamente reconocido en el inciso final del art. 152 quáter G, en los términos siguientes:

“Los trabajadores que prestan servicios a distancia o teletrabajo gozarán de todos los derechos individuales y colectivos contenidos en este Código, cuyas normas les serán aplicables en tanto no sean incompatibles con las contenidas en el presente Capítulo”.

Ahora, si bien es importante el reconocimiento de la igualdad en el goce de los derechos reconocidos en el Código del Trabajo, consideramos que, además, debió haberse consagrado el principio de igualdad de trato o equiparación de derechos de las personas trabajadoras a distancia con las personas que prestan su trabajo de forma presencial. Con esto se podría garantizar que la adopción de una u otra modalidad de trabajo no implique diferencias de trato a la hora de fijar la carga de trabajo, acceder a formación, capacitaciones, posibilidades de promoción o ascenso, etc.

Esta equiparación de derechos debió haber sido un punto central de la regulación del trabajo a distancia y teletrabajo, tal como lo fue en España, donde el RDL 28/2020 lo consagró como un principio nuclear, dejando claro que el acuerdo de trabajo a distancia nunca puede servir de justificación para perjudicar a la persona trabajadora en el ejercicio de sus derechos. En efecto, en el artículo 4 del RDL, bajo el título “Igualdad de trato y de oportunidades y no discriminación”, el legislador español estableció:

27 Art. 152 quáter I.

“1. Las personas que desarrollan trabajo a distancia tendrán los mismos derechos que hubieran ostentado si prestasen servicios en el centro de trabajo de la empresa, salvo aquellos que sean inherentes a la realización de la prestación laboral en el mismo de manera presencial, y no podrán sufrir perjuicio en ninguna de sus condiciones laborales, incluyendo retribución, estabilidad en el empleo, tiempo de trabajo, formación y promoción profesional (...)

2. Las personas que desarrollan trabajo a distancia no podrán sufrir perjuicio alguno ni modificación en las condiciones pactadas, en particular en materia de tiempo de trabajo o de retribución, por las dificultades, técnicas u otras no imputables a la persona trabajadora, que eventualmente pudieran producirse, sobre todo en caso de teletrabajo.

3. Las empresas están obligadas a evitar cualquier discriminación, directa o indirecta, particularmente por razón de sexo, de las personas trabajadoras que prestan servicios a distancia (...)

4. De conformidad con lo previsto en la normativa aplicable, las empresas deberán tener en cuenta las particularidades del trabajo a distancia, especialmente del teletrabajo, en la configuración y aplicación de medidas contra el acoso sexual, acoso por razón de sexo, acoso por causa discriminatoria y acoso laboral.

En la elaboración de medidas para la protección de las víctimas de violencia de género, deberán tenerse especialmente en cuenta, dentro de la capacidad de actuación empresarial en este ámbito, las posibles consecuencias y particularidades de esta forma de prestación de servicios en aras a la protección y garantía de derechos sociolaborales de estas personas.

5. Las personas que realizan trabajo a distancia tienen los mismos derechos que las personas trabajadoras presenciales en materia de conciliación y corresponsabilidad, incluyendo el derecho de adaptación a la jornada establecido en el artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores, a fin de que no interfiera el trabajo con la vida personal y familiar”.

De la norma transcrita se aprecia no solo una inquietud formal en cuanto al goce igualitario de los derechos consagrados en la legislación laboral, sino que, ante todo, una preocupación porque el trabajo a distancia no constituya un pretexto para mermar las condiciones laborales que es, precisamente, lo que se ha evidenciado en nuestro país, no obstante existir un marco regulatorio.

Sin duda, el aspecto más crítico de la regulación del trabajo a distancia y teletrabajo en Chile dice relación con la jornada, toda vez que, si bien se establece que estas modalidades de prestación de servicios estarán sujetas a las reglas generales de jornada –entre ellas, el límite máximo semanal de 45 horas–, para el caso del teletrabajo se determina que “las partes podrán acordar que el trabajador quede excluido de

la limitación de jornada de trabajo de conformidad con lo señalado en el inciso cuarto del artículo 22”.<sup>28</sup>

De esta manera, se consagra una de las jornadas laborales más extensas (12 horas diarias), a lo que se debe añadir la posibilidad que da el legislador para pactar jornadas híbridas, esto es, la combinación de tiempos de trabajo presencial y no presencial, lo que puede acarrear un desgaste físico mayor para las y los trabajadoras/es. Además, como hemos dicho, en el ámbito de la relación individual, más que llegar a un acuerdo sobre estas materias, habrá una imposición del empleador, ante lo cual el trabajador o la trabajadora estará obligado/a a aceptar esas condiciones, muchas veces, bajo la amenaza de perder su fuente laboral. En este sentido, el legislador laboral insiste en los acuerdos individuales, sin considerar o dar un espacio al actor sindical y la negociación colectiva.

En el estudio realizado por la Central Unitaria de Trabajadores (en adelante, CUT) y la Federación de Trabajadores de Call-Center Chile, con el apoyo de la Organización Internacional del Trabajo, las y los trabajadoras/es entrevistadas/os manifestaron que las empresas han vulnerado constantemente los límites legales a la jornada de trabajo.

Señalan haber tenido jornadas laborales más extensas que cuando realizaban trabajo presencial, y para obtener mayor concentración en sus hogares han debido trabajar en horarios completamente inusuales (en la noche o en la madrugada), incluso los fines de semana, generándose jornadas laborales excesivas.<sup>29</sup>

Consultados por las causas de jornadas laborales más extensas en la modalidad de teletrabajo, los entrevistados sostuvieron que los requerimientos de trabajo sobrepasaban la jornada laboral, probablemente porque las jefaturas no tenían claridad respecto a las labores que desempeñaba cada persona, ya que en muchas culturas organizacionales la sola presencia física del trabajador en la empresa bastaba para entender que estaba realizando su trabajo. Además, los entrevistados dieron cuenta de las malas prácticas que muchas jefaturas realizan al enviar vía correo electrónico requerimientos de trabajo minutos antes de la hora de colación o el horario regular de término de la jornada, incluso, una vez terminada. De esta manera, el uso sin límites de medios digitales por parte de la empresa invade los espacios de la vida privada de las y los trabajadoras/es, quienes reciben comunicaciones y requerimientos de trabajo en horario nocturno, fines de semana y feriados.

28 No obstante ese acuerdo de exclusión de jornada, se presumirá que el trabajador está afecto a jornada ordinaria, cuando el empleador ejerza una supervisión o control funcional sobre la forma y oportunidad en que desarrolla sus labores (inciso 4 del art. 152 quáter J).

29 *La percepción de los y las trabajadoras del teletrabajo en Chile 2020*, Central Unitaria de Trabajadores, Federación de Trabajadores de Call-Center de Chile y Organización Internacional del Trabajo, 2020, p. 9.

A esta jornada excesiva se suma una regulación insuficiente del derecho a la desconexión. En efecto, en el inciso final del art. 152 quáter J se reconoce este derecho para los trabajadores a distancia que distribuyan libremente su horario y para los teletrabajadores excluidos de la limitación de jornada de trabajo. Se trata, por tanto, de un reconocimiento acotado o limitado a las situaciones descritas, y no de un derecho general de las y los trabajadoras/es para que, una vez terminada su jornada laboral, puedan desconectarse completamente de su trabajo. Muchos siguen conectados por medio de los celulares, las tabletas y otros dispositivos tecnológicos.

Es por ello que, cuando el celular u otros dispositivos sean utilizados como herramientas de trabajo, debe ser el empleador quien los provea, de manera que el trabajador no esté obligado a utilizar sus dispositivos personales, ya que, de lo contrario, jamás habrá un derecho de desconexión real, puesto que nuestros celulares seguirán activos una vez terminada la jornada. En cambio, si es una herramienta de trabajo, entonces, al finalizar la jornada, el trabajador simplemente apaga el aparato hasta el inicio de una nueva jornada laboral.

Por otro lado, lo que el legislador garantiza a los trabajadores a distancia es que distribuyan libremente su horario y a los teletrabajadores sin límite de jornada, que, al menos durante 12 horas continuas, no estén obligados a responder las comunicaciones, órdenes u otros requerimientos del empleador. La garantía es que durante esas 12 horas el teletrabajador/a o trabajador/a a distancia no estará obligado a responder comunicaciones, órdenes u otros requerimientos que le formule el empleador. Lo óptimo hubiese sido establecer una prohibición al empleador de realizar tales comunicaciones o formular requerimientos u órdenes durante esas 12 horas,<sup>30</sup> ya que de esa manera el derecho a la desconexión sería más efectivo. Esto último, porque en una relación de sumisión como es la relación laboral, los trabajadores, no obstante, su derecho a la desconexión, responderán a estos requerimientos u órdenes para no poner en riesgo la continuidad del vínculo de trabajo.

A propósito de la regulación de este derecho, hubiera sido interesante explorar otras experiencias como la española, donde la negociación colectiva juega un rol relevante para acordar la modalidad de ejercicio del derecho a la desconexión.<sup>31</sup>

30 Lo curioso es que, para el caso de los días de descanso, permisos o feriado anual, sí se estableció la prohibición al empleador de entablar comunicaciones o formular órdenes u otros requerimientos.

31 El art. 88 de la Ley Orgánica 3/2018 de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales establece que las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral, se sujetarán a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores.

Siguiendo con el análisis de la Ley 21.220, el legislador en el art. 152 quáter L regula el derecho a que la implementación del trabajo a distancia y teletrabajo sea de costo del empleador, disponiéndose que: “Los equipos, las herramientas y los materiales para el trabajo a distancia o para el teletrabajo, incluidos los elementos de protección personal, deberán ser proporcionados por el empleador al trabajador, y éste último no podrá ser obligado a utilizar elementos de su propiedad. Igualmente, los costos de operación funcionamiento, mantenimiento y reparación de equipos serán siempre de cargo del empleador”.

De esta manera, es el empleador y no el trabajador el que debe asumir los costos de los equipos, herramientas y materiales para el trabajo a distancia o teletrabajo, incluidos los elementos de protección personal y, además, los costos de operación, funcionamiento, mantenimiento y reparación de equipos, lo que incluye el consumo de electricidad, conexión a internet, habilitación de software, licencia para la ejecución de determinados programas, entre otros.<sup>32</sup>

Respecto a esta obligación impuesta al empleador, la Dirección del Trabajo, resolviendo una solicitud de pronunciamiento en materia de trabajo a distancia y teletrabajo, sostuvo, en relación a la norma que indica que el trabajador no podrá ser obligado a utilizar los elementos de su propiedad para el desarrollo de sus labores, que ello no obsta a que voluntariamente el trabajador decida utilizar sus propios elementos para el desempeño de las labores contratadas. Se precisa que, en este último caso, las partes podrían acordar que el empleador pague una asignación al trabajador a distancia o teletrabajador por dicho uso, la que debería ser proporcional a la destinación que el trabajador haga de sus bienes para el cumplimiento de sus funciones.<sup>33</sup> Llama la atención lo genérico y volátil de este pronunciamiento, en particular si se considera que en un acuerdo en el ámbito de la relación individual de trabajo, es escaso o nulo el poder negociador del trabajador o la trabajadora.

Si se abre la puerta a que el trabajador voluntariamente decida utilizar sus propios implementos para el desempeño del trabajo a distancia o teletrabajo, no debe entregarse al acuerdo de las partes el pago de una asignación que compense dicho uso, sino que corresponde que sea obligatorio para el empleador pagarla, así como financiar los gastos de mantención o reparación que sean necesarios.

En este contexto, desde la entrada en vigencia de la ley, y no obstante la claridad de la norma que impone a la empresa asumir los costos del

32 En ese sentido se ha pronunciado la Dirección del Trabajo en diversos dictámenes. Entre otros: 258/003, del 22 de enero de 2021.

33 Dictamen de la Dirección del Trabajo N° 258/003, del 22 de enero de 2021.

teletrabajo y trabajo a distancia,<sup>34</sup> son muchos los trabajadores que se han visto obligados a utilizar sus propios equipos computacionales, red de internet, programas, entre otros recursos personales, y que han debido adecuar algún espacio del hogar para la realización de sus labores, utilizando su propio mobiliario. Así lo muestra un estudio realizado por la Mutual de Seguridad a un año de la entrada en vigencia de la ley, donde el 41% de los encuestados indicó que su lugar de trabajo no cuenta con los equipos y el mobiliario necesarios para realizar trabajo a distancia. De la misma manera, a un año de aplicación de la ley, la Dirección del Trabajo reveló que solo ha recibido 299 denuncias, de las cuales el 25% son por el no registro de los anexos o contratos de teletrabajo, un 22% porque el empleador no provee las herramientas de teletrabajo, un 14,5% porque el empleador no costea los gastos del teletrabajo, y un 6% porque el empleador no informa adecuadamente sobre los derechos en materia de seguridad y salud.<sup>35</sup>

Una de las empresas que se rehusó, por largo tiempo, a dar cumplimiento a la ley fue Banchile Inversiones, hasta que el sindicato denunció ante la Inspección del Trabajo la inobservancia del deber de entregar los implementos necesarios para que sea posible el trabajo a distancia y teletrabajo.<sup>36</sup> Asimismo, en el estudio realizado por la CUT, los trabajadores entrevistados manifestaron que han sido ellos los que debieron asumir los costos de instalación del teletrabajo. En algunos casos las empresas no entregaron los implementos de trabajo necesarios, ni asumieron el gasto en electricidad, internet y mantención de equipos. En otros, los trabajadores manifestaron que los costos del teletrabajo fueron compensados con los bonos de movilización que otorga la empresa. Sin embargo, tales bonos ascienden a la suma de \$15.000, monto insuficiente si consideramos que el teletrabajo conlleva gastos en implementos y equipos computacionales, electricidad, internet, agua, calefacción, entre otros.

En el estudio se advierte que tampoco ha existido preocupación, por parte de las empresas, de ver si los trabajadores disponen en sus casas de un espacio apto para instalar el computador y realizar su trabajo, así como de escritorios, soportes ergonómicos y sillas adecuadas. En muchos casos, fueron los trabajadores los que debieron asumir los costos de la compra del mobiliario necesario, especialmente de sillas, a fin de no sufrir posteriormente malestares físicos.<sup>37</sup>

34 El legislador otorgó un plazo de tres meses, contados desde la entrada en vigencia de la Ley 21.220 (1 de abril de 2020), para que las empresas pudieran ajustarse a los términos de la misma.

35 Emol.cl: "A un año de la ley: El 40% de los teletrabajadores no cuenta con equipo necesario y DT ha cursado multas por \$670 millones", 5 de abril de 2021.

36 La Tercera.com: "Sindicato Banchile Inversiones denuncia ante la DT que la empresa no ha cumplido con las normas de teletrabajo", 3 de junio de 2021.

37 "La percepción de los y las trabajadoras del teletrabajo en Chile 2020", op. cit., pp. 13-15.

La falta de una adecuada implementación de los espacios físicos y de entrega de elementos para el desempeño de las labores, ha dado origen a desiguales condiciones para el desarrollo del trabajo a distancia, lo que ha impactado negativamente en la salud mental de las y los trabajadoras/es. Muchos trabajan desde el living o dormitorios de sus casas, con interrupciones constantes debido a la presencia de niños y niñas, y otros integrantes del hogar, lo que provoca desconcentración y la necesidad de trabajar en horarios que debiesen ser de descanso. Por otro lado, cuando no hay posibilidad de contar con un sitio separado y específico para realizar el trabajo a distancia, esa labor termina por invadir todos los espacios del hogar.<sup>38</sup>

En este sentido, resulta imperiosa, por un lado, una acción decidida del Estado para implementar una política pública adecuada de cuidados de niños, niñas, adolescentes y familiares dependientes, y por otro, que las empresas asuman que los costos de implementación del teletrabajo son de su cargo. Además, en cumplimiento de su deber de resguardo de la vida y salud de las y los trabajadoras/es, los empleadores deben velar porque en el lugar donde se vaya a realizar el teletrabajo exista un espacio adecuado, con iluminación, ventilación y mobiliario que permita desarrollarlo sin factores de riesgo, especialmente, para la salud mental, sobre todo si hablamos de teletrabajo forzado por un contexto de emergencia.

De esta manera, el trabajo a distancia es otro ámbito donde quedan en evidencia las desigualdades socioeconómicas de nuestra sociedad, ya que es muy distinto trabajar desde casa cuando tenemos habilitado un espacio separado como oficina, con buena conectividad a internet, escritorio, silla, ventilación e iluminación adecuadas y, además, el apoyo de trabajadoras/es de casa particular que realizan las labores domésticas y de cuidado, una situación de privilegio a la que no todas las personas pueden acceder.<sup>39</sup> Ahora, desde la perspectiva legal, el empleador es quien debe preocuparse de que existan las condiciones necesarias para que el trabajo a distancia se pueda desarrollar en forma adecuada, pero, como hemos visto, esto no ha sido así, debiendo ser las

38 El estudio realizado por la CUT y FETRACALL da cuenta de que el teletrabajo generó una intromisión y pérdida de privacidad para las y los trabajadoras/es, al tener que abrir sus casas a los sistemas tecnológicos audiovisuales, especialmente cuando no se tiene un espacio físico separado y exclusivo para el trabajo. En las entrevistas, las y los trabajadoras/es coincidían en que los espacios que se utilizan para teletrabajar son sitios normalmente destinados a usos familiares, lo que genera una invasión en áreas que son propias de la familia. Ver, "La percepción de los y las trabajadoras del teletrabajo en Chile 2020", op. cit., pp. 22-23.

39 Si consideramos que muchas trabajadoras de casa particular fueron despedidas o sus contratos suspendidos, al menos en los peak de la pandemia, solo contaron con estas condiciones de privilegio las familias que cuentan con las denominadas "trabajadoras de casa particular puertas adentro".



y los trabajadoras/es quienes han tenido que ingeniárselas para hacer más llevadero este proceso.

## **1.2. Trabajo a distancia, teletrabajo y perspectiva de género: una deuda pendiente**

Diferentes estudios y encuestas han puesto de relieve el impacto negativo que ha tenido el trabajo a distancia en las condiciones laborales de las y los trabajadoras/es.<sup>40</sup> Como documentamos en la sección 1.1, una intromisión excesiva en la vida privada, sobrecarga laboral, jornadas laborales excesivas que no terminan y se extienden a horarios y días de descanso, impacto en la salud física y mental (cansancio, insomnio, estrés, etc.), son algunas de las consecuencias que ha tenido la implementación de esta modalidad de trabajo, que irrumpió con fuerza tras la pandemia.

Al trabajar desde casa se hace muy difícil separar el trabajo de la familia, por lo que, como dijimos, las obligaciones laborales tienden a invadir todas las esferas de la vida. Así, la persona termina trabajando desde cualquier lugar y en todo momento, sin poder desconectarse, dado que los medios tecnológicos permiten que el trabajo esté a un solo *click* del celular o la tableta, implementos que llevamos con nosotros a casi todas partes. Al no existir horarios delimitados, el trabajo termina por estar presente en cada rincón de nuestro hogar. De esta manera, se hace muy difusa la frontera entre el trabajo y la residencia y resulta muy difícil fijar un límite que permita desconectarse del trabajo y dar paso a la vida familiar, el ocio y/o la recreación.<sup>41</sup>

Ahora, estas consecuencias, claramente negativas en las condiciones de trabajo, se agudizan y multiplican en el caso de las mujeres. La pandemia de la Covid-19 y las medidas destinadas a frenar o reducir los impactos negativos en el mundo del trabajo, entre ellas, la implementación del teletrabajo, han vuelto a visibilizar las desigualdades entre hombres y mujeres, las que están estrechamente relacionadas con la división sexual del trabajo.

En efecto, la implementación del trabajo a distancia y el teletrabajo en pandemia, ha significado para muchas mujeres trabajadoras tener que conjugar las obligaciones laborales, con las labores domésticas y de cuidado, las que tradicionalmente han sido asociadas a nuestro género. Si previo a la pandemia las mujeres éramos las principales encargadas

40 Entre otros: Ciperchile.cl: “La promesa engañosa de la ley de teletrabajo”, 17 de abril de 2020; “La percepción de los y las trabajadoras del teletrabajo en Chile 2020”, op. cit.

41 Como explica Rodríguez, la utilización de los medios tecnológicos en las relaciones laborales, “hace que resulte cada vez más difícil delimitar la jornada de trabajo y separar nitidamente el tiempo de descanso del hecho de ‘estar conectado’ al trabajo”. Emma Rodríguez, “De la conciliación a la corresponsabilidad en el tiempo de trabajo: un cambio de paradigma imprescindible para conseguir el trabajo decente”, en *Revista Jurídica de los Derechos Sociales* Vol. 11 (1), 2021, p. 59.

de las tareas domésticas y de cuidado, tal situación no solo se ha mantenido durante la pandemia, sino que se ha acrecentado.

Un estudio realizado durante el *peak* de la pandemia (julio de 2020), por el Centro UC de Encuestas y Estudios Longitudinales, en conjunto con ONU Mujeres y el Ministerio de la Mujer y Equidad de Género, nos muestra esta cruda realidad. Un 38% de los hombres reconoce destinar cero horas semanales a tareas domésticas comunes (hacer el aseo, cocinar, lavar ropa). Un 57%, en tanto, dedica cero horas a tareas relacionadas con el cuidado de niños menores de 14 años (bañarlos, darles comida, llevarlos al médico). Pero, por si fuera poco, el estudio revela que el 71% de los hombres encuestados invierte cero horas en apoyo a las tareas escolares de sus hijos/as.<sup>42</sup>

Si bien muchos hombres también se encuentran en casa realizando trabajo a distancia, para la mayoría de ellos no son un tema de preocupación las labores domésticas y de cuidado, ya que en casa está la mujer y es ella la que “debe” asumir ese rol. Se produce así un efecto perverso en relación a la igualdad de género, ya que una gran cantidad de mujeres que trabaja desde el hogar asume, además, en muchos casos, de las tareas domésticas y de cuidado,<sup>43</sup> debiendo soportar, así, una triple carga de trabajo.

Se produce, en consecuencia, una compleja tensión entre el trabajo a distancia y la promesa de conciliación y flexibilidad que realizó el gobierno en el mensaje del proyecto que dio origen a la Ley 21.220,<sup>44</sup> ya que esta modalidad alternativa de prestación de servicios puede perpetuar los roles o estereotipos de género y, por ende, convertir en letra muerta las supuestas bondades de dicha modalidad, por lo menos para muchas mujeres que también debieran beneficiarse de ella.

En efecto, el trabajo a distancia y su variante tecnológica, el teletrabajo, se nos suele presentar como una fórmula de flexibilidad laboral. Para las y los trabajadoras/es esta flexibilidad se manifiesta, principalmente, en la posibilidad de conciliar de mejor manera la vida laboral y privada (familiar), ya que al trasladar el puesto de trabajo al hogar se pueden realizar de forma simultánea, o más bien alternativa, sin perder tiempo en largos traslados, las labores de cuidado (de hijos/as o familiares) con las del trabajo.<sup>45</sup> Sin embargo, si somos las mujeres las que mayormente recurrimos a esta modalidad de trabajo por querer conciliar vida laboral y familiar (esto, en un escenario de normalidad y

42 El Mercurio-Revista Ya: “Radiografía al hombre cero”, 8 de diciembre de 2020.

43 DiarioUchile.cl: “Maternidad, trabajo doméstico y teletrabajo: la triple jornada laboral de miles de mujeres en la pandemia”, 2 de mayo de 2020.

44 Mensaje n° 071-366, de 08 de agosto de 2018, con el que se inicia el proyecto de ley que modifica el Código del Trabajo en materia de trabajo a distancia, pp. 1, 3 y 7.

45 Lourdes Mella, “El trabajo a distancia como medida de flexibilidad y conciliación laboral”, *Iuslabor*, N° 2, 2017, p. 1.

no pandémico), se estará perpetuando el rol reproductivo y de cuidado que históricamente se nos ha asignado.

Junto con trabajar desde casa, seguiremos siendo las principales responsables de las labores cotidianas del hogar (aseo, cocina, lavado, etc.) y del cuidado de hijos/as y/o familiares dependientes. La pandemia ya ha evidenciado esta realidad, con una mayor crudeza, producto de los confinamientos y cierre de salas cunas, jardines infantiles, guarderías y colegios, instituciones que son claves para la inserción laboral de la mujer en condiciones de igualdad. En otros términos, el trabajo a distancia puede impactar en forma negativa en corresponsabilidad, al ser las mujeres las que mayormente recurran a esta modalidad de trabajo para poder armonizar vida laboral y familiar y, además, al ser las que se encarguen de las tareas de cuidado del hogar y crianza de los hijos/as.<sup>46</sup>

Como la conciliación de vida laboral y familiar ha sido vista como una preocupación “de las mujeres”, es muy probable que, en condiciones de normalidad, sean precisamente las mujeres las que recurran con mayor frecuencia que los hombres al trabajo a distancia. Muchos dirán que no hay nada que objetar en ello si la opción ha sido voluntaria. Sin embargo, el problema radicará en que, tal como han mostrado los estudios realizados en pandemia, esta opción supondrá “el escenario propicio para volver a un reparto de las tareas domésticas y familiares que estábamos en vías de superar”.<sup>47</sup>

Es por ello que, –si bien el trabajo a distancia puede ser una oportunidad para favorecer la conciliación entre la vida familiar y laboral–, para no generar un impacto negativo en el trabajo de las mujeres es necesario superar el mero objetivo supuestamente neutral de esa conciliación por el de una efectiva corresponsabilidad. En otros términos, para favorecer la efectiva igualdad entre hombres y mujeres en el trabajo se deben introducir medidas de corresponsabilidad que apuesten por la implicación del otro progenitor en las tareas de cuidado de los hijos y de familiares dependientes.<sup>48</sup>

En este contexto, si se estima que el trabajo a distancia y el teletrabajo son una oportunidad de conciliación, el legislador debe consagrarlo como un derecho para las y los trabajadoras/es con responsabilidades familiares –hombres y mujeres– de optar a esta modalidad alternativa cuando tengan a su cuidado hijos/as menores o familiares con algún

46 Como explica Rodríguez, el teletrabajo, en vez promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, ha significado una nueva forma de segregación ocupacional. Emma Rodríguez, “De la conciliación a la corresponsabilidad...”, op. cit., p. 40.

47 Ana de la Puebla Pinilla, “Trabajo a distancia y teletrabajo: una perspectiva de género”, *Labos, Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Vol. 1, N°3, 2020, p. 8.

48 *Ibid.*, p. 9.

tipo de dependencia.<sup>49</sup> Una vez que esa conciliación sea reconocida como un derecho, se debe fomentar su utilización por los hombres, estableciéndose algún tipo de incentivo –u otro tipo de fórmulas– para garantizar un uso equilibrado de ese derecho que involucre a ambos progenitores.

### **1.3. Trabajo a distancia, teletrabajo y estándares internacionales sobre derechos humanos**

La terminología genérica que utiliza la OIT para incorporar al trabajo a distancia y teletrabajo, es la de “trabajo a domicilio”, término empleado en el Convenio n° 177 sobre el trabajo a domicilio y en la Recomendación correspondiente n° 184.<sup>50</sup> El objetivo central de estos instrumentos es asegurar que los trabajadores a domicilio gocen de los mismos derechos que generalmente son aplicables a los demás trabajadores.<sup>51</sup>

Los fundamentos que se tuvieron en vista para la adopción de estos instrumentos internacionales dicen relación, precisamente, con los problemas que hoy se advierten por la adopción acelerada del trabajo a distancia y teletrabajo a raíz de la pandemia: la marcada dimensión de género que posee, ya que una parte significativa de los trabajadores a domicilio son mujeres con responsabilidades familiares; la falta de reconocimiento y visibilidad; el aislamiento y la consecuente dificultad para organizarse sindicalmente y tener contacto con representantes sindicales en caso de problemas; insuficiencia de la protección legal, altos índices de informalidad, condiciones de trabajo por debajo de las de los demás trabajadores, entre otros.<sup>52</sup>

Ya en 1995, en la 82ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, se advertía que los trabajadores a domicilio constituían una categoría de trabajadores especialmente vulnerables, producto de una protección jurídica insuficiente, su aislamiento, y el escaso poder negociador que poseen. En cuanto a sus condiciones de trabajo, se señalaban, como problemáticas frecuentes, el número excesivo de horas que trabajan, las bajas remuneraciones, la falta de medidas de seguridad laboral, las dificultades para exigir el respeto de sus derechos laborales y la invasión de la privacidad del hogar.<sup>53</sup>

49 La legislación portuguesa es un ejemplo de aquello. Como medida de conciliación de la vida laboral y familiar de los padres trabajadores, la Ley 120/2015 crea un derecho para el trabajador (hombre o mujer) con hijo de hasta 3 años de edad, de ejercer su actividad laboral en régimen de teletrabajo, siempre que dicha modalidad sea compatible con la actividad desempeñada y la empresa disponga de recursos y medios para tal efecto. Artículo 166.3 del Código del Trabajo portugués.

50 Instrumentos adoptados el 20 de junio de 1966. Chile aún no lo ha ratificado.

51 OIT, *Promover el empleo y el trabajo decente en un panorama cambiante*, Informe III (parte B), 109ª reunión de la CIT, Ginebra, 2020, p. 210.

52 *Ibid.*, pp. 211-215.

53 OIT, *Trabajo a domicilio*, Informe V, 82ª reunión de la CIT, Ginebra, 1995, pp. 21-28.

El Convenio n° 177 y su recomendación n° 184, persiguen hacerse cargo de estos problemas, mejorando la situación de los trabajadores a domicilio. Para ello, se entrega un concepto amplio de trabajo a domicilio, a fin de incluir la gran diversidad de situaciones en las que existe trabajo en el hogar, incluido el teletrabajo. De ese modo, se define el trabajo a domicilio como el que una persona realiza en su residencia o en otros lugares que escoja, distintos de los locales de trabajo del empleador, a cambio de una remuneración, con el fin de elaborar un producto o prestar un servicio conforme a las especificaciones de ese empleador, independientemente de quien proporcione el equipo, los materiales u otros elementos utilizados para ello.<sup>54</sup>

Un componente central del concepto se relaciona con el lugar de trabajo, siendo esencial que se realice fuera de los locales del empleador, que se trate de una labor remunerada,<sup>55</sup> y que se ejecute bajo el cumplimiento de las especificaciones entregadas por el empleador.<sup>56</sup> Además, el Convenio quiso dejar claro que la condición de trabajador a domicilio no viene determinada por quién proporciona las herramientas y materiales de trabajo, ya que, de ser así, muchos empleadores, bajo la figura de venta simulada de materiales o maquinarias, hubieran utilizado este criterio como indicador de independencia, quedando de ese modo excluidos del concepto de trabajo a domicilio.<sup>57</sup>

Como hemos dicho, el objetivo central del Convenio es garantizar la igualdad de trato. Para ello, su artículo 4 dispone que, “En la medida de lo posible, la política nacional en materia de trabajo a domicilio deberá promover la igualdad de trato entre los trabajadores a domicilio y los otros trabajadores asalariados, teniendo en cuenta las características particulares del trabajo a domicilio y, cuando proceda, las condiciones aplicables a un tipo de trabajo idéntico o similar efectuado en la empresa”. Esta igualdad de trata debe fomentarse particularmente respecto de: “a) el derecho de los trabajadores a domicilio a constituir o afiliarse a las organizaciones que escojan y a participar en sus actividades; b) La protección de la discriminación en el empleo y en la ocupación; la protección en materia de seguridad y salud en el trabajo; la remuneración; la protección por regímenes legales de seguridad social; el acceso a la formación; la edad mínima de admisión al empleo o al trabajo; la protección de la maternidad”. La recomendación 184, por su parte, en

54 Artículo 1 del Convenio n° 177. La norma en referencia, excluye del concepto a los trabajadores independientes y al trabajo ocasional.

55 La Comisión señala que, junto al pago de la remuneración, deben reembolsarse los costos que afrontan los trabajadores a domicilio, como la energía, el agua, las comunicaciones, el mantenimiento de maquinaria, entre otros. OIT, *Promover el empleo y el trabajo decente en un panorama cambiante*, op. cit., p. 217.

56 Ello para reformar la naturaleza no autónoma del trabajo a domicilio. *Ibid.*, p. 217.

57 *Ibid.*, p. 218.

el párrafo 27, señala que los trabajadores a domicilio deberán disfrutar de la misma protección que los otros trabajadores en caso de término de la relación de trabajo.

Nuestra legislación consagra el principio de igualdad, como hemos dicho, referido al goce de todos los derechos individuales y colectivos contenidos en el Código, en tanto no sean incompatibles con las normas especiales de regulación del trabajo a distancia y teletrabajo. No se consagró el principio de igualdad de trato entre los trabajadores a distancia y teletrabajadores en relación con los demás trabajadores asalariados, el que va más allá de la garantía de goce o ejercicio de los derechos consagrados en el Código.

La legislación nacional tampoco enumera ámbitos específicos en los cuales deba promoverse con especial atención la igualdad de trato, siendo especialmente relevantes los siguientes: el remuneracional, el de formación, el de promoción, el de responsabilidades familiares, entre otros.

En materia de libertad sindical, en tanto, junto con reconocer el goce de los derechos colectivos, se consagra un deber de información que recae en el empleador, sobre la existencia o no de sindicatos legalmente constituidos en la empresa en el momento del inicio de las labores. Asimismo, en el caso de que con posterioridad al comienzo de la relación laboral se constituya un sindicato, el empleador debe informar dicho hecho a los trabajadores a distancia y teletrabajadores, dentro de los 10 días siguientes de recibida la comunicación de constitución de la organización sindical.<sup>58</sup>

Si bien este deber de información está en consonancia con las disposiciones del Convenio, faltaron garantías explícitas para que el derecho de libertad sindical pueda ejercerse en la práctica, como, por ejemplo, vías o canales para que los trabajadores a distancia tengan contacto con los representantes de sus sindicatos y una política concreta de fomento a la sindicalización, considerando la especial vulnerabilidad de estos trabajadores. Asimismo, hay una escasa o nula referencia al rol que puede desempeñar la negociación colectiva en la regulación de las condiciones de trabajo de los trabajadores a distancia y teletrabajadores. Esto es especialmente relevante si consideramos que nuestra legislación, en el plano individual, tiene un marcado carácter flexibilizador y desregulador, que puede jugar en contra de la debida protección de los derechos laborales. En efecto, se deja a la decisión de las partes –es decir, de un acuerdo individual–, materias vinculadas al régimen del teletrabajo, como exclusión de los teletrabajadores del límite de jornada, el establecimiento de una jornada híbrida, la compensación de los gastos en caso que sea el trabajador el que aporte los equipos y herramientas

58 Inciso final del art. 152 quáter N.

de trabajo, entre otros. Además, se admiten diversas formas de control del trabajo por medios tecnológicos, sin límites ni reglas expresas.<sup>59</sup>

Otro aspecto relevante dice relación con la protección en materia de seguridad y salud en el trabajo. El Convenio n° 177, establece en su artículo 7 que la legislación nacional en materia de seguridad y salud en el trabajo deberá aplicarse al trabajo a domicilio, teniendo en cuenta las características propias de este, y corresponderá determinar las condiciones en que, por razones de seguridad y salud, ciertos tipos de trabajo y la utilización de determinadas sustancias podrán prohibirse en el trabajo a domicilio. Complementando la norma anterior, la Recomendación 184 en su párrafo 20, indica que los empleadores: “deberían tener la obligación de: a) informar a los trabajadores a domicilio acerca de cualquier riesgo relacionado con su trabajo, que conozca o debería conocer su empleador, señalarles las precauciones que fuese necesario adoptar, y, según proceda, facilitarles la formación necesaria; b) garantizar que las maquinarias, herramientas y otros equipos que faciliten a los trabajadores a domicilio estén provistos de los dispositivos de seguridad adecuados y adoptar medidas razonables con el fin de velar por que sean objeto del debido mantenimiento, y c) facilitar gratuitamente a los trabajadores a domicilio el equipo de protección personal necesario”.

Nuestra legislación consagra estos deberes de protección e información a fin de velar por la seguridad y salud de los/as trabajadores/as a distancia y teletrabajadores/as, conforme al deber general de protección consagrado en el artículo 184 del Código del Trabajo.<sup>60</sup> Además, entrega a un reglamento la misión de regular las condiciones específicas de seguridad y salud a que deben sujetarse estos trabajadores. Dicho reglamento, fue publicado en el Diario Oficial, el 3 de julio de 2020, regulando una serie de obligaciones del empleador dirigidas a la protección eficaz de la vida y salud de los trabajadores que presten servicios en modalidad de trabajo a distancia o de teletrabajo. Se trata de obligaciones específicas, que toman en consideración las características especiales de estas modalidades alternativas de prestación de servicios, como, por ejemplo, riesgos ergonómicos, ambientales.

Ahora, no obstante que el reglamento toma en consideración los factores de riesgo especiales de esta modalidad de trabajo, los relatos de los trabajadores en el estudio realizado por la CUT y la FETRACALL, nos muestran que las empresas no han cumplido su deber de adoptar todas las medidas necesarias para el resguardo de la vida y salud de sus

59 Tomás Soto, Pamela Martínez y otros, “Tensiones del Teletrabajo post pandemia: Desafíos y propuestas para un nuevo marco de derechos, *Policy Brief*, serie Condiciones del empleo en Chile en contexto de crisis sanitaria, N° 1, 2021, p. 4.

60 Artículos 152 quáter M y N del Código del Trabajo.

trabajadores. En efecto, condiciones ambientales inadecuadas, falta de elementos de trabajo y de protección personal, ausencia de una adecuada organización del trabajo a fin de respetar las pausas y descansos, son algunos de los riesgos a los que han estado expuestos los teletrabajadores, y que, dada la escasa capacidad fiscalizadora de la Dirección del Trabajo, se han perpetuado.<sup>61</sup>

Sin duda, uno de los principales factores de riesgo al que están expuestos estos trabajadores está vinculado con las extensas jornadas de trabajo y la sobrecarga laboral. En un estudio realizado en 2019 por Eurofound y la OIT, se advertía, entre otras cosas, que el teletrabajo, en general, puede conllevar una jornada laboral más prolongada y un aumento de la carga de trabajo en las noches o los fines de semana.<sup>62</sup> Pues bien, a más de un año de la pandemia y del aumento acelerado de esta modalidad de trabajo, diversos estudios dan cuenta de esta realidad y del agobio que afecta a muchos teletrabajadores,<sup>63</sup> ya que incluso nuestra ley, si bien regula el derecho a la desconexión, permite a las partes acordar que los teletrabajadores queden excluidos del límite máximo de la jornada laboral.

Si bien nuestro país no ha ratificado el Convenio n° 177, no debemos perder de vista diversas obligaciones internacionales que imponen al Estado chileno el deber de garantizar condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, entre ellas, límites razonables a la jornada de trabajo, derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre y a vacaciones periódicas pagadas; a una remuneración equitativa y satisfactoria que asegure una existencia conforme a la dignidad humana; seguridad e higiene en el trabajo, igualdad de oportunidades y no discriminación, estabilidad en el empleo y protección contra el despido injustificado; el derecho de sindicación para la defensa de sus intereses, y los derechos de negociación colectiva y huelga, entre otros.<sup>64</sup>

Estas condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias son de alcance universal, aplicables también a los/as trabajadores/as a distancia y teletrabajadores/as. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, en su observación general n° 23 del año 2016, en relación a las modalidades de trabajo flexible sostuvo que: “A la luz de la evolución reciente del derecho laboral y las prácticas de empleo, puede

61 “La percepción de los y las trabajadoras del teletrabajo en Chile 2020”, op. cit., pp. 16 y ss.

62 Informe conjunto OIT-Eurofound, *Trabajar en cualquier momento y en cualquier lugar: consecuencias en el ámbito laboral*, Ginebra, 2019, pp. 21 y ss.

63 Emol.c: “estudio advierte que trabajar más de 55 horas semanales aumenta el riesgo de muerte por enfermedades cardíacas y ACV”, 17 de mayo de 2021. Informe conjunto OIT-Eurofound, op. cit.

64 Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículos 23 y 24; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 7 y 8; y los diversos convenios de la OIT, entre ellos, los convenios esenciales sobre libertad sindical números 87 y 98.



ser adecuado elaborar una política nacional sobre la flexibilidad en el lugar de trabajo. Esta política podría incluir modalidades flexibles de programación de las horas de trabajo, por ejemplo, horarios flexibles, semanas de trabajo comprimidas y puestos compartidos, así como flexibilidad en cuanto al lugar de trabajo para incluir el trabajo desde casa, el teletrabajo o el trabajo desde un centro anexo. Estas medidas pueden contribuir también a lograr un mejor equilibrio entre las responsabilidades laborales y familiares, siempre que respondan a las diferentes necesidades y problemas de los trabajadores y las trabajadoras. Las modalidades de trabajo flexibles deben satisfacer las necesidades tanto de los trabajadores como de los empleadores, y en ningún caso deberían emplearse para socavar el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias”.

A más de un año de la entrada en vigencia de la Ley 21.220, la realidad de muchos teletrabajadores/as ha evidenciado condiciones de trabajo que difieren a las establecidas en los estándares fijados por las normas internacionales del trabajo. Urge definir un nuevo marco normativo que respete de manera íntegra estos derechos mínimos.

## **2. MIGRAR A LA INFORMALIDAD: EL CASO DE LOS TRABAJADORES DE PLATAFORMAS**

Como hemos advertido, a la fecha, miles de trabajadores y trabajadoras han perdido sus empleos. Producto de las dificultades para encontrar un empleo formal, muchos/as de ellos/as han debido migrar a empleos precarios, de baja calidad o, derechamente, informales.

En otras palabras, enfrentadas a la falta de oportunidades en el sector formal (con contrato de trabajo y protección de seguridad social), las personas no tienen más alternativa que migrar a empleos informales e inseguros.

Uno de los sectores donde se ha registrado un aumento significativo de trabajadores, o colaboradores o socios, como prefieren denominarlos las empresas, ha sido el de las plataformas digitales de delivery y transporte, como Uber, Didi, Pedidos Ya, Rappi, entre otras. Las mismas empresas de plataformas digitales han dado cuenta de este aumento. En el caso de Rappi Chile, por ejemplo, su gerente general señaló que desde las primeras semanas de la Covid-19, ha habido un aumento significativo en la cantidad de repartidores conectados a la aplicación. La empresa Pedidos Ya, en tanto, constata que en mayo de 2020 crecieron en un 20% la cantidad de repartidores de la aplicación.<sup>65</sup>

65 Diario Financiero.cl: “Aplicaciones muestran alza histórica de repartidores y conductores asociados”, 10 de junio de 2020.

La medición presentada por el Centro de Encuestas y Estudios Longitudinales de la Universidad Católica en mayo del presente año, muestra la importancia que han ido adquiriendo las plataformas digitales para el mercado laboral. Según esa medición, durante los últimos 24 meses, un total de 189 mil personas en Chile obtuvo ingresos ofreciendo servicios a través de plataformas de delivery o transporte, lo que equivale a un 2,4% del total de ocupados actuales. De ellos, aproximadamente un 60% son trabajadores nacionales, y un 40% trabajadores extranjeros.<sup>66</sup>

No cabe duda que estas plataformas digitales han sido esenciales para satisfacer la demanda de bienes y servicios de miles de personas que, en diversos períodos, han debido soportar extensas cuarentenas y, por tanto, han visto restringida su libertad de desplazamiento.<sup>67</sup> Sin embargo, pese a lo crucial que ha sido este servicio durante esas prolongadas cuarentenas, quienes lo materializan (estamos hablando, no lo olvidemos, de miles de trabajadores/as de carne y hueso que se desplazan por la ciudad en motos, bicicletas o automóviles, y que son mucho más que simples algoritmos) trabajan en condiciones muy precarias, al margen de la protección laboral y de seguridad social.

Al no ser reconocidos como trabajadores dependientes habitan en una zona gris sin protección laboral alguna. Esta situación, de suma importancia, implica, por ejemplo, que no exista límite a sus jornadas laborales; la ausencia de garantía en relación a sus ingresos, de descansos y de vacaciones pagadas; falta de acceso a la seguridad social y –algo muy relevante dada la naturaleza de sus servicios– de carencia de seguros contra accidentes laborales y enfermedades profesionales.

La Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT) ha constatado que las jornadas laborales de los conductores de plataformas son extremadamente extensas, con un promedio de 65 horas a la semana. Los repartidores, en tanto, trabajan en promedio 59 horas semanales, muy por encima de la jornada máxima legal que les sería aplicable si fuesen reconocidos como trabajadores dependientes (45 horas semanales). Por otro lado, la alta congestión, presión por manejar a alta velocidad para cubrir a tiempo las solicitudes de reparto y así estar bien rankeado para aspirar a una mejor remuneración, hacen que este trabajo sea especialmente estresante y agobiante para las y los trabajadoras/

66 Centro UC de Encuestas y Estudios Longitudinales, "Estudio Longitudinal Empleo-Covid-19: datos de empleo en tiempo real", Seminario y Conferencia de Prensa, 14 de junio de 2021, (disponible en: <https://www.uc.cl/site/assets/files/13876/presentacion-estudio-longitudinal-empleo-covid19-14junio2021.pdf?it=site/efs/files/13876/presentacion-estudio-longitudinal-empleo-covid19-14junio2021.pdf>)

67 *Ibid.*, El Estudio Longitudinal de Empleo-Covid-19 de mayo 2021, da cuenta de que, en los 24 meses anteriores, más de la mitad de los hogares del país han utilizado plataformas digitales de transporte de delivery o compras online, es decir, cerca de 3.33 millones de hogares, con 10.2 millones de personas en el país.

es,<sup>68</sup> llegando incluso a poner en riesgo su propia vida y la de terceros.<sup>69</sup>

El estrés y agobio que caracteriza al trabajo de reparto y transporte, es aumentado por las políticas implementadas por las propias empresas. Hace unas semanas se anunció, a través de los medios, que la empresa Rappi lanzó un formato de despacho ultra rápido denominado “Turbo Fresh”, que ofrece la entrega de productos frescos en menos de 10 minutos.<sup>70</sup> Esto sin duda traerá mayor estrés laboral, precarizando aún más las condiciones laborales de los trabajadores de plataformas.

¿Cuál es la causa de esta desprotección? La errada calificación que hacen las empresas de plataformas respecto del vínculo jurídico que tienen con quienes realizan las labores de transporte o reparto. Para las empresas se trata de socios, *partner*, colaboradores, jamás de trabajadores dependientes, ya que entienden –o les conviene interpretarlo de esa manera– que esta nueva forma de organización del trabajo da un espacio de autonomía tal, que excluye la aplicación de las normas laborales bajo el criterio clásico de calificación laboral, es decir, suprime la relación de subordinación y dependencia del trabajador con el empleador.<sup>71</sup>

## **2.1. El debate de la calificación jurídica: trabajadores autónomos o dependientes**

Históricamente, las empresas han intentado eludir la legislación laboral por diversas vías,<sup>72</sup> por ejemplo, suscripción de contratos a honorarios, la prestación de servicios bajo la figura del emprendedor y la creación de una empresa individual de responsabilidad limitada, entre otras. Hoy, de la mano de las tecnologías de la información, las empresas de plataformas, bajo el pretexto de que el repartidor o conductor es libre para definir el momento y el tiempo que le dedicará a la actividad, afirman que no estamos en presencia de un trabajo dependiente que deba ser regulado por el derecho del trabajo. En base a lo anterior, desde la perspectiva de las empresas, nos encontramos frente a un trabajador autónomo que queda al margen de la protección que brindan las normas laborales.<sup>73</sup>

68 OIT, *Perspectivas sociales y del empleo en el mundo: El papel de las plataformas digitales en la transformación del mundo del trabajo*, 2021.

69 Diario Antofagasta.cl: “Morir por un pedido: trágica muerte de repartidor en Antofagasta abre debate por seguridad en apps y delivery”, 2 de noviembre de 2020

70 Diario Financiero: Rappi pone presión a su competencia y repartirá productos frescos en 10 minutos”, 22 de septiembre de 2021.

71 *Informe 2019*, pp. 18 y ss.

72 Se trata del fenómeno que la doctrina denominó como “la huida del derecho del trabajo”. José Luis Ugarte, “La subordinación jurídica y jurisprudencia judicial: la flexibilidad laboral de los jueces”, en *Revista Estudios Laborales* 1 de la Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2007, pp. 79 y ss.

73 Como expresa Diego Álvarez, las empresas que ofertan sus servicios a través de plataformas digitales, se han levantado como espacios de contratación alternativas a la tradicional relación de trabajo dependiente y subordinado. Diego Álvarez, *El futuro del trabajo y su regulación jurídica ante los retos de la automatización y la fragmentación empresarial*, OIT, 2017, p. 4.

Determinar si estos trabajadores son dependientes o autónomos tiene consecuencias, o un impacto trascendente, en aquellos que, producto del desempleo u otra clase de factores, han debido migrar a este tipo de actividad. Esto, porque si se avala la calificación realizada *a priori* por las empresas, se perpetuará la condición de precariedad y absoluta desprotección de estos trabajadores, marginándolos de la tutela que brinda el derecho del trabajo. Por el contrario, si los consideramos como trabajadores dependientes estarán bajo el manto protector de esta especial rama del derecho.

El nudo crítico que está presente en esta calificación, tiene que ver con la supuesta libertad que esta forma de organización del trabajo confiere a los/as trabajadores/as, principalmente porque son ellos quienes determinan el momento en que desarrollarán la actividad de delivery o transporte y el rango de tiempo que le dedicarán. Sin embargo, ese margen de libertad existente en esta nueva forma de organización del trabajo, no es óbice para entender que estamos ante una típica relación de subordinación y dependencia. Ello, por cuanto, independientemente que la empresa no ejerce un control físico sobre los trabajadores, existe de todos modos una organización del trabajo y control difuso que se realiza a través de los algoritmos<sup>74</sup> y que se manifiesta, entre otros aspectos, en que es la empresa la que, a través de la aplicación, conecta a sus trabajadores con los clientes, asignando las tareas y la zona geográfica en que el trabajador deberá desarrollar sus funciones; impone el precio del servicio, retiene el pago que realiza el cliente para pagar posteriormente al trabajador la respectiva tarifa, efectúa un seguimiento del trabajador por medio del sistema de posicionamiento GPS, evalúa el desempeño del trabajador de acuerdo a las notas que asignan los usuarios y decide, unilateralmente, desconectar a los trabajadores de la aplicación.

Todos estos elementos nos conducen hacia la noción funcional de subordinación, la que ha sido definida como la “dirección que un sujeto de derecho, denominado empleador, efectúa de la actividad que coordinadamente ejecuta otro para él, quien se incorpora en forma continuada a la esfera productiva que controla el primero, lo que se manifestará en una serie de indicios vinculados más que a hechos físicos y espaciales (utilización de uniforme, instrucciones, control directo, trabajo en el lugar de la empresa), a determinados rasgos de la cooperación mutua entre las partes, tales como: la fijación de la modalidad productiva a ser ejecutada por el trabajador (qué producir, cómo y a

74 En palabras de Ugarte, “el control sobre el trabajador de plataforma se realiza desde la distancia física, pero con cercanía tecnológica -en lo que podría denominarse un control algorítmico-”. José Luis Ugarte, “Trabajo en empresas de plataforma: subordinación y más allá”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 35, 2020, p. 32.

qué ritmo), la coordinación informática, la exclusividad como cliente, la propiedad de la infraestructura utilizada, la fijación de un estatuto de sanciones pecuniarias, etc.<sup>75</sup>

## **2.2. Los criterios de la jurisprudencia judicial**

Ante la renuencia de las empresas a reconocer a los conductores y repartidores como trabajadores dependientes, cuando estos son desconectados de la aplicación de forma intempestiva y sin justificación o, cuando sufren algún accidente, la única alternativa que tienen es recurrir a los Tribunales del Trabajo a fin de que se determine la naturaleza de la prestación de servicios. De ser calificada su relación como laboral, las empresas serán condenadas al pago de indemnizaciones, recargos legales, prestaciones laborales y cotizaciones de seguridad social. Esto se produce porque el contrato de trabajo es de carácter consensual, entendiéndose que nace a la vida jurídica desde el momento que se acordó que una persona prestaría a otra un servicio material o intelectual, bajo subordinación y dependencia, a cambio de una remuneración determinada.

En otros términos, la problemática de si se trata de un trabajador dependiente o no, ante la ausencia de un marco regulatorio específico, queda entregada a la labor de calificación que realicen los tribunales en el caso de que haya sido requerida su intervención, respecto a la existencia o no de una relación de trabajo dependiente. Esta situación resulta muy compleja, ya que la protección de estos trabajadores quedará entregada a la eventual judicialización del conflicto. A mayor abundamiento, los escasos criterios de nuestros tribunales en esta materia han sido vacilantes, cuestión que impacta en la certeza o seguridad de estos trabajadores.

El primer caso se ventiló en 2015 ante el Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.<sup>76</sup> Un trabajador, frente al despido del que fue objeto por medio de la anulación de su cuenta en la aplicación virtual, demandó la declaración de existencia de relación laboral, despido injustificado, nulidad del despido y cobro de prestaciones laborales contra Uber Chile Spa.

En sentencia, de fecha 14 de julio de 2015, el tribunal determinó que la parte demandante no habría logrado acreditar la existencia de la relación laboral, toda vez que no se configuró subordinación alguna entre las partes. A juicio del sentenciador, no existieron elementos que permitan concluir que la empresa ejercía poder sobre el demandante.

75 José Luis Ugarte, "La subordinación jurídica y los desafíos del nuevo mundo del trabajo", en *Gaceta Laboral* 11, N° 1, 2005, p. 46.

76 Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, causa Rit O-1388-2015, caratula da *Thompson con Uber Chile Spa*.

En cuanto a lo alegado por el demandante en torno a haber sido desconectado de la aplicación por la empresa Uber, la sentencia sostiene que dicha desconexión fue la consecuencia de un mal servicio, situación avalada por el reclamo de un cliente, por lo que la empresa, en tanto dueña del software, tiene la absoluta libertad de elegir con que trabajadores independientes comparte la aplicación, así como el conductor tiene la libertad de conectarse y de aceptar o no una solicitud. En definitiva, la sentencia descarta la tesis de la laboralidad, inclinándose por la de una prestación de servicios autónoma, sin considerar el control algorítmico que la empresa ejercía sobre el trabajador.

Cinco años después, en un caso que se ventiló ante el Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, se dictó la primera sentencia que acoge la tesis de laboralidad entre la empresa y el trabajador de plataforma digital. Se trató de una acción por despido injustificado, nulidad del despido y cobro de prestaciones laborales que interpuso un ex trabajador de plataforma contra la empresa PedidosYa Chile.

Teniendo en consideración que el demandante prestó los servicios de reparto a domicilio de los productos que los clientes solicitaban por medio de la aplicación de PedidosYa, previo a lo cual tuvo que pasar por un proceso de selección y capacitación; que la empresa ejercía un control sobre el demandante por medio de un sistema de calificaciones; asignaba una zona donde debía prestar servicios, controlando la localización del trabajador por medio del sistema GPS; imponía sanciones en caso que el demandante rechazara pedidos en reiteradas ocasiones, dejando de asignarle tareas por un tiempo determinado y, considerando la imposibilidad de que el demandante fijase el precio por la prestación del servicio, la sentenciadora llegó a la convicción que el demandante prestó servicios bajo subordinación y dependencia.<sup>77</sup>

Finalmente, en un reciente caso ventilado ante el 1º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, un grupo de ex repartidores demandó a la empresa PedidosYa Chile, solicitando al Tribunal la declaración de existencia de la relación laboral y que la desconexión de la aplicación realizada por la empresa sea calificada como despidos antisindicales, ya que tuvieron lugar tras una movilización realizada por los trabajadores para obtener mejores remuneraciones.

A diferencia del razonamiento vertido en la sentencia del Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, en este caso, la sentenciadora estimó que no existe un vínculo de subordinación y dependencia, dada la libertad conferida a los trabajadores para determinar el momento y lapso de tiempo

77 Sentencia del Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, de fecha 5 de octubre de 2020, Rit M-724-2020, caratulada *Arredondo con PedidosYa Chile Spa*, considerando décimo y décimo tercero. Criterio confirmado por la Corte de Apelaciones de Concepción en sentencia de fecha 15 de enero de 2021, Rol 395-2020.

en que se conectarán a la aplicación y prestarán el servicio. Por tanto, al no existir prueba del control que la empresa ejercería sobre los trabajadores –elemento determinante del vínculo de subordinación y dependencia–, se desecha la tesis de laboralidad pretendida por los demandantes.<sup>78</sup>

Siguiendo la línea del trabajo autónomo, nuevamente el 1º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, en sentencia de fecha 2 de octubre de 2021, desestimó la demanda de declaración de existencia de la relación laboral ejercida en contra de la empresa Rappi Chile SPA, ya que, a su juicio, no se habrían incorporado elementos de prueba que acrediten indicios de subordinación y dependencia, entendida bajo una noción física. En efecto, el sentenciador entiende que es opuesto a un trabajo dependiente el no estar sujeto a jornada de trabajo, decidir libremente cuándo conectarse al sistema, que no se entreguen por parte de la empresa los implementos de trabajo, que el trabajador no tenga obligación de aceptar el pedido que figura en la plataforma, que la empresa no haga uso de su potestad disciplinaria cuando el repartidor no se conecta a la plataforma o no acepta un pedido, ni que existan instrucciones específicas de la empresa en torno a cómo debe realizarse el servicio encomendado cuando el repartidor acepta un encargo, concluyendo que no estamos ante una relación laboral dependiente.<sup>79</sup>

Si bien, a la fecha, son escasos los pronunciamientos judiciales sobre la materia, los últimos fallos comentados sientan un precedente de desesperanza para quienes desempeñan las funciones de repartidores y choferes en las empresas de plataformas digitales. Aunque el éxito o fracaso de este tipo de acciones está fuertemente determinado por los elementos de prueba que incorporen las partes, tras las investigaciones y las propias denuncias que han realizado diversos trabajadores de plataformas –donde dan cuenta de la forma en que las empresas organizan, dirigen y controlan el trabajo–, los jueces deberían incorporar esos antecedentes fácticos en sus análisis, los que a estas alturas constituyen hechos públicos y notorios, y que pueden jugar un rol clave en favor de la tesis de laboralidad.

### 2.3. Los estándares internacionales

A la fecha, no existen instrumentos internacionales específicos que regulen el trabajo vía plataformas.<sup>80</sup> No obstante, como estamos frente a un trabajo y a personas que día a día lo ejecutan, primeramente, cabe aplicar

78 Sentencia del 1º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, de fecha 17 de mayo de 2021, Rit T-980-2020, causa caratulada *Escalante y otros con PedidosYa Chile Spa*. Actualmente la causa se encuentra en la Corte de Apelaciones de Santiago, tras ser impugnada de nulidad por los denunciantes. Rol 1864-2021.

79 Sentencia del Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT O-5008-2020, causa caratulada *Morillo con Rappi Chile Spa*.

80 Alberto Coddou, "El trabajo en plataformas durante la pandemia por COVID-19: Los derechos fundamentales y el caso chileno", Informes Técnicos OIT Cono Sur, N° 19, 2021, p. 7.

la Recomendación de la Organización Internacional del Trabajo sobre la relación de trabajo n° 198 del año 2006, la que se refiere precisamente a la determinación de la existencia de una relación de trabajo.

La recomendación en comento insta a los Estados a incluir, dentro de su política nacional, medidas tendientes a erradicar las relaciones de trabajo encubiertas, esto es, acuerdos contractuales que ocultan la verdadera situación jurídica de los trabajadores, ya que los empleadores no los consideran trabajadores dependientes, privándolos de la protección a la que tienen derecho. En el caso chileno, las escasas potestades fiscalizadoras de la Dirección del Trabajo impiden que haya un efectivo combate de esas situaciones de encubrimiento de vínculo laboral, cuestión que quedó reflejada en el caso de la fiscalización investigativa de Uber Chile Spa, donde el ente fiscalizador, no obstante verificar y constatar diversos indicios de laboralidad, al no tener competencias, concluye que son los Tribunales de Justicia los que deben determinar si en la especie existe o no una relación laboral.<sup>81</sup> De esta manera, en nuestro país no existe una política pública para combatir las relaciones laborales encubiertas, quedando en manos de los propios trabajadores informales las acciones tendientes a determinar si estamos o no ante una relación de trabajo dependiente, en la medida que interpongan la demanda respectiva ante los Tribunales del Trabajo. En otros términos, el reconocimiento de la relación laboral queda entregado a las acciones judiciales que emprendan las y los trabajadoras/es de plataformas y a los fallos judiciales.

Ahora, en tanto trabajadores encubiertos, están marginados de la protección laboral y sus derechos básicos –salario mínimo, límite de jornada, descansos, vacaciones pagadas, horas extras, prohibición del despido arbitrario, representación colectiva de sus intereses, seguridad social, protección contra accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, etc.–, lo que implica una vulneración sistemática a las normas internacionales del trabajo y un déficit de trabajo decente.

De esta manera, la inacción del Estado para erradicar relaciones laborales encubiertas –y de esa forma perpetuar una situación de desprotección de los trabajadores de plataformas– vulnera, entre otros convenios internacionales de la OIT, los siguientes: n° 1 sobre las horas de trabajo (industria), n° 12 sobre la indemnización por accidentes del trabajo, n° 14 sobre el descanso semanal, n° 20 sobre trabajo nocturno, n° 26 relativo a los métodos para la fijación de salarios mínimos, n° 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, n° 98 sobre el derecho de sindicación y negociación colectiva, n° 103 relativo a la protección a la maternidad, n° 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación), n° 121 relativo a las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedad profesionales, n° 138 sobre la

81 Dirección del Trabajo, Ordinario N° 6165, del 29 de diciembre de 2016.



edad mínima, n° 182 sobre las peores formas de trabajo infantil, n° 156 sobre trabajadores con responsabilidades familiares, n° 161 relativo a los servicios de salud en el trabajo, y n° 189 sobre las trabajadoras/es domésticas/os.

Asimismo, se vulnera lo dispuesto en el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, al no garantizar condiciones de trabajo dignas y satisfactorias que aseguren en especial:

- a. Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores:
  - Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual;
  - Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto;
- b. La seguridad y la higiene en el trabajo;
- c. Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad;
- d. El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos.

