

Derechos económicos, sociales y culturales

5

1. Empresas y derechos humanos
2. Derecho a una vivienda adecuada
3. Derecho al agua
4. Derecho a la educación de calidad

EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS



Fotografía: Enrique Cerdá

EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS

ANTECEDENTES

Un tema que en las últimas décadas ha concitado la atención de la comunidad internacional es la relación entre las empresas y los derechos humanos. Ello es consistente con la importancia que este actor económico tiene en el desarrollo de la sociedad y en el mejoramiento de las condiciones de vida de la población, en la medida en que su acción respete el Estado de derecho y los derechos humanos. El papel de las empresas en una realidad globalizada es insustituible. Sin embargo, existen tensiones y motivos de preocupación cuando este actor lesiona o pone en peligro la dignidad y derechos de las personas. De esta manera, como se revisa en este apartado, se han generado pautas, principios y lineamientos en diversas instancias multilaterales, de carácter voluntario, no vinculantes y de naturaleza programática, que se orientan a delimitar la obligación de estos actores de respeto a los derechos humanos. Ello ha ido acompañado de una creciente valoración de la responsabilidad social por parte de las propias empresas, en el contexto de comunidades políticas cada vez más conscientes de sus derechos y de Estados cada vez más atentos en sus responsabilidades de regulación, fiscalización y de rendición de cuentas. Este panorama exige una reflexión de parte de los diversos actores de la sociedad, considerando que el sujeto tradicional del derecho internacional, y principal obligado por los derechos humanos, han sido siempre los Estados nacionales.

Como lo señalara en 2011 el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, las instituciones nacionales de derechos humanos tienen el mandato de observar esta realidad a la luz de los estándares internacionales y demás esfuerzos normativos, a fin de contribuir a la promoción y protección de los derechos humanos en el territorio

nacional¹. En cumplimiento de su mandato, el INDH ha desarrollado y participado de diversas iniciativas relacionadas con esta temática.

En diciembre de 2012, el INDH lanzó la ‘Serie Cuadernillos de Temas Emergentes’ dedicando el segundo número al tema ‘Empresa y Derechos Humanos’². En julio de 2013 el Poder Ejecutivo creó el Consejo de Responsabilidad Social para el Desarrollo Sostenible, organismo de carácter multisectorial que tiene por misión definir una política nacional en materia de responsabilidad social empresarial. El Consejo es dirigido por el Ministro de Economía, Fomento y Turismo, y está constituido por representantes del Ministerio de Relaciones Exteriores, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social y del Ministerio del Medio Ambiente; de la academia, organizaciones de la sociedad civil, del sector empresarial y por el INDH³. Esta instancia ha avanzado en elaborar una recomendación relativa a la aplicación de la metodología ‘Reporte o Explique’ a nivel de las grandes empresas públicas o privadas. Dicha metodología se inscribe dentro del fomento de prácticas de rendición de cuentas y consiste en el ejercicio de la opción –por parte de las empresas– de elaborar reportes o informes públicos acerca de sus políticas de sustentabilidad o, en su defecto, explicar las razones por las que no desarrolla tales políticas.

En agosto de 2013 el INDH participó del Primer Foro Regional del Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre Derechos Humanos y Empresas en Latinoamérica, celebrado en Medellín, Colombia. Esta iniciativa reunió a instituciones

1 A/HRC/RES/17/4. 6 de julio de 2011.

2 Disponible en la página web del INDH.

3 Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, Subsecretaría de Economía y Empresas de Menor Tamaño. Decreto Supremo N° 60 que crea el Consejo de Responsabilidad Social para el Desarrollo Sostenible. Publicado en el Diario Oficial el 3 de junio de 2013.

nacionales de derechos humanos de la región, organizaciones de la sociedad civil, empresas y agencias estatales con miras a intercambiar experiencias de Responsabilidad Social Empresarial (RSE). En el foro se planteó una crítica desde las organizaciones de la sociedad civil, por el carácter no vinculante de las normas y principios que hasta la fecha han sido desarrollados en el ámbito internacional.

Adicionalmente, este año el INDH participó del Comité de la Sociedad Civil o “Comité Espejo” del Punto Nacional de Contacto (PNC), instalado en la Dirección de Asuntos Económicos del Ministerio de Relaciones Exteriores. El PNC es una instancia que se crea, como se verá más adelante, al alero de las Líneas Directrices de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) para empresas multinacionales⁴.

Finalmente, en el año, el INDH llevó a cabo dos misiones de observación que tuvieron por objeto elaborar informes en relación con proyectos de inversión —públicos y privados— y las eventuales afectaciones a los derechos de los pueblos indígenas⁵. En consideración a que se trató de misiones sobre proyectos de inversión cuyos titulares incluían a agentes no estatales y la eventual afectación de derechos fundamentales, se tuvo en consideración los Principios Rectores⁶ que fijan los mínimos exigibles en la relación entre empresas y derechos humanos.

A continuación se ofrece una síntesis de los desarrollos normativos elaborados en el ámbito internacional y algunos

casos sucedidos este año en el país que dan cuenta de las complejidades de la relación entre las empresas y los derechos humanos.

ESTÁNDARES INTERNACIONALES

El sujeto internacional obligado al respeto, garantía y protección de los derechos humanos es el Estado, de lo que se colige que son los agentes a su servicio, o personas o grupos actuando en aquiescencia o consentimiento del Estado, los responsables por la vulneración o puesta en peligro de los derechos humanos. Ello no significa que la acción de particulares o agentes no estatales sea indiferente al derecho internacional de los derechos humanos. Hechos o actos perpetrados por particulares, no imputables directamente al Estado, pueden atribuir responsabilidad estatal cuando este ha sido renuente a ajustar su conducta a los fines de prevenir, investigar, sancionar o reparar un hecho constitutivo de una lesión o puesta en peligro de un derecho amparado por el derecho internacional (López, 2011). La Corte IDH señaló desde su primera sentencia que “[u]n hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención [Interamericana sobre Derechos Humanos]”⁷.

Un similar criterio ha sido desarrollado por el Comité de Derechos Humanos al sostener que la obligación de garantía supone proteger a la persona no solo de la acción de agentes del Estado, sino también contra los actos que cometan particulares o entidades privadas⁸. De esta manera, este órgano de control ha señalado que el Estado incurre

4 “Las Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) para Empresas Multinacionales (las Directrices) son parte de la Declaración de la OCDE sobre la Inversión Internacional y Empresas Multinacionales del 21 de junio de 1976. Fueron elaboradas en un momento en que ocurrían rápidos cambios en la estructura y operaciones de las empresas multinacionales, las que estaban diversificando sus actividades e invirtiendo directamente en el extranjero, mientras se expandían hacia países en desarrollo” (FIDH, 2011, pág. 381).

5 En la primera misión, llevada a cabo entre los días 17 y 19 de mayo de 2013 en la Región de La Araucanía, se estudiaron en terreno proyectos de inversión en las comunas de Curarrehue, Quepe, Likan Ray y Melipeuco; la segunda misión se desarrolló en la Región de Atacama, donde se observó el impacto de las inversiones ejecutadas por la empresa estatal CODELCO sobre las comunidades indígenas Likan Antay del Alto Loa (Informe en elaboración).

6 Corresponden a los propuestos en el Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, Sr. John Ruggie. Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”. A/HRC/17/31. 21 de marzo de 2011. El Consejo de Derechos Humanos hizo suyos estos principios mediante la resolución A/HRC/RES/17/4 de 6 de julio de 2011.

7 Corte IDH Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras. Sentencia (Fondo) de 29 de julio de 1988, párr. 172.

8 El Comité de Derechos Humanos, en su Observación General N° 31, subrayó esta responsabilidad al señalar que “las obligaciones positivas de los Estados Partes de velar por los derechos del Pacto sólo se cumplirán plenamente si los individuos están protegidos por el Estado, no sólo contra las violaciones de los derechos del Pacto por sus agentes, sino también contra los actos cometidos por personas o entidades privadas [...]”.

en responsabilidad si tolera, permite o alienta que particulares o entidades privadas cometan violaciones a los derechos humanos, no adopte las medidas adecuadas, o no ejerza “[e]l cuidado debido para prevenir, castigar, investigar o reparar el daño así causado”⁹. Otro tanto ha sido sostenido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, esta vez en relación con el contenido de la obligación de proteger los derechos humanos, al aseverar que “[e]l incumplimiento de la obligación de proteger se produce cuando los Estados Partes se abstienen de adoptar todas las medidas adecuadas para proteger a las personas sometidas a su jurisdicción contra las vulneraciones del derecho al trabajo imputables a terceros. Abarca ciertas omisiones, como el hecho de no reglamentar la actividad de particulares, de grupos o de sociedades para impedirles que vulneren el derecho al trabajo de otras personas; o el hecho de no proteger a los trabajadores frente al despido improcedente”¹⁰. Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño aprobó a inicios del 2013 la Observación General N°16, en la que se abordan las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos de niños y niñas.

Si bien existe un consenso en cuanto al alcance, contenido y carácter vinculante de las obligaciones que pesan sobre el Estado, no sucede lo mismo en relación con las obligaciones que el sujeto no estatal tiene frente a los derechos humanos. Este es un tema que ha despertado el interés creciente de la comunidad internacional y actores nacionales como organizaciones no gubernamentales y académicos.

Los órganos de tratado de Naciones Unidas han abordado esta materia dando algunas orientaciones referidas a la responsabilidad de las empresas, como actores no estatales, en el cumplimiento de los derechos humanos. En particular, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha relevado el rol de las empresas privadas en la realización del

derecho a una alimentación adecuada¹¹, al disfrute del más alto nivel posible de salud¹² y el derecho al trabajo¹³.

Consciente de la importancia que representa en el mundo globalizado la acción de los agentes no estatales, en particular de las empresas, el Consejo de Derechos Humanos creó el año 2011 el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos¹⁴. Esta instancia reemplazó la figura del ‘Representante Especial del Secretario General de Naciones Unidas para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas’, cargo que ejerciera el profesor John Ruggie, quien tuvo la misión de sistematizar un conjunto de normas aplicables al Estado y a las empresas, con un enfoque de derechos humanos, cuyo resultado presentó al Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en marzo de 2011. Este informe y propuesta, denominado ‘Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos’¹⁵, representan una síntesis de los consensos alcanzados en el ámbito de las Naciones Unidas hasta el momento. Se trata “[...] de un *corpus* no vinculante, de naturaleza voluntaria, programática y no justiciable en el ámbito internacional, asentado en el principio de la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos y la de sujetar su conducta a la debida diligencia” (INDH, 2012, pág. 10).

Los Principios Rectores se construyen sobre la base de tres conceptos fundamentales: proteger, respetar y remediar. Estos Principios permiten distinguir los ámbitos de responsabilidad de los Estados y las empresas. Al Estado le corresponde la obligación de proteger los derechos humanos de la eventual acción de agentes no estatales. Esto incluye implementar medidas de prevención y de reparación en

9 Comité de Derechos Humanos. Observación general N° 31. Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13. 26 de mayo de 2004, párr. 8.

10 Comité DESC. Observación general N° 18. El Derecho al Trabajo. E/C.12/GC/18. 6 de febrero de 2006, párr. 35.

11 Comité DESC. Observación general N° 12. El derecho a una alimentación adecuada. E/C.12/1999/5. 12 de mayo de 1999, párrs. 20 y 27.

12 Comité DESC. Observación general N° 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. E/C.12/2000/4. 11 de agosto de 2000, párrs. 42 y 55.

13 Comité DESC. Observación general N° 18. El Derecho al Trabajo. E/C.12/GC/18. 6 de febrero de 2006, párrs. 25 y 52.

14 Consejo de Derechos Humanos. Los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas. 17° período de sesiones. A/HRC/RES/17/4. 6 de julio de 2011. El principal ámbito de acción que le confiere el mandato al Grupo de Trabajo es el de promover, fomentar la capacidad y la utilización de los Principios Rectores, y, cuando se le solicite, brindar asesoramiento y recomendaciones a los Estados o a las empresas.

15 A/HRC/17/31.

el evento de violarse los derechos humanos como consecuencia de la acción empresarial, lo que supone proveer los recursos judiciales y no judiciales a los/as afectados/as¹⁶. En cumplimiento de este deber corresponde a los Estados, entre otros aspectos, “a) hacer cumplir las leyes que tengan por objeto o por efecto hacer respetar los derechos humanos a las empresas, evaluar periódicamente si tales leyes resultan adecuadas y remediar eventuales carencias; y b) asegurar que otras leyes y normas que rigen la creación y las actividades de las empresas, como el derecho mercantil, no restrinjan sino que propicien el respeto de los derechos humanos por las empresas” (Principio 3).

Además, los Estados deben asegurar la coherencia política de sus distintos departamentos y organismos gubernamentales a los fines de garantizar el cumplimiento de sus obligaciones de derechos humanos (Principio 8). De acuerdo con los mismos Principios Rectores, dicha coherencia estatal también debe estar presente en el contexto de la celebración de acuerdos o tratados de inversión. Ello al establecer que los Estados “deben mantener un marco normativo nacional adecuado para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones de derechos humanos cuando concluyan acuerdos políticos sobre actividades empresariales con otros Estados o empresas, por ejemplo a través de tratados o contratos de inversión” (Principio 9)¹⁷.

Para las empresas, respetar los derechos humanos “[a]barca, como mínimo, los derechos enunciados en la Carta Internacional de Derechos Humanos y los principios relativos a los derechos fundamentales establecidos en la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo” (Principio 12). Por lo tanto, y al igual que para el Estado, la obligación

de respetar supone abstenerse de afectar los derechos de terceros y hacerse responsable de las consecuencias dañosas que la actividad empresarial ocasione en la esfera de su influencia¹⁸. Por su parte, prevenir los impactos de su actividad sobre los derechos humanos (Principio 17) requiere satisfacer el precepto de la debida diligencia, que se puede definir “como el deber de la organización empresarial de identificar, prevenir y abordar los impactos reales o potenciales sobre los derechos humanos, resultantes de sus actividades o de aquellos con los que tienen relación” (INDH, 2012, pág. 11).

Más aún, en el Principio Rector 22 se establece que “[s]i las empresas determinan que han provocado o contribuido a provocar consecuencias negativas deben repararlas o contribuir a su reparación por medios legítimos”¹⁹.

En marzo de 2013, el Grupo de Trabajo sobre Empresas y Derechos Humanos emitió su Informe con el objeto de avanzar en la implementación de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos²⁰. Se recomendó desde esa instancia designar a nivel de los gobiernos un responsable para la aplicación de los Principios Rectores y transversalizar en los órganos del Estado con competencia en estas materias, el enfoque de estos principios; revisar el marco jurídico, normativo y prácticas del Estado con el objeto, entre otros, de identificar algunas normativas en materia de protección y de acceso a los mecanismos de reparación; fortalecer la capacidad de las instituciones nacionales de derechos humanos; celebrar consultas y diálogos entre todos los actores involucrados con miras a la implementación de los principios rectores; y considerar la confección de un plan de acción sobre la aplicación de los Principios.

A este marco normativo se agregan un conjunto de otros principios y directrices que ofrecen lineamientos acerca de la responsabilidad social empresarial, que incluye los derechos

16 Consejo de Derechos Humanos. Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas. A/HRC/23/32. 14 de marzo de 2013, párr. 19.

17 Al respecto cabe señalar que el Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre la Cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales, en un informe de 2013 sobre la aplicación de los principios rectores sobre la materia a los pueblos indígenas, ha señalado: “Aun cuando una de las finalidades de los acuerdos de libre comercio y los acuerdos bilaterales de inversión es aumentar el crecimiento económico promoviendo y protegiendo el comercio y las inversiones internacionales, pueden debilitar la capacidad de los Estados de regular en el plano interno y, por consiguiente, limitar su capacidad de adherirse a nuevas obligaciones internacionales de derechos humanos o a nuevas normas”. A/68/279, 7 de agosto de 2013, párr. 17.