Junto con ello, se contraviene lo dispuesto en el artículo 8 del referido pacto, toda vez que quienes no son reconocidos en calidad de trabajadores dependientes, no gozan de las garantías de los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. En el caso chileno, los trabajadores de plataformas se han organizado sindicalmente a través de la figura del sindicato de trabajadores independientes, es decir, aquel que agrupa a los que no dependen de empleador alguno.<sup>82</sup> Sin embargo, esta figura sindical únicamente garantiza a los trabajadores gozar de una representación, pero no se les reconocen derechos esenciales para la defensa de sus intereses, como la negociación colectiva y la huelga.<sup>83</sup>

En síntesis, los trabajadores de plataformas están privados de la garantía de trabajo decente, violándose sistemáticamente sus derechos humanos fundamentales en este ámbito. La Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, señala que toda persona que trabaja debe gozar de derechos, y en las relaciones laborales debe primar la libertad sindical y de asociación y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva. Así también, se debe eliminar

82 Artículo 216 letra c) del Código del Trabajo.

83 Informe 2019, pp. 386 y ss.

toda forma de trabajo forzoso u obligatorio, el trabajo infantil y la discriminación en materia de empleo y ocupación.<sup>84</sup>

A su vez, en la Declaración sobre la justicia social para una globalización equitativa, la OIT da cuenta de la importancia de la relación de trabajo para ofrecer protección jurídica a los trabajadores, situando al trabajo decente como un elemento central de las políticas económicas y sociales. Se fija un programa de trabajo decente que incorpora cuatro objetivos estratégicos: promover el empleo, ampliar las medidas de protección social (seguridad social y protección de los trabajadores); promover el diálogo social y el tripartismo, y respetar, promover y aplicar los principios y derechos fundamentales en el trabajo.<sup>85</sup>

En la Declaración del centenario de la OIT para el futuro del trabajo, se reafirma la importancia del trabajo decente para alcanzar la justicia social, con especial énfasis en el respeto de los derechos fundamentales, salario mínimo adecuado, límites máximos al tiempo de trabajo, y la seguridad y salud en el trabajo, incorporando de forma explícita al trabajo vía plataformas.<sup>86</sup>

Finalmente, es necesario reiterar que, desde la perspectiva de la OIT, los convenios fundamentales del trabajo se aplican a todas las personas, independiente del tipo de trabajo que realizan y del sector o actividad económica donde lo ejerzan. Así, se ha señalado que “no debería haber un nivel más bajo de aplicación de las normas de trabajo fundamentales para los trabajadores informales. Ni la pobreza ni la existencia de un sector informal pueden servir como excusa para justificar la violación o el incumplimiento de los derechos fundamentales”.<sup>87</sup>

#### **2.4. Los proyectos de ley en trámite**

La protección que se debe brindar a los trabajadores de plataforma no puede quedar entregada a lo que, caso a caso, vayan resolviendo los tribunales. Se requiere de una acción decidida para incorporarlos dentro del manto protector de la legislación laboral, ya que ahí donde hay una situación de desigualdad y desequilibrio de poder, el derecho del trabajo debe cumplir su vocación o misión protectora.

Actualmente se encuentran en trámite legislativo tres proyectos de ley que pretenden regular, para bien o para mal, la situación de los trabajadores de plataformas digitales. Haremos unos breves comentarios respecto a las distintas iniciativas legislativas.

84 OIT, Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, CIT, Ginebra, 1998, párrafo 2.

85 OIT, Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, CIT, nonagésima séptima reunión, Ginebra, 2008.

86 OIT, Declaración del centenario de la OIT para el futuro del trabajo, CIT, centésimo octava reunión, Ginebra, 2019.

87 OIT, *El trabajo decente y la economía informal*, Informe VI, CIT 90ª reunión, 2002, p. 46.

#### **2.4.1. Proyecto de ley sobre modernización laboral para la conciliación, familia e inclusión. Boletín 12.618-13**

Este proyecto misceláneo, ingresado por mensaje presidencial el 14 de mayo del año 2019 y que se encuentra en primer trámite constitucional, no tiene como contenido central y único la regulación del trabajo por medio de plataformas digitales.

En lo que se refiere al trabajo vía plataforma, el proyecto agrega un nuevo artículo 8 bis el que, de forma totalmente desafortunada, a nuestro juicio, incorpora una hipótesis de exclusión de laboralidad, al señalar que “no dan origen al contrato de trabajo los servicios prestados por las personas naturales a través de plataformas digitales que intermedien entre estas personas y los usuarios de dichos servicios, sin obligación de exclusividad y con libertad para determinar la oportunidad y tiempo que destinarán a la prestación de estos servicios. Lo anterior, en la medida en que no concurren los requisitos establecidos en el artículo 7 del Código del Trabajo”.

La solución que propone este proyecto rechaza, en principio, que estemos ante una relación laboral, haciendo suya la postura de las empresas, las cuales, a priori, determinan que quienes prestan servicios de transporte o reparto a través de plataformas digitales no son trabajadores dependientes, dejando una eventual calificación de laboralidad a los tribunales. En otros términos, una exclusión *ex ante*, que parte de la base de que no habría indicios de subordinación y dependencia.<sup>88</sup>

#### **2.4.2. Proyecto de ley que regula el contrato de los trabajadores que desarrollan labores en plataformas digitales de servicios. Boletín 12475-13**

Con fecha 14 de marzo de 2019, las y los diputadas/os Giorgio Jackson, Maite Orsini, Raúl Soto y Gael Yeomans ingresan, por medio de moción parlamentaria, el proyecto de ley conocido como “Mi jefe es una APP”, el que actualmente se encuentra, en segundo trámite constitucional, ante la Comisión de Trabajo y Previsión Social del Senado.

A diferencia de la iniciativa del Ejecutivo, el proyecto “Mi jefe es una APP”, opta por la laboralidad del vínculo, bajo la figura de un contrato especial de trabajo, reconociendo derechos que son propios de este especial vínculo de trabajo dependiente. El proyecto destaca, entre otros, el derecho a una jornada autónoma, a seguridad laboral, a transparencia en la toma de decisiones y al control de la arbitrariedad –especialmente en relación a los criterios a través de los cuales la aplicación asigna las tareas, se determinan las remuneraciones y el impacto que tienen las calificaciones–. Asimismo, consigna el derecho a la jornada pasiva y a la sindicalización de los trabajadores que desarrollan labores en plataformas digitales de servicios.

88 José Luis Ugarte, “Trabajo en empresas de plataforma: subordinación y más allá”, op. cit., p. 35.

Se trata de un proyecto que, desde la perspectiva del estándar del trabajo decente, va por la senda correcta, toda vez que sin desconocer las nuevas formas de organización del trabajo humano producto de las tecnologías, lo incorpora a la legislación laboral como un contrato de trabajo especial: se conserva la flexibilidad horaria que incentiva la contratación de jóvenes, y se añaden normas para eliminar arbitrariedades que menoscaban los derechos laborales, especialmente a través del reconocimiento de la jornada pasiva y la transparencia de información, que es clave para el adecuado desarrollo del servicio contratado.

**2.4.3. Proyecto de ley que establece garantías básicas a las personas que prestan servicios a través de plataformas digitales. Boletín 13496-13**

La iniciativa legal ingresada por la senadora Carolina Goic y los senadores Juan Pablo Letelier, Manuel José Ossandón y David Sandoval, con fecha 13 de mayo de 2020, se encuentra actualmente en segundo trámite constitucional y el Ejecutivo le ha dado suma urgencia a su tramitación.

El objetivo central del proyecto originario fue regular una serie de derechos y obligaciones que derivan de la relación entre las empresas de plataformas digitales y las personas que le prestan servicios, tales como el pago de un seguro de accidentes y enfermedades profesionales, pago de un seguro de invalidez y sobrevivencia, pago de un seguro de responsabilidad civil por daños, pago de cotizaciones del seguro de desempleo y entrega de elementos de protección personal.

Durante el primer trámite constitucional, se reformula por completo el proyecto originario, el que sin duda era insuficiente, ya que no resolvía el problema de la calificación jurídica de la relación entre la empresa de plataforma y quien presta el servicio. Sin embargo, el proyecto que sale del Senado tampoco entrega una solución clara, ya que incorpora una norma que establece que el trabajador de plataformas digitales será considerado como trabajador dependiente o independiente, según concurran o no los requisitos establecidos en el artículo 7 del Código del Trabajo, dejando la problemática de la calificación jurídica a los tribunales de justicia.

De una forma inusual para nuestro derecho, el proyecto, regula la figura del contrato de trabajo de los trabajadores de plataformas digitales dependientes y del contrato de trabajo de los trabajadores de plataformas digitales independientes, bajo la creencia de que con ello conferirá una protección idónea, tanto si los servicios son prestados bajo subordinación y dependencia, como cuando sean prestados de forma autónoma.

Sin embargo, tal fórmula solo conducirá a que las empresas, entidades que definen la modalidad de contratación y redactan los respectivos contratos, prefieran el contrato de prestación de servicios

independiente, trasladando de ese modo el debate de la calificación jurídica a la arena judicial, sin dar una adecuada protección a trabajadores que han sido claves durante la pandemia.

Además, esta mala técnica legislativa se aprecia también cuando el proyecto intenta dar protección a los derechos fundamentales de los trabajadores de plataforma independientes, ya que condiciona la procedencia de la acción de tutela de derechos fundamentales a la existencia de un contrato de prestación de servicios que, a lo menos, haya tenido una extensión de 3 meses, con una jornada no inferior a 30 horas semanales. Esto bajo el supuesto de que, en contratos con una duración o jornada menor, no se verificarían eventuales lesiones a los derechos fundamentales y/o que no se hace necesario una protección especial a través de la acción en comento.

En este escenario, el proyecto, más que soluciones, plantea incertezas que implicarán un retroceso para los derechos de las y los trabajadoras/es, ya que abre la puerta a la figura del “trabajador independiente”, a la que muchas empresas querrán migrar.

### **3. CONCLUSIONES**

A partir de lo expuesto, podemos advertir que la regulación del trabajo a distancia y el teletrabajo, tanto en situación normal como de emergencia, evidencia una serie de nudos críticos de los cuales el Estado debe hacerse cargo por medio de diversas políticas públicas.

Especialmente relevante es la incorporación de la perspectiva de género, a la hora de establecer regulaciones que pueden jugar un rol inverso en relación a la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el trabajo. En ese sentido, una política pública que ponga el foco en la corresponsabilidad y que establezca un sistema nacional de cuidados de hijos, hijas y familiares en situación de dependencia, es esencial para que el trabajo a distancia y el teletrabajo no impacten de forma negativa en la igualdad de género.

Otro aspecto crítico de nuestra legislación dice relación con la regulación de la jornada de trabajo y el derecho a la desconexión, los que deben ser reformulados a fin de garantizar tiempos de trabajo razonables y descansos efectivos.

Creemos que muchos de los nudos críticos de la actual regulación del trabajo a distancia y teletrabajo pudieron haberse subsanado incorporando la participación de las organizaciones sindicales, no solo en la formulación legal, sino que en los diversos aspectos que la ley deja entregado al acuerdo individual. Asimismo, se le debió haber otorgado un rol central a la negociación colectiva en la regulación de las condiciones de trabajo de los trabajadores/as a distancia y teletrabajadores/as.

El trabajo vía plataformas, sigue estando en una zona grisácea, que priva a los trabajadores de esa área –considerados esenciales durante la pandemia– de protección jurídica. Es necesario y urgente brindarles dicha protección por medio de su reconocimiento como trabajadores dependientes. Desde la perspectiva del trabajo decente, no resulta suficiente dejar su protección a la calificación que efectúe la empresa o la que, eventualmente, puedan realizar los Tribunales de Justicia en caso de demanda. Es necesario un proyecto de ley que, considerando las especiales características de la prestación de servicios a través de las tecnologías digitales, los reconozca como trabajadores, regulando el contrato de trabajo especial de este tipo de trabajadores.

#### 4. RECOMENDACIONES

1. Implementar políticas públicas de fomento a la sindicalización, en especial, en ámbitos o sectores donde la organización de los/as trabajadores/as es más difícil, producto del aislamiento y desprotección en que se encuentran, como en el caso del trabajo a distancia, el teletrabajo o el trabajo a través de plataformas.
2. Incorporar a las organizaciones sindicales en la regulación de las condiciones de trabajo de los/as trabajadores/as a distancia y teletrabajadores/as por medio de la negociación colectiva, especialmente en materias vinculadas con la organización y carga de trabajo, la seguridad y salud laboral; asimismo, respecto a los derechos fundamentales (intimidación), la protección de datos, los implementos de trabajo, y los planes de conciliación de la vida laboral y familiar, entre otros.
3. Reconocer a los trabajadores de plataformas como trabajadores dependientes, bajo la fórmula de un contrato de trabajo especial, que los incorpore a la protección laboral y de seguridad social, considerando las particularidades de su labor.
4. Eliminar la posibilidad de que, vía acuerdo, los/as teletrabajadores/as queden excluidos de la jornada máxima.
5. Ampliar el marco de protección del derecho a la desconexión, estableciendo límites claros al empleador en torno al envío de requerimientos fuera de la jornada laboral.
6. Implementar políticas públicas dirigidas a fomentar la responsabilidad parental.
7. Implementar un sistema nacional de cuidados.
8. Fortalecer la capacidad de fiscalización de la Inspección del Trabajo: aumento de dotación y potestades fiscalizadoras efectivas en casos de vínculos laborales encubiertos.



# **DERECHOS DE LAS PERSONAS MIGRANTES Y REFUGIADAS: LA DESPROTECCIÓN COLECTIVA**

**Francisca Vargas Rivas<sup>1</sup>  
Martín Canessa Zamora<sup>2-3</sup>**

- 1 Abogada, magíster en Derecho Público y Litigación Constitucional, Universidad Diego Portales. Profesora de la Clínica Jurídica de Migrantes y Refugiados, Universidad Diego Portales.
- 2 Abogado. Docente en Derecho Constitucional de la Universidad del Desarrollo. Abogado de la Clínica Jurídica de Atención a Migrantes de la Universidad Alberto Hurtado.
- 3 Agradecemos enormemente el trabajo de las y los ayudantes de investigación de este capítulo, Sebastián Bahamondes, Isadora Castro, Vicente Jiménez, Ignacio Millanao, Eduardo Madariaga, Constanza González, Camila Durán, Lucca Biondi y Daniela Cerón. Sin ellas y ellos este trabajo simplemente no hubiese sido posible.





*A Mauricio Vargas Zec.  
Que tu calma y optimismo nos siga  
iluminando en lo pedregoso del camino.*



## RESUMEN

El presente capítulo tiene como objetivo dar a conocer algunos de los aspectos más importantes en materia de movilidad humana en Chile durante el último año y medio, período en el cual la sociedad ha sufrido las consecuencias de una pandemia mundial, la que ha exacerbado algunas problemáticas a las cuales ya se veían enfrentadas las personas migrantes.

*PALABRAS CLAVE: migración, expulsiones colectivas, derechos políticos, nueva ley de migraciones.*



## INTRODUCCIÓN

En el título del capítulo (en el concepto “desprotección colectiva”) se adelanta la que será nuestra tesis central. El tratamiento que el Estado de Chile da a las personas en movilidad humana desprotege a toda la población. Esto, en al menos dos formas: primero, desprotege a las personas migrantes y a sus derechos; y, segundo, desampara, también, a la población general (incluida la nacional), que sufre las consecuencias del abandono por parte del Estado de las personas migrantes. Esas vulnerabilidades se acrecientan en el contexto de la grave crisis sanitaria provocada por la Covid-19.

Esta sección aborda los siguientes temas: 1) movilidad humana en el mundo y en Chile, datos y afectación de la pandemia; 2) expulsiones colectivas, el “Plan Colchane” y la lógica de ordenar la casa; 3) derechos políticos de las personas migrantes en el marco del proceso constituyente, y 4) nueva ley de migraciones.

### 1. MOVILIDAD HUMANA: DATOS Y AFECTACIÓN DE LA PANDEMIA DE COVID-19

En 2020 había aproximadamente 281 millones de personas migrantes en el mundo,<sup>4</sup> representando, así, un 3,6% de la población mundial.<sup>5</sup> Según datos de la División de población del departamento de asuntos económicos y sociales de Naciones Unidas, producto de la pandemia mundial, se estima que la migración internacional se habría desacelerado en un 27%, sin perjuicio de que en cifras absolutas sigue aumentando.<sup>6</sup>

La migración forzada ha seguido aumentando. La pandemia ha acrecentado las vulnerabilidades ya existentes en los países de origen y

4 United Nations Department of Economic and Social Affairs, Population Division (2020), *International Migration 2020 Highlights (ST/ESA/SER.A/452)*, p.1.

5 ONU, *Aspectos destacados de la migración internacional 2020*, enero de 2021.

6 United Nations Department of Economic and Social Affairs, Population Division (2020). *International Migration 2020 Highlights (ST/ESA/SER.A/452)*, p.5.

la búsqueda desesperada de una vida digna. Las cifras proporcionadas por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (en adelante, ACNUR) nos indican que a fines de 2020 había 82,4 millones de personas desplazadas en el mundo, de las cuales 26,4 eran refugiadas y 4,1 solicitantes de asilo. Esto incluye a las personas venezolanas desplazadas forzosamente que no han adquirido el estatuto de refugiadas ni son solicitantes de asilo, que alcanzan los 3,9 millones,<sup>7</sup> en lo que ACNUR ha catalogado como una de las mayores crisis de desplazamiento en el mundo, en el último tiempo.<sup>8</sup> La mayoría de ellas están necesitadas de protección internacional, de acuerdo con la definición ampliada de persona refugiada contenida en la Declaración de Cartagena de 1984.<sup>9</sup>

En relación con los efectos de la pandemia sobre las personas migrantes, un informe de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (en adelante, CEPAL), de 2020, indicó que, dentro de los ciclos migratorios, los principales riesgos asociados al Covid-19 son las dificultades para la reagrupación familiar, el cierre y militarización de las fronteras, las expulsiones, una mayor exposición al tráfico de migrantes y trata de personas, la irregularidad migratoria, el hacinamiento, y los procesos de retorno forzado, entre otros.<sup>10</sup> El mismo informe señala, también, que “las condiciones de habitabilidad (...) que tienen una gran incidencia entre la población migrante— representan un obstáculo grave en lo que respecta a prevenir los contagios y a evitar que la enfermedad se propague en estas comunidades”.

En este escenario, el llamado ha sido a brindar respuestas humanitarias a la población migrante y, también, un acceso en igualdad de condiciones a las vacunas. Un conjunto de órganos internacionales hizo un llamado a los Estados en tal sentido, indicando que las vacunas deben ser entregadas sin diferenciar por nacionalidad o situación migratoria.<sup>11</sup>

7 ACNUR, *Tendencias globales*, 2020.

8 ACNUR, *Situación en Venezuela* (Disponible en: <https://www.acnur.org/situacion-en-venezuela.html>).

9 ACNUR, *Venezuela: Nota de orientación sobre consideraciones de protección internacional para los venezolanos. Actualización I*, 21 de mayo de 2019.

10 ONU y CEPAL, *Los efectos del COVID 19: una oportunidad para reafirmar la centralidad de los derechos humanos de las personas migrantes en el desarrollo sostenible*, 2020.

11 Comité de Trabajadores Migratorios, el relator especial de Naciones Unidas para los derechos humanos de los migrantes, el alto comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, el relator especial de Naciones Unidas para los derechos de las personas refugiadas, solicitantes de asilo, desplazados internos y migrantes en África, el representante especial del secretario general sobre migración y refugiados del Consejo de Europa, y la Relatoría sobre derechos de los migrantes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Declaración conjunta “Joint Guidance Note on Equitable Access to COVID-19 Vaccines for All Migrants”, marzo de 2021.

En Chile la población migrante alcanza los 1,5 millones de personas, de acuerdo con cifras actualizadas a finales de 2019. La nacionalidad predominante de personas extranjeras en nuestro país es la venezolana, seguida por la peruana, haitiana, colombiana y boliviana.<sup>12</sup>

En relación con la pandemia de Covid-19 y el fenómeno migratorio en Chile, cabe destacar positivamente dos respuestas que el Estado ha brindado a la población migrante.

El primero ha sido el acceso a vacunas. Aunque en un inicio la información fue confusa y estaba orientada a no permitir la vacunación de personas migrantes en situación migratoria irregular o turistas, lo cierto es que el Ministerio de Salud corrigió esta situación. Mediante oficio ordinario N°794, del 3 de marzo de 2021, señaló que la población migrante, en especial aquella que se encuentra en situación migratoria irregular, está en una particular condición de vulnerabilidad frente a la pandemia y que, en efecto, el acceso a la vacuna debe ser universal para toda la población, de modo que ningún centro de salud o institución similar puede requerir información acerca del estatus migratorio de la persona.

Lo mencionado no ha estado carente de polémicas, pues la resolución exenta N°135, del Ministerio de Salud, del 10 de febrero de 2021, anterior al oficio, precisaba en relación a la campaña de vacunación contra la Covid-19 que la “población que vive en Chile” es “aquella que tiene nacionalidad chilena, permanencia definitiva, visa de residente, visa de estudiante o visa sujeta a contrato, o quienes cuenten con una solicitud de visa temporal o definitiva ingresada a trámite, excluyendo a aquellos que están transitoriamente en el país exclusivamente con una visa de turista”. Evidentemente esto trae problemas de comprensión al analizarse en conjunto con el oficio N°794, pues, aunque puede haber motivos plausibles para no vacunar a quienes están de paso por Chile (como los turistas), lo cierto es que ningún lugar de vacunación puede solicitar información sobre la situación migratoria a la persona.

No obstante, numerosos lugares de vacunación han insistido en solicitar cédula de identidad chilena a las personas migrantes –documento que solo pueden obtener cuando son titulares de un permiso de residencia en el país, excluyendo así a la población en situación migratoria irregular–. Algunos, incluso, han negado derechamente la vacuna a personas extranjeras en situación migratoria irregular que portan su pasaporte.<sup>13</sup>

12 Instituto Nacional de Estadísticas y Departamento de Extranjería y Migración, *Estimación de personas extranjeras residentes habituales en Chile al 31 de diciembre 2019*, marzo de 2020.

13 Información obtenida por la coautora de su trabajo en la Clínica jurídica de migrantes y refugiados de la UDP.



Nos parece que el oficio N°794 es claro y que, tanto por motivos de respeto y protección de derechos humanos, como por razones de salubridad pública, debe vacunarse a las personas migrantes con independencia de su estatus migratorio regular o irregular en el país.

El segundo avance significativo ha sido el incremento de los trámites digitales disponibles en el sitio web del Departamento de Extranjería y Migración. Si bien este proceso venía dándose desde antes de la pandemia, la situación sanitaria condujo a una mayor rapidez en el traspaso de los trámites físicos a telemáticos. Así, en el marco de esta investigación, pudimos verificar que, a mayo de 2021, existían 36 trámites digitales, de los cuales un poco más de la mitad requieren contar con clave única –lo que implica que la persona cuente con cédula de identidad chilena para extranjeros/as–. Sin embargo, persisten problemas importantes en la demora de la tramitación de permisos de residencia y otros, y no existen canales expeditos de consulta para la población, por lo que los avances en esta materia se ven mermados.

## **2. EXPULSIONES COLECTIVAS: EL “PLAN COLCHANE” Y LA LÓGICA DE ORDENAR LA CASA<sup>14</sup>**

### **2.1. El contexto**

En enero de 2021, los medios de comunicación dieron cuenta de grandes aglomeraciones de personas extranjeras en la frontera chileno-boliviana de Pisiga-Colchane.<sup>15</sup> Se trataba, en su mayoría, de personas venezolanas huyendo de la grave crisis de su país de origen, a veces solas y otras con sus familias completas. Esto provocó un descontento en la población nacional, el cual –sin jamás justificar actitudes racistas o xenófobas– se puede llegar a entender, en algún sentido, toda vez que el Estado no dio una respuesta coordinada y humanitaria a la situación que se estaba viviendo: no prestó apoyo a las autoridades locales,<sup>16</sup> y dejó de lado herramientas adecuadas desde la óptica de los derechos humanos al aplicar como única respuesta la sanción migratoria, cuestión en la que ahondaremos más adelante.

14 Todo lo señalado en este acápite ha sido utilizado por la coautora del capítulo para informes remitidos al Comité de Trabajadores Migratorios y al Senado de Chile, así como para columnas de opinión en medios de comunicación.

15 Véase: BBC News.com: “La crisis ‘sin precedentes’ de la pequeña Colchane, el pueblecito chileno que tiene más migrantes que habitantes”, 6 de febrero de 2021; Ciper.cl: “A pie por Colchane: cómo la política de gobierno forzó un ingreso desesperado de migrantes a Chile”, 5 de febrero de 2021; Chilevisión Noticias.cl: “PDI de Tarapacá denunció el ingreso clandestino de 1227 extranjeros durante enero”, 25 de enero de 2021.

16 Véase: Emol.cl: “Alcalde de Colchane advierte tensión por crisis migratoria y dice que es ‘responsabilidad’ del gobierno controlar la situación”, 3 de febrero de 2021.

¿Por qué ingresan irregularmente estas personas al país? Porque las vías de ingreso regular son muy limitadas frente a un flujo migratorio alto, tal como advertimos en el *Informe 2018*, cuando nos referimos a la entonces reciente creación de la visa especial para personas venezolanas, llamada Visa de Responsabilidad Democrática (VRD), y a la imposición de visado de turismo consular para personas haitianas.

Desde 2019 se les exige a los nacionales de Venezuela, también, contar con un visado consular para poder ingresar a Chile, todo bajo la lógica de propiciar una supuesta migración ordenada, segura y regular. Lamentablemente, como advertimos desde un inicio, el efecto ha sido el contrario: han aumentado los ingresos irregulares de la población migrante en general, y la población venezolana en particular. La demora en la tramitación, la alta tasa de rechazos y el cierre masivo de procesos de VRD a finales del año 2020,<sup>17</sup> son factores que se han convertido en una suerte de tormenta perfecta que, sumada a las necesidades propias en el país de origen –en el caso de Venezuela, ligadas a la falta de alimentos, medicamentos y seguridad, y, en el caso de otros países, a la pobreza y conflictos internos–, provoca desesperación y con ello incita a que las personas migrantes intenten ingresar a Chile por cualquier medio.

Esta situación ha cobrado la vida de ocho<sup>18</sup> personas que han fallecido cuando, en la búsqueda de una mejor calidad de vida, han ingresado al país por un paso no habilitado.

Al respecto, las cifras muestran que entre enero y julio de 2021 ingresaron al país 23.673 personas por pasos fronterizos no habilitados, de las cuales 17.914 corresponden a personas provenientes de Venezuela. Si retrocedemos a años anteriores, antes del endurecimiento de los requisitos migratorios de ingreso ocurridos en 2018,<sup>19</sup> podemos ver que en 2017 los ingresos irregulares no superaban los 3.000 en general y, en relación con las personas venezolanas, no hubo ninguna de esa nacionalidad que ingresara de manera irregular.<sup>20</sup>

Frente a esta situación que estaba ocurriendo, el Estado respondió con expulsiones, ejecutadas en enero y reanudadas en abril, al alero

17 Cuestión a la que, lamentablemente, no nos podremos referir en el presente capítulo debido a la extensión del mismo.

18 Recordamos a Wladimir, Elvia, Ricardo, Daniela, Ana, Domingo y Antonio, entre otras personas lamentablemente fallecidas en su intento de ingresar a Chile por pasos no habilitados. Véase: La Tercera.com: “El drama de morir en la frontera”, 2 de abril de 2021; y Diario U de Chile.cl: “Otra vida perdida en la frontera chileno-boliviana: don Antonio Pocoana, no olvidemos este nombre”, 21 de junio de 2021.

19 *Informe 2018*, pp. 233-266, pp. 483-538.

20 En efecto, en 2017 se registraron 2905 ingresos por pasos no habilitados, el año anterior este número fue de 2665 y en 2010 de 415. Información sistematizada por el Servicio Jesuita de Migrantes (disponible en <https://www.migracionenchile.cl/visas-e-ingresos/>).

del denominado “Plan Colchane”, que consistió en la contratación de 15 vuelos con la empresa Sky Airlines, destinados especialmente a la expulsión de personas, en particular (aunque no únicamente) venezolanas.<sup>21</sup>

En cuanto a las expulsiones dictadas y las efectivamente ejecutadas, podemos citar como ejemplo que en febrero y marzo, las entonces intendencias de Arica y Parinacota, de Tarapacá y de Antofagasta, dictaron 285,<sup>22</sup> 610<sup>23</sup> y 103<sup>24</sup> resoluciones de expulsión por ingreso por paso no habilitado, respectivamente. El total general de expulsiones ejecutadas en los mismos meses asciende a 215, de acuerdo con cifras de Policía de Investigaciones de Chile.<sup>25</sup> Veremos cómo esta diferencia entre las dictadas y las ejecutadas se debe, entre otros factores importantes, a la cantidad de recursos y acciones jurisdiccionales presentadas –y acogidas– a fin de dejar sin efecto las medidas de expulsión.

Estas expulsiones fueron dictadas en contravención a la normativa aplicable, tanto por no cumplirse con los presupuestos de derecho para expulsar, como por ser colectivas.

## 2.2. La ilegalidad en sentido estricto

La Ley de Extranjería y Migración aún vigente en Chile (D.L. N°1.094), en su artículo 69, señala que el ingreso por paso no habilitado o de manera clandestina es un delito y que, una vez cumplida la condena, la persona será expulsada del país. Por el contrario, las expulsiones administrativas llevadas a cabo en Chile, desde los primeros *Informes*, y especialmente desde inicios del año 2021, no cumplen con este requisito legal. Utilizando como antecedente el parte policial –que se produce con la “autodenuncia”, donde se indica que la persona habría ingresado irregularmente–; la querrela por el delito de ingreso clandestino, y su inmediato desistimiento, la administración ha pretendido justificar

21 En marzo, la Subsecretaría del Interior comenzó una licitación, por un valor de 300 millones de pesos, para llevar a cabo las expulsiones. La tercera.com: “El plan del gobierno para expulsar a 1800 extranjeros, trece vuelos privados a Venezuela, 2 a Colombia y un costo de \$ 300 millones”, 5 de abril de 2021. En abril esa licitación fue adjudicada a Sky Airlines: ExAnte.cl: “El gobierno contrata 15 aviones a Sky Airline para expulsar a extranjeros ilegales en medio de crisis migratoria”, 21 de abril de 2021. En Junio, el Ministerio del Interior firmó un contrato por 1.500 millones de pesos con Sky Airlines como parte del Plan Colchane: El Mostrador.cl: “Plan Colchane: Ministerio del Interior firmó contrato por 1500 millones con Sky Airlines en proceso de expulsión a migrantes”, 23 de junio de 2021.

22 Respuesta a solicitud de acceso a la información N° AB007T0000160, de fecha 28 de mayo de 2021, dirigida a la Intendencia Regional de Arica y Parinacota, mediante Of. Ord. N° 807/2021.

23 Información disponible en <http://www.intendenciarapaca.gov.cl/>

24 Respuesta a solicitud de acceso a la información N° AB008T0000120, de fecha 28 de mayo de 2021, dirigida a la Intendencia Regional de Antofagasta, mediante Of. 354.

25 Respuesta a solicitud de acceso a la información N° AD010T0012642, de fecha 17 de abril de 2021, dirigida a Policía de Investigaciones de Chile.

esta forma de proceder en una supuesta autorización que le otorgaría el reglamento de la ley. Esta habilitación no es efectiva y aunque lo fuera infringiría el principio constitucional de reserva legal. La jurisprudencia constante de los tribunales superiores de justicia chilenos ha dado cuenta de esta ilegalidad, dejando sin efecto las órdenes de expulsión dictadas de esta forma.

Antes de entrar en el aspecto normativo, corresponde detenerse en el trámite de la “autodenuncia”. Esta diligencia no se encuentra regulada en el ordenamiento jurídico y es una de las maneras que tiene la autoridad para enterarse de que ha ingresado al país una persona por un paso no habilitado. Consiste en que la misma persona que ha ingresado irregularmente al país informa de su ingreso a la autoridad. Paradójicamente, la autodenuncia es concebida por las personas migrantes como un trámite que presuntamente les permitirá regularizar su situación migratoria, lo que no es cierto, pues, legalmente, solo es un mecanismo de alerta a la autoridad para que proceda a dictar la medida de expulsión. En todo caso, sin la medida de expulsión en mano, no hay manera de que la persona pueda intentar una defensa jurídica, ni menos regularizar su situación migratoria en el país, precisamente por la absoluta ausencia de un procedimiento administrativo previo a la dictación de la medida en cuestión.

En la autodenuncia, un funcionario o funcionaria de la Policía de Investigaciones (PDI) puede tomar una declaración a la persona, que redactará él o ella mismo/a, además de efectuar exactamente las mismas gestiones que realizaría si la persona no estuviera autodenunciándose, sino que hubiera sido sorprendida por la autoridad policial en el momento o luego de hacer ingreso irregular al país. Estas consisten en verificar distintos sistemas de información computacionales, por ejemplo: sistema de gestión policial; sistema de la Jefatura Nacional de Migraciones y Policía Internacional; sistema informático B3000; y O.C.N Interpol. Esta revisión toma aproximadamente 3 minutos y constituye toda la “investigación criminalística” del informe elaborado por la PDI, el cual es el fundamento que utiliza la autoridad migratoria (Intendencia o actual Delegación Presidencial Regional)<sup>26</sup> para dictar la orden de expulsión.<sup>27</sup>

Volviendo a la normativa, el artículo 78 del D.L. 1.094 señala que las intendencias regionales pueden desistirse de la denuncia o querrela por el ingreso irregular al país, extinguiéndose la acción penal y debiendo dejarse sin efecto las medidas cautelares que se hayan dictaminado. De

26 En el texto se utilizará el nombre Intendencia para referirse a la misma o a su sucesora, la Delegación Regional Presidencial.

27 Al efecto, ver a modo de ejemplo, informe policial N°20200466771/02146 de la Policía de Investigaciones, obtenido en el marco de la causa de amparo rol 532-2021 ante la Corte de Apelaciones de Iquique.

dicha norma se desprende que, al desistirse la Intendencia y extinguirse la acción penal, desaparece definitivamente el presupuesto legal del artículo 69 para expulsar: el cumplimiento de la condena. Sin embargo, las intendencias igualmente expulsan a las personas, pese a haberse desistido de la denuncia incluso el mismo día de presentada.<sup>28</sup>

En su insistencia argumentativa, la autoridad señala que las medidas de expulsión se adoptan conforme a la ley, citando los artículos 146 y 158 del reglamento de la Ley de Migración y Extranjería. El artículo 158 señala lo mismo que el artículo 78 antes mencionado, agregando que el tribunal debe dictar el sobreseimiento definitivo de la persona involucrada. El artículo 146 replica el artículo 69 de la ley y agrega, en su inciso final, que una vez cumplida la pena u obtenida su libertad conforme a lo dispuesto en el artículo 158, se deberá disponer su expulsión.

Es importante relevar dos aspectos sobre estas normas reglamentarias. Primero, lo que estas señalan no son sinónimo de que con el solo desistimiento de la denuncia al Ministerio Público la Intendencia puede expulsar. Debe, a lo menos, dictarse el sobreseimiento definitivo y la persona tiene que quedar en libertad, como se ha explicado.<sup>29</sup>

Segundo, y más importante a nuestro juicio, es el hecho de que estas normas reglamentarias (particularmente lo contenido en el inciso final del artículo 146) son contrarias al D.L. 1.094. En efecto, como se indicó, el artículo 69 del D.L. 1.094 exige el cumplimiento de una condena por parte del extranjero para luego poder ser expulsado. La norma reglamentaria en cuestión es contraria a la ley pues otorga facultades a la autoridad que sobrepasan lo que la ley estableció.<sup>30</sup> Además, las expulsiones así dictadas impiden a las personas defenderse en el marco de un juicio penal por un delito que no se comprueba, pero que es el fundamento de la expulsión. Tampoco pueden defenderse en el marco de un procedimiento administrativo de expulsión, quedando sin posibilidades de aportar sus alegaciones frente a la sanción más gravosa dentro del ordenamiento jurídico migratorio, como es la expulsión. La persona solo se entera de la medida cuando es notificada; nunca se le comunica el inicio de un proceso en su contra, lo que le impide una adecuada defensa. Además, se vulnera el ejercicio de derechos tan importantes como el derecho a ser escuchado de niños y niñas familiares involucrados/as y de los propios afectados por la decisión de expulsión. Ello contraviene

28 Revisar, a modo de ejemplo, causa amparo rol 532-2021 ante la Corte de Apelaciones de Iquique.

29 En este sentido ha fallado, por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Temuco en causa de amparo, rol 111-2019.

30 Ver Corte de apelaciones de Santiago, fallo de causa de amparo rol 1058-2015, confirmado luego por la Corte Suprema en fallo de causa rol 8435-2015.

directamente las disposiciones constitucionales sobre debido proceso y los estándares internacionales en la materia, identificados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las relatorías de migrantes del sistema interamericano y universal de protección de los derechos humanos, entre otros.<sup>31</sup>

A modo de ejemplo, podemos citar –entre febrero y junio de 2021– 115 sentencias de la Corte de Apelaciones de Iquique que, firmes o confirmadas por la Corte Suprema, dejan sin efecto medidas de expulsión de personas extranjeras que habrían ingresado irregularmente al país; y otras 4 de la misma Corte Suprema que revocan sentencias rechazadas en primera instancia, acogiendo las acciones de amparo por los mismos motivos, a saber: la contravención al artículo 69 del D.L. 1.094, la insuficiencia de los antecedentes tenidos a la vista por la autoridad a la hora de expulsar y las vulneraciones a las garantías de un debido proceso, todo lo cual transgrede la libertad ambulatoria de la persona afectada.

En la misma Corte de Apelaciones de Iquique, solo 10 acciones de amparo de personas que habrían ingresado irregularmente al país fueron rechazadas y quedaron firmes; y otras 6 que habían sido acogidas en primera instancia, fueron luego revocadas por la Corte Suprema. Eso sí, 5 de estos rechazos se produjeron en febrero de 2021, cuando su Segunda Sala Penal estaba compuesta de manera diferente a lo habitual y se apartó de su jurisprudencia constante.

Por último, cabe destacar la contravención una de las normas vigentes en la actualidad de la nueva Ley de migraciones. Se trata del artículo 8 transitorio, el cual, en una primera parte se refiere al proceso de regularización migratoria para quienes hayan ingresado al país en forma regular, cumpliendo además otros requisitos adicionales relacionados con la fecha de ingreso al país, la inexistencia de antecedentes penales, etc. Una segunda parte de este proceso alude a las personas extranjeras con ingreso irregular al país a quienes, de acuerdo con el inciso 2° del artículo 8° transitorio, se les da un plazo de 180 días desde la publicación de la ley para abandonar el país sin ser sancionados.

El no ser sancionado implica, de acuerdo con el D.L. 1.094 vigente, que la persona no quedará con una prohibición de ingreso en su contra y podrá solicitar desde fuera del territorio nacional, un visado para poder ingresar regularmente.

Nos encontramos en una situación en que, al mismo tiempo en que se invita a las personas extranjeras con ingreso irregular al país a salir sin ser sancionadas, se efectúan procesos de expulsión colectiva, privándolas de acogerse a esta norma legal.

31 Ver *Informe 2018*, pp. 483-538.

### 2.3. Expulsiones colectivas

Las expulsiones que se han producido en Chile son, además, colectivas. El artículo 22.9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el 22.1 de la Convención para la protección de todos los trabajadores migratorios y sus familiares, entre otros, prohíben absolutamente las expulsiones colectivas.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, una expulsión colectiva es una medida o procedimiento estatal, dirigida a un grupo de personas extranjeras, para que abandone el territorio del Estado o para prohibirle su ingreso; con ausencia de un análisis previo, objetivo y racional de las circunstancias individuales de cada persona afectada, y la falta de garantía del derecho a recurrir dicha expulsión. Adicionalmente, los tribunales internacionales han considerado otras circunstancias para determinar si se configura la existencia de expulsión colectiva en un caso concreto, como la citación/detención de personas de la misma forma, en el mismo lugar y tiempo; el traslado en los mismos medios y tiempo; la rapidez temporal de ejecución de las expulsiones, y el discurso político sobre planes de expulsión.<sup>32</sup>

Si analizamos jurídicamente las expulsiones dictadas, nos encontramos con una resolución exenta de expulsión por cada persona, pero iguales entre sí. A modo de ejemplo, analizamos 610 resoluciones exentas que expulsan del país a personas extranjeras por ingreso clandestino entre febrero y abril de 2021 de la –entonces– Intendencia de Tarapacá. En estas se detallan las normas jurídicas aplicables y el actuar de la policía y la Intendencia, y luego se resuelve la expulsión de la persona. No hay un análisis individualizado de cada caso, pues no se contemplan las razones que llevaron a la persona a ingresar por un paso no habilitado al país; tampoco se estudia la situación de arraigo de la persona en Chile, la existencia de niños/as u otros vínculos humanos en el país, y menos se examinan los riesgos asociados al retorno forzado a su nación de origen, siguiendo lo preceptuado por el principio de no devolución, que es un principio general del derecho consagrado en numerosos tratados internacionales ratificados por Chile.

Una nota importante en este punto es que tampoco se le dan a la persona afectada las posibilidades fácticas ni jurídicas de que solicite asilo e inicie un procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiada, conforme a la Ley 20.430 sobre protección de refugiados. Recordemos

32 Esta parte toma el concepto de expulsión colectiva elaborado por el abogado Vicente Jiménez Guajardo, en el marco de su tesis de pregrado dirigida por la autora de este capítulo como profesora guía, y que luego fuera utilizado en un artículo sobre expulsiones colectivas escrito por él mismo y por la autora del presente capítulo, el cual se encuentra en proceso de publicación con la Cruz Roja Internacional y en un texto posterior publicado por el Sr. Jiménez Guajardo. Se agradece a Vicente por su claridad jurídica y solidaridad en compartir sus conocimientos.

que estamos hablando, en su mayoría, de personas provenientes de Venezuela que podrían tener necesidades de protección internacional.

Los demás elementos considerados por la jurisprudencia internacional también concurren, pues estamos frente a medidas dirigidas a un grupo de personas con el fin de que abandonen el territorio nacional y, por cierto, cuyo derecho a recurrir efectivamente en contra de las medidas de expulsión se ve mermado tanto por la falta de un procedimiento previo, como por las falencias en el acceso a un recurso posterior, como explicaremos más adelante.

Los elementos adicionales para configurar una expulsión colectiva, también aparecen:

- i. se ha citado y detenido a las personas en la misma forma, lugar y tiempo. A modo de ejemplo, podemos mencionar que fuimos testigos de la notificación masiva de medidas de expulsión en la residencia sanitaria emplazada en el ex estadio Cavanha en Iquique, el viernes 23 de abril a las 17.00 hrs.;
- ii. se les ha trasladado utilizando idénticos medios y en un mismo momento. En el ejemplo anterior, todas las personas notificadas fueron trasladadas desde la residencia sanitaria mencionada hasta el cuartel de la Policía de Investigaciones en Iquique, el sábado 24 de abril;
- iii. los procesos han sido sumamente rápidos –haciendo alusión al mismo ejemplo desarrollado, las autodenuncias por ingreso irregular fueron efectuadas por las personas el 20 de abril, el 23 se les notificó de la medida de expulsión, el 24 fueron detenidas y el 25 salió el avión destino a Caracas, materializándose la expulsión–,
- iv. y todo se ha hecho bajo el eslogan “ordenar la casa”, en un discurso político que abiertamente se jacta de la masividad de las expulsiones –como ha señalado el subsecretario del Interior a diferentes medios de prensa nacional–.<sup>33</sup>

En relación con lo anterior, son numerosas las autoridades internacionales que han denunciado el carácter colectivo y reñido con la legislación internacional de las expulsiones llevadas adelante por el Estado chileno.

Por ejemplo, el Comité de trabajadores migratorios de Naciones Unidas, en el informe sobre su segundo examen periódico a Chile, manifestó su preocupación por las expulsiones colectivas que se han llevado adelante y ha sugerido al país detener esta mala práctica. Asimismo, el Relator Especial sobre los derechos humanos de los

33 Radio UdeChile: “Plan Colchane: 138 migrantes son expulsados del país”, 10 de febrero de 2021.



migrantes de la ONU llamó a terminar con las expulsiones arbitrarias y colectivas de personas migrantes, quienes tienen derecho a una evaluación individual de su caso en conformidad a los estándares internacionales de derechos humanos, pues de lo contrario se puede someter a la persona a nuevas violaciones de sus derechos humanos, entre las que se incluye la vulneración al principio de no devolución. También se pronunciaron al respecto diversas instituciones y organizaciones de la sociedad civil que se dedican a la protección y resguardo de los derechos humanos.<sup>34</sup>

#### **2.4. Sobre la notificación en viernes y el problema del acceso a la justicia**

En muchos de los casos que hemos conocido durante el presente año 2021, las personas han sido notificadas de sus medidas de expulsión a los pocos días de haber informado su ingreso por paso no habilitado a la PDI.

Como no existe un proceso de defensa previo a la dictación de la medida de expulsión, solo con la resolución en mano la persona puede defenderse. Entre que la persona es notificada y el momento en que se le expulsa, pasan, en ocasiones, menos de 48 horas. De esas 48 horas, cuando la autoridad actúa apegada a las normas jurídicas, la persona está detenida 24 en un cuartel policial.

Entre que la persona es notificada y es detenida, puede en teoría buscar apoyo jurídico, cuestión que en las expulsiones que estamos comentando, es prácticamente imposible. Esto porque, en ocasiones, la persona se encuentra cumpliendo cuarentena en una residencia sanitaria, lugar

34 Expertos de la ONU, entre los que se encuentra el Relator especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Felipe González Morales, *llaman a que Chile debe detener las expulsiones arbitrarias y colectivas de migrantes, a propósito de las llevadas a cabo en abril de 2021*. Véase: ACNUDH. Org: “Chile: Arbitrary and collective expulsion of migrants must stop - UN experts”, 19 de mayo de 2021; Las oficinas ACNUDH, ACNUR, OIM y UNICEF en Chile, expresan su preocupación frente al nuevo proceso de expulsión de personas extranjeras de nacionalidad venezolanas, llevado a cabo en junio de 2021. Véase: UHCR y ACNUR: “Agencias de la ONU en Chile expresan preocupación sobre proceso de expulsiones”, 8 de junio de 2021. En junio, diversas organizaciones de la sociedad civil dedicadas a promover y proteger los derechos humanos –entre las que se encuentran ABOFEM, la Clínica Jurídica de Migrantes y Refugiados de la UDP y FASIC– se pronunciaron sobre las vulneraciones de los derechos de las personas migrantes, en el contexto de expulsiones colectivas. (Véase: <https://media.elmostrador.cl/2021/06/Carta-Organizaciones-Sociedad-Civil-sobre-Expulsiones-Colectivas-realizadas-por-el-Estado-de-Chile-1.pdf>); Pronunciamiento de SJM, INDH, Defensoría de la Niñez. Véase: El Desconcierto.cl: “INDH, Defensoría de la Niñez y SJM rechazan expulsión de migrantes venezolanos: ‘Es una situación vergonzosa’”, 6 de junio de 2021. Presidente de la Corte Suprema, Guillermo Silva, señaló que las expulsiones deben llevarse a cabo en un procedimiento no discriminatorio y con la posibilidad de someter su caso a revisión ante la autoridad. Véase: Cooperativa.cl: “Presidente de la Corte Suprema contra expulsiones masivas de migrantes: ‘Tienen derecho a ser oídos’”, 19 de junio de 2021. En julio, Humans Rights Watch denunció que las expulsiones llevadas a cabo constituirían violaciones al debido proceso. Véase: HRW.org: “Chile: sentencias protegen los derechos de venezolanos deportados”, 28 de julio de 2021.

en donde la autoridad que notifica no les informa cómo acceder a representación legal y tampoco está permitido el ingreso a abogadas/os. Cuando este no es el caso, muchas veces la persona tampoco conoce bien sus derechos ni sabe dónde buscar apoyo jurídico en tan breve lapso.

Luego, cuando es detenida, las opciones de una defensa jurídica se reducen, pues son requisados sus teléfonos celulares y no se les permite el ingreso a los cuarteles policiales a abogadas/os, salvo las/os que pertenecen al Instituto Nacional de Derechos Humanos. Lo anterior priva de la persona de su derecho fundamental a la asistencia legal y es inadecuado, conforme se desprende del reciente dictamen N°0E99506N21, de abril de 2021, de la Contraloría General de la República.

Con todo, al correrse la voz de las detenciones, algunas instituciones logran acceder a las personas que requieren apoyo y presentan acciones de amparo en su favor. Esto tiene un alcance limitado, pues las condiciones prácticas dificultan seriamente el acceso a representación legal.

Finalmente, presentada la acción, puede suceder, como ocurrió a fines de abril del presente año, que exista el riesgo de que la orden de no innovar no pueda verse a tiempo, porque corresponde analizarla justamente un domingo, mismo día en que despega el avión de deportación, cuando los tribunales superiores de justicia, en principio, no funcionan, dejando, nuevamente, a las personas, ahora amparadas, en desprotección.

Ahora bien, conociendo de la situación ocurrida en abril y considerando el contexto actual, la Corte Suprema de Justicia ha instruido a las Cortes superiores de nuestro país para que tengan turnos de emergencia frente a situaciones de este tipo. Esto es lo correcto en un Estado de derecho. Como primera cuestión, nos parece que lo adecuado sería detener las expulsiones ilegales y colectivas, y si se llegaran a producir, que sean ejecutadas en un día hábil para que las personas afectadas puedan tener acceso a defensa jurídica.

### **3. DERECHOS POLÍTICOS DE LAS PERSONAS MIGRANTES EN EL MARCO DEL PROCESO CONSTITUYENTE**

Nos parece imposible escribir un capítulo sobre derechos humanos de las personas migrantes sin referirnos a sus derechos de participación política, en general, y de su vinculación con el proceso constituyente, en particular.<sup>35</sup> Revisaremos los estándares de derechos humanos más relevantes respecto de la participación política y su estatus como

35 En relación con el proceso constituyente en general, revisar capítulo “El proceso constituyente a la luz de los derechos humanos” en el presente *Informe*.

derecho a la vez que como garantía; para luego analizar los derechos de ciudadanía de las personas extranjeras en Chile, tanto el derecho a sufragio como otros adyacentes.

### **3.1. Estándares de derechos humanos e importancia de la participación política democrática**

Diversos instrumentos internacionales de derechos humanos asignan al régimen político democrático un lugar esencial en la garantía de los DDHH,<sup>36</sup> a la vez que reconocen que la capacidad de ser parte del proceso deliberativo y de la toma de decisiones políticas es un derecho que asiste a todos los miembros de la comunidad política.<sup>37</sup> La democracia es un derecho humano a la vez que una garantía, condición de posibilidad para su pleno ejercicio.

Una comprensión adecuada de este vínculo requiere evitar la reducción de la democracia al voto. Reconociendo que el sufragio universal e igualitario es la piedra angular de un régimen verdaderamente democrático (en tanto forma preminente de manifestación de la voluntad popular), cabe señalar que, por sí solo, no permite una garantía plena del más amplio derecho a participar. Así, forman parte del estatuto de derechos políticos, además del derecho a voto (sufragio pasivo), el derecho a postular a cargos públicos (sufragio activo), el derecho a participar en el gobierno y ejercer funciones públicas, y el derecho de asociación en su forma específica de militancia política.<sup>38</sup> Adicionalmente, la adecuada garantía de otros derechos humanos –como la libertad de expresión y el derecho de reunión, especialmente en cuanto protege el derecho a manifestarse– constituye también condición de posibilidad del ejercicio democrático, sin perjuicio de exceder el ámbito más restringido del derecho de

36 La DUDH así lo manifiesta en su artículo 21, que no solo confiere a los ciudadanos los derechos de sufragio activo y pasivo, sino que expresa: “la voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto”.

37 Además de la DUDH (art. 21), el PIDCP también reconoce a los ciudadanos el derecho de participar (25.a), votar (25 b) y acceder a las funciones públicas (25.c). Lo mismo ocurre con la CADH, que bajo el título “derechos políticos” agrupa las mismas posiciones (23.1 a, b y c), agregando una autorización al legislador para “reglamentar” su ejercicio, “exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente en el proceso penal.” (art. 23.2).

38 Véase, Sonia Picado, “Derechos políticos como Derechos Humanos”, en, Dieter Nohlen y otros (eds.), *Derecho Electoral Iberoamericano*, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, pp. 55-65.

participación política.<sup>39</sup> Lo mismo ocurre con diversos derechos económicos, sociales y culturales, en tanto condicionan la posibilidad *real* de ejercicio igualitario de la participación democrática.<sup>40</sup>

A diferencia de la mayoría de los demás derechos humanos, los derechos de ciudadanía o de participación democrática admiten restricciones más intensas (o, incluso, diferencias en su titularidad) en razón de la nacionalidad de las personas. Por ejemplo, la DUDH explicita que “toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de *su* país” (art. 21.1) y de acceder, “en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de *su* país” (art. 21.2). De un modo similar (aunque no idéntico), el PIDCP establece que “todos los *ciudadanos* gozarán” de los derechos de participación (encabezado del art. 25). Por último, la CADH, además de declarar que “todos los *ciudadanos* deben gozar” de los derechos políticos, añade expresamente que se puede reglamentar por ley el ejercicio de los derechos y oportunidades en relación con estos derechos, exclusivamente por ciertas razones, entre las que encontramos la nacionalidad (art. 23.2).

Esta especial habilitación para establecer diferencias basadas en la nacionalidad de las personas se explica por el vínculo tradicional entre nacionalidad y ciudadanía.<sup>41</sup> En efecto, la categoría de nacionalidad, en tanto vínculo con un Estado y titularidad para impetrar su protección internacional, tradicionalmente ha determinado también la posibilidad de participar de su gobierno, concurriendo algunos requisitos adicionales (como mayoría de edad), a la que se le llama ciudadanía.<sup>42</sup> Así, tradicionalmente ha sido la nacionalidad la que ha determinado el acceso a la membresía en la comunidad política de un país. Con todo, existen muchas Constituciones en el mundo que han avanzado hacia el reconocimiento de derechos políticos a las personas migrantes.

Lo recién apuntado no implica que dichas restricciones se puedan constituir en la excepción ante al menos dos principios que rigen para

39 Sin perjuicio de que a veces estos derechos se agrupan con los derechos políticos, nos parece que la garantía de, por ejemplo, la libertad de expresión, no está únicamente restringida a este específico ámbito, ni se orienta exclusivamente hacia la construcción de una sociedad democrática. Lo mismo ocurre con el derecho de reunión, incluso en su dimensión de derecho de manifestarse o protestar. Son más bien expresión de la interacción de los derechos políticos con otros derechos humanos y del vínculo existente entre la mayor garantía de estos entre sí.

40 En este sentido, véase la ya clásica obra: T. H. Marshall, *Citizenship and Social Class and other essays*, Cambridge: University Press, 1950, pp. 1-85.

41 En este sentido, la Observación General No.15 del Comité de Derechos Humanos, que se refiere explícitamente al art. 25 del PIDESC.

42 Existen países que no realizan esta distinción y simplemente equiparan nacionalidad y ciudadanía, como es el caso de Estados Unidos (*citizenship* se refiere a la pertenencia a la comunidad nacional y no existe concepto que la distinga de la membresía a la comunidad política). En nuestro caso, esta distinción se encuentra expresamente consagrada en los artículos 10 y ss. de la Constitución.

los demás derechos. Por un lado, los estándares establecidos en los instrumentos internacionales citados son ciertamente mínimos que los Estados no pueden transgredir, pero en ningún caso constituyen límites máximos que les impidan reconocer más o más plenos derechos a las personas migrantes. Por otro lado, toda limitación y regulación que se establezca debe estar sujeta a los parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, así como a no infringir otros derechos humanos, como el derecho a la igualdad, ni incurrir en discriminaciones arbitrarias.<sup>43</sup> Lo anterior será relevante para el análisis que sigue.

### **3.2. El estándar chileno y su contraposición con los intentos por restringir el derecho a sufragio en el proyecto de Nueva Ley de Migración y Extranjería**

Existen diferentes modelos de reconocimiento de derechos políticos a las personas migrantes, típicamente relacionados con el ejercicio del derecho a sufragio. Hay Estados que no reconocen a los extranjeros el derecho a voto en ninguna circunstancia; otros que lo hacen solo para elecciones de nivel local; y, por último, aquellos que lo reconocen para elecciones a nivel nacional. De acuerdo con un estudio reciente, “más de 60 naciones del planeta reconocen el derecho de extranjeros residentes a votar en elecciones de gobiernos locales, mientras que menos de 10 Estados en el mundo reconocen el derecho a voto para elecciones nacionales”.<sup>44</sup> La mayoría de los países que contemplan la participación de personas migrantes en alguna elección, lo hacen adicionando requisitos de residencia.

En América Latina hay ejemplos para las tres fórmulas anteriores, mientras que los requisitos de residencia varían, exigiendo “residencia definitiva” (en el caso de Paraguay), o plazos específicos —siendo el más bajo 2 años (Bolivia) y el más alto, 15 (Uruguay)—. En cuanto al tipo de elecciones en que se reconoce este derecho, Chile, Ecuador y Uruguay se encuentran dentro de los Estados que no limitan, *a priori*, el voto de personas extranjeras a unas u otras.<sup>45</sup>

La historia constitucional chilena devela una tendencia hacia la garantía progresiva de la participación política de los extranjeros. En efecto, ya desde 1925, nuestra Constitución consagraba el derecho a sufragio de los

43 Tanto es así que, precisamente a propósito de la posibilidad de restringir los derechos de las personas migrantes, la Corte IDH ha declarado que el derecho a la igualdad y la no discriminación constituye una norma de *ius cogens* (Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-18/03 sobre la Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, Decisión del 17 de septiembre de 2003, párrafo 173.4).

44 Valentina Rioseco y Pedro Cisterna, Informe: *Estudio Comparado de Constituciones en materias relevantes para la migración*, Santiago, Servicio Jesuita a Migrantes y Fundación Avina, 2021.

45 Manuel Aragón, Manuel y Francisco Javier Matia, en Dieter Nohlen y otros (eds.), “Derecho electoral: sufragio activo y pasivo”, *Derecho Electoral Iberoamericano*, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 2019, pp. 55-65.

extranjeros en elecciones municipales.<sup>46</sup> La Constitución de 1980 amplió este derecho, consagrando en su artículo 14 la aptitud de los extranjeros “avecindados en Chile por más de cinco años, y que cumplan con los requisitos señalados en el inciso primero del artículo 13” de “ejercer el derecho de sufragio en los casos y formas que determine la ley”.<sup>47</sup> Así las cosas, Chile se encuentra dentro de los países que reconoce un mayor derecho de participación política a las personas migrantes, a través del sufragio.

Contra aquella tradición de ampliación progresiva de los derechos políticos de las personas migrantes, el proyecto de ley de migración y extranjería contenía, al momento de su despacho por el Congreso, normas más restrictivas (y hasta regresivas). En efecto, la versión del artículo 175 del proyecto (hoy, artículo 174 de la Ley 21.325) que fue despachado por el Congreso, interpretaba el concepto constitucional de avecindamiento, equiparándolo a la tenencia de un permiso de residencia, exigiendo la continuidad del permiso, disponiendo la pérdida del plazo en caso de perderse la calidad de residente y excluyendo de manera absoluta a los trabajadores de temporada. A causa de implicar una medida indebidamente restrictiva de un derecho fundamental y provocar una regresión en nuestra historia, el Tribunal Constitucional (en una decisión que celebramos) declaró inconstitucional parte de la norma propuesta,<sup>48</sup> corrigiendo lo que se hubiera convertido en una violación flagrante del derecho.

En todo caso, hay en la actualidad una discusión acerca de si las disposiciones de los artículos 13 y 14 constitucionales confieren una forma especial de ciudadanía a los extranjeros residentes (con la restricción expresa de postularse a cargos públicos), o si, por el contrario, solo confieren excepcionalmente el derecho a voto. Existen sentencias de la Corte Suprema que adoptan la primera de estas interpretaciones.<sup>49</sup> A nuestro juicio, resolver este problema requiere de una lectura sistemática de estas y otras normas legales, que confieren a las personas migrantes una serie de derechos políticos, estándoles exclusivamente restringido el derecho

46 Así lo establecía, para las elecciones de regidores, el artículo 104 inc. 2° de la Constitución de 1925, que señalaba: “Habrá, para este efecto, registros particulares en cada comuna, y, para inscribirse en ellos, se exigirá haber cumplido veintiún años de edad y saber leer y escribir. Los extranjeros necesitarán, además, haber residido cinco años en el país”.

47 CPR, art. 14 inc. 1°. El concepto utilizado, de “avecindamiento”, es deliberadamente distinto de la “residencia”, toda vez que apunta a una realidad material (de estadía en el país, con ánimo de permanecer en él) y no jurídico (como sería la tenencia de un permiso otorgado por la autoridad competente que habilita a un extranjero a permanecer legalmente en el país, por un plazo definido).

48 Véase STC 9930, cc. 141° a 148°.

49 Por ejemplo, en SCS 43005-2017, la Corte resolvió que “siendo un hecho indiscutido que la actora y su familia gozan de residencia permanente en nuestro país, contando incluso con el derecho a sufragio, herramienta palmaria de participación ciudadana, sólo cabe concluir que la recurrente es ciudadana aun cuando no ostente la nacionalidad chilena” (c. 5°).

de sufragio activo (ser electos). Así, por ejemplo, se les permite el sufragio pasivo, el derecho de participación y el derecho de militancia política;<sup>50</sup> y se les faculta incluso para la obtención del derecho de sufragio activo, previa nacionalización. La restricción específica de un derecho político no implica, inmediatamente, la exclusión de la categoría de ciudadanía, lo que es aplicable tanto a extranjeros,<sup>51</sup> como a chilenos por *ius sanguinis* (nacidos en el extranjero) y por gracia.<sup>52</sup> Con todo, como veremos a continuación, esta interpretación parece haber sido abandonada tanto por la Corte Suprema como por el Tribunal Calificador de Elecciones, resultando en vulneraciones de los derechos de personas migrantes.

### 3.3. Participación de las personas migrantes en el proceso constituyente

La adopción del itinerario constituyente en noviembre de 2019 y la aprobación de la reforma que lo habilitó (por la Ley 21.200), gatilló inmediatamente preguntas acerca del espacio que podrían tener las personas migrantes. En un primer momento, el Servicio Electoral (en adelante, Servel) anunció que en el plebiscito solo podrían votar las personas chilenas, toda vez que la Constitución llamaba a “la ciudadanía” a manifestarse en las urnas. Los integrantes de la Mesa Técnica de la reforma contradijeron dicha interpretación, a través de los medios.<sup>53</sup> Finalmente, el Servel adoptó la decisión de incorporar en el padrón a todos los habilitados de conformidad con los artículos 13 y 14 de la Constitución, es decir, de permitir la participación de las personas migrantes. Así, las personas extranjeras han podido participar de ambos hitos de votación: el plebiscito y la elección de convencionales constituyentes.

Sin embargo, esta participación ha sido baja. Por un lado, el padrón de extranjeros representa actualmente un porcentaje mínimo en relación con el total de la población migrante.<sup>54</sup> Esto se debe, entre otras cosas, al

50 La Ley Orgánica Constitucional de Partidos Políticos, en su artículo 18, inc. 1º, primera parte, dispone: “Para afiliarse a un partido político se requiere ser ciudadano con derecho a sufragio o extranjero avecindado en Chile por más de cinco años.”

51 El artículo 14 inc. 2º establece: Los nacionalizados en conformidad al N°3º del artículo 10, tendrán opción a cargos públicos de elección popular sólo después de cinco años de estar en posesión de sus cartas de nacionalización.

52 El artículo 13 inc. 4º dispone: Tratándose de los chilenos a que se refieren los números 2º y 4º del artículo 10, el ejercicio de los derechos que les confiere la ciudadanía estará sujeto a que hubieren estado avecindados en Chile por más de un año.

53 El Mostrador.cl: “¿Pueden los extranjeros votar en el plebiscito? Presidente del Servel pidió al gobierno que aclare la situación”, 2 de enero de 2020.

54 Se estima que la población extranjera alcanzaría alrededor de 1.462.103, (de acuerdo con estimaciones del Departamento de Extranjería y el Instituto Nacional de Estadísticas, que pueden consultarse en: INE y Departamento de Extranjería y Migración, *Estimación de personas extranjeras residentes habituales en Chile al 31 de diciembre de 2020*, julio de 2021. De ellos, solo 378.829 se hallaban habilitados para sufragar en el plebiscito de octubre de 2020: Servel, *Participación electoral de extranjeros en Chile por nacionalidad plebiscito 2020*.

requisito de cinco años de avecindamiento (que, por su magnitud, impide que las personas llegadas en las olas migratorias más recientes puedan optar al derecho), a las dificultades para acreditar ese avecindamiento y para reclamar contra exclusiones del padrón. Por otro lado, los porcentajes de participación entre los extranjeros habilitados son extremadamente bajos. En efecto, si el plebiscito de octubre de 2020 registró una alta cifra de participación de la población chilena (alcanzando el 51,55%), la población extranjera se mantuvo en el 20,91%.<sup>55</sup> Lo anterior da cuenta de las dificultades de incorporación a la comunidad política de las personas extranjeras y, por ende, de su falta de representación democrática.

Adicionalmente, el segundo hito del proceso constituyente fue ocasión para que se produjeran otras graves vulneraciones a los derechos de las personas migrantes, en específico, a su derecho a patrocinar candidaturas independientes. Este derecho existía, por supuesto, con anterioridad al proceso constituyente, como mecanismo de participación democrática fuera de los partidos políticos. Sin embargo, a través de la Ley 21.296, se incorporaron a la Constitución normas que facilitaban la inscripción de candidaturas independientes a convencionales, reduciendo excepcionalmente la cantidad de patrocinantes requerida y permitiéndoles conformar listas competitivas.<sup>56</sup>

A nuestro juicio, el derecho a patrocinar candidaturas es un derecho correlativo al sufragio pasivo, toda vez que permite a la comunidad política decidir quiénes llegarán a la papeleta, es decir, qué opciones tendrá disponibles al emitir su voto. Asimismo, tiene una cierta correspondencia con el derecho a militar en partidos políticos, en la medida en que se erige —y así ha sido especialmente durante la última década— en una vía de ejercicio de la participación política por fuera de las estructuras partidarias. De este modo, lo razonable es que las mismas personas que votarán en la elección estén habilitadas para patrocinar candidaturas. Lo anterior se encuentra corroborado por los requisitos de patrocinios, que se establecen en la forma de porcentajes sobre el electorado activo durante la votación anterior.<sup>57</sup>

55 Lo anterior, de acuerdo con cifras del Servel, disponibles en: Servel, *Participación electoral de extranjeros en Chile por nacionalidad plebiscito 2020*. Esta cifra es ligeramente superior a la participación en las elecciones presidenciales y parlamentarias de 2017 (que llegó al 19,17% del padrón de extranjeros, de acuerdo con los datos disponibles en: Servel, Estadísticas de participación por nacionalidad elecciones 2017).

56 Véase especialmente la incorporación de las disposiciones vigésimo novena transitoria y siguientes.

57 Así, la disposición vigésimo novena transitoria, en su inciso 2°, estableció: “Para declarar sus candidaturas, los candidatos y candidatas independientes fuera de lista requerirán el patrocinio de un número de ciudadanos independientes igual o superior al 0,2 por ciento de los electores que hubiesen sufragado en el respectivo distrito electoral en la anterior elección periódica de diputados, de acuerdo con el escrutinio general realizado por el Tribunal Calificador de Elecciones, a menos que dicho porcentaje de electores en un distrito electoral sea menor a 300, en cuyo caso se requerirá el patrocinio de 300 ciudadanos independientes”.



Sin embargo, el Servel impidió a las personas extranjeras el patrocinio de candidaturas independientes, interpretando que el concepto “ciudadanos” correspondía exclusivamente a nacionales chilenos con derecho a sufragio, de conformidad con el artículo 13 de la Constitución. Esto, en abierta contradicción con la interpretación que previamente se había realizado de la voz “ciudadanía” en el articulado constitucional referente al proceso constituyente.

La decisión del Servel de excluir a las personas extranjeras del derecho de patrocinar candidaturas independientes fue objeto de recursos ante las Cortes de Apelaciones (por la vía de la acción constitucional de protección) y ante los Tribunales Electorales Regionales, llegando eventualmente a la Corte Suprema y el Tricel. Lamentablemente, en ambas sedes el criterio del Servicio fue refrendado, por un lado con argumentos literalistas (aplicando restrictivamente lo establecido en el art. 13, sin poner atención a las demás normas legales y constitucionales aplicables) y, por otro, condonando la abierta contradicción en la que incurrió el Servicio al permitir la participación de los extranjeros en las votaciones a que estaba convocada “la ciudadanía”, pero negándoles el derecho a patrocinar candidaturas independientes conferida en favor de “los ciudadanos” (artificialmente, desdoblado los conceptos).<sup>58-59</sup>

Sin perjuicio que —como hemos revisado al inicio de este apartado— la normativa internacional de derechos humanos no entrega, en forma directa, titularidad a las personas extranjeras para participar políticamente y habilita la distinción por razones de nacionalidad; nos parece que esta decisión se convierte en una vulneración de los derechos a la igualdad y no discriminación y representa una medida restrictiva

58 La Corte Suprema, conociendo de la apelación en un recurso de protección presentado por el Instituto Nacional de Derechos Humanos, resolvió: “2°) Que, de la transcripción de las normas pertinentes aparece que la normativa utiliza distintas expresiones para distinguir quiénes pueden ejercer el derecho a sufragio y quiénes están habilitados para patrocinar candidaturas, utilizando en este último caso la expresión “ciudadano”, que encuentra su definición en el artículo 13 de la Carta Fundamental, precepto que es claro en remitirse a las personas chilenas. 3°) Que, en consecuencia, la distinción realizada por la autoridad administrativa se funda en el tenor literal de las normas constitucionales.” La sentencia incluso condenó al Instituto al pago de costas (SCS 39117-2021).

59 Por otro lado, el Primer TER Metropolitano resolvió —esta vez respecto del patrocinio de candidaturas independientes a la alcaldía— “8° Que, de las citadas normas constitucionales y legales, se desprende que no pueden ser patrocinantes de candidaturas independientes los extranjeros, aun cuando cumplan las exigencias legales para tener derecho a sufragio, por cuando el ejercicio de este último derecho no les confiere la calidad de ciudadano, misma que el artículo 13° de la Constitución Política de la República, reconoce sólo a los chilenos que hayan cumplido dieciocho años de edad y que no hayan sido condenados a pena aflictiva. De este modo, el rechazo de los 95 patrocinantes extranjeros, se encuentra ajustado a Derecho” (Sentencia 1er TER Metropolitano 8376-2021). El TRICEL confirmó esta sentencia y su razonamiento, con el voto unánime de sus ministras y ministros (STRICEL 546-2021).

que no satisface de manera suficiente los criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Lo anterior, en la medida que incurre en contradicciones que la hacen adolecer de arbitrariedad, al entregar contenidos diferentes a un mismo enunciado normativo, sin justificación para ello. Además, la lenta tramitación de varios de estos recursos ante los Tribunales Superiores de Justicia (tanto las Cortes de Apelaciones como la Corte Suprema) impidió un adecuado ejercicio del derecho de acceso a la justicia, el debido proceso y la protección de la ley.

#### **4. NUEVA LEY DE MIGRACIÓN Y EXTRANJERÍA**

El 20 de abril de 2021 se publicó la Ley 21.325 de Migración y Extranjería, destinada a reemplazar el todavía vigente Decreto Ley 1.094 de 1975. La adopción de esta ley es un hito importante. Con su entrada en vigor –sujeta aún a la dictación de su Reglamento y otros actos administrativos– Chile dejará de tener una de las legislaciones migratorias más antiguas de la región. Además, la ley contempla la creación de una nueva institucionalidad, con un Servicio Nacional de Migraciones que reemplazará al actual (y tremendamente sobrepasado) Departamento de Extranjería y será el principal responsable de la tramitación administrativa de solicitudes de visas, expulsiones, prohibiciones de ingreso, etc.

La tramitación del proyecto no estuvo exenta de problemas y críticas. Así lo demuestra el hecho de que aspectos importantes del proyecto fueron objeto de una Comisión Mixta. También, el que 14 disposiciones del proyecto llegaron a control de constitucionalidad preventivo facultativo, bajo el argumento principal de que se vulneraron diversos derechos fundamentales, y que resultó en la declaración de inconstitucionalidad de siete de ellas.<sup>60</sup> En sede de control preventivo obligatorio, otra disposición fue declarada inconstitucional, por atentar contra el derecho al debido proceso.<sup>61</sup> Una de las características que el gobierno ha destacado de la nueva Ley de Migraciones consiste en la incorporación de un “enfoque de derechos”. Esto constituiría una variable novedosa en una ecuación previamente dominada por los principios de seguridad nacional y de utilidad del migrante. En las siguientes páginas, exploraremos qué tan efectiva es esta incorporación, comparando la normativa promulgada con algunos estándares de derechos humanos.

60 Dos de estas disposiciones fueron declaradas inconstitucionales con el parecer unánime de las ministras y ministros del Tribunal Constitucional, algo muy infrecuente (véase STC 9930).

61 Véase STC 9939.

#### 4.1. Avance en reconocimiento formal de derechos humanos

Es importante destacar que la Ley de Migración y Extranjería efectivamente contempla una serie de normas que reconocen explícitamente derechos fundamentales a las personas migrantes, así como otras destinadas a facilitar su ejercicio. Estas normas aterrizan, al nivel legislativo, lo que la Constitución ya establece en sus artículos 5° y 19, determinando con mayor especificidad el contenido de estos derechos en el ámbito migratorio.

Así, el Título II “de los principios fundamentales de protección”, contiene una serie de normas generales, una suerte de catálogo de derechos y, por último, ciertos principios en base a los cuales habrá de formularse la “política nacional de migraciones”. El artículo 3°, que lo inaugura, declara en su primer inciso que “El Estado deberá proteger y respetar los derechos humanos de las personas extranjeras que se encuentren en Chile, sin importar su condición migratoria, incluidos los afectos a la Ley N°20.430”. Esta declaración inicial pretende reflejar el espíritu general del Título completo. Con todo, veremos que existen importantes matices, especialmente en el párrafo dedicado a la Política nacional de migraciones y en una serie de excepciones al goce de derechos por las personas migrantes.

Este título se divide, a su vez, en tres párrafos. El primero, bajo el encabezado “Objetivos”, pretende definir ciertos principios, declaraciones generales y reglas que informarían la legislación migratoria, así como habrían de conducir las demás acciones del Estado en esta materia. Además de la “promoción, respeto y garantía de los derechos”, el párrafo consagra el principio del “interés superior del niño, niña y adolescente” (art. 4°), el principio de “procedimiento migratorio informado” (art. 5°), el de “integración e inclusión” (art. 6°), la “migración segura, ordenada y regular” (art. 7°) y dos principios interpretativos: la “interpretación conforme a la Constitución y las normas internacionales de derechos humanos” (art. 11) y el “principio *pro homine*” (art. 12). Junto con estos principios, contempla dos reglas: la “no criminalización” de la migración, bajo la forma de la despenalización de la migración irregular (art. 9°) y una norma de protección complementaria que nos parece más restrictiva que aquella contemplada en el artículo 4° de la Ley 20.430 (art. 10°). Finalmente, incorpora una declaración general en la cual “el Estado de Chile valora la contribución de la migración para el desarrollo de la sociedad en todas sus dimensiones” (art. 8°).

El segundo párrafo, por su parte, contiene lo que denomina “derechos y obligaciones de los extranjeros”, particularizando el contenido de ciertos derechos fundamentales en el ámbito migratorio. Así, por ejemplo, consagra normas referidas al derecho a la igualdad y la no discriminación arbitraria, el acceso a un procedimiento administrativo racional y justo (art. 13), el goce de derechos laborales (art. 14), el

derecho a la salud (art. 15), a la seguridad social (art. 16), a la educación (art. 17), y el derecho al debido proceso (art. 21). Junto con ello, incorpora tres derechos que en la actualidad no se encuentran internamente reconocidos de manera explícita: el derecho de acceso a la vivienda propia (art. 18), la reunificación familiar (art. 19) y el derecho a enviar y recibir remesas (art. 20).

Nos parece crucial recalcar que la naturaleza de estas normas no consiste, en realidad, en ser creadoras de nuevos derechos, ni en establecer algo así como un “catálogo de derechos de las personas migrantes”. Por un lado, la fuente de esta normativa legal son la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos, que con anterioridad (y con mayor jerarquía) ya garantizaban estos derechos a todas las personas, en general, y a las personas migrantes, en particular. Por otro, la incorporación de estas normas responde a una necesidad de especificar su contenido en un ámbito concreto y para una población que ha sufrido especiales vulneraciones de *estos* derechos humanos y fundamentales. Así, la norma debe entenderse dialogando con una realidad particular, pero jamás restringiendo uno u otro derecho al aspecto allí desarrollado, ni mucho menos realizando una enumeración taxativa.

Bajo esta comprensión, varias de sus normas representan un avance en el sentido correcto, hacia la mayor protección de los derechos de las personas migrantes. Especialmente destacable resulta la incorporación de los principios interpretativos armónico y *pro homine*. La declaración contenida en el artículo 11, en cuanto a que “las disposiciones de esta ley y sus reglamentos deberán ser interpretadas siempre en armonía con los valores, principios, derechos y libertades contenidos en la Constitución Política de la República y en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile”, nos parece que impone un estándar interpretativo exigente y armónico con diversas normas del derecho internacional de los derechos humanos.<sup>62</sup> Así también, la incorporación del principio *pro persona* —en virtud del cual el artículo 12 ordena la interpretación “más amplia o extensiva” de las normas que consagran derechos, y la más restrictiva de aquellas que los restrinjan o suspendan—, aunque responde a un criterio doctrinariamente generalizado, nos parece reflejo de una

62 Creemos que esta norma tiene un sentido análogo a normas interpretativas contenidas en diversos tratados internacionales de derechos humanos, que obligan a interpretar sus propias disposiciones en un modo que resulte armónico con la garantía de los derechos y libertades que ellos mismos consagran (por ejemplo, art. 30 de la DUDH, art. 5° del PIDCP, art. 5° del PIDESC, art. 29 letras a) y d) de la CADH y artículo 81.2 de la CDTMF) o que otros instrumentos reconocen (por ejemplo, art. 29 letras b) y c) de la CADH). En el caso del artículo 11 de la Ley 21.325, los parámetros de comparación serán precisamente los tratados internacionales de derechos humanos y la Constitución Política de la República.

correcta comprensión de los derechos de las personas migrantes como derechos humanos y no meras concesiones del Estado en el ejercicio de su derecho soberano a controlar las fronteras.<sup>63</sup>

#### **4.2. Excepcionalidad como regla general, concepción restrictiva y transgresiones a la reserva de ley**

Con todo, la mayoría de las declaraciones generales relativas a la titularidad y goce de derechos de las personas migrantes viene seguida de una o varias excepciones que arriesgan vaciar de contenido la garantía.

Al respecto, resulta ilustrativo el modo en que la ley, en su artículo 3º, reconoce el derecho a la libertad ambulatoria, a no ser discriminado arbitrariamente y a la aplicación de un procedimiento administrativo racional; pero, inmediatamente después, lo vacía de contenido. En efecto, los incisos 2º y 4º enfatizan que la titularidad de estos derechos –a circular libremente dentro del territorio nacional, a elegir su residencia y a salir del país– se encontraría sujeta a la situación migratoria regular, careciendo de titularidad (de acuerdo con la ley) las personas que se encontraren en situación irregular. Ello es especialmente grave en el caso del inciso 4º, cuya redacción parece sugerir que pueden limitarse los derechos de las personas extranjeras en formas que resultan ajenas a la Constitución y a los tratados internacionales ratificados por Chile, en la medida en que (a) no se hallen todavía en el territorio nacional, (b) hubieren ingresado irregularmente o (c) hubieren incurrido en algún tipo de infracción migratoria que importare su irregularidad, con posterioridad a su ingreso (como la sobreestadía).

Lo anterior colisiona con lo dispuesto en la propia Constitución, así como en diversos tratados internacionales. Ello, en la medida que estos cuerpos normativos (1) reconocen el derecho a la libertad ambulatoria *a todas las personas*, independiente de su nacionalidad e incluso de su situación migratoria irregular<sup>64</sup> y (2) exigen siempre que la restricción de los derechos se produzca por ley y de conformidad con la

63 La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha fundado la aplicación del principio pro persona en las normas interpretativas contenidas en el artículo 29 de la CADH, reconociendo que “se ha desarrollado el principio de la “aplicación de la norma más favorable a la tutela de los derechos humanos” como derivado del artículo 29.b) y la prohibición de privar a los derechos de su contenido esencial como derivado del artículo 29.a)” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Apitz Barbera y otros contra Venezuela* (2008), párrafo 217).

64 El artículo 39 de la Convención internacional sobre los derechos de los trabajadores migratorios y sus familias, al reconocer el derecho a la libertad ambulatoria, utiliza deliberadamente el concepto “trabajadores migratorios” (“toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional”, de acuerdo con el artículo 2.1), sin utilizar la distinción contenida en el artículo 5º entre trabajadores documentados o indocumentados, de modo que aplica a ambos. El párrafo 2 del mismo artículo señala que dicho derecho no podrá sujetarse a ninguna restricción “salvo las que estén establecidas por ley” y por motivos de seguridad nacional, orden público, salud y moral públicas, o derechos de terceros.

Constitución y con los tratados, sin jamás permitir el vaciamiento del derecho. Es decir, que incluso en lo referido a personas en situación migratoria irregular, deben respetarse los principios de razonabilidad y proporcionalidad.<sup>65</sup>

Aplicando estas normas constitucionales e internacionales, las Cortes se han abierto a acoger acciones de amparo constitucional –interpuestas en favor de extranjeros que se encuentran fuera de Chile– contra el Estado por actos administrativos que amagan la libertad personal y ambulatoria, en la dimensión del derecho a ingresar al país.<sup>66</sup> Estas sentencias llevan implícito un reconocimiento de titularidad del derecho a la libertad de circulación, no solo a quienes han hecho ingreso irregular, sino incluso a los que se encuentran fuera del territorio nacional.

La ley desconoce este desarrollo constitucional y jurisprudencial del derecho. En su lugar, adopta un enfoque restrictivo respecto del contenido de la libertad personal y de circulación, en contradicción con los estándares antes fijados. Esto no es meramente un problema declarativo (del artículo 3°), sino que atraviesa buena parte de las disposiciones relativas a la garantía de la libertad personal, incluyendo las prohibiciones de ingreso (imperativas y facultativas) y las causales de expulsión. Tal como se diagnosticó en el *Informe 2018* respecto del proyecto, la

65 La Corte IDH ha declarado que “los objetivos de las políticas migratorias deben tener presente el respeto por los derechos humanos”; de modo que “las distinciones que los Estados establezcan deben ser objetivas, proporcionales y razonables”. Así, “los Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de igualdad ante la ley y la no discriminación arbitraria a la consecución de sus políticas públicas, cualesquiera que sean éstas, incluidas las de carácter migratorio”; principio que, además, considera constituye una norma de *ius cogens* (Corte IDH, 2003, Opinión Consultiva OC-18/03 sobre la “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, 2003, párrafos 168, 172 y 173.4).

66 Por ejemplo, en 2019 la Corte de Apelaciones de Santiago acogió un recurso de amparo interpuesto en favor de un niño de nacionalidad haitiana, a quien se había denegado una visa de reunificación familiar que le permitiría viajar a Chile (véase el rol Amparo-76-2019). En el tiempo reciente –y a raíz de los obstáculos que la pandemia y los consiguientes cierres de frontera han implicado para la migración–, diversas Cortes de Apelaciones, así como la Corte Suprema, han acogido acciones constitucionales de amparo en favor de ciudadanos extranjeros, a quienes se les había otorgado algún tipo de visado que, durante la vigencia del cierre de fronteras, fue declarado caduco; o cuyas solicitudes fueron masivamente rechazadas en virtud del cierre de fronteras. Existen numerosas sentencias en el último año, que siguen el siguiente razonamiento por votación unánime: “Que, no obstante corresponder al Estado decidir a quién admite en su territorio y la situación migratoria de los extranjeros, *tales límites al derecho de ingreso de éstos al país, no pueden comprometer la esencia del derecho de la libertad ambulatoria y no debe invertirse la relación entre el derecho y su restricción, esto es, entre la norma general y su excepción*, por cuanto estas últimas deben ser necesariamente aplicadas para proteger los derechos sustanciales, debiendo las restricciones excepcionales al ingreso, adecuarse al principio de proporcionalidad que la función protectora que garantiza el derecho fundamental, manifestado en el caso de autos con la autorización para el otorgamiento de la Visa de Responsabilidad Democrática en los términos autorizados por la ley” (SCS 38.274-2021, c. 4°, énfasis agregado; en el mismo sentido, SCS 49.812-2021).

ley contempla una serie de restricciones que no se corresponden con los estándares de derechos humanos previamente enunciados. Así ocurre con la prohibición de ingreso a quienes se encuentren *procesados* en el extranjero; con las prohibiciones facultativas –que, en términos generales, adolecen de un vicio de baja densidad normativa que no permite excluir la arbitrariedad y dificulta el control de su aplicación–; amplios espacios de arbitrariedad a la hora de imponer nuevos requisitos al ingreso de personas de un país específico, por motivos de “interés nacional”; con la existencia de causales de expulsión insuficientemente determinadas y otras normas que obstaculizan la regularidad migratoria. Resulta en especial preocupante que el artículo 133 innove en la materia, facultando a la Subsecretaría del Interior a expulsar a personas migrantes, no en virtud de una causal determinada, sino que “en casos debidamente calificados, fundados en razones de seguridad interior o exterior”; norma que a todas luces transgrede la reserva legal y la tipicidad en materia de sanciones.

Lo propio sucede con el acceso a otros derechos, especialmente a derechos sociales. Algunas normas que consagran dicho acceso, contienen una habilitación amplia (y a veces exenta de parámetros de control) a la autoridad administrativa para que establezca requisitos adicionales. Así ocurre con el derecho a la salud, por ejemplo, en que se declara que “[l]os extranjeros residentes o en condición migratoria irregular, ya sea en su calidad de titulares o dependientes, tendrán acceso a la salud conforme los requisitos que la autoridad de salud establezca, en igualdad de condiciones que los nacionales” (art. 15).<sup>67</sup> Este tipo de disposiciones abre un espacio a la restricción de derechos sin sujeción al principio de reserva legal, esto es, que se haga *por ley* y siempre con la finalidad de asegurar el ejercicio de los derechos de los demás o por motivos de moral, orden público, u otros intereses jurídicamente legítimos.<sup>68</sup>

67 Para un desarrollo *in extenso* de los estándares de derechos humanos aplicables al acceso de personas migrantes al derecho a la salud, véase el *Informe 2018*, pp. 508-512. Especialmente relevantes resultan: (i) Lo establecido en el art. 5 de la CADH que, de acuerdo con la Corte IDH, obliga a los Estados proveer asistencia médica sin discriminación a las personas migrantes e independiente de su situación migratoria (OC-18/03, párr. 112). (ii) El reconocimiento del derecho a la salud contenido en el artículo 25 de la DUDH y en el 12 del PIDESC, establecido en favor de *todas las personas* (de conformidad con el artículo 2 DUDH, salud. Y (iii) la especial protección del acceso a la salud de urgencia, contemplado en el artículo 28 de la CDTMF.

68 Esta garantía encuentra su fundamento en el principio de que una norma legal representa mejores garantías de escrutinio y racionalidad. La Corte IDH, interpretando el artículo 30 de la CADH, concluyó por unanimidad que “no es posible interpretar la expresión leyes, utilizada en el artículo 30, como sinónimo de cualquier norma jurídica”, sino que “la palabra leyes en el artículo 30 de la Convención significa norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes.” (Corte IDH, OC-6/86, párrafos 22, 26 y 38.)

Adicionalmente, en la propia ley existen normas que, luego de reconocer un derecho a los extranjeros, establecen excepciones demasiado amplias al goce del mismo, que arriesgan dejarlo sin contenido exigible.

Es el caso del derecho a la seguridad social, contemplado en el artículo 16. Este artículo comienza con una declaración general garantista y generosa: “Para el caso de las prestaciones de seguridad social y acceso a beneficios de cargo fiscal, los extranjeros podrán acceder a éstos, en igualdad de condiciones que los nacionales, siempre y cuando cumplan con los requisitos que establezcan las leyes que regulen dichas materias, y con lo dispuesto en el inciso siguiente”. Sin embargo, el inciso inmediatamente siguiente restringe el acceso a estas prestaciones y, con ello, el goce del derecho, al disponer que: “Respecto de aquellas prestaciones y beneficios de seguridad social no contributivos financiados en su totalidad con recursos fiscales, que impliquen transferencias monetarias directas, respecto de los cuales no se establezcan, en forma directa o indirecta, requisitos de acceso que involucren una cierta permanencia mínima en el país, se entenderá que sólo tendrán derecho a ellas aquellos Residentes, ya sea en su calidad de titular o dependientes, que hayan permanecido en Chile, en tal calidad, por un período mínimo de veinticuatro meses”.

Bajo esta disposición, se altera la norma general en materia de goce de derechos previsionales: igualdad como norma general, restricción como norma excepcional. Así, por regla general, las personas migrantes no podrán acceder a beneficios como el Bono Marzo, la Asignación Familiar y Maternal, el Subsidio al Empleo Joven y el Ingreso Familiar de Emergencia, y cualquier otro beneficio que tenga las características del inciso citado. En la medida en que estos instrumentos se han transformado en herramientas esenciales a través de las cuales el Estado garantiza el acceso a la seguridad social de todos y todas, esta disposición constituye una restricción del derecho, tal cual está consagrado en el artículo 9° del PIDESC y en el artículo 27.1 de la CDTMF, que exige otorgar el mismo trato que a los nacionales, sin perjuicio de la posibilidad de definir “modalidades” para su goce.

Esta restricción afecta, además, los derechos de niños, niñas y adolescentes, toda vez que acceden a la seguridad social a través de sus padres y madres. De este modo, a pesar de que el artículo declara que las restricciones a los beneficios sociales no contributivos no se aplicarán a NNA ni a beneficios en contextos de educación, lo cierto es que la mayoría de las veces sí afectará sus derechos, por la vía de excluir a sus madres o padres. Así lo advirtió la Defensoría de la Niñez, a propósito de la impugnación de este mismo artículo ante el TC.<sup>69</sup>

69 Defensoría de la Niñez, Oficio N°27, *Remite opinión técnica sobre materias de competencia de la Defensoría de la Niñez en causa N°9930*, 24 de febrero de 2021.



Finalmente, las garantías tendientes a asegurar el derecho a la vivienda adolecen del mismo problema. Así, el artículo 18 contempla una doble restricción. Por un lado, exige detentar la calidad de residente definitivo, lo que de conformidad con el artículo 79 puede implicar una residencia previa mínima de hasta cuatro años, sin contar el tiempo de tramitación de la residencia definitiva (que, actualmente, podría extenderse por otro año y medio más, totalizando más de cinco años antes de poder acceder al derecho). Por otro, consagra el acceso a la vivienda *propia*, sin contemplar las demás formas de tenencia que, de conformidad con el desarrollo de este derecho humano, deben garantizarse y protegerse.<sup>70</sup> Adicionalmente, las normas contenidas en el artículo 175 N°13, que modifica la ley de arrendamiento de predios urbanos, pretenden acabar con el arriendo abusivo, pero solo a través de sancionar al oferente (al arrendador abusivo), sin atacar el problema de raíz: la demanda (el déficit habitacional y el problema de acceso a la vivienda que las restricciones del artículo 18 agudizan).

### **4.3. Avance sustantivo en la garantía de derechos laborales**

Los problemas diagnosticados más arriba no se replican respecto de todos los derechos que la ley consagra. Específicamente, en materia de derechos laborales la normativa representa un avance sustantivo y muy esperado. Así, además de la declaración general contenida en el artículo 14, la misma norma resuelve expresamente que el goce de los derechos laborales no dependerá de la situación migratoria del extranjero, obligando al empleador a dar cumplimiento estricto a sus obligaciones laborales y previsionales.

Junto con ello, el inciso final del artículo 117 contempla una suerte de “garantía de indemnidad” en materia laboral-migratoria, estableciendo que los migrantes no serán sancionados por trabajar de manera irregular si efectúan denuncias contra su empleador por cualquier incumplimiento de la ley y ante cualquier órgano o tribunal. Esta norma tiende a eliminar una importante barrera para el ejercicio de los derechos laborales de las personas migrantes y causa de vulneración de estos: el miedo a ser denunciados a las autoridades migratorias.

Por último, resulta particularmente beneficiosa para el goce de los derechos laborales, pero también para los demás derechos –en particular los sociales–, la incorporación de un mecanismo de acceso al Rol Único Nacional (RUN). El art. 44 dispone que cualquier institución

70 Comité DESC de la ONU, *Observación General N°4, sobre El derecho a una vivienda adecuada*, 6° período de sesiones (E/1992/23). De acuerdo con el Comité, la seguridad en la tenencia debe contemplar no solo la propiedad, sino también el arriendo e incluso la tenencia precaria. Llama la atención, justamente, la exclusión del acceso a la vivienda en forma de arriendo, cuando la población migrante es la que más utiliza esta forma de acceso y puede beneficiarse de dicha política pública.

pública (o privada de previsión, salud o educación) podrá solicitar al Registro Civil que asigne un Rol Único Nacional a cualquier extranjero que requiera sus servicios. La misma norma establece que, en situaciones de urgencia, el RUN no podrá ser obstáculo para el otorgamiento de los servicios o prestaciones requeridas. A pesar de que el desarrollo concreto del mecanismo queda sujeto a un reglamento por dictarse, nos parece que la norma podría permitir acabar con uno de los obstáculos más importantes que experimentan las personas migrantes en el ejercicio de sus derechos y en el acceso a servicios públicos.

#### **4.4. Otras perspectivas en juego: persistencia de la doctrina de la seguridad nacional**

Junto con las dudas señaladas respecto de la efectividad del llamado “enfoque de derechos”, es importante notar que persisten en la ley –tal cual ha sido el tenor de nuestras legislaciones anteriores– la seguridad nacional y la “utilidad del migrante” como los enfoques predominantes. En ese sentido, diversas normas develan que, en el intento legislativo por conjugar estos tres principios, muchas veces no han primado los DDHH.

La existencia de estos enfoques se hace patente en la regulación acerca de la Política Nacional de Migración en el artículo 22, para la cual se habrán de tener en consideración, entre otros: (i) Elementos relacionados con la seguridad nacional: “la política de seguridad interior y exterior del Estado, y el resguardo del orden público, especialmente en lo referente a la prevención y represión del crimen organizado transnacional, del narcotráfico y del terrorismo, del tráfico ilícito de migrantes y de la trata de personas” (N°3). (ii) Elementos relacionados con la utilidad de la migración: “la realidad local, social, cultural, económica, demográfica y laboral del país” (N°1), “los intereses de los chilenos en el exterior (N°5), “la contribución de la migración al desarrollo social, económico y cultural del país” (N°7). Y (iii) “el respeto y promoción de los derechos humanos del migrante (...) con especial preocupación por grupos vulnerables como niños, niñas y adolescentes, mujeres, personas con discapacidad y adultos mayores” (N°2).

##### **4.4.1. ¿Se ha incorporado el principio de regularidad y la no criminalización?**

Una de las esperanzas cifradas en la nueva legislación consistía en la incorporación del principio de regularidad migratoria, así como de la no-criminalización. Sin perjuicio de que ambos se encuentran formalmente reconocidos, existen importantes obstáculos a su eficacia.

El primero de estos avances formales consiste en la no-criminalización, en virtud de la cual se declara que “la migración irregular no es constitutiva de delito”. Esta norma deja atrás la consagración de los

delitos de ingreso irregular de los artículos 68 y 69 del actual Decreto de Ley 1.094. Con todo, para quienes nos desempeñamos en la defensa de los derechos de las personas migrantes, esta norma abre un espacio de incertidumbre precisamente para todos aquellos migrantes que hayan ingresado por paso no habilitado.

Actualmente, la normativa dispone que la expulsión de quienes hubieran hecho ingreso irregular solo se producirá una vez cumplida la condena penal, lo que supondría el desarrollo de una investigación, un proceso penal racional y justo, con acceso a defensa jurídica, y una sentencia dictada por un juez con competencia penal. Todas, garantías para el imputado. Como se desarrolló en extenso en el apartado 2, las Intendencias típicamente han prescindido de la vía penal, imponiendo la sanción administrativa de hecho.

Contra esta sanción administrativa, las Cortes del país han acogido recursos de amparo, reprochando precisamente la omisión de las garantías procesales asociadas al juicio penal, así como el déficit de fundamentación de las órdenes, que solo invocan informes policiales. En este marco, la derogación del delito de ingreso irregular eliminará este requisito, permitiendo que sea la administración la que, por sí y ante sí, determine la ocurrencia del ilícito y la aplicación de la sanción. Así, contraintuitivamente, la despenalización del ingreso irregular podría hacer más difícil controlar el ejercicio del *ius puniendi* estatal, especialmente ante la falta de un procedimiento administrativo con garantías de debido proceso, como ocurre en la nueva ley.

#### **4.4.2. Obstáculos para el principio de regularidad: persistencia de los problemas diagnosticados en el Informe 2018**

Finalmente, a lo largo de la tramitación del proyecto persistieron –y hoy son ley– varios de los problemas que se habían diagnosticado en relación al régimen de visado. Uno muy crucial consiste en la prohibición de cambio de calidad migratoria<sup>71</sup> que, en conjunto con la ausencia de un visado de oportunidades laborales que pueda obtenerse en frontera, podría acarrear un aumento en la irregularidad migratoria por sobreestadía de permanencias transitorias (el símil al actual permiso de turismo). La consecuencia práctica de esta normativa será transformar el grueso de los permisos de residencia en visados consulares, al punto de que quienes ingresen al país en calidad transitoria, deberán siempre salir de Chile para obtener un visto consular una vez estando afuera

71 El artículo 58 de la Ley 21.325 establece: Artículo 58.- Cambio de categoría o subcategoría migratoria. Los titulares de permiso de permanencia transitoria que se encuentren en el país no podrán postular a un permiso de residencia, salvo que cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 69.

(salvo algunas excepciones relacionadas con la unidad familiar).<sup>72</sup>

Tal y como se diagnosticó en el *Informe 2018* –y se ha reafirmado por la evidencia empírica acerca del aumento de flujos de migración irregular a propósito de imposiciones de vistos consulares de turismo– “la experiencia chilena ha demostrado que los visados consulares no funcionan cuando hablamos de flujos migratorios abundantes”.<sup>73</sup> De este modo, la herramienta elegida por el legislador para “controlar” la migración o administrar los flujos resulta no solo tremendamente gravosa (en tanto arriesga sumir en la irregularidad a un porcentaje mayor de personas), sino derechamente inidónea. No se condice, pues, con estándares de derechos humanos en la materia, que exigen –como hemos dicho más arriba– que las medidas adoptadas cumplan con estándares de proporcionalidad, razonabilidad y dignidad. Adicionalmente, la delegación a la política nacional migratoria de determinar qué extranjeros podrán eximirse de la prohibición de cambio de calidad migratoria, constituye una infracción de la reserva legal y una ventana para posibles discriminaciones arbitrarias.

## 5. CONCLUSIONES

La pandemia ocasionada por la Covid-19 ha aumentado las vulnerabilidades de las personas en movilidad humana. Se ha mantenido un aumento paulatino de la migración global, pese a la pandemia, y, en nuestro continente, la continuidad de los procesos migratorios de nacionales de países como Venezuela y Haití. En Chile podemos encontrar algunas consecuencias tangenciales de la pandemia que resultan positivas, como el aumento en la digitalización de los trámites migratorios; pero que no son contrapeso a las problemáticas que han surgido o se han exacerbado en materia de movilidad humana en el país.

Dado que la pandemia no ha acabado con las crisis en los países de origen de las personas migrantes, sino que, por el contrario, las ha profundizado, muchas personas han optado por la migración como alternativa, sin importar si pueden o no acogerse a un proceso regular de movilidad.

Ahora bien, entre todas las herramientas de política migratoria válidas, deben siempre seleccionarse aquellas más idóneas para lograr el objetivo esperado. En el caso de Chile, aunque se restó del Pacto

72 Al respecto, el artículo 69 dispone que “se podrá conceder a quienes acrediten tener vínculos de familia con chilenos o con residentes definitivos, a aquellos cuya estadía sea concordante con los objetivos de la Política Nacional de Migración y Extranjería, y en otros casos debidamente calificados por la Subsecretaría del Interior mediante resolución, previo informe del Servicio”.

73 *Informe 2018*, op. cit., p. 503.

mundial para una migración segura, ordenada y regular, adoptado en 2018 con el auspicio de las Naciones Unidas, lo cierto es que el actual gobierno públicamente ha argumentado que la selección de las herramientas de política migratoria responde a los objetivos enunciados en el título de dicho Pacto. Una de estas herramientas, probablemente la principal, ha sido el endurecimiento de los requisitos migratorios de ingreso al país. Esto, a través del establecimiento de visados consulares obligatorios para personas provenientes de países con altos flujos migratorios hacia Chile, como son Venezuela y Haití, lo cual ha significado, como adelantamos en el *Informe 2018*, un contrapropósito, pues, de hecho, han aumentado los ingresos irregulares al país, precisamente por la falta de acceso a las vías regulares para la migración. Dicho en palabras simples, frente a una situación de necesidad, como la que viven las personas provenientes de países latinoamericanos en crisis, la emigración puede presentarse como única alternativa para tener una vida digna, y dicho proceso se buscará a toda costa. Si las vías regulares de acceso no dan abasto, por ejemplo, por el bajo otorgamiento de visados consulares, el cierre masivo de solicitudes o la lentitud de los procesos, entonces las vías irregulares aparecen como opción cierta y concreta.

Lo anterior ha provocado un aumento exponencial de los ingresos a Chile por pasos no habilitados, situación que encontró un primer punto crítico, en febrero de 2021, en las cercanías del paso fronterizo Colchane-Pisiga, y que se ha mantenido a lo largo del año. Evidentemente, el ingreso en masa de migrantes al territorio nacional provocó significativas concentraciones de personas extranjeras en algunas localidades del país, lo que trajo un descontento generalizado de la población en aquellas ciudades o pueblos pequeños que no están preparados para una recepción de esa magnitud. Esto ha resultado aún más grave en el contexto de la crisis sanitaria, donde el distanciamiento social es una de las herramientas más eficaces para prevenir contagios.

Frente a esta situación y bajo la lógica de “ordenar la casa”, el gobierno de Chile ha reaccionado llevando a cabo procedimientos de expulsión no solo ilegales sino además colectivos, los cuales se encuentran prohibidos por el derecho internacional de los derechos humanos. Pese a los llamados de atención de diferentes organizaciones e instituciones internacionales, dichos procedimientos no han cesado. Estas irregularidades y verdaderas transgresiones a los derechos humanos de las personas migrantes han obligado al Poder Judicial, a través de sus Cortes superiores de justicia, a tomar cartas en el asunto. En efecto, mediante fallos en el marco de acciones de amparo, las Cortes han revocado las medidas de expulsión de un gran número de personas migrantes, las que si aún no han sido deportadas, podrían buscar la regularidad migratoria, o, estando ya fuera del país producto de la expulsión, pueden

intentar regresar directamente o a través de la obtención de un visado consular, si es el caso.

En materia de derechos políticos —especialmente en relación con el proceso constituyente— hemos detectado que, si bien el estándar chileno es particularmente elevado en cuanto a conferir a las personas migrantes derechos de participación política, existen problemas relevantes en su ejercicio y eficacia. Lo anterior, tanto en lo que respecta a la baja proporción de la población migrante que se encuentra efectivamente habilitada para sufragar, como en la participación efectiva de esta en los distintos procesos electorales, en los cuales alcanza porcentajes extremadamente bajos. Adicionalmente, la normativa constitucional vigente —en los artículos 13, 14, 29° transitoria y siguientes—, así como en una diversa normativa legal, ha generado problemas de interpretación, desembocando en la vulneración del derecho de las personas migrantes a patrocinar candidaturas, de manera incompatible con el derecho humano a la igualdad, a la no discriminación arbitraria y a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos. Por último, vemos con preocupación que haya existido voluntad política en el Congreso y el Ejecutivo para restringir más el derecho a sufragio de los extranjeros, a través de una reforma legal; y, consecuentemente, destacamos como positiva la decisión del Tribunal Constitucional de declarar inconstitucional aquella norma propuesta.

En lo pertinente a la nueva Ley de Migración y Extranjería, se evidencian avances en el reconocimiento formal de derechos humanos a las personas migrantes, así como en algunas normas destinadas a asegurar su ejercicio (especialmente destacable resulta el artículo 44 sobre obtención de Rol Único Nacional). Sin embargo, la mayoría de las normas relativas a derechos fundamentales se encuentra seguida de excepciones demasiado amplias o delegaciones indebidas al ente regulador, que infringen la reserva legal.

Por otra parte, en materia de “regularidad migratoria y no criminalización”, hemos detectado obstáculos importantes, relacionados con un diseño institucional que se obstina en intentar trasladar la frontera al Consulado y hacer caso omiso de los efectos que los visados consulares han tenido en los flujos migratorios y el aumento de ingresos irregulares. Estas medidas arriesgan aumentar la irregularidad migratoria —ya no solo por ingresos clandestinos, sino también por sobreestadías difíciles de solucionar—, aumentando la precariedad jurídica y material que afecta a las personas migrantes.

Todo lo anterior desemboca en la desprotección general y colectiva de las personas que el Estado debe proteger, pues a la vez que se desasiste a las personas migrantes en Chile, se desampara a la población en general, la que ve afectada, de una u otra forma, sus derechos debido al abandono y falta de respuestas certeras por parte del Estado.

## 6. RECOMENDACIONES

1. Se recomienda al gobierno detener los procedimientos de expulsiones colectivas de personas migrantes y realizar un análisis objetivo y verdaderamente razonable de la situación personal, familiar y proteccional de las personas expulsables.
2. Se recomienda al Estado de Chile la creación, ya sea por la vía administrativa o de reforma legal, de un procedimiento administrativo que contemple las garantías de un debido proceso, el cual permita a las personas migrantes aportar antecedentes y alegaciones y, en general, defenderse de manera previa a su eventual expulsión del país.
3. Se recomienda al gobierno buscar mecanismos de gestión de las migraciones que contemplen la situación territorial propia de la zona de que se trate, adecuando las políticas migratorias a los desafíos y necesidades de la comunidad receptora, siempre respetando, promoviendo y protegiendo los derechos humanos de las personas migrantes.
4. Se recomienda al Servicio Electoral ajustar los criterios con que ha aplicado las normas contenidas en la reforma constitucional, en la Ley sobre votaciones y escrutinios y en la Ley orgánica constitucional sobre municipalidades, permitiendo a las personas extranjeras patrocinar candidaturas independientes, de conformidad con las demás normas constitucionales y legales aplicables.
5. Se recomienda a la Convención Constitucional abordar la discusión sobre los derechos políticos de las personas migrantes desde una perspectiva progresiva –compatible con su categoría de derechos humanos y fundamentales– y honrando la historia constitucional chilena consistente en la ampliación sucesiva de los derechos en este ámbito.
6. Se recomienda introducir reformas a la nueva Ley de Migración, para corregir las infracciones a la reserva legal, eliminando la delegación al ente regulador en aquellos espacios que se han identificado como improcedentes; así como ampliar el goce de los derechos humanos (especialmente económicos y sociales), de un modo coherente con su estatuto de derechos fundamentales.
7. Se recomienda el establecimiento de visados fronterizos por la vía administrativa (a través del Decreto de subcategorías migratorias) o, eventualmente, a través de la reforma legal. Especialmente se sugiere la modificación de la norma que impide el cambio de categoría migratoria.







**REFLEXIONES SOBRE  
EL CONFLICTO DEL  
ESTADO CON EL  
PUEBLO MAPUCHE  
Y LAS VIOLENCIAS  
MÚLTIPLES EN  
EL WALLMAPU.**

**Antonia Rivas Palma<sup>1-2</sup>**

- 1 Investigadora adjunta Centro de Estudios Interculturales e Indígenas CIIR, Asesora Convención Constitucional
- 2 Agradezco la invaluable y fundamental colaboración de los ayudantes Catalina Polo Valdivia, Sofía Bernet Luttges y Nicolás Pérez Gutiérrez.



## RESUMEN

El capítulo presenta reflexiones sobre las situaciones y hechos de violencia acaecidos en el periodo en estudio con relación al conflicto –histórico y actual– entre el pueblo mapuche y el Estado chileno, analizando algunos de los puntos críticos que impiden la posibilidad de un diálogo político, fructífero y duradero, que permita poner fin a las graves situaciones de violencias múltiples y el reconocimiento de las demandas de los derechos colectivos del pueblo mapuche.

*PALABRAS CLAVES: Pueblo mapuche, seguridad y orden público, Wallmapu, violencias, territorios indígenas, Constitución.*



## INTRODUCCIÓN

Hace varias décadas en el sur del país, especialmente en las regiones de La Araucanía y BioBío, se vive una situación compleja de múltiples violencias que se contraponen, donde se ven afectados todas y todos los habitantes, sin que se observe un camino cercano a una solución. Lo que se ha denominado, de forma errada y sesgada “conflicto mapuche”, no permite dar cuenta de las numerosas dimensiones que tiene la situación actual, puesto que pone el foco en uno solo de los actores, el pueblo mapuche, responsabilizándolo de toda la violencia en la zona y acusándolo de la radicalización de las violencias, sin que exista un análisis profundo sobre este fenómeno. Esta visión deja de lado a múltiples actores que con sus acciones son parte fundamental del incremento de la conflictividad que repercute no solo en las comunidades específicas, sino en toda la población que habita en dichas regiones. Nos referimos, en especial, al rol que ha cumplido históricamente el Estado de Chile con sus instituciones, a las empresas forestales, a las agrupaciones de propietarios de los territorios que son reivindicados por parte de los pueblos indígenas y a los medios de comunicación, entre otros.

Como se ha dicho en *Informes* anteriores, la relación entre los pueblos indígenas, en particular el pueblo mapuche, y el Estado chileno es muy profunda y compleja y ha estado marcada por la desconfianza, dado el incumplimiento de los acuerdos y promesas y la falta de entendimiento mutuo. A ello han contribuido los gobiernos de las últimas décadas con su tendencia a enfocar la política pública referida a los pueblos indígenas como un asunto de pobreza y de modelos únicos de desarrollo económico, por un lado, y de seguridad pública, por el otro. Esta visión ha hipotecado el diálogo político y de respeto y reconocimiento de sus derechos humanos en concordancia con los instrumentos internacionales ratificados por Chile. La evidencia más paradigmática de esta omisión es la ausencia, hasta hoy, de reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas y de sus derechos colectivos y que fue expresamente rechazado en la última reforma constitucional de 2005.

Como hemos constatado y reiterado hace años en este *Informe*, al igual que lo han hecho múltiples órganos de derechos humanos de las Naciones Unidas, a pesar de los esfuerzos realizados y las legislaciones aprobadas, Chile tiene una deuda con el reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Chile, junto con Uruguay y Surinam, es uno de los únicos tres países de Latinoamérica que no establecen el reconocimiento explícito a la existencia de los pueblos indígenas en la Constitución. Ese reconocimiento de los pueblos indígenas se encuentra consagrado solo a nivel legal, principalmente a través de la Ley Indígena 19.253 de 1993, y en otras normativas. Sin embargo, este reconocimiento a la existencia de “etnias”, como lo hace dicha ley, ha sido estimado insuficiente bajo los estándares internacionales sobre derechos humanos de los pueblos indígenas.

Tras el estallido social (en adelante, también, estallido), originado en octubre del 2019, se inició el camino hacia un proceso constituyente, que comenzó formalmente, en julio de 2021, mediante la instalación de una Convención Constitucional compuesta por 155 convencionales constituyentes, entre los cuales hay 17 representantes de los pueblos indígenas que fueron electos mediante el sistema de escaños reservados. De ellos, siete representan la diversidad territorial y de pensamiento del pueblo mapuche. A pesar de las dificultades en el proceso de aprobación de estos 17 escaños, a las que nos referimos en el *Informe 2020* –que permitió avizorar las complejidades que se enfrentarían en el reconocimiento constitucional y en la concreción de la plurinacionalidad en el Estado chileno–, las señales de cambio y reconocimiento constitucional de los derechos colectivos de los pueblos indígenas son prometedoras y esperanzadoras.

Así, en su primera sesión, la Convención escogió para la presidencia a una mujer mapuche, Elisa Loncon Antileo; se estableció el principio de la plurinacionalidad como eje transversal para todo el trabajo de la Convención; se instauró que en todas las comisiones que se formen deberá existir representación indígena, y se creó una comisión transitoria de participación y consulta indígena, cuyo estándar normativo será la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas, entre otros importantes y promisorios avances.

Al mismo tiempo, es relevante señalar que, al igual que al interior de la sociedad chilena, hay sectores de los pueblos indígenas, en particular del pueblo mapuche, que se han manifestado en contra de la existencia de escaños reservados y de la participación de los pueblos originarios en el proceso de redacción de la nueva Constitución. Muchas de estas organizaciones, especialmente comunidades de sectores de la localidad de Malleco, el Consejo de Todas las Tierras, la Coordinadora Arauco-Malleco (en adelante, CAM), entre otras, se han mostrado en contra del proceso constituyente, considerándolo como un espacio

institucional, perteneciente al Estado chileno, no representativo de sus intereses y demandas. Será, sin duda, un desafío importante encontrar escenarios de diálogo con aquellos sectores que han rechazado el proceso, intentando conciliar sus demandas con las posibilidades que abre la nueva Constitución.

Como contracara a estos cambios y desafíos más esperanzadores, en los últimos años y meses, existe un preocupante clima de violencias múltiples en zonas de las regiones de La Araucanía y del Biobío, donde confluye la violencia ejercida por el Estado por medio de las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública –fundamentalmente, Carabineros y, a veces, la Policía de Investigaciones–; la que ejercen particulares contra personas o comunidades indígenas y aquella proveniente de grupos supuestamente ligados a la reivindicación territorial mapuche, quienes actúan, en ocasiones, cometiendo delitos, principalmente incendios, los que hoy no solo afectan a empresas forestales, sino también a escuelas, a iglesias a centros de salud y a particulares. Estas organizaciones, dentro de las cuales la más conocida es la CAM, legitiman, según han señalado, “la violencia política y la autodefensa como armas legítimas de nuestro pueblo, para desarrollar la resistencia y el control territorial”, aunque aclaran en sus comunicados que no atentarán contra la población civil o mapuche.<sup>3</sup> Sin embargo, en los hechos, en este clima de múltiples violencias, toda la población, mapuche o no, se ve afectada.

Es importante advertir que no se puede tratar de la misma manera la violencia ejercida desde el Estado y la de grupos reivindicativos, aunque su actuar sea violento. No es posible simplificar la realidad social y cultural de las diversas dimensiones del conflicto, creando una suerte de simetría de responsabilidades. No es lo mismo la violencia institucional y estructural –que puede ser ejercida por el Estado y sus instituciones, en especial aquella que proviene de las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública–, que la violencia ejecutada por grupos armados que reivindican la autonomía mapuche o por aquellos que se oponen a dichos grupos. Es obligación del Estado prevenirla adoptando todas las medidas de debida diligencia y garantizar la seguridad de todos los habitantes, mediante el uso proporcional de la fuerza y el pleno respeto de los derechos humanos.

Este conflicto tiene raíces históricas profundas y arraigadas que se han mantenido y agudizado. Las inicialmente pacíficas protestas y recuperaciones de tierra que empezaron en los años noventa –ejecutadas por movimientos mapuche<sup>4</sup> y respondidas por el Estado con la criminalización

3 Mapuexpress.cl: “Comunicado de Comunidades agrupadas en la CAM: Con resistencia y control territorial avanzamos hacia Liberación Nacional Mapuche”, 15 de abril de 2021.

4 Fernando Pairican, *Malon: La rebelión del movimiento mapuche, 1990-2013*, Editorial Peñhuén, 2014.



por la vía judicial–, se han tornado más violentas, especialmente cuando el Estado chileno comenzó a responder con represión policial y leyes de excepción aplicadas en forma directa a personas mapuche.

En la actualidad, se ha incrementado substancialmente la envergadura del conflicto, aumentando el número de muertos y heridos producto tanto del actuar policial, como de acciones cometidas por grupos armados civiles que reivindican la autonomía territorial mapuche; se han multiplicado las acciones de sabotaje de grupos armados mediante incendios y cortes de caminos, y se han incrementado los procesos de recuperación territorial desde las comunidades indígenas producto, entre otras cosas, de la alarmante falta de acción por parte de la Corporación de Desarrollo Indígena (en adelante, también, Conadi) en las entregas de tierras,<sup>5</sup> como veremos más adelante. Por su parte, los allanamientos y procedimientos policiales en comunidades han estado enfocados en la protección de las empresas forestales y los desalojos de los territorios reivindicados, sin respetar, en muchos casos, el uso proporcional de la fuerza, afectando particularmente a niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNA) mapuche que han sido objeto de detenciones ilegales, lesiones graves, torturas y malos tratos.

En este capítulo se consideran, a modo de referencia, algunos hechos ocurridos entre mayo de 2020 y agosto de 2021, aproximadamente, con el fin de hacer una reflexión más general respecto al conflicto y su desarrollo histórico. Se analizan las acciones de algunos de los actores que intervienen, ponderando las obligaciones que tiene el Estado para hacer frente a este conflicto de múltiples violencias.

Teniendo en consideración lo señalado, en este capítulo nos referiremos a algunas de las dimensiones de la violencia ejercida por el Estado y sus instituciones para poder dar cuenta del panorama general en esta materia. Por una parte, nos referiremos a aquellas violencias ejercidas por las fuerzas policiales en el territorio ocupado por las comunidades mapuche, donde se ha desplegado una presencia policial constante, intensificada mediante allanamientos, controles, casos de montajes, en especial situaciones violentas que involucran a NNA mapuche. Además, revisaremos otra arista de la violencia estatal que es producida por la falta de diálogo político y el acento gubernamental en la agenda de seguridad pública. En este sentido, nos referiremos a los proyectos de ley presentados y a las actuaciones y acciones del Ejecutivo en relación con la política pública mapuche.

Las dimensiones que se abordarán en este capítulo no representan formas únicas en que el Estado ejerce violencia contra los pueblos y comunidades indígenas, puesto que, de acuerdo a un análisis integral,

5 BioBioChile.cl: “Comunidades mapuche se toman acceso de Conadi en Temuco: acusan retraso en entrega de tierras”, 6 de junio de 2021.

esa violencia tiene un carácter sistémico y permea todas las estructuras estatales e institucionales. Es muy relevante la violencia generada por los graves impactos ambientales que producen las empresas forestales y otros proyectos económicos en territorios indígenas; la falta de reconocimiento y promoción de sus derechos colectivos, el despojo territorial, la falta de titulación de las tierras, el loteo de tierras reivindicadas por comunidades mapuche para la venta a privados, la demora y falta de justicia efectiva de los procesos judiciales en casos emblemáticos, el uso indiscriminado de leyes de excepción, y la manera en que los tribunales se han hecho cargo del reconocimiento de sus derechos colectivos específicos, especialmente en el ámbito penal.

Por otra parte, también nos referiremos a las acciones de violencia que ejercen algunos grupos pertenecientes a los movimientos reivindicativos mapuche. En especial, abordaremos el incremento de los atentados, incendios, actos de sabotaje, las denuncias de narcotráfico al interior de comunidades mapuche y la inseguridad en las carreteras y caminos de la zona. Sin duda alguna, estos hechos acaparan la atención mediática y el interés público, y reafirman el fracaso en la obligación que tiene el Estado de garantizar la seguridad y el respeto de los derechos humanos de todas las personas.

## **1. EL GOBIERNO Y LA RETÓRICA DEL ENEMIGO, EL COMBATE Y LA GUERRA**

Durante el periodo que se analiza, la mayoría de las declaraciones del gobierno, en estos temas, se enfocaron en remarcar la gravedad de la situación que se vive en la Región de La Araucanía y la necesidad de una respuesta penal firme, usando frecuentemente un lenguaje que hace alusión a conceptos bélicos.

Por ejemplo, el exministro Víctor Pérez se refería constantemente a grupos “violentistas y terroristas”<sup>6</sup> o a la existencia de “grupos con capacidad militar”<sup>7</sup> y a la “política del terror”,<sup>8</sup> afirmando, en múltiples ocasiones, que en este conflicto no hay presos políticos.<sup>9</sup> En variadas instancias, el gobierno y sus representantes han hecho alusión a que detrás de los

6 La Tercera.com: “Víctor Pérez, nuevo ministro del Interior: ‘Tenemos una tarea fundamental, que es garantizar a los chilenos que participen en un plebiscito seguro y tranquilo’”, 28 de julio de 2020.

7 La Tercera.com: “Pérez en su primera visita a La Araucanía: asegura que en Chile ‘no hay presos políticos’ y que existe ‘evidencia’ de que en la zona operan grupos con ‘capacidad militar’”, 31 de julio de 2020.

8 El Mostrador.cl: “Ministro Pérez por muerte de joven tras incendio de cabañas en Cañete: ‘Hay grupos que quieren instaurar una política del terror’”, 8 de septiembre de 2020.

9 La Tercera.com: “Pérez en su primera visita a La Araucanía: asegura que en Chile ‘no hay presos políticos’ y que existe ‘evidencia’ de que en la zona operan grupos con ‘capacidad militar’”, 31 de julio de 2020.

hechos de violencia hay grupos organizados que es necesario enfrentar. El coordinador de la Unidad de Coordinación de la Macrozona Sur, Pablo Urquizar, sostuvo que “existe una especie delictual distinta y estas son orgánicas radicalizadas de terrorismo.”<sup>10</sup> Por su lado, el presidente Piñera la mayoría de las veces se refiere al “combate” contra la violencia y el terrorismo,<sup>11</sup> o señala que “nos enfrentamos” con grupos con capacidad militar, armados, financiados, organizados, etc. En sus declaraciones se encuentran frecuentes interpelaciones al Congreso para que se aprueben una serie de leyes de seguridad pública, como única manera de resolver el conflicto. Se trata de una mirada que no ve el trasfondo de la violencia política mapuche, que no se detiene ni en las causas ni en sus razones.

Es importante señalar que esta retórica del gobierno no se circunscribe al conflicto en la zona de La Araucanía, sino que también fue, con frecuencia, utilizada para referirse a los manifestantes durante el estallido social, y en relación a la migración, al narcotráfico y a la delincuencia en general. Estamos ante una visión de los conflictos sociales que no permite detenerse en sus causas ni menos en sus posibles soluciones, y que solo centra su atención en la respuesta penal y de control social. Esto último, sin desconocer, por cierto, la importancia de dicha respuesta –siempre que sea adecuada y proporcional–, en la medida que responde a la obligación de proteger los derechos humanos de todas las personas.

De esta manera, el foco del gobierno, durante el periodo que se analiza, muestra una visión centrada en el despliegue de fuerzas policiales en la zona y en el incremento del presupuesto destinado a Carabineros y la Policía de Investigaciones, especialmente en uso de tecnología, vehículos y armamento.<sup>12</sup> Además, se han impulsado ciertos programas, tales como el Plan Impulso Araucanía,<sup>13</sup> el Acuerdo Nacional por La Araucanía<sup>14</sup> y el Programa para Víctimas de Violencia Rural,<sup>15</sup> que no han tenido un impacto significativo en la situación regional. Los dos primeros programas no fueron implementados.

Otro hito importante, ocurrido durante este período, es la creación de la Unidad de Coordinación de la Macro Zona Sur,<sup>16</sup> cuyo actual

10 La Tercera.com: “Coordinador de la macrozona sur: ‘Cuando vemos parlamentarios criticando la acción del Estado yo me hago la pregunta ¿qué está haciendo el Congreso hoy día?’”, 26 de mayo de 2021.

11 El Mostrador.cl: “Piñera aprovecha la Cuenta Pública para insistir en su agenda de seguridad y apura al Congreso para que apruebe los proyectos”, 31 de julio de 2020.

12 La Tercera.com: “El reservado y recién inaugurado centro de Inteligencia de La Araucanía que reúne a policías, FF.AA. y Gendarmería”, 5 de noviembre de 2020.

13 La Tercera.com: “Ministra Rubilar se compromete a revitalizar plan de apoyo a La Araucanía”, 17 de agosto de 2020.

14 Gob.cl: “Acuerdo Nacional por La Araucanía”, 24 de septiembre de 2018.

15 Ministerio del Interior y Seguridad Pública, “Programas para víctimas de violencia rural en La Araucanía”, 2019.

16 El Mostrador.cl: “‘Tenemos una deuda pendiente’: Gobierno anuncia conformación de Comité Wallmapu para enfrentar la situación en La Araucanía”, 8 de septiembre de 2020.

coordinador es el mencionado Pablo Urquizar, quien asume la coordinación Policial, la persecución penal, el Programa de Apoyo a Víctimas y la gestión de gobierno en la zona.<sup>17</sup> El coordinador ha señalado en varias oportunidades que, en su opinión, los grupos extremistas se esconden tras reivindicaciones ancestrales, pero lo que realmente hay detrás de eso sería “narcotráfico, robo de madera, tráfico de armas, robo de vehículos”.<sup>18</sup> Según el coordinador, la fórmula para enfrentar este conflicto es, primero, condenar totalmente y sin matices la violencia y, segundo, aumentar la presencia del Estado en su conjunto.

Es importante hacer hincapié en las reiteradas urgencias dadas por el gobierno a una serie de proyectos de ley que se encuentran actualmente en tramitación en el Congreso.<sup>19</sup> Dentro de los proyectos de ley que el gobierno ha pedido aprobar, encontramos los siguientes:

- Ley Juan Barrios.
- Ley que moderniza Carabineros.
- Ley que crea un Estatuto de Protección de las Policías.
- Ley que perfecciona y hace más eficaz la persecución contra el terrorismo.
- Ley que perfecciona y hace más eficaz la lucha contra la droga.
- Ley que da más instrumentos para combatir el robo de madera.
- Ley para tener un mejor control de armas.
- Ley de protección de la infraestructura crítica.

De estos, al que más énfasis le ha dado el gobierno es al proyecto de ley conocido como “Juan Barrios”, que introduce modificaciones al Código Penal en lo referente al delito de incendio, endureciendo las penas.

En breves palabras, este proyecto de ley establece que cuando se atente, se incendie, se queme un camión o un bus y haya resultado de muerte, la pena va a ser desde 15 años y un día hasta cadena perpetua, es decir, presidio mayor en su grado máximo. En los demás casos, la pena es de presidio mayor, es decir, entre 5 y 20 años de prisión. El origen de este proyecto de ley surge luego de la muerte de Juan Barrios, un camionero que falleció en un ataque incendiario, en febrero de 2020, mientras dormía en su camión.