18 “La responsabilidad de respetar los derechos humanos exige que las empresas: a) Eviten que sus propias actividades provoquen o contribuyan a provocar consecuencias negativas sobre los derechos humanos y hagan frente a estas consecuencias cuando se produzcan; b) Traten de prevenir o mitigar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos directamente relacionadas con operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales, incluso cuando no hayan contribuido a generarlos”. A/HRC/17/31. Principio 13.

19 A/HRC/17/31. Principio 22.

20 A/HRC/23/32.

humanos, las prácticas del trabajo y de empleo, las cuestiones medioambientales y la lucha contra el fraude y la corrupción²¹. Se trata de instrumentos, no vinculantes, de cumplimiento voluntario y carácter programático constituido por: 1) La Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social de la Organización Internacional del Trabajo/OIT²²; 2) La iniciativa 'Pacto Mundial de las Naciones Unidas'²³; 3) Las Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos²⁴.

La Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social de la OIT define pautas aplicables en materia de empleo, formación profesional, condiciones de trabajo y relaciones laborales, específicamente referido a empresas multinacionales. Se insta a empleadores, gobiernos y trabajadores a "[...] respetar la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Pactos internacionales correspondientes adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas, y la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo y sus principios [...]"²⁵.

Por su parte, la iniciativa 'Pacto Mundial' nacida a instancias del Secretario General de las Naciones Unidas (1999), busca que las empresas asuman un compromiso voluntario en torno a diez principios relacionados con los derechos humanos, los derechos laborales, de protección ambiental y la lucha anticorrupción. Para el Pacto, los derechos humanos son los contenidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (OPMNU y ACNUDH, 2010, pág. 16).

Las normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos (2003) instaban a que las empre-

sas asumieran la responsabilidad de promover y proteger los derechos enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos²⁶ y los derechos "[c]onsagrados en el derecho internacional y en la legislación nacional, incluidos los derechos e intereses de los pueblos indígenas y otros grupos vulnerables, asegurar que se cumplan, respetarlos y hacerlos respetar"²⁷.

Otros esfuerzos dirigidos a similares objetivos son las acciones emprendidas por agencias de regulación del comercio mundial como las Líneas Directrices de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) para empresas multinacionales²⁸. Por último, se puede mencionar la Norma ISO 26.000, Guía de Responsabilidad Social, adoptada en Chile por el Instituto Nacional de Normalización (NCh-ISO 26.000)²⁹, en el año 2010.

Las Líneas Directrices de la OCDE para empresas lo constituyen un conjunto de recomendaciones dirigidas por los gobiernos a las empresas multinacionales, en términos de "[p]rincipios y normas voluntarias para una conducta empresarial responsable compatible con las legislaciones aplicables y las normas internacionalmente admitidas"³⁰. Una de las obligaciones que se derivan de este instrumento es la de establecer el Punto Nacional de Contacto (PNC), a los fines de "[r]eforzar la eficacia de las [directrices] llevando a cabo actividades promocionales, contestando a las consultas y participando en la solución de los problemas que plantea la puesta en práctica de las Directrices en circunstancias

21 Comisión Europea. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Estrategia renovada de la Unión Europea para el 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas. COM (2011) 681 final. 25 de octubre de 2011, párr. 3.3.

22 Adoptada por el Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en 1977 y enmendada en 2006.

23 En 1999, en el Foro Económico Mundial de Davos (Suiza), el Secretario General propuso un "Pacto Mundial" entre las Naciones Unidas y el mundo de los negocios.

24 Naciones Unidas. Consejo Económico y Social. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2, de 26 de agosto de 2003.

25 Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social, párr. 8.

26 Naciones Unidas. Consejo Económico y Social. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2, de 26 de agosto de 2003, preámbulo.

27 *Ibidem*, párr. 1.

28 "Las Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) para Empresas Multinacionales (las Directrices) son parte de la Declaración de la OCDE sobre la Inversión Internacional y Empresas Multinacionales del 21 de junio de 1976. Fueron elaboradas en un momento en que ocurrían rápidos cambios en la estructura y operaciones de las empresas multinacionales, quienes estaban diversificando sus actividades e invirtiendo directamente en el extranjero, mientras se expandían hacia países en desarrollo" (FIDH, 2011, pág. 381).

29 Primera Edición de 11 de enero de 2010. Declarada Oficial por Resolución Administrativa Exenta N° 2486, de 31 de diciembre de 2010, del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, y publicada en el *Diario Oficial* el 11 de enero de 2011.

30 Líneas Directrices de la OCDE para empresas multinacionales Revisión 2011, prólogo, párr. 1.

específicas³¹. En cumplimiento de esta última función el PNC recibe casos de actores empresariales que se encuentran en disputa en relación con cómo aplicar las directrices. Este instrumento fue actualizado el año 2011, inspirándose actualmente en los Principios Rectores de Naciones Unidas³². El año 2001 se estableció oficialmente el Punto Nacional de Contacto de Chile. Desde el año 2011 a la fecha el PNC ha recibido un solo caso en el que una Pyme chilena denunció a una multinacional minera de origen australiano³³.

A estos esfuerzos se suman otras iniciativas de algunos Estados por extender estos principios. Un ejemplo de ello es la estrategia renovada de la Unión Europea para el período 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas. El año 2011 la Comisión Europea actualizó definiciones y líneas de acción y definió la Responsabilidad Social Empresarial (RSE) como la “[l]a responsabilidad de las empresas por su impacto en la sociedad”³⁴.

Como se aprecia, se ha ido construyendo un andamiaje normativo de carácter programático y voluntario que, sobre la base de estándares de derechos humanos vinculantes, se orienta ya no solo a regular la relación del Estado con el individuo, sino a cristalizar obligaciones directamente a los agentes no estatales en sus relaciones con las personas. La vigencia de los derechos humanos en esta relación se ha denominado el ‘efecto horizontal’ de los derechos humanos (Aguilar & Contreras, 2007). Ello es expresión del carácter dinámico y progresivo que los derechos humanos alcanzan en una sociedad globalizada, en que las amenazas, como consecuencia de las asimetrías de poder, ya no tendrían su origen solo en el aparato estatal. De este modo, y sin perjuicio de los demás derechos y libertades asegurados a todas las personas, normas y principios que son parte sustancial

del derecho internacional de los derechos humanos, hoy son exigibles en las relaciones entre particulares, correspondiendo al Estado el deber de velar, asegurar y en su caso reparar, que esos derechos sean debidamente respetados. Es el caso del principio de igualdad y no discriminación. Conforme a este derecho, todos los actores sociales, ya no solo el Estado, están obligados a garantizar que no se discriminará por razones de raza, identidad de género y orientación sexual, sexo, nacionalidad o por cualquier otra condición social o política. Los Estados lentamente han ido haciendo suyos estos nuevos paradigmas y ello exige una reflexión sobre esta materia. Así, la discrecionalidad de actores no directamente vinculados por el derecho internacional de los derechos humanos se ve limitada por los ordenamientos jurídicos internos que no toleran, previenen y sancionan la violación de derechos fundamentales.

NORMATIVA NACIONAL

La Constitución chilena establece que el carácter directamente vinculante de sus preceptos obligan tanto a los titulares o integrantes de los órganos del Estado “como a toda persona, institución o grupo” (art. 6° de la CPR). De aquí se sigue que, en principio, no hay impedimento en trasladar parte de las obligaciones que importa el respeto por los derechos humanos hacia el sector no estatal. Esta eficacia de las normas constitucionales ha permitido sostener aquello que la doctrina identifica con el efecto horizontal de los derechos y que la jurisdicción procura garantizar con acciones constitucionales y legales de tutela de derechos fundamentales. En este último contexto, una de las principales garantías jurisdiccionales de los derechos de la personas —el recurso de protección— hace posible desde su creación (1976) que una persona privada pueda ser denunciada por privar, perturbar o amenazar el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales amparados por esa acción.

En el plano legislativo hay que subrayar la progresiva ampliación de acciones de tutela de derechos susceptibles de ser utilizadas para controlar la actividad privada. Entre ellas se destaca el procedimiento de tutela laboral introducido al Código del Trabajo por la Ley N° 20.087 de 3 de enero de

31 Procedimientos de Puesta en Práctica de las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales. Decisión del Consejo sobre las Líneas Directrices para Empresas Multinacionales. Mayo de 2011. Punto Nacional de Contacto. Núm. 1.

32 Comentarios sobre las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, pág. 40.

33 Ministerio de Relaciones Exteriores. Oficio N° 4165 de 13 de agosto de 2013.

34 Comisión Europea. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Estrategia renovada de la Unión Europea para el 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas. 25 de octubre de 2011. COM (2011) 681 final, párr. 3.1.

2006 o el juicio por discriminación que creó la Ley N° 20.609 de 24 de julio de 2012, conocida como la “Ley Zamudio”.

En cuanto a las empresas, una de las características del ordenamiento constitucional chileno es la consagración de lo que se ha dado en llamar un Orden Público Económico³⁵, integrado por el principio de igual repartición de los tributos en proporción a las rentas o en la progresión o forma que fije la ley; el derecho a desarrollar cualquier actividad económica; la prohibición de discriminar en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica; la libertad para adquirir el dominio o propiedad sobre toda clase de bienes, especificando sus limitaciones, y una robusta protección al derecho de propiedad³⁶. De esta manera se garantiza la libertad empresarial, que “refleja la opción preferente que el constituyente confiere a la acción privada, otorgándole al Estado un rol subsidiario en aquellas áreas en las que la iniciativa privada no pueda o no quiera dar cobertura” (INDH, 2012, pág. 16).

Otra característica de este diseño institucional, según lo señala cierta doctrina, es que delimita la capacidad reguladora del Estado: “[...] el rasgo supletorio de la intervención estatal no se refiere sólo a la retracción en sus actividades empresariales, sino que también a que no puede el Estado regulador convertirse en prioritario [...]” (Cea, 2004, pág. 486). Existiendo a este respecto “límites constitucionales a esas regulaciones, de manera que no pueden ser invocadas para invertir la subsidiaridad [...]” (Cea, 2004, pág. 486). Como lo ha señalado la Corte Suprema, “[l]a Carta Política ha desarrollado un conjunto de garantías destinadas a permitir el libre emprendimiento de acciones económicas y, como se ha indicado, se pretende obtener un orden público económico sano y competitivo, determinado principalmente por la oferta y la demanda [...]”³⁷.

Este modelo se ve amparado por el Decreto Ley N° 211 (1973) destinado a proteger la libre competencia, que establece tipos de infracciones con el objeto de sancionar, entre

otros fenómenos, la colusión horizontal, los monopolios y carteles de agentes económicos que afecten el mercado y la libre competencia³⁸. Este derecho económico-sancionador se resguarda mediante un órgano jurisdiccional constituido por el Tribunal de la Libre Competencia y una instancia de investigación y persecución, denominada Fiscalía Nacional Económica.

Por último, mediante la Ley N° 18.971 se establece una acción de tutela especial (amparo económico) para el resguardo del derecho a desarrollar cualquier actividad económica. Dicha acción constitucional se diferencia de las acciones de amparo y protección que el constituyente estableció para garantizar los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, al fijar estándares diferentes para su aplicación. En efecto, tratándose de la acción de amparo económico cualquier persona (acción popular) puede concurrir a los tribunales competentes dentro del plazo de seis meses de cometida la infracción que se reprocha, y sin necesidad de tener interés actual en ello³⁹.

Algunos casos de público conocimiento en los que se ha podido verificar una acción empresarial reñida con las obligaciones jurídicas nacionales y con el estándar de respeto de los derechos humanos, ponen de manifiesto la necesidad de promover un debate respecto de la importancia de mejorar y fortalecer la acción del Estado en el campo de la regulación y la fiscalización, en la perspectiva de garantizar la prevención de hechos lesivos a los derechos humanos y, de ocurrir estos, asegurar remedios y medidas de reparación por el daño ocasionado.

A continuación se expondrán dos casos que reflejan la compleja relación entre empresas y derechos humanos.

35 “[C]onjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularla de acuerdo con los valores de la sociedad nacional articulados en la Constitución” (Cea, 2004).

36 Constitución Política de la República, art. 19 Núm. 23, 24 y 25.

37 Corte Suprema. Sentencia Rol N° 2578-2012. 7 de septiembre de 2012. Considerando Sexagésimo séptimo punto 4°.

38 Suprema. Sentencia Rol N° 2578-2012. 7 de septiembre de 2012. Considerando Septuagésimo tercero, punto II.1.

39 Tratándose de la acción de protección de garantías constitucionales contemplado en el art. 20 de la Constitución Política, el plazo para interponerlo es de 30 días “[d]esde la ejecución del acto o la ocurrencia de la omisión o, según la naturaleza de éstos, desde que se haya tenido noticias o conocimiento cierto de los mismos lo que se hará constar en autos” (Auto Acordado de la Corte Suprema sobre tramitación del recurso de protección de garantías constitucionales. art 1°). Sólo podrá ser interpuesto por “[e]l afectado o por cualquiera otra persona en su nombre (...)” (Auto Acordado de la Corte Suprema sobre tramitación del recurso de protección de garantías constitucionales. art 2°).

CASO PASCUA LAMA

El Proyecto Binacional Pascua Lama se localiza en la Comuna de Alto del Carmen, Provincia del Huasco, Región de Atacama. De propiedad de la Compañía Minera Nevada SpA, sociedad relacionada con la matriz minera Barrick Gold, planea la explotación de un yacimiento de oro en las inmediaciones de varios glaciares que contribuyen significativamente al sistema hidrológico del Valle del Huasco. Obtuvo los permisos medioambientales el año 2006⁴⁰. La comunidad agrícola diaguita de los Huascoalinos se ha opuesto a dicho proyecto interponiendo en 2006 una denuncia ante la Comisión IDH, una vez agotados los recursos internos, por estimar que dicho proyecto “[a]ltera de manera significativa sus costumbre y formas de vida, genera daños ambientales en su hábitat y, finalmente, los priva de recursos naturales esenciales para garantizar sus derechos económicos, sociales y culturales [...]” (Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas, 2006, pág. 4).

El año 2012 se inició la fase de construcción del proyecto. En el proceso de ejecución, la empresa dejó de cumplir las condiciones impuestas en los permisos ambientales respectivos, entre los cuales destaca el incumplimiento de los planes de monitoreo de glaciares. Ello significó exponerse a procesos sancionatorios por parte de la autoridad ambiental⁴¹. En octubre de 2012, el Servicio Nacional de Geología y Minería (SERNAGEOMIN) dispuso el cierre temporal de las operaciones de perforación y tronadura por el daño ocasionado a los glaciares.

El 15 de julio de 2013 la Corte de Apelaciones de Copiapó⁴², conociendo la acción de protección de garantías constitucionales interpuesta por comunidades indígenas diaguitas, resolvió acoger la petición en lo que respecta al titular del

proyecto (la empresa), reflexionando en torno a que la acción empresarial se debe dar en un marco de respeto al desarrollo sostenible o sustentable, “definido como aquel que satisface las necesidades del presente sin comprometer las necesidades de las futuras generaciones [...]”⁴³. La Corte resolvió que la empresa fue responsable de diversas irregularidades entre las que destacó “[o]misiones, inobservancias, construcción de obras no autorizadas, niveles de material particulado en suspensión, afectación a los cuerpos de hielo, —entre otras—, [...]”⁴⁴. Esto, por lo demás, ha sido corroborado por diferentes servicios públicos, y el proyecto fue calificado por la sentencia como “[...] una amenaza al medio ambiente y a la salud de las personas, situación que debe cesar [...]”⁴⁵.

La Corte Suprema, en septiembre de 2013, confirmó lo resuelto por la Corte de Copiapó⁴⁶, paralizando las actividades de la empresa hasta que esta adopte las medidas de mitigación que permitan garantizar la integridad del medio ambiente y la salud de las personas.

CASO FARMACIAS

Otro caso de prácticas empresariales abusivas, contrarias a derecho y reñidas con el deber de respetar los derechos humanos, lo constituyó la colusión en la fijación de precios de medicamentos, que es lo que la Fiscalía Nacional Económica demostró ante el Tribunal de la Libre Competencia y que la Corte Suprema confirmó, en relación con las tres cadenas de farmacias más grandes del país.

Entre diciembre de 2007 y marzo de 2008, dichas empresas, que concentran más del 90% del mercado nacional, se concertaron con el objeto de subir los precios de al menos 206 productos farmacéuticos⁴⁷. Prácticas de estas características atentan contra un pilar del sistema económico (libre competencia) y, en forma adicional, lesionan o ponen en peligro

40 De la Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA) N° 1397, de 7 de junio del año 2006 y la resolución de la Comisión Regional del Medio Ambiente (COREMA) N° 024 de 15 de febrero de 2006. Corte de Apelaciones de Santiago Recurso de Protección ROL N° 3308-2006 que dejó firme la resolución por medio de las cuales se calificó favorablemente el proyecto minero Pascua Lama.

41 Comisión de Evaluación Ambiental de Región de Atacama Res N° 186 de 20 de agosto de 2012; El Servicio de Evaluación Ambiental de Atacama multa en marzo y abril de 2013 a Barrick por 3.000 UTM y 1.000 UTM respectivamente (EMOL, 2013).

42 Corte de Apelaciones de Copiapó. Autos Rol 300-2012. 15 de julio de 2013.

43 Ibidem, considerando noveno.

44 Ibidem, considerando 11°.

45 Ibidem.

46 Corte Suprema. Autos Rol 53349-2013 25 de septiembre de 2013.

47 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Rol C N° 184-08. Sentencia núm. 119/2012, de 31 de enero de 2012. Considerando Quincuagésimo sexto.

el derecho a la salud al limitar el acceso a medicamentos de la población. Como consecuencia de estas prácticas, las tres cadenas aumentaron sus ingresos brutos en más de \$ 27.000.000.000⁴⁸.

Dicha colusión se hizo con la participación de laboratorios farmacéuticos (incluidos transnacionales), desempeñando estos el rol de intermediarios de los acuerdos colusivos para distorsionar precios⁴⁹.

La Corte Suprema resolvió confirmar lo resuelto por el Tribunal de la Libre Competencia y condenar a las farmacéuticas en septiembre de 2012, señalando que “[...] se encuentra establecido fehacientemente que el acuerdo de colusión tuvo la aptitud de lesionar la competencia, desde que las implicadas abusaron del poder de mercado, por cuanto éste les permitió actuar de manera coordinada e independiente de los consumidores y de los demás competidores (farmacias independientes) y obtener beneficios económicos a corto plazo mediante el solo incremento injustificado del precio de venta al público”⁵⁰. La institucionalidad fue en este caso especialmente severa al establecer el máximo de las multas establecidas en la legislación nacional (19 millones de dólares aproximadamente)⁵¹.

48 Ibídem, párr. 1.28.

49 Ibídem. Considerando Centésimo trigésimo segundo. “En cuanto a la participación de los laboratorios, señaló que la mecánica era dinámica y “los listados eran traídos por los laboratorios y se corregían en forma conjunta con ellos”; que “los laboratorios decían que tenían todo coordinado” y que “cuando había problemas para cambiar los precios, los mismos laboratorios avisaban para esperar cuando alzar, o si había que postergar el alza, etc.”. Señaló que los laboratorios le habrían indicado que “ellos siempre conversaban primero con CV y después con SB y FASA”. Agregó además que “el laboratorio Bayer fue el primero en hacer la primera propuesta de precios, en la categoría ginecológicos”. Indicó también que no hubo correos electrónicos con los laboratorios y que se hablaba con ellos en reuniones, o por teléfono. La declaración antes indicada coincide con la información entregada por la misma señora Araya en su declaración prestada ante el Ministerio Público, que consta a fojas 22 del cuaderno de documentos públicos de dicha institución, en cuanto a que los laboratorios entregaban las listas de precios, a que dichas listas traían el nombre de los productos y un solo precio, y a que éstas se dividían por mitades para efectos del alza en las farmacias, fijándose las fechas para las mismas”. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Rol C N° 184-08. Sentencia núm. 119/2012, de 31 de enero de 2012. Considerando Septuagésimo Quinto.

50 Corte Suprema. Sentencia Rol N° 2578-2012. 7 de septiembre de 2012. Considerando Octogésimo Primero.

51 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Rol C N° 184-08. Sentencia núm. 119/2012, de 31 de enero de 2012. Considerando Centésimo Undécimo.

En paralelo se siguió un proceso penal por el delito de alteración fraudulenta de precios, en contra de diez ejecutivos (nueve cadenas de farmacias y uno de un laboratorio) que fueron acusados en julio de 2012. En esta causa, otro ejecutivo del Laboratorio Grünenthal, mediante salida alternativa (trabajo comunitario por 100 horas, más la firma cada dos meses por un año), logró la suspensión condicional del procedimiento.

El 8 de julio de 2013 en audiencia de preparación del juicio oral, el Juez del 7° Juzgado de Garantía de Santiago, aprobó la suspensión condicional del procedimiento acordado entre el Ministerio Público y los acusados a cambio de que recibieran clases de ética empresarial y que donen \$ 230 millones a organizaciones sin fines de lucro dedicadas a la salud. La parte querellante apeló la medida, y la Corte de Apelaciones de Santiago resolvió (agosto de 2013) revocar la suspensión condicional debiéndose decretar una nueva audiencia de preparación de juicio oral⁵².

Los casos expuestos reflejan problemas de diversa índole. Por un lado, ellos ponen en evidencia la necesidad de fortalecer la capacidad de prevención del Estado y revisar la suficiencia y eficacia de la normativa vigente, tanto en lo relativo a la regulación de las diversas ramas de actividades empresariales, como en el ámbito de la fiscalización y control. Por último, el esfuerzo por prevenir este tipo de problemas debe realizarse en sinergia con los sujetos empresariales y otros actores sociales como organizaciones de la sociedad civil y sindicatos, en la medida en que cada cual tiene una contribución que hacer y un rol que jugar en la profundización democrática y en hacer realidad los derechos humanos.

52 Corte de Apelaciones de Santiago N° Reforma Procesal Penal 1953-2013. 30 de agosto de 2013.

BIBLIOGRAFÍA

Aguilar, G., & Contreras, C. (2007). El efecto horizontal de los derechos humanos y su reconocimiento expreso en las relaciones laborales en Chile. *Ius et Praxis*, 205-243.

Cea, J. L. (2004). *Derecho Constitucional Chileno. Tomo II Derechos, Deberes y Garantías*. Santiago: Ediciones UC.

EMOL. (1 de abril de 2013). *SEA de Atacama multa nuevamente a Barrick por incumplimientos en Pascua Lama*. Recuperado el 8 de noviembre de 2013, de <http://www.emol.com/noticias/economia/2013/04/01/591271/sea-de-atacama-multa-nuevamente-a-barrick-por-incumplimientos-en-pascua-lama.html>

FIDH. (2011). *Empresas y violaciones a los derechos humanos. Una guía sobre mecanismos de denuncia para víctimas y ONG*. París.

INDH. (2012). *Cuadernillo Temas Emergentes Empresas y Derechos Humanos*. Santiago.

López, C. (septiembre de 2011). Empresas y derechos humanos: hacia el desarrollo de un marco normativo internacional. *Aportes DPLf*(5), 7-11.

Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas. (2006). *Denuncia Comisión IDH Comunidad Agrícola Diaguita de los Huascoatinos vs. Chile*.

OPMNU y ACNUDH. (2010). *Integrando los Derechos Humanos en la Práctica Empresarial*.

2

DERECHO A UNA VIVIENDA ADECUADA



Fotografía: Ana Sugranyes

DERECHO A LA VIVIENDA ADECUADA



ANTECEDENTES

El año 2012 el INDH abordó el derecho a la vivienda adecuada identificando los estándares internacionales sobre el tema, el marco normativo nacional que lo regula, la institucionalidad a cargo y las políticas públicas desarrolladas en la actualidad. En este contexto, se destacó que “en el modelo subsidiario actual, la vivienda no se considera como un derecho, sino que en términos de una mercancía cuya calidad depende de los recursos financieros involucrados. Esto se vincula a la definición de la vivienda que subsidia el Estado: de bajo costo, con mínimo estándar material y que se emplaza en un suelo posible de pagar, lo que no guarda relación con la conceptualización de Naciones Unidas y los atributos de la vivienda adecuada” (INDH, 2012, pág. 261).

En un sentido similar, el diagnóstico de la Comisión Asesora Presidencial sobre Desarrollo Urbano establece que “las políticas que permitieron disminuir el déficit habitacional descuidaron la localización, generaron concentración de pobreza, inseguridad, hacinamiento, mala conectividad y falta de acceso a bienes públicos urbanos. La desigual distribución del ingreso existente en nuestro país se materializó en nuestras ciudades y centros poblados” (2013, pág. 4).

Por su parte, la Segunda Encuesta Nacional de Derechos Humanos realizada por el INDH en 2013 muestra que un 57,5% de la población nacional considera que tener acceso a una vivienda es un derecho humano y un 65,5% estima que la responsabilidad de asegurar su provisión radica principalmente en el Estado. Sin embargo, frente a este significativo porcentaje de población que reconoce este derecho como un derecho humano, la encuesta muestra también una baja percepción de su protección en el país: un 77,1% de las personas considera que el derecho a acceder a una

vivienda se encuentra algo o nada resguardado. A esto se suma que un 72,6% de la población estima que la capacidad de pago es un factor preponderante para acceder a una vivienda de calidad y que un 13,4% indica que en el último año se le ha vulnerado el derecho a tener acceso a una vivienda (INDH, en prensa).

En 2013 han tenido lugar dos iniciativas que buscan abordar los desafíos antes descritos. La primera dice relación con el inicio de las obras del Plan Integral de Rehabilitación Urbana del sector de Bajos de Mena, en la comuna de Puente Alto, considerado el gueto¹ más grande de Chile. Este proyecto, cuya finalización está planificada para el año 2014, incluye la demolición de la Villa El Volcán 2, reasentando a las familias en otros proyectos habitacionales construidos por el Servicio de Vivienda y Urbanización (SERVIU) Metropolitano, mejorar las vías de acceso y aumentar las áreas verdes, así como dotar la zona de equipamiento comunitario y servicios (MINVU, 2012). La segunda se refiere a la aprobación de una nueva Política Nacional de Desarrollo Urbano, que busca generar ciudades sustentables y mejorar la calidad de vida de las personas que residen en áreas urbanas a partir de acciones en cinco ejes: mayor integración social, fomento del desarrollo económico, equilibrio ambiental y sustentabilidad, identidad y patrimonio, reordenamiento institucional y ajustes normativos (Gobierno de Chile, 2013).

De manera de continuar la revisión del derecho a la vivienda adecuada en Chile, sobre todo para indagar en la situación de la población de menores recursos del país

¹ El reporte sobre este tema desarrollado por ATISBA (2010) consideró como gueto a sectores que cumplieran con cuatro criterios: homogeneidad social (alto porcentaje de hogares pobres), concentración y tamaño (porcentaje de hogares pobres respecto de la ciudad en que se ubican), cobertura de servicios (metros cuadrados de comercio y servicios por habitante) y accesibilidad (distancia al centro principal).

—principal destinataria de la política habitacional del Estado—, el INDH desarrolló un estudio sobre el cumplimiento de este derecho en un conjunto de asentamientos, cuyos resultados se dan a conocer en el presente apartado.

Es importante señalar que, aun cuando los resultados del estudio muestran los desafíos para el cumplimiento del derecho a la vivienda en nuestro país, las políticas habitacionales de producción masiva de viviendas llevadas a cabo durante décadas por parte del Estado han permitido abordar y disminuir el déficit habitacional que aquejaba a una parte importante de la población (INDH, 2012). En este sentido, es de esperar que las modificaciones normativas e institucionales derivadas de la próxima implementación de la Política Nacional de Desarrollo Urbano, permitan abordar estos retos.

ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Considerando que en el Informe Anual 2012 se realizó una exhaustiva revisión de los estándares internacionales y la normativa nacional en este ámbito, a continuación se realizará una breve reseña del derecho a la vivienda adecuada².

El derecho internacional considera la vivienda como parte integrante del derecho a un nivel de vida adecuado³. En efecto, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) señala que “[l]os Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia”⁴. Posteriormente, la Relatoría Especial para el Derecho a una Vivienda Adecuada ha realizado un importante trabajo para especificar este derecho, indicando que no se reduce a un objeto material, sino al “derecho de todo hombre, mujer, joven y niño a tener un hogar y una comunidad seguros en

que puedan vivir en paz y dignidad”⁵. Además, en virtud de la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos, el derecho a la vivienda adecuada se concibe como una puerta de entrada al goce de otras garantías y a la satisfacción de diversas necesidades de las personas (Rolnik, 2012).

En este sentido, más allá de un tipo particular de refugio, la vivienda tiene connotaciones funcionales, sociales, económicas y culturales que contienen y simbolizan innumerables aspectos del diario vivir. La vivienda es, simultáneamente, el espacio que contiene la singularidad y privacidad de quienes la habitan, y el punto de referencia desde el cual se integran a la sociedad o comunidad.

Al respecto, la Observación N° 4 del Comité DESC, que determina el sentido y alcance de este derecho señala que una vivienda adecuada se compone al menos de los siguientes siete atributos: i) seguridad de la tenencia, ii) disponibilidad de servicios, materiales, instalaciones e infraestructura, iii) gastos soportables, iv) habitabilidad, v) accesibilidad/asequibilidad, vi) ubicación y vii) adecuación cultural.

Sin perjuicio de la progresiva especificación del derecho a la vivienda adecuada, serán estos atributos básicos los utilizados para la verificación del cumplimiento de este derecho en asentamientos precarios que se presenta a continuación.

EL CUMPLIMIENTO DEL DERECHO A LA VIVIENDA ADECUADA EN ASENTAMIENTOS PRECARIOS

El estudio desarrollado por el INDH se focalizó en cuatro formas de asentamientos precarios⁶: campamentos, conventillos o cités, conjuntos de vivienda social y aldeas de emergencia.

En ese marco, el concepto “asentamiento precario” se refiere a un conjunto de viviendas caracterizadas por: i) ser “baratas” o de bajo estándar; muchas veces en deterioro

2 Para mayor información, consultar el capítulo sobre el derecho a la vivienda adecuada en el Informe Anual 2012.

3 La primera mención sobre el derecho a la vivienda adecuada y su relación con el derecho a un nivel de vida adecuado aparece en la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 25 N° 1.

4 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 11, N° 1.

5 Comisión de Derechos Humanos. Informe del Relator Especial sobre la vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado, Sr. Miloon Kothari. Presentado el 25 de enero de 2001. E/CN.4/2001/51, párr. 8.

6 Se ha preferido usar este concepto en vez de “gueto” por el reforzamiento de la estigmatización que este último produce.

y, en general, ubicadas en forma inapropiada⁷ (a las afueras de la ciudad o en lugares riesgosos); y ii) donde existe homogeneidad social entre sus habitantes, dada la preeminencia de hogares en situación de pobreza. De esta forma, los asentamientos precarios presentan carencias que dificultan la satisfacción de las necesidades básicas de las personas y el ejercicio de sus derechos, es decir, hábitats que no poseen las condiciones mínimas para el desarrollo humano.