Es evidente que el gobierno responde a una preocupación legítima por el incremento de la violencia en lo que el Ejecutivo y los medios denominan como “Macrozona Sur”, que incluye algunas provincias de las regiones de La Araucanía y el Biobío, puesto que en esos lugares se

17 Interior.gob.cl: “Gobierno informa nuevos miembros que reforzarán la acción de Gobierno en materia de seguridad pública en la Macrozona Sur”, 15 de marzo de 2021.

18 La Tercera.com: “Pablo Urquizar: ‘El primer objetivo es que esta violencia sea condenada por toda la clase política sin matices’”, 2 de abril de 2021.

19 Ibíd.

ha producido un importante aumento de este tipo de hechos violentos. Según datos del Ministerio de Interior, difundidos por los medios de comunicación, hasta el 21 de marzo de 2021, se han registrado en total 389 casos de “violencia rural” en la Macrozona Sur del país. Solo en La Araucanía, los casos de violencia rural, desde 2013 a 2020, han aumentado un 241%. Se trata de incendios o ataques incendiarios, disparos o la presencia de armas de fuego, ataques o enfrentamientos con Carabineros, las Fuerzas Armadas o la PDI; cortes de ruta, ataques y amenazas a civiles, desórdenes de carácter violento, ocupaciones e ingresos violentos, daños y robos.<sup>20</sup> Adicionalmente, según cifras reportadas por la unidad de Macrozona Sur, que fueron entregadas por Carabineros y la PDI, tenemos que, en total, durante este año se ha detenido a 304 personas por delitos relacionados con la “violencia rural”, un 407% más que en comparación al año pasado. La mayoría de los aprehendidos este año son por robo de madera (165) y por desórdenes públicos (17).<sup>21</sup>

Sin embargo, creemos que la utilización única de este lenguaje bélico —que es, de hecho, similar al lenguaje de grupos mapuche que ocupan medios violentos— no permite entender las motivaciones y razones profundas de la protesta social mapuche (incluso la protesta violenta); no da espacio para iniciar un diálogo fructífero y genuino y confina todo el conflicto a una lucha entre enemigos, que no hace más que alejar las posiciones, radicalizar las respuestas y, por lo tanto, agravar las situaciones de múltiples violencias.

## 2. ¿USURPACIONES O RECUPERACIONES TERRITORIALES?

El presente año se ha caracterizado por el aumento explosivo de las reivindicaciones y controles territoriales que comunidades indígenas reclaman como tierras ancestrales, siendo esta demanda la piedra angular del conflicto con el Estado chileno. No hay una cifra exacta de cuántas reivindicaciones u ocupaciones de terrenos existen actualmente por parte de comunidades, y solo podemos dar cuenta inexacta de las acciones judiciales y policiales que se han llevado adelante.

Según cifras del Ministerio del Interior, de los 427 casos de “violencia rural” en la Macrozona Sur, en el primer trimestre de 2021, 134 corresponden a lo que es denominado por el gobierno como “usurpaciones de predios” y por las comunidades mapuche como “recuperaciones territoriales”. En igual periodo de 2020, se registraron 17 ocupaciones o recuperaciones de terrenos en el mismo sector, es decir, se ha producido

20 La Tercera.com: “643 días de tramitación en el Congreso: delegado presidencial para Macrozona Sur critica retraso legislativo en seguridad”, 29 de marzo de 2021.

21 La Tercera.com: “Macrozona Sur: hechos de violencia suman 866 el primer semestre, 94% más que en 2020, y detenidos suben 407%”, 22 de julio de 2021.

un aumento de un 688% de esta clase de hechos, de un trimestre a otro. Donde más se han registrado es en La Araucanía, región en la que se han contabilizado 129 ocupaciones,<sup>22</sup> hasta la fecha del reportaje citado.

Una posible explicación a este incremento de las reivindicaciones tiene relación con las denuncias de que la Conadi no ha ejecutado, en este periodo, la totalidad de los presupuestos del Fondo de Tierras y Aguas Indígenas, en especial, el que dice relación con la letra b) del artículo 20 de la Ley 19.235 respecto a las compensaciones por pérdidas territoriales por títulos otorgados por el Estado. Desde que se inició el proceso de compra de tierras en los años noventa, las comunidades mapuche que cumplían con los requisitos contemplados en la ley eran ingresadas, se les concedía la “aplicabilidad” y se les incorporaba a una lista de espera con un orden de prelación por antigüedad. Actualmente, hay 617 comunidades con aplicabilidad que tienen procesos pendientes, de las cuales hay 219 que no tienen ninguna compra previa.<sup>23</sup>

En un reportaje en La Tercera, el consejero mapuche de la Conadi, Iván Carilao, expresó que “el gobierno está buscando hacer colapsar esta situación para que se produzca lo que está pasando. Debido a la no ejecución presupuestaria, la gente se fue a tomar los fundos. Toda esta situación es responsabilidad absoluta del gobierno y de quienes están en la Conadi. Yo creo que existe una instrucción para no comprar”.<sup>24</sup> Alberto Pizarro, director nacional de la Conadi durante casi todo el segundo gobierno de la expresidenta Michelle Bachelet, coincide con esta opinión, señalando que “esto no es solo negligencia o incompetencia institucional de la Conadi. Esta es una decisión política de no avanzar en el uso de los recursos del Fondo de Tierras, específicamente en lo que tiene que ver con el Artículo 20 letra b respecto de las restituciones territoriales”.<sup>25</sup> De acuerdo a su visión, “esto evidentemente tiene relación con el clima de descontento entre las comunidades”.<sup>26</sup> En el mismo sentido, se denunció que Conadi solo ha gastado un 8% del presupuesto del Fondo de Tierras en compra de predios para indígenas en 2020.

El director actual de la Conadi, Ignacio Malig, declaró, por el contrario, que “la compra de tierras no está paralizada. Hacemos el llamado a que las comunidades no efectúen ningún tipo de violencia, porque no podemos comprar ningún predio perturbado (...) y a tener paciencia, porque sabemos que el proceso puede no ser tan rápido como se espera”.<sup>27</sup>

22 La Tercera.com: “Usurpaciones de tierras en Macrozona Sur suben 688% en 2021: gobierno prepara plan en base a inteligencia policial”, 12 de abril de 2021.

23 La Tercera.com: “El Estado ha comprado 212 mil hectáreas y ha beneficiado a 509 comunidades indígenas”, 28 de agosto de 2021.

24 La Tercera.com: “Los cuestionamientos a la Conadi por los recursos para compra de tierras indígenas”, 21 de febrero de 2021.

25 *Ibíd.*

26 *Ibíd.*

27 *Ibíd.*

En todos los *Informes* anteriores, especialmente el de 2014, hemos realizado análisis sobre el sistema de compra de tierras indígenas por medio del Fondo de Tierras y Aguas de la Conadi, recalcando que el carácter comercial y de mercado de tierras –y no de restitución de derechos de este mecanismo– es problemático y que vulnera los principales estándares consagrados por los instrumentos de derechos humanos sobre derechos de los pueblos indígenas ratificados por Chile.

De este modo, no existe un mecanismo legal de restitución de tierras indígenas, especialmente de aquellos territorios ancestrales que no cuentan con un título reconocido por el Estado, sino uno de compra de tierras para indígenas. Adicionalmente, esta fórmula busca compensar las pérdidas o mermas territoriales que tienen las comunidades, actualmente, en relación a los títulos de merced (u otros títulos otorgados por el Estado) y no se refiere a las tierras antiguas, que constituyen la base de la demanda territorial actual.<sup>28</sup>

A nuestro juicio, las políticas públicas relacionadas con la compra de tierras indígenas, aplicadas desde la década del noventa hasta la fecha, han sentado las bases persistentes del conflicto actual, no permitiendo el diálogo político en relación a las demandas territoriales colectivas, que van más allá de los títulos de merced. Al no existir mecanismos transparentes de priorización de las compras, se fomenta la desconfianza en relación a la manera en que se ha llevado adelante este proceso y se incentiva el surgimiento de estrategias de presión, por parte de las comunidades, para acelerar dichas compras de tierras.

En los hechos, pareciera que el actual gobierno del presidente Piñera, tras llevar adelante en 2019 una fallida consulta para flexibilizar la Ley Indígena en relación con la propiedad colectiva de las tierras indígenas, además de licitar las bases de un estudio sobre la productividad de las tierras entregadas por el artículo 20 b) de Conadi, ha reducido notablemente el ritmo en los procesos de entrega y compra de tierras, incentivando, en cambio, los proyectos de emprendimiento y turismo indígena.

El gobierno ha sido claro en declarar que entienden la demanda de restitución territorial como un asunto de pobreza y desarrollo económico, y no desde la óptica de reparación del territorio despojado, y menos desde la restitución colectiva. Ello queda claro en las palabras del director nacional de la Conadi citadas en la página web institucional, en relación a la creación de un estudio sobre productividad de las tierras entregadas, donde señala: “Queremos saber si están desarrollando labores agrícolas, ganaderas, predios forestales o si hay emprendimientos turísticos, para poder con eso enfocar cuál es

28 Martín Correa Cabrera, *La Historia del Despojo, El origen de la propiedad particular en el territorio mapuche*, Ceibo Ediciones y Editorial Pehuén, 2021.

la correcta política pública que podemos desarrollar sobre las tierras adquiridas”, explicando que “la tierra por sí sola, la verdad es que es una necesidad de los pueblos indígenas principalmente del pueblo mapuche y así lo hacen saber ellos; pero la tierra sola no nos va a permitir mejorar la calidad de vida del mundo indígena, que es lo que nosotros nos hemos propuesto”.<sup>29</sup> El conflicto, entonces, desde esta perspectiva, estaría centrado en modelos de desarrollo, y no en el entendimiento de la relación entre el territorio y el buen vivir, las demandas de autodeterminación, de autonomía territorial y recuperación de tierras ancestrales.

Uno de los antecedentes interesantes de analizar respecto a las demandas y recuperaciones territoriales de las comunidades mapuche, en la actualidad, se vincula con estudios realizados en relación al impacto de la reforma agraria llevada adelante en la década del setenta en Malleco y Arauco.<sup>30</sup> En una investigación reciente, se identificaron más de 200 predios ocupados en el último tiempo, que tenían como antecedente en común haber sido expropiados en favor del pueblo mapuche durante la Reforma Agraria y, luego, arrebatados en dictadura para ser cedidos a empresas forestales.<sup>31</sup>

Del análisis de los comunicados o declaraciones publicadas en redes sociales de diversas comunidades indígenas, medios sociales alternativos y de las declaraciones de muchos y muchas comuneros/as involucrados/as en estos procesos de recuperación territorial, se puede apreciar que, aunque la causa inmediata para las nuevas recuperaciones territoriales puede haber sido la falta de actividad o compra en el Fondo de Tierras y Aguas, hoy nos encontramos en un momento donde las recuperaciones cobran un significado político, de confrontación con el Estado y búsqueda de procesos propios de autonomía y autodeterminación.<sup>32</sup>

También es importante señalar que las políticas de criminalización de la protesta social mapuche, –especialmente en lo que se refiere a la recuperación territorial de las tierras antiguas–, el uso excesivo de la fuerza para reprimirla y la constante presencia policial en las comunidades, que hemos denunciado en los últimos *Informes*, se ha incrementado, mantenido e incluso acentuado durante el periodo que se comenta.

29 Conadi.gob.cl: “CONADI está realizando el primer estudio de productividad de las tierras mapuche”, 11 de febrero de 2021.

30 Martín Correa, Raúl Molina y otros, *La Reforma Agraria y las Tierras Mapuches: Chile 1962-1975*, Santiago, LOM Ediciones, 2005.

31 Dany Jaimovich, Felipe Toledo, *The grievances of a failed reform: Chilean land reform and conflict with indigenous communities*, 2020.

32 Mapuexpress.org: “Lof de Traiguén: nuestra recuperación es un proceso que no tiene vuelta atrás”, 15 de julio de 2021.



En relación a esto, a pesar de que no hay claridad sobre los datos respecto a las personas mapuche privadas de libertad en causas vinculadas con el conflicto de tierras, se han denunciado precarias condiciones en los recintos penitenciarios, graves problemas de hacinamiento, y condiciones de aislamiento producto de la pandemia de Covid-19, como en la mayoría de las cárceles chilenas. Los presos mapuche han denunciado que, en sus casos, se debe aplicar el Convenio 169 en su artículo 9 y 10, respecto al cumplimiento de la condena para miembros de pueblos indígenas. A nuestro juicio es fundamental que el gobierno se haga cargo de estos requerimientos exigidos por este Convenio ratificado por Chile.

Los presos denuncian, además, la imposición de largas prisiones preventivas “automáticas” y penas desproporcionadas, en relación con los delitos por lo que han sido procesados, en causas relacionadas con el conflicto chileno-mapuche. Ello motivó una larga huelga de hambre en 2020 de prisioneros mapuche en distintos penales de la zona, que fue comentada en detalle en el *Informe* del año pasado.

Estas demandas fueron ampliamente apoyadas por miembros el pueblo mapuche, a través de diferentes manifestaciones, entre ellas, por medio de la toma de diversas municipalidades, que tuvieron un violento desenlace en el desalojo, por parte de Carabineros y civiles, de las municipalidades de Curacautín y Victoria, la noche del 1 de agosto del 2020. Durante esa jornada se produjo una confrontación entre quienes tenían tomada la municipalidad y personas no-mapuche, las cuales, una vez desalojadas las municipalidades, realizaron una serie de ataques verbales racistas, lanzaron piedras y palos hacia el edificio municipal, y quemaron un rehue, altar ceremonial del pueblo mapuche, que estaba instalado en la plaza pública.<sup>33</sup> Al desalojar el edificio de la Municipalidad de Victoria, Carabineros ingresó en compañía de civiles, quienes al parecer golpearon a los detenidos en presencia de la policía. Por estos hechos, el Centro de Investigación y Defensa Sur (CIDSUR) presentó una querrela contra los y las responsables de los delitos de tratos inhumanos, crueles y degradantes, desórdenes públicos, daños calificados, delito contra la salud pública, amenazas, denegación de auxilio y omisión de denuncia.<sup>34</sup> En esta causa aún no existe ninguna persona formalizada ya transcurrido más de un año de los hechos.

33 CIPER.cl: “El mapa político de las organizaciones mapuche tras las elecciones de la Convención Constitucional”, 22 de mayo de 2021.

34 Cidsur.cl: “Comunidades emplazan a fiscalía de La Araucanía a investigar delitos de tortura en municipalidades de Curacautín y Victoria”, 10 de septiembre de 2021.

### 3. EL ROL DE LAS EMPRESAS PRIVADAS EN EL CONFLICTO

Muchos de los allanamientos en las comunidades se dan en un contexto de recuperación u ocupación, por parte de las comunidades mapuche, de tierras que están en manos de particulares o de empresas forestales. Las empresas privadas, especialmente forestales y de proyectos de inversión en tierras y territorios de propiedad legal u ocupación tradicional mapuche, también han tenido un rol fundamental en la agudización del conflicto. Esto, no solo por los impactos ambientales que provocan en los territorios y por la gran presencia que tienen en la zona, sino también por el fuerte despliegue policial que se destina a su protección. En este sentido, llaman la atención las declaraciones a la prensa de miembros del alto mando de Carabineros, quienes se han pronunciado críticamente respecto a estas órdenes. Al respecto, Carlos González, general de Carabineros encargado de la Macrozona Sur, ha declarado que “tenemos que resguardar víctimas, no cuidar un fundo de cuatro mil hectáreas”,<sup>35</sup> dando cuenta de que, incluso en el alto mando de la policía uniformada, existen reparos frente a esa presencia policial tan intensa para resguardar a las empresas forestales.

Desde una perspectiva de derechos humanos, parece adecuado pensar en la necesidad de que la acción estatal de garantía priorice el resguardo de la vida y la integridad física de las personas, más que la protección de la propiedad privada.

En esta misma línea, en marzo de este año, se produjo un conflicto entre el Ejército y Cristián Barra, exdelegado presidencial para La Araucanía, cuando este último pidió a la institución castrense no limitarse al apoyo logístico a Carabineros y PDI en la zona, sino apoyar también en el transporte y en los procedimientos policiales, especialmente en los allanamientos. La solicitud fue rechazada por el Ejército al no encontrarse esos procedimientos dentro del marco constitucional de su mandato, expresando que solo podían prestar apoyo en planificación y logística. Barra, expresó públicamente su molestia porque el Ejército acudiera “con abogados” a las reuniones y se restara de intervenir en el conflicto, comentarios que fueron mal recibidos en el gobierno y en las Fuerzas Armadas, lo que motivó su renuncia.<sup>36</sup>

Junto con ello, en relación con el conflicto entre las forestales y las comunidades indígenas, también se puede apreciar la tendencia del gobierno a estar ausente en la intermediación, lo que, a nuestro juicio, da la posibilidad a estas empresas de tejer redes clientelares más directas

35 La Tercera.com: “General de la Macrozona Sur: ‘Tenemos que resguardar víctimas, no cuidar un fundo de cuatro mil hectáreas’”, 27 de julio de 2021.

36 La Tercera.com: “Los ‘no’ del Ejército a Cristián Barra y la reunión con comuneros mapuches que indignaron al exasesor del gobierno”, 15 de marzo de 2021.

con algunas comunidades, lo que estaría propiciando problemas al interior de las propias comunidades mapuche.

#### **4. DEBER DEL ESTADO DE RESGUARDAR LA SEGURIDAD DE LA POBLACIÓN MEDIANTE EL USO PROPORCIONAL DE LA FUERZA**

Ha adquirido mucha fuerza, el último tiempo, la idea de una hipotética vinculación entre el narcotráfico y los movimientos que reivindican la causa mapuche mediante acciones violentas. Esta asociación se intensifica a partir de 2020, y su origen se encuentra muy ligado al discurso del terrorismo, así como también con la criminalización del conflicto, tendencias que han predominado en las últimas décadas.

Si bien no hay antecedentes que permitan afirmar claramente que existan grupos asociados a las demandas mapuche que sean financiados con dineros provenientes del narcotráfico, es un supuesto vínculo que mencionan con frecuencia las autoridades. Lo anterior se produce a pesar de que, según cifras entregadas por el Ministerio Público, que se publicaron en una columna de opinión en CIPER, relacionadas con la incautación de droga entre los años 2015 y 2019, en comparación con todas las regiones del territorio nacional, La Araucanía ocupa el onceavo puesto a nivel nacional, uno de los últimos lugares, en incautaciones por cocaína, así como el noveno puesto cuando de marihuana se trata.<sup>37</sup> Estas cifras indicarían que el impacto del narcotráfico es más bajo en esta Región que en otras del país, lo que desmentiría, en parte, la gravedad que se atribuye a este fenómeno en la zona del conflicto.

Por otra parte, muchos de los allanamientos producidos en la zona, han tenido como justificación declarada el dismantelar redes de narcotráfico y crimen organizado en la región de La Araucanía, sin embargo, hasta hoy, todavía no hay datos o antecedentes claros sobre la envergadura de estos casos, y si se trata de una práctica generalizada en las comunidades o de casos aislados. El análisis que debe realizarse es si, efectivamente, el uso de la fuerza y de los recursos destinados por las fuerzas policiales en estos allanamientos es proporcional al bien jurídico que se quiere proteger. Asimismo, verificar si los procedimientos policiales que se llevan a cabo cumplen con el uso proporcional de la fuerza y con el respeto a los derechos humanos de las personas involucradas y, al mismo tiempo, si se ciñen, o no, al objetivo declarado, o sea, a la persecución penal del narcotráfico.

El deber del Estado de resguardar la seguridad de todos los habitantes mediante el uso proporcional y racional de la fuerza, es un

37 CIPER.cl: “¿Para qué se construyó la idea del narcoterrorismo en Wallmapu?”, 14 de julio de 2021.

imperativo fundamental de los gobiernos y se deben hacer todos los esfuerzos para alcanzarlo, de acuerdo a los estándares reconocidos en el artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

A pesar de que no exista información clara en cuanto a la envergadura de las denuncias sobre narcotráfico en las comunidades y organizaciones mapuche que se plantean en resistencia frente al Estado, a nuestro juicio, resulta evidente que su investigación seria, clara y oportuna reviste la mayor relevancia y debe ser enfrentadas con celeridad por parte de las instituciones encargadas del orden público.

Ahora, de comprobarse este vínculo, nos parece que el ingreso del narcotráfico a las comunidades podría ser un camino sin retorno, que deteriora las instituciones tradicionales y cosmovisiones, y dificulta el encuentro de una solución política para garantizar la autodeterminación y autonomía mapuche. La llegada del narcotráfico a las comunidades es algo que ha sido condenado también por organizaciones como la CAM, que en un comunicado público expresó su preocupación por la “presencia e influencia de agentes externos a las comunidades tratando de introducir drogas y malas prácticas”.<sup>38</sup>

Lo expresado en los párrafos anteriores, da cuenta de la complejidad de la situación que se vive en la zona, donde conviven diversas problemáticas y desafíos que deben ser abordados. Sin embargo, durante los últimos años de este gobierno, resulta particularmente claro que se ha renunciado a la búsqueda de una solución política integral al conflicto, tras el fallido intento del exministro de Desarrollo Social, Alfredo Moreno, de llevar adelante un diálogo político en 2019, tras la lamentable y conocida muerte del joven mapuche Camilo Cattrillanca. Ello se puede constatar en la falta de llamados a instancias de diálogo y en cuestiones, que ya hemos mencionado, como la importante disminución de presupuesto y de compras de tierras, en los dos últimos años, por parte de Conadi,<sup>39</sup> además del uso de una retórica confrontacional que visualiza el conflicto solo desde una óptica de delincuencia y seguridad pública.

Pareciera que la mirada exclusiva del gobierno sobre el conflicto desde el ámbito policial y penal carece de la necesaria (auto)crítica sobre el rol que han tenido, en los últimos años, las instituciones que tienen el monopolio de la fuerza pública en el país. De esta manera, nos parece que existe por parte del gobierno, una defensa corporativa, irrestricta y sin condiciones a la institucionalidad policial, a pesar de la existencia

38 El Mostrador.cl: “CAM hace un llamado a condenar la ‘presencia del narcotráfico en comunidades mapuche’”, 19 de enero de 2021.

39 Interferencia.cl: “Conadi sólo gastó 8% del presupuesto del Fondo de Tierras en compra de predios para indígenas en 2020”, 23 de febrero de 2021.

de fallos que condenan la falta de proporcionalidad en el uso de la fuerza como, por ejemplo, en el caso Huracán, donde Carabineros fabricó pruebas contra comuneros mapuche; y el caso Catrillanca, donde el exsargento Carlos Alarcón fue sentenciado a 11 años por el homicidio del comunero mapuche y cinco por el homicidio frustrado del adolescente M.A.P.C.

De esta manera, a pesar de los numerosos hechos que evidencian la necesidad de repensar el rol de las fuerzas policiales en este conflicto, y de la responsabilidad institucional que tienen en la agravación del mismo, no parecieran existir intenciones de modificar este modo de operar. Las únicas responsabilidades que se hacen efectivas son en general individuales, y no se asume la necesidad de revisar el rol de Carabineros y la Policía de Investigaciones en el conflicto. Pareciera existir una cultura institucional y gubernamental que no se hace cargo del problema, que valida el secretismo y la falta de transparencia, por sobre el apego a la legalidad vigente y a los estándares de derechos humanos.<sup>40</sup>

Esa respuesta única desde la seguridad pública y el derecho penal que asume el gobierno –que se complementa con una retórica de rechazo total frente a las, cada vez más frecuentes, recuperaciones u ocupaciones de territorios por parte de las comunidades indígenas, independiente de si son violentas o no–, pareciera, también, haber incrementado desde los grupos mapuche el rechazo hacia el Estado y sus instituciones. De esta manera, justifican su accionar violento como respuesta a la violencia estatal, representada especialmente en la violencia policial.<sup>41</sup> Así, los conflictos entre el Estado chileno, comunidades mapuche, propietarios de tierras que las comunidades reivindican y empresas privadas, lejos de atenuarse –producto de las políticas públicas y la acción estatal– se han incrementado, generando un clima cada vez más complejo de radicalizaciones y violencias, donde la posibilidad de un diálogo político se ve muy lejana. Uno de los diagnósticos, que se ha compartido sobre esta materia,<sup>42</sup> se resume en lo siguiente: se suele enfrentar el conflicto solo desde la violencia que genera, olvidando las profundas raíces históricas que nos remiten al despojo territorial; prima la incapacidad de reconocer la diversidad y la vulneración, y no se produce un real reconocimiento de las demandas sobre territorio, propiedad, recursos naturales y derechos colectivos de los pueblos indígenas.

40 INDH, *Estudio exploratorio: Estado de Chile y pueblo mapuche: Análisis de tendencias en materia de violencia estatal en la Región de La Araucanía*, Santiago, 2014.

41 Pedro Cayul, Alejandro Corvalán y otros, "Introducing MACEDA: New Micro-Data on an Indigenous Self-Determination Conflict", *Journal of Peace Research (Forthcoming)*, 2021.

42 Op. cit., p. 40.

## 5. VIOLENCIA POLICIAL EN LOS ALLANAMIENTOS EN CONTEXTO DE RECUPERACIÓN DE TIERRAS

En *Informes* anteriores hemos constatado como los procedimientos policiales, principalmente en territorios de comunidades indígenas o que se encuentran ocupados o recuperados, han sido realizados con violencias desmesuradas, sin una evaluación adecuada sobre la proporcionalidad en el uso de la fuerza, sin procedimientos ni protocolos adecuados, sin respetar las prácticas culturales de las comunidades y vulnerando abiertamente los derechos de sus miembros, en especial, de los niños, niñas y adolescentes indígenas. La propia Corte Suprema ha señalado en sus fallos, en numerosas oportunidades, que las policías tienen el deber de respetar los derechos de los NNA mapuche, en cumplimiento de la legislación vigente y de los tratados internacionales ratificados por Chile en la materia.<sup>43</sup> Sin embargo, a pesar de los fallos de los tribunales, del llamado de los organismos internacionales a prestar atención a la violencia ejercida sobre NNA mapuche, y de los múltiples informes de entidades nacionales sobre los efectos de la violencia en niños, niñas y adolescentes, no se constata la adopción de medidas por parte de la autoridad que modifiquen el actuar de las policías en el territorio mapuche para adecuarse a los estándares internacionales.<sup>44</sup>

En términos generales, en relación a la violencia ejercida sobre comunidades y en territorios mapuche, durante el periodo en análisis, se volvieron a conocer denuncias de hostigamientos por parte de Carabineros y la PDI, presencia policial constante mediante el uso de vehículos y drones, allanamientos a comunidades indígenas en recuperaciones territoriales, sin el debido resguardo al uso proporcional de la

43 Entre otros fallos, revisar Rol 435-201 Corte de Apelaciones de Temuco; Rol 78-2016 Corte de Apelaciones de Temuco; Rol 50-2018, Corte de Apelaciones de Temuco; Rol 10.868-2018 Corte Suprema.

44 Red por la Defensa de la Infancia Mapuche, *Informe violencia institucional hacia la niñez mapuche*, Santiago, 2021; Consejo Nacional de la Infancia, *Informe Final Comisión Técnica Niñez y Pueblos Indígenas*, Santiago, 2015; Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) *Resumen ejecutivo del estudio exploratorio. Estado de Chile y Pueblo Mapuche: Análisis de tendencias en materia de violencia estatal en la región de La Araucanía*, 2014; Alianza Territorial Mapuche, Fundación Anide y Centro por la Justicia y el Derecho Internacional CEJIL, *Informe sobre violencia policial contra niños, niñas y adolescentes mapuche e impunidad*, 2012; Fundación ANIDE, *Violencia Institucional hacia la Niñez Mapuche; Cronología y descripción de situaciones de represión y violencia ejercidas por instituciones policiales del Estado de Chile contra niños, niñas y adolescentes mapuche 2001-2009, 2010*; Claudia Molina, *Informe sobre situaciones de violencia ejercida por el estado de Chile contra niños y niñas mapuche en 53° Período de sesiones del Comité de los Derechos del Niño*, ONU, 2010, Ginebra: CRC; Claudia Molina, *Impacto psicosocial de la violencia y represión en comunidades mapuche de Malleco, desde la perspectiva de los afectados*, Servicio de Salud, 2004; Servicio de Salud Ercilla Araucanía Norte, Región de La Araucanía, *Informe Diagnóstico y de Intervención Comunidad Cacique José Guiñón*, 2011; Servicio de Salud de Arauco, Tirúa, Región del Bio-Bío, *Informe diagnóstico de salud mental de niños, jardín infantil Pichi Ayen, Rankilwe*, 2011.

fuerza; falta de respeto de protocolos policiales, destrucción de bienes privados y espacios ceremoniales y, en algunos casos, con personas lesionadas producto del actuar policial.<sup>45</sup>

En este contexto, el aumento del uso de la fuerza por grupos que reivindican la lucha armada como mecanismo de resistencia frente al Estado, implica el surgimiento de situaciones inéditas y, por tanto, la necesidad de reevaluar la respuesta estatal, asegurando que las fuerzas policiales garanticen la proporcionalidad de su respuesta y, por supuesto, su propia seguridad.

Un caso paradigmático de la complejidad de la situación, y de las múltiples dimensiones que deben ser consideradas para el análisis de las violencias, es el caso de las comunidades Temucucui Tradicional y Temucucui Autónoma, que han estado en el ojo público durante años. Ambas han sido presentadas por parte del Poder Ejecutivo como ejemplos de comunidades “en conflicto” y que ejercen la autonomía territorial de resistencia a los sucesivos gobiernos de las últimas décadas, por lo cual han sido objeto del hostigamiento y la criminalización. Se trata de comunidades mapuche que han estado en conflicto directo con el Estado, demandando el autocontrol territorial y la autonomía política. Este año no fue la excepción.

El 7 de enero de 2021, en el territorio ocupado por estas comunidades, se desarrolló un operativo policial que involucró a 850 funcionarios policiales, un helicóptero y decenas de vehículos. La orden original era ingresar a una docena de predios –11 en Temucucui y uno en otra comunidad cercana– y a una casa en Ercilla. Los funcionarios policiales solo pudieron entrar a cinco predios, donde efectivamente encontraron 1.277 plantas de marihuana, 40 kilogramos de marihuana procesada, 12.320.640 pesos en efectivo, siete armas de fuego, y 148 municiones de diverso calibre.<sup>46</sup>

45 Resumen.cl: “Carabineros allana comunidad Rofue en La Araucanía y detiene a Machi Fidel Tranamil”, 30 de octubre de 2020; Radio Kurruf.org: “Labranza: PDI allana e incauta cosecha a comunidad Pancho Marivil II”, 30 de diciembre de 2020; Lafken Mawida.org: “Violento allanamiento a comunidades lafkenche en los sectores de Bonifacio y Las Minas, Valdivia”; RadioKurruf.org: “Violento allanamiento policial en Metrenko termina con miembro de Lof Rofuwe en prisión preventiva”, 10 de marzo de 2021; Radio Kurruf.org: “Autonomía y control territorial. Enfrentamientos entre fuerzas mapuche y policías en Temulemu Chico, 25 de marzo de 2021; La voz de los que sobran.cl: “Hay personas heridas, dispararon a matar”: denuncian violento allanamiento de lof mapuche por parte de Carabineros, 15 de abril de 2021; Radio Kurruf.org: “Huichahue: Desalojo termina con heridos y menores retenidos por la policía al interior de comunidad mapuche”, 22 de abril de 2021; Radio Kurruf.org: Lof Pewwwe Winkul ‘Si no lo hacemos nosotros el día de mañana nuestros hijos no van a tener tierra’, 26 de abril de 2021; Radio Kurruf.org: “Ercilla: Familia denuncia presiones de fiscalía y PDI para declarar en caso de Mega Allanamamiento”, 16 de abril de 2021; Radio Kurruf.org: “Carabineros del GOPE disparan desde vehículo del dueño de supermercados Lily hacia Lof Caucache”, 8 de abril de 2021.

46 El Mostrador.cl: “La Araucanía al rojo: fallido operativo de la PDI en Temucucui reaviva debate sobre poder de fuego en la zona”, 8 de enero de 2021.

Sin duda es preocupante la presencia de drogas y armas al interior de las comunidades mapuche y, en este sentido, es deber de la policía llevar adelante los procedimientos necesarios para perseguir la comisión de delitos y mantener el orden público. Sin embargo, es preciso que las entidades policiales actúen mediante un uso proporcional de la fuerza, resguardando siempre los derechos de las personas, y utilizando los medios adecuados para lograr los fines que se buscan.

El operativo culminó con un oficial fallecido, dos heridos graves y al menos otros seis funcionarios heridos. El uniformado fallecido pertenecía a la Policía de Investigaciones, identificado como Luis Morales Balcázar, de 24 años.

Es importante mencionar que el allanamiento se realizó el mismo día del fallo del juicio por la muerte de Camilo Catrillanca, miembro de esta comunidad; sin embargo, esta no era la primera vez que un contingente policial irrumpía en la comunidad de Temuicui en una fecha importante vinculada a este caso. Fue lo que sucedió unas semanas antes, específicamente, durante la mañana del 1 de diciembre de 2020, cuando le tocaba declarar al exintegrante del GOPE de Carabineros, Carlos Alarcón Molina, principal acusado del homicidio de Camilo Catrillanca. Ese día la familia de Camilo Catrillanca iba saliendo rumbo a Collipulli a presenciar el juicio, pero nunca pudieron llegar a destino, porque personal de Fuerzas Especiales de Carabineros bloqueó las dos salidas que tiene la comunidad para dirigirse a la ciudad de Angol. Al respecto, Carabineros de la Región de La Araucanía, mediante redes sociales, aseguró que se dirigieron al lugar, el mismo día del juicio por la muerte de Camilo Catrillanca, debido a motivos no ligados al juicio.<sup>47</sup>

Tras el allanamiento del 7 de enero de 2021, la comunidad de Temuicui emitió un comunicado, en el cual denunció la destrucción de casas, de ganadería y violentas detenciones.<sup>48</sup> Paralelo al allanamiento, otro hecho captó la atención de los medios: la difusión de la foto de un funcionario de la PDI reteniendo a una niña de siete años en el suelo, en el contexto de una protesta en la ciudad de Ercilla. Luego se sabría que era la hija del fallecido Camilo Catrillanca.<sup>49</sup> El INDH interpuso un recurso de amparo en favor de la niña, que fue acogido por la Corte Suprema el 9 de febrero de 2021. La Corte Suprema estableció que “el personal de

47 El Desconcierto.cl: “Nos están provocando’: Padre de Camilo Catrillanca denuncia que Carabineros bloqueó acceso a Temuicui impidiéndole acudir a juicio por muerte de su hijo”, 2 de diciembre de 2020.

48 La voz de los que sobran.cl: “Comunidad de Temuicui responde: ‘Rechazamos enérgicamente las amenazas del Director de la PDI de continuar ingresando y agrediendo a la comunidad con más fuerza’”, 8 de enero de 2021.

49 La Tercera.com: “Fiscalía indaga apremios ilegítimos de funcionarios PDI en control a la hija de Camilo Catrillanca en Temuicui”, 15 de febrero de 2021.



la Policía de Investigaciones de Chile que procedió a la detención de la menor sindicada actuó con fuerza desproporcionada e ilegítima y, aun sin ella, vulneró los derechos constitucionales a la libertad personal y a la seguridad individual de la menor, con infracción de la Constitución Política de la República y de la Convención sobre los Derechos del Niño”.<sup>50</sup>

Meses después, durante la mañana del 5 de agosto de 2021, la Policía de Investigaciones intentaría ingresar nuevamente a la comunidad de Temucuicui, sin resultado. El allanamiento se vio frustrado dado que el personal policial fue recibido por múltiples disparos, sin que ningún funcionario fuera herido durante el operativo.<sup>51</sup> Los hechos se produjeron luego de que se decretara una orden de prisión preventiva en contra del *werkén* Jorge Huenchullán, por los delitos de tráfico de drogas y tenencia ilegal de arma de fuego. Aunque la jueza fijó un plazo de 24 horas para que Jorge Huenchullán se presentara en la cárcel de Angol, el líder mapuche comunicó, a través de su abogada, que no lo haría y que se mantendría en territorio de la comunidad de Temucuicui, situación que no ha variado hasta el cierre de este *Informe*.<sup>52</sup>

Lo que acontece en las comunidades mapuche en Temucuicui es un ejemplo paradigmático, a nuestro juicio, de la situación compleja y contradictoria que hoy se vive en otros lugares del Wallmapu. En estos territorios se entrecruzan demandas y experiencias de control y autonomía territorial, una fuerte conciencia de la identidad mapuche en oposición y resistencia a la presencia del Estado, apoyo a las actuaciones violentas de grupos armados y una constante e ininterrumpida presencia policial. Muchas de estas acciones de las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública que buscan investigar acusaciones por la comisión de diversos delitos, han recibido respuestas violentas que ponen en riesgo la vida y la integridad de los funcionarios policiales. Adicionalmente, en muchos casos, el actuar policial se ha llevado adelante por medios desproporcionados e ilegítimos, afectando especialmente a las niñas, niños y adolescentes mapuche.

El Estado puede llevar adelante acciones que limiten el goce de ciertos derechos humanos, buscando el legítimo objetivo –dentro de una sociedad democrática y tal como está definido en los tratados internacionales– de preservar el orden y la seguridad pública, y perseguir el crimen y el crimen organizado. Para alcanzar este fin, siempre se deben tomar medidas proporcionales, utilizando, en lo posible, modos de intervención sin uso de fuerza o limitándola a lo estrictamente necesario, protegiendo siempre a los grupos vulnerables como NNA. Es por ello

50 Corte Suprema. Causa Rol 11.434-2021.

51 La Tercera.com: “Desconocidos repelen a balazos allanamiento policial en Temucuicui y Delgado dice que en la comunidad hay una ‘especie de guardia delictual’”, 5 de agosto de 2021.

52 Araucanía Diario.cl: “Abogada de ‘werkén’ Jorge Huenchullán dice que el comunero no se entregará”, 30 de julio de 2021.

que, frente a grupos que recurren al uso de la violencia y de armamentos contra las personas –entre las cuales se incluye, por cierto, a quienes se desempeñan en las fuerzas policiales– puede justificarse el uso de la fuerza proporcional para conseguir dichos fines.

Este no es el caso de grupos o comunidades que ejercen legítimamente su derecho a la libre circulación, libertad de expresión o protesta social. Resulta por eso fundamental que las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública sean capaces de diferenciar las diversas situaciones a las que se enfrentan cuando les corresponde intervenir en comunidades mapuche. El Estado, como hemos señalado, tiene la obligación de restaurar el orden público, ejerciendo las funciones de persecución del delito en ciertos sectores, pero garantizando siempre el ejercicio de los derechos humanos de todas las personas, incluidos los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

## **6. ESPECIAL VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MAPUCHE EN EL CONTEXTO DE LOS ALLANAMIENTOS POLICIALES A SUS COMUNIDADES**

En las últimas décadas existen múltiples casos, algunos de los cuales han sido conocidos por tribunales, donde NNA mapuche han sido víctimas de importantes vulneraciones a sus derechos –en especial, su derecho a la libertad, la integridad e identidad– ejercidas por el Estado chileno, en el marco de procedimientos policiales. En el periodo que se comenta, lamentablemente esto no cambió, como lo demuestran los casos que relatamos a continuación.

Un ejemplo de esto es lo ocurrido durante el jueves 10 de septiembre de 2020, cuando la PDI allanó la comunidad Autónoma Likankurra. Grisel Nancun Fritz, werken de la comunidad, fue apuntada con una metralleta y reducida en el suelo junto a su hermana, sin que ellas estuvieran armadas. Las mantuvieron con sus rostros pegados a la tierra, en medio de pozas de agua, sujetándolas con las rodillas sobre sus espaldas. En la única grabación de ese día, se escucha a las mujeres suplicar que las suelten, mientras los funcionarios apartaban a golpes al niño C.M.Ñ de 15 años y a F.A.F., una niña de 13 años, quienes intentaban desesperadamente defender a sus madres. En el video se escucha a C.M.Ñ gritar que no podía respirar, pero aún así, lo mantuvieron por unos minutos con la cabeza en el suelo y le pegaron con la cacha del revólver en la frente, provocándole contusiones en la cabeza, mientras amenazaban con disparar. También le quitaron su celular, que nunca fue devuelto.<sup>53</sup>

53 El Desconcierto.cl: "Otro caso de violencia de la PDI contra la infancia mapuche: Cuando un niño es agredido por defender a su madre werken", 14 de enero de 2021.

El 16 de septiembre de 2020, se realizó una protesta pacífica por los derechos humanos de la niñez mapuche, como reacción al caso recién descrito. En la concentración, se podían observar niñas y niños, adolescentes y adultos mayores, quienes se vieron afectados debido a los gases lacrimógenos, el líquido con químicos que fue arrojado por los carros lanza aguas y la fuerte represión por parte de funcionarios policiales. En esta ocasión, también fueron violentamente detenidos dos jóvenes mapuche.<sup>54</sup> Uno de ellos, era Brandon Hernández Huentecol, joven mapuche que en diciembre de 2017, con 17 años de edad, había sido víctima de un homicidio frustrado por parte de un agente del GOPE de Carabineros y aún vive con perdigones en su cuerpo. El otro detenido fue el mismo niño de iniciales C.M.Ñ, que, tal como antes relatamos, había sido golpeado por funcionarios de la PDI durante un operativo.<sup>55</sup>

Un nuevo allanamiento se realizó el 22 de abril de 2021 en el Lof Pewwwe Winkul en el fundo Casa Teja. Hubo lanzamiento de gases lacrimógenos y tanto las mujeres como los niños y niñas fueron retenidas dentro de la Comunidad.<sup>56</sup>

En otro procedimiento policial, el 24 de junio de 2021, mientras participaba de un trawun en el lof Caucauche, al cual estaban invitadas varias comunidades, Cristián Millapan Santander recibió el impacto de trece perdigones, uno de ellos en su ojo derecho,<sup>57</sup> por lo que se presentó una querrela contra quienes resulten responsables ante Juzgado de Garantía de Temuco.<sup>58</sup>

En términos generales, en la mayoría de los casos por violencia policial y vulneración de derechos, –que son reportados y denunciados– a niños, niñas y adolescentes mapuche, los tribunales nacionales han reconocido y condenado los abusos y negligencias cometidas por Carabineros y por la Policía de Investigaciones. Lamentablemente, las denuncias sobre situaciones de violencia y abuso policial en las comunidades mapuche, que afectan muy en especial a la infancia, se siguen repitiendo. Numerosos estudios realizados en las últimas dos décadas sobre los niños, niñas y adolescente mapuche, informan sobre importantes afectaciones de sus derechos fundamentales por la acción directa de las policías, dentro de las que se incluyen: heridas y mutilaciones por perdigones, allanamientos, pérdidas de bienes personales, uso de leyes

54 Araucanía Diario.cl: "Marcha no autorizada por la 'infancia mapuche libre' logró llegar a la Intendencia", 17 de septiembre de 2020.

55 Radio Kurruf.org: "Estado chileno y sistemáticas violaciones a los DDHH de la niñez Mapuche", 18 de septiembre de 2020.

56 Radio Kurruf.org: "Huichahue: Desalojo termina con heridos y menores retenidos por la policía al interior de comunidad mapuche", 22 de abril de 2021.

57 El Desconcierto.cl: "Cristián Millapan, joven mapuche víctima de trauma ocular: 'Me dispararon directo a la cara'", 4 de mayo de 2021.

58 Radio Kurruf.org: "Familia de Cristian Millapan presentó querrela criminal por daño ocular tras ataque policial en Nueva Imperial", 29 de junio de 2021.

de excepción contra adolescentes mapuche, detenciones, uso injustificado de la fuerza, torturas, y maltratos físicos y psicológicos.<sup>59</sup> Los hechos descritos, sumados a una memoria histórica de despojo y criminalización, generan desconfianza y rechazo intergeneracional hacia las instituciones del Estado, llevando a los NNA a adoptar actitudes más radicales en sus relaciones con la institucionalidad.

## 7. LA DIVERSIDAD DEL PUEBLO MAPUCHE EN RESISTENCIA AL ESTADO

El pueblo mapuche, mayoritario dentro de los pueblos indígenas en Chile, es un pueblo heterogéneo donde es posible encontrar (al igual que en el pueblo chileno) diversas tendencias políticas, posturas y planteamientos frente a la relación con el Estado de Chile y las demandas.<sup>60</sup>

En esta sección final nos referiremos, breve y superficialmente, a dos grupos del pueblo mapuche que, pudiendo compartir aspiraciones y demandas, difieren en la manera en que esos anhelos se concretizan. Sus visiones diferentes se pueden rastrear desde la década del noventa. En esos años, por un breve periodo, tras el acuerdo de Nueva Imperial en 1989, parecía que las relaciones entre el Estado de Chile y el pueblo mapuche podían cambiar. Sin embargo, las promesas incumplidas, la decisión política de construir la Central Hidroeléctrica Ralco, la falta de reconocimiento constitucional y, principalmente, la criminalización de la protesta por las recuperaciones territoriales, terminaron por quebrar las relaciones y son los antecedentes de las posturas actuales.<sup>61</sup>

De este modo, es posible distinguir dos grandes grupos relacionados con la causa mapuche: aquellos que optan por la senda institucional y los que toman el camino de la resistencia armada.<sup>62</sup> Los cuatro grupos principales en la zona que han optado por la resistencia armada, serían la Coordinadora Arauco-Malleco (CAM), Weichan Auka Mapu (WAM), Resistencia Lafkenche y la Resistencia Mapuche Malleco (RMM). De las agrupaciones que han optado por vías institucionales

59 Red por la Defensa de la Infancia Mapuche, *Informe Violencia institucional hacia la niñez mapuche*, 2021; Carlos Tapia, Juan Quintriqueo y otros, "Crecer en espacios violentos: Un acercamiento a niños, niñas y adolescentes mapuche de Tirúa", Persona y Sociedad, UAH, 2020; Silvana Oróstica, *Vulneración de derechos a la libertad, integridad e identidad ejercida por el Estado chileno contra niñas, niños y adolescentes mapuche, memoria para optar al grado de licenciada en Ciencias Sociales y Jurídicas*, Universidad de Chile, 2020.

60 Enrique Antileo, *¡Aquí estamos todavía!, Anticolonialismo y emancipación en los pensamientos políticos mapuche y aymara (Chile-Bolivia, 1990-2006)*, Santiago, Pehuén Editores, 2020.

61 Fernando Pairican, *Malon...!*, op. cit.

62 Tito Tricot, *Aukan, violencia histórica chilena y resistencia mapuche*, Santiago, Ceibo Ediciones, 2017.

es posible mencionar Identidad Territorial Lafkenche, Ad Mapu, Consejo de Todas las Tierras, Alianza Territorial Mapuche y Red de Mujeres Mapuche, entre otras.

A medio camino encontramos, también, a aquellas comunidades que, habiendo optado, en el pasado, por la vía institucional, han decidido, en los últimos años, apostar por la recuperación territorial pacífica y la construcción de espacios de autonomía, siendo muchas veces reprimidos y desalojados de esos territorios, aunque no utilicen armas durante los actos reivindicativos. En general, todas estas comunidades y agrupaciones mapuche mencionadas han demandado la autonomía territorial, política y económica, manifestándose, por distintos medios, contra la presencia forestal en la zona, los megaproyectos con impacto ambiental, la exclusión política y económica, y la persecución hacia sus comunidades.<sup>63</sup> Sin contar con toda la información necesaria para llegar a conclusiones muy definitivas, se podría aventurar que las demandas de muchos grupos mapuche son similares en algunos aspectos centrales, pero difieren, substancialmente, en la manera de conquistar sus reivindicaciones.

En relación a los grupos de resistencia armada, cada vez han cobrado un mayor protagonismo producto del incremento de sus acciones violentas. Sin duda, los ataques incendiarios o de otro tipo han acaparado la atención de la prensa en este periodo y son un importante motivo de preocupación. Este tipo de ataques se ha focalizado, principalmente, en vehículos motorizados, en particular los pertenecientes o relacionados con el rubro forestal, en galpones o lugares de trabajo de la industria maderera. También existen ataques, en menor medida, en contra de personas, de residencias privadas, de iglesias y de edificios públicos, tales como centros de salud o escuelas.

Esto se ve reflejado en las cifras entregadas por el gobierno, en las cuales se menciona que cerca de 121 ataques incendiarios se perpetraron en la región en 2019, mientras que en 2020 la cifra ascendió a 172. Durante 2021 se han seguido produciendo atentados de este tipo: desde diciembre de 2020 hasta febrero de 2021 se registraron 19 ataques incendiarios, representando un aumento del 15% en comparación a los mismos meses del año anterior. A esto se suma una tendencia al alza de los episodios violentos, especialmente incendios y cortes de camino en la Macrozona Sur, cercana al 71% en comparación a años anteriores, según consta en información de Carabineros de Chile.<sup>64</sup> Con respecto a estos hechos, en lo que va del año, el Ministerio del Interior ha presentado un total de 113 querellas.

63 Carolina Acevedo, "Analizando la variación de las demandas étnicas: el caso mapuche en Chile" *Colombia Internacional*, N°107, 2021, pp. 51-85.

64 La Tercera.com: "Horas críticas en la zona del conflicto mapuche", 27 de febrero de 2021.

Según datos entregados por el gobierno, en el periodo transcurrido entre los años 2018 y 2021, un 42% del total corresponden a hechos verificados durante el primer semestre de 2021.<sup>65</sup> Finalmente, las últimas cifras dadas a conocer por Carabineros, a la fecha, señalan que en lo que va del año se han registrado 105 ataques a camiones, lo cual se traduce en un incremento del 47% en relación con el año pasado en la misma fecha. Asimismo, la policía uniformada informa que 112 incendios han afectado a maquinarias, lo que significa un incremento del 38% en comparación al año anterior.<sup>66</sup> Por otra parte, Carabineros determinó que el 70% de estos eventos fueron producidos en 11 comunas, correspondientes a Cañete, Victoria, Ercilla, Collipulli, Padre Las Casas, Temuco, Carahue, Panguipulli, Tirúa, Lautaro y Lumaco.<sup>67</sup>

Respecto a los ataques en los cuales se vio involucrado armamento, destaca principalmente el caso del equipo de prensa de TVN,<sup>68</sup> que fue atacado con disparos por sujetos indeterminados, mientras realizaba su trabajo en terreno. Aún no existe claridad sobre quiénes serían los responsables de este atentado, como ocurre en la mayoría de los casos.

El 9 de julio de 2021, a raíz de un atentado ocurrido en la forestal Mininco en Carahue, ocurrió un enfrentamiento que resultó en el asesinato de una persona por Carabineros. En principio, se sospechaba y comunicó que la víctima era Ernesto Llaitul Pezoa, hijo de Héctor Llaitul, líder de la CAM, lo cual trascendió en videos grabados por dirigentes de Temucucui. Finalmente, aquello fue descartado por medio de pericias de la PDI que indicaron que el cuerpo del fallecido no era el de Ernesto Llaitul, sino que de Pablo Marchant, de 29 años, integrante de la CAM, lo cual fue constatado por el propio Héctor Llaitul, en el sitio del suceso en el transcurso de la madrugada de ese día. Tras conocerse su muerte, Héctor Llaitul, señaló que “Pablo (Marchant) vivía en mi casa, es un militante nuestro, murió combatiendo, por lo que lo vamos a reivindicar”. En las horas posteriores a este hecho, la organización mostró su poder de fuego, difundiendo imágenes de una guardia armada en el velatorio de Marchant y luego lanzando disparos al aire en su funeral. En el gobierno, esta acción causó preocupación y molestia, querellándose por lo sucedido y solicitando a las policías y al Ministerio Público intervenir. Dos solicitudes de allanamiento, que solicitó el Ministerio Público al

65 La Tercera.com: “Macrozona Sur: hechos de violencia suman 866 el primer semestre, 94% más que en 2020, y detenidos suben 407%”, 22 de julio de 2021.

66 La Tercera.com: “Carabineros: Hechos de violencia rural superan los mil en siete meses con más de 50 carabineros lesionados”, 2 de agosto de 2021.

67 La Tercera.com: “Carabineros contabiliza 90 hechos de violencia en la macrozona sur desde el viernes hasta hoy”, 14 de julio de 2021.

68 El Mostrador.cl: “Equipo de prensa de TVN sufrió ataque con disparos en ruta que une Cañete y Tirúa”, 28 de marzo de 2021.

tribunal de Traiguén, fueron rechazadas por jueces que aseguraron que las imágenes difundidas por redes sociales no eran suficientes para decretar la medida intrusiva.<sup>69</sup>

La CAM emitió un comunicado en donde reivindicó su estrategia armada, aseverando que Marchant “cayó en combate” e indicaron que debido a esto las movilizaciones y acciones de resistencia iban a continuar “contra todas las forestales”, empresas a las cuales hacen responsables de la muerte del comunero mapuche. En este mismo sentido, la organización se adjudicó una serie de ataques incendiarios que han afectado a la zona en los días posteriores a la muerte de Marchant, señalando que las acciones de resistencia fueron dirigidas en contra de “los intereses del gran capital”. Se puede constatar que, a partir del asesinato de Marchant, la CAM ha virado su estrategia a una más confrontacional, señalando que “la única vía posible para la liberación nacional mapuche” es “la confrontación directa contra las expresiones del capitalismo en el Wallmapu”, así como declarando “la guerra directa contra las forestales”.<sup>70</sup>

Según cifras del Ministerio Público, cada vez se hace más difícil dar con los verdaderos responsables de estos hechos, mientras que los procesos abiertos en contra de presuntos responsables adolecen de falta de pruebas, lo que dificulta aún más la tarea de la Fiscalía. Así también, respecto a los atentados perpetrados en el último tiempo, no ha sido posible hallar testigos, debido a que muchas veces no declaran.

La desconfianza hacia la posibilidad de lograr avances en los espacios institucionales de reconocimiento de las demandas históricas del pueblo mapuche, es entendible. Han sido muchas las promesas –propuestas, planes y compromisos de los gobiernos– que han sido rotas y desconocidas una y otra vez. Sin embargo, pareciera que la mayoría de los grupos y comunidades siguen creyendo en los caminos institucionales. Desde allí se han levantado liderazgos, muchos de ellos femeninos, que han apostado por la posibilidad única y la esperanza que surge del nuevo proceso constitucional, de construir un estado plurinacional.

De esta manera, en relación a los grupos que demandan reconocimiento de los derechos colectivos del pueblo mapuche dentro del espacio institucional, el hito fundamental es sin duda el inicio del proceso constituyente, donde se establecieron 17 escaños reservados para representantes de los pueblos originarios, de los cuales 7 corresponden al pueblo mapuche. Lamentablemente, las elecciones del 15 y 16 de mayo

69 El Mostrador.cl: “Héctor Llaitul confirma que fallecido tras operativo de Carabineros en Carahue es militante CAM Pablo Marchant: ‘Lo vamos a reivindicar’”, 10 de julio de 2021.

70 24 Horas.cl: “CAM reivindica ataques en la Macrozona sur del país y critica participación mapuche en la Convención Constitucional”, 15 de julio de 2021.

dieron cuenta de una baja participación del electorado mapuche, ya que votó solo el 20% del padrón electoral compuesto por las personas que se reconocen como mapuches, esto sin considerar a los miembros del pueblo mapuche que optaron por votar por los constituyentes territoriales. Dentro de este mismo contexto eleccionario, resultaron electos 14 alcaldes mapuche.<sup>71</sup>

Elisa Loncon Antileo, hizo historia el 4 de julio del presente año con la instalación de la Convención Constitucional, al ser elegida presidenta de la Convención Constitucional por 96 de las 155 preferencias. Las primeras palabras de Loncon al asumir la mesa directiva fueron en mapuzungun, las cuales fueron pronunciadas en compañía de la machi Francisca Linconao, también electa constituyente, y figura emblemática por su absolución, en dos oportunidades, en el bullado caso del asesinato del matrimonio Luchsinger Mackay. Loncon en su discurso envió un saludo a los pueblos de Chile, señalando que con la Convención se iniciaba el camino hacia un país plural y plurinacional.<sup>72</sup>

La elección de la ahora presidenta Loncon no estuvo exenta de polémica: hubo sectores que no tardaron en cuestionar la presencia del pueblo mapuche en la Convención, así como la opción por la vía institucional que conlleva esta participación.<sup>73</sup>

En definitiva, la Región de La Araucanía es un escenario de graves violencias, donde conviven y se contraponen dos visiones: una que sueña con la reconstrucción del Wallmapu y la recuperación del control político y territorial mapuche –ya sea por medios violentos o por medios institucionales–, y otra que visualiza ese territorio como una macro zona militar que debe ser “pacificada”, una lugar donde no hay control ni seguridad, y donde prima la violencia.

Como se ha podido apreciar a lo largo de este capítulo, en el Wallmapu la historia de conflictos y desencuentros entre el Estado de Chile y el pueblo mapuche continúa. Para avanzar hacia una solución pacífica, es fundamental reconocer la heterogeneidad del pueblo mapuche, sus tendencias políticas, sus demandas y sus anhelos en su relación con el Estado chileno. Una respuesta integral para poder avanzar hacia una nueva etapa debe considerar esa diversidad y esas diferencias.

71 CIPER.cl: “El mapa político de las organizaciones mapuche tras las elecciones de la Convención Constitucional”, 22 de mayo de 2021.

72 La Tercera.com: “Constituyentes eligen a su presidenta: Por 96 respaldos, Elisa Loncón será quien dirigirá la Convención”, 4 de julio de 2021.

73 BioBío.cl: “Sector mapuche pide renuncia de convencionales de su etnia: acusan a Loncón y Linconao de ‘venderse’”, 7 septiembre de 2021.



## 8. CONCLUSIONES

El debate público ha estado enfocado en si existe o no una efectiva condena a la violencia en la zona de conflicto por parte de las autoridades, tornándose una discusión estéril, donde pareciera que solo fuera suficiente condenar los sucesos violentos para que estos desaparecieran definitivamente, sin interrogarse ni detenerse en las causas que es necesario comprender para prevenir y ejercer el rol de garante del Estado. Como resume Jorge Pinto en su reciente libro: “Aunque todos condenan la violencia, algunos sectores señalaron que fue el Estado que la instaló y que las comunidades tienen derecho a reclamar lo que perdieron cuando se invadió sus tierras a partir de la segunda mitad del siglo XIX. Otros, en cambio, consideran está violencia como actos terroristas que el Estado debe reprimir, mediante su judicialización y criminalización”<sup>74</sup>.

Un enfoque de derechos humanos, a la luz de los tratados ratificados por Chile, exige mirar este conflicto desde una lógica distinta, en el entendido de que, en una sociedad democrática, es necesario conjugar la legítima necesidad de garantizar la seguridad de toda la población con un uso proporcional y justificado de la fuerza. Ello debe ser conciliado con la urgente necesidad de reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, en especial del derecho a la autodeterminación, a la restitución de territorios y a la reparación por las vulneraciones históricas.

Con todo, el conflicto se agudiza, las posiciones no se encuentran, la lista de muertos y víctimas se abulta cada vez más, escalan las tensiones, y los llamados al diálogo y a la paz no encuentran buen puerto. Al respecto, actualmente se encuentra en desarrollo una solicitud que nueve rectores de universidades de La Araucanía efectuaron al Centro Nansen de Noruega, para iniciar un proceso de diálogo en el marco de este conflicto.<sup>75</sup> Si bien aún se desconoce quiénes estarían dispuestos a participar en este proceso, constituye una iniciativa que debe ser observada de cerca.

Desde el retorno a la democracia en 1990, los gobiernos han intentado o ensayado formas de corregir y reparar la deuda histórica, que se remonta a los orígenes de la república, creando instituciones, comisiones, leyes y planes de desarrollo. Uno tras otro, los gobiernos han presentado “Planes Araucanía”, que intentan nuevamente plantear la manera de resolver el conflicto, sin nunca llegar ni siquiera a la superficie del problema, con excepción quizás de la tentativa de la Comisión Histórica

74 Jorge Pinto, *La Araucanía. Cinco siglos de historia y conflictos no resueltos*, Santiago, Pehuén Editores, 2020.

75 El Mostrador.cl: “Centro Nansen inicia Proceso de Diálogo en La Araucanía: ‘No es rápido, pero es posible y es necesario’”, 23 de agosto de 2021.

de Verdad y Nuevo Trato Indígena, cuyas conclusiones abrieron una esperanza de solución, pero nunca fueron realmente implementadas.

Por el contrario, la decisión estatal desde la década de los noventa por criminalizar y reprimir las luchas mapuche –por la recuperación territorial y, a veces, por la autonomía– ha llevado a la radicalización de muchos y muchas jóvenes de los pueblos indígenas, que se criaron escuchando la rabia transmitida por la memoria histórica, el despojo, la falta de reconocimiento y la pobreza material, bajo el asedio y la presencia policial constante en sus comunidades. Asimismo, las acciones violentas, que cada vez son más agresivas y peligrosas para la población, sirven de alimento y convocan a quienes buscan la presencia militar, el estado de excepción, los actos racistas y el desconocimiento de la identidad indígena, escudándose en el discurso de la paz, negando la esencia del conflicto y reduciéndolo a un asunto de seguridad policial e imperio del Estado de derecho. Así, tenemos un círculo vicioso de violencias y radicalizaciones que llevan a más violencias y más radicalizaciones.

Muchas de las esperanzas de un nuevo diálogo político, que permita resolver la grave situación de violencias en Wallmapu, están puestas en la Convención Constitucional, donde siete de los 17 representantes indígenas son mapuche. El reconocimiento del derecho a la autodeterminación y la autonomía territorial, junto con otros derechos colectivos –reconocidos en la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU y por el Convenio 169 de la OIT–, podría significar un primer paso hacia la reparación y el reconocimiento de sus derechos individuales y colectivos, que dé cuenta de la diversidad y pluralidad de pueblos que conforman el Estado de Chile. Las audiencias públicas que se han llevado adelante, especialmente en la Comisión de Derechos Humanos de la Convención, donde se escucharon testimonios de representantes de todos los pueblos indígenas sobre sus verdades históricas –en relación con el despojo, la violencia y la discriminación que han sufrido–, permite imaginar un camino hacia la reparación y la justicia. Sin duda, uno de los objetivos fundamentales del proceso es lograr acercar posturas con aquellos grupos que no creen en la participación de los pueblos indígenas en la Convención, pero cuyas demandas por control territorial y autonomía podrían perfectamente, a nuestro juicio, ser incorporadas en la nueva Constitución.

Es fundamental que el Estado avance en el abandono de los discursos y las retóricas que se centran, únicamente, en entender el conflicto desde una lógica de la seguridad pública y el enfoque policial, avanzando hacia nuevas formas de entendimiento de la demanda y la protesta social mapuche. El Estado debe cumplir su obligación de protección de los derechos humanos de las personas, garantizando la seguridad de todos los habitantes de la Región de La Araucanía y el uso proporcional

de la fuerza, en pleno respeto de los derechos individuales y de los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

El racismo y la brutalidad de la herida colonial que tiene Chile hace que, por momentos, el acercamiento y el reconocimiento de estos mundos se vea lejano e imposible. De todos modos, es necesario no cesar en el empeño de lograr encontrar mecanismos de diálogo y encuentro que consigan acercar posiciones y que permitan, reparando el daño causado, que incluso aquellas comunidades y organizaciones que proponen un quiebre total con el Estado de Chile, se sienten a la mesa para generar una conversación política entre pueblos, que contraste las demandas y sus similitudes.

Las víctimas de este conflicto se siguen sumando y es urgente y necesario dar pasos para iniciar un diálogo inédito que parta por el reconocimiento de la diferencia y la necesidad de justicia y reparación. El proceso constituyente en curso es una oportunidad, pero no la única, de dejar de lado la historia de despojo, marginalización, invisibilización y abuso, iniciando una nueva era de reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. Quizás, por primera vez en nuestra historia, los pueblos de Chile se puedan sentar a la misma mesa, en igualdad de condiciones y con la misma capacidad de agencia política, a repensar y construir el Chile plural del futuro.

El desafío de iniciar este camino hacia el diálogo y la reparación es histórico y abrumador, pero, sin embargo, posible. Existen en la historia mundial, muchos casos de agudos conflictos entre pueblos y grupos nacionales que han logrado, de distintas maneras, ser resueltos por la vía institucional, a pesar de las heridas y de los discursos que los confinaban a asuntos de seguridad y orden público. Hoy tenemos la esperanza de esa posibilidad, de un país que avanza y se abre camino hacia la plurinacionalidad, dejando de lado el antiguo ideal nacional de un solo pueblo homogéneo y ciego a la diferencia.

## 9. RECOMENDACIONES

1. Llevar adelante cambios institucionales que permitan comprender y reconocer la demanda territorial y política mapuche, dejando de lado la mirada centrada únicamente en la seguridad y el orden público.
2. Propiciar un espacio de diálogo institucional que cuente con la presencia de todos los actores del conflicto –incluso intentando convocar a quienes no creen en esa vía– que permita iniciar un camino hacia el reconocimiento de la verdad histórica del despojo estatal hacia el pueblo mapuche, dando pasos hacia las garantías de no repetición, reparación, justicia y restitución.

3. Revisar la política de seguridad pública llevada adelante por el gobierno a través de las policías, con miras a garantizar la proporcionalidad en el uso de la fuerza pública, la seguridad de la población, la no discriminación y la igualdad ante la ley.
4. Llevar a cabo medidas urgentes para cambiar los protocolos sobre actuaciones de Carabineros en territorios indígenas, modificándolos para su adecuación a los estándares de derechos humanos.
5. Realizar acciones urgentes y concretas para terminar con los abusos policiales que se han reportado contra comunidades indígenas, en especial respecto a los niños, niñas y adolescentes mapuche.



# **DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES EN EL CONTEXTO DE LA PANDEMIA: AUMENTO DE LA VIOLENCIA Y POSTERGACIÓN DE LA SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA<sup>1</sup>**

**Lidia Casas Becerra  
Gloria Maira Vargas**

1 Este capítulo fue redactado por Lidia Casas Becerra, directora del Centro de Derechos Humanos de la UDP, y Gloria Maira Vargas, coordinadora de la Mesa Acción por el Aborto, con la colaboración de las estudiantes Javiera Andrea Gallardo Carrasco, Francisca Belén Latorre Fuentes y Macarena Esperanza Espinoza Iturra. Nuestros agradecimientos a todas.



## SÍNTESIS

En las siguientes páginas se aborda la situación de los derechos humanos de las mujeres durante el pandémico año 2020, particularmente respecto de los derechos a una vida libre de violencia y al disfrute del mayor grado posible de salud sexual y reproductiva. El capítulo comienza con una mirada general sobre el impacto negativo de la emergencia sanitaria del coronavirus en la vida de las mujeres, alterando sus espacios familiares y comunitarios, así como sus posibilidades económicas y laborales. A continuación, se presentan la realidad de violencia contra las mujeres y de acceso a la salud sexual y reproductiva y al aborto en tres causales, a partir de los estándares internacionales de derechos humanos y las recomendaciones en la materia que hacen los órganos competentes para escenarios de catástrofes como el actual.

*PALABRAS CLAVES: Violencia contra las mujeres y niñas, acceso a la justicia, salud sexual y reproductiva, aborto.*





## INTRODUCCIÓN

El capítulo aborda los derechos a una vida libre de violencia y al disfrute del mayor grado posible de salud sexual y reproductiva de las mujeres, durante un año 2020 marcado por la pandemia de Covid-19. En materia de violencia, se revisan las cifras de denuncia, los mecanismos dispuestos para la búsqueda de ayuda o de orientación –como la campaña “Mascarilla 19” y los medios telemáticos de atención, respectivamente– y las dificultades que presentaron la implementación de estos dispositivos. Se concluye que la pandemia puso al descubierto los límites de la tercerización de prestaciones en áreas esenciales como la asistencia a mujeres en situación de crisis o riesgo, así como la ineficacia de la política pública cuando no toma en cuenta contextos y realidades específicas, el caso de la condición migratoria o de habitar una zona rural. Asimismo, el acceso de las mujeres a la justicia también se vio afectado producto de la pandemia.

En relación a la salud sexual y reproductiva, se muestra que las prioridades establecidas por el Ministerio de Salud estuvieron focalizadas en la atención de las mujeres gestantes, del parto y de las emergencias obstétricas. Todas las demás prestaciones se retrasaron o suspendieron, a pesar de la evidencia del impacto que tiene sobre la vida y salud de las mujeres la postergación o suspensión de atenciones esenciales como el Papanicolaou, las mamografías y el control de las enfermedades de transmisión sexual. De manera particular, se examinan las dificultades de acceso a métodos anticonceptivos. Una de ellas es la tardía emisión de orientaciones del Ministerio de Salud para dar continuidad a la atención en salud sexual y reproductiva, con lo cual cada establecimiento generó sus propios lineamientos dando lugar a una atención heterogénea y restringida. Otra situación compleja fue provocada por la distribución de anticonceptivos defectuosos en la red pública de salud que ha llevado a que más de cien mujeres hayan enfrentado embarazos no deseados sin que a la fecha existan mecanismos de reparación para las afectadas.

Durante el período que abarca este *Informe* se ha mantenido el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo (IVE) en las tres causales

legalizadas: riesgo vital de la gestante, inviabilidad fetal letal y embarazo resultado de la violencia sexual. Sin embargo, en base a los datos proporcionados por el Ministerio de Salud, los casos atendidos han disminuido considerablemente. Entre diversas causas que estarían provocando este resultado se encuentra la persistencia de los obstáculos de acceso que producen la falta de información a las usuarias, la limitada capacitación del personal de salud, particularmente en la atención primaria, y la alta objeción de conciencia en los establecimientos de salud. Durante 2020 no se adoptaron medidas específicas que facilitaran el acceso al menos en torno a la tercera causal, cuando se conoce del aumento significativo de la violencia de género durante la pandemia, incluida la violencia sexual.

## 1. CONTEXTO

La pandemia de Covid-19 –y la emergencia sanitaria mundial que ha provocado– cambió la vida en el planeta. Durante gran parte de 2020 y lo que va del presente año, se ha alterado la cotidianidad familiar, social y laboral, y se han restringido libertades y la movilidad de las personas dentro y fuera de sus países. Para las grandes mayorías, y Chile no es una excepción, hay más pobreza y precariedad, y la incertidumbre respecto del futuro se ha instalado como una sombra en el ánimo de las sociedades, las comunidades y las personas.

En nuestro país, la recientemente publicada encuesta CASEN muestra un aumento de la población viviendo en situación de pobreza, que pasó de 8,6% en 2017 a 10,8% en 2020. Al entrar al detalle de este promedio aparece que el tramo que mayormente se incrementa es el de pobreza extrema –de 2,3% a 4,3%–, afectando a más de ochocientas mil personas.<sup>2</sup> Si se analiza el tipo de hogares afectados, “la encuesta muestra que el mayor crecimiento ocurrió en los hogares monoparentales (donde es más habitual que solo cuenten con un ingreso), que suelen estar encabezados por mujeres. En este sector el incremento fue de 11,8 a 15,2% entre 2017 y 2020. La pobreza también aumentó más en las familias no necesariamente monoparentales con jefas de hogar mujeres y en la población de origen extranjero”.<sup>3</sup>

Los resultados de la CASEN corroboran –lo que han advertido los informes de organismos regionales e internacionales respecto del impacto de la crisis social y sanitaria– la profundización de las desigualdades de género ya existentes. Respecto de la desigualdad socioeconómica, la pobreza y la precariedad laboral, la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (en adelante, CEPAL) advierte que la

2 Ministerio de Desarrollo Social y Familia, *CASEN 2020 en pandemia, Resumen de resultados: Pobreza por Ingresos y Distribución de Ingresos*, Observatorio Social, julio de 2021.

3 Ciper.cl: “Casen 2020: pandemia provoca casi dos décadas de retroceso en la lucha contra la desigualdad”, 7 de julio de 2021.

pandemia ha llevado a la región a la peor contracción económica en décadas, afectando negativamente la ocupación y aumentando la precarización de las condiciones laborales, con mayor impacto en las mujeres y los y las jóvenes. La tasa de participación femenina disminuyó de 51,4% a 46,9%, entre 2019 y 2020, ubicándose en niveles similares a los de 2002.<sup>4-5</sup> En nuestro país, la caída ha sido aún mayor: la tasa de participación laboral de las mujeres pasó de 52,6% a 41,2% entre el segundo trimestre de 2019 y el segundo trimestre de 2020, cayendo 11,4 puntos porcentuales.<sup>6</sup> El Banco Central explica que, por el lado de la demanda por trabajo, “la caída del empleo ha sido particularmente alta en los sectores con elevado contacto social, como comercio y servicios, todos intensivos en la contratación de mujeres”; por el lado de la oferta, “la participación femenina se ha visto impactada por la necesidad de dedicar mayor tiempo al cuidado del grupo familiar”.<sup>7</sup>

Uno de los trabajos más golpeados por la crisis sanitaria es el que realizan las trabajadoras de casa particular, actividad que, además de estar altamente precarizada, no puede ser realizada de forma remota. La OIT calcula que el 77,5% de las personas que se dedican a esta labor no tiene contrato y queda sin protección frente al no pago de su remuneración o un eventual desempleo.<sup>8</sup> En noviembre de 2020, la Coordinadora de Organizaciones de Trabajadoras de Casa Particular estimaba que se habían perdido alrededor de 120 mil empleos, correspondiente al 40% de los puestos de trabajo.<sup>9</sup> Además, quienes permanecieron en sus lugares de trabajo –es decir, han vivido ahí el confinamiento– muchas veces asumieron la demanda de cuidado de esos hogares en condiciones bastante alejadas de los estándares mínimos de las leyes laborales.<sup>10</sup>

Por las características de esta crisis, el impacto sobre los distintos sectores económicos es desigual, afectando en mayor grado a aquellos donde se concentra el empleo femenino. De acuerdo con evaluaciones efectuadas por la CEPAL y la OIT para América Latina y el Caribe,

4 CEPAL, *La autonomía económica de las mujeres en la recuperación sostenible y con igualdad*, 2021, p. 2.

5 CEPAL, *La paradoja de la recuperación en América Latina y el Caribe Crecimiento con persistentes problemas estructurales: desigualdad, pobreza, poca inversión y baja productividad*, Informe Especial COVID 19, 8 de julio de 2021.

6 Datos de la Encuesta Nacional de Empleo del INE procesados por Comunidad Mujer. En: Comunidad Mujer, *Una reactivación laboral sostenible en Chile con perspectiva de género*, Boletín 50, julio de 2021.

7 Banco Central, *Informe de Política Monetaria*, junio de 2021, p. 39. Esta tendencia está también presente en toda la región latinoamericana. Ver: ONU Mujeres y CEPAL, *Cuidados en América Latina y el Caribe en tiempos de COVID-19. Hacia sistemas integrales para fortalecer la respuesta y la recuperación*, p.11.

8 Según estimaciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), 2020.

9 Palabra Pública: “Cómo la pandemia agudizó la crisis de los cuidados (y por qué puede ayudarnos a enfrentarla)”, 3 de noviembre de 2020.

10 CEPAL, *La pandemia del COVID-19 profundiza la crisis de los cuidados en América Latina y el Caribe*, 2020, p. 3.

los sectores de alto riesgo en términos de contracción de volumen de producción, cantidad y calidad de empleo concentran a más de un tercio de las ocupadas (32,8%) y a un quinto de los hombres ocupados (20,5%). Por su parte, la primera línea de respuesta a la pandemia –es decir, las áreas de la salud y la educación, entre otras relacionadas con la economía del cuidado– representa el 25,7% del empleo femenino, y apenas 7,6% del empleo masculino.<sup>11</sup>

Desde la llegada de la pandemia, el trabajo de cuidados casa adentro ha tenido un incremento exponencial debido a las restricciones sanitarias y las medidas de confinamiento, y el traslado de las actividades educativas y productivas al espacio del hogar. La Comisión Interamericana de Mujeres (CIM) describe los hogares en pandemia como el espacio donde todo ocurre –el cuidado, la educación de los niños, niñas y adolescentes, la socialización, y el trabajo productivo–, incrementando la carga de trabajo para las mujeres dada la persistencia de los roles tradicionales que hace que sobre ellas recaigan todas estas tareas.<sup>12</sup> En consecuencia, aumentó el número de horas requeridas para el cuidado, pero la distribución de esas cargas no se alteró.<sup>13</sup> Varias académicas, que están desarrollando investigaciones sobre cómo se ha modificado la vida durante la pandemia, coinciden en que la desigualdad entre hombres y mujeres en el trabajo no remunerado se ha profundizado.<sup>14</sup> A similares conclusiones nos llevan los resultados del monitoreo de síntomas y prácticas COVID-19 (MOVID-2019) realizado por la Universidad de Chile y el Colegio Médico de Chile: 22% de las mujeres que han contestado la encuesta afirma que su carga diaria de cuidados aumentó más de 8 horas, mientras que en los hombres solo un 13% sufrió esta consecuencia y un 44% de ellos está destinando el mismo tiempo –o menos– a las labores de cuidado.<sup>15</sup>

La crisis de la pandemia de Covid-19 ha puesto en evidencia la injusta e insostenible organización social de los cuidados en América Latina y el Caribe y ha exacerbado una crisis desde hace mucho instalada. Al mismo tiempo, ha relevado la importancia de los cuidados para la sostenibilidad de la vida, y la poca visibilidad que tiene este sector en las

11 CEPAL, *La autonomía económica de las mujeres en la recuperación sostenible y con igualdad*, op. cit.

12 Comisión Interamericana de Mujeres (CIM), *COVID-19 en la vida de las mujeres: Razones para reconocer los impactos diferenciados*, 2020, p. 4.

13 Ministerio de Desarrollo Social y Familia y PNUD, *Impactos socioeconómicos de la pandemia en los hogares de Chile. Resultados de la Encuesta Social Covid-19*, Primera fase: julio 2020, Santiago de Chile.

14 Palabra Pública, op. cit.

15 El Monitoreo Nacional de Síntomas y Prácticas COVID-19 en Chile (MOVID-19) es un esfuerzo conjunto entre la Escuela de Salud Pública de la Universidad de Chile y el Colegio Médico, con la Facultad de Psicología de la Universidad Diego Portales participando como institución asociada. Más de 52 mil personas de todo Chile han estado completando información semanal de su situación de salud.

economías de la región, en las que se sigue considerando una externalidad y no un componente fundamental para el desarrollo.<sup>16</sup> De acuerdo con cifras del Banco Central, “previo a la pandemia el valor del trabajo no remunerado en el hogar se estimaba cercano a 21% del PIB –siendo alrededor de dos tercios producido por mujeres–, las estimaciones preliminares indican que, en 2020, este se habría incrementado a 26% del PIB”.<sup>17</sup> A esos porcentajes habría que agregar las labores de cuidados en el espacio comunitario, como la organización de ollas comunes y canastas solidarias con el objetivo de afrontar la falta de ingresos y el hambre. Entre abril y octubre de 2020, solo en la Región Metropolitana funcionaron cerca de 1.336 ollas comunes. De acuerdo a un estudio realizado por la Fundación Vértice y ONU Mujeres a nivel nacional, el liderazgo de las mujeres corresponde al 68% de estas iniciativas de ayuda y solidaridad.<sup>18</sup>

La realidad de las mujeres hasta aquí descrita, en sus indicadores sociales y económicos, deja en evidencia la pérdida en derechos que la pandemia y el manejo de la crisis sanitaria ha significado para ellas. Esta constatación se hace sin perjuicio de las medidas excepcionales que el gobierno y la autoridad sanitaria han debido tomar para controlar la pandemia, cuya pertinencia y oportunidad no son materia de este capítulo. Pero, sin duda, es posible afirmar que el deterioro significativo de las condiciones materiales y simbólicas de vida de las mujeres, que está dejando la pandemia, se produce por una sinergia perversa entre un estado de inspiración neoliberal –que por su misma naturaleza no garantiza derechos sociales– y la desigualdad de género estructural y culturalmente instalada.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, CEDAW, advirtió, en abril de 2020, que “debido a las desigualdades iniciales en nuestras sociedades, las consecuencias de la actual crisis han tenido un impacto desproporcionado y más grave en las mujeres, que han sufrido formas de discriminación múltiples y agravadas en la primera línea de la respuesta, en sus hogares, como parte del personal sanitario y en varios sectores de producción”.<sup>19</sup> Esta es la realidad en Chile: a la información respecto de la sobrecarga de trabajo de cuidado en los hogares y a nivel comunitario es importante agregar que las mujeres representan el 70% de los/las trabajadores/

16 CEPAL, *La pandemia del COVID-19 profundiza la crisis de los cuidados en América Latina y el Caribe*, op. cit. p. 1.

17 Banco Central, *Informe de Política Monetaria*, op. cit.

18 Vértice Urbano y ONU Mujeres, *El rol de las mujeres en las iniciativas solidarias y de ayuda en contexto de crisis Covid-19: Composición y características de organizaciones de la sociedad civil que entregan respuesta humanitaria*, mayo de 2021.

19 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Directrices sobre el CEDAW y COVID-19: CEDAW y COVID-19*.

as de la salud y un 73% del personal docente.<sup>20</sup> Compartiendo esa misma preocupación, la Comisión Interamericana de Mujeres señaló que “las lecciones que han dejado pandemias recientes (Ébola, Zika, SARS) han demostrado que la incorporación de las necesidades de las mujeres en el abordaje de la emergencia no es una cuestión menor. Al contrario, no considerar un enfoque de género profundizará las desigualdades con efectos que se prolongarán en el largo plazo y serán difíciles de revertir”.<sup>21</sup>

Diferentes muestras de ceguera frente a las necesidades esenciales de las mujeres se han constatado en este período. Una de ellas se produjo en la selección de los productos que contenía la caja de alimentos y suministros básicos que implementó el gobierno, en junio de 2020, en la que no se incluyeron inicialmente toallas higiénicas –un elemento básico para la dignidad y salud de las mujeres–. Tampoco fueron considerados los preservativos, porque no se asume que la sexualidad es parte de la vida, y en confinamiento y precariedad no es posible acceder a métodos anticonceptivos.<sup>22-23</sup> El movimiento feminista, así como una amplia gama de organizaciones, reclamó frente a la omisión: “En cuarentena seguimos menstruando”, fue una de las consignas activistas que movilizó el debate en medios de comunicación y redes sociales. El gobierno incorporó estos elementos en las siguientes distribuciones de cajas, de manera que toallas higiénicas y preservativos debieran quedar incorporados como suministros básicos en el manejo futuro de otras situaciones de emergencia.

No es posible abarcar todo el ámbito de afectaciones a los derechos de las mujeres, por lo cual, a continuación, se abordan dos ámbitos que impactan gravemente sus vidas: la violencia y la salud sexual y reproductiva. Los organismos internacionales alertaron tempranamente los efectos de la pandemia en ambas dimensiones, instando a los Estados a adoptar medidas inmediatas y concretas en áreas consideradas prioritarias y en relación a servicios considerados esenciales en el contexto de la pandemia. La violencia contra las mujeres y niñas y la salud sexual y reproductiva, incluida la interrupción legal del embarazo, requieren medidas específicas por el efecto que tienen en el corto, mediano y largo plazo en la vida de las mujeres.

20 Centro de estudios Mineduc, *Informe del sistema educacional con análisis de género*, 2019.

21 Comisión Interamericana de Mujeres (CIM), *COVID-19 en la vida de las mujeres: Razones para reconocer los impactos diferenciados*, op. cit.

22 Latercera.com: “Falta de insumos para la higiene menstrual en canasta de ayuda: ‘En todos los hogares hay una mujer que menstrua’”, 9 de junio de 2020; El Mostrador.cl: “Gobierno anuncia nueva entrega de cajas: esta vez incluirán productos como toallas higiénicas y preservativos”, 12 de julio de 2020.

23 Fundación Sol.cl: “Menstruar en calle”, opinión, 28 de agosto de 2020.

## 2. MAGNITUD DE LA VIOLENCIA EN CONTRA DE LAS MUJERES Y NIÑAS EN EL CONTEXTO DE LA PANDEMIA DE COVID-19

La violencia en contra de las mujeres ha sido caracterizada por ONU Mujeres como una pandemia silenciosa debido a su magnitud. La IV Encuesta de Violencia contra la Mujer en el Ámbito de Violencia Intrafamiliar y otros espacios (ENVIF-VCM), de 2020, mostró que un 41,4% de mujeres señala haber sufrido algún tipo de VIF en su vida o durante los últimos 12 meses. Esta proporción es un aumento significativo en relación con la encuesta realizada en 2017, donde este mismo indicador marcaba un 38,2%.<sup>24</sup>

Los efectos de la pandemia se vieron reflejados en los indicadores de violencia en contra de las mujeres y niñas. Para muchas de ellas, la inseguridad se encuentra en los propios hogares y las cuarentenas solo exacerban las condiciones de riesgo, pues impiden físicamente el desplazamiento y, con ello, la posibilidad de que las personas que viven la violencia en sus domicilios puedan salir a denunciar los abusos. Por un lado, aparecen mayores indicadores de violencia, pero, por otro, ello no se expresa en un mayor número de denuncias formales. De hecho, estas últimas mostraron una baja si se compara 2019 con 2020, como lo demuestran los datos disponibles al respecto.

Las cifras del Centro de Estudios y Análisis de Delitos de la Subsecretaría de Prevención del Delito (en adelante, solo nos referiremos a la “Subsecretaría de Prevención del Delito”) indican que, durante 2020, se registraron 93.440 denuncias de casos de violencia intrafamiliar (VIF). Considerando los casos policiales, indicador que incluye las denuncias y casos de flagrancia, este número asciende a 117.595 en total<sup>25</sup> durante el mismo año. Los casos iniciados en el Ministerio Público por violencia intrafamiliar durante 2020 fueron 127.974<sup>26</sup>, una cifra menor a la que se registró en 2019 con 133.635 denuncias.<sup>27</sup>

De las 138.674 víctimas de VIF, es decir, el número de personas afectadas en una denuncia, casi un 76% de ellas son mujeres (105.206). La misma proporción de víctimas se evidenció en 2019, pero con un mayor número, 143.741, de las cuales 109.176 corresponden a mujeres.

La Subsecretaría de Prevención del Delito, durante 2020, registró 11.128 denuncias de abusos sexuales y otros delitos sexuales. Sin embargo, considerando los casos policiales, indicador que incluye denuncias y casos de flagrancia, este número asciende a 12.277 en el caso de

24 Subsecretaría Prevención del Delito, *Encuesta de violencia contra la mujer en el ámbito de violencia intrafamiliar y otros espacios*, p. 6.

25 Centro de Estudios y Análisis del Delito de la Subsecretaría de Prevención del Delito, *Estadísticas delictuales 2020*.

26 Ministerio Público de Chile, *Boletín Estadístico Anual 2020 del Ministerio Público*.

27 *Ibíd.*



delitos sexuales.<sup>28</sup> En materia de violencia sexual, el Ministerio Público registró 26.447 víctimas de delitos sexuales en 2020, de las cuales 17.438 corresponden a menores de edad.<sup>29</sup> Esta cantidad es ostensiblemente menor a la de 2019, período en el cual se registraron 36.879 víctimas de delitos sexuales, aunque todavía no se establece una diferencia por sexo ni cuántas corresponden a menores de edad.<sup>30</sup>

La disminución en las denuncias es demostrativa del efecto de las cuarentenas en el acceso a servicios para denunciar directamente, cuestión que contrasta con el número de solicitudes telefónicas de ayuda realizadas a las líneas de atención especializada 1455 y 149, como reporta ONU Mujeres y la OMS. El análisis preliminar del Instituto Milenio para el Estudio de imperfecciones del mercado y políticas públicas, recogido por CIPER, señala que durante el período enero-septiembre de 2020, se habría registrado un alza de un 43,8% en las llamadas al fono 149 de Carabineros y de un 149% al fono 1455 del Servicio Nacional de la Mujer y la Equidad de Género (en adelante, Sernameg), mientras que las denuncias formales cayeron un 9,6%.<sup>31</sup>

El Ministerio de la Mujer y Equidad de Género (en adelante, Ministerio de la Mujer) junto a Carabineros de Chile reportaron que, al inicio de la pandemia, las llamadas por violencia aumentaron, entre marzo y abril de 2020, en un 63% al Fono de orientación en violencia contra la mujer 1455 y en un 119% al fono 149 de Carabineros de Chile.<sup>32</sup> Para todo el período 2020, las llamadas al fono 149 de Carabineros registraron un alza de un 97% en relación a 2019.<sup>33</sup>

En cuanto a situaciones de violencia extrema como los femicidios, las cifras en los últimos dos años se mantuvieron constantes, 46 en 2019 y 43 en 2020. Según el Sernameg hubo un aumento de 38% en los casos de femicidios frustrados: en 2019 se registraron 109, y 151 en 2020.<sup>34</sup> Sin embargo, no es posible sostener que hubo más femicidios frustrados, pues la formalización es una decisión de política criminal del Ministerio Público: esos casos en el pasado se ingresaban por delito de lesiones sin poder establecer cuántos podrían corresponder a femicidios frustrados. En la actualidad, el Ministerio Público, por un cambio de criterio, formaliza más por este último delito.

28 Centro de Estudios y Análisis del Delito de la Subsecretaría de Prevención del Delito, *Estadísticas delictuales*, op. cit. 2020.

29 Ministerio Público de Chile, *Boletín Estadístico Anual 2020*, op. cit., Tabla 14.1.

30 *Ibid.*

31 Ciperchile.cl: "Violencia contra la mujer en la cuarentena: denuncias bajaron 9,6% y llamadas de auxilio aumentaron 43,8%", 9 de marzo de 2021.

32 Minmujeryeg.gob.cl: "Ministra Santelices se reúne con Carabineros para abordar aumento de llamadas por violencia", 11 de mayo de 2020.

33 La Tercera.com: "Lamentable récord: La pandemia marca peak histórico de llamados a Carabineros por violencia contra mujeres", 18 de enero de 2021.

34 Sernameg, *Femicidios consumados, tentados y frustrados, distribución regional*.

Durante 2020, la Red Chilena contra la Violencia contabilizó 58 femicidios consumados y otros 3 suicidios femicidas.<sup>35-36</sup> De los 58 femicidios consumados en 2020, en 16 casos había alguna denuncia previa por violencia intrafamiliar o agresiones similares, de las cuales seis contaban con medidas cautelares.<sup>37</sup> Como hemos dicho en *Informes* anteriores, la Red chilena contra la violencia muestra datos distintos a los oficiales, pues incorpora femicidios no íntimos, es decir, asesinatos de mujeres que no están contemplados en el Código Penal como tal.

La promulgación de la Ley 20.480, en marzo de 2020, denominada Ley Gabriela,<sup>38</sup> incorpora como femicidio la muerte de mujeres a manos de sus novios no-convivientes. Este hecho constituye un avance que se hace cargo de las críticas del movimiento feminista a la figura del femicidio, pero, como veremos, la obligación estatal consiste en dar una respuesta eficaz para prevenir la muerte de mujeres.

### 2.1. Respuesta estatal frente a la violencia

La pandemia arribó a Chile algunos meses después de sus inicios en Asia y Europa, lo cual permitió a las autoridades adoptar algunas medidas rápidas para enfrentar la violencia, y en particular para emular buenas prácticas. Una de ellas fue la campaña “Mascarilla 19”, que presentó el 25 de abril de 2020, el Ministerio de la Mujer. El propósito de esa campaña era que las mujeres pudieran encontrar un lugar seguro –una farmacia, en este caso– para alertar sobre la situación de violencia en que se encontrarán, cuando las condiciones les permitieran salir del encierro a realizar una compra. El objetivo es facilitar el acceso a los canales de atención oficiales a mujeres víctimas de violencia de género que no tienen posibilidad de solicitar ayuda en forma directa.<sup>39</sup>

Las sucursales de las cadenas de farmacias fueron los locales elegidos donde las mujeres podrían solicitar una “mascarilla 19”. Esto suponía la activación de alerta del trabajador o trabajadora de la farmacia, quien debía solicitar los datos personales de la mujer a fin de comunicarse con el fono 1455 de orientación del Ministerio de la Mujer. El Ministerio posteriormente extendió el mismo plan a las cajas vecinas, pequeños negocios que entregan algunos servicios financieros en conexión con

35 Suicidio femicida: se entiende como aquellos suicidios cometidos por mujeres que no encuentran otra salida a la violencia que viven.

36 Red chilena contra la violencia hacia las mujeres, *Registro de violencia femicida*.

37 *Ibíd.*

38 Gabriela Alcaíno y su madre, Carolina Donoso, fueron asesinadas en 2018 por el ex pololo de la joven, crimen que hasta esa fecha no estaba comprendido en la figura del femicidio.

39 Sernameg, *Protocolo de respuesta iniciativa “Mascarilla 19”*.

el Banco Estado.<sup>40-41</sup> Esta ampliación debe ser valorada por cuanto las cajas vecinas están ubicadas en los barrios donde no se encuentran las grandes cadenas de farmacias que se concentran en sectores con mayores recursos.<sup>42</sup>

El gobierno también creó otro canal: un WhatsApp para denuncias de forma “silenciosa”, con funcionamiento 24 horas al día, 7 días a la semana.<sup>43</sup> Debido a su efectividad, por la cantidad de denuncias y solicitudes de información, se estableció como un servicio de atención permanente, ya que a dos meses de su implementación, según datos del Ministerio de la Mujer, habrían recibido 7.943 mensajes que corresponden a un 21% de las denuncias ingresadas por todos los canales telefónicos.<sup>44</sup> Pese a lo anterior, este mecanismo no ha estado exento de falencias, como mencionaremos más adelante, en base al análisis de un informe de la Contraloría General de la República en materia de violencia.

## **2.2. Evaluación de dispositivos creados en las campañas de prevención y alerta**

La medida “Mascarilla 19” tiene como objetivo declarado facilitar el acceso a los canales de atención oficiales a mujeres víctimas de violencia de género.<sup>45</sup> Sin embargo, el mecanismo no ha sido eficiente y no prestaría ningún tipo de ayuda concreta a quienes lo utilizan.<sup>46</sup> Como detalla la investigación del medio Ciper, periodistas acudieron a farmacias solicitando la “Mascarilla 19”, y encontraron que el personal no entendía qué se le preguntaba y no se activaba ningún mecanismo. A la fecha del reportaje no había claridad sobre cuántas mujeres habían recibido ayuda.<sup>47</sup> El Ministerio de la Mujer dio cuenta que, al mes de

40 Minmujeryeg.gob.cl: “Ministerio de la Mujer compromete a Banco Estado en la prevención de la violencia contra la mujer”, 17 de julio de 2020.

41 Caja Vecina es un sistema que se dispone en almacenes y locales comerciales de una comuna y que permite a las personas que viven alejadas de sectores céntricos acceder a diversos servicios financieros del Banco Estado.

42 Según el Informe de la Fiscalía Nacional Económica, “entre los años 2015 y 2018 operaron en el país 3.809 locales de farmacia, de los cuales 58% corresponde a farmacias independientes y 42% a locales de las grandes cadenas. La cobertura geográfica de las farmacias independientes es mayor, alcanzando el 63% de las comunas del país, mientras que las de cadena solo cubre el 44%. Los locales están ubicados prioritariamente en comunas con mayor población, y para el caso de las grandes cadenas en las que además tienen mayores ingresos”. Datos de la Fiscalía Nacional Económica, *Estudio de mercado sobre medicamentos* (EM03-2018), Santiago, 2020, p. 21.

43 Minmujeryeg.gob.cl: “Mascarilla 19 y WhatsApp Mujer: Conoce cómo funcionan las iniciativas que buscan proteger a las mujeres que sufren violencia”, 8 de mayo de 2020.

44 Minmujeryeg.gob.cl: “Ministerio de la Mujer decide incorporar el WhatsApp de ayuda a mujeres como servicio permanente de atención”, 2 de julio de 2020.

45 Sernameg, *Protocolo de respuesta iniciativa “Mascarilla 19”*.

46 Ciperchile.cl: “Mascarilla 19: Los vacíos de las políticas para enfrentar el aumento de la violencia contra la mujer en la cuarentena”, 15 de mayo de 2020.

47 *Ibid.*

implementarse, sólo 30 mujeres lo habrían utilizado.<sup>48</sup> En el mismo reportaje, se indica que trabajadoras del Ministerio de la Mujer detectaron problemas al inicio de su funcionamiento por falta de personal, pues se asignaron dos trabajadoras para responder cientos de mensajes.

Por su parte, las sesiones de la Comisión de la mujer y equidad de género de la Cámara de Diputados, realizadas el 15 y 22 de marzo de 2021, daban cuenta de los problemas estructurales, ya que el sistema de teleatención fue licitado a una empresa que gestiona *call centers*. En esos centros de llamados los supervisores o jefaturas suelen desconocer la realidad de la violencia, no tienen las competencias técnicas y se aplican iguales indicadores de gestión que en un *call center* de una entidad cualquiera, es decir, por número de llamadas atendidas, lo que significa que mientras más breves sean estas llamadas se produce una mayor cantidad de atenciones. Es evidente que un sistema de teleatención que pretenda abordar un problema tan grave no puede operar con la lógica descrita. Este dispositivo telefónico se diseñó para la contención de mujeres en crisis, por lo cual las llamadas serán más largas y, por la naturaleza del trabajo, tendrán impacto en la salud mental de las telefonistas o “ejecutivas de atención”.

En este sentido, algunas trabajadoras del servicio fono 1455 denunciaron malos tratos y precariedad laboral por parte de la empresa Holdtech S.A.; advirtieron sobre un déficit en cuanto a capacitaciones de género continuas, falta de una necesaria contención emocional para las telefonistas, y carencia de fiscalización por parte del Sernameg. Según el contrato, la empresa debe mantener al menos 15 telefonistas, cada una responde entre 10 y 15 llamadas diarias, manteniendo turnos de 10 horas con un único permiso de 15 minutos de descanso. Todo lo anterior produjo denuncias por precariedad laboral y falta de fiscalización.<sup>49</sup> Las acusaciones fueron inicialmente desmentidas a la prensa, en especial desde el área de capacitaciones que realiza el propio Sernameg a las telefonistas,<sup>50</sup> pero luego se reconoció que el servicio no estaba preparado para responder ante una demanda inédita, nunca antes vista.

Las medidas adoptadas, si bien son relevantes, tienen claros problemas de gestión, puesto que las autoridades no entendieron que la violencia contra las mujeres es una pandemia silenciosa. Las medidas para enfrentar esa violencia requieren un tratamiento integral, sin embargo, la tercerización de servicios agudizó los problemas en el presente período.

48 Minmujeryeg.gob.cl: “A un mes de su lanzamiento: Campaña ‘Mascarilla 19’ atendió a 30 mujeres en todo el país”, 27 de mayo de 2020.

49 Biobio.cl: “Mujeres que sufren a cada lado de la línea: el drama de las telefonistas del 1455 del SernamEG”, 21 de febrero de 2021.

50 Biobio.cl: “SernamEG desestima acusaciones y asegura que llamadas a fono de ayuda aumentaron 300% en pandemia”, 28 de febrero de 2021.

Lo que resulta claro es que los servicios de atención se estructuran bajo una lógica de mercado, cuestión de cierta manera reconocida por la ministra de la Mujer y Equidad de Género, quien señaló que se cambiarían las bases de licitación para el año 2021-2022. En cualquier caso, el sistema de orientación telemático, planificado para un año normal con 15 llamadas diarias por telefonista, no podría de ninguna manera satisfacer la demanda en una época de crisis con cientos de llamadas en un día.

La Contraloría General de la República, por su parte, realizó una auditoría a la Subsecretaría del Ministerio de la Mujer en materia de violencia, por el período entre el 1 de enero y el 30 de junio de 2020.<sup>51</sup> La auditoría se enfocó en varias preguntas: ¿Estableció la entidad medidas oportunas y eficaces que contribuyan a disminuir los riesgos de infección por Coronavirus de las mujeres víctimas de violencia que atiende y el personal que las atiende y acoge? ¿Cuenta la entidad con controles apropiados y oportunos para mitigar el riesgo de incumplimiento de los objetivos del Programa de Atención, Protección y Reparación –APR– de Violencia Contra las Mujeres –VCM–, debido a los cambios de procedimiento implementados en razón a la emergencia sanitaria actual?

Los principales resultados del cuestionario dan cuenta de las debilidades en las medidas de prevención y detección temprana de situaciones graves de violencia de género. Entre marzo y agosto de 2020, se determinaron 53 hechos graves, de los cuales en 50 ocasiones no se apeló a ningún canal o dispositivo del Sernameg. Respecto de aquellas mujeres que sí tuvieron contacto con la entidad, se determina la falta de acreditación de las intervenciones y seguimientos en los casos. El informe da cuenta que, en uno de ellos, una mujer abandona la casa de acogida (CDA) y, según el protocolo, debe haber dos seguimientos (7 días después y otro entre 30-90 días). Pues bien, no consta que se hayan efectuados tales seguimientos y, cinco meses después, la mujer resultó víctima de un hecho de violencia grave.

La Contraloría no encontró indicios de que se hubiesen adoptado medidas concretas de coordinación con Carabineros respecto de mujeres que salieron de su domicilio, en toque de queda, para efectuar una denuncia o pedir ayuda. Pese a la observación de la Contraloría, no hubo cambios en los instructivos, desde una mirada de género, lo que explica aquel caso de una mujer víctima de violación que fue detenida en Pichilemu y pasada a control de detención por salir en toque de queda.<sup>52</sup> Luego de este grave incidente, el gobierno señaló que las víctimas

51 Contraloría General de la República, *Informe Final N°584-20 SERNAMEG*.

52 La Tercera.com: "Mujer que se aprestaba a denunciar violación fue detenida por no respetar toque de queda: Tribunal declaró ilegal procedimiento", 9 de julio 2020.

de violencia, que se vean forzadas a romper la cuarentena o el toque de queda y salir de sus domicilios para pedir auxilio, deben ser acogidas y trasladadas a la unidad policial que corresponda para la adopción del procedimiento de rigor, sin enfrentar consecuencias.<sup>53</sup>

Sobre la atención del fono 1455, se verificaron incumplimientos relacionados con la derivación, acreditación y demoras en los seguimientos de llamadas recibidas; carencia en la trazabilidad de las llamadas; incerteza en cuanto a la cantidad de llamadas recibidas e inexistencia de evidencia respecto de seguimientos de denuncias informadas por Carabineros y personal de la empresa contratista, que no cumplía con los requisitos de estudios fijados en el contrato.

En cuanto al número de llamadas, la información no es consistente: la entregada por el Sernameg señala que se recibieron 2.953 llamadas y la empresa Holdtech S.A. para el mismo período –abril a julio 2020– indica que fueron 6.333. Respecto de los seguimientos de las llamadas, de 3.250 llamadas de tercer nivel (casos más graves), solo se constatan 151 llamadas de seguimiento. El contrato estipula que, para estos casos, debe haber tres seguimientos con posterioridad al primer contacto (12, 24 y 48 horas). El 96% del total de llamadas de tercer nivel no registraban acciones de seguimiento, ni tampoco se cumplía con los plazos establecidos para dicho seguimiento. La información de prensa consigna, además, que las llamadas no estaban categorizadas como corresponde y que una mujer fue contactada 73 días después de haber activado el dispositivo de la “Mascarilla 19”.<sup>54</sup>

Respecto a la iniciativa “Mascarilla 19”, también se verificaron fallencias como la falta de celeridad en la formalización del protocolo; demora en el contacto con la persona víctima de violencia; incumplimiento de protocolo del servicio de teleasistencia; incumplimiento de instrucción acerca de la misma iniciativa, y falta de acreditación del procedimiento para extender la iniciativa a más farmacias. Solo se acreditó cobertura en el 53% de las comunas existentes.

Sobre el sistema de denuncia silenciosa a través de WhatsApp, implementado por la misma empresa Holdtech S.A., no se pudo determinar la cantidad efectiva de mensajes recibidos. Incluso el sistema *botmaker* en reiteradas ocasiones les devolvió la llamada a las mujeres/víctimas después de haber finalizado la conversación, lo que pudo generar un alto riesgo para aquellas que confiaron en el anonimato del sistema.

En relación a las Casas de Acogida (CDA) y los Centros de la Mujer (CDM), se constataron incumplimientos en las orientaciones técnicas;

53 Biobio Chile: “Gobierno recuerda que víctimas de violencia intrafamiliar pueden romper cuarentena para denunciar”, 15 de abril de 2020.

54 La Tercera.com: “Contraloría observa faltas de control y eficacia en programas del Servicio de la Mujer”, 24 de enero de 2021.

por ejemplo, se observó ausencia de registro relativo a las atenciones psico/socio jurídicas realizadas por el personal. Se evidenciaron en terreno deficiencias en las condiciones de los CDA, como falta de medidas de control e higiene sanitario, carencia de registros de control sanitario y ausencia de elementos de higiene y aseo para el uso de usuarias.

En resumen, las críticas que hicieron las trabajadoras de estos dispositivos además de las asociaciones de funcionarios/as del Sernameg y los reportajes de los medios, están respaldadas por el informe de la Contraloría. La institución hizo sus descargos respaldando el actuar del servicio.<sup>55</sup>

La pandemia pone al descubierto los límites relativos a la tercerización de prestaciones en áreas claves o esenciales, como es la asistencia a mujeres en situación de crisis o riesgo. No debe perderse de vista que los privados, cuando ofrecen un servicio al Estado, lo hacen considerando, como factor primordial, generar el mayor margen de ganancias, lo que puede significar reducir la cantidad o calidad de los servicios, además de la posibilidad cierta de traspasarle el costo a los/as trabajadores/as.

Otro factor que debe ser considerado son los contextos. Así, cuando se diseñan políticas, se deben contemplar las vulnerabilidades específicas del grupo meta, como la condición migratoria, el aislamiento geográfico en las zonas rurales, la brecha digital o el hecho mismo de que, a algunas mujeres, sus parejas les controlen los teléfonos.<sup>56</sup>

Las falencias en la ejecución de medidas pueden costar caro, y si a ello se le suma un mal manejo comunicacional que podría terminar justificando ciertas conductas, la política pública resulta ineficaz. En relación con esto último, el Ministerio lanzó dos campañas comunicacionales: “Hazlo Por Ellas” y “#CuentasConmigo”. La primera tenía por propósito sensibilizar y comprometer al entorno más cercano de las mujeres para que se unan en contra de la violencia intrafamiliar en período de cuarentena, invitando a denunciar.<sup>57</sup> Como es previsible, cualquier campaña implica un mayor número de denuncias y, con ello, la necesidad de tener una capacidad robusta para atender a mujeres, lo cual, como señalamos en los párrafos precedentes, no existía. La segunda campaña, “#CuentasConmigo” del Sernameg, mostraba cómo un adulto mayor le escribía una carta a su nieta, víctima de violencia por parte de su pareja, diciéndole que “le dolía la situación que atravesaba” y que tal vez era un castigo por lo que él mismo le hizo a su esposa, ya fallecida. Este video fue ampliamente criticado por naturalizar la

55 Ibid.

56 Ciper.cl: “Mascarilla 19: Los vacíos de las políticas para enfrentar el aumento de la violencia contra la mujer en la cuarentena”, 15 de mayo de 2020. Ver también, Red chilena contra la violencia hacia la mujer, *Dossier Informativo 2019-2020*.

57 Minmujeryeg.gob.cl: “Hazlo por ellas la campaña del Ministerio de la Mujer que busca sumar al entorno para evitar la violencia intrafamiliar”, 29 de abril de 2020.

violencia y redimir a perpetradores de violencia de género, y finalmente fue dado de baja por el propio Ministerio de la Mujer, desde donde pidieron disculpas por el mensaje erróneo.<sup>58</sup>

Las políticas sobre violencia deben ser políticas de Estado. La historia de los últimos años muestra que los cambios de administración resultan en modificaciones de las políticas, cuyo efecto se puede traducir en la pérdida de capacidades existentes y aprendizajes y, en algunas oportunidades, en el mejoramiento de las políticas existentes. La administración del presidente Piñera (2018-2022) está marcada por los vaivenes en el Ministerio de la Mujer, donde se produjo una instalación tardía en áreas de trabajo de alta relevancia, como violencia, y se nombraron jefaturas que tenían una evidente debilidad en el conocimiento de políticas públicas con una perspectiva de género. Dicho desconocimiento, en ocasiones, era previo al nombramiento, como en el caso de la exministra Isabel Plá, quien había mostrado, antes de ser nominada, una clara animadversión a la noción misma de género.

### **2.3. El acceso a la justicia en pandemia**

El acceso a la justicia se ha visto claramente afectado por la pandemia.<sup>59</sup> Así lo confirmó el fiscal nacional Jorge Abbott, quien en su cuenta pública declaró que la restricción al libre tránsito habría impedido realizar muchas de las denuncias, planteando un desafío para la Fiscalía y otros órganos del Estado, en cuanto al deber de reforzar los canales de atención y las campañas comunicacionales de información y apoyo.<sup>60</sup> Los principales medios de información y canales de ayuda se encuentran vía online, e incluso se pueden realizar las denuncias formales a través de la página del Ministerio Público. Sin embargo, según la Encuesta TIC Mujeres 2020,<sup>61</sup> una de cada cinco mujeres entrevistadas señaló no poseer conexión propia a internet, situación que aumenta en mujeres de zonas rurales y a mayor edad de las entrevistadas.

La Red Chilena contra la Violencia hacia las Mujeres realizó una encuesta exploratoria a mujeres que hubieran hecho una denuncia en contra de sus parejas. El propósito de la investigación era responder a la pregunta: ¿por qué si los llamados telefónicos dando cuenta sobre situaciones de violencia aumentan, las denuncias a Carabineros disminuyeron?<sup>62</sup>

La encuesta enviada a través de redes sociales contó con la respuesta de 205 mujeres entre los meses de junio y septiembre de 2020.

58 Canal 13: “*Campaña del Ministerio de la Mujer contra la violencia de género provoca diversas críticas*”, 1 de junio de 2020.

59 En este sentido, véase capítulo sobre Acceso a la Justicia del presente Informe.

60 *Cuenta Pública Anual 2020*, fiscal nacional Jorge Abbott.

61 Centro de Estudios de Género Fundación PRODEMU, *Primera encuesta TIC: Acceso y Uso de Internet 2020*.

62 Red Chilena contra la Violencia hacia las Mujeres, Dossier informativo 2019-2020.



El 47,8% se refería a sus experiencias durante 2019, casi la mitad a 2020 y otro segmento a denuncias en años anteriores. El estudio muestra que casi el 80% de las entrevistadas tiene una percepción negativa de su intento o denuncia efectiva en Carabineros por los malos tratos recibidos, tales como cuestionamientos, minimización de la violencia, comentarios inadecuados, desacreditaciones y burlas. Los resultados no distinguen por períodos de tiempo por lo cual no es posible ver cambios entre una situación bajo un régimen de confinamiento y crisis sanitaria y otro de “normalidad”, ni discernir si el menor número de denuncias en el período de confinamiento se debe, o no, al trato de la policía. En cualquier caso, las situaciones de maltrato por parte de policías desincentivan las denuncias, generan desconfianza y propician un clima de impunidad.

Así, se observa una evidente brecha entre las campañas comunicacionales que llaman a denunciar, por una parte, y la respuesta de Carabineros, que es deficiente, por otra. Si a esto se suman los débiles servicios de atención, se termina por crear un circuito de desprotección revictimizante e ineficaz para las mujeres.

El Observatorio de Género y Equidad sostiene que la capacidad de respuesta del sistema de dispositivos de atención de Sernameg es insuficiente frente a la magnitud del problema, con listas de espera y presupuestos precarios, en especial en lo referido a las cifras de violencia extrema y femicidios. Plantean, además, que la baja de denuncias en Carabineros y en la Fiscalía, comparando los años 2019 y 2020, no solo obedece al impedimento material de desplazamiento debido a los sucesivos confinamientos a raíz de la pandemia, sino fundamentalmente al aumento de la sensación de vulnerabilidad que experimentan las mujeres durante las cuarentenas al no confiar en la respuesta del Estado.<sup>63</sup>

#### **2.4. Tribunales en pandemia**

La Corte Suprema de Justicia, al inicio de la pandemia, dispuso diversas medidas que han restringido significativamente el funcionamiento de los tribunales de justicia, lo que trajo consigo una congestión de procesos judiciales.<sup>64</sup> En materia penal, según información conocida por la Comisión coordinadora del sistema de justicia penal, si bien se destaca que en los Tribunales de Garantía se han seguido realizando actuaciones pese a los confinamientos, la cifra de audiencias no realizadas –desde el 16 de marzo hasta el 31 de mayo de 2020– supera las 90 mil causas. En el caso de los Tribunales Orales en lo Penal,

63 OGE.cl: “Las acciones del estado contra la violencia hacia las mujeres y la potencialidad de lo local”, 29 de abril de 2020.

64 En este sentido, véase capítulo Acceso a la Justicia del presente *Informe*.

las audiencias pendientes alcanzan las 3.663, en igual período.<sup>65</sup> Al respecto, el Presidente de la República ingresó un proyecto de ley que reforma el sistema de justicia para enfrentar el atraso en la tramitación de causas en los tribunales, que afectaría la tramitación de causas en sede laboral, familia y penal.<sup>66</sup>

Respecto a mujeres, niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia de género o violencia intrafamiliar, la Corte Suprema dispuso que las Cortes de Apelaciones establecieran mecanismos para que en sus respectivas jurisdicciones los tribunales de justicia conozcan “rápida y prioritariamente” materias relativas a : i) solicitud de medidas cautelares urgentes por riesgo a la vida o la salud de las personas; ii) acciones por violencia intrafamiliar o por violencia de género; iii) acciones de amparo y protección, y iv) las que puedan estar relacionadas con cautela de derechos fundamentales.<sup>67</sup>

Tras conocerse el femicidio de una mujer existiendo dos procesos penales pendientes en contra de su agresor,<sup>68</sup> y en que el Juzgado de Garantía de La Serena suspendió las audiencias de procedimiento simplificado debido a “la contingencia nacional relacionada con el brote del nuevo Coronavirus y según el Acta N° 42-2020 de la Excm. Corte Suprema”,<sup>69</sup> esta última decide emitir una nueva resolución para reiterar los lineamientos dados originalmente. En ella se estableció que debido a las circunstancias de riesgo a que pueden verse expuestas las mujeres víctimas de violencia intrafamiliar o de violencia de género, se insta, especialmente a los tribunales con competencia en familia y en materia penal, a cumplir estrictamente lo instruido en el Acta 53-2020 y sus artículos, arbitrando todas las medidas que sean necesarias para asegurar el acceso a la justicia y el debido resguardo de sus personas.<sup>70</sup>

En el informe de Acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia usuarias del poder judicial,<sup>71</sup> solicitado por la Secretaría técnica de igualdad de género y no discriminación de la Corte Suprema de Chile, se identifica la accesibilidad como una de las principales barreras

65 [Minjusticia.gob.cl](http://Minjusticia.gob.cl): “Ministerio de Justicia y DD.HH. anuncia la creación de mesas de trabajo para asegurar el funcionamiento de la justicia una vez culminada la pandemia”, 9 de junio de 2020.

66 Senado, Boletín 13752-07, 15 de julio de 2020.

67 Corte Suprema de Justicia de Chile, Acta N° 53-2020. Texto refundido del Auto Acordado sobre funcionamiento del Poder Judicial durante la emergencia sanitaria nacional provocada por el brote del nuevo coronavirus, 8 de abril de 2020, art. 11.

68 La Tercera.com: “Femicidio en La Serena, tribunal suspendió por Covid-19 dos juicios por lesiones a mujer que terminó fallecida”, 13 de mayo de 2020.

69 Juzgado de Garantía de La Serena, resolución de 31 de marzo de 2020, causa RIT N° 1748-2020, RUC N° 2000213305-K; Juzgado de Garantía de La Serena, resolución de 20 de abril de 2020, causa RIT N° 1986-2020, RUC N° 2000025544-1.

70 Corte Suprema, Resolución AD 335-2020, 12 de mayo de 2020.

71 Secretaría Técnica de Igualdad de Género y No Discriminación de la Corte Suprema, *Informe acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia*, octubre de 2020.

en el acceso a la justicia. Esa posibilidad de acceso depende de los recursos de las víctimas, sin los cuales ni siquiera existe la posibilidad de poder denunciar o de tener alguna respuesta judicial, cuestión que se ve agravada con el confinamiento.

Al cierre de este capítulo, se dio a conocer una encuesta realizada por la empresa Datavoz para la Asociación de Fiscales, dirigida a sus asociados. Un 54% de ellos respondió sobre el quehacer del Ministerio Público y las condiciones laborales de los funcionarios y funcionarias de la institución,<sup>72</sup> donde quedan de manifiesto algunos de los problemas de acceso a la justicia. En este sentido, se señala que uno de los delitos más reiterados se relaciona con violencia intrafamiliar (83,7%). La mayoría percibe que no hay discriminación para el acceso a la justicia, no obstante, las mujeres encuestadas identifican mayor discriminación en la investigación penal que los fiscales varones respecto de grupos más vulnerados: 17,9% versus 8,6% cuando los afectados son miembros de la comunidad LGTBQ; 6,7% versus 4,5% en casos de discapacidad, 12,7% versus 7,2% en violencia de género y 22,7% versus 18,4% cuando las personas afectadas son de escasos recursos. Es decir, al interior de la institución se advierten sesgos, por lo cual la percepción de la ciudadanía sobre la actuación de fiscales, en determinados casos, sumado al retraso generalizado en la tramitación de las causas, solo abona una sensación de impunidad.

## **2.5. Rol de la sociedad civil**

La función de los servicios públicos es de máxima relevancia para asegurar la prevención, sanción y reparación. Asimismo, también la sociedad civil cumple un rol fundamental. Las organizaciones y colectivos feministas conformaron redes de apoyo ante las situaciones de violencia, por ejemplo, en materia de contención psicológica y apoyo jurídico. Estas se implementaron a través de la modalidad online, con la organización de múltiples seminarios, talleres, conversatorios e instancias que llaman a la autoformación y reflexiones que aportan nuevas perspectivas de vida. “#EnRedNosCuidamos” es el nombre de la campaña virtual creada para difundir información útil, gestionar redes de apoyo territorial en ocho regiones del país y visibilizar las redes institucionales disponibles para denunciar violencia. La iniciativa fue creada por las organizaciones feministas Red Chilena contra la Violencia hacia las Mujeres, Coordinadora Feminista 8M, Red feminista de estudiantes y trabajadoras de la psicología (Psifem), Negrocéntricas, Secretaría de mujeres inmigrantes, Yo Cuido y Corporación La

72 Biobio.cl: “Fiscales destrozan gestión de Abbott y revelan discriminación a minorías sexuales”, 30 de julio de 2021.

Morada.<sup>73</sup> La propuesta busca informar respecto a las herramientas disponibles para hacerle frente a la violencia patriarcal, proporciona ideas para generar redes de apoyo y difunde las principales redes comunitarias e institucionales de apoyo y ayuda.

La articulación de Mujeres de Oposición<sup>74</sup> realizó una encuesta a organizaciones sobre violencia contra las mujeres durante la pandemia, como insumo para la relatora especial para la violencia hacia las mujeres de la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Entre los resultados, destaca que un 93,33% de las organizaciones percibe aumento de la violencia contra las mujeres, especialmente en el ámbito doméstico en el contexto de confinamiento, mientras que la violencia en línea contra mujeres y niñas aumentó en un 66,67%, según esta encuesta.<sup>75</sup> Se reclama que no se implementaron residencias temporales para mujeres que sufren violencia en cuarentena y un 57% de las organizaciones no tiene información sobre su disponibilidad. Por otra parte, el 45,5% de las organizaciones encuestadas consideran que las medidas de protección judicial no han estado disponibles para las mujeres que sufren violencia en pandemia, y el 61,54% considera que hay obstáculos que impiden el acceso al sistema judicial. Concluyen que el Ministerio de la Mujer no ha tenido un rol relevante durante la pandemia y que ha incumplido gravemente su mandato en el diseño y coordinación de los programas destinados a procurar la eliminación de toda forma de discriminación arbitraria en contra de las mujeres y niñas. Agregan que es necesario avanzar en materia de denuncias y medidas cautelares y en una mejor coordinación entre el sistema de justicia familiar y penal y, por último, en la necesidad de que exista un registro unificado de violencia contra las mujeres. Algunas de las deficiencias relevadas por las Mujeres de Oposición son de larga data e involucran no solo a la actual administración, sino a los gobiernos anteriores cuando algunos de esos partidos con presencia en esa organización femenina se encontraban en el gobierno. Es el caso de la deficiente coordinación con las fuerzas policiales y de las debilidades propias de las casas de acogida, que debieran ser reforzadas en el contexto de la pandemia, en base a las directrices de ONU Mujeres.

73 El Mostrador.cl: “#EnRedNosCuidamos organizaciones feministas lanzan campaña virtual contra violencia de género”, 22 de abril de 2020.

74 La Articulación de Mujeres de Oposición la conforman representantes del Partido Demócrata Cristiano, Partido Socialista, Partido Radical, Partido Comunista, Partido por la Democracia, Partido Progresista, Partido Revolución Democrática, Partido Convergencia Social, Partido Comunes, Partido Liberal y los movimientos Fuerza Común e Izquierda Libertaria.

75 Marcela Sandoval y otras, *Violencia contra las mujeres en Chile y COVID-19: un estado ausente*, junio de 2020, p.5.

### 3. SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA Y ACCESO A LA INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO EN PANDEMIA

La llegada de la pandemia a Chile obligó a poner los recursos en salud en función de la atención de la población contagiada y de prevenir la propagación del virus. Tal como señala el Colegio Médico, la magnitud del brote llevó a “reorganizar la actividad hospitalaria y en atención primaria, aumentando la oferta de recursos dirigidos a la atención de pacientes afectados por patología respiratoria. Esto genera como consecuencia una disminución de la oferta de distintos procesos de promoción, prevención, diagnósticos, terapéuticos y de rehabilitación de la red de salud dirigidos a patología NO COVID-19”.<sup>76</sup> Por su parte, el confinamiento y, en general, la fuerte restricción a la movilidad de las personas, el miedo al contagio en la población y la orientación entregada en los primeros meses en cuanto a no utilizar la red asistencial salvo emergencias o síntomas de la Covid-19, impactaron en la continuidad de la atención de salud.<sup>77</sup>

Los estándares de atención en salud en situaciones de emergencia establecen que la red asistencial debe garantizar prestaciones esenciales, además de lo que involucra la respuesta a esa situación emergente, tales como la vacunación para las enfermedades transmisibles, la atención de poblaciones que tienen condiciones de vulnerabilidad como niños/as y personas adultas mayores, y la provisión de medicamentos para el manejo continuo de enfermedades crónicas.<sup>78</sup> De manera particular, los órganos de los derechos humanos y aquellos específicos del ámbito de la salud han reiterado, desde los comienzos de la pandemia, que “los Estados deben garantizar la disponibilidad y acceso a servicios de salud sexual y reproductiva, entre los servicios de salud considerados esenciales e incluirlos entre las medidas de priorización en la atención a grupos específicos durante la atención a la crisis de COVID-19”.<sup>79</sup> La propia OMS, en sus orientaciones operativas a los Estados para el manejo de la pandemia, indicó que dentro de las prioridades “debería incluirse la garantía del acceso a los anticonceptivos, el aborto según lo permitido por la ley y los servicios de prevención y tratamiento de las infecciones de transmisión sexual, incluidos el VIH y los papilomavirus humanos (VPH)”.<sup>80</sup> La fuerza de estas recomendaciones tiene como base la evidencia que han dejado pandemias como el Ébola y situaciones de

76 Colegio Médico, *El impacto de Covid19 en el Sistema de Salud y propuestas para la reactivación*, agosto de 2020.

77 *Ibid.*

78 OMS, *Mantenimiento de los servicios de salud esenciales: orientaciones operativas en el contexto de la COVID-19: orientaciones provisionales*, 1 de junio de 2020.

79 Women's Link Worldwide, Amnistía Internacional e IPPF, *Guía para proteger los derechos de las mujeres y las niñas durante la pandemia de Covid 19*, abril de 2020.

80 OMS, *op. cit.*, p. 29.

catástrofes naturales o crisis humanitarias donde la ausencia o postergación de esta atención se ha traducido en un aumento de la mortalidad materna y neonatal, incremento de las necesidades insatisfechas de planificación familiar y de las infecciones de transmisión sexual (ITS), y un mayor número de abortos en condiciones de riesgo, entre otros retrocesos en la salud de las mujeres.<sup>81</sup>

En el periodo estudiado para este *Informe*, las prioridades establecidas por el Ministerio de Salud en materia de salud sexual y reproductiva (SSR) estuvieron focalizadas en la atención de las mujeres gestantes y del parto, y las emergencias obstétricas. Todas las demás prestaciones se retrasaron o suspendieron. Con el avance de los meses se ha ido mejorando el acceso a otros servicios esenciales, sin embargo, la respuesta ha sido tardía y tendrá impacto en los índices de salud de las mujeres.

Algunos de los problemas en la respuesta de la red asistencial tienen que ver con la demora del Ministerio de Salud en emitir las normas necesarias para orientar el trabajo de los equipos de salud. De hecho, las “Orientaciones para el manejo de casos SARS-COV-2 (Covid) en gestantes, puérperas y diádas” (Ordinario 2388) se emitió en junio de 2020 y recién en octubre se dieron a conocer las orientaciones técnicas para dar continuidad de atención en salud sexual y reproductiva en el contexto de la pandemia.<sup>82</sup> En consecuencia, los servicios de salud y la red de atención primaria tomaron decisiones localizadas sobre las formas de readecuar el funcionamiento y las derivaciones en la línea de atención y priorizar las atenciones en salud, e incluso definir un curso a seguir en el caso de atenciones médicas específicas. La ausencia de orientaciones suficientes y oportunas afecta la capacidad de respuesta de los equipos de salud. Lo sucedido con la interrupción voluntaria del embarazo en la causal de riesgo vital muestra con nitidez el problema: hasta junio de 2020, cuando se promulgan las orientaciones para el manejo de casos de Covid-19 en gestantes, los equipos de salud desconocían que las mujeres embarazadas con Covid positivo y con patologías respiratorias severas podían acceder a la interrupción del embarazo por causa de riesgo vital.<sup>83</sup>

La postergación de los servicios de atención a la salud sexual y reproductiva tiene impactos importantes en la salud de las mujeres. El Ministerio de Salud recoge esta evidencia en las orientaciones técnicas para la continuidad de esta atención, de octubre del 2020. Se informa

81 UNFPA, *Informe técnico Covid-19: un enfoque de género. Proteger la salud y los derechos sexuales y reproductivos y promover la igualdad de género*, marzo de 2020, p. 4.