A partir de lo anterior, y a modo de concretar las tipologías de asentamientos precarios, se desarrollaron las siguientes definiciones operacionales⁸:

- Campamentos: corresponden a asentamientos informales, establecidos usualmente mediante la ocupación de suelo fiscal o privado, que no cuentan con más infraestructura o equipamiento que aquel que quienes allí residen se han provisto. Por ejemplo, se encuentran “colgados” a la electricidad, tienen pozos negros para la eliminación de excretas, no poseen retiro de basura, etc. Por lo general están habitados por grupos sociales vulnerables por su situación socioeconómica y/o discriminados por otros prejuicios.
- Conventillos o cité: corresponden a viviendas mínimas –en tamaño y calidad– agrupadas en un pasaje compartido, y en general construidas por la beneficencia pública de fines del siglo XIX y principios del siglo XX. Se caracterizan por tener un mal estado de conservación y una deficiente calidad de servicios higiénicos. En la actualidad son habitadas por familias en su mayoría inmigrantes que habitan normalmente hacinadas, las que experimentan condiciones de arrendamiento usualmente arbitrarias y/o insuficientemente reguladas.
- Conjuntos de vivienda social: corresponden a conjuntos de viviendas económicas de carácter definitivo (soluciones habitacionales), semejantes en diseño y estándar, destinadas a resolver los problemas de mar-

ginalidad habitacional y que se construyen con financiamiento, subsidio o aporte estatal directo. Su valor de tasación no supera las 400 UF, están exentas del pago de impuestos territoriales y contribuciones, no superan los 60 m² (según lo estipulado en el D.F.L. N° 2/1959) y en general se localizan en áreas periféricas.

- Aldeas de emergencia: corresponden a asentamientos transitorios compuestos por viviendas de emergencia o “mediaguas”, que se emplazan en terrenos provisorios y se abastecen por servicios básicos comunes (baños, cocinas, lavadero, etc.). Estos asentamientos usualmente se construyen después de un desastre natural, accidentes o incendios.

En términos metodológicos, el estudio fue de carácter cualitativo, sobre un total de 17 casos, cuya selección fue intencionada y estuvo guiada por cuatro criterios: i) su localización, de manera de obtener antecedentes de distintos lugares del país; ii) el cumplimiento de las características de los asentamientos precarios; iii) la inclusión de casos que representaran la diversidad de asentamientos al interior de la tipología, cuando correspondiera; y iv) la existencia de redes que permitieran el acceso y el desarrollo del estudio. De esta manera, los resultados obtenidos corresponden a los casos estudiados y no pueden ser extrapolados al conjunto de asentamientos precarios del país, aun cuando pudiera estimarse que en algunas situaciones las realidades descritas también podrían afectar a asentamientos de similares características.

Los 17 casos estudiados se distribuyeron en función de la importancia cuantitativa⁹ de cada tipología de asentamiento precario en nuestro país, quedando de la siguiente forma:

7 Salvo en las viviendas con buena ubicación pero que tienen otras limitaciones como la insalubridad, el hacinamiento u otras dificultades asociadas a situaciones como conventillos, cité e incluso el habitar en la calle.

8 Como base para estas definiciones operacionales se han utilizado las conceptualizaciones del Observatorio Habitacional de MINVU.

9 Por ejemplo, las políticas de vivienda desarrolladas durante los últimos 35 años mediante subsidios habitacionales ha facilitado el acceso a viviendas económicas en propiedad a no menos de 800.000 familias (casi el 20% de la población); en contraposición, la tipología de “campamento” afecta al 1% del universo residencial.

Tipología	Población aproximada que reside en las tipologías de asentamientos ¹⁰	Cantidad de casos estudiados	Cantidad de entrevistas realizadas
Conjuntos de vivienda social	3.700.000	9	24
Campamentos	120.000	3	9
Conventillos o cités	80.000	1	2
Aldeas de emergencia	3.000	2	6

Para la tipología “conjuntos de vivienda social” se estudiaron los siguientes lugares: Población Lo Valledor Norte, comuna de Pedro Aguirre Cerda; Población Santos Torneros, comuna de Valparaíso; Población El Castillo, comuna de La Pintana; Villa Los Jardines, comuna de Quilicura; Villa Francisco Coloane, comuna de Puente Alto; Villa Futuro, comuna de Chiguayante; Villa California, comuna de Cerro Navia; Villa Bicentenario, Comuna de Isla de Maipo; y Edificio Plaza Cummings, comuna de Santiago.

En el caso de la tipología “campamentos” se seleccionaron microcampamentos en los barrios Chorrillos y Santa Ana, comuna de Talca; toma de terreno por Comité de Allegados “Don Bosco”, comuna de La Florida; y los campamentos “Halcones de Chicureo” y “Nueva Esperanza”, comuna de Viña del Mar.

Para la tipología “conventillos o cités” se estudió la situación de un cité con población inmigrante en la comuna de Recoleta. Mientras que para la tipología “aldeas de emergencia” se abordó la aldea posterremoto en cerro Centinela, comuna de Constitución; y las aldeas por incendio en Rodelillo y cerro Los Placeres, comuna de Valparaíso.

En cada caso se realizaron entrevistas en profundidad con habitantes clave¹¹, contando con un total de 46 testimonios, se aplicó una pauta para observar el estado de cada atributo del derecho a la vivienda en el respectivo asentamiento, y

se recabaron antecedentes para describir sus características geográficas, espaciales, morfológicas y sociodemográficas.

A continuación se describen los principales hallazgos de la investigación, de acuerdo con cada tipología estudiada, los que serán apoyados —cuando sea pertinente— por algunos de los testimonios recabados en el marco del estudio.

CONJUNTOS DE VIVIENDA SOCIAL

El estudio da cuenta de una alta heterogeneidad entre los conjuntos de vivienda social, debida principalmente a que ellos reflejan las diversas etapas de las políticas habitacionales desarrolladas por el Estado. En esta tipología, las villas de blocks de los años 90 construidas en la periferia de las grandes ciudades son, de acuerdo con los resultados del estudio, las que concentran las mayores brechas con los estándares del derecho a la vivienda adecuada.

Las políticas públicas de vivienda social han priorizado ante todo el acceso a la vivienda en propiedad individual, por lo que la tenencia (título de dominio) está jurídicamente asegurada. Sin embargo, las entrevistas desarrolladas en este tipo de asentamiento permiten identificar algunas situaciones que amenazan la permanencia de sus derechos de propietarios, en especial en los conjuntos de vivienda social construidos en los años 90.

La primera de ellas se observa en el caso de familias de bajos recursos que accedieron a la vivienda por medio de programas sociales con componentes de endeudamiento en el sistema financiero y que hoy corren el riesgo de caer en morosidad y perder la tenencia de sus viviendas. Tal es el caso de la Villa Los Jardines de Quilicura, construida bajo el Programa Especial de los Trabajadores (PET), donde una parte importante de sus habitantes son deudores hipotecarios. La carga financiera que supone el pago de la hipoteca, y las repactaciones asociadas, queda de manifiesto en el siguiente testimonio: “Me dijeron que tenía que pagar 149 cuotas de 35.000 pesos. Eran un montón de años y para mi situación económica era difícil, pero al menos rasguñando se podía pagar. Después repacté para que no me rematen, porque entre perder la casa y que te pongan la soga al cuello sin apretarte tanto, uno lo hace. Entonces, me dijeron que después

10 Estimación realizada por Sur Consultores a partir de cifras presentadas en Larrañaga (2010), MINVU (2011), MINVU (2010), Cámara de Diputados (2009), Rabi & Aguirre (2001) y Observatorio Habitacional MINVU (s/f).

11 El estudio consideró, en una etapa previa al desarrollo del terreno, la detección de informantes clave —residentes o dirigentes sociales— que tuvieran una visión integral de la situación del asentamiento a estudiar.

de que yo termine de pagar estas 149 cuotas vienen 169 más por el mismo valor. Ahí yo me caí de espalda. Son como 30 años más en realidad”¹².

La segunda se presenta en el marco de iniciativas de reparación o reemplazo de viviendas sociales, como el programa “Segunda Oportunidad” o el de reconstrucción postterremoto. En estos casos, las entrevistas muestran que los/as habitantes perciben que la compensación ofrecida por el Estado no les permite adquirir una nueva vivienda en el entorno de sus barrios, obligándoles a desplazarse hacia nuevas áreas de la periferia más alejadas que su ubicación presente. Esta situación se evidencia en la Villa Futuro de Chiguayante, donde parte de sus residentes se muestran disconformes con el subsidio entregado para su reubicación: “Están muy caras las casas, y con las 700 UF, que son aproximadamente quince millones, no alcanzan a comprar una casa. A menos de ir mucho más lejos”¹³.

Respecto de la habitabilidad, se identifican varias situaciones que evidencian déficits en este atributo. La primera es una plaga de termitas que afecta a las poblaciones del sur de Santiago, las que han deteriorado las bases y estructuras de sus viviendas; la segunda tiene relación con la instalación de conjuntos de viviendas sociales en terrenos no saneados, como basurales, lo que deriva en la exposición de sus habitantes a las emanaciones de gases y la inestabilidad del suelo bajo los asentamientos. Ejemplo de esto es lo que ocurre en El Castillo, comuna de La Pintana: “Acá nosotros nos llovemos, nos entra el agua. También están las termitas, la filtración en el baño, porque toda esta cuestión está muy mal hecha. Usted pega un clavo y sale para el otro lado. Nosotros caminamos y se hacen hoyos en las tablas”¹⁴.

A lo anterior se suma el hacinamiento derivado del tamaño de las viviendas sociales, sobre todo en aquellas cuya superficie es inferior a 40 m². Al respecto, un habitante relata: “Son viviendas muy básicas, son soluciones habitacionales muy precarias, no tienen una proyección para familias que van a crecer”¹⁵. Sobre este mismo aspecto, otro entrevistado

afirma que ampliaciones irregulares y tomas de espacios comunes se han ido generando por las necesidades producidas por el hacinamiento: “Todas las familias llegaron con 3 o 4 personas en un departamento [...] pero después el hijo se juntó con la vecina del frente, tuvieron familia y la mamá lo puso en una pieza... y así empezó... en el fondo se empezó a crear un hacinamiento, se empezó a esconder los campamentos, porque al final tenemos campamento dentro de los mismos departamentos”¹⁶.

En materia de gastos soportables, las mayores dificultades apuntan al costo de los servicios considerando, entre otros, el del transporte público. En muchos casos, las personas entrevistadas indican que los ingresos familiares no alcanzan para cubrir los gastos básicos de subsistencia, lo que se evidencia en el siguiente testimonio: “O le das educación, comida y otras necesidades básicas a tu familia, o pagas la casa. Entonces, es como estar entre la espada y la pared”¹⁷.

La política de vivienda social, más allá de los avances que se han observado en las últimas décadas, en muchos casos ha agudizado la segregación socioespacial, desplazando y concentrando a la población vulnerable en los márgenes de la ciudad, en sectores con baja oferta de oportunidades laborales, servicios públicos y transporte. Al respecto, los resultados del estudio muestran que la ubicación es un aspecto particularmente sensible en los casos analizados, pues genera a los habitantes costos de tiempo y recursos, y deteriora la calidad de vida y las relaciones familiares. Lo señalado en el siguiente testimonio es elocuente: “Acá hay una pura entrada y una pura salida. Mi papá vive a siete kilómetros de acá y cuando uno toma la micro para ir a visitarlo, cuando hay taco, me demoro una hora u hora y media, lo mismo que te demoras en ir a Viña del Mar, que es otra ciudad. Estar parado [en la micro] una o dos horas para volver a tu casa o para ir a tu trabajo es muy estresante. Ese es uno de los grandes problemas que tiene Quilicura, la conectividad vial es pésima. Eso empeora la calidad de vida”¹⁸.

12 Hombre, Villa Los Jardines.

13 Mujer, Villa Futuro.

14 Mujer, Población El Castillo.

15 Hombre, Villa Bicentenario.

16 Hombre, Villa Francisco Coloane.

17 Mujer, Villa Los Jardines.

18 Mujer, Villa Los Jardines.

CAMPAMENTOS

Los casos estudiados dan cuenta de una alta heterogeneidad dentro de la tipología de los campamentos. Sin embargo, todos corresponden a asentamientos informales generados como estrategias habitacionales de las familias ante la falta de soluciones adecuadas a sus necesidades por parte de las políticas de vivienda social. Se trata de hogares de bajos ingresos y en su mayoría de jefatura femenina, que habitan viviendas precarias, de materiales diversos y autoconstruidas (MINVU, 2011).

Los microcampamentos de Talca surgieron ante la destrucción del centro histórico de la ciudad producto del terremoto del 27 de febrero de 2010 y la negativa de las familias allegadas o arrendatarias a trasladarse a las zonas periféricas en que se ubican los proyectos de reconstrucción. De forma similar, el caso de la toma de terrenos en La Florida nació como una medida de presión de un comité de allegados para asegurar que se ejecute un proyecto habitacional en la ubicación previamente comprometida, con los beneficios asociados a la ubicación pericentral de esta comuna.

Por otro lado, los campamentos emplazados en el sector alto de Viña del Mar son grandes conjuntos de viviendas precarias, formados por el crecimiento demográfico de décadas anteriores en la ciudad y que hoy acogen a más de mil familias que no han podido acceder a la vivienda formal. A diferencia de los casos anteriores, se caracterizan por su lejanía de los centros urbanos, falta de infraestructura y servicios de transporte adecuados.

De acuerdo con los resultados del estudio, los atributos de la vivienda adecuada más deficitarios en este tipo de asentamientos son la seguridad de la tenencia, el acceso a servicios y las condiciones de habitabilidad.

Los campamentos se caracterizan por la ocupación informal de los terrenos en que se ubican, producto de la necesidad de sus habitantes de contar con un lugar para vivir. La inseguridad de la tenencia del sitio ocupado es un aspecto central que coloca en un segundo rango el cumplimiento de los otros atributos del derecho a la vivienda. En estos casos, la inseguridad se relaciona con la posibilidad de ser desalojados del terreno tomado, en la medida que este último es

de propiedad privada, municipal o fiscal. Con la ocupación de un terreno, las familias inician un largo camino (que según los entrevistados puede durar seis meses) para lograr el reconocimiento de su situación de pobreza y de vulnerabilidad por parte de las autoridades públicas, y así ser incorporadas en los programas habitacionales de campamentos que desarrolla el MINVU.

La falta de seguridad de tenencia se relaciona con la precariedad de las viviendas, dado que la incertidumbre de la permanencia en el lugar limita las posibilidades de invertir en mejorarlas, traduciéndose en importantes deficiencias en acceso a servicios y habitabilidad. Si bien existen casos en que, por el tipo y localización del terreno o de la propiedad ocupada, las familias cuentan con servicios básicos e infraestructura adecuada, se puede afirmar que en sus inicios, y a veces por largo tiempo, los residentes en esta categoría de asentamiento suelen carecer de acceso permanente a servicios de agua potable y alcantarillado.

Por otra parte, se identifican situaciones de riesgo ambiental, como el caso de un campamento en Viña del Mar ubicado en las inmediaciones de un antiguo basural: *“Era un basural de toda clase de basura, para que usted se imagine, era un basural también de escombros, de animales muertos, y hubieron muchas violaciones y muertes aquí”*¹⁹.

Por último, aun cuando la ubicación no es un atributo deficitario en la actualidad —dado que en muchos casos una de las principales motivaciones de las familias que viven en campamentos es asegurar una adecuada ubicación en la ciudad—, es importante señalar que entre los relatos recogidos se manifiesta la aspiración de obtener una solución habitacional en el mismo terreno que se habita, en vez de ser erradicados y desplazados a viviendas sociales ubicadas en sectores alejados: *“...para mí significa eso, una condena. Mucha gente está triste, deprimida, tengo una vecina que cuando piensa que tiene que irse llora, porque dice ‘no me imagino mi vida viviendo en un lugar tan inhóspito, donde no hay nada todavía’*”²⁰.

19 Mujer, campamento Viña del Mar.

20 Mujer, Toma “Don Bosco”.

CONVENTILLOS O CITÉS

El caso estudiado representa la realidad de un cité donde muchos y distintos grupos de migrantes latinoamericanos viven en precarias condiciones y sufren la vulneración de casi todos los atributos del derecho a la vivienda adecuada. En este sentido, el único atributo que se destaca por su cumplimiento es la ubicación, en la medida que la residencia en el centro de la ciudad les permite el acceso a servicios y oportunidades laborales.

Sobre la seguridad jurídica de la tenencia, se observa que para los/as habitantes del cité no la hay, en tanto alquilan espacios o cuartos en inmuebles mediante acuerdos de palabra y sin contratos de arrendamiento. Además, los testimonios recabados señalan que la discriminación es una de las principales dificultades que tienen las personas migrantes al momento de conseguir un lugar para vivir; pues a pesar de contar con los recursos para arrendar una vivienda en muchas ocasiones se les rechaza, por los corredores de propiedades o los dueños, en razón de su país de origen.

En materia de habitabilidad se constató un problema derivado de la falta de espacio y el hacinamiento al interior de las viviendas. En efecto, las condiciones observadas en terreno son deplorables: las habitaciones carecen de iluminación natural y de ventilación, presentando problemas frecuentes de humedad; la obsolescencia del material de construcción de las viviendas genera riesgos para sus habitantes, y existe un número reducido de baños comunes (tres baños para 17 familias), lo que abre focos de insalubridad. Al respecto, una entrevistada señala: *“[Vivo] en una pieza grande que la han dividido. Así nos las ingeniamos nosotros cuando venimos. Yo a veces me siento mal porque mi hijita me dice ¿cuándo tendré mi pieza?, ¿cuándo me comprarás una cama? Porque lamentablemente ella duerme en colchón no más. Yo le dije algún día hijita, vamos a encontrar una casita, y ahí vas a tener tu piecita como sea, no te va a faltar nada”*²¹.

Respecto de los gastos soportables, las personas entrevistadas refieren que los precios de los arriendos son altos y representan parte importante de sus ingresos. A esto se suma el pago de los servicios, los que en ocasiones no lo-

gran cubrir y se ven expuestos/as a cortes de suministro. Por último, en materia de adecuación cultural, las personas entrevistadas indican que la comunidad migrante manifiesta su cultura al encontrarse, comer y divertirse. Señalan que a la gente les gusta compartir, pero que en los cités no se dan las condiciones, por los reducidos espacios, para recibir visitas o realizar celebraciones.

ALDEAS DE EMERGENCIA

En el caso de las “aldeas de emergencia”, los problemas se radican en el acceso a servicios, las condiciones de habitabilidad, el acceso preferente a grupos vulnerados y la ubicación adecuada.

Sin perjuicio de lo anterior, el estudio muestra que los habitantes presentan además temores asociados a la seguridad de la tenencia, los que no se relacionan con el hecho de residir en un hábitat provisorio, sino con el logro posterior de una vivienda definitiva.

En cuanto al acceso y disponibilidad de servicios, materiales e infraestructuras, el estudio revela que posterior a los desastres, los/as habitantes de estos asentamientos deben pasar por un largo proceso para lograr condiciones mínimas de acceso a servicios: la disponibilidad de un terreno, la instalación de las mediaguas, el acceso al agua potable, a la electricidad, y la conectividad con el tejido urbano. Ante la lentitud y confusión de los servicios estatales y privados en la situación de emergencia, contrasta la capacidad de organización de los/as habitantes de las aldeas, que toman iniciativas para exigir tales servicios y/o desarrollar alternativas propias. Así lo señala una entrevistada: *“el primer año a nosotros se nos volaban los techos, nos goteábamos todo, el agua entraba por todas partes y aquí no vino ningún equipo de emergencia de la municipalidad, de ningún lado, porque no tenían acceso. Ahí estaban los vecinos, el comité de emergencia. Los hombres estaban arriba de los techos, oscuros en la noche, y las mujeres trayendo palos gruesos o algo pesado para que no se volaran más. Yo digo que nosotros hemos sido una aldea que lo ha pasado mal, pero a la vez lo hemos pasado bien. Hemos sabido sacar provecho de lo malo, porque no nos hemos quedado ahí”*²².

21 Mujer, cité.

22 Mujer, Aldea Cerro Centinela.

Respecto de las condiciones de habitabilidad, la respuesta a emergencias a través de mediaguas de 36 m², además de proveer espacios insuficientes para sus habitantes, conlleva riesgos por la calidad del material, el que se deteriora a los pocos meses desprotegiendo a las personas frente a las inclemencias del tiempo. Frente a este problema, contrarrestan las iniciativas de las aldeas estudiadas que han buscado soluciones para ampliar las viviendas y mejorar el aislamiento térmico mediante forros en sus paredes. Por otro lado, para solucionar las condiciones de vida en las aldeas, el Estado ofreció “bonos de arriendo”, lo que resulta difícil de implementar en un área damnificada, donde la presión sobre el mercado tiende a subir los precios de alquiler, llevando a situaciones de hacinamiento y allegamiento. Al respecto, una entrevistada señala: *“Nos daban 200 mil pesos al tiro, como para pagar mes de garantía y mes de arriendo. Una casa que antes del incendio costaba 80 mil pesos, ahora costaba 120 mil pesos [...] y todas las familias son numerosas, hay que tener una casa con dos habitaciones y eso ya cuesta más de 150 lucas [...] todos querían arrendar y la gente se aprovechó, yo vivía en una casa con una sola habitación en un segundo piso y eso me costaba 80 mil pesos [...] y era tan precario y estaba en tan malas condiciones que yo me tuve que ir, no podíamos estar ahí con mi familia”*²³.

Por su parte, la vida en una aldea representa un gran esfuerzo de voluntad y empeño entre las personas que no se conocían de antemano. Este esfuerzo exige también elevados gastos, especialmente para la electricidad, que por su instalación provisoria puede resultar de mala calidad, con variaciones en el voltaje que pueden dañar los aparatos domésticos salvados del desastre, y pago de facturas elevadas. Es en estos términos que las personas entrevistadas refieren problemas asociados al atributo de gastos soportables.

En cuanto a la ubicación adecuada, el estudio da cuenta que los instrumentos de planeamiento socioespacial no contemplan áreas de reserva para posibles emergencias, por lo que las aldeas de emergencia suelen ubicarse en espacios periféricos o residuales. Una entrevistada refiere que la lejanía del asentamiento asignado impedía incluso la llegada

de servicios básicos de saneamiento: *“antes ni siquiera podía subir el camión del agua y tenían que tirar mangueras por la carretera”*²⁴.

Por último, en materia de adecuación cultural, el carácter de asentamiento provisorio y de emergencia dificulta generar espacios que consideren la adecuación cultural de sus habitantes. Sin embargo, la lucha por la sobrevivencia en condiciones adversas durante tres a cuatro años, sí puede marcar un nuevo tejido de vínculos solidarios, como lo evidencia el caso analizado de una aldea en Constitución.

HALLAZGOS TRANSVERSALES Y SITUACIONES PRIORITARIAS

Además del análisis de cada tipología de asentamiento precario, a lo largo del estudio fue posible detectar algunos hallazgos transversales y situaciones que se revelan como prioritarias en materia del derecho a la vivienda adecuada.

Un primer aspecto a destacar es que, si bien hay situaciones de mayor precariedad en algunos asentamientos, en todos los casos analizados se observa algún grado de vulnerabilidad derivado del incumplimiento de uno o más atributos del derecho a una vivienda adecuada. A esto se suma la constatación de que la vulneración del derecho a la vivienda adecuada afectaría con mayor fuerza a algunos segmentos de la población, entre los que se encuentran i) las mujeres, principalmente aquellas que habitan en campamentos, así como a las jefas de hogares monoparentales en poblaciones y villas; ii) las personas adultas mayores y con discapacidad, pues las viviendas sociales no tienen estándares adecuados que faciliten su desplazamiento al interior de las casas en su entorno; iii) los jóvenes, quienes no necesariamente tienen la capacidad de pago o el interés de acceder a una vivienda en propiedad, única modalidad de la política habitacional chilena²⁵; y iv) los colectivos no familiares²⁶, debido a que la persona postulante

23 Mujer, Rodelillo.

24 Mujer, Aldea Cerro Centinela.

25 Para mayor información, consultar el Decreto 1/2011 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, que describe el actual Sistema Integrado de Subsidio Habitacional.

26 Como podría ser el caso de dos tías adultas mayores o los casos de familiares con lazos más lejanos.

a un subsidio habitacional (titular) solo puede acreditar a familiares directos como parte del núcleo beneficiario²⁷.

Otro elemento que se destaca en las entrevistas es la falta de información y situación de desventaja frente a las autoridades reclamada por los y las habitantes de asentamientos precarios, situación que se agudizaría en momentos de erradicación de campamentos, realización de reparaciones posterremoto o demoliciones. En estos casos, la exigencia tiene relación con obtener información oportuna y establecer instancias de participación en la toma de decisiones que, cuando corresponda, pudieran ser vinculantes.

Lo anterior está estrechamente relacionado con las situaciones de *mobbing*²⁸ que declara vivir una parte importante de las personas entrevistadas, sobre todo en la Villa Francisco Coloane de Puente Alto²⁹ y la Villa Futuro de Chiguayante³⁰, lo que se acompaña de una percepción de riesgo a ser desalojados/as forzosamente. Al respecto, una entrevistada señala: “Hay asistentes sociales del SERVIU que nos amenazan diciendo que tenemos que irnos. Hicieron reuniones por block y nos amenazaban de esa forma, que si nosotros no nos íbamos, nos cortaban la luz y el agua y nos echaban a los pacos. Como los echamos de acá, de Villa Futuro, empezaron a llamar por teléfono”³¹.

Esta situación constituye un tema a ser monitoreado por el INDH, sobre todo porque la expansión de las ciudades y el crecimiento del mercado inmobiliario podrían generar presión para que poblaciones que hoy gozan de una buena conectividad se vean expulsadas hacia los límites de la ciudad y empeoren su calidad de vida.

27 Según el Decreto 1/2011 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, la Declaración de Núcleo podrá incluir solamente a: i) su cónyuge o conviviente; ii) hijos/as de hasta 18 años del postulante o su cónyuge; iii) hijos/as mayores de 18 y hasta 24 años, del postulante o su cónyuge, que vivan juntos y a sus expensas; iv) padres del postulante o de su cónyuge, reconocidos como carga familiar, que vivan juntos y a sus expensas.

28 Concepto utilizado para denotar las distintas formas de presión desarrolladas por inmobiliarias o por el Estado, a efectos de que quienes residen en la zona abandonen sus viviendas.

29 Producto de la demolición de sus blocks para la implementación del Programa Segunda Oportunidad en la zona.

30 Conjunto habitacional que sufrió daños producto del terremoto de 2010 y cuya localización es apetecida por empresas privadas para el desarrollo de proyectos inmobiliarios de mayor valor.

31 Mujer, Villa Futuro.

BIBLIOGRAFÍA

ATISBA. (noviembre de 2010). *Reporte Estudio Guetos en Chile*. Recuperado el 18 de octubre de 2012, de Atisba: http://atisba.cl/wp-content/uploads/2011/06/Reporte_Guetos_en_Chile2010.pdf

Cámara de Diputados. (2009). *Informe de la Comisión Especial relativa a las Denominadas Deudas Históricas*. Obtenido de <http://www.camara.cl/pdf.aspx?prmid=1744&prmtipo=SOBR> ETABLA

Comisión Asesora Presidencial para la Política Nacional de Desarrollo Urbano. (6 de mayo de 2013). *Política Nacional de Desarrollo Urbano*. Obtenido de MINVU: <http://politicaurbana.minvu.cl/wp-content/uploads/2012/11/Pol%C3%ADtica-Nacional-de-Desarrollo-Urbano.pdf>

Gobierno de Chile. (25 de septiembre de 2013). *Política Nacional de Desarrollo Urbano. Ciudades Sustentables y Calidad de Vida*. Obtenido de MINVU: <http://politicaurbana.minvu.cl/wp-content/uploads/2012/11/Pol%C3%ADtica-Nacional-de-Desarrollo-Urbano-Definitiva.pdf>

INDH. (2012). *Informe Anual 2012. Situación de los Derechos Humanos en Chile*. Santiago.

INDH. (en prensa). *Segunda Encuesta Nacional de Derechos Humanos*. Santiago.

Larrañaga, O. (2010). *Las nuevas políticas de protección social en perspectiva histórica. Área de Reducción de la Pobreza y la Desigualdad. Documento de trabajo*. Obtenido de PNUD: http://www.pnud.cl/areas/ReduccionPobreza/2012/2010_4.pdf

MINVU. (2010). *Encuesta Panel de Vivienda*. Obtenido de http://www.observatoriohabitacional.cl/opensite_20080317172111.aspx

MINVU. (2011). *Catastro 2011: Mapa Social de Campamentos*. Obtenido de http://www.minvu.cl/aopensite_20110523144022.aspx

MINVU. (2012). *Plan Integral de Rehabilitación Urbana Bajos de Mena 2012-2014*. Recuperado el 17 de octubre de 2012, de http://issuu.com/gobiernodechile/docs/plan_reconversi_n_urbana_bajos_de_mena

Observatorio Habitacional. (s/f). *Subsidios otorgados y pagados período 1973-1989*. Obtenido de MINVU: http://www.observatoriohabitacional.cl/opensite_20080122171314.aspx

Rabi, S., & Aguirre, B. (2001). Trayectoria institucional de la CORVI. En A. Raposo, *Espacio urbano e ideología. El paradigma de la Corporación de la Vivienda en la arquitectura habitacional chilena 1953-1976*. Santiago: Universidad Central.

Rolnik, R. (3 de mayo de 2012). *Entrevista de Patricio López a Raquel Rolnik*. Obtenido de Radio Universidad de Chile: <http://radio.uchile.cl/wp-content/uploads/2012/05/Sem%C3%A1foro-Web-03-05-012.mp3>

3

DERECHO AL AGUA



Fotografía: Enrique Cerdá

DERECHO AL AGUA

ANTECEDENTES

El agua es un elemento indispensable para la vida. Este vital recurso se ha vuelto escaso, entre otras causas, por el cambio climático y los procesos de desertificación asociados a este fenómeno, el aumento de la demanda con motivo de la explosión demográfica y el creciente requerimiento de la industria extractiva, minera, energética, de manufacturas y forestal. Con ello se han generado tensiones en relación con el acceso y control del recurso, cuestionamientos en torno a los modelos de propiedad y patrones de uso del agua, lo que se ha visto reflejado en el incremento de los conflictos socioambientales (INDH, 2012).

En el Informe Anual 2012, el INDH abordó sucintamente el derecho al agua en relación con los pueblos indígenas, y señaló, en consonancia con lo afirmado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que el agua constituye un recurso limitado, indispensable para vivir dignamente, y que garantizar su acceso representa una condición previa para la realización de otros derechos humanos.

En Chile estos conflictos están asociados a cuestiones de carácter normativo. Existe un debate respecto del tratamiento jurídico de las aguas y de los derechos de aprovechamiento en el Código de Aguas, a lo que se agrega los problemas de sustentabilidad de los sistemas hidrológicos, y situaciones de sobreexplotación y contaminación. Estos conflictos evidencian los desafíos regulatorios del régimen de aguas chileno para cautelar la integridad de los ecosistemas, garantizar las funciones ambientales, sociales y económicas que tiene el agua, y eliminar brechas de acceso a este vital recurso.

En opinión de algunas organizaciones de la sociedad civil¹ y también del Banco Mundial (2011 y 2013), los conflictos

derivan de las particularidades del régimen de aguas chileno, que incorpora criterios de mercado y permite la concentración de la propiedad sobre los derechos de aprovechamiento de aguas, una de cuyas consecuencias es la exclusión de sectores de la población, especialmente los más vulnerados (comunidades rurales e indígenas). En el Día Mundial del Planeta, en abril de 2013, 70 organizaciones sociales convocaron y otras 50 adhirieron a una marcha por Santiago, demandando la “defensa y recuperación del agua”².

Adicionalmente, se han formulado denuncias sobre usurpación de agua. La más conocida por la opinión pública fue la formulada por la organización Movimiento por la Defensa del Agua, Protección de la Tierra y Respeto al Medio Ambiente –MODATIMA–, que ha denunciado en la comuna de Petorca, zona declarada de emergencia hídrica por la Comisión Nacional Hídrica, que los ríos Petorca y la Ligua han sido intervenidos por terceros perjudicando el acceso de pequeños parceleros y de la población para su consumo (CNN, 2012). Estas denuncias han abierto investigaciones criminales y fiscalizaciones por parte de la Dirección General de Aguas³.