82 Ministerio de Salud, *Continuidad de atención en salud sexual y reproductiva en el contexto de la pandemia COVID - 19, Orientaciones técnicas*, octubre de 2020.

83 Mesa Acción por el Aborto MAACH, *Informe de monitoreo social: Acceso a la interrupción voluntaria del embarazo y a la salud sexual y reproductiva en tiempos de coronavirus 2020*, mayo de 2021.

allí que la reducción promedio mensual de un 10% de las prestaciones de SSR provocaría un aumento del 14,7% de la mortalidad materna; la reducción de un 25% redundaría en 38,6% más de mortalidad materna.<sup>84</sup> Pese a ello, durante 2020 se postergaron prestaciones como consejerías en anticoncepción, mamografías y papanicolaou, control de infecciones de transmisión sexual (ITS) y aquellas relativas al climaterio, entre otras. De acuerdo a información del Departamento de Estadísticas e Información en Salud (DEIS), los controles prenatales disminuyeron 12,6% entre 2019 y 2020, las atenciones relativas al climaterio 64%, y los controles de SSR en 47%.

**Tabla N°1: Prestaciones en salud sexual y reproductiva por año.**

Prestación.	2019	2020	% diferencia
Controles de salud sexual y reproductiva	2.169.030	1.147.279	47%
Climaterio	94.440	33.733	64%
Gestantes ingresadas a control prenatal	162.583	142.175	12,6%

Fuente: DEIS<sup>85</sup>.

En un análisis del impacto de la pandemia de Covid-19 en el sistema de salud, el Colegio Médico informa que, a julio de 2020, se habían dejado de realizar 216.972 papanicolaou (PAP) lo que permitía estimar la existencia de 4.339 mujeres con citología atípica, que no estarían siendo identificadas.<sup>86</sup> Por su parte, entre el 15 de marzo y el 30 de agosto de 2020, “las mamografías semanales disminuyeron un 60,5% en promedio comparado con el mismo período en 2018 y 2019, con una media de 5.325 mamografías menos por semana, acumulándose 127.800 mamografías no realizadas en el período de marzo a agosto de 2020 aproximadamente”.<sup>87</sup> Tanto el papanicolaou como la mamografía son fundamentales en la detección temprana de cáncer cervicouterino y mamario, respectivamente, que tienen alta prevalencia entre las causas de muertes de las mujeres en Chile.

La información presentada lleva a concluir que, en el período de este *Informe*, la disponibilidad y acceso a servicios de salud sexual y

84 Ministerio de Salud, *Continuidad...*, op. cit., p. 7.

85 [https://deis.minsal.cl/wp-content/uploads/2020/07/Reporteria\\_Programa\\_Mujer.htm](https://deis.minsal.cl/wp-content/uploads/2020/07/Reporteria_Programa_Mujer.htm)

86 Colegio Médico de Chile, *El impacto de Covid19 en el Sistema de Salud y propuestas para la reactivación*, pp. 12 y 13.

87 Cristóbal Cuadrado y otros, *¿Cuál ha sido el impacto de la pandemia en el acceso a servicios ambulatorios vinculados al cáncer?*, Escuela de Salud Pública, Universidad de Chile. Proyecto CoV-IMPACT-C., 20 de octubre de 2020.

reproductiva no han sido considerados dentro de las atenciones esenciales de salud en la respuesta a la emergencia. Organizaciones de derechos humanos y de la salud –como Amnistía Internacional y APROFA–,<sup>88</sup> ONG y redes feministas –como Corporación Humanas y la Mesa Acción por el Aborto–,<sup>89</sup> así como espacios donde han confluído un número importante de organizaciones e instituciones –como la Mesa de Género Covid-19 convocada por la presidenta del Senado, Adriana Muñoz, y las diputadas presidentas de las comisiones de Trabajo y Género de la Cámara de Diputados, Gael Yeomans y Camila Vallejo–,<sup>90</sup> han advertido y recomendado al gobierno respecto a la necesidad de incorporar atenciones en salud sexual y reproductiva en la respuesta a la pandemia.

Se comparte la preocupación por el impacto de la postergación y atraso importante en exámenes básicos que hacen prever el aumento de la mortalidad y morbilidad de las mujeres. En el marco de la elaboración de este capítulo, se solicitó, vía transparencia, información al Ministerio de Salud sobre muerte materna el 2019 y 2020, sin que a la fecha se haya recibido respuesta.<sup>91</sup>

A continuación, se desarrollan dos ámbitos específicos en salud sexual y reproductiva en los que se han vulnerado derechos de las mujeres y se ha afectado su salud en el periodo de este *Informe*: las dificultades de acceso a anticonceptivos y a la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales.

### 3.1. Acceso a anticonceptivos

Desde el comienzo de la pandemia hubo preocupación manifiesta por las dificultades de acceso a los métodos anticonceptivos, que el escenario del coronavirus estaba creando. Para América Latina y el Caribe se estimaba que 18 millones de mujeres adicionales perderían su acceso

88 Amnistía Internacional, *Informe 2020-2021, capítulo Chile*, p. 9. Aprofa, por su parte, se ha pronunciado varias veces respecto de las dificultades de acceso a la SSR, que están accesibles en el apartado de prensa (ver [www.aprofa.cl](http://www.aprofa.cl)); y también en entrevistas a su directora: OGE.cl: “COVID-19: Alerta por la salud y derechos sexuales y reproductivos de mujeres y niñas”, 13 de abril de 2020.

89 La Mesa Acción por el Aborto realiza un monitoreo social del acceso a la ley de interrupción del embarazo, donde ha identificado las falencias y obstáculos en el acceso a esta prestación, y se ha pronunciado respecto de la necesidad de cautelar la SSR durante la pandemia (ver: [www.mesaborto.cl](http://www.mesaborto.cl)). Por su parte, la Corporación Humanas ha dado seguimiento a la objeción de conciencia y a la criminalización de las mujeres que abortan en Chile (ver: [www.humanas.cl](http://www.humanas.cl)).

90 Senado.cl: “Presentan Agenda de Género Covid-19 con propuestas en áreas de trabajo, educación y territorio”, 23 de junio de 2020.

91 Subsecretaría de redes asistenciales, Acuse de recibo de solicitud de acceso a la información ley de transparencia ao002t0005416 fecha: 11/04/2021; Subsecretaría de salud pública, Acuse de recibo de solicitud de acceso a la información ley de transparencia ao001t0013546 fecha: 11/04/2021.



a anticonceptivos modernos.<sup>92</sup> Por ello el Fondo de Población para las Naciones Unidas (UNFPA), entre otros organismos, pide a los países redoblar esfuerzos para dar continuidad a los servicios de SSR y facilitar el acceso a anticoncepción y anticoncepción de emergencia, entre otras prestaciones esenciales.<sup>93</sup> La recomendación se funda en la evidencia de la existencia de brechas de acceso a métodos anticonceptivos previos a la pandemia y el aumento de la violencia de género, tal como se informa previamente en este capítulo.

En el país se han producido dificultades de acceso a métodos anticonceptivos por distintas razones. Una de ellas es lo tardío de las orientaciones del Ministerio de Salud (en adelante Minsal) para dar continuidad a la atención en SSR que dictamina las acciones a seguir. De acuerdo con información del Colegio Médico, “cada establecimiento ha generado sus propios lineamientos. Las atenciones son heterogéneas, algunos centros tienen modalidades expeditas de teleatención, mientras en otros esto no se ha establecido, lo que puede generar demoras en la atención que en contexto de anticoncepción pueden ser graves”.<sup>94</sup> Antecedentes similares ofrecen otros seguimientos durante la pandemia. De hecho, existe información de establecimientos que, al reiniciar las consultas y entrega de anticonceptivos, mantuvieron la cobertura en las usuarias ya registradas, sin abrir la posibilidad a nuevos ingresos,<sup>95</sup> a pesar de que las normas de regulación de la fertilidad establecen que se recomienda la distribución de anticonceptivos a toda mujer en edad fértil, independiente de si antes de la emergencia estaba adscrita o no a un programa de regulación de la fertilidad.<sup>96</sup> A la ausencia de orientación por parte del Minsal se agregan la disminución de la oferta de atención por disponibilidad de personal, la postergación de la entrega de métodos como implantes y dispositivos intrauterinos e incluso la falta de stock.<sup>97</sup> Hace falta una mayor capacidad organizativa del gobierno central con el propósito de evitar múltiples respuestas que, además, están cruzadas por la mayor o menor capacidad de los municipios para responder adecuadamente a la crisis.

A lo expuesto, se agregan dos situaciones relativas al acceso a anticoncepción. La primera de ellas, que no fue causada por la pandemia, pero sí afecta de manera especial durante ella, es la distribución de anticonceptivos defectuosos en la red pública de salud; la segunda se refiere a la dificultad de obtener la receta médica para la compra de anticonceptivos.

92 OEA-CIM, *COVID-19 en la vida de las mujeres: Razones para reconocer los impactos diferenciados*, 2020, p. 19.

93 UNFPA, op. cit.

94 Colegio Médico, *Género y Salud en tiempos de COVID*, mayo de 2020, p. 9.

95 MAACH, Informe de monitoreo social, op. cit., p. 31.

96 Ministerio de Salud, Normas nacionales de regulación de la fertilidad, enero de 2018, pp. 181 y 182.

97 Colegio Médico, *Género y Salud*, op. cit.

En agosto de 2020, el Instituto de Salud Pública (ISP) emitió una alerta farmacéutica en la que ordenaba el retiro de una serie determinada de píldoras anticonceptivas –Anulette CD– debido a la errónea disposición de los comprimidos y la falta de algunos con principio activo y/o placebo.<sup>98</sup> En septiembre informa de una nueva falla en otra serie del mismo anticonceptivo,<sup>99</sup> que es uno de los mayormente distribuido entre las usuarias del sistema público –en ese mes, al menos 380.000 mujeres estaban bajo control con el anticonceptivo Anulette–.<sup>100</sup> En octubre, se revelan nuevas fallas en los anticonceptivos Minigest-15 y Minigest-20, del mismo laboratorio.<sup>101</sup> El ISP sancionó a los laboratorios Silesia S.A. y Andrómaco S.A involucrados, mediante un sumario sanitario que estableció el incumplimiento de los estándares de calidad –especificados en el Código Sanitario y las normas del Ministerio de Salud– de las píldoras fabricadas y distribuidas, y definió el pago de multas por 1.300 UTM.<sup>102</sup>

Junto con la alerta farmacéutica y el retiro del mercado de los productos defectuosos, el ISP difundió recomendaciones a las usuarias para que consultaran alternativas de otros anticonceptivos orales en los establecimientos de salud,<sup>103</sup> y en la red de atención primaria se buscó tomar contacto con las mujeres afectadas para advertirles el problema y ofrecerle otras alternativas de prevención del embarazo. Aquí cobra relevancia la obligación de debida diligencia con el objetivo de notificar y encontrar a las mujeres afectadas. La notificación llegó tarde o nunca llegó para al menos 112 mujeres que han debido enfrentar embarazos no deseados producto de la falla de los anticonceptivos. En los medios de comunicación se han conocido las historias de algunas de ellas –jóvenes con estudios en curso, o mujeres con varios hijos/as, sin trabajo producto de la pandemia, entre otros casos– que han visto sustancialmente alterados sus planes de vida.<sup>104</sup> La legislación en Chile no las autoriza a interrumpir esos embarazos, porque solo están legalizadas tres causales de aborto, ninguna de las cuales considera su caso. Tampoco se ven medidas de reparación y la sanción administrativa, aplicada por el ISP a los laboratorios, no contempla mecanismos en tal sentido. Por

98 ISP, alerta farmacéutica 26/2020 (ver en: <https://www.ispch.cl/sites/default/files/comunicado/2020/08/Scan26-08-2020-180913.pdf>)

99 ispch.cl: “ampliación alerta farmacéutica retiro del mercado” (Ver en: <https://www.ispch.cl/sites/default/files/comunicado/2020/09/Scan07-09-2020-081104.pdf>)

100 ISP, resolución exenta 3701, 8 de septiembre de 2020.

101 ISP, resolución exenta 2356, 27 de mayo de 2021.

102 ispch.cl: “ISP dicta sentencia en sumario sanitario ante denuncia en la calidad de los anticonceptivos Anulette CD”; 23 de febrero de 2021.

103 ISP, *Retiro voluntario de Minigest-15 y Minigest 20: Orientaciones para las usuarias de estos anticonceptivos*.

104 Fundación Miles y Women’s Link Worldwide, *Historia de 12 mujeres chilenas a las que les suministraron anticonceptivos defectuosos e impactos sobre su salud y sus proyectos de vida*.

tanto, son las propias afectadas las que tienen que activar mecanismos judiciales para recibir algún tipo de compensación. Se ha conocido que la Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios (Conadecus) presentó, el 28 de marzo, una demanda colectiva contra los laboratorios responsables,<sup>105</sup> y que la Corporación Miles junto con Women's Link Worldwide han presentado los casos ante diferentes relatorías de Naciones Unidas y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.<sup>106</sup>

Casos como los aquí descritos refuerzan la necesidad de que la legislación chilena avance hacia la despenalización y la legalización del aborto, al menos en el primer trimestre del embarazo, y otorgue garantías al derecho a decidir de las mujeres y personas gestantes. Sin perjuicio de ello, es claro que el Estado tiene, en la situación descrita, un deber de reparación con las afectadas, que atienda su salud física y mental y contribuya a solventar los costos del cuidado. Al cierre de este capítulo, por un voto, la Comisión de mujeres y equidad de género de la Cámara de Diputados rechazó un proyecto de ley que despenaliza el aborto hasta las 14 semanas sin invocación de causal.<sup>107</sup> El proyecto pasará a sala donde nuevamente será votado.

La segunda situación, indicativa de las dificultades que se han enfrentado en el acceso a anticonceptivos en estos meses de pandemia, estuvo dada por la obligatoriedad de la receta médica para adquirirlos. El ISP mantuvo la norma, aunque flexibilizando ciertos parámetros, tales como la posibilidad de que se emitiera en medios digitales, electrónicos y físicos, incluyendo imágenes y mensajería instantánea, y ampliando su duración.<sup>108</sup> Sin embargo, esto no eliminó la dificultad de contar con una receta para adquirir el producto. Finalmente, el 6 de abril de 2021, el ISP ofició a las farmacias autorizando la venta de anticonceptivos sin receta por motivos de salud pública, tal como debiera haber sido desde los comienzos de la pandemia.<sup>109</sup>

### **3.2. Acceso a la interrupción voluntaria del embarazo (IVE) en tres causales**

Durante el período que abarca este *Informe* se ha mantenido el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo (IVE) en las tres causales legalizadas: riesgo vital de la gestante, inviabilidad fetal letal y

105 El Mostrador Braga: "Falla en pastillas anticonceptivas: Conadecus interpone demanda colectiva por caso de embarazos no deseados", 6 abril de 2021.

106 Women's Link.org: "Solicitan a organismos internacionales revisar casos de mujeres que quedaron embarazadas tras usar anticonceptivos defectuosos, suministrados por el sistema de salud de Chile", 19 de enero de 2021.

107 Emol.com: "Comisión de Mujer rechaza proyecto que despenaliza el aborto consentido: Voto de diputada DC fue clave", 9 de agosto de 2021.

108 Ispch.cl: "ISP aclara regulación vigente de anticonceptivos", 5 de abril de 2021.

109 Ispch.cl: "ISP oficia a farmacias la venta de anticonceptivos sin receta por motivos de salud pública", 5 de abril de 2021.

embarazo resultado de la violencia sexual. Sin embargo, en base a los datos proporcionados por el Ministerio de Salud, los casos atendidos han disminuido en un 22% si se compara 2019, año en que se atendieron 818 casos, y 2020 con 640 casos. En ese mismo sentido, las cifras del primer semestre de 2021 parecieran indicar que no se volverá a los niveles de casos previos a la pandemia.

**Tabla 2: Distribución de casos en los que se ha constituido una causal en el marco de la Ley 21.030. Información preliminar de casos reportados que concurren entre el 1 enero y el 31 de diciembre de 2020, y entre enero y julio de 2021.**

Causal	Total casos enero-diciembre 2019		Total casos enero-diciembre 2020		Total casos enero-julio 2021	
	Nº	%	Nº	%	Nº	%
<b>Causal 1</b>	158	25%	158	25%	108	31,03%
<b>Causal 2</b>	340	53%	340	53%	192	55,17%
<b>Causal 3</b>	142	22%	142	22%	48	13,79%
<b>Total</b>	640	100%	640	100%	348	100%

Fuente: Elaboración propia en base al sistema de información IVE, DEIS, MINSAL.

La Mesa acción por el aborto en Chile ha realizado dos monitoreos del acceso a la IVE. El primero de ellos a poco más de un año de la adopción de la Ley 21.030; y el segundo, entre julio y octubre de 2020. La Mesa constata en su informe que los obstáculos de acceso a la IVE, inicialmente detectados, no se han superado y que la pandemia los ha profundizado.<sup>110</sup> En particular, se reporta “... falta de avances en información, en construcción de capacidades en la red asistencial y de facilitación de acceso tomando en cuenta las barreras que ponen, entre otras condiciones, la edad, la ruralidad, la nacionalidad, la situación socioeconómica, la pertinencia cultural, o los tabús y prejuicios sociales. El hecho concreto es que las mujeres y personas con capacidad de gestar, de manera significativa, desconocen que tienen el derecho a interrumpir un embarazo en las causales legalizadas y que esa interrupción debe hacerse de manera expedita, sin afectación de su dignidad y derecho a decisión”.

Lo señalado es particularmente preocupante cuando se conoce del aumento significativo de la violencia de género durante la pandemia,

110 Mesa Acción por el Aborto MAACH, Informe de monitoreo social, op. cit., p. 93.

incluida la violencia sexual. El confinamiento, las dificultades de acercarse a los establecimientos de atención primaria, la teleatención que no facilita la pesquisa de realidades de violencia, entre otras condiciones, son todas dificultades objetivas para la detección de casos y el acceso a la IVE. Sin embargo, la evidencia muestra que, tal como ha sucedido con gran parte de las prestaciones de salud sexual y reproductiva, esta no fue una atención considerada esencial durante la pandemia. Los efectos se verán en los grupos más vulnerabilizados, como las mujeres víctimas de violencia y la población de niñas y adolescentes.

#### 4. CONCLUSIONES

Este capítulo del *Informe* da cuenta de las innumerables situaciones cotidianas en que los derechos de las mujeres se ven menoscabados y de cómo la pandemia profundizó las brechas y los déficits de su ejercicio, previamente existentes. La pobreza ha golpeado de manera particular los hogares encabezados por mujeres, y la división sexual del trabajo se ha mostrado en todas sus caras: en la crianza, en los cuidados a otras personas, en la educación, en el trabajo asalariado, en la violencia al interior de los hogares y en la dependencia económica. La falta de ayudas oportunas del Estado movilizó, especialmente, a las mujeres y las llevó a buscar respuestas colectivas a las crisis financieras y de los cuidados y se hizo más visible que nunca con las miles de demandas por pensiones de alimentos impagas, a propósito de los retiros del 10% de los fondos de las AFP.

Los problemas que se presentan en este *Informe* son debilidades del aparato del Estado ya conocidas. Los órganos de derechos humanos hicieron múltiples llamados a que los servicios que atienden a mujeres fueran declarados esenciales, de la misma manera que la atención de salud sexual y reproductiva. Si bien el gobierno adoptó medidas concernientes a la atención telemática para mujeres en necesidad de protección ante la violencia, es evidente la debilidad en su ejecución. En materia de servicios de SSR, la constatación va en igual sentido: se han producido postergaciones de prestaciones esenciales que tendrán impacto en la morbilidad y mortalidad de las mujeres.

Los dispositivos para la prevención y atención del sistema de orientación telefónica en los casos de violencia en contra de las mujeres mostraron, de una manera brutal, algunos de los problemas relativos a la tercerización de servicios. Es posible que una buena idea, que un canal rápido de comunicación, sea ineficaz cuando se producen demasiados problemas de implementación, como los que hemos detallado en este capítulo. En ese caso se convierte en una medida más bien mediática y no en una herramienta eficiente que facilite a las mujeres el acceso a los servicios en casos de violencia.

En este sentido, los efectos de la pandemia se mantendrán por un tiempo difícil de precisar, por lo cual resulta indispensable evaluar las acciones y políticas desarrolladas a fin de asegurar que los servicios tengan las coberturas requeridas y se garanticen respuestas robustas a las necesidades de las mujeres en contextos de emergencia.

## 5. RECOMENDACIONES

1. Desarrollar protocolos de atención y fortalecer la capacidad de los agentes de seguridad y actores de justicia involucrados en la investigación y sanción de hechos de violencia doméstica, así como llevar a cabo la distribución de materiales de orientación sobre el manejo de dichos casos en todas las instituciones estatales.
2. Fortalecer la acción pública con aumento de recursos fiscales y medidas que garanticen la atención integral en servicios sociales, como los de salud y de seguridad y el acceso a la justicia –a través de canales activos– expedito y oportuno, habida consideración a la saturación de los servicios de salud por causa de la crisis sanitaria de la Covid-19.
3. Garantizar la disponibilidad y continuidad de los servicios de salud sexual y reproductiva durante la crisis de la pandemia, incrementando, en particular, las medidas que faciliten el acceso a métodos anticonceptivos, a la pesquisa precoz de violencia sexual, a los exámenes preventivos como mamografías y papanicolaou, a los test rápidos de VIH, al tratamiento de ITS, y a la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales. Asimismo, asegurar una educación sexual integral y diseminación de información pertinente en medios accesibles y con lenguaje adecuado, con el objeto de alcanzar a las mujeres en su diversidad. Ello conlleva el fortalecimiento de la red de atención primaria, tanto en recursos humanos –es conocido el déficit de profesionales y técnicos/as de los equipos de APS en el país, particularmente en territorios aislados y extremos– como en construcción de capacidades técnicas y disponibilidad de insumos suficientes para cumplir con los estándares de calidad de atención en SSR.
4. Reformular los mecanismos tradicionales de respuesta a la violencia de género, adoptando canales alternativos de comunicación, como líneas de atención de emergencia, así como promover el fortalecimiento de redes comunitarias con el objeto de ampliar los medios de denuncia y órdenes de protección, en el marco del periodo de confinamiento y restricciones a la movilidad. Asimismo, asegurar la disponibilidad de casas de acogida y albergues para las mujeres víctimas de violencia intrafamiliar,

en los cuales existan condiciones para adoptar las medidas de prevención del contagio.

5. Desarrollar campañas de información sobre la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, particularmente entre adolescentes, jóvenes y mujeres viviendo en pareja. Estas acciones de información deben desarrollarse con pertinencia cultural y territorial de manera de resolver barreras de acceso condicionadas por el lugar de residencia (zona rurales o aisladas, por ejemplo), la pertenencia a pueblos originarios y el idioma (particularmente relevante en el caso de la población migrante haitiana).
6. Incorporar la perspectiva de género a partir de un enfoque interseccional en todas las respuestas de los Estados para contener la pandemia, incluyendo la seguridad alimentaria, teniendo en cuenta los distintos contextos y condiciones que potencializan la vulnerabilidad a la que las mujeres están expuestas, como la precariedad económica, la edad, la condición de migrante o desplazada, la condición de discapacidad, la privación de libertad, el origen étnico-racial, la orientación sexual, identidad y/o expresión de género, entre otras.
7. Evaluar críticamente las campañas publicitarias alentando a la denuncia y sus efectos en la capacidad de respuesta de los dispositivos de ayuda a distancia. Estos deben ser mejorados para asegurar una coordinación eficaz con todo el aparato del Estado con la finalidad de enfrentar la violencia y cumplir la obligación de debida diligencia.







# **PANDEMIA Y POBREZA: NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN EL PEOR DE LOS MUNDOS<sup>1</sup>**

- 1 Capítulo elaborado por Ester Valenzuela Rivera, abogada, Magister en derechos de infancia, adolescencia y familia, Académica Universidad Diego Portales de pregrado y postgrado, Co-directora del Diplomado en Derechos de Infancia y Adolescencia: Problemas y desafíos actuales, directora ejecutiva de CIDENI; Jorge Fernández Mejías, abogado, Magister en Penal y Proceso Penal, investigador de CIDENI, con la colaboración de la ayudante de investigación Belén Mendoza Toporowicz.



## SÍNTESIS

El presente capítulo tiene como objetivo realizar un análisis de los efectos de la pandemia en la situación de niños, niñas y adolescentes, en especial, su impacto en aquellos/as pertenecientes a sectores socioeconómicos más vulnerables, mostrando cómo la pandemia de la Covid-19 ha amplificado la situación de pobreza de este grupo, durante el último año, y cómo esta tendrá consecuencias a largo plazo. Las implicancias de la pandemia han sido abismales, profundizando las brechas existentes en materia educacional, propiciando el abandono escolar y generando las condiciones para el trabajo infantil, las uniones tempranas y el embarazo adolescente. En muchas familias, la pandemia ha ocasionado también la pérdida de empleo e ingresos, carencias que se han visto asociadas a un incremento de las variables de riesgo, exponiendo a niños, niñas y adolescentes a factores de malnutrición, violencia y maltrato físico, afectando con ello su derecho a una salud física y mental. En el ámbito penal, los niños, niñas y adolescentes<sup>2</sup> han visto restringidos sus derechos y garantías procesales, a la vez que limitada la comunicación con sus seres significativos. En el caso de los niños, niñas y adolescentes privados de libertad, la falta de recursos económicos y humanos ha impedido un acceso efectivo a los diversos programas socioeducativos.

*PALABRAS CLAVES: Pandemia, niños, niñas y adolescentes; pobreza, violencia contra niñas, niños y adolescentes; educación, trabajo infantil, salud física y mental, separación por pobreza, responsabilidad penal adolescente.*

2 Nos referiremos siempre a niños, niñas y adolescentes sin sigla, solo se utilizará (NNA) cuando hagamos referencia a citas textuales



## INTRODUCCIÓN

Toda la evidencia señala que tanto la pobreza como la pobreza extrema afectan más a niños, niñas y adolescentes por el ciclo vital que están viviendo. Asimismo, la intensidad, gravedad y prolongación de la pobreza o vulnerabilidad experimentada, tienen implicancias significativas en el bienestar y desarrollo de las personas en cualquier etapa de su vida.<sup>3</sup>

Sin duda, las implicancias de la pobreza y vulnerabilidad también dependen del género, origen racial, edad o lugar de residencia, entre otras importantes variables. Estas categorías sociales interactúan en distintos niveles y pueden incluso superponerse y reforzarse entre sí, reflejando lo que llamamos interseccionalidad.<sup>4</sup> Es así como, por ejemplo, las condiciones laborales precarias de los padres determinan en gran medida el barrio donde vivirán, la calidad de la vivienda y de la alimentación a la que podrán acceder, afectando simultáneamente, entre otros, la salud física y mental de los niños, niñas y adolescentes, y las posibilidades de ser acompañados en su trayectoria escolar.<sup>5</sup> Que un niño, niña o adolescente nazca en un determinado lugar, bajo condiciones de pobreza o en situación de vulnerabilidad, marcará su vida: la pobreza no es inocua, ya que implica desventajas de base en las personas.

La pandemia ocasionada por la Covid-19 ha afectado a toda la humanidad, sin embargo, han sido las poblaciones más vulnerables las que han sufrido con mayor crudeza sus efectos, y dentro de estos

- 3 Alianza Erradicación de la Pobreza Infantil, *Nacer y crecer en pobreza. Implicancias y propuestas para Chile*, 2021. Esta publicación fue preparada en el marco de la Alianza Erradicación de la Pobreza Infantil, conformada por el Centro Iberoamericano de los Derechos del Niño (CIDENI), Fundación Colunga, el Núcleo Milenio para el Estudio del Curso de Vida y la Vulnerabilidad (MLIV), el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) y la Fundación Hogar de Cristo. Disponible en: [www.cideni.org](http://www.cideni.org) [www.unicef.org/chile](http://www.unicef.org/chile)
- 4 ACNUDH, *Efectos de las formas múltiples e interseccionales de discriminación y violencia en el contexto del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia sobre el pleno disfrute por las mujeres y las niñas de todos los derechos*, abril de 2017.
- 5 Alianza Erradicación de la Pobreza Infantil, *Nacer y crecer en Pobreza. Implicancias y propuestas para Chile*, 2021. Disponible en: [www.cideni.org](http://www.cideni.org) [www.unicef.org/chile](http://www.unicef.org/chile)

grupos se encuentra la infancia y adolescencia, especialmente aquellos que nacen y crecen en pobreza.

En relación a la pobreza, la región de América Latina y el Caribe experimentó, en la primera década de 2000, una disminución de los índices de pobreza; sin embargo, esto cambió en los últimos años previos a la pandemia. Así, entre 2014 y 2019, la incidencia de la pobreza en América Latina pasó del 27,8% al 30,8%, mientras que la pobreza extrema aumentó del 7,8% al 11,5%.<sup>6</sup> A partir de 2020, a propósito de la crisis sanitaria mundial producto de la Covid-19, dicha incidencia empeoró y la pobreza se acrecentó aún más.

La Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) han previsto impactos significativos en el bienestar de las familias de América Latina y el Caribe con niños, niñas y adolescentes, como consecuencia de los efectos sociales y económicos de la pandemia de Covid-19 que se encuentra en curso.

Durante 2020, UNICEF y Save de Children anunciaron que, a menos que se tomen medidas urgentes, el número de niños, niñas y adolescentes que viven en hogares pobres en los países de bajos y medianos ingresos podría aumentar un 15%. El incremento más considerable, de hasta un 44%, podría registrarse en los países de Europa y Asia Central, mientras que en América Latina y el Caribe podría producirse un aumento de un 22%.<sup>7</sup> El informe agrega que las dificultades económicas que están enfrentando las familias a nivel mundial podrían revertir años de avances en la reducción de la pobreza infantil y privar a los niños, niñas y adolescentes de los servicios esenciales.

El Comité de Derechos del Niño, a través de una declaración, advirtió sobre los graves efectos físico, emocional y psicológicos de la pandemia de Covid-19 en los niños, niñas y adolescentes, haciendo un llamado a los Estados para que protejan los derechos de este grupo.<sup>8</sup> Dadas las circunstancias excepcionales provocadas por la pandemia, el Comité solicitó incrementar la protección, en especial, de niños, niñas y adolescentes en situación de discapacidad, de aquellos que viven en la pobreza o en situación de la calle, de niños, niñas y adolescentes migrantes, pertenecientes a minorías e indígenas; con afecciones de salud subyacentes, de niños, niñas y adolescentes privados de libertad o internados en centros de detención policial, cárceles, centros de atención segura, centros o campos de detención de

6 CEPAL y UNICEF, *Protección social para familias con niños, niñas y adolescentes en América Latina y el Caribe un imperativo frente a los impactos del COVID-19*, 2020.

7 UNICEF.org: "Pandemia y pobreza infantil", 8 de junio de 2020.

8 Comité de Derechos del Niño, "El Comité advierte sobre el grave efecto físico, emocional y psicológico de la pandemia COVID-19 en los niños y hace un llamado a los Estados para proteger los derechos de los niños", abril de 2020.

migrantes; y de niños, niñas y adolescentes que viven en instituciones, entre otros.

Es por ello que el presente capítulo sobre derechos de niños, niñas y adolescentes de este *Informe* se enfocará en la pobreza como vulneración a sus derechos, y en cómo la crisis sanitaria mundial de la Covid-19 ha tenido un efecto amplificador de la misma. Analizaremos el impacto de la pandemia en la infancia y adolescencia –no solo desde lo sanitario, sino también desde la perspectiva socioeconómica–, explicando de qué manera ha repercutido en la vida de los niños, niñas y adolescentes más vulnerables de Chile.

Nos referiremos, primero, al panorama general de la infancia y adolescencia y a las consecuencias de la pandemia en materia de violencia, educación, trabajo infantil y salud. Luego, intentaremos evidenciar cómo la pobreza afecta de manera inconmensurable a niños, niñas y adolescentes que se encuentran privados de libertad, es decir, tanto aquellos/as en acogimiento residencial como aquellos/as en conflicto con la ley.

## **1. LA PANDEMIA EN NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN CONTEXTO DE POBREZA EN CHILE**

Chile está siendo fuertemente afectado por la pandemia en términos económicos y sociales. Según proyecciones de la CEPAL, la pobreza en el país podría aumentar de un 8,6% a un 13,7%, lo que significa que habrá un millón más de personas viviendo en situación de pobreza.<sup>9</sup> Esto resulta especialmente grave para la infancia y adolescencia, que actualmente casi duplica el porcentaje de pobreza de los adultos, lo cual es muy complejo por tratarse de un grupo más vulnerable.<sup>10-11</sup> En cuanto a cifras actuales, la encuesta Social Covid-19 advierte que en Chile el 66,1% de los hogares con niños, niñas o adolescentes disminuyeron los ingresos.<sup>12</sup> A estas cifras, es preciso agregar que la crisis económica provocada por la pandemia genera carencias importantes en lo referido a las condiciones mínimas de alimentación y habitabilidad de las familias, lo que provoca déficits de protección social. Respecto a este último punto, es preciso recordar que “Antes de la pandemia, dos terceras partes de los niños del mundo carecían de acceso a cualquier forma de protección social, lo cual impide a las familias resistir las crisis económicas y perpetúa el ciclo vicioso de la pobreza intergeneracional”.<sup>13</sup>

9 UNICEF.org: “Pandemia y pobreza infantil”, op. cit.

10 Id.

11 La recientemente publicada encuesta CASEN trae datos solo hasta 2020, no incluyendo los de este año.

12 UNICEF.org: “Principales indicadores de infancia se han estancado a nivel mundial producto de la pandemia”, 15 de marzo de 2021.

13 UNICEF.org: “Pandemia y pobreza infantil”, op. cit.



La situación es preocupante. Al respecto, “La OCDE advirtió que el 53% de la población chilena está en riesgo de caer bajo la línea de pobreza si deja de recibir ingresos por tres meses y a su vez la CEPAL alertó que este año un millón de personas en el país podrían volverse pobres. Si esto es así, es muy probable que durante y tras la pandemia la pobreza infantil aumente, pues estas cifras suelen ser el doble de la población adulta (Human Rights Watch, 2020)”.<sup>14</sup>

Una de las poblaciones de mayor vulnerabilidad son las personas migrantes y en el caso de los niños, niñas y adolescentes, esto es aún más complejo. Un estudio del Servicio Jesuita a Migrantes señaló que “entre el 2017 y el 2020 la pobreza en Chile afectó más a las personas migrantes, alcanzando a un 17% de dicha población en el 2020, sin embargo, entre ellos hay tres grupos aún más castigados: mujeres; niños, niñas y adolescentes; y quienes viven en la zona norte del país”. Así, tenemos que la pobreza, en general, afecta más a niños, niñas y adolescentes nacidos fuera de Chile, donde un 26%, es decir, uno de cada cuatro, se encontraba en situación de pobreza en el 2020. El informe también señala que el 15% de los niños, niñas y adolescentes nacidos en Chile está bajo la línea de pobreza, pero dentro de este grupo, cuando un NNA que nace en el país tiene al menos uno de los padres migrante, la cifra es de 22% debajo de la línea de pobreza.<sup>15</sup>

En Chile los efectos de la pandemia de la Covid-19 han estado más presentes en materia de violencia y educación, sobre todo cuando se trata de niños, niñas y adolescentes en situación de pobreza, y se estima que la pos-pandemia traerá problemas significativos en el terreno del trabajo infantil y las uniones tempranas o matrimonio infantil. Adicionalmente, una vez más, quienes se ven mayoritariamente afectados/as son todos/as aquellos/as niños, niñas y adolescentes que se encuentran en situación de internación, ya sea por protección o por estar en conflicto con la ley. La pandemia, respecto de ellos, exacerbó aún más los efectos de la pobreza como un factor de vulneración estructural.

### 1.1. VIOLENCIA

En cuanto a las consecuencias relacionadas con situaciones de violencia, el reporte de Human Rights Watch (2020) es claro en señalar que las tensiones familiares adicionales relacionadas con la crisis de la Covid-19 –como son la cesantía, el aislamiento, las ansiedades que se gatillan en torno a la salud y las finanzas– aumentan el riesgo de violencia en el hogar, incluida la violencia entre parejas y hacia los niños, niñas

14 Nicolás Contreras y otros, *COVID-19 Y NIÑEZ -Visibilizando las barreras estructurales para enfrentar la pandemia y sus efectos*, Observatorio Niñez y Adolescencia, junio de 2020.

15 Servicio Jesuita Migrantes Chile, Informe: *Casen y Migración: Una caracterización de la pobreza, el trabajo y la seguridad social en la población migrante*, 2021.

y adolescentes, situación que ya era grave en nuestro país antes de la pandemia.<sup>16</sup>

El representante de UNICEF Chile señaló que en nuestro país los niveles de violencia intrafamiliar hacia la infancia han sido históricamente altos. Al respecto, señaló que “según la Encuesta Longitudinal de Primera Infancia (ELPI, 2017), el 62% de los padres, madres o cuidadores reconocen utilizar métodos de disciplina violentos en la crianza de sus hijos e hijas. Este dato coincide con el de otras encuestas realizadas a nivel nacional, donde los propios niños (cerca del 70%) señalan que han sido víctimas de violencia en sus hogares”.<sup>17</sup> Se ha descrito el aumento de algunos factores de riesgo a nivel familiar asociados al abuso infantil, por ejemplo, el aislamiento social, el aumento de consumo de alcohol, la conflictividad en el hogar y las dificultades de salud mental. Además, se ha planteado que el estrés familiar y social a causa de la pandemia aumenta el riesgo de violencia.<sup>18</sup>

En Chile, paradójicamente, disminuyeron las denuncias a Fiscalía por motivos de violencia intrafamiliar. No obstante, aumentaron los llamados telefónicos a Carabineros y a teléfonos de orientación.<sup>19</sup> Según estadísticas proporcionadas por la Organización Mundial de la Salud (OMS), han aumentado en un 70 % las llamadas a los números de emergencia por situaciones de violencia contra las mujeres y los niños, niñas y adolescentes en los distintos países miembros.<sup>20</sup> En ese contexto, en abril de 2020, la ONG Activa reportó un aumento del 42% de casos de maltrato a niños, niñas y adolescentes desde que llegó la pandemia al país.<sup>21</sup> Además, se mostró que cuatro de cada 10 denuncias de violencia intrafamiliar estuvieron asociadas a la violencia ejercida sobre menores de edad, concentrándose en el segmento etario que va entre los 0 y los 14 años.<sup>22</sup> Un informe de la PDI muestra que las denuncias por agresiones sexuales, cuyas víctimas mayoritarias son niños y niñas, disminuyeron más de un 50% en relación a 2019.<sup>23</sup> Contrario a lo esperado, este antecedente se ha interpretado como una mala noticia

16 Nicolás Contreras y otros, op. cit.

17 UNICEF.org: “Coronavirus y violencia hacia la infancia”, 27 de abril de 2020.

18 CIPER.cl: “Agresiones sexuales a niños, niñas y adolescentes en Chile: experiencias y lecciones durante la pandemia”, 23 de diciembre de 2020.

19 En este sentido véase, en este *Informe*, capítulo: “Derechos humanos de las mujeres en el contexto de la pandemia: aumento de la violencia y postergación de la salud sexual y reproductiva”.

20 Cristián Lepin, “La familia ante la pandemia del COVID-19”, *Ius et Praxis, Revista de la Facultad de Derecho* Universidad de Lima, n° 50-51, 2020.

21 El Mostrador.cl: “Maltrato a menores aumentó un 42% desde el inicio de la cuarentena”, 13 de abril de 2020.

22 Claudia Salas, “Violencia intrafamiliar: La cara oculta de la pandemia”, *Instituto de Bioética* Universidad Finis Terrae, N° 17, 2021.

23 CIPER.cl: “Agresiones sexuales a niños, niñas y adolescentes en Chile: experiencias y lecciones durante la pandemia”, 23 de diciembre de 2020.

ya que la baja puede deberse al temor: obligadas a convivir con el agresor producto de la Covid-19, las víctimas no se atreven a denunciar la agresión sufrida.<sup>24</sup>

La directora regional de UNICEF, Jean Gough, señaló, en este sentido, que “La familia es el mejor lugar para el desarrollo de un niño o una niña, sin embargo, estar encerrados en casa algunas veces ha supuesto, para los más pequeños, un mayor riesgo de ser golpeados y maltratados”, agregando que “para todos ha sido difícil, pero en situaciones de pobreza, exclusión, violencia y movilidad humana, el estrés de padres, madres u otros cuidadores suele ser más crítico. En estas familias, las niñas y niños pequeños están expuestos a mayores riesgos de abuso físico y psicológico, e incluso de negligencia y abandono”.<sup>25</sup>

Sabemos que en materia de violencia hay mayor prevalencia de abusos sexuales en las niñas o en las adolescentes; pues bien, dentro del contexto de emergencia y confinamiento, aumentan los riesgos de violencia contra las mujeres y las niñas.<sup>26</sup> En este sentido, el ser mujer o niña –y en especial, ser mujer o niña pobre– hoy no es inocuo.

Hasta el cierre de este capítulo, en agosto de 2021, constatamos que no hubo una política pública o programa implementado desde el Ejecutivo, durante el periodo 2020-2021, para prevenir y denunciar la violencia contra niños, niñas y adolescentes en un escenario de pandemia en el cual, dadas las circunstancias, se requería adoptar medidas de crisis. Solo podemos mencionar que, desde el Poder Judicial, la Secretaría de Género de la Corte Suprema elaboró un Protocolo de atención para acceder a canales de denuncia de violencia intrafamiliar y de violencia de género y requerimientos de aplicación judicial de medidas de protección de derechos de niños, niñas y adolescentes en los tribunales del país, en el contexto de la pandemia de Covid-19.<sup>27</sup>

El confinamiento y el cierre de las escuelas tuvo como efecto colateral la ausencia de un ente protector en materia de violencia contra niños, niñas y adolescentes, es decir, de un sistema escolar que facilitara la identificación de abusos y maltratos en sus alumnos(as) y posibilitara las correspondientes denuncias.

De esta forma, el estrés de la pandemia asociado a las incertidumbres económicas y sociales, en conjunto con las restricciones sanitarias de movilidad y desplazamiento, han generado un aumento exponencial de

24 CIPER.cl: “Agresiones sexuales...”, op. cit.

25 UNICEF.org: “La pandemia incrementó la violencia contra niños, niñas en América Latina y el Caribe”, 24 de junio de 2021.

26 Hogar de Cristo, *Del dicho al derecho: Ser niña en una residencia de protección en Chile*, 2021.

27 Secretariadegenero.pjud.cl: “Protocolo de atención para acceder a canales de denuncia de violencia intrafamiliar y de violencia de género; y requerimientos de aplicación judicial de medidas de protección de derechos de niños, niñas y adolescentes en los tribunales del país, en el contexto de pandemia Covid-19”, julio 2020.

la violencia de género. Cabe señalar que “la violencia contra las mujeres y la violencia contra niñas, niños y adolescentes comparten factores de riesgo, y, por otro lado, la exposición de niñas, niños y adolescentes a la violencia perpetrada hacia otras personas tiene efectos físicos y psicológicos similares a los de la violencia experimentada directamente”.<sup>28</sup>

## 1.2. Educación<sup>29</sup>

El cierre de escuelas en todo el mundo no tiene ningún precedente histórico. Un total de 188 países han impuesto el cierre a nivel nacional, lo que ha afectado a más de 1.500 millones de niños, niñas y adolescentes.<sup>30</sup> La pandemia está agravando la crisis mundial de aprendizaje que ya existía: debido a ella, podría aumentar del 53 % al 63 % el porcentaje de niños en edad de asistir a la escuela primaria, de los países de ingreso bajo y mediano, que se verán afectados por la pobreza de aprendizajes, y esta generación de estudiantes podría perder alrededor de USD 10 billones en ingresos generados a lo largo de toda la vida, monto equivalente a casi el 10 % del producto interno bruto (PIB) mundial.<sup>31</sup>

En Chile, a inicios del año escolar 2020, a causa de la pandemia se cerraron las escuelas, lo cual afectó la educación de 3,5 millones de estudiantes.<sup>32</sup> Según el Ministerio de Educación, el 89 % de los estudiantes de hogares de ingresos altos han tenido acceso a educación en línea, en comparación con solo el 27 % de los estudiantes de hogares de escasos recursos.<sup>33</sup> A este escenario se suma el hecho que, debido a la drástica disminución de los ingresos familiares, muchos niños, niñas y adolescentes se ven obligados a trabajar para aportar en el hogar, por tanto, disminuye el apego a la escuela y la motivación de los estudiantes y de sus familias a dar continuidad al aprendizaje. Como consecuencia de lo anterior, han aumentado las tasas de deserción escolar, con todo lo que ello implica, incluyendo la falta de la alimentación que era entregada en los establecimientos.

El regreso a las aulas, en el sector educacional público, se ha comenzado a implementar en el mes de agosto de 2021, es decir, un año

28 CEPAL y UNICEF, *Violencia contra niñas, niños y adolescentes en tiempos de COVID-19*, noviembre 2020.

29 Respecto al acceso a la educación de niños, niñas y adolescentes y su afectación por la pandemia, ver en mayor detalle, en este *Informe*, el capítulo: “El derecho a la educación de niños, niñas y adolescentes durante la pandemia”.

30 Digitallibrary.un.org: “Informe de políticas: Las repercusiones de la COVID-19 en los niños”, 2020. (Disponible en: [https://digitallibrary.un.org/record/3856951/files/informe\\_guterres\\_covid\\_infancia.pdf](https://digitallibrary.un.org/record/3856951/files/informe_guterres_covid_infancia.pdf))

31 Banco Mundial.org: “Debido a la pandemia de COVID-19, 72 millones de niños más podrían verse afectados por la pobreza de aprendizajes”, 2 de diciembre de 2020.

32 Ver en este *Informe* el capítulo: “El derecho a la educación de niños, niñas y adolescentes durante la pandemia”.

33 HRW.org: “Chile, eventos de 2020”, 2020.

ocho meses después de la suspensión de clases presenciales. Si bien ya existían brechas en materia educacional antes de la pandemia, estas se incrementaron aún más, cuestión que quedó en evidencia al observar la calidad y posibilidad de acceso a la infraestructura técnica necesaria para la realización de actividades escolares a distancia, la experiencia con respecto al uso de los dispositivos y de internet y la capacidad del establecimiento para continuar el servicio educativo en un formato a distancia (online/plataformas/otros).<sup>34-35</sup> Han sido los niños, niñas y adolescentes más pobres quienes han sufrido con mayor intensidad una vulneración a su derecho a la educación, ya que “para lograr cierta eficacia en el aprendizaje bajo esta modalidad, es imprescindible contar con distintos elementos, como acceso a internet, equipos digitales, un espacio adecuado y silencioso para estudiar y conectarse a las clases (...)”,<sup>36</sup> condiciones con las que no cuentan necesariamente.

En cuanto a la edad de los/as afectados/as, la CEPAL en su informe sobre el Panorama Social en América Latina 2020, ha indicado que “los efectos sobre el aprendizaje serán mayores en los niños menores de 8 años, que aún no cuentan con las herramientas necesarias para poder adaptarse a los procesos de instrucción a distancia, especialmente los de sectores más desaventajados y que cuentan con menos recursos culturales en el hogar”. Igual o mayor dificultad existe en relación a los pre-escolares, pues las familias más pobres, a menudo, no cuentan con los recursos socioculturales y mucho menos económicos para el cuidado de los niños y niñas en una etapa de su vida donde es fundamental la estimulación del entorno.. En este aspecto, diversos especialistas coinciden en la importancia del jardín infantil como un aporte a las familias más vulnerables que carecen de herramientas propias para la estimulación de los niños y niñas, y en lo complejo que resulta para ellas carecer de este apoyo en una etapa esencial del aprendizaje .<sup>37</sup> En relación a los problemas que se agravan por razones de género, el mismo informe señala que “el cierre de las escuelas afecta de manera diferente a niños y niñas, dada la distribución de los roles de cuidado en nuestras sociedades, las niñas corren un riesgo mayor de verse sobrecargadas con labores domésticas y de cuidado que pueden obstaculizar la continuidad de su educación”.<sup>38</sup> Asimismo, las niñas corren mayor riesgo de embarazo adolescente y matrimonio prematuro.

34 Cideni y Datavoz, *Estudio Cualitativo: Brechas Digitales y el aprendizaje online en Chile: las opiniones de niños, niñas y adolescentes*, noviembre de 2020.

35 Ver en este *Informe* el capítulo: “El derecho a la educación de niños, niñas y adolescentes durante la pandemia”.

36 CEPAL, *Panorama social América Latina 2020*, marzo de 2021.

37 La Tercera.com: “Crecer encerrados: el efecto de la pandemia en niños, adolescentes y jóvenes”, 16 de abril de 2021.

38 CEPAL, “*Panorama social...*”, op. cit.

Por otra parte, los niños, niñas y adolescentes en situación de discapacidad presentan necesidades especiales que son particularmente difíciles de atender a través de programas a distancia. Asimismo, los niños, niñas y adolescentes que viven en asentamientos informales, campamentos con infraestructura limitada y sin acceso a internet, se ven particularmente afectados en su aprendizaje. Igual cosa sucede en las zonas extremas o rurales aisladas, donde los estudiantes no tienen el mismo nivel de acceso al aprendizaje en línea. Al respecto, es importante precisar que “En Chile existen 3.317 escuelas rurales, que corresponden al 30% del total país, con una matrícula total de cerca de 300 mil estudiantes, establecimientos ubicados en las localidades con más dificultades para continuar su educación de forma remota”.<sup>39</sup>

Todos estos grupos en situación de vulnerabilidad, como también las minorías étnicas y los refugiados, tienen menos probabilidades de acceder a materiales de aprendizaje remoto adecuados y de regresar a la escuela después de la crisis.<sup>40</sup>

Pese a las estrategias desplegadas para llevar adelante la educación a distancia, el cierre de escuelas y centros de estudio ha afectado a millones de niños, niñas y adolescentes de la región. A inicios de julio de 2020, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (en adelante, también, UNESCO) estimaba que más de 165 millones de estudiantes de todos los niveles de enseñanza de América Latina y el Caribe estaban fuera de los sistemas escolares. Esto repercutirá en el aprendizaje y aumentará las tasas de abandono escolar.<sup>41-42</sup>

### 1.3. Trabajo infantil

Chile, antes de la pandemia, presentaba una de las tasas más bajas de trabajo infantil dentro de Latinoamérica. En efecto, para 2018 la Organización Internacional del Trabajo (OIT) reveló que al menos 220.000 niños, niñas y adolescentes se encontraban realizando algún tipo de labor a cambio de dinero. De ellos el 26% realizaba actividades de cuidado de otras personas, tales como niños, enfermos o adultos de la tercera edad. Por otra parte, la mayoría de los niños, niñas y adolescentes que desempeñaban labores a cambio de un pago, se dedicaban a las áreas del comercio (almacenes familiares, ferias libres, mercados y comercio ambulante), y a servicios asociados al sector agrícola.

39 Mineduc.cl: “Ministros de educación y agricultura anuncian entrega de recursos impresos para hacer Diagnóstico Integral de Aprendizaje a más de 200 mil alumnos de escuelas rurales”, 16 de marzo de 2021.

40 DigitalLibrary.un.org: “Informe de políticas...”, op.cit.

41 CEPAL y UNICEF, *Protección social para familias con niños...*, op. cit.

42 Ver, en este Informe, el capítulo: “El derecho a la educación de niños, niñas y adolescentes durante la pandemia”.

En este sentido, según datos liberados por el Ministerio del Trabajo y Previsión Social, en 2019, el trabajo infantil se estimaba en un 6,9% de la población entre los 5 y 17 años, es decir, 230 mil niños y niñas aproximadamente. La mayor concentración de trabajo infantil se encuentra en zonas rurales, donde un 9,7% de los niños, niñas y adolescentes están en esta situación. En zonas urbanas un 6,1% de los niños, niñas y adolescentes realiza actividades consideradas como trabajo infantil. Además, existe una estrecha relación entre pobreza y trabajo infantil, ya que un 70% de los niños, niñas y adolescentes que lo ejercen pertenece al 40% de los hogares de menores ingresos.<sup>43</sup>

En septiembre de 2020, se aprobó la Ley 21.271 que adecua el Código del Trabajo en materia de protección de los niños, niñas y adolescentes en el mundo laboral. Este cuerpo legal busca erradicar el trabajo infantil y regular el trabajo adolescente protegido. Dentro de la normativa, se fijó una diferencia expresa entre ser mayor de edad (tener más de 18 años), adolescente con edad para trabajar (entre 15 y 18 años), adolescente sin edad para trabajar (entre 14 y 15 años), y niño o niña (menor de 14 años), junto con los conceptos de Trabajo Peligroso y Trabajo Adolescente Protegido. De esta forma, el Código del Trabajo fue adaptado a la normativa internacional según los aportes efectuados por la OIT, en el entendido de que dicha organización considera el trabajo infantil como una mala práctica que debe erradicarse, toda vez que vulnera los derechos y garantías establecidos en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CDN), normativa que también incorpora la figura de trabajo infantil como un asunto a regular. Esto, de alguna manera, resguarda a niños, niñas y adolescentes de uno de los efectos propios de la pandemia por Covid-19, que afecta principalmente, como hemos indicado antes, a niños, niñas y adolescentes en situación de pobreza: el trabajo infantil.<sup>44</sup>

En relación con esto último, aún no existen cifras a nivel nacional donde se aprecie la incidencia de la pandemia, y su correspondiente crisis económica, en el trabajo de niños, niñas y adolescentes. Sin embargo, dado el contexto y lo anunciado por organismos internacionales, el trabajo de niños, niñas y adolescentes aumentará. Un informe elaborado por la OIT y UNICEF indica que miles de niños, niñas y adolescentes como consecuencia de la pandemia de Covid-19, corren el riesgo de ingresar al mundo del trabajo, lo que podría propiciar un aumento del trabajo infantil, por primera vez tras veinte años de avances en esta materia.<sup>45</sup>

43 Uss.cl: "Erradicación del trabajo infantil: compromiso de todos", 11 de junio de 2021.

44 Ley 21.271. Adecua el Código del Trabajo en materia de protección de niños, niñas y adolescentes en el mundo del trabajo.

45 Ilo.org: "Según la OIT y UNICEF, millones de niños podrían verse obligados a realizar trabajo infantil como consecuencia de la COVID-19", 12 de junio de 2020.

Las crisis económicas y el cierre de centros educativos, a raíz de la pandemia de la Covid-19, pueden tener como consecuencia que muchos/as niños, niñas y adolescentes ingresen al mundo del trabajo y los/as que ya están en el incrementen las horas laborales. En síntesis, lamentablemente, gran cantidad de niños, niñas y adolescentes, de los sectores más vulnerables, podrían verse obligados a trabajar, a veces en labores deplorables, por la pérdida de empleo e ingresos en las familias vulnerables a las que pertenecen y el cierre de los establecimientos educativos. Este panorama es muy desalentador.

Por eso, es primordial que, además de la nueva normativa desarrollada a partir de la Ley 21.271, anteriormente mencionada, se desarrollen políticas públicas que apunten a la reducción y a la identificación de focos de trabajo infantil. El citado informe de la OIT y UNICEF, explica que el trabajo infantil se da mayormente al interior de las propias familias en espacios donde los niños y niñas realizan tareas que atentan contra su integridad, desarrollo y/o seguridad. Dicho informe señala, por ejemplo, que el 83% del trabajo de niños y niñas, entre los 5 y 11 años, tiene lugar en las familias, principalmente en situaciones de explotación, a veces vinculadas a microempresas familiares, donde los NNA desempeñan trabajos, a menudo, peligrosos para ellos y ellas. El trabajo infantil en las familias es a menudo peligroso, a pesar de la percepción generalizada de que la familia ofrece un entorno de trabajo más seguro<sup>46</sup>

Según un informe de la UNICEF y la OIT,<sup>47</sup> el trabajo infantil había disminuido en 94 millones desde 2000, una mejora que producto a la pandemia se ha estancado. Adicionalmente, el informe indica que “la cantidad de niños que trabajan se eleva actualmente a 160 millones en todo el mundo, tras un aumento de 8,4 millones en los últimos cuatro años, en 2020 hubo 16,8 millones más de niños de 5 a 11 años de edad en situación de trabajo infantil que en 2016”.<sup>48</sup> Esta situación es inédita y preocupante, pues el trabajo infantil amenaza directamente el derecho a la educación, que a futuro limita severamente las posibilidades de un trabajo bien remunerado y, por tanto, la posibilidad de salir de la pobreza.

## 1.4. Salud

### a) *Salud física*

El derecho a la salud de los niños, niñas y adolescentes no se ha visto en riesgo solamente por la amenaza del contagio de la Covid-19, sino que

46 OIT y UNICEF, *Trabajo infantil: Estimaciones mundiales 2020, tendencias y el camino a seguir*, junio de 2021.

47 Id.

48 Id.



también ha sido vulnerado por distintas circunstancias que se han producido a partir de la pandemia y, una vez más, aquellos pertenecientes a los hogares con menores recursos son los más afectados.

Debido al cierre de los establecimientos educacionales, muchos niños, niñas y adolescentes que participaban de programas de la Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas (JUNAEB) para alimentación escolar y parvularia, se han encontrado sin acceso a una alimentación saludable.<sup>49</sup> Esto impacta directamente en la salud, pues una alimentación adecuada es un aspecto clave para el neurodesarrollo de los NNA.<sup>50</sup> En este sentido, el informe de políticas de la ONU sobre las repercusiones de la Covid-19 en este grupo ha señalado que, debido a la disminución de ingresos de los hogares, las familias pobres se verán obligadas a recortar gastos esenciales en salud y alimentación.<sup>51</sup>

En relación a las repercusiones de la crisis sanitaria en una alimentación adecuada, según datos entregados por UNICEF en Chile, los hogares con niños, niñas y adolescentes viven una realidad preocupante, pues “antes de la pandemia el 96% consumía 3 o más comidas al día, durante la pandemia se redujo al 78% y el 29% redujo las porciones de comida de los adultos, 8% redujo las porciones de niños, niñas o adolescentes, 18% redujo la cantidad de comidas”.<sup>52</sup>

Por años, Chile aplicó políticas nutricionales en el ámbito educacional de manera exitosa, lo que llevó incluso a señalar que entre 1960 y 2000 el país logró erradicar la desnutrición infantil al pasar de una prevalencia del 37% al 2,9% en niños y niñas menores de seis años, incluyendo la desnutrición leve.<sup>53</sup> Sin embargo, el Mapa Nutricional 2020 de la JUNAEB constató un aumento de 0,8 puntos porcentuales en la prevalencia de la desnutrición en la población escolar, llegando al 2,6% de una muestra de más de 736 mil alumnos de pre-kínder, kínder, primero básico, quinto básico y primero medio. 19 mil estudiantes de todo Chile mostraron señales de desnutrición, es decir, su índice de masa corporal para la edad (IMC) está 2 puntos o más por debajo de lo considerado normal. En el informe del año anterior, la prevalencia de desnutrición había marcado 1,8%, correspondiente a 16.901 casos, de una muestra de 920.404 escolares.<sup>54</sup> Francisco Pérez Bravo,

49 Hogar de Cristo, Universidad Alberto Hurtado, Servicio Jesuita a Migrantes y otros, *Pobreza y Pandemia: Diagnóstico y propuestas para un Chile más digno y justo*, 2020.

50 La Tercera.com: “Crecer encerrados: el efecto de la pandemia en niños, adolescentes y jóvenes”, abril de 2021.

51 Digitallibrary.un.org: “Informe de políticas...”, op. cit.

52 UNICEF.org: “Principales indicadores de infancia se han estancado a nivel mundial producto de la pandemia”, 15 de marzo de 2021.

53 INTA, Ministerio de salud, PNUD y otros, *La desnutrición infantil en Chile: políticas y programas que explican su erradicación*.

54 CIPER.cl: “19 mil escolares con señales de desnutrición: las historias que se viven en las escuelas donde aumentaron los casos”, 6 de mayo de 2021.

director del Instituto de Nutrición y Tecnología de los Alimentos de la Universidad de Chile (INTA), señaló, en una entrevista otorgada a un medio de prensa nacional, que “están apareciendo focos de desnutrición en grupos vulnerables y teníamos erradicado ese problema (...) aunque marginal aún, ya comienza a notarse los efectos de la crisis sanitaria y económica en algunos hogares que han tenido fuertes déficit”. El profesional advierte que “el país está atravesando un problema de inseguridad alimentaria caracterizado por la incapacidad de solventar correctamente las necesidades alimentarias de la población, tanto por carencia como por exceso”.<sup>55</sup> Con todo, lo más preocupante hoy es el aumento de la obesidad y el sobrepeso, problemas que afectan al 64% de los escolares de quinto básico, según el Mapa Nutricional 2020. Se especula que esto se debe a las cuarentenas, al sedentarismo y a la incorporación de alimentos poco saludables a la canasta familiar, debido a las dificultades en el abastecimiento de los bienes básicos, que se han generado a causa de la pandemia.<sup>56</sup>

Sumado a las causas anteriores, encontramos también la dificultad en el acceso a servicios de salud. Debido a que los esfuerzos se han concentrado en la crisis sanitaria producida por la pandemia, los sistemas de salud se encuentran sobrecargados y, en especial, los del sector público, con efecto en las atenciones de salud de niños, niñas y adolescentes. De acuerdo a las estadísticas, existe una considerable disminución en las consultas y controles de carácter preventivos: el 79% de los niños y niñas de 0 a 6 años que debían asistir a controles de salud por control del niño sano, no lo hizo.<sup>57</sup>

### **b) Salud mental**

Con anterioridad a la pandemia, se afirmaba que Chile posee una de las peores situaciones de salud mental en niños, niñas y adolescentes. Así lo revelaba el informe realizado por Mónica Kimelman, directora del Departamento de Psiquiatría y Salud Mental de la Universidad de Chile, junto al doctor en psicología infantil, Felipe Lecannelier, al indicar que entre el 12% y el 16% de los niños chilenos tienen ansiedad y depresión, mientras que a nivel global solo sería el 5%.<sup>58</sup>

Con el arribo de la pandemia la situación se volvió aún más preocupante, pues el deterioro de la salud mental en niños, niñas y adolescentes ha sido otra de las repercusiones de la crisis sanitaria. A esto se suma

55 La Tercera.com: “Director del INTA: “Están apareciendo focos de desnutrición en grupos vulnerables y teníamos erradicado ese problema”, 23 de abril de 2021.

56 CIPER.cl: “19 mil escolares...”, op. cit.

57 CETEP.cl: “El impacto de la pandemia en los niños: Un 79% no fue a controles de salud y un 61% está más irritable que antes”, 14 de agosto de 2020.