2 Marcha realizada el 22 de abril de 2013 en la ciudad de Santiago. Listado de convocantes y adherentes como de las demandas planteadas disponibles en: http://recuperacionydefensadelagua.blogspot.com/p/marcha-2013_2.html

Estas organizaciones denuncian que en Chile “[l]os niveles de concentración de propiedad son simplemente escandalosos (...) Los derechos consuntivos (no devuelven un caudal al río [el agua se consume en el proceso productivo]) se encuentran fundamentalmente en manos de empresas mineras y agroexportadoras, mientras que más del 80% de los derechos de aprovechamiento de aguas no consuntivos (devuelven un caudal al río) se encuentra en manos de transnacionales como ENDESA”.

3 Informe de la Comisión Investigadora encargada de analizar las extracciones ilegales de aguas y áridos en los ríos del país. Aprobado por la Cámara de Diputados Sesión 39ª (Legislatura 360ª), celebrada el 7 de junio de 2012. “Fiscalización en Provincias de La Ligua y Petorca”. En cuanto a las denuncias de extracciones e infracciones al Código de Aguas hay tramitadas 92 denuncias, de ellas 59 han sido resueltas, 21 de ellas acogidas, de las que 15 se refieren a extracciones no autorizadas, debiéndose enviar los antecedentes al juzgado de letras y al Ministerio Público.

1 Observatorio Latinoamericano de Conflictos Ambientales, OLCA; Movimiento por la Defensa del Agua, Protección de la tierra y respeto al Medio Ambiente. (MODATIMA). La Ligua, Petorca; Observatorio Ciudadano.

En mérito de estas y otras denuncias de igual tenor, la Cámara de Diputados aprobó la creación de una Comisión Investigadora encargada de “analizar la extracción ilegal de aguas en los ríos de Chile (...)”⁴, cuyo informe fue aprobado por la Cámara en junio de 2012⁵. El informe concluyó que a los problemas derivados del estrés hídrico que experimenta el país fundamentalmente en las zonas central y norte, “[s]e unen los problemas de gestión en nuestro país y que encuentran su origen en la Constitución Política de la República de 1980, sus leyes complementarias y el Código de Aguas. Ello ha posibilitado que históricamente se entreguen derechos en forma excesiva, más allá de las necesidades y, en muchos casos, en forma especulativa, sin existir proyectos concretos que respalden la solicitud y sin entregar al Estado atribuciones suficientes para resguardar la primacía del bien común por sobre los intereses de los particulares”⁶. Las recomendaciones de la Cámara indicaron que es necesario avanzar en “[e]stablecer un nuevo estatuto del agua que vincule los derechos de aprovechamiento a la propiedad de la tierra”⁷.

En el presente apartado se describe el estado actual del debate en torno al derecho al agua en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, y se analiza la regulación normativa y la política pública vigente en el país, a los fines de identificar el nivel de cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado en esta materia.

ESTÁNDARES INTERNACIONALES

El derecho humano al agua, aun cuando no específicamente reconocido como derecho, se ha desarrollado como parte del derecho internacional desde 1999, cuando la Organización de las Naciones Unidas (ONU) se pronunció a favor de reconocer que el derecho al agua es una de las bases del derecho al desarrollo. Sin embargo, existen precedentes de la discusión internacional en torno a esta temática que datan de 1972, en la Conferencia

de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano (Estocolmo), que propugna la protección del agua como un recurso natural esencial para el uso sustentable por las generaciones actuales y futuras⁸. Posteriormente, en 1977, la ONU se pronunció sobre este mismo punto en la Conferencia sobre el Agua (Mar del Plata)⁹, donde “se subrayó que la evaluación de los recursos hídricos era el requisito previo al planteamiento, desarrollo y diseño de políticas, explotación y regulación de los recursos hídricos”.

En la Conferencia Internacional sobre el Agua y el Medio Ambiente (CIAMA) que tuvo lugar en Dublín en 1992, se aseveró que la escasez y el uso abusivo del agua dulce planteaban una creciente amenaza para el desarrollo sostenible y la protección del medio ambiente¹⁰. En el mismo año, en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Rio de Janeiro) se aprobó la Agenda 21, un programa de acción para el desarrollo sustentable en el que se fijaron directrices políticas para el aprovechamiento y el uso de los recursos hídricos con vistas a satisfacer las necesidades básicas y a otorgar protección a los ecosistemas¹¹. Posteriormente se adoptaron otras normas que se ven expresadas en la Convención sobre Cambio Climático¹² y la Convención de Lucha contra la Desertificación y Sequía¹³.

El 2010 la Asamblea General de la ONU mediante resolución reconoció que el derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos¹⁴.

4 Cámara de Diputados sesión 27ª, celebrada el 11 de mayo de 2011.

5 Cámara de Diputados Sesión 39ª (Legislatura 360ª), celebrada el 7 de junio de 2012.

6 Informe de la Comisión Investigadora encargada de analizar las extracciones ilegales de aguas y áridos en los ríos del país, *op. cit.*, pág. 84.

7 *Ibidem*, pág. 85.

8 Principio 2, Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente, 16 de junio de 1972, U.N. Doc. A/CONF.48/14 Rev.1.

9 Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua, Mar del Plata, 14 al 25 de marzo de 1977.

10 <http://www.wmo.int/pages/prog/hwarp/documents/espanol/icwedecs.html>

11 Capítulo 18: “Protección de la calidad y el suministro de los recursos de agua dulce: aplicación de criterios integrados para el aprovechamiento, ordenación y uso de los recursos de agua dulce”.

12 Entró en vigor en 1994. Fue ratificada por Chile en diciembre de 1994 y publicada en el Diario Oficial el 13 de abril de 1995.

13 Entró en vigor en 1996. Fue ratificada por Chile en 1997.

14 Resolución 64/292. El derecho humano al agua y el saneamiento, aprobada por la Asamblea General el 28 de julio de 2010.

El Comité del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) ha reconocido que el derecho al agua es un derecho que debe ser garantizado al amparo del Pacto. En 2002 estableció en forma expresa la relación entre derechos humanos y agua al adoptar la Observación General N° 15¹⁵, que determinó el contenido sustantivo de este derecho y las obligaciones que en base a ello deben asumir los Estados que han ratificado el tratado. La base del reconocimiento de este derecho es el aseguramiento de un mínimo de vida digna. Esta afirmación corresponde a la interpretación que el órgano de control ha dado al párrafo 1 del artículo 11 del PIDESC, que identifica una serie de derechos que emanan precisamente del derecho a acceder a un nivel de vida adecuado, incluida la alimentación, vestido y vivienda adecuadas, condiciones indispensables para la concreción del derecho a un mínimo de vida digna. Así, el Comité DESC planteó que “[e]l uso de la palabra ‘incluso’ indica que esta enumeración de derechos no pretendía ser exhaustiva. El derecho al agua se encuadra claramente en la categoría de las garantías indispensables para asegurar un nivel de vida adecuado, en particular porque es una de las condiciones fundamentales para la supervivencia”.

El derecho humano al agua corresponde a los denominados derechos humanos emergentes, con los cuales el derecho internacional busca responder a las nuevas necesidades que enfrenta la sociedad internacional (Saura, 2011). Cabe consignar, sin embargo, que hay antecedentes del derecho al agua potable y saneamiento en diversos tratados de derechos humanos. Entre estos, en la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 14); en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (art. 14.2); en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (art. 28); y en el Convenio N° 161 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre los servicios de salud en el trabajo (art. 5). En el plano regional se hace referencia a este derecho en la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño (art. 14) y en el Protocolo relativo a los derechos de la mujer de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (art. 15).

15 Comité DESC Observación General N° 15 sobre el derecho al agua, adoptada en la 29ª sesión en Ginebra del 11 al 29 de noviembre de 2002.

Según desarrollos normativos y a lo establecido en la Observación General N° 15 del Comité DESC, la definición del derecho humano al agua en general aceptada es “el derecho de todos sin discriminación a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico”¹⁶. Los indicadores que permiten evaluar la garantía de este derecho son disponibilidad, calidad, accesibilidad y participación. De manera complementaria, la experta independiente de Naciones Unidas, Sra. Catarina de Albuquerque, agregó los criterios de seguridad y asequibilidad, así como los principios de no discriminación, participación, responsabilidad, efectividad y sostenibilidad¹⁷.

El derecho al agua también involucra el derecho al desarrollo, a la salud, al medio ambiente y a la autodeterminación, según lo ha consignado expresamente el Comité DESC en diversas observaciones interpretativas¹⁸ de los artículos 11 y 12 del instrumento internacional, que como tal complementan la interpretación de la Observación General N° 15 respecto de la naturaleza jurídica del derecho humano al agua.

Sistematizando, las obligaciones básicas del Estado a la luz de lo expuesto son¹⁹:

- Garantizar el acceso a la cantidad esencial mínima de agua que sea suficiente y apta para uso personal y doméstico y para prevenir enfermedades;
- Asegurar el derecho de acceso al agua y las instalaciones y servicios de agua sobre una base no discriminatoria, en especial a los grupos vulnerables o marginados;
- Garantizar el acceso físico a instalaciones o servicios de agua que proporcionen un suministro suficiente y

16 *Ibidem*.

17 Informe de la Experta Independiente, doc. A/HRC/15/31/Add.1., julio de 2010.

18 Comité DESC. Observación General N° 4 sobre el derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto) doc. E/1991/23, 1991. Observación General N° 7 sobre los desalojos forzados, doc. E/1999/22, anexo IV, 1997; Observación General N° 14 sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12) doc. E/C.12/2000/4, de 11 de agosto de 2000.

19 Comité DESC. Observación General N° 15 sobre el derecho al agua, *op. cit.*

regular de agua salubre; que tenga un número suficiente de salidas de agua para evitar unos tiempos de espera prohibitivos; y que se encuentren a una distancia razonable del hogar;

- Velar porque no se vea amenazada la seguridad personal cuando las personas tengan que acudir a obtener el agua;
- Velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones y servicios de agua disponibles;
- Adoptar y aplicar una estrategia y un plan de acción nacionales sobre el agua para toda la población; la estrategia y el plan de acción deberán ser elaborados y periódicamente revisados en base a un proceso participativo y transparente; deberán proveer métodos, como el establecimiento de indicadores y niveles de referencia, que permitan seguir de cerca los progresos realizados; el proceso mediante el cual se conciba la estrategia y el plan de acción, así como el contenido de ambos, deberá prestar especial atención a todos los grupos vulnerables o marginados;
- Vigilar el grado de realización del derecho al agua;
- Poner en marcha programas de agua destinados a sectores concretos y de costo relativamente bajo para proteger a los grupos vulnerables y marginados;
- Adoptar medidas para prevenir, tratar y controlar las enfermedades asociadas al agua, en particular, velando por el acceso a unos servicios de saneamiento adecuados.

El derecho al agua, igual que cualquier otro derecho humano, impone tres tipos de obligaciones a los Estados: respetar, proteger y garantizar²⁰.

De cara a estas obligaciones, el Estado debe hacer todo lo que esté a su alcance para proveer a la población de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico, debiendo asegurar el derecho

prioritario de grupos vulnerados y zonas rurales. Esto supone desarrollar programas destinados a un mejor aprovechamiento de los recursos hídricos como la gestión y el manejo integrado de cuencas²¹, catastro de recursos hídricos y monitoreo ambiental.

BASES JURÍDICAS DEL RÉGIMEN DE AGUAS EN CHILE

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce expresamente que “cada Estado tiene un margen de discreción al determinar qué medidas son las más convenientes para hacer frente a sus circunstancias específicas. No obstante, el Pacto impone claramente a cada Estado la obligación de adoptar las medidas que sean necesarias para que toda persona disfrute del derecho al agua, lo antes posible. Las medidas nacionales encaminadas a asegurar no han de obstaculizar el disfrute de otros derechos humanos”²². Lo anterior significa, entre otras cosas, que los estándares internacionales no establecen un régimen jurídico exigido o prohibido para la regulación y el aprovechamiento de las aguas, sino obligaciones que tienen los Estados respecto del acceso, en particular, para el consumo personal y doméstico. Por otra parte, el documento también reconoce que las medidas que se adopten a nivel nacional para asegurar el disfrute del derecho al agua no pueden lesionar el goce de otros derechos humanos.

En Chile, de conformidad con el artículo 595 del Código Civil y el artículo 5 del Código de Aguas, este recurso es concebido como un bien nacional de uso público²³. La Constitución Política de la República²⁴ y el propio Código de Aguas de 1981²⁵ otorgan a los particulares el derecho de propiedad sobre el derecho de aprovechamiento de ellas,

20 Estas directrices emanan de la Observación General N° 3 que regula las Obligaciones del Estado en relación con los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC). Esta misma nomenclatura recoge la Observación General N° 12, que regula el derecho a la alimentación E/C.12/1999/5, párr. 15. Lo propio hace la Observación General N° 15, párr. 20.

21 El término manejo de cuencas proviene de una traducción libre y literal del término acuñado en los Estados Unidos de Norteamérica de *Watershed Management* que hace referencia a los programas de control de la descarga del agua captada por las cuencas en cantidad, calidad y tiempo de ocurrencia.

22 Comité DESC, Observación General N° 15, párr. 45.

23 Los bienes nacionales de uso público son aquellos cuyo uso pertenece a todos los habitantes de la nación, como calles, plazas, puentes, caminos, el mar adyacente y sus playas. Inciso segundo, artículo 589 del Código Civil.

24 El artículo 19 N° 24 de la Constitución de 1980.

25 DL 1.222 de 1981 –Código de Aguas– y Ley N° 20.027 de 2005 y Ley N° 20.099 de 2006, que modifican el Código de Aguas.

consagrando así un marco normativo que, a juicio de algunos autores, podría relativizar la condición pública de dicho bien. En efecto, según el marco normativo vigente, el agua es concebida como un *commodity* (mercancía). En la base de esta regulación está la convicción de que su aprovechamiento por parte de la industria de bienes (agua cruda) y servicios (agua potable y saneamiento) se garantiza de un modo más eficaz mediante la libre circulación de estos bienes en el mercado²⁶.

El régimen de aguas chileno pasó de un modelo concesional sujeto a mecanismos de priorización de usos y reglas de caducidad para resguardar la función pública del recurso y el interés común (Código de 1951²⁷), a uno donde la asignación originaria de los derechos de aprovechamiento se efectúa por la autoridad local, con posterioridad a ello los derechos se pueden transar libremente en el mercado, sin que la Administración pueda incidir en tales transacciones. Algunos autores indican que con ello la condición de bien nacional de uso público pierde su contenido jurídico. Lo anterior ha permitido también la concentración de derechos

de agua en manos de particulares para diversos fines, lo que ha incidido a su vez en el alto precio de estos bienes en el mercado. El establecimiento del pago de una patente por no uso de las aguas buscó hacer frente a esta situación por la vía de generar incentivos a su uso, desincentivar la especulación y favorecer una mayor circulación en el mercado; existe hoy discusión sobre la efectividad de esta reforma introducida al Código de Aguas en 2005. Por otra parte, preocupa al INDH que este escenario pueda generar situaciones de inequidad para usuarios tradicionales y grupos vulnerados que han sido excluidos del acceso a los recursos hídricos existentes en sus territorios o en acuíferos ribereños a estos espacios territoriales. Para el INDH sea cual fuere la forma en que se regule el acceso, este debe garantizar accesibilidad, asequibilidad, calidad y adaptabilidad, sin discriminación.

La actual regulación otorga al titular de un derecho de aprovechamiento de aguas un derecho de dominio, y por tanto, facultades para usar, gozar y disponer del recurso libremente²⁸. El derecho es transferible (es decir, se puede vender), transmisible (se puede heredar), y susceptible de adquirirse y perderse por prescripción (por el transcurso del tiempo) según las normas del Código Civil²⁹. No existe mecanismo de caducidad del derecho, el que se pierde solo en caso de venta o renuncia voluntaria del titular³⁰. El derecho es otorgado gratuitamente por el Estado, salvo que el titular no haga aprovechamiento productivo del recurso, en cuyo caso debe pagar una patente por el no uso³¹. El procedimiento de constitución de los derechos de aprovechamiento de aguas se tramita ante la Dirección General de Aguas y concluye con una resolución constitutiva de los derechos que se solicitan³².