58 SOCHIPE.cl: “Niños chilenos sufren la peor Salud mental del mundo”, 26 de junio de 2019.

la interrupción de los servicios esenciales de salud mental en el 93% de los países del mundo, mientras la demanda de apoyo a la salud mental va en aumento.<sup>59</sup>

En el país son múltiples los factores que inciden en la afectación a la salud mental de los niños, niñas y adolescentes a causa de la pandemia. Entre ellos, podemos mencionar: a) La interrupción abrupta y sorpresiva de las actividades escolares presenciales, debido al cierre de escuelas y centros de cuidado infantil, que se traduce en aislamiento social, en que niños, niñas y adolescentes quedan expuestos a mayores niveles de estrés y ansiedad ante la pérdida de sus rutinas, y en la disminución o ausencia de las relaciones sociales de los NNA con sus pares.<sup>60</sup> b) Las condiciones de hacinamiento de las familias, sumada a las cuarentenas que obligaron a permanecer al interior de las viviendas, generó mayores grados de estrés, incidiendo negativamente en la convivencia familiar. c) El confinamiento llevó a una disminución del uso de plazas y parques y por ende del ejercicio de la recreación, esto incidió más en aquellos niños, niñas y adolescentes que vivían en departamentos o en espacios habitacionales reducidos.<sup>61</sup>

Existen diversos estudios que han concluido que la salud mental de los niños, niñas y adolescentes chilenos se ha visto fuertemente deteriorada a causa de la crisis sanitaria. Uno de estos es la Consulta Nacional sobre la Situación de la Primera Infancia por Crisis COVID, realizada a madres, padres y cuidadores de niños y niñas menores de 6 años, durante el mes de julio de 2020. Dicho estudio mostró que “el 61% de los cuidadores ha notado que los niños y niñas a su cuidado están más irritables; un 59% percibe que presentan más pataletas y llantos que antes; y un 37% siente que están más tristes”.<sup>62</sup>

El Diagnóstico Integral de Aprendizaje 2021, realizado por la Agencia de Calidad de la Educación, que incluyó un diagnóstico socioemocional, mostró en sus resultados que el 55% de los estudiantes de educación media declaró sentirse “aburrido”, más del 40% sentirse de “mal genio” o “enojado”; y sobre un 54% “con menos ganas de hacer cosas”. El 70% de los niños, niñas y adolescentes indicó tener dificultades para expresar sus emociones, y el 45% de los niños y niñas de alta vulnerabilidad señaló que les gustaría que los profesores les preguntaran cómo ha sido estar lejos del colegio.<sup>63</sup>

59 UNICEF.org: “Por lo menos 1 de cada 7 niños y jóvenes ha vivido confinado en el hogar durante gran parte del año, lo que supone un riesgo para su salud mental y su bienestar, según UNICEF”, 4 de marzo de 2021.

60 CEPAL, *Panorama social...*, op. cit.

61 Digitallibrary.un.org: “Informe de políticas...”, op. cit.

62 Hogar de Cristo, Universidad Alberto Hurtado, Servicio Jesuita a Migrantes y otros, op. cit.

63 Agencia de calidad de la educación, *Resultados Diagnóstico Integral de Aprendizaje 2021*, mayo de 2021.

Un estudio realizado por la Universidad de Chile sobre la misma temática identifica el impacto de la cuarentena en la salud mental de escolares y preescolares.<sup>64</sup> El incremento de afectaciones a la salud mental se contrapone a la disminución de las atenciones de salud mental de niños, niñas y adolescentes. Según datos del Ministerio de Salud, en 2019, 381.037 niños y niñas de 0 a 9 años recibieron atenciones de salud mental en el sector público, disminuyendo a 141.750 en 2020. En el caso de niños y niñas de 10 a 14 años, la cantidad disminuye de 347.296 a 147.960. En tanto, en adolescentes de 15 a 19 años, desciende de 377.025 a 186.836.<sup>65</sup> A este respecto, es fundamental también tener en cuenta que niños, niñas y adolescentes de sectores más pobres y grupos más vulnerables (como quienes viven y trabajan en la calle, los niños en situación de discapacidad y los que habitan en entornos donde se producen conflictos) corren el riesgo de que sus necesidades de salud mental no se tengan en cuenta en absoluto.<sup>66</sup>

## 2. POBREZA, NIÑOS SUJETOS DE PROTECCIÓN Y PANDEMIA

Si bien la pandemia y las medidas establecidas tuvieron impacto en niños, niñas y adolescentes, en el caso de aquellos que se encontraban en sistema residencial, esto fue aún mayor, ya que los primeros protocolos establecieron que, respecto de las visitas familiares, resultaba necesario priorizar la disponibilidad del contacto vía telefónica o por algún otro medio tecnológico, en todas las oportunidades que fuesen necesarias y, en caso de no ser posible, dar prioridad a la visita presencial por parte del adulto más significativo.<sup>67</sup> En la práctica, esto se tradujo en que los niños, niñas y adolescentes no tuvieran visitas entre marzo y agosto de 2020, mes en el que se actualizó el protocolo dando mayor flexibilidad. Sin embargo, durante casi medio año estuvieron sin la posibilidad de ver a sus familiares o a personas significativas. Lo anterior tuvo impacto directo en las visitas que los curadores *ad litem* realizaban a las residencias, ya que con mucha dificultad pudieron hacerse contactos telefónicos o video llamadas, cuestión compleja dado el contexto de abuso y maltrato al interior de muchas de las residencias de administración directa del Servicio Nacional de Menores (en adelante, Sename) o de sus organismos colaboradores.<sup>68</sup>

64 Universidad de Chile.cl: "Estudio U. de Chile identifica el impacto de la cuarentena en la salud mental de escolares y preescolares", 29 de enero de 2021.

65 UNICEF.org: "Principales indicadores de infancia se han estancado a nivel mundial producto de la pandemia", 15 de marzo de 2021.

66 UNICEF: "Por lo menos 1 de cada 7 niños... ", op. cit.

67 Sename, "Protocolo de Actuación frente a la alerta sanitaria por coronavirus Covid-19 en organismos colaboradores, residencias y ambulatorios", 15 de marzo de 2020.

68 Experiencia del ejercicio de curadores *ad litem* de la Clínica de Infancia de la Universidad Diego Portales.

Como ya hemos señalado, la pandemia tiene un efecto amplificador en la pobreza y, por consiguiente, sostenemos que esto tendrá impacto en una mayor institucionalización de niños, niñas y adolescentes.

Así, la pandemia aumenta la pobreza y esta última, junto a la desigualdad, son las principales causas de pérdida, o riesgo de pérdida, de cuidados parentales en la población infanto-juvenil. Esto, pese a que los estándares internacionales de derechos humanos en materia de derechos de infancia apuntan a erradicar la pobreza como causal de separación de los niños, niñas y adolescentes de su entorno familiar. Así lo señala el propio Comité de los Derechos del Niño haciendo alusión a las Directrices de las Naciones Unidas sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños:

62. El propósito de las Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños es velar por que los niños no estén en cuidado alternativo de manera innecesaria y porque, cuando en efecto sea necesario, el cuidado alternativo se haga en condiciones adecuadas que respondan a los derechos y el interés superior del niño. En particular, “[I] a pobreza económica y material, o las condiciones imputables directa y exclusivamente a esa pobreza, no deberían constituir nunca la única justificación para separar un niño del cuidado de sus padres [...], sino que deberían considerarse como un indicio de la necesidad de proporcionar a la familia el apoyo apropiado”

63. Del mismo modo, los niños no se separarán de sus padres en razón de una discapacidad del menor o de sus padres. La separación ha de barajarse solo en los casos en que la asistencia que la familia requiere para preservar la unidad familiar no es suficientemente eficaz para evitar el riesgo de descuido o abandono del niño o un riesgo para la seguridad del niño.<sup>69</sup>

Sin embargo, permanentemente desde la academia, la sociedad civil y diversas instituciones nacionales e internacionales, se ha señalado que la mayoría de los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en instituciones son pobres, y que esto podría responder a dos causas.

La primera dice relación con que la pobreza sigue siendo un factor que determina la internación de niños, niñas y adolescentes. Por un lado, los jueces resuelven en clave tutelar, por lo que muchos de los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en acogimiento residencial pertenecen a grupos en situación de vulnerabilidad. La segunda causal es que no existiría un sistema de protección social con un piso de protección para

69 Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, Observación general N° 14: Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, 2013, artículo 3, párr.1.

las familias.<sup>70</sup> Esto sin duda tiene impacto en las familias de niveles socio económicos más bajos ya que no cuentan con apoyos para hacerse cargo adecuadamente del cuidado de sus hijos e hijas.

En la práctica, vivir en pobreza aumentaría las posibilidades de experimentar el trabajo infantil, el consumo problemático de drogas o alcohol, la violencia intrafamiliar, la deserción escolar, u otras situaciones de compromiso sobre sus derechos, las que conducirían a la intervención del Estado y a la dictación de medidas de protección que implican la separación del niño, niña o adolescente de su entorno familiar.

Así lo confirma el Informe del Comité de Derechos del Niño de 2018, al señalar que “existe consenso en que la pobreza es una causa de internación. Las ‘condiciones socioeconómicas deficitarias’ son frecuentemente utilizadas por los actores del sistema para fundar la interposición de denuncias por maltrato o falta de cuidado parental”.<sup>71</sup> En un sentido similar, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que ha visto con gran preocupación la separación de niños niñas y adolescentes vinculada solo a causales asociadas a la pobreza, ha señalado que “la pobreza constituye entonces una de las causas subyacentes a la limitación de las capacidades materiales de las familias para proveer el bienestar adecuado para sus hijos/as, pudiendo convertirse en uno de los motivos por los cuales los progenitores tomen la decisión de renunciar al cuidado de estos o entregarlos en adopción”.<sup>72</sup>

Las Directrices sobre las modalidades alternativas de los cuidados de los niños de las Naciones Unidas, se han pronunciado en torno al tema, señalando que “la pobreza económica y material, o las condiciones imputables directa o exclusivamente a la pobreza, no deben ser la única justificación para separar a un niño, niña o adolescente de su entorno familiar”. Sin embargo, los distintos informes y estudios nacionales, sobre la situación de niños niñas y adolescentes en acogimiento residencial, muestran que existe una alta asociación entre pobreza y el ingreso de los jóvenes al sistema de protección. Es decir, los padres en situación de pobreza tienen mayor probabilidad de ser investigados por

70 Andrea Rossi, *Assessing Child-Sensitivity in Social Protection. A Toolkit for Social Transfers*, Unicef, 2014.

El Piso de protección social es una iniciativa de Naciones Unidas orientada a proveer un seguro contra la pobreza para todos y en todo momento. Se basa en un enfoque de derechos y tiene un carácter sistémico consistente en el deber de los Estados de establecer un nivel mínimo de protección social a partir de dos dimensiones básicas: un piso de seguridad social que asegure un ingreso mínimo a las familias, especialmente las más vulnerables, y la obligación de los Estados de proveer acceso total a un amplio rango de servicios públicos esenciales, en particular salud y educación (traducción de los autores).

71 Comité de Derechos del Niño, *Informe de la investigación relacionada en Chile en virtud del artículo 13 del protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones*, 2018.

72 CIDH, *Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 54/13, octubre de 2013.

los servicios de protección infantil. Adicionalmente, la pobreza está relacionada con una mayor permanencia bajo cuidado del Estado.<sup>73</sup>

Con todo, en la actualidad, no hay estudios que aporten datos duros sobre la caracterización socioeconómica de los niños que se encuentran institucionalizados, puesto que los últimos realizados tienen una data de más de 10 años. En esos estudios desactualizados se constataba que niños, niñas y adolescentes sujetos de protección y en cuidado alternativo provenían, en su gran mayoría, de familias de bajos ingresos económicos. Así se puede apreciar en la siguiente tabla:

**Tabla N°1: Ingresados (internación) por Pobreza<sup>74</sup>**

	Niñ@ vive en sector de exclusión social	Problema de vivienda	Total general
XV Arica y Parinacota	0	1	1
I Tarapacá	3	5	8
II Antofagasta	0	5	5
III Atacama	11	18	29
IV Coquimbo	2	10	12
V Valparaíso	3	43	46
VI Libertador Bernardo O'Higgins	0	10	10
VII Maule	4	2	6
VIII Biobío	1	20	21
IX Araucanía	0	2	2
XIV Los Ríos	0	3	3
X Los Lagos	3	29	32
XI Aysén	0	0	0
XII Magallanes	0	6	6
XIII Metropolitana	240	84	324
Total Nacional	267	238	505

Fuente: Sename, Anuario Estadístico 2014.

73 Hogar de Cristo, *Del dicho al derecho: Estándares de calidad para residencias de protección de niños y adolescentes*, 2017.

74 Sename, Anuario Estadístico 2014, p. 48, tabla 44. Ingresados por pobreza. Disponible en [www.sename.cl](http://www.sename.cl).

Estos datos corresponden al anuario del Sename de 2014, último año en que se consideró como causal de ingreso la pobreza.<sup>75</sup> Independientemente de que la falta de registros posteriores invisibiliza el tema, creemos que la pobreza no debiese ser considerada como causal única para aislar al niño o niña de su entorno social. La carencia de recursos materiales no puede ser el fundamento exclusivo para una decisión judicial o administrativa que suponga la separación del niño, niña o adolescente de su familia, con la consecuente privación de otros derechos consagrados en la Convención.

En conclusión, el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función de su interés superior, para optar por separarlo de su familia. La separación debe ser siempre excepcional y, preferentemente, temporal.<sup>76</sup> Surge la preocupación de que, precisamente en un contexto de pandemia y pospandemia, la pobreza se acrecentará y con ello, también, el número de niños, niñas y adolescentes separados de sus familias por motivos asociados a dicha pobreza.

En la actualidad los niños, niñas y adolescentes ingresados a residencia son 6.581 a nivel nacional, y, como señalamos, desde 2015 en adelante la causal por pobreza fue eliminada de los registros, lo cual no significa que este factor siga siendo determinante en las internaciones de niños, niñas y adolescentes en centros residenciales.

75 Id.

76 Corte IDH, *Opinión consultiva: Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, 2002.



**Tabla N° 2: Ingreso de Niños, Niñas y Adolescentes por Jurisdicción**

Jurisdicción	NNA con ingreso a centros residenciales
Arica	104
Iquique	98
Antofagasta	211
Copiapó	88
La Serena	202
Valparaíso	708
Rancagua	125
Talca	536
Chillán	255
Concepción	1.062
Temuco	381
Valdivia	242
Puerto Montt	216
Coyhaique	21
Punta Arenas	41
Santiago	1.591
San Miguel	700
Total	6.581

Fuente: Informe de Gestión trimestral cumplimiento autoacordado acta 37-2014 y medidas de protección en el territorio nacional.<sup>77</sup>

77 Informe de Gestión Trimestral Cumplimiento, Autoacordado Acta 37-2014 Y Medidas de Protección En el Territorio Nacional Elaborado por la Unidad De Seguimiento Acta 37-2014 Período: Abril a Junio 2020.

### 3. RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE, POBREZA Y PANDEMIA

En el ámbito penal, niños, niñas y adolescentes han visto restringidos sus derechos y garantías procesales, a la vez que limitada la comunicación con sus seres significativos producto de la pandemia. En el caso de los niños, niñas y adolescentes privados de libertad, la falta de recursos económicos y humanos les ha impedido un acceso efectivo a los diversos programas socioeducativos. Este apartado pretende ofrecer una mirada inicial y general sobre la situación de niñas, niños y adolescentes dentro del ámbito de la responsabilidad penal adolescente. Esto, teniendo como ejes la situación de vulnerabilidad y la afectación producida por la pandemia, a partir de los escasos datos sobre el asunto que poseen las diversas instituciones intervinientes dentro del sistema de justicia penal juvenil de nuestro país, y que sirven de primera alerta acerca de un contexto que no está siendo observado con la preocupación y urgencia que debiera. Adicionalmente, el apartado incluye, en cuanto a su metodología, la entrevista realizada a la jefa de la División Penal Juvenil de la Defensoría Penal Pública, único espacio especializado dentro del sistema de justicia penal de adolescentes, y voz en la que confluyen las diversas experiencias de los defensores: actores en contacto permanente con los imputados y con la situación institucional existente en el Sename.<sup>78</sup>

Mientras la criminalidad es un fenómeno presente de manera transversal en todas las clases sociales, los sectores socioeconómicos más vulnerables poseen una representatividad exacerbada en las diversas etapas del sistema de justicia penal. Esta afirmación se extiende también a la responsabilidad penal adolescente, de acuerdo con estudios que evidencian que los jóvenes de comunidades marginales experimentan, comparativamente a sus pares de sectores socioeconómicos más aventajados, tasas mayores de contacto y un trato diferenciado dentro del sistema de justicia penal.<sup>79</sup>

En Chile, a pesar de que los datos han ido demostrando una disminución de la delincuencia juvenil con el transcurso de los años,<sup>80</sup> el Estado

78 Entrevista realizada para este capítulo a la defensora penal juvenil jefe, Georgina Guevara, 2 de agosto 2021.

79 Jeffrey Sharlein y Malitta Engstrom, "Neighborhood Disproportion in Juvenile Justice Contact", *Juvenile Family Court Journal*, 2018. Las autoras nombran los estudios de: Leventhal, Dupere y Brooks-Gunn, 2009, 2010; Peebles y Loeber, 1994; Rodríguez, 2010, 2013; Shaw y McKay, 1942.

80 Centro Iberoamericano de Derechos del Niño, "*Sistema penal adolescente 2008-2018: cifras, avances y desafíos pendientes*", 2020. De acuerdo con las estadísticas de la Defensoría Penal Pública, en 2011, la cantidad de (ingresos) imputados menores de 18 años en su registro ascendía a 370.510, número que para 2018 disminuyó a 319.660. En igual sentido, los datos del Ministerio Público de Chile, *Boletín Anual años 2016, 2017, 2018, 2019 y 2020*. (<http://www.fiscalia.dechile.cl/Fiscalia/estadisticas/index.do?d1=0>) muestran un descenso de los casos. En 2016 (37.314 ingresos de casos); en 2017 (33.975 ingresos de casos); en 2018 (31.759 ingresos de casos); en 2019 (31.774 ingresos de casos); y en el año 2020 (23.734 ingresos de casos).

de Chile ha insistido en abordar el fenómeno de la delincuencia penal juvenil a través de un progresivo aumento de la intensidad penal.<sup>81</sup> Sin embargo, esta forma de respuesta afecta de manera directa a los adolescentes más vulnerables, exponiéndolos a los efectos negativos del contacto con el sistema de justicia, situación que los Estados, de acuerdo a los instrumentos internacionales, tienen la obligación de evitar.<sup>82</sup> Adicionalmente, la mayor representatividad de adolescentes pertenecientes a sectores socioeconómicos más vulnerables, dentro del sistema penal, incrementa sus niveles de marginalidad y los de la comunidad a la que pertenecen.<sup>83</sup>

A esto se suma que, durante la pandemia, la situación de defensa de los derechos de los adolescentes imputados por infracciones a la ley penal se vio severamente afectada. En el ámbito procesal, la realización de las audiencias por vía de las plataformas tecnológicas significó la pérdida de contacto directo entre adolescente y su defensor, cuestión de especial importancia para generar un espacio de confianza y comunicación entre ambos. Esto debido a que, considerando la etapa de maduración y desarrollo en la que se encuentran los y las adolescentes, es necesario poder transmitirles de manera adecuada la información asociada al proceso y a las consecuencias de las decisiones que se van adoptando con su participación durante el mismo. De acuerdo a lo señalado por la defensora penal juvenil jefe, Georgina Guevara, en la entrevista realizada para este capítulo, los jueces eran reticentes a abrir alguna sala virtual privada para la comunicación entre el adolescente y su defensor penal. En los casos en que los adolescentes se conectaban desde sus casas, la conexión y tranquilidad de la audiencia se veía constantemente interrumpida.<sup>84</sup>

Un problema adicional, es que las audiencias a distancia no permiten a la defensa controlar el estado de salud del adolescente, en especial cuando se trata de audiencias de control de detención. Como lo explica la defensora penal juvenil jefe: “cuando veo a un chico que viene detenido antes de un control, lo miro, le pregunto qué te pasó en el ojo, porque estás cojeando, porque tienes la ropa sucia o la ropa rasgada [...] todo eso se pierde, sobre todo en los controles de detención, porque muchas veces les

81 Miguel Cillero, “Política criminal y justicia juvenil en Chile”, *Iustel, Revista General de Derecho Penal*, 2016.

82 Comité de los Derechos del Niño, *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (“Reglas de Beijing”)*, noviembre de 1985.

83 Todd Clear, *Imprisoning Communities: How Mass Incarceration Makes Disadvantaged Neighborhoods Worse*, New York, Oxford University Press, 2007; Julia Dmitrieva, Kathryn Monahan y otros, “Arrested Development: The Effects of Incarceration on the Development of Psychosocial Maturity”, *Development and Psychopathology*, Cambridge University Press, 2012; Uberto Gatti, Richard Tremblay y otros, “Iatrogenic Effect of Juvenile Justice”, *Journal of Child Psychology and Psychiatry*, vol 50, 2009; Amélie Petitclerc, Uberto Gatti y otros, “Effects of Juvenile Court Exposure on Crime in Young Adulthood”, *Journal of Child Psychology and Psychiatry*, 2013.

84 Entrevista realizada para este capítulo a la defensora penal juvenil jefe, Georgina Guevara, 2 de agosto 2021.

pegan y los chicos no dicen nada [...] el autor o testigo de la agresión puede estar al lado, a un metro, obviamente no va a decir nada. [En] los controles de detención, muchas cosas se pierden, porque solo se ve la cara”.<sup>85</sup>

En la actualidad, no existen iniciativas normativas que se hagan cargo de estas dificultades y ofrezcan mayores garantías y espacios de confidencialidad en el uso de las tecnologías de la información y comunicación durante las audiencias en las que participan adolescentes<sup>86</sup>. A su vez, una regulación encaminada a mejorar el sistema de audiencias por videoconferencia permitiría evitar el traslado de los y las adolescentes en condiciones gravosas desde los centros de detención. De acuerdo a lo señalado por la defensora penal juvenil jefe, llegar a una audiencia en el Centro de Justicia de Santiago les significa a los y las adolescentes salir del centro de detención a las 5 de la mañana, dar vueltas por todo Santiago, quedar aislados y a la espera de la audiencia por largos periodos, perderse su almuerzo y regresar muy tarde a los centros.<sup>87</sup> En ocasiones, son trasladados, al interior de un camión, desde otras ciudades, recorriendo largas distancias e incluso teniendo que quedarse algunos días en esos lugares, solos, distantes de su hogar y su familia.<sup>88</sup>

Si nos trasladamos ahora al ámbito de la ejecución de las sanciones, la situación de vulnerabilidad propia de la internación se intensificó durante la pandemia. En 2015, un estudio con datos estadísticos del Sename,<sup>89</sup> ya mostraba que, entre 2013 y 2015, mientras la pobreza por ingresos en

85 Id.

86 Más allá de la Ley 21.226 de abril de 2020, y los Auto Acordados N° 41 (Acta N° 41-2020) y N° 53 (Acta N° 53-2020) de la Corte Suprema, que han regulado, en términos muy generales, la actuación del poder judicial durante la pandemia. Actualmente, se encuentra en el tercer trámite constitucional en el Senado, el proyecto de ley “que reforma el sistema de justicia para enfrentar la situación luego del estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública” (boletín n° 13.752-07 y 13.651-07). El proyecto aborda una reforma en distintas áreas del sistema de justicia (familia, laboral, civil y penal). En el ámbito procesal penal, no obstante, centra su preocupación en la eficiencia, con modificaciones de carácter general y no extensivas al espacio de ejecución de las sanciones.

87 La utilización de mecanismos tecnológicos en circunstancias similares, tanto para evitar los riesgos de traslados de los adolescentes detenidos, como para la comunicación con sus familias, ha sido destacada también a nivel comparado. Véase: Nessa Lynch y Ursula Kilkelly, “Zooming In’ on Children’s Rights During a Pandemic: Technology, Child Justice and covid-19, *The International Journal of Children’s Rights*, 29(2), 2021, p. 292 y ss.

88 Entrevista realizada para este capítulo a la defensora penal juvenil jefe, Georgina Guevara, 2 de agosto 2021.

89 Teresita Fuentealba, *Factores que inciden en la reincidencia de los/as adolescentes infractores/as de ley Penal*, memoria para la obtención del grado en Sociología, Universidad de Chile, 2015, p. 61. Los datos fueron extraídos del sistema de medición estandarizado de reincidencia implementado por la institución y el Centro de Estudios de Seguridad Ciudadana –CESC– enfocado en los factores de reincidencia de los y las infractores/as de ley penal, incluidos los factores socioeconómicos, y a partir de un cruce de datos del sistema con la información disponible a través de la Encuesta de Caracterización Socioeconómica Nacional (CASEN).

Chile se situaba en los 14,4% a nivel país, la población entre 14 y 17 años se encontraba en una situación de pobreza que ascendía a un 20,4%. Las cifras se duplicaban en el análisis del nivel socioeconómico de los y las adolescentes infractores de ley, con un 56,5% en situación de pobreza.<sup>90</sup>

De acuerdo a la información proporcionada por Senainfo para el año 2020 -entregada de manera imprecisa<sup>91</sup> e incompleta<sup>92</sup>- del total de ingresos a proyectos asociados al área de atención en Justicia Penal Juvenil de la Red Sename (3.286 ingresos)<sup>93</sup>, el 70,7% de los y las adolescentes se encontraba dentro de los dos primeros quintiles con mayor índice de pobreza<sup>94</sup>. Para el año 2021, el porcentaje aumenta a un 77%, en base a los ingresados hasta la fecha a proyectos asociados al área de atención en Justicia Penal Juvenil de la Red Sename<sup>95</sup>.

90 Id., p. 61.

91 Para la elaboración del presente capítulo, se realizó una primera solicitud de información a Sename vía Ley de Transparencia, obteniendo como respuesta el Folio N°AK004T-0004712, de mayo de 2021. Sin embargo, la falta de datos proporcionados por la institución dio paso a una segunda solicitud, cuya respuesta se materializó por medio del Folio N° AK004T0004888, de agosto de 2021. Ambas respuestas, emanadas a partir de la base de datos de Senainfo, mostraron una disparidad en los datos entregados, a pesar de estar rotulados bajo un mismo indicador: Ingresos a proyectos de la Red Sename 2020, área de atención en justicia penal juvenil. La primera respuesta, muestra un total de 3.161 adolescentes. En cambio, la segunda respuesta, da cuenta de un total de 3.286 adolescentes. En ambos casos, la fuente de la información fue Senainfo, y se contabiliza una sola vez al niño, niña y adolescente en el año, en caso de tener más de un ingreso en ese período.

92 La primera respuesta a la solicitud por Ley de Transparencia realizada a Sename: Folio N°AK004T-0004712, mayo de 2021, señala que, en un 75% de los casos de adolescentes ingresados a proyectos de la Red Sename, asociados al área de atención en Justicia Penal Juvenil 2020, no se cuenta con información sobre los indicadores socioeconómicos. En tanto, la respuesta a la segunda solicitud por Ley de Transparencia realizada a Sename: Folio N° AK004T0004888, agosto de 2021, muestra una falta de información en un 19% del total de casos registrados para 2020. La cifra llega al 13,7% en lo que va del presente año. Esa falta de información hace suponer que el porcentaje de adolescentes en situación de pobreza e indigencia es aún mayor.

93 La respuesta a la segunda solicitud por Ley de Transparencia realizada a Sename: Folio N° AK004T0004888, agosto de 2021, da cuenta de una cifra de 3.286 ingresos adolescentes al área de atención en Justicia Penal Juvenil de la Red Sename para 2020 en todo el país, de los cuales 2.324 (70,7%) se encontraban dentro del primer y segundo quintil, mientras 337 (10,3%) pertenecían a los otros quintiles, con 625 casos (19%) sin información.

94 Correspondientes al primer y segundo quintil, ambos con mayor índice de pobreza por ingresos. (Quintil es el nombre dado a los cinco grupos que clasifican a la población chilena por niveles de ingresos económicos: el quintil 1 corresponde al 20% de la población con menores ingresos, y el quintil 5 al 20% de mayores ingresos. Según los datos entregados por la Subsecretaría de Evaluación Social, en la encuesta Covid-19 2020, el ingreso promedio per cápita de los hogares situados en el primer quintil es de \$70.615 y en el segundo quintil es de \$103.598). Sename responde solicitud por Ley de Transparencia: Folio N° AK004T0004888, agosto de 2021.

95 Sename responde a solicitud por Ley de Transparencia: Folio N° AK004T0004888, agosto de 2021 La respuesta dada a la solicitud de información muestra que, para el año 2021, existen 1.114 adolescentes ingresados a proyectos asociados al área de atención en Justicia Penal Juvenil de la Red Sename, con 857 pertenecientes a los dos primeros quintiles.

Se configura, entonces, al menos a partir de los datos que podemos analizar, una correlación entre pobreza e internación de los y las adolescentes, correlación que aumenta sus números durante la pandemia. De todas maneras, resulta preocupante que, en una gran cantidad de casos, la institución no cuente con datos estadísticos suficientes que permitan conocer las características de la población con que trabaja y diseñar una planificación de calidad y atenta a las necesidades sociales de la intervención que debe realizar con los y las adolescentes.

Sumado a lo anterior, las sanciones penales perdieron su carácter socioeducativo durante la pandemia. En el caso de los programas ambulatorios de la Red Sename, principalmente asociados a sanciones en el medio libre (1.792 adolescentes),<sup>96</sup> las intervenciones pasaron de la presencialidad a ser realizadas telefónicamente, disminuyendo la calidad de la comunicación y el vínculo con el delegado.

De acuerdo a lo señalado por la defensora penal juvenil jefe, los informes fueron dando cuenta de la pérdida de la calidad de la intervención, siendo muy difícil para los adolescentes encontrar espacios tranquilos y privados para hablar con el delegado a cargo de dicha intervención. Los reportes se reducían a señalar que se había contactado al adolescente y verificado su situación de salud y domicilio. No existió la posibilidad de derivarlo a programas especializados, o de percibir si el adolescente tenía problemas de escolarización o de consumo problemático de drogas.<sup>97</sup>

La situación de los programas de intervención por consumo de drogas es especialmente delicada. De acuerdo a los datos de Sename,<sup>98</sup> este tipo de programas quedaron en suspenso y pasaron a ser realizados durante muchos meses a través de videollamadas, producto de la situación sanitaria actual. Más allá de los esfuerzos del personal de los programas de rehabilitación, en los hechos las intervenciones no pudieron llevarse a cabo. Hay que considerar, además, que los programas requieren de un espacio de intimidad, pues en muchas ocasiones los problemas se generan por familias disruptivas, por la violencia intrafamiliar, por parientes que consumen drogas en el hogar y que, a veces, pueden estar presentes en el momento en que las llamadas son realizadas.<sup>99</sup> Las atenciones en el ámbito de la salud también fueron, en gran parte, hechas por medio de llamados telefónicos, lo que resulta en particular preocupante respecto

96 Sename responde solicitud por Ley de Transparencia: Folio N° AK004T-0004714, Niños, niñas y adolescentes, menores de edad, vigentes en proyectos ambulatorios de la red SENAME, al 30 de abril de 2021, desagregado por área y modelo de intervención.

97 Entrevista realizada para este capítulo a la defensora penal juvenil jefe, Georgina Guevara, 2 de agosto 2021.

98 SENAME responde solicitud por Ley de Transparencia: Folio N° AK004T-0004714, N° AK004T-0004713 y N°AK004T-0004712, mayo de 2021.

99 Entrevista realizada para este capítulo a la defensora penal juvenil jefe, Georgina Guevara, 2 de agosto 2021.

a las atenciones en salud mental.<sup>100</sup> En el caso del Servicio Médico Legal, de acuerdo a la defensora penal juvenil jefe, si obtener una hora de atención psiquiátrica antes de la pandemia tardaba aproximadamente 9 meses, en la actualidad se están fijando para 2023.<sup>101</sup>

Las intervenciones en educación tuvieron un destino similar. Al 31 de marzo del presente año, 1.792 adolescentes se encontraban vigentes en proyectos de intervención ambulatorios de carácter socioeducativos dentro de la Red Sename, vinculados al sistema de justicia penal juvenil.<sup>102</sup> La dificultad para concentrarse, la ausencia de computadores o de conexión a internet entorpeció la posibilidad de controlar la intervención, que terminó reduciéndose a saber que el adolescente estaba disponible para contestar el teléfono.<sup>103</sup> Como señala la defensora penal juvenil jefe, “la deserción escolar ha sido brutal”<sup>104</sup> y, en el caso de quienes cumplían sanciones privativas de libertad, “el tema educacional se perdió totalmente [...]”<sup>105</sup>

Si bien la situación sanitaria sorprendió a todas las instituciones, en un inicio no existían protocolos en el Sename para que los profesionales asistieran a los centros privativos de libertad, se cumplieran los aforos o pudieran organizarse en sus respectivos turnos. Ello significó que los adolescentes estuvieran muchos meses sin colegio. El trabajo se desarrolló por medio de guías, por lo que jóvenes con una deserción escolar muy alta, pocos de los cuales estaban yendo al colegio cuando quedaron en internación provisoria, dejaron de contar con alguien que de manera presencial les ayudase a concentrarse, que los guiara y les ofreciera una atención personalizada. La relación se limitó a breves espacios de interacción online, debido a que no se contaba con la cantidad suficiente de profesionales que pudieran brindar el apoyo necesario para desarrollarlas.<sup>106</sup> En palabras de la defensora penal juvenil jefe, “Todo eso se perdió [...] Tener a los chicos concentrados mirando una pantalla todos juntos era una posibilidad descartada.”<sup>107</sup>

100 Id.

101 Id.

102 Sename responde a solicitud por Ley de Transparencia: Folio N° AK004T-0004714. Se incluyen adolescentes vigentes en proyectos ambulatorios de la Red Sename, al 30 de abril de 2021, asociados al área de atención en Justicia Penal Juvenil y modelo de intervención: medida cautelar ambulatoria (644); programas de libertad asistida (246); programas de libertad asistida especial (552); programas de salidas alternativas (233); servicios en beneficio de la comunidad y reparación del daño (117). La información entregada por la institución presenta, nuevamente, imprecisiones, puesto que la cifra total de adolescentes vigentes en proyectos ambulatorios de la Red Sename, al 30 de abril de 2021, aumenta de 1.792 a 2.014 respecto de otras estadísticas.

103 Entrevista realizada para este capítulo a la defensora penal juvenil jefe, Georgina Guevara, 2 de agosto 2021.

104 Id.

105 Id.

106 Id.

107 Id.

Por su parte, las dificultades ya existentes en la infraestructura de los centros privativos de libertad, se acentuaron aún más durante la pandemia, al producirse un aislamiento estricto de los adolescentes internados y la salida de parte del personal desde los Centros Privativos de Libertad, especialmente de aquellos con enfermedades crónicas. Esto redujo significativamente el número de funcionarios y agudizó las falencias existentes dentro de un servicio que cuenta con un alto registro histórico de licencias médicas.<sup>108</sup> Los centros privativos de libertad semicerrados –donde se cumplen sanciones que se desarrollan tanto al interior del recinto como en el medio libre– no permitían asegurar un tránsito y pernoctación sin riesgo de contagio. Los adolescentes fueron enviados a casa y los programas de reinserción social fueron realizados a través de contactos telefónicos.<sup>109</sup> No obstante, algunos jóvenes en situación de calle se vieron obligados a permanecer encerrados en estos recintos, debido a que mientras el resto volvía a sus hogares, ellos no tenían donde ir. Si bien esto se determinó caso a caso, como señala la defensora penal juvenil jefe, “la sanción se transformó en una especie de régimen cerrado, pero finalmente [los y las adolescentes] estaban muchas más horas en el centro de lo que la ley permite”.<sup>110</sup>

Por último, la comunicación con los defensores y con sus familias presentó dificultades adicionales. La pandemia encontró a la Defensoría Penal Juvenil en un proceso avanzado de modernización tecnológica, dando el impulso necesario a su implementación. De acuerdo a lo relatado por la defensora penal juvenil jefe, “las familias muchas veces acudían a las citas con los defensores desde territorios lejanos, pedían permisos en el trabajo, haciendo grandes esfuerzos económicos”. Similar era la situación que vivía la familia cuando visitaba a los adolescentes en los centros privativos de libertad que se encontraban lejanos a su lugar de residencia. De esta forma, la conexión a través de medios tecnológicos, permitió reducir el tiempo y la logística del traslado, además de convertirse en una alternativa económicamente más conveniente. Respecto a este punto, la defensora puntualizó que, gracias a estas facilidades, aun cuando en la Fase 3 de la pandemia se abrió la posibilidad de realizar algunas visitas, muchas familias siguieron privilegiando las videollamadas.<sup>111</sup> Sin embargo, los problemas ya expuestos, asociados a la deficiente conectividad a internet y, como veremos, la escasa disponibilidad de equipos existentes en los centros privativos de libertad, impiden observar el acceso y la posibilidad de utilizar las herramientas tecnológicas como una realidad favorable que se haya generalizado.

108 Id.

109 Id.

110 Id.

111 Id.



La información proporcionada por Sename, a través de solicitud por Ley de Transparencia, señala que en los 18 centros existentes el promedio es de 7 equipos tecnológicos por centro, con 10 centros con una cantidad de equipos entre 0-5; y 8 centros que cuentan con entre 6 y 10 equipos.<sup>112</sup> Es difícil concebir que la escasa e incluso inexistente cantidad de equipos en algunos de los centros, sumada a las deficientes conexiones a internet,<sup>113</sup> permitieran dar por asegurado el derecho de comunicación y visitas. Esta carencia no fue abordada como una preocupación del Estado por asegurar este derecho, sino que, más bien, fue sustituida por la buena voluntad de los funcionarios que prestaban sus celulares para que los adolescentes pudieran comunicarse con las familias y sus abogados.<sup>114</sup> Dichas limitaciones en la comunicación pueden extenderse también a la posibilidad de los adolescentes de acceder a las intervenciones asociadas a sus programas socioeducativos.

En conjunto, los datos expuestos abren un nuevo espacio para cuestionar la utilización por parte del Estado de la sanción penal en adolescentes. La literatura especializada ha cuestionado como el Estado progresivamente ha expandido el derecho penal, intensificando y endureciendo su reacción –el *ius puniendi*–, con impacto en el derecho penal de adolescentes.<sup>115</sup> Desde una perspectiva de justicia,<sup>116</sup> se produce un déficit de legitimidad del poder punitivo estatal cuando este se ejerce principalmente respecto de adolescentes que se encuentran en situación de pobreza, a quienes el Estado no puede garantizar pisos básicos de justicia social.<sup>117</sup>

112 Sename responde a solicitud por Ley de Transparencia: Folio N°AK004T-0004713, mayo de 2021.

113 En específico, la defensora penal juvenil jefe, Georgina Guevara, 2 de agosto 2021, señaló que “NNA en los Centros Privativos de Libertad, por razones reglamentarias, no tienen acceso a internet”.

114 Sename responde a solicitud por Ley de Transparencia: Folio N°AK004T-0004713, mayo de 2021.

115 Miguel Cillero, “Política Criminal...”, op. cit. Véase también, *Informe 2020*, pp. 367-413.

116 En Chile, especialmente relevante es el trabajo de Rocío Lorca, “Pobreza, Libertad y Responsabilidad Penal”, *Libertades Públicas, Colección Librarios*, N°5, 2016; y Rocío Lorca, “Punishing the Poor and the Limits of Legality”, *Law, Culture and the Humanities*, 2018. En sentido similar, Jesús María Silva, *Malum Passionis. Mitigar el dolor del Derecho Penal*, Atelier, 2018, pp. 67-112.

117 Jesús María Silva, op. cit. En palabras del autor, la existencia de un deber de garante por parte del Estado, implica una protección estatal positiva o de mejora, subsidiaria y “solo en el caso de que fracase la autoorganización de las personas y grupos sociales -o de determinadas personas y grupos-. Es entonces, en efecto, cuando el Estado debe ocuparse de que no le falten a nadie las condiciones mínimas de vida (alimentación y vivienda), sanidad, educación y cultura. [...] allí donde personas -enteros grupos sociales- viven por debajo del umbral de la pobreza no tiene demasiado sentido hablar de libertad ni de igualdad política”. Por ello, según el autor, el incumplimiento del Estado de su compromiso de protección genera una crítica a su legitimidad para castigar los delitos que lesionan obligaciones adquiridas, cometidas por sujetos en situación de extrema pobreza: “La imposición y ejecución de la pena solo pueden ser las ordinarias cuando un indigente comete un delito infractor de deberes naturales y ello no guarda ninguna relación con la pobreza que sufre”.

En tiempos de pandemia, la gravedad de la situación aumenta, debido a la estrecha relación entre la crisis sanitaria y el incremento de las condiciones de pobreza en niños, niñas y adolescentes.

En su momento, la aprobación de la CDN y la promulgación de la Ley 20.084 sobre Responsabilidad Penal Adolescente, permitió superar un sistema de justicia tutelar de menores, que aplicaba idéntica mirada a la delincuencia y a la situación de abandono, y que utilizaba el sistema de justicia penal como mecanismo supletorio de las políticas sociales.<sup>118</sup> Sin embargo, la información recabada muestra que la relación entre el sistema de justicia penal juvenil y la situación de pobreza continúa presente y que durante el actual contexto de pandemia no ha hecho más que acrecentar los espacios de vulnerabilidad, sin una respuesta efectiva por parte del Estado.

#### 4. CONCLUSIONES

La pobreza es una condición que vulnera derechos fundamentales y en el caso de niños, niñas y adolescentes es aún más grave, ya que nacer, crecer y vivir en pobreza produce desventajas de base e impactos incommensurables en el desarrollo de aquellos.

Los niños, niñas y adolescentes son un grupo particularmente vulnerable, situación que se hace mucho más intensa cuando, además de vivir en la pobreza, están en situación de movilidad, pertenecen a pueblos originarios, o se encuentran en situación de discapacidad.

La pandemia, en este sentido, ha amplificado y profundizado la pobreza existente y el impacto ha sido y será mayor en niños, niñas y adolescentes; las brechas existentes se han visibilizado y acrecentado y, por lo tanto, es previsible que la desigualdad post pandemia sea aún mayor. En este contexto, los niños, niñas y adolescentes en situación de pobreza han experimentado mayores dificultades a las ya existentes para acceder a la educación y a la salud, existiendo mayor riesgo de rezago escolar y trabajo infantil; asimismo, fruto del encierro y el estrés, ha existido para ellos mayor riesgo de sufrir violencia o maltrato físico.

El Estado tiene la obligación de hacerse cargo de esta problemática generando políticas y programas que apunten a reducir y/o eliminar las causas de esas vulnerabilidades. En este sentido, la ausencia de un piso de protección social para las familias impacta directamente en

118 En este sentido, puede revisarse Emilio García, "Prehistoria e Historia del Control Sociopenal de la Infancia: Política Jurídica y Derechos Humanos en América Latina", *Derechos de la Niñez y Adolescencia: Antología*, 2001, pp. 293-300; también en Miguel Cillero, "Adolescentes y Sistema Penal. Proposiciones desde la Convención sobre los Derechos del Niño", *Revista Justicia y Derechos del Niño*, 2000, p.107.

los niños, niñas y adolescentes, negándoles el acceso en el ejercicio de derechos fundamentales.

En materia de cuidado alternativo la situación es aún más compleja, al no existir datos, estadísticas ni estudios recientes de caracterización de niños, niñas y adolescentes institucionalizados. Tampoco existe información o datos actualizados acerca de la situación de niños, niñas y adolescentes en materia de trabajo infantil, violencia y uniones tempranas en el contexto de la pandemia, sin perjuicio de que es posible inferir algunas cuestiones de la información general disponible. El levantamiento de datos es esencial para la elaboración de políticas públicas, y asimismo para el seguimiento, monitoreo y evaluación de aquellas políticas vigentes, por consiguiente, sin datos o con datos insuficientes no es posible dar respuesta a los problemas existentes ya los que surjan producto de la Pandemia.

La Pandemia develó, también, una realidad por muchos conocida, y es que en materia de protección, muchos niños, niñas y adolescentes que se encuentran privados de libertad agudizaron su situación de aislamiento como consecuencia de las medidas iniciales que se adoptaron en protocolos por la Covid-19, los cuales impidieron –o redujeron– el contacto con familiares y personas significativas a niños, niñas y adolescentes en centros residenciales.

Por su parte, los adolescentes de comunidades con índices de pobreza altos, experimentan un contacto más intenso con el sistema de justicia penal. Se suma a lo señalado, la situación de vulnerabilidad de los adolescentes infractores de ley que se acrecentó durante la pandemia. En el espacio procesal, la realización de las audiencias a través de las plataformas tecnológicas implicó una merma en las garantías procesales de los y las adolescentes, generando dificultades en ejercicio de derechos. En el ámbito de ejecución de las sanciones penales, las intervenciones socioeducativas, que caracterizan al sistema de justicia penal juvenil, no se realizaron durante el período de pandemia. La deficiente infraestructura y la escasa disposición de recursos por parte del Estado llevaron a que programas vinculados a educación, salud o aquellos de carácter psicosocial, fueran dejados a su suerte.

Adicionalmente, Sename no cuenta con datos estadísticos sobre las características de la población con que trabaja, que permitan realizar una planificación de calidad y atenta a las necesidades socioeducativas de los y las adolescentes, en particular cuando se encuentran sobrerrepresentados dentro del sistema de justicia penal juvenil quienes provienen de familias más vulnerables.

## 5. RECOMENDACIONES

1. Avanzar hacia un piso de protección social para las familias, a través de políticas públicas universales y no focalizadas. Esto permitiría que niños, niñas y adolescentes puedan ser titulares efectivos de derechos fundamentales. Ampliar las políticas, sistemas y programas de protección social, tales como las transferencias en efectivo, la alimentación escolar y las prestaciones por hijos a cargo, en situación de pandemia.
2. Aplicar las medidas de internación a niños, niñas y adolescentes, de acuerdo con lo señalado por las Directrices de las Naciones Unidas, como una opción de última ratio, privilegiando alternativas que tiendan a preservar la integración familiar. Esto implica el trabajo efectivo con las familias de origen y en algunos casos el apoyo socioeconómico a las familias, en especial a las de aquellos niños, niñas y adolescentes que han sido separados/as de su entorno familiar por medidas de internación.
3. Generar estudios, con datos precisos y estadísticas de caracterización de niños, niñas y adolescentes que se encuentran en cuidado alternativo (residencias o familias de acogida). De esta forma será posible construir políticas públicas y programas que respondan a sus profundas necesidades, así como desarrollar diagnósticos y evaluaciones para la elaboración de políticas y programas efectivos y eficientes con enfoque de derechos humanos. Además, propiciar acciones de seguimiento y monitoreo de las políticas y programas implementados en materia de infancia, que posibiliten una evaluación sistemática de las mismas.
4. Diseñar un estudio a nivel país, sobre el estado de situación de la violencia contra niños, niñas y adolescentes, para luego elaborar un plan nacional con enfoque de derechos humanos, que considere acciones preventivas y de protección. Esto, dado que se estima que una de las consecuencias directas de la pandemia y del estrés económico ha sido el aumento de la violencia contra niños, niñas y adolescentes.
5. Monitorear la situación del trabajo infantil, levantar cifras y elaborar estrategias de prevención y protección sobretodo en el contexto de pobreza post pandemia.
6. Profundizar en el análisis de los sesgos del sistema de justicia penal asociados a la sobrerrepresentación de adolescentes pertenecientes a niveles socioeconómicos más vulnerables. Para ello, las instituciones deben contar con información estadística adecuada que permita observar el fenómeno, adoptando un enfoque metodológico que evite la estigmatización de la pobreza.

7. Separar con claridad, en el terreno de la infancia y adolescencia, el sistema penal de las políticas sociales, que deben ser abordadas desde el ámbito de las políticas públicas. La derogación de la Ley de Menores y la aprobación del proyecto de ley que da término al Sename, creando el Nuevo Servicio de Reinserción Social Juvenil, resultan necesarias para avanzar en un cambio de paradigma, comprensivo de una estricta separación entre pobreza y delincuencia.





# **EL PROCESO CONSTITUYENTE A LA LUZ DE LOS DERECHOS HUMANOS<sup>1</sup>**

**Jaime Gajardo  
Tomás Vial<sup>2</sup>**

- 1 Agradecemos la colaboración en la investigación de este capítulo de las alumnas de Derecho UDP, Catalina Paz Ramírez Marchant, Tamara Francisca Lara Salvatierra y María Paz Díaz Ramos.
- 2 Jaime Gajardo es miembro del Centro de Derechos Humanos UDP y profesor de derecho constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. Tomás Vial es profesor de derecho constitucional en las facultades de derecho de la Universidad Diego Portales y la Universidad Andrés Bello.





## **SÍNTESIS**

El presente capítulo sintetiza los principales hitos del actual proceso constituyente en Chile, aplicando a ellos los estándares de derechos humanos, en particular respecto a derechos políticos, con el fin de determinar si esos estándares se han cumplido por parte del Estado, en especial respecto a grupos históricamente discriminados, como mujeres, pueblos indígenas, personas con discapacidad, niños, niñas y adolescentes y personas LGBTIQ+.

*PALABRAS CLAVES: discriminación estructural, derechos políticos, Convención Constitucional, participación política pueblos indígenas.*



## INTRODUCCIÓN

El inicio del proceso constituyente en Chile es una ocasión histórica para el reconocimiento, garantía y satisfacción de los derechos humanos. Este capítulo analiza, hasta la fecha de cierre,<sup>3</sup> bajo estándares de derechos humanos, cómo se ha llevado a cabo este proceso, concentrándose en sus dos etapas principales –el plebiscito y la elección de la Convención Constitucional–, con el propósito de presentar recomendaciones sobre el funcionamiento de la propia Convención. Para estos efectos, la primera sección desarrolla los estándares del derecho internacional de los derechos humanos sobre participación política. La segunda sección describe el proceso constituyente, analizando en particular de qué manera se reguló la participación de las mujeres, los pueblos indígenas y demás colectivos históricamente discriminados, como en el caso de las personas con discapacidad y LGBTIQ+.<sup>4</sup> En este punto es relevante señalar que realizaremos una revisión, en especial, de la forma en que se configuró, en términos normativos y prácticos, el proceso constituyente en relación con los pueblos indígenas y cómo dichos términos han permitido una participación e inclusión especial, en el marco de las elecciones y la deliberación constitucional. Lo anterior, es importante ya que por primera vez en la historia constitucional de nuestro país se incorpora a los pueblos indígenas de forma directa en el órgano que elaborará la nueva Constitución.

### 1. ESTÁNDARES DE DERECHOS HUMANOS PARA LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA

Los derechos humanos tienen un rol central en el funcionamiento de los Estados democráticos y de derecho en el contexto actual. Asimismo, tal y como lo plantea la Guía sobre los derechos humanos y

3 15 de agosto de 2021.

4 Para mayor información sobre la situación de las personas migrantes en el proceso constituyente, revisar capítulo sobre migración y asilo del presente *Informe*.

procesos constituyentes, de la Oficina del alto comisionado para los derechos humanos de las Naciones Unidas, los derechos humanos tienen un papel relevante durante los procesos de reforma constitucional y, especialmente, en el marco de procesos constituyentes.<sup>5</sup>

Los estándares, de que daremos cuenta, tienen que ser la base para la construcción de un proceso deliberativo que considere el pluralismo consustancial de nuestra sociedad. Para ello, la deliberación constitucional debe tener como idea central la realización de un diálogo respetuoso, en pie de igualdad y en cuyo centro esté el principio de no discriminación, especialmente, con aquellas personas que forman parte de los grupos que han estado histórica y estructuralmente excluidos de la deliberación política. Así, las normas del reglamento que aseguren lo anterior, serán claves para que el proceso se oriente hacia el respeto de los derechos humanos.

### **1.1. Derecho a la autodeterminación de los pueblos**

Considerando que el proceso de cambio constitucional, que se está llevando a cabo, implica el reemplazo total de la actual Constitución y el mecanismo para ello es el de una Convención Constitucional, los estándares en materia de derechos humanos se revisarán conforme a ello.<sup>6</sup> En este sentido, un principio fundamental y basal de todo Estado democrático –establecido en el artículo 1 tanto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales– es que los pueblos tienen el derecho a la libre determinación.

Al respecto, ambos pactos internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, señalan que:

“Artículo 1: 1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.”

En este sentido, la Guía sobre los derechos humanos y procesos constituyentes del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas (ACNUDH, en adelante) plantea que el derecho a la libre determinación de los pueblos implica que las normas constitucionales que se redacten en el marco de un proceso constituyente sean asumidas por parte de la población como propias.<sup>7</sup> Además, la Guía sostiene que las disposiciones organizativas del proceso constituyente deben asegurar el “carácter inclusivo del mismo y mitigar el peligro de marginar a determinados grupos o comunidades”.<sup>8</sup>

5 ACNUDH, *Derechos humanos y procesos constituyentes*, Nueva York y Ginebra, 2018.

6 Sobre mecanismos de cambio constitucional en el mundo, ver: PNUD, *Mecanismos de cambio constitucional en el mundo. Análisis desde la experiencia comparada*, octubre de 2015.

7 ACNUDH, *Derechos humanos*, op. cit., pp. 12-13.

8 *Ibid.*, p. 13.

Para la Oficina del Alto Comisionado, el derecho a la libre determinación contenido en el artículo 1 de los tratados internacionales ya señalados, es relevante por tres aspectos. En primer lugar, por el efecto general que tiene la Constitución en la vida y cohesión social de los países. En segundo lugar, por el papel que tiene la Constitución en la consolidación y cultura social en torno a los valores y principios que regirán a todos los órganos de poder, autoridades del Estado y personas. En tercer lugar, por la vinculación que tiene con la eficacia que tendrá la nueva Constitución, ya que “así como de los sistemas políticos y jurídicos que se fundan en ella, dependen de que el pueblo reconozca que la constitución es un producto de su voluntad y refleja sus valores, intereses y aspiraciones”.<sup>9</sup>

Por otra parte, tanto el ACNUDH como el Comité de Derechos Humanos de la ONU,<sup>10</sup> han afirmado que el derecho que tienen las personas a participar en los asuntos públicos comprende los procesos constituyentes. En ese sentido, los procesos de participación ciudadana en los procesos constituyentes permiten que la Constitución adquiera un mayor grado de legitimidad, apoyo y cohesión social.<sup>11</sup>

En particular, la Nota orientativa del secretario general de las Naciones Unidas sobre la asistencia técnica de la ONU en los procesos constituyentes señala que: “La implicación nacional debería incluir a los actores oficiales, los partidos políticos, la sociedad civil y la población en general, y se debería dar voz a los defensores de derechos humanos, las asociaciones de profesionales del derecho, los medios de comunicación y otras organizaciones de la sociedad civil, incluidas las que representen a las mujeres, los niños, las minorías, los pueblos indígenas, los refugiados, y las personas apátridas y desplazadas, y los trabajadores y las empresas en procesos inclusivos y participativos de preparación de una constitución”.<sup>12</sup>

## 1.2. Derechos humanos en el proceso constituyente

Otro aspecto relevante para que el proceso constituyente se realice conforme a estándares de derechos humanos, tiene relación con el respeto y promoción de la protección de los derechos humanos y, en particular, aquellos que permiten la participación política de las y los ciudadanas/os durante la realización del proceso. En este sentido, la Oficina del alto comisionado para los derechos humanos de la ONU, ha señalado como fundamental que, durante la realización del proceso, se promuevan y garanticen la libertad de expresión, la libertad de reunión, la libertad de asociación y los derechos políticos vinculados al ejercicio del derecho a

9 Id.

10 Comunicación núm. 205/1986, Marshall con Canadá (CCPR/C/43/205/1986).

11 ACNUDH, *Derechos Humanos*, op.cit., pp. 15-17.

12 Nota orientativa del secretario general sobre asistencia de las Naciones Unidas en los procesos constituyentes (2009), p. 4.

sufragio activo y pasivo durante los eventos de elección de las personas que redactarán la Constitución y en el plebiscito de aprobación de la nueva Constitución.

La normativa del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es clara en establecer las normas básicas respecto a participación política, en su artículo 25, asegurando que todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los derechos y oportunidades a participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; a votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; a tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

Las normas señaladas han sido precisadas por la Observación General 25, del Comité de Derechos Humanos. En ella, entre otras exigencias, se señala que “El derecho de las personas a presentarse a elecciones no deberá limitarse de forma excesiva mediante el requisito de que los candidatos sean miembros de partidos o pertenezcan a determinados partidos. Toda exigencia de que los candidatos cuenten con un mínimo de partidarios para presentar su candidatura deberá ser razonable y no constituir un obstáculo a esa candidatura.”<sup>13</sup>

En el contexto continental la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en particular, en los artículos 1, 2 y 23, consagra un conjunto de derechos políticos que deben ser la piedra angular que se debe resguardar durante el proceso constituyente y, especialmente, en el marco de los procesos electorarios y plebiscitarios que se desarrollen a su alero. Sobre la importancia que tienen estos derechos para el funcionamiento de los Estados democráticos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH, en adelante) ha señalado:

“Los derechos políticos son derechos humanos de importancia fundamental dentro del sistema interamericano que se relacionan estrechamente con otros derechos consagrados en la Convención Americana como la libertad de expresión, la libertad de reunión y la libertad de asociación y que, en conjunto, hacen posible el juego democrático. La Corte destaca la importancia que tienen los derechos políticos y recuerda que la Convención Americana, en su artículo 27, prohíbe su suspensión y la de las garantías judiciales indispensables para la protección de éstos.”<sup>14</sup>

13 Comité de Derechos Humanos, Observación General 25, párr. 17.

14 Corte IDH, *caso Castañeda Gutman contra México*, sentencia 6 de agosto de 2008, párr. 140.

### 1.3. Proceso constituyente y grupos históricamente discriminados

Para la Corte IDH, es deber del Estado generar las condiciones y mecanismos óptimos para que los derechos políticos puedan ser ejercidos de forma efectiva por todos los integrantes de la sociedad y, especialmente, por aquellos grupos e individuos que han sido histórica y estructuralmente excluidos de la deliberación política.

Al respecto, en el caso de los pueblos indígenas, la Corte IDH ha señalado que:

“(...) de conformidad con los artículos 23, 24, 1.1 y 2 de la Convención, el Estado tiene la obligación de garantizar el goce de los derechos políticos, lo cual implica que la regulación del ejercicio de dichos derechos y su aplicación sean acordes al principio de igualdad y no discriminación, y debe adoptar las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio. Dicha obligación de garantizar no se cumple con la sola expedición de normativa que reconozca formalmente dichos derechos, sino requiere que el Estado adopte las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio, considerando la situación de debilidad o desvalimiento en que se encuentran los integrantes de ciertos sectores o grupos sociales”.<sup>15</sup>

Esta obligación está también contemplada en el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas, en particular el artículo 6º, que establece el deber de consulta cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles en forma directa. Asimismo, plantea la obligación de establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles, en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan. En este caso, según el Convenio 169, el proceso de consulta va más allá de contar con convencionales con escaños reservados, precisión sin duda significativa, porque la participación de los pueblos originarios no se limita a esta instancia.

En relación con el derecho a participación de las mujeres, el estándar internacional es claro en las obligaciones que se imponen al Estado. Así, en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, ellas están especificadas en los artículos 1 y 7. Este último señala que los Estados tomarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la vida política y pública del país y, en particular, garantizando, en igualdad de condiciones con los hombres, ese derecho.

15 Corte IDH, *caso Yatama contra Nicaragua*, sentencia 23 de junio de 2005, párr. 127. En el mismo sentido: *Caso Chitay Nech y otros contra Guatemala*, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia 25 de mayo de 2010, párr. 106.



Estas obligaciones están precisadas en la Recomendación General N° 23, sobre vida política y pública, del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, donde se señala que “La eliminación de las barreras jurídicas, aunque necesaria, no es suficiente. La falta de una participación plena e igual de la mujer puede no ser deliberada, sino obedecer a prácticas y procedimientos trasnochados, con los que de manera inadvertida se promueve al hombre.” Para superar ello, el Comité propugna que “Los Estados Partes deben idear y ejecutar medidas temporales especiales para garantizar la igualdad de representación de las mujeres en todas las esferas que abarcan los artículos 7 y 8.”<sup>16</sup>

El derecho a la participación política tampoco está restringido solo a los adultos. Al respecto, la Convención sobre los Derechos del Niño, especialmente en sus artículos 12 y 13, resguarda el derecho de niños, niñas y adolescentes a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, y a la libertad de expresión, respectivamente.

Por su parte, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, especialmente su artículo 29, dispone que los Estados Partes garantizarán a esas personas los derechos políticos y la posibilidad de gozar de ellos en igualdad de condiciones con las demás y se comprometerán, entre otras cosas, a que esas personas puedan participar plena y efectivamente en la vida política y pública en igualdad de condiciones con las demás, en forma directa o a través de representantes libremente elegidos. Esto implica, por cierto, la posibilidad de las personas con discapacidad a votar y a ser elegidas. Adicionalmente, la misma Convención autoriza, en su artículo 5, a los Estados parte –con el fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación– a que adopten todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables, agregando que no se considerarán discriminatorias, en virtud de la Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad. Algo similar plantean en sus documentos de trabajo los colectivos de personas con discapacidad, en que se exigen medidas de consulta, ya reconocidas actualmente como Consultas Ciudadanas, es decir, instancias de participación realizadas de manera informada, pluralista y representativa para conocer la opinión de esas personas sobre materias de interés ciudadano.

Respecto a las personas LGBTIQ+, si bien no hay un tratado internacional específico que se refiera a sus derechos, es claro que las normas generales se aplican con especial fuerza, tal como lo ha dicho expresamente la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, en adelante) al indicar que: “tanto bajo el régimen de la Declaración (artículo II, “sin distinción [...] ni otra alguna”), como el de la Convención Americana (artículo 1.1, “sin discriminación alguna por [...] cualquier

16 Recomendación General 23, párr. 43.

otra condición social”), los derechos reconocidos en dichos instrumentos deben ser respetados independientemente de la orientación sexual, identidad o expresión de género o diversidad corporal de las personas.”<sup>17</sup> Dada su condición de grupo históricamente discriminado, la CIDH señala que “la participación efectiva de las personas LGBTIQ+ es fundamental para asegurar la efectividad de la legislación, políticas y programas destinados a mejorar las condiciones para el pleno goce y ejercicio de sus derechos humanos, y la realización de sus proyectos de vida”,<sup>18</sup> concluyendo, sobre este tema, “que los Estados deben crear las condiciones para que las prioridades e intereses de las personas LGBTIQ+ se vean representadas en la agenda pública, y que el involucramiento de dicha población fortalece la democracia, promueve la inclusión, y es una condición sine qua non para garantizar sociedades más igualitarias y consolidar la democracia representativa en las Américas.”<sup>19</sup>

#### **1.4. Resumen de ámbitos de aplicación de los estándares**

En síntesis, tanto en el sistema internacional de protección de los derechos humanos como en el interamericano, hay un conjunto de normas de tratados, de jurisprudencia de la Corte IDH y guías de acción de los organismos de ambos sistemas, que establecen estándares de derechos humanos en tres ámbitos diferentes. El primero tiene relación con el ejercicio del derecho a la libre determinación en el proceso para la generación de una nueva Constitución. Así, mientras más amplio sea el ejercicio de este derecho y, por ende, las reglas que determinan la forma y fondo del proceso limiten en menor medida el funcionamiento del órgano que redacte la nueva Constitución, mayor será el resguardo a este derecho.

El segundo ámbito está relacionado con la protección y promoción de los derechos humanos durante el proceso y, específicamente, con los derechos vinculados a la libertad de expresión, reunión, asociación y el ejercicio del derecho al sufragio activo y pasivo. En esta esfera se debe tener especial consideración con las restricciones a las libertades públicas y las condiciones sociales y políticas que se generen para que el proceso constituyente se dé en un contexto que permita la amplia deliberación y expresión pública y social. En este punto, es de vital importancia que la reglamentación y los procedimientos al interior de la Convención respeten de forma amplia la libertad de expresión, permitiendo que todas las perspectivas que se encuentran representadas en la Convención se puedan expresar y que aquellas que no lograron una representación cuenten con mecanismos adecuados para que puedan dar cuenta de sus opiniones y visiones.

17 CIDH, *Reconocimiento de derechos de personas LGBTI*, diciembre de 2018, párr. 119.

18 *Ibíd.*, párr. 111.

19 *Ibíd.*, párr. 130.

Finalmente, el tercer ámbito, se refiere a la participación constitucional de los diversos sectores de la población en la deliberación constituyente y, en particular, por parte de los grupos e individuos que han estado excluidos de forma histórica y estructural de este tipo de instancias y procesos, como los pueblos indígenas, mujeres, niños, niñas y adolescentes, personas con discapacidad y personas LGBTIQ+. Aquí el rol del Estado y del órgano que lleve adelante el proceso constituyente es crucial. Para ello, no solo se tienen que diseñar, en sentido amplio, las instancias que permitan la participación social en la discusión constitucional, sino que se deben asegurar los medios económicos y estructurales para ello.

## 2. EL PROCESO CONSTITUYENTE

### 2.1. Aspectos generales

Las amplias y masivas manifestaciones sociales, iniciadas en octubre de 2019, y su represión, mayormente por parte de las fuerzas policiales – aunque no solo por ellas–, que causó miles de casos de violaciones a los DDHH,<sup>20</sup> tuvieron como una de sus consecuencias la apertura de un proceso de discusión y negociación entre los partidos representados en el Congreso Nacional a fin de dar una respuesta institucional a las demandas ciudadanas y a la situación de crisis política. Esas negociaciones culminaron en un acuerdo, el 15 de noviembre de ese año, firmado por 11 partidos de todo el espectro político, denominado Acuerdo por la Paz Social y la Nueva Constitución.<sup>21</sup> Este acuerdo, entre otras materias, estableció que se realizaría un plebiscito, en abril de 2020, para preguntar a la ciudadanía si desea o no una nueva Constitución y si ella debía ser escrita por una Convención Mixta Constitucional (parlamentarios/as y ciudadanos/as elegidos/as) o una conformada solo por ciudadanos/as, enteramente elegida, denominada Convención Constitucional. Luego, se disponía la elección de los convencionales para octubre de 2020, en conjunto con las elecciones de autoridades municipales y gobernadores regionales, bajo las mismas reglas –y distritos– utilizadas para las elecciones de diputados. Se señalaba, también, que ese órgano constituyente debía aprobar las normas del nuevo texto constitucional por dos tercios de sus miembros en ejercicio. El acuerdo dispuso que se crearía una Comisión Técnica para redactar una reforma constitucional que implementara el itinerario constitucional.

A raíz de ello, se presentó y aprobó una reforma constitucional, por medio de la Ley 21.200, del 23 de diciembre de 2020, que establecía y detallaba el itinerario constitucional. Este itinerario incluyó, además,

20 *Informe 2020*, pp. 83-117.

21 Véase, Acuerdo por la paz social y la nueva Constitución.

en el artículo 142 de la Ley 21.200, que una vez aprobado por la Convención Constitucional el texto de la nueva Constitución, se debería convocar a un plebiscito (llamado “plebiscito de salida”), por parte del Presidente de la República, para que la ciudadanía apruebe o rechace ese texto. En ese plebiscito el voto será obligatorio. De aprobarse el nuevo texto, se entenderá derogada la actual Constitución.

La reforma estableció las condiciones básicas para que las alternativas a decidir en el plebiscito tuvieran igualdad de oportunidades. Así, se disponía que los canales de televisión de libre recepción deberían destinar gratuitamente treinta minutos diarios de sus transmisiones a propaganda electoral sobre este plebiscito, debiendo dar expresión a las dos opciones contempladas en cada cédula, conforme a un acuerdo que adoptara el Consejo Nacional de Televisión y que fuera publicado en el Diario Oficial, dentro del plazo de treinta días contado desde la publicación de la convocatoria al plebiscito nacional, respetando una estricta igualdad de promoción de las opciones plebiscitadas.

Respecto a la Convención Constitucional, el artículo 135 introducido dispone que el texto de nueva Constitución, que se someta a plebiscito, deberá respetar el carácter de república del Estado de Chile, su régimen democrático, las sentencias judiciales firmes y ejecutoriadas y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Sin perjuicio de la discusión sobre la posibilidad de que el poder constituyente derivado establezca límites materiales a la labor de la Convención, desde el punto de vista del derecho a autodeterminación de los pueblos antes mencionado, parece relevante que el trabajo de la Convención sea conforme con el derecho internacional de los derechos humanos y, en particular, con los tratados sobre derechos humanos que ha suscrito y ratificado Chile. Hay que observar, eso sí, que este límite impuesto a la Convención no tiene efectos jurídicos pues no es posible reclamar por infracciones a ellos, ya que la misma reforma constitucional, expresamente en su artículo 136, señala que se podrá reclamar ante la Corte Suprema por infracciones a las reglas de procedimiento aplicables a la Convención, pero que en ningún caso se podrá reclamar sobre el contenido de los textos en elaboración. Además, en ese mismo artículo, en sus incisos finales, dispone que ninguna autoridad ni tribunal podrá conocer acciones, reclamos o recursos vinculados con las tareas que la Constitución le asigna a la Convención, fuera del caso antes mencionado, y expresamente se señala que no podrá interponerse la reclamación ante la Corte Suprema respecto del inciso final del artículo 135 de la Constitución, es decir, el que impone los límites sustantivos.

La fecha de abril, dispuesta originalmente para el plebiscito de entrada, tuvo que ser modificada en razón de la pandemia ocasionada por la Covid-19, y fue cambiada para el 25 octubre de ese año, por medio de la Ley de reforma constitucional –Ley 21.221– del 26 de marzo de 2020.

La votación de ese plebiscito fue la mayor en la historia de la república, al menos en número total, con 7.562.173 votos, lo que correspondería al 51% de universo electoral. Entre las opciones propuestas la alternativa por una nueva Constitución obtuvo 78,27% de las preferencias y la opción rechazo el 21,73%. A su vez, en relación al órgano que redactará la nueva Constitución, la Convención Constitucional obtuvo un 78,99% y la Convención Constitucional Mixta un 21,01%.<sup>22</sup>

## **2.2. Elecciones de convencionales constituyentes**

Luego del plebiscito, de octubre de 2020, se debía llevar a cabo la elección de las personas que integrarían la Convención Constitucional. Dichas elecciones estuvieron previstas, en un comienzo, para el 10 y 11 de abril del año en curso,<sup>23</sup> sin embargo, debido a la grave situación sanitaria que atravesaba el país, el Congreso Nacional aprobó la reforma constitucional propuesta por el Presidente de la República y postergó las elecciones para los días 15 y 16 de mayo del presente año.<sup>24</sup> En esas elecciones constitucionales pudieron emitir su sufragio todas/os las/os ciudadanas/os que se encuentran y tienen residencia en Chile, más los extranjeros avecindados en el país por más de 5 años. Participaron un total de 6.184.594 personas, que representaron el 41.51% del padrón electoral y resultó ser una votación considerablemente menor que la del plebiscito constitucional de octubre de 2020.

Así, conforme con la reforma constitucional que abrió el camino del proceso constituyente,<sup>25</sup> podían ser candidatas/as a la Convención Constitucional aquellas personas que reunieran las condiciones contempladas en el artículo 13 de la Constitución, es decir, todas y todos los ciudadanos/as que hubieren cumplido 18 años y no hubiesen sido condenados a pena aflictiva. No se planteó en la reforma prohibición o inhabilidad alguna, salvo aquellas establecidas para las personas que se encontraban afiliadas a un partido político y quisieran haber inscrito sus candidaturas como independientes sin que hubieran cumplido el plazo de desafiliación que establece la ley.<sup>26</sup>

Para el caso de las candidaturas independientes, la Ley 21.216, promulgada el 20 de marzo de 2020, estableció que dos o más candidatos

22 Véase Información oficial del Servel, Servel.cl: "Plebiscito Nacional 2020 fue la mayor votación de la historia de Chile", octubre de 2020.

23 Ver, Decreto Exento Nº 1.886 de 24 de noviembre de 2020, dictado por el Ministerio del Interior y Seguridad Pública, por medio del cual se convoca a la elección de los miembros de la Convención Constitucional.

24 Al respecto, véase, Biblioteca del Congreso Nacional, Ley 21.234.

25 Ver artículo 132 de la Constitución Política de la República, incorporado por la Ley 21.200, del 24 de diciembre de 2019.

26 Conforme lo informado por el Servicio Electoral, para la elección de constituyentes las personas que inscribieran sus candidaturas como independientes debieron haber renunciado a la afiliación a su partido político hasta el 26 de octubre de 2019.

independientes podían formar un pacto electoral, para lo cual cada uno de los candidatos debía reunir un número de firmas equivalente al 0,4 % de los votantes que participaron en la última elección parlamentaria en el distrito por donde competiera y para el caso de las listas de independientes debían reunir el 1,6 % de firmas.

Sin embargo, tras la aprobación de la Ley 21.216 surgieron críticas, principalmente desde la ciudadanía, debido al alto umbral de firmas que se requería y la dificultad que tenían muchos ciudadanos para cumplir con las formalidades solicitadas en un contexto de pandemia y restricciones a la movilidad y el desplazamiento, producto del Estado de Excepción Constitucional. A causa de lo anterior, un grupo de diputados presentó un proyecto de reforma constitucional para reducir las firmas al 0,2% de los “electores que hubiesen sufragado en el respectivo distrito electoral” en la última elección de diputados, y en el caso de las listas independientes se reduciría al 0,5%.<sup>27</sup> El proyecto fue aprobado por la Cámara de Diputados, el 14 de octubre de 2020, siendo despachado por el Senado el 3 de diciembre para su promulgación.<sup>28</sup> Así, se estableció un piso de 300 firmas para candidaturas individuales y de 500 para las listas de independientes. Luego, el 15 de diciembre de 2020, el Servicio Electoral de Chile (en adelante, Servel) habilitó un sistema en su sitio web para recibir de manera virtual los patrocinios de ciudadanos para las candidaturas independientes.

En el marco del proceso eleccionario, de acuerdo con el artículo 3 de la Ley Orgánica Constitucional sobre votaciones populares y escrutinios, Ley 18.700, el plazo para la presentación de la declaración de las candidaturas a convencional constituyente ante el Servel, vencía el 11 de enero de 2021. Luego, el 12 de enero de 2021, el Servicio Electoral informó un total de 3382 postulaciones para la Convención Constitucional, de las cuales 2213 correspondían a independientes y 199 a representantes de los pueblos indígenas, lo que dio cuenta de un alto interés por la presentación de candidaturas en el marco del proceso. La amplia participación desbordó a los partidos políticos formados con anterioridad al 18 de octubre de 2019.

Una vez presentada la declaración de las candidaturas, según el artículo 19 de la Ley 18.700, el Consejo del Servicio Electoral cuenta con 10 días para declarar su aceptación o rechazo, analizando si cumplieron o no con los requisitos establecidos en los artículos 25, 48 y 50 de la Constitución Política de la República y con las exigencias contempladas en los párrafos 1, 2 y 3 del Título Primero de la Ley 18.700.

27 El proyecto de reforma constitucional fue presentado por los siguientes diputados: Pepe Auth Stewart, Fernando Meza Moncada, Juan Luis Castro González, Francisco Undurraga Gazitúa, Gabriel Boric Font, Matías Walker Prieto, Carlos Abel Jarpa Wevar, Luciano Cruz-Coke Carvallo, Andrés Longton Herrera y Víctor Torres Jeldes.

28 Biblioteca del Congreso Nacional, Ley 21.296, 10 de diciembre de 2020.

En el caso de que una candidatura a convencional constituyente fuera rechazada por el Consejo del Servel, conforme con el artículo 20 de la Ley 18.700, los partidos políticos y los candidatos independientes podían, dentro de los cinco días siguientes a la publicación de la resolución, a que nos referimos en el párrafo anterior, reclamar ante el Tribunal Calificador de Elecciones. Este organismo fallaría en el término de diez días contados desde la interposición del reclamo y su resolución se notificaría al director del Servicio Electoral y a los interesados por carta certificada. Solo una vez resuelto el reclamo, en el caso que lo hubiere, se considerará la nómina final de candidatos y candidatas que tienen la calidad de tales para todos los efectos legales.<sup>29</sup>

Publicada la nómina final de candidatos y candidatas a convencionales constituyentes,<sup>30</sup> el 11 de febrero de 2021 se dio inicio al período de campaña con propaganda de brigadistas y medios de comunicación. Este período fue suspendido, entre el 8 y el 28 de abril, debido a la postergación de las elecciones por la crisis sanitaria originada por la pandemia de la Covid-19. Luego, el 28 de abril se reanudó la campaña hasta el 13 de mayo. De esta forma se realizaron las elecciones los días 15 y 16 de mayo, sin que se registrarán incidentes ni fueran objetadas por ninguna de las fuerzas políticas y personas que participaron en el proceso.

Todo lo anterior es relevante, debido a que, en términos formales y fácticos, proporciona el soporte normativo para la realización de un proceso que estuvo atravesado tanto por la incertidumbre de la crisis política, social e institucional que le precedió y acompaña, como por las modificaciones de calendario y restricciones que tuvo debido a la pandemia. Además, en términos prácticos, nos permite revisar algunos aspectos del proceso como, por ejemplo, el nivel de participación en la inscripción de candidaturas y en las elecciones, para contrastarlos con los estándares de participación que requiere un proceso constituyente para alcanzar niveles adecuados de legitimidad.

Así, en los párrafos que siguen revisaremos conforme a los estándares en derechos humanos para la participación política, ya analizados en el primer apartado de este capítulo, el proceso de elección de convencionales constituyentes. El análisis se realizará considerando la configuración constitucional y legal del proceso constituyente y su impacto en el derecho al sufragio activo y pasivo. Asimismo, se revisará la práctica de los órganos electorales (Servicio Electoral y Tribunal Calificador de Elecciones) y cómo afectó el derecho a la participación política.

En primer lugar, para las elecciones de convencionales constituyentes el derecho al sufragio activo se limitó a las personas que reunieran los

29 Ver artículo 21 de la Ley 18.700.

30 Servel.cl: "Resoluciones de aceptación y rechazo de candidaturas Elecciones abril 2021", 23 de enero de 2021.

requisitos contemplados en los artículos 13 y 14 de la Constitución y que se encontraran en el territorio nacional, dejando fuera a los y las ciudadanos/as chilenos/as que se encuentran en el extranjero. En ese sentido, es importante tener en consideración que un grupo de diputadas y diputados, el 28 de septiembre de 2020, presentó un proyecto de reforma constitucional para crear tres distritos electorales en el extranjero, a fin de permitir que los ciudadanos chilenos residentes fuera del país pudieran elegir convencionales constituyentes.<sup>31</sup> A pesar de que la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputadas y Diputados aprobó el 1 de diciembre de 2020 el proyecto, siendo despachado a la sala de dicha cámara, este terminó siendo rechazado –el 3 de diciembre– debido a que no obtuvo el quorum requerido, habiendo recibido 93 votos afirmativos.

Otro aspecto que limitó la participación y el ejercicio del derecho al sufragio activo tiene relación con las personas que no han perdido la ciudadanía, pero se encuentran privadas de libertad por orden judicial y que por aspectos prácticos y administrativos relacionados con el Servicio Electoral y Gendarmería de Chile, no pueden ejercer su derecho constitucional. Al respecto, cabe destacar la presentación de dos recursos de protección por parte de la ONG Asociación Pensamiento Penal, en contra del Servicio Electoral y de Gendarmería de Chile. En el primero de los recursos se acciona para que 147 personas privadas de libertad puedan ejercer su derecho a voto en el plebiscito constitucional realizado el 25 de octubre de 2020 (Rol de Ingreso Corte de Apelaciones de Santiago N° 93.268-2020). En el segundo recurso, se pretende que 80 personas privadas de libertad puedan ejercer su derecho a sufragio en los diversos procesos electorarios de 2021 (Rol de Ingreso Corte de Apelaciones de Santiago N° 95.967-2020). Ambos recursos fueron acumulados y rechazados en la sentencia emitida por la Tercera Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, el 16 de junio de 2021.<sup>32</sup> Actualmente, los recursos se encuentran en acuerdo en la Tercera Sala de la Corte Suprema (Rol de Ingreso N° 41.320-2021) a la espera de la dictación del fallo definitivo.

Además, un grupo de migrantes, avocados en Chile por más de 5 años y que cuentan con residencia y derecho a sufragio, conforme con el artículo 14 de la Constitución, denunciaron que el Servicio Electoral no les permitió patrocinar candidaturas de personas independientes a la Convención Constitucional, debido a que estas no serían ciudadanos

31 El proyecto de reforma constitucional (Boletín N° 13813-07) fue presentado por las y los diputados/as: Gabriel Boric, Natalia Castillo, Ricardo Celis, Marcelo Díaz, Maya Fernández, Carmen Hertz, Vlado Mirosevic, Jaime Mulet, Joanna Pérez y Pablo Vidal. Los distritos propuestos eran: 1° Distrito Internacional, compuesto por América del Norte, Central y Sur, que elegiría 4 convencionales; 2° Distrito Internacional, compuesto por Europa y África, que elegiría 2 convencionales; 3° Distrito Internacional, compuesto por Asia y Oceanía, que elegiría 2 convencionales.

32 La sentencia de la Tercera Sala de la Corte Apelaciones de Santiago, en los recursos de protección Rol N° 93.268-2020 y 95.967-2020.



y ciudadanas chilenos/as. Dichas denuncias, en su mayoría, fueron recepcionadas por el Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH, en adelante), durante el período que se abrió a finales de diciembre de 2020, para el patrocinio de candidaturas de personas independientes y, con el aval de dicha institución, se interpusieron recursos de protección en contra del Servicio Electoral por vulneración al derecho a la igualdad ante la ley (contemplado en el artículo 19 N° 2 de la Constitución). Entre otros, el INDH presentó un recurso de protección, el 6 de enero del presente año, el cual fue fallado por la Corte de Apelaciones de Santiago, el 27 de mayo de 2021. Esa Corte rechazó el recurso de protección y, una vez interpuesta la apelación por el INDH, el fallo fue confirmado por la Corte Suprema.<sup>33</sup> En este sentido, es importante destacar, en primer lugar, que las personas migrantes carecieron de una vía de impugnación idónea y oportuna que les permitiera resolver su denuncia de forma útil. En segundo lugar, los fallos, de la Corte Suprema y de la Corte de Apelaciones de Santiago dieron cuenta de una interpretación restrictiva de los derechos constitucionales de las personas migrantes, reduciendo sus derechos políticos y posibilidades de participación en dicha etapa del proceso constituyente.<sup>34, 35</sup>

En segundo lugar, un aspecto importante a tener en cuenta en el marco del proceso tiene relación con el hecho de si las personas tuvieron —o no— amplias posibilidades, formales y prácticas, para poder ejercer su derecho al sufragio pasivo, es decir, si pudieron inscribirse libremente como candidatos y candidatas para la elección. En ese sentido, se puede verificar que las normas electorales aprobadas para el proceso tuvieron una especial deferencia y flexibilidad con las personas que querían inscribir sus candidaturas de forma independiente. Sin embargo, el principal problema que se pudo observar en el proceso tiene relación con el alto número de candidaturas, especialmente independientes, que fueron rechazadas por los organismos electorales, a saber el Servicio Electoral y el Tribunal Calificador de Elecciones.

Según las cifras informadas por el Servicio Electoral, el 23 de enero de 2021, hubo un total de 1463 candidaturas declaradas para convencionales constituyentes generales, de las cuales 1191 fueron aceptadas, 177 rechazadas y 95 declaradas inadmisibles. Las candidaturas

33 Una acción de protección de similares características fue interpuesta por la Clínica Jurídica de Migrantes y Refugiados del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales (UDP) en representación de una de nuestras académicas de la Facultad de Derecho de la UDP (Rol de Ingreso N° 155-2021 de la Corte de Apelaciones de Santiago). Dado el resultado del recurso de protección interpuesto por el INDH y la falta de oportunidad en la resolución del mismo, la recurrente tomó la decisión de desistirse de la acción constitucional.

34 Al respecto, véase la Sentencia de la Corte Suprema en el Rol de ingreso N° 39.114-2021.

35 Para mayor información sobre esta temática, revisar capítulo sobre migración y asilo del presente Informe.

inadmisibles corresponden a 15 de las 21 listas de candidaturas independientes presentadas por la empresa de asesoría previsional “Felices y Forrados”. Respecto a esta última lista, se presentó una denuncia en el Servel por parte de la ONG Chile Transparente, dado que incumplía las normas de financiamiento de la política al exigir una membresía en su sitio web para poder ser inscrito como candidato en sus listas, a través de una plataforma denominada “FyF Vota Feliz”.

Para el presente capítulo analizamos en detalle las candidaturas rechazadas en la Región Metropolitana y las razones esgrimidas por los organismos electorales para ello. Podemos dar cuenta de un total de 82 candidaturas rechazadas, de las cuales 46 no presentaron ninguna reclamación ante los órganos electorales y, por ende, no fueron aceptadas sus candidaturas en esa Región. En este punto, es importante señalar que de las 46 candidaturas rechazadas que no presentaron reclamación alguna, un alto número de ellas (36) corresponde a candidatos independientes, quienes presumiblemente tienen menos acceso a los recursos y medios necesarios para interponer las reclamaciones respectivas ante el Servicio Electoral o el Tribunal Calificador de Elecciones.

Por otra parte, las causales por las cuales el Servicio Electoral rechazó las candidaturas se pueden agrupar en incumplimientos de requisitos de fondo y de forma. En el caso del incumplimiento de requisitos de fondo son, principalmente, dos los motivos por los cuales las candidaturas fueron rechazadas: i) La candidatura fue declarada como independiente, pero registraba afiliación en algún partido político dentro del plazo legal (18 casos); ii) el pacto electoral o lista entre independientes, por el cual es presentada la candidatura, no cumplía con el equilibrio de género (39 casos).

En cuanto a los requisitos de forma, las candidaturas fueron rechazadas por los siguientes motivos: i) No se realizó la declaración de intereses y patrimonio al momento de la declaración (cinco casos); ii) no reunió la cantidad mínima de patrocinantes hábiles que exige la Ley (ocho casos); iii) no acompañó la autorización que faculta al director del Servicio Electoral para abrir una cuenta bancaria única a su nombre y cargo para recibir aportes de campaña (dos casos); iv) no acompañó declaración jurada que acredite cumplimiento de los requisitos legales y constitucionales (un caso); v) no acompañó declaración jurada suscrita ante notario o ante oficial del Registro Civil (dos casos).

En relación con el incumplimiento de requisitos de forma, se puede evidenciar una deficiencia en la entrega de información por parte del Servicio Electoral, especialmente en lo referido a la comunicación y relación que tiene la entidad con las personas independientes que presentaron candidaturas. En este punto, es especialmente delicado el caso de Alan González Collao, cuya candidatura fue rechazada por el Servicio Electoral y luego por el Tribunal Calificador de Elecciones, por no

haber presentado la declaración de intereses y patrimonio al momento de inscribir su candidatura. Al respecto, ante el Tribunal Calificador de Elecciones, Alan González indicó que tiene una severa discapacidad sensorial y que no recibió del Servicio Electoral una comunicación que le informara cuáles eran los documentos que debía presentar, de una manera adecuada que le permitiera acceder a la información. Agregó que, el 23 de enero de 2021, presentó su declaración de patrimonio e intereses al Servicio Electoral y la acompañó de su credencial de discapacidad. Sin embargo, el Tribunal Calificador de Elecciones rechazó su reclamación argumentando que González Collao no acompañó prueba alguna para acreditar sus aseveraciones y desvirtuar lo señalado por el Servicio Electoral.<sup>36</sup>

Como se puede apreciar, en el caso precitado, los órganos electorales violaron la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, especialmente el artículo 29, que dispone que los Estados Partes garantizarán a dichas personas los derechos políticos y la posibilidad de gozar de ellos en igualdad de condiciones con las demás y promoverán su participación “en las actividades públicas y cívicas, como el derecho a votar, a ser elegidas o a participar en organizaciones políticas”. Para lo anterior, requieren, entre otras cosas, tener acceso sin restricciones a la información necesaria para participar en igualdad de condiciones.

### **2.3. Participación de grupos históricamente excluidos**

El Acuerdo constitucional del 15 de noviembre de 2019,<sup>37</sup> que estableció las bases del sistema electoral y la composición para la elección de la futura Convención Constitucional (o una mixta, en su caso), no incluyó la participación expresa de mujeres, pueblos indígenas y otros colectivos. La reforma constitucional que da pie al proceso constituyente –Ley 21.200, del 24 de diciembre de ese año, que establece el proceso constitucional–, al disponer quienes integrarán la Convención, en el artículo 141 que se incorpora a la Constitución, señaló que ella estaría compuesta por 155 ciudadanas y ciudadanos electas/os, empleando los distritos electorales y el sistema electoral dispuesto en la Ley Orgánica Constitucional sobre votaciones populares y escrutinios, Ley 18.700, en lo referido a las elecciones de diputados. La inclusión de mecanismos participativos para mujeres, pueblos indígenas y otros colectivos

36 Además, Alan González presentó un recurso de protección en contra del Servicio Electoral ante la Corte de Apelaciones de Santiago (Rol N° 1915-2021), el que fue declarado inadmisibles (23 de febrero de 2021), porque, a juicio de la Primera Sala de esa Corte, “los hechos descritos en la presentación y las peticiones que se formulan a esta Corte exceden las materias que deben ser conocidas por el presente recurso atendida su naturaleza cautelar, por lo que no será admitido a tramitación”.

37 Acuerdo por la paz social y la nueva Constitución, 15 de noviembre de 2019.

fue fruto de una negociación y movilización política y de la dictación de sendas reformas constitucionales posteriores, tal como veremos a continuación.

En el caso de la participación de las mujeres, desde un comienzo hubo una fuerte demanda, en particular de las organizaciones feministas<sup>38</sup> y parlamentarias y de organizaciones políticas, porque el proceso constituyente fuera paritario. Ello llevó a que, finalmente, en marzo de 2020, se aprobara la ley de reforma constitucional, Ley 21.216, que establece la paridad de género en órgano constituyente y, además, facilita la participación de independientes. La ley introduce varias normas transitorias en la Constitución actual, estableciendo el siguiente régimen para la elección de los convencionales. Se señala que las listas presentadas por partidos e independientes deben estar encabezadas por mujeres y luego alternar entre ambos sexos (artículo trigésimo). Para el sistema de elección, se dispone que el sistema electoral para la Convención Constitucional se orientará a conseguir una representación equitativa de hombres y mujeres. Con este objetivo, en los distritos que repartan un número par de escaños, deben resultar electos igual número de hombres y mujeres, mientras que en los distritos que repartan un número impar de escaños, no podrá resultar una diferencia de escaños superior a uno, entre hombres y mujeres. Si de la aplicación del sistema electoral no resulta una elección paritaria, se estableció un mecanismo corrector. Como consecuencia de estas normas, las mujeres obtuvieron el 52,2% de los votos válidamente emitidos y 49,3% de los escaños, 68 en total, mientras que los hombres obtuvieron 47,8% de votos, quedando con 50,7% de los escaños. Si a lo anterior se agregan los convencionales indígenas, la Convención quedó integrada por 78 convencionales hombres (50,3%) y 77 mujeres (49,7%).<sup>39</sup>

Estas cifras contrastan de forma importante con los resultados en las elecciones parlamentarias de 2017, donde se empleó el mismo sistema electoral y distritos, por lo que son comparables. En esos comicios, por primera vez, las normas exigían a los partidos no tener ningún sexo con representación de más de un 60% en sus listas de candidatos. En aquella ocasión, con un 40% de candidatas mujeres, ellas obtuvieron el 31% de los votos válidamente emitidos, pero, finalmente, solo el 22% de la Cámara estuvo compuesta por mujeres, al no haber reglas para modificar el resultado de la elección en favor de las mujeres.

El establecimiento de la paridad, tanto en candidaturas como en la composición de la Convención, constituye una novedad desde el

38 Ver, por ejemplo, El Mostrador Braga: "Cuáles son las demandas de las mujeres que se deberían considerar en la nueva Constitución?", 4 de diciembre de 2019; Oge.cl: "Paridad irrenunciable", 23 de diciembre 2019.

39 Ciper.cl: "Convención Constitucional: mecanismos de paridad redujeron a 2,9% la brecha de representatividad de las mujeres", 17 de mayo de 2021.

punto de vista de las asambleas constitucionales a nivel mundial, siendo Chile el primer país en establecerla para este propósito. Bajo la perspectiva de los estándares de derechos humanos antes descritos, la paridad es un mecanismo, una de las posibles medidas especiales temporales, que busca enmendar la histórica exclusión de las mujeres en la toma de decisiones políticas y, en particular, en un momento de importancia histórica como es la redacción de una nueva Constitución.

Respecto a las personas con discapacidad, luego de iniciado el proceso constituyente con la dictación de la Ley 20.200, se comenzó a discutir la participación de estas personas en el mismo. De acuerdo al II Estudio Nacional de la Discapacidad, de 2015, realizado por el Ministerio de Desarrollo Social,<sup>40</sup> en Chile había un 11,7% de personas en situación de discapacidad leve y un 8,3% de discapacidad severa, lo que en conjunto daba un 20% a nivel nacional. Por medio de la Ley 21.298, publicada el 23 de diciembre de 2020, la misma que estableció los escaños reservados para pueblos indígenas, se introdujo una nueva norma transitoria, la cuadragésimo séptima, que disponía que para efectos de la elección de los convencionales, de la totalidad de las declaraciones de candidaturas de las listas conformadas por un solo partido político o pactos electorales de partidos políticos, debían tener un porcentaje mínimo del 5% del total respectivo de candidaturas, para personas con discapacidad. Ellas se identificaban de acuerdo a la calificación hecha en el artículo 13 de la Ley 20.422, la ley de inclusión de las personas con discapacidad, es decir por las Comisiones de medicina preventiva e invalidez, dependientes del Ministerio de Salud, las que debían facilitar al Servicio Electoral los datos debidamente actualizados de las personas con discapacidad certificada. Asimismo, podía acreditarse la discapacidad a través de la calidad de asignatario de pensión de invalidez de cualquier régimen previsional, a la fecha de presentación de candidaturas, conforme a los registros disponibles en el Sistema nacional de información de seguridad y salud en el trabajo de la Superintendencia de Seguridad Social. A consecuencia de esta norma, hubo 47 personas en situación de discapacidad que fueron candidatas dentro de listas de partidos y pactos de partidos, pero solo una de ellas fue elegida.<sup>41</sup> Este magro resultado, unido a lo tardío de la reforma que introdujo esa cuota, prácticamente a solo tres meses de la elección de convencionales, dan cuenta de que al Estado aún le falta mucho por hacer para asegurar una efectiva incorporación de las personas con discapacidad en los

40 Ver en [Senadis.org.cl](http://Senadis.org.cl), *II estudio nacional de la discapacidad*, 2015.

41 El Mostrador.cl: “¿Chile país inclusivo? Solo una candidata en situación de discapacidad fue electa como constituyente”, 19 de mayo de 2021.

procesos de participación política, como exige la Convención de derechos de la personas con discapacidad.

Junto a este derecho al voto pasivo, las normas permanentes de la Ley 18.700, orgánica constitucional de votaciones populares y escrutinios implementan el llamado voto asistido para personas con discapacidad, permitiéndose que la persona vaya acompañada a votar, lo que ha facilitado el derecho de voto desde que se introdujo por la Ley 20.183, del 8 de junio del 2007.<sup>42</sup>

Respecto a niños, niñas y adolescentes (en adelante, también, NNA), tal como indica la Defensoría de la Niñez en su Informe Anual 2020, en el proyecto de reforma que dio paso al proceso constitucional no se mencionó en ninguna oportunidad la posibilidad de incluir a NNA en aquel,<sup>43</sup> ni tampoco en momentos posteriores se consideró esta alternativa. Esto pese a la expresa petición de la Defensoría la Niñez, de rebajar la edad del voto a 16 años para efectos de la votación del plebiscito de octubre del 2020.<sup>44</sup> En el Senado se rechazó, el 27 de noviembre de 2019, una reforma constitucional que proponía rebajar la edad de votación a los 16 años y que hubiera permitido ampliar el rango de participación en las elecciones constituyentes y en el proceso en general. El proyecto fue tramitado en la Comisión de Derechos Humanos del Senado y contaba con un amplio apoyo de organizaciones de jóvenes, estudiantiles y vinculadas con la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.<sup>45</sup> Por su parte, la Defensoría realizó en ese informe anual una serie de recomendaciones respecto a la metodología para hacer efectiva la participación de NNA en el proceso constituyente, que deben servir de pauta para cualquier iniciativa en esta materia.

Sobre el punto anterior, es importante considerar que, conforme a los estándares de derechos humanos para la participación política, se debe contemplar amplios mecanismos de participación en este ámbito durante el proceso y, en particular, para aquellos grupos que han sido histórica y estructuralmente excluidos de la deliberación política, como es el caso de los NNA. Por ello, el hecho de que no se haya considerado, de ninguna forma la participación de los NNA en las etapas previas al funcionamiento de la Convención es contrario a los estándares de derechos humanos para la participación política.

En relación a personas LGBTIQ+, la elección de constituyentes fue una ocasión importante para que un mayor número de ciudadanos/

42 Véase, al respecto, *Informe 2010*, p. 352.

43 Defensoría de la Niñez, *Informe Anual 2020*, p. 543.

44 El Mostrador.cl: "Incongruencias del sistema electoral chileno", 27 de agosto de 2020. Como se sabe, en Chile la ciudadanía, condición para poseer derecho a voto, se alcanza a los 18 años, según dispone el artículo 13 de la Constitución.

45 Al respecto, véase, Senado.cl: Boletín N° 8680-07.

as se postularan autodefiniéndose como pertenecientes a ese colectivo. Según un estudio de Les Constituyentes, al menos hubo 52 *candidates*,<sup>46</sup> siendo elegidas ocho personas,<sup>47</sup> lo que representaría un 5,2% de los 155 convencionales. Es pertinente destacar que no hubo una representante trans elegida. La participación de *candidates* abiertamente representativos/as de la diversidad sexual y de género, y su visibilización, significó un paso importante para el pleno ejercicio de los derechos de las personas LGBTIQ+. Sin embargo, el porcentaje ínfimo que representaron –alrededor de un 1,5% de los candidatos a la Convención–, en particular las personas trans, da cuenta de que son necesarias más medidas para lograr lo que la CIDH señala al respecto: “La participación efectiva de las personas LGBTIQ+ es fundamental para asegurar la efectividad de la legislación, políticas y programas destinados a mejorar las condiciones para el pleno goce y ejercicio de sus derechos humanos, y la realización de sus proyectos de vida”.<sup>48</sup>

#### **2.4. Participación política de los pueblos indígenas en el proceso constituyente**

Las personas que se auto reconocen como parte de un pueblo indígena en Chile alcanzan, según el Censo 2017, un total de 2.158.792, lo que representa a un 12,8% del total de la población nacional.<sup>49</sup> Tal y como señalábamos en *Informes* anteriores,<sup>50</sup> la relación entre los pueblos indígenas y el Estado de Chile ha estado marcada por una profunda desconfianza, principalmente, debido al incumplimiento de los acuerdos y promesas por parte de los gobiernos y la falta de diálogo político. Asimismo, las administraciones de las últimas tres décadas, en su mayoría, han focalizado la política pública relativa a los pueblos indígenas en aspectos relacionados con la pobreza y el desarrollo, en vez de avanzar en el respeto y reconocimiento de sus derechos humanos, reconocidos en los tratados internacionales ratificados por Chile. Una prueba de lo anterior es el hecho de que Chile

46 Les Constituyentes, Observatorio Nacional LGBTIQ+, *Les candidates LGBTIQ+ frente al Proceso Constituyente*, 30 de abril de 2021.

47 Movilh.cl: “Histórico: 8 personas abiertamente LGBTIQ+ son electas como constituyentes”, 17 de mayo de 2021.

48 CIDH, *Reconocimiento de derechos de personas LGTBI*, diciembre de 2018, párr. 111.

49 Según el Instituto Nacional de Estadísticas, la distribución de las personas que se auto reconocen como parte de un pueblo indígena es la siguiente: El grupo más grande de población pertenece al pueblo mapuche con 1.754.147 personas que corresponde al 9,9% del total de población nacional. Luego, lo siguen quienes se reconocen como parte del pueblo aimara con un total de 156.754 personas, diaguitas con 88.474 personas, quechuas con 33.868 personas y atacameños o licán antai con 30.369 personas. Finalmente, se encuentran las personas que pertenecen al pueblo Colla (20.744), polinésico rapanui (9.399), kawashkar (3.448) y yagán o yámana (1.600 personas).

50 Ver *Informe 2018*, pp. 135-168; *Informe 2019*, pp. 157-191; e *Informe 2020*, pp. 243-277.

aún no reconoce constitucionalmente a los pueblos indígenas y sus derechos, siendo una excepción a nivel comparado y, especialmente, en el contexto latinoamericano.<sup>51</sup>

En el *Informe 2020* señalábamos que el proceso constituyente en curso era una oportunidad para recomponer el vínculo de los pueblos indígenas con el Estado y para avanzar en el respeto y reconocimiento de sus derechos humanos a través del reconocimiento constitucional. Para ello, planteamos que resultaba de vital importancia que el proceso contemplara escaños reservados para los pueblos indígenas en el órgano constituyente. En ese sentido, sostuvimos que los escaños reservados que se discutían en el Congreso, para cumplir con el contenido normativo de los tratados internacionales que ha suscrito Chile en la materia y la legislación indígena, debían tener las siguientes características: i) que el número de escaños reservados representara un 12,8% del total de escaños del órgano constituyente, para que su representación fuera similar al porcentaje que se autoreconoce como parte de un pueblo indígena; ii) que para definir las personas que podrían votar por los escaños reservados primara la auto identificación y no se restringiera su participación al padrón de la Corporación Nacional Indígena; iii) que se incluyera en los escaños a todos los pueblos indígenas y a los afrodescendientes; iv) que las candidaturas fueran individuales para evitar una posible cooptación de los partidos políticos; v) que el número de escaños fuera adicional al número de escaños ya contemplados por la reforma constitucional para la Convención Constitucional; vi) que todos los pueblos indígenas tengan asegurado al menos un representante y que se le dé mayor preeminencia a la representación del pueblo mapuche; y vii) que se establezca un mecanismo de corrección de paridad de género en la elección de los representantes indígenas.

El 23 de diciembre de 2020, luego de una tramitación contra el tiempo, se publicó la Ley 21.298 que incorporó al proceso constituyente la forma de participación de los pueblos indígenas en la elección de convencionales constituyentes. Sin duda, la incorporación de escaños reservados para los pueblos indígenas en el proceso es, en sí misma, una medida que permite avanzar en el respeto y reconocimiento de los derechos humanos de estos y facilita que en el proceso de deliberación del nuevo texto constitucional se incorpore a los pueblos indígenas, quienes han estado histórica y estructuralmente excluidos de la deliberación política. Sin perjuicio de lo anterior, a continuación,

51 Al respecto, entre otros, véase: Gonzalo Aguilar et al, "The Constitutional Recognition of Indigenous Peoples in Latin America", *Pace International Law Review Online Companion*, Nº 2, 2010, pp. 44-104; Raquel Yrigoyen, "El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización", en César Rodríguez, ed., *El Derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI, pp. 139-159.



analizaremos el contenido de la Ley 21.298, en base a los criterios que señalamos en el *Informe* del año pasado, en cuanto a la necesidad de que debía contener una reforma que incorporara escaños reservados en el proceso y tuviera en consideración el derecho internacional de los derechos humanos de los pueblos indígenas.

En primer lugar, la Ley 21.298 estableció que los pueblos reconocidos en la Ley 19.253 (Ley Indígena) contarían con 17 escaños que formarían parte de los 155 que componen la Convención Constitucional. De esta forma, el número de escaños reservados representa el 10,96% de los integrantes de la Convención, siendo un porcentaje de representación levemente inferior al porcentaje de personas de la población que se autoreconoce como parte de un pueblo indígena (12,8%). Sin embargo, uno de los aspectos que considerábamos importante es que los escaños reservados se adicione a las 155 personas que componen la Convención, para no modificar el criterio de proporcionalidad territorial de la elección de representantes por distritos y evitar alterar los acuerdos ya tomados en la reforma constitucional realizada por la Ley 21.200.

En segundo lugar, la Ley 21.298 elaboró una compleja reglamentación para determinar el padrón de personas que podían votar por los candidatos o candidatas indígenas, en donde el criterio rector estuvo dado por los registros indígenas existentes y no por el principio de autoidentificación, como establece el artículo 1.2 del Convenio N° 169 de la OIT. Así, el Servicio Electoral confeccionó el padrón de electores con las siguientes reglas: i) nómina de aquellas personas que estén incluidas en el Registro nacional de calidades indígenas; ii) datos administrativos que contengan los apellidos mapuche evidentes; iii) nómina de apellidos indígenas de bases de postulantes al Programa de beca indígena (de enseñanza básica, media y superior) desde el año 1993; iv) registro especial indígena para la elección de consejeros indígenas de la Corporación Nacional Indígena; v) registro de comunidades y asociaciones indígenas; vi) registro para la elección de comisionados de la Comisión de desarrollo de Isla de Pascua. Además, tuvieron derecho a votar en las elecciones de convencionales constituyentes indígenas quienes, no figurando en la nómina elaborada con los criterios precitados, se identificaron como electores indígenas previamente al día de la elección y obtuvieron una autorización del Servicio Electoral. Dicha autorización se otorgó cuando las personas acreditaron su calidad de indígena mediante un certificado de la Conadi o con una declaración jurada, elaborada por el Servicio Electoral, donde indicaron, expresamente, que cumplen con cualquiera de las condiciones que establece la Ley 19.253.

En tercer lugar, la Ley N° 21.298 incorporó con escaños reservados en la Convención Constitucional a todos los pueblos indígenas reconocidos en la Ley 19.253, esto es, el pueblo mapuche, aimara, rapa nui, atacameño, quechua, colla, diaguíta, kawashkar, yagán y chango

(último en ser reconocido legalmente a través de la Ley 21.273, del 17 de octubre de 2020). Sin embargo, y pese a que también cuenta con reconocimiento legal,<sup>52</sup> la Ley 21.298 no incorporó al pueblo afrodescendiente con escaños reservados en la Convención Constitucional, manteniendo la exclusión histórica y estructural de dicho pueblo en la deliberación política.

En cuarto lugar, es importante considerar que la Ley 21.298 sí contempló que las candidaturas fueran individuales y, además, para reforzar su vínculo comunitario, exigió que estas contaran con el patrocinio de un número de comunidades u organizaciones indígenas. Asimismo, todos los pueblos indígenas tenían asegurado al menos un representante y se les dio una mayor representación a los dos pueblos indígenas mayoritarios, con dos escaños para el pueblo aimara y ocho para el pueblo mapuche. Además, se estableció un mecanismo de corrección de paridad de género en la elección de los representantes indígenas.

Así las cosas, el Servicio Electoral configuró el padrón indígena de electores que registró un total de 1.239.295 personas. Sin embargo, en las elecciones convencionales para la elección de los escaños reservados solo participó el 22,81% del padrón indígena, votando un total de 283.473. La distribución de votación por pueblos fue la siguiente: i) Pueblo mapuche: 237.237 personas; ii) pueblo aimara: 20.092 personas; iii) pueblo diaguíta: 11.518 personas; iv) pueblo atacameño: 7.016 personas; v) pueblo colla: 2.209 personas; vi) pueblo quechua: 2.165 personas; vii) pueblo rapa nui: 1.963 personas; viii) pueblo chango: 956 personas; ix) pueblo kawashkar: 250 personas; x) pueblo yagán: 67 personas. Consideramos que la baja participación de los pueblos indígenas en la elección tiene que ver, principalmente, con el hecho de que la Ley 21.298 se promulgó en una fecha muy cercana a las elecciones, afectando la preparación y difusión del mecanismo entre los pueblos indígenas y, por cierto, mermando su convocatoria electoral.

La creación de escaños reservados para los pueblos indígenas debe ser vista, sin duda, como un paso histórico en el reconocimiento de aquellos como sujetos de derecho a la autodeterminación. Sin perjuicio de esto, las falencias en el diseño y en la implementación, mencionadas antes, deben ser corregidas para asegurar efectivamente ese derecho.

## **2.5. Convención Constitucional: reglamento de la Convención y su relación con los estándares en derechos humanos**

El 20 de junio de 2021, el Presidente de la República dictó el Decreto N° 1684 convocando a la primera sesión de instalación de la Convención Constitucional, para el 4 de julio de 2021, en la sede del Congreso

52 La Ley 21.151, publicada en el Diario Oficial el 16 de abril de 2019, otorgó reconocimiento legal al pueblo tribal afrodescendiente chileno.

Nacional, en la ciudad de Santiago.<sup>53</sup> En dicha jornada histórica, junto con la instalación de la Convención Constitucional, se eligió a la mesa directiva de la misma, siendo electa presidenta Elisa Loncon Antileo, que es convencional constituyente representante de los escaños reservados para el pueblo mapuche. Por su parte, para el cargo de vicepresidente se eligió a Jaime Bassa Mercado, que es convencional constituyente electo por el distrito 7.

A la fecha del presente *Informe* (agosto de 2021) la Convención Constitucional ha dictado normas provisorias para su funcionamiento, ha conformado comisiones para su trabajo y ha tenido que lidiar con un conjunto de aspectos prácticos para su funcionamiento.<sup>54</sup> En ese sentido, en el presente apartado, analizaremos, en particular, las propuestas que se han formulado en torno al reglamento de la Convención y relevaremos algunos aspectos que consideramos importantes que queden consagrados en dicho reglamento, conforme con los estándares de derechos humanos que detallamos al comienzo del capítulo.

Respecto al reglamento de funcionamiento de la Convención, la Constitución deja amplio margen al órgano para su autorregulación, estableciendo algunas reglas para el desarrollo del proceso y que son las siguientes: i) en el artículo 133, inciso tercero, de la Constitución se establece que el quorum para la aprobación del reglamento deberá ser de 2/3 de los miembros en ejercicio; ii) la presidencia y la vicepresidencia de la Convención se elegirán en la sesión inaugural por mayoría absoluta de sus miembros (artículo 133 inciso segundo de la Constitución); iii) según el artículo 137 de la Constitución la Convención Constitucional tendrá un plazo inicial de 9 meses, contados desde su instalación, para la elaboración de la nueva Constitución, plazo que se puede prorrogar, solo por una vez, en 3 meses; iv) conforme con el artículo 133, inciso tercero, de la Constitución las normas del nuevo texto constitucional deben ser aprobadas por 2/3 de los miembros en ejercicio de la Convención; v) la Convención deberá constituir una secretaría técnica, la que será conformada por personas de comprobada idoneidad académica o profesional, según el artículo 133, inciso 5, de la Constitución; vi) los y las convencionales se deberán regir por las normas que regulan la probidad en la función pública y la prevención de los conflictos de interés (Ley 20.880) y las normas para la regulación del lobby y las gestiones que representan intereses particulares ante autoridades y funcionarios (Ley 20.730); vii) el artículo 134, inciso final, de la Constitución establece que los integrantes de la Convención

53 Decreto N° 1684 de Instalación de la Convención Constitucional.

54 Para revisar las normas provisorias de funcionamiento y el trabajo de las Comisiones de la Convención Constitucional, se puede consultar el siguiente enlace: <https://www.chileconvencion.cl/documentos/>.

recibirán una retribución mensual de 50 UTM y otras asignaciones que se establezcan en el reglamento interno de la Convención, debiendo este regular un comité externo que las administre.

Como se puede apreciar, las normas constitucionales le entregan un amplio espacio a la Convención para regular su funcionamiento. Al respecto, consideramos que son cinco los ámbitos que, como mínimo, deberá considerar el reglamento de la Convención, a saber: i) Organización funcional interna de la Convención, incluyendo temas como la estructura y funciones de la mesa directiva, funciones y organización de la secretaría técnica, definición de las Comisiones y rol del pleno, procedimientos para los sistemas de reclamación, normas de asignaciones, establecimiento de comités y procedimientos de funcionamiento en relación con la mesa, normas de uso de la palabra, y políticas de inclusión al interior de la Convención; ii) mecanismo para la toma de decisiones, que incluye temas asociados al trámite de aprobación de las normas, plazos y mecanismos para presentación de mociones e indicaciones, definición de votaciones en comisión y plenario, función de comisiones, entre otros; iii) regulación de los mecanismos de participación ciudadana y social en la Convención, que incluye todas las regulaciones para asistir a la Convención por parte de individuos o instituciones, mecanismos para la participación y consulta indígena, y vínculo de convencionales con los territorios; iv) probidad y ética, que considera normas de probidad, lobby y conflicto de interés, así como las sanciones por la vulneración a estas normas; v) transparencia, que considera mecanismos de publicidad de las sesiones, establecimiento de excepciones a publicidad (sesiones secretas), y acceso a información.<sup>55</sup>

Sobre el reglamento y su contenido, en primer lugar, es importante tener presente que, tanto en el sistema universal de protección de los derechos humanos como en el interamericano, hay un conjunto de normas de tratados, de jurisprudencia de la Corte de la Interamericana y guías de acción de los organismos de ambos sistemas, que establecen estándares de derechos humanos en tres ámbitos diferentes. El primero, tiene relación con el ejercicio del derecho a la libre determinación en el proceso para la generación de una nueva Constitución. Así, mientras más amplio sea el ejercicio de este derecho y, por ende, las reglas que determinan la forma y fondo del proceso limiten en menor medida el funcionamiento del órgano que redacte la nueva Constitución, mayor será el resguardo a este derecho. Ello es relevante para el quorum que se fije para la adopción de los acuerdos internos y los aspectos relacionados con las materias que se abordarán en la nueva Constitución.

55 La Biblioteca del Congreso Nacional realizó un estudio comparado con las propuestas de reglamento que existen a junio de 2021 y que se puede consultar en: <https://www.bcn.cl/procesoconstituyente/debatenacional>.

En segundo lugar, es importante considerar que la reglamentación y los procedimientos al interior de la Convención respeten de forma amplia la libertad de expresión, permitiendo que todas las perspectivas que se encuentran representadas al interior de la Convención se puedan expresar. Asimismo, que aquellas que no lograron una representación cuenten con mecanismos adecuados para que puedan dar cuenta de sus opiniones y visiones, buscando fórmulas que permitan la más amplia deliberación posible.

Finalmente, el tercer ámbito, se refiere a la participación constitucional de los diversos sectores de la población en la deliberación constituyente y, en particular, por parte de los grupos e individuos que han estado excluidos de forma histórica y estructural de este tipo de instancias y procesos, como los pueblos indígenas, mujeres, niños, niñas y adolescentes, personas con discapacidad y personas LGBTIQ+. Aquí el rol del Estado y del órgano que lleve adelante el proceso constituyente es crucial. Para ello, no solo tienen que diseñar, en sentido amplio, las instancias que permitan la participación social en la discusión constitucional, sino que se deben garantizar los medios económicos y estructurales para ello. Para cumplir con esta dimensión será fundamental que el reglamento contemple una serie de mecanismos e instancias, con el fin de asegurar la mayor participación social, tales como: i) Audiencias públicas al interior de las comisiones, que sean de fácil acceso para los grupos y sectores en los que se organiza la sociedad civil; ii) iniciativa ciudadana de propuestas constitucionales; iii) amplia difusión y transparencia de los contenidos, votaciones y propuestas que surgen al interior de la Convención; iv) creación de mecanismos específicos de consulta en las comisiones permanentes para asegurar la participación de los grupos e individuos, ya mencionados con anterioridad, que han estado excluidos de forma histórica y estructural de este tipo de instancias y procesos; v) realización de un proceso de consulta y participación indígena, que cumpla, al menos, con el estándar contenido en el Convenio N° 169 de la OIT; vi) consideración de las propuestas y conclusiones que surjan de cabildos ciudadanos en las comisiones temáticas al interior de la Convención.

### **3. CONCLUSIONES**

El proceso constitucional iniciado en Chile ha abierto la posibilidad de decidir, por primera vez, en una forma enteramente democrática una Constitución para el país, que sea fruto de un proceso amplio y participativo y en el que se incluyan, de forma expresa, tanto en el proceso como en el texto de la Constitución, a sectores históricamente excluidos de la deliberación política y del ejercicio del poder. El

proceso, hasta la fecha, ha permitido la participación a esos grupos de una forma inédita en nuestra historia, particularmente a las mujeres –con la introducción de la paridad–, a los pueblos indígenas –con la creación de los escaños reservados para los pueblos indígenas– y, también, por primera vez, a las personas con discapacidad, por medio de reglas especiales en cuanto a presentación de candidaturas. Sin embargo, en las instancias del derecho a voto siguen existiendo exclusiones incompatibles con los derechos garantizados por el sistema internacional, como sucede con las personas privadas de libertad, los niños, las niñas y adolescentes.

Respecto a los colectivos históricamente discriminados –como personas con discapacidad y colectivos LGBTIQ+– las características del régimen de participación actual, a pesar de haberse dado pasos positivos, tanto normativos como de práctica política, no son aún suficientes como para asegurar una efectiva participación y representación, y eliminar las discriminaciones estructurales todavía existentes.

Por otro lado, el funcionamiento de la Convención, cuyo reglamento, a la fecha de cierre de este *Informe*, no ha podido ser analizado, debe incluir una serie de principios, como transparencia, probidad, participación, inclusión, libertad de expresión, a fin de permitir a la Convención operar de acuerdo a estándares de derechos humanos.

#### 4. RECOMENDACIONES

1. En la elaboración del reglamento de la Convención se debe considerar el más amplio respeto al derecho a la libre determinación de los pueblos, lo que implica que la Convención no tenga límites materiales diferentes al pleno respeto y consideración del derecho internacional de los derechos humanos para la elaboración de las normas de la nueva Constitución.
2. En la elaboración de la reglamentación y los procedimientos al interior de la Convención, se debe respetar de forma amplia la libertad de expresión, permitiendo que todas las perspectivas que se encuentran representadas se puedan manifestar. Asimismo, aquellas visiones que no lograron una representación en la Convención deben contar con mecanismos adecuados para plantear sus opiniones, garantizándose la más amplia deliberación posible.
3. En la elaboración del reglamento y en el funcionamiento de la Convención, se deben contemplar mecanismos de participación social, en particular respecto a grupos históricamente discriminados, para que tengan una efectiva incidencia y cuenten con el adecuado financiamiento.

4. Durante la elaboración de la Constitución se debe considerar la realización de un proceso de participación y consulta con los pueblos indígenas, que incluya al pueblo afrodescendiente y que se realice, al menos, con los estándares que contempla el Convenio N° 169 de la OIT.
5. En el plebiscito de salida se debería contemplar la posibilidad de incluir en el padrón electoral a las personas mayores de 16 años.
6. En el plebiscito de salida el legislador, en conjunto con el Servicio Electoral, debe tomar las medidas necesarias para que las personas privadas de libertad que no han perdido su ciudadanía, puedan ejercer su derecho al sufragio.







**Eduardo Alcaino**

Abogado y Magíster en Ciencias Jurídicas, Universidad de Stanford. Profesor de Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. Ha trabajado especialmente en el estudio del sistema de justicia criminal, especializándose en temas de cárcel, persecución penal, funcionamiento y organización de policías y fiscales, tanto en Chile como en América Latina.

**Martín Canessa Zamora**

Abogado por la Pontificia Universidad Católica. Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad del Desarrollo y abogado de la Clínica Jurídica de Atención a Migrantes de la Universidad Alberto Hurtado.

**Lidia Casas Becerra**

Licenciada en Urban and Regional Planning de la University of Saskatchewan, Canadá (B.A.). Licenciada en Derecho por la Universidad Diego Portales (1999), cuenta con un LLM (Magíster) en Derecho por la University of Toronto, y es Doctora en Derecho de la University of Ottawa, Canadá. Miembro de la Red latinoamericana de profesores de derecho, género y sexualidades discriminadas (Red-Alas) y docente e investigadora de jornada completa en la facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

**Cath Collins**

Directora, desde 2008, del Observatorio de Justicia Transicional de la UDP y catedrática en justicia de transición, desde 2013, de la Universidad de Ulster, Irlanda del Norte. Ha sido, desde 2010, la autora principal (ahora, co-autora) del capítulo sobre Justicia Transicional del presente Informe, siempre en estrecha colaboración con el resto del equipo del Observatorio.

**Jorge Fernández Mejías**

Abogado, magister en derecho Penal y Proceso Penal, investigador de CIDENI.

**Elisa Franco Sentis**

Licenciada en Filosofía, Licenciada en Educación, Profesora de Filosofía de la Universidad de Chile. Diplomada en Educación, Memoria y Derechos Humanos de la Universidad de Chile y el Museo de la Memoria y los Derechos Humanos. Actualmente cursando el último año de estudios de Derecho en la Universidad Diego Portales. Desde el 2017 se desempeña como profesora de Educación en Derechos Humanos y Educación Inclusiva en la Facultad de Educación de la Universidad Diego Portales.

**Claudio Fuentes**

Abogado y magíster en derecho penal y procesal penal UDP. Doctor of the Science of Law, U. Stanford (EEUU). Profesor asistente, jornada completa, Facultad de Derecho UDP. Miembro Programa de reformas procesales y litigación.

**Jaime Gajardo Falcón**

Abogado de la Universidad de Chile. Magíster en Derecho, mención Derecho Público, Universidad de Chile. Máster en Gobernanza y Derechos Humanos, Universidad Autónoma de Madrid. Máster en Derecho Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Doctor en Derecho, Universidad Autónoma de Madrid. Actualmente se desempeña como académico de la Facultad de Derecho e investigador del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales.

**Juan Pablo González**

Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Diego Portales y abogado. LL.M. (Master of Laws) in International Legal Studies, American University Washington College of Law, Estados Unidos y Diplomado en Mujeres y Derechos Humanos: Teoría y práctica, Universidad de Chile.. Actualmente es profesor de Derecho Constitucional y del Magíster en Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ambos en la Facultad de Derecho UDP y consultor independiente en Derecho Internacional de los Derechos Humanos de Niños, Niñas y Adolescentes.

**Ricardo Lillo**

Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Diego Portales. Master of Laws (LL.M) in Public Interest Law and

Policy y Doctor of Juridical Science (S.J.D), University of California Los Angeles (UCLA). Doctor en Derecho Universidad Diego Portales. Transnational Criminal Justice Program Research Fellow, UCLA School of Law. Académico de la Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibañez. Vicepresidente de la Red Chilena de Investigadores en Derecho Procesal.

**Gloria Andrea Maira Vargas**

Economista de la Facultad de Economía de la Universidad de los Andes de Bogotá, Colombia. Diplomada en políticas públicas y Master en Ciencias Sociales con especialidad en género de la Facultad de Ciencias Sociales FLACSO, Ecuador. Feminista. Se ha desempeñado en funciones de alta responsabilidad en el sector público y de dirección ejecutiva y coordinación de organizaciones no gubernamentales. Actualmente es jefa de la División de Desarrollo Social y Humano del Gobierno de la Región de Valparaíso.

**Andrea Ordóñez**

Abogada, magister de derechos humanos de la Universidad Carlos III de Madrid, e investigadora del Observatorio de Justicia Transicional de la UDP.

**Antonia Rivas**

Abogada de la Universidad Diego Portales y PhD en Antropología Sociocultural de la Universidad de California, Berkeley. Actualmente trabaja como asesora en la Convención Constitucional, consultora externa en organismos nacionales e internacionales como especialista en derechos de los pueblos indígenas, es investigadora del Centro de Estudios Interculturales e Indígenas (CIIR) y profesora invitada de la escuela de Antropología de la UC.

**Ester Valenzuela Rivera**

Académica Universidad Diego Portales de pregrado y postgrado Magister en derechos de infancia, adolescencia y familia, directora ejecutiva de CIDENI Co-directora del Diplomado Diplomado en Derechos de Infancia y Adolescencia: Problemas y desafíos actuales.

**Macarena Vargas Pavez**

Abogada de la Universidad Diego Portales. Magíster en Gestión y Políticas Públicas por la Universidad de Chile y Doctora en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (PUCV). Profesora de Derecho Procesal e investigadora del Programa de Reformas Procesales y Litigación, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales. Directora del Departamento de Derecho Procesal.

### **Francisca Vargas Rivas**

Abogada de la Universidad Diego Portales y Magíster en Derecho Público y Litigación Constitucional de la misma casa de estudios. Directora de la Clínica Jurídica de Migrantes y Refugiados de la Universidad Diego Portales y editora general del informe anual sobre Derechos Humanos. Pertenece a la Red de Apoyo Legal de Refugiados de las Américas (RALRA); a la red de docentes de derecho internacional de los refugiados LAREF, y a la Red Chilena de Crianza Respetuosa. Es experta de fundación “Hay Mujeres”.

### **Tomás Vial Solar**

Abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile; LL. M (Legal Master) en Derechos Humanos, Universidad de Notre Dame, Estados Unidos; Magíster en Derecho Público, mención derecho constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile; Ph.D, University College London (UCL). Actualmente es Director de Aseguramiento de la Calidad de la Facultad de Derecho de la Universidad Andrés Bello y profesor de derecho constitucional en UDP y Universidad Andrés Bello.

### **Marcela Zúñiga Reyes**

Marcela Zúñiga Reyes, Abogada y Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile. Magíster en Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Candidata a Doctora de derecho por la Universidad Diego Portales. Investigadora adjunta y profesora de Derecho Internacional Público y Litigio Estratégico en Derechos Humanos en la Universidad Diego Portales. Anteriormente se desempeñó como abogada investigadora en el Centro de Justicia de las Américas (CEJA) y como abogada asesora en el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL). Ha investigado sobre los procesos de reforma a la justicia en América Latina y el estudio sobre las modalidades de reparación a víctimas de derechos humanos.

Este Informe no sería posible sin la colaboración de muchas personas en su elaboración. Agradecemos al equipo del Observatorio de Justicia Transicional y a las autoras y autores de los diversos capítulos junto con las y los ayudantes de investigación con quienes trabajaron. Este Informe cuenta, además, con el valioso y acucioso trabajo de Vicente Parrini como editor de estilo y Sonia Kuzmanic en la corrección de pruebas, y el apoyo de Nieves León, asistente de proyectos del Centro de Derechos Humanos, así como de Felipe Gana; Consuelo Ríos, ayudante del Centro de Derechos Humanos UDP; Simona Blanco, Coordinadora de vinculación con el medio de la facultad de Derecho, y el equipo de comunicaciones UDP en la difusión. A todos y todas agradecemos profundamente.