26 Gentes, 2007 [Büchi, 1992: 85-87]

27 El primer Código de Aguas fue promulgado en 1951. Este cuerpo legal mantuvo la definición establecida en el Código Civil de las aguas como bienes nacionales de uso público y reglamentó los derechos de uso bajo la modalidad de “derechos de aprovechamiento”. Sin embargo, hay notables diferencias en el régimen regulatorio instaurado por este código y el actualmente vigente. Según el Código de 1951, estos derechos tenían la naturaleza jurídica de concesiones administrativas otorgadas por el Estado, condicionadas al uso específico que había determinado su otorgamiento y al aprovechamiento beneficioso del agua, lo que determinaba la caducidad del derecho por no uso, el que debía ser restituído al patrimonio público. Respecto de la concesión, el titular ejercía un derecho de propiedad que le permitía comercializar los derechos concesionados, debiendo obtener previamente la aprobación de la asociación de canalista de la que formaba parte dicho concesionario, previo a su enajenación. El Código de 1951, además, armonizaba los intereses en conflicto dando preferencia a ciertas categorías de uso, las que en orden de prioridades correspondían a los siguientes usos: consumo personal y doméstico; riego; generación de electricidad y otros usos industriales. Las categorías de preferencia permitían dirimir las solicitudes a favor de aquella que esgrimía un uso prioritario, de acuerdo con el orden de prelación antes señalado. La Ley de Reforma Agraria N° 16.640, promulgada en 1967, modificó el código de aguas. La reforma pretendía adecuar la institucionalidad del Código de Aguas a los requerimientos que imponían los cambios en la estructura agraria propiciados por la Reforma Agraria y que exigían modificar conjuntamente con la propiedad de la tierra, la propiedad de las aguas que la beneficiaban. El objetivo principal de la reforma legal era facilitar los procesos de transformación del agro y aumentar la eficiencia del uso agrícola del agua. En ambos instrumentos se salvaguarda preferentemente los derechos de la población a acceder a agua para el consumo humano y los derechos de usuarios tradicionales para el desarrollo de sus actividades productivas, principalmente agrícolas (Matus, Fernández, & Aedo, 2004)

28 Código de Aguas, artículo 6, inciso 2°.

29 Código de Aguas, artículo 2.

30 Ibídem, artículo 6.

31 Ibídem, artículos 129 bis 4 y siguientes.

32 Excepcionalmente el DAA puede ser constituido por el Presidente de la República. Ello ocurre en el caso del artículo 142 inciso 1°, en caso de remate cuando hay dos o más solicitudes sobre un mismo acuífero y la disponibilidad de aguas no es suficiente para satisfacer los requerimientos. También por circunstancias excepcionales y de interés general, el Presidente de la República puede constituir directamente el derecho de aprovechamiento.

El Código de Aguas ha reconocido los derechos de usuarios tradicionales sobre la base del uso consuetudinario³³ y también el de titulares de derechos inscritos otorgados con anterioridad a la entrada en vigencia de dicho código³⁴. Por su parte la Ley N° 19.253 sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas reconoció el derecho de propiedad ancestral sobre las aguas de uso inmemorial a las comunidades aimaras atacameñas. No obstante, la regularización de estos derechos de base consuetudinaria se somete al procedimiento establecido en el Código de Aguas (párrafo 1, Título I del Libro II). El Banco Mundial (2011) indica que estos procedimientos son ineficaces, ya que son complejos y largos. Se observa una excesiva judicialización de los procedimientos, que impone barreras de acceso a los usuarios tradicionales para sanear sus derechos.

El concesionario minero tiene derecho de aprovechamiento de las aguas alumbradas en las labores de exploración, en la medida que tales aguas sean necesarias para los trabajos de la concesión. El titular de la concesión goza de este derecho por el solo ministerio de la ley, el que es inseparable de la concesión y se extingue con esta³⁵. El uso de las demás aguas necesarias para explorar, explotar o beneficiar sustancias minerales se sujeta a las disposiciones del Código de Aguas y demás leyes aplicables³⁶.

En enero de 2000 entró en vigor la Ley N° 19.657 sobre Concesiones de Energía Geotérmicas (LCEG)³⁷. Siguiendo la lógica establecida en otros cuerpos legales, como es el caso de la legislación minera, el titular de una concesión de energía geotérmica tiene por el solo ministerio de la ley, y en la medida necesaria para el ejercicio de la concesión, el derecho de aprovechamiento, consuntivo y de ejercicio continuo, de las aguas subterráneas alumbrada en los trabajos de exploración y explotación.

33 DL 2603 artículo 7, y 2 transitorio del Código de Aguas.

34 Código de Aguas, artículo 311 y 1 transitorio.

35 Código de Minería, artículo 110.

36 *Ibidem*, artículo 111, y Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras (LOCCM), artículo 8, inciso final.

37 La concesión geotérmica está concebida como un derecho real inmueble distinto e independiente del dueño del predio superficial, oponible al Estado y a cualquier persona, transferible y transmisible, susceptible de todo acto o contrato, amparado por el derecho de propiedad consagrado en el artículo 19 N° 24 de la Constitución y artículo 5 de la LCEG.

En junio de 2005, tras 12 años de tramitación, se promulgó la Ley N° 20.017 que modificó el Código de Aguas de 1981. Entre los fundamentos esgrimidos por el Poder Ejecutivo para propiciar la reforma estuvo precisamente generar las condiciones adecuadas para un mejor aprovechamiento de los recursos hídricos en el país. Otro objetivo explícito fue favorecer la libre competencia y corregir las fallas de los mercados de aguas eliminando las prácticas monopólicas, la especulación y el acaparamiento del recurso (Yañez & Molina, 2011).

Esta normativa impuso correcciones al mercado de aguas, sobre todo en lo que refiere a la protección de los derechos de usuarios tradicionales, sean indígenas, campesinos o pobladores rurales, para el desarrollo de sus actividades de subsistencia y la integridad de sus ecosistemas. Así, por ejemplo, consideró para la protección ambiental de las cuencas hidrográficas el establecimiento de un caudal ecológico³⁸. La reforma impuso la obligación de justificar el caudal solicitado en función de la actividad económica a realizar y concedió la facultad para denegar las peticiones excesivas a la Dirección General de Aguas.

Es a partir de esta reforma que se incorporó el Título X "De la Protección de las Aguas y Cauces", lo que constituye la primera norma de protección ambiental de las aguas superficiales. De acuerdo con la historia de la ley, hasta antes de la reforma, si la protección no estaba vinculada a la agricultura o a la salud de las personas, "las aguas quedan indefensas frente a la depredación, deterioro o contaminación que puedan realizar quienes hagan abuso de ellas"³⁹. Se dispone como mecanismo de protección ambiental el establecimiento de un caudal ecológico, como medida para la preservación de la naturaleza y la protección del medio ambiente. El establecimiento de un caudal ecológico solo afectará los nuevos Derechos de Aprovechamiento de Aguas que se constituyan y deberá considerar las condiciones naturales pertinentes para cada fuente superficial⁴⁰.

La reforma del 2005 impone a la Dirección General de Aguas la obligación de establecer una red de estaciones

38 Código de Aguas, artículo 129 bis 1.

39 Historia de la Ley N° 20.017, pág. 7.

40 Código de Aguas, artículo 129 bis 1.

de control de calidad, cantidad y niveles de las aguas tanto superficiales como subterráneas en cada cuenca u hoyo hidrográfica. Esta norma es significativa porque dispone, además, que la información debe ser pública y proporcionarse a quien la solicite⁴¹. El contar con acceso a dicha información permitirá proteger y exigir la adopción de medidas frente a la contaminación de las fuentes hídricas.

Cabe resaltar que el derecho de aprovechamiento de aguas puede ser de dos clases: no consuntivo y consuntivo. El consuntivo es el que autoriza a su titular a consumir totalmente las aguas en cualquier actividad⁴². Por su naturaleza, son derechos de este tipo los que se otorgan a la minería para el beneficio de los minerales y a la agricultura para riego (Gentes, 2077). Los derechos de agua no consuntivos constituyen una novedad del Código de Aguas de 1981, destinados a proveer de agua principalmente a las empresas generadoras de energía hidroeléctrica (Gentes, 2077). El derecho de aprovechamiento no consuntivo es aquel que permite ocupar el agua sin consumirla y que obliga a restituirla al acuífero del modo que indica el título concesional. La distinción es relevante, porque tratándose de un aprovechamiento no consuntivo el agua es restablecida a la fuente de origen, pudiendo ser utilizada nuevamente.

POLÍTICAS PÚBLICAS

Los órganos encargados de la política hídrica en Chile son: la Dirección General de Aguas (DGA) –servicio dependiente del Ministerio de Obras Públicas⁴³; la Comisión Nacional de Riego (CNR), persona jurídica de derecho público, cuyo objeto es asegurar el incremento y mejoramiento de la superficie regada del país y que se relaciona con el Ministerio de Agricultura⁴⁴; y la Dirección de Obras Hidráulicas (DOH) del Ministerio de Obras Públicas, que tiene por misión proveer de servicios de infraestructura hidráulica que permitan el óptimo aprovechamiento del agua y la protección del territorio. También tienen competencia en estas materias el

Instituto Nacional de Desarrollo Agropecuario (INDAP) y la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI). Todos ellos tienen a su cargo la ejecución de diversos programas orientados a garantizar el derecho al agua de usuarios tradicionales⁴⁵. Para el desarrollo de sus economías de subsistencia, los programas han puesto el énfasis en constituir y regularizar derechos de aprovechamiento de agua individuales⁴⁶ y conformar las organizaciones de usuarios para la gestión del agua: esto es, comunidades de agua cuando los usuarios aprovechan en común un canal o embalse; o bien, una Junta de Vigilancia cuando aprovechan un mismo cauce natural⁴⁷.

Uno de los programas que cabe destacar es el Programa de Agua Potable Rural (APR)⁴⁸ de la Dirección de Obras Hidráulicas del Ministerio de Obras Públicas, que tiene como misión abastecer de agua potable a localidades rurales⁴⁹ contribuyendo al desarrollo económico y a la integración social del país. Sus objetivos son dotar de agua potable a la población rural, según calidad, cantidad y continuidad, y promover una participación responsable y permanente

45 Organizaciones legalmente constituidas, Grupos de usuarios de organizaciones legalmente constituidas, Organizaciones de hecho (Comunidades de aguas no organizadas, conformadas total o mayoritariamente por beneficiarios de INDAP; Grupos de usuarios de comunidades de aguas no organizadas.

46 El derecho de aprovechamiento constituye un derecho real, que le confiere a su poseedor la propiedad sobre el recurso. El propietario está facultado a usar el agua, obtener beneficios de este uso y disponer del recurso.

47 Código de Aguas, artículos 186 y ss.

48 La primera etapa del Programa Nacional de Agua Potable Rural (APR) para localidades concentradas partió en 1964, y la unidad ejecutora fue hasta 1970 la Oficina de Saneamiento Rural del Ministerio de Salud. A partir de 1969 se sumaría también a este proceso la Unidad de Agua Potable Rural del Departamento de Obras Civiles de la Corporación de Reforma Agraria, tomando la responsabilidad del tema en aquellos sectores reformados. La segunda etapa se lleva a cabo entre los años 1977 y 1981, con la participación del Servicio Nacional de Obras Sanitarias (SENDOS) como entidad ejecutora. En la tercera (1981-1986) y la cuarta (1986-1990) etapas se mantiene a SENDOS como unidad ejecutora. Entre 1990 y 1992 la responsabilidad del programa recayó en el Ministerio de Obras Públicas mediante la Unidad Ejecutora Programa BID, instancia que más tarde, bajo el nombre de Departamento de Programas Sanitarios, se haría cargo nuevamente. En 1993, por un breve período, la responsabilidad sobre el programa APR recae en la Corporación de Fomento de la Producción (CORFO). Desde 1994, el Programa Nacional de Agua Potable Rural estuvo bajo la administración del Departamento de Programas Sanitarios, lo que se prolongó hasta 2010. A partir de 2011 se crea la Subdirección de Agua Potable Rural que asume esta responsabilidad hasta la fecha, dependiendo de la Dirección de Obras Hidráulicas.

49 Paillao; Sector de Ojo Bueno en Punta Arenas; Maule; Crucero y Champulli. <http://www.doh.gob.cl/APR/Paginas/Noticias.aspx>

41 *Ibidem*, artículo 129 bis 3.

42 Código de Aguas, artículo 13.

43 *Ibidem*, artículo 298. El jefe superior de este servicio se denomina Director General de Aguas y es de exclusiva confianza del Presidente de la República.

44 DFL N° 7 de 1983.

de los habitantes beneficiados para que sea la propia comunidad organizada la que administre el servicio una vez construido. El Programa de Agua Potable Rural dispone de un presupuesto para 2013 de 47 mil millones de pesos⁵⁰.

Otra de las acciones impulsadas por el Estado, ejecutada en este caso por el INDAP, es el Programa de Riego Asociativo⁵¹ (PRA). El objetivo de este Programa es cofinanciar inversiones en obras de riego o drenaje, extraprediales o mixtas, contribuyendo de esta manera al mejoramiento de los ingresos económicos y al desarrollo de la competitividad y sostenibilidad de los negocios de los beneficiarios del programa⁵². Otro Programa desarrollado por INDAP es el Bono Legal de Aguas⁵³; este instrumento permite entregar incentivos económicos de hasta el 90% del costo bruto de consultorías que resuelven problemas asociados a las aguas que ocupan los beneficiarios de INDAP, a fin de que mejoren la gestión de los recursos y se facilite su acceso a instrumentos de fomento del Estado para mejorar sus sistemas de riego dentro y fuera de sus predios, en particular los que promueve el Estado mediante la Comisión Nacional de Riego y/o CONADI.

SISTEMA DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO

En Chile el agua potable y los servicios de saneamiento en zonas urbanas son provistos por empresas de servicios sanitarios, mayoritariamente privadas. En 1989 se promulgó la Ley General de Servicios Sanitarios, DFL N° 382 del Ministerio de Obras Públicas, que fijó la normativa de operación de las empresas de servicios sanitarios (públicas y privadas), las condiciones de servicio y el régimen de concesiones aplicables a este sector.

Esta normativa permitió la privatización de estos servicios básicos. El proceso se consumó durante la administración del presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle (1994-1999) y la de Ricardo Lagos Escobar (1999-2005), y concluyó en el actual gobierno por medio del remate de los derechos fiscales en empresas sanitarias privatizadas, efectuado por la Corporación de Fomento de la Producción (CORFO). Esta entidad remató en 2011 las acciones que el Estado mantenía bajo propiedad pública en la Empresa Sanitaria y de Servicio de Valparaíso (ESVAL)⁵⁴, en la Empresa Sanitaria y de Servicio del Bío Bío (ESSBIO)⁵⁵ y en Aguas Andinas⁵⁶, reservándose solamente el 5% en cada una de las empresas⁵⁷. Así, en la actualidad, el 95,4% de las empresas que proveen el servicio de agua potable y saneamiento en Chile son privadas, con excepción de algunos servicios que son gestionados por los municipios como es el caso del Servicio Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Maipú (SMAPA), y de igual modo los administrados por la Municipalidad de Nogales y Puerto Octay, respectivamente (Chile Sustentable, 2012: 13).

En materia de accesibilidad al agua potable, para superar las barreras de accesibilidad que impone el precio del servicio, se ha establecido un sistema de subsidios para garantizar el acceso al agua potable y al saneamiento de los sectores más pobres en el radio urbano. De acuerdo con la Ley N° 18.778 de Subsidios y su Reglamento, establecido por Decreto Supremo N° 195 de 1998 del Ministerio de Hacienda⁵⁸, el subsidio al pago del consumo de agua potable y servicio de alcantarillado es otorgado y administrado por las respectivas municipalidades de cada comuna, y está disponible para los clientes residenciales tanto de los servicios públicos de agua potable como alcantarillado de aguas servidas. Con este beneficio, el Estado financia una parte de un consumo máximo de 15 metros cúbicos mensuales de agua potable y servicio de alcantarillado, el que se descuenta en la boleta que el

50 <http://www.minagri.gob.cl/flip/Reporte%20de%20Cumplimiento%2025%20Compromisos/files/assets/basic-html/page49.html>

51 <http://www.indap.gob.cl/programas/riego-asociativo>

52 Organizaciones legalmente constituidas, grupos de usuarios de organizaciones legalmente constituidas, organizaciones de hecho (comunidades de aguas no organizadas, conformadas total o mayoritariamente por beneficiarios del INDAP; Grupos de usuarios de comunidades de aguas no organizadas, conformadas total o mayoritariamente por beneficiarios del INDAP; Grupos de usuarios propiamente tal, comunidades de hecho, distinto a los anteriores, conformados total o en un 75% por beneficiarios de INDAP).

53 <http://www.indap.gob.cl/programas/bono-legal-de-aguas>

54 La propiedad fiscal ascendía a 29,43%.

55 La propiedad fiscal ascendía a 43,44%.

56 La propiedad fiscal ascendía a 34,98%.

57 No se concretó el remate de acciones en la Empresa Sanitaria y de Servicios de Los Lagos, donde las acciones del Fisco de Chile representan el 45,46%.

58 El Ministerio de Hacienda fija cada año las cantidades de subsidios disponibles para el año calendario. Para el presente año 2013 los subsidios han sido establecidos de acuerdo con el Decreto Exento N° 30 de 17 de enero de 2013, del Ministerio de Hacienda.

beneficiario/a recibe, debiendo pagar este solo la diferencia. Por otra parte, de acuerdo con la Ley N° 19.949, que estableció un sistema de protección social para familias en situación de extrema pobreza (Quintil I) denominado "Chile Solidario", existe una cantidad adicional de subsidios al consumo de agua potable y alcantarillado, que cubren el 100% de los primeros 15 metros cúbicos de consumo mensual⁵⁹. Los beneficiarios del subsidio de agua potable y saneamiento son 700.000 personas (Chile Sustentable, 2012: 7).

De esta forma, el régimen de aguas chileno cumple en esta materia con la exigencia de accesibilidad de los sectores más vulnerados de la población en zonas urbanas, como exigen los estándares internacionales. Sin embargo, preocupa al INDH la situación de un amplio porcentaje de la población que debe pagar altas tarifas por el servicio y en especial la de quienes, no estando en los quintiles I y II⁶⁰ (que corresponde a los segmentos más pobres de la población), no pueden acceder a los beneficios del subsidio. Cabe consignar que en Chile los servicios de provisión de agua potable y saneamiento, incluyendo red de alcantarillado y tratamiento de aguas servidas, son de alto estándar (cantidad, calidad y accesibilidad) y en ello el Estado ha cumplido con sus obligaciones internacionales. El caso del campamento Felipe Camiroaga es ilustrativo en este sentido; frente a la privación de acceso al agua por parte del municipio, la Corte de Apelaciones de Santiago sentenció: "Que sin perjuicio de lo anterior; y habiéndose señalado lo vital que resulta el elemento agua potable y su carácter esencial para el desarrollo del ser humano, la privación de este por parte del municipio, constituye una amenaza al derecho a la vida y a la integridad física y psíquica del campamento 'Felipe Camiroaga', como asimismo, una amenaza al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación"⁶¹.

Sin embargo, persisten brechas de acceso al agua potable en el medio rural. En la actualidad el déficit de soluciones de agua potable en el medio rural alcanza a 20% y esta brecha es aún mayor en materia de saneamiento rural, donde el

déficit en alcantarillado alcanza al 48,1% (Chile Sustentable, 2012: 13).

ESTUDIOS DE CASOS

Como se señaló, el Estado ha impulsado políticas públicas destinadas a garantizar el acceso a los recursos hídricos. Los resultados de estas políticas —en lo que refiere a sectores vulnerados (pequeños agricultores, campesinos e indígenas, y comunidades agrícolas)— evidencian que a pesar de estos programas y de la inversión pública, persiste la brecha de acceso para estos sectores, debido al rezago con que han accedido a la titularidad de derechos de agua, y que está directamente asociado a la concentración de estos derechos.

El INDH considera que la regla que establece la Ley N° 19.253 para las comunidades atacameñas se respetara y fuera extendido en general a las comunidades indígenas cualquiera que ellas sean: "No se otorgarán nuevos derechos de agua sobre lagos, charcos, vertientes, ríos y otros acuíferos que surten a las aguas de propiedad de varias Comunidades Indígenas establecidas por esta ley sin garantizar, en forma previa, el normal abastecimiento de agua a las comunidades afectadas" (art. 64). En igual sentido, los fallos sobre Toconce y Chusmiza emitidos por la Corte Suprema en los que se reconocen los derechos ancestrales de aprovechamiento de aguas⁶² deberían ser extendibles a las comunidades indígenas en general.

En la medida que los derechos de aprovechamiento de aguas son limitados y se concentran en las empresas privadas, su accesibilidad para los pequeños grupos continúa siendo limitada. Un caso que grafica esto es la situación de la cuenca del río Loa. La distribución de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas, fundamentales para el abastecimiento del cauce superficial, se encuentra en manos de la gran minería (pública y privada), concentrando el 93% de estos derechos. Esta cuenca irriga el territorio ancestral de comunidades indígenas de origen atacameño y quechua, y provee de agua a las comunas de Ollagüe, Calama, María Elena y Tocopilla. La explotación minera es de antigua data, sin embargo, en las últimas décadas se ha multiplicado producto del crecimiento del sector:

59 Véase <http://www.siss.gob.cl/577/w3-propertyvalue-3556.html>

60 Hasta 11. 734 puntos ficha Protección Social. Esta nota no se entiende a menos que seas un especialista.

61 Corte de Apelaciones de Santiago, rol 10.140-2012 de 28 de junio de 2012.

62 Corte Suprema, Rol 986, año 2003 y Rol N° 7287-2009, respectivamente.

A la situación de estrés hídrico natural que caracteriza la cuenca del río Loa, emplazada en el desierto más árido del planeta, se suma la presión de nuevos proyectos para acceder al agua por ser este un recurso esencial para los procesos mineros. Se observa una situación preocupante, que se expresa en la declaración del río Loa como zona de restricción para nuevas extracciones subterráneas de 2000⁶³. No obstante, se han otorgado nuevas autorizaciones de extracción como es el caso del proyecto Pampa Puno de la División CODELCO Norte, sometido al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) y aprobado, que pretende extraer 400 l/s de agua del sector, argumentando que se trata de una cuenca confinada que no vierte al río Loa, cuestión que ha sido controvertida por las comunidades indígenas ribereñas, en particular por la comunidad de Taira (Yáñez & Molina, 2011)⁶⁴.

Otro caso lo constituye la cuenca hidrográfica del río Huasco, ubicada en la Región de Atacama, con una extensión de 9.850 km (DGA, 2004). Desde el punto de vista político-administrativo, la cuenca del río Huasco comprende la provincia del mismo nombre y las comunas de Freirina, Huasco, Vallenar y Alto del Carmen. Además, esta abarca parte de la provincia del Elqui. La fuente hídrica se ha caracterizado históricamente por el desarrollo agrícola. En la cuenca superior el río Huasco irriga el territorio ancestral de la comunidad diaguita de Los Huascoaltinos y provee de agua a las comunas de Alto del Carmen, Vallenar, Huasco y Freirina.

En las últimas décadas, en la cuenca ha tenido lugar el desarrollo de un modelo agroexportador, basado en la producción de uva, paltas y frutas exóticas (mango y guayaba). Igual que en el resto de las fuentes hídricas de la zona norte de país se empieza a perfilar una actividad minera de gran envergadura que compite con la agricultura y genera graves impactos sobre el sistema hidrológico, ya que se localiza en la cabecera de la cuenca y comprometen las fuentes de agua (glaciares, vegas y bofedales, lagunas andinas y vertientes cordilleranas). Los casos más emblemáticos son los

proyectos mineros El Morro y Pascua Lama, este último paralizado el 2013 por el incumplimiento de las condiciones medioambientales impuestas en la respectiva autorización que comprometen seriamente las fuentes de agua.

En el caso del sur del país, también son diversos los casos en que el derecho al agua se ha visto afectado por la actividad empresarial. Una de las situaciones más críticas es la afectación de la disponibilidad del recurso como consecuencia de la actividad forestal. Un ejemplo de ello es la comuna de Lumaco, donde son múltiples los impactos ambientales que genera la industria forestal, en particular en los territorios indígenas. Destaca la contaminación por uso de pesticida, la deforestación como consecuencia de las malas prácticas de cosecha, en especial la modalidad de tala rasa y el desecamiento de fuentes de agua producto directo del impacto generado por el monocultivo de pino radiata y eucalipto, especies que requieren grandes volúmenes de agua para su crecimiento y dañan los suelos⁶⁵.

Los impactos de la actividad forestal en los recursos hídricos fueron constatados por el Banco Mundial (2011). El informe señala: "Existen numerosos procesos industriales ligados a este sector de la economía que pueden afectar la calidad de las aguas, tales como la pérdida de la capacidad de mejoramiento natural de las aguas, al reemplazar la vegetación nativa por plantaciones exóticas en la ribera de los ríos; drenaje de los suelos para aumentar la cobertura forestal (Ley de Fomento N° 18.450); aumento del transporte de sedimentos durante la cosecha; acidificación de los suelos con la consecuente liberación de nutrientes y metales; y aplicación de compuestos fitosanitarios y para combatir incendios forestales" (Banco Mundial, 2011).

Más al sur, en la región de Aysén, el proyecto Hidroaysén ha generado una concentración de la propiedad sobre los derechos de agua no consuntivos, que afecta la disponibilidad

63 DGA. Evaluación de los recursos hídricos superficiales en la cuenca del río Loa. Santiago, Chile. Departamento de Administración de Recursos-DGA. 2005. www.dga.cl

64 Las comunidades presentaron un recurso de protección, el que fue rechazado argumentando que el plan de alerta temprana que ofrecía Codelco era suficiente para prevenir eventuales daños.

65 Lumaco debe su nombre a la abundancia de lumas, que hoy son solo parte del recuerdo y del léxico local. Ya no hay lumas y mucho menos bosque nativo; más del 70% del territorio comunal está plantado con monocultivos. Hay muy poco espacio físico para los agricultores. Hay más de 1.400 familias sin agua que deben realizar sus labores con los 500 litros semanales que les entrega el municipio (Montiel, 2012).

del acceso al recurso⁶⁶. La cuenca del río Baker se caracteriza por su importancia ecológica, lo que ha favorecido el desarrollo turístico, principal actividad económica de la zona y ha determinado que sea sometida a distintas categorías de protección para resguardar la biodiversidad y la sustentabilidad de los ecosistemas que alberga, en particular los hidroecológicos. En la cuenca se encuentra el ecosistema de “bosque nativo verde mixto de Baker”, que solo se da en ese lugar. Además en esa zona se encuentran parques nacionales (laguna San Rafael y Bernardo O’Higgins), siendo uno de ellos reserva de la biosfera (UNESCO), dos reservas nacionales (lago Cochrane y Katalalzar) (CONAF), más al menos un área privada protegida y la propuesta de Parque Nacional Patagonia. También está en trámite la declaración de Patrimonio Natural Mundial de parte de esta área (CONAF-UNESCO).

El régimen de aguas vigente en Chile permitió que en dicha cuenca se hayan concentrado derechos al agua no consuntivos a favor de las empresas hidroeléctricas, particularmente ENDESA S.A., y que en la actualidad implique que esta pretenda impulsar un megaproyecto hidroeléctrico de alto impacto ambiental conocido como Hidroaysén. Parte de la ciudadanía se ha movilizado en torno a la iniciativa Patagonia sin Represas, para evitar este tipo de proyectos en toda la región de Aysén. El proyecto fue aprobado por la autoridad ambiental el 9 de mayo de 2011.

BIBLIOGRAFÍA

- Banco Mundial. (2011). *Chile: diagnóstico sobre la situación de los recursos hídricos*.
- Banco Mundial. (2013). *Estudio para el mejoramiento del marco institucional para la gestión del agua*.
- CNN. *Modatina denuncia delito de usurpación del agua en Petorca*, 19 de abril de 2012, CNN.
- DGA. (2004). *Diagnóstico y clasificación de los cursos y cuerpos de agua según objetivos de calidad: cuenca del río Huasco*. Santiago.
- Gentes, I. (2007). El estatus jurídico y el debate entre derechos de aguas individuales y colectivos. Análisis de la legislación, la política hídrica y la jurisprudencia sobre derechos de aguas y gestión ciudadana en Chile. En N. Yáñez, & S. Poats, *Derechos de aguas y gestión ciudadana, agua sustentable, visión social del agua en los Andes* (págs. 143-177). La Paz: CIID-IDRC.
- INDH. (2012). *Informe Anual 2012 Situación de los derechos humanos en Chile*.
- Matus, N., Fernández, B., & Aedo, M. P. (2004). *Recursos hídricos en Chile: desafíos para la sustentabilidad*. Santiago: LOM-Ediciones.
- Montiel, C. (2012). *Lumaco, vivir sin agua*. Bosquenativo.org.
- Saura, J. (2011). El derecho al agua potable y al saneamiento en la perspectiva jurídica internacional. *Derechos y Libertades*(26), 145-180.
- Yáñez, N., & Molina, R. (. (2011). *Las aguas indígenas en Chile*. Santiago: Editorial LOM.

⁶⁶ De acuerdo con antecedentes de la DGA, el 89% de los derechos de agua no consuntivos de la cuenca del río Baker han sido otorgados a Endesa S.A. Disponible en: www.dga.cl/ADMINISTRACIONRECURSOSHIDRICOS

4

DERECHO A LA EDUCACIÓN DE CALIDAD



Fotografía: Enrique Cerdá

DERECHO A LA EDUCACIÓN DE CALIDAD



ANTECEDENTES

En 2013, la situación de la educación chilena continuó en el centro de la discusión pública, develando desde fines de 2012 nuevas aristas que mantienen en cuestión al sistema educativo nacional. Algunas de las expresiones públicas más visibles de esta crisis han sido el cierre de la Universidad del Mar, tras la denuncia de cohecho en los procesos de acreditación de diversas universidades, y el consiguiente procesamiento de diversas autoridades universitarias y de la Comisión Nacional de Acreditación (CNA)¹. Asimismo, la destitución del Ministro de Educación (Mineduc) Harald Beyer, por “[o]misión del cumplimiento de las obligaciones ministeriales, particularmente, la de fiscalizar las actividades del sector del Ministerio de Educación”². De esta manera, al cuestionamiento del lucro en la educación, en particular en relación con las universidades, se ha sumado una discusión sobre la calidad de los procesos educativos y sobre las facultades que posee el Estado para garantizar esta dimensión del derecho a la educación en todos los niveles. Tal cuestionamiento se ha visto reforzado por información sobre el bajo cumplimiento de requisitos legales mínimos para el funcionamiento de jardines infantiles y la permanencia de las brechas de aprendizaje entre establecimientos educacionales de educación básica y media, según condiciones sociales (ingresos, ruralidad, pertenencia étnica), de acuerdo con los resultados que entrega cada año el Simce.

Paralelamente a estos procesos, durante el primer semestre del año 2013 continuaron las movilizaciones de los estudiantes secundarios, cuyas demandas centrales eran la gratuidad de la educación y educación de calidad. Estas se expresaron en la “toma” de establecimientos educacionales por largos períodos que, a pesar de las advertencias de las autoridades municipales y del Ministerio del Interior y Seguridad, culminaron en junio con el desalojo por parte de la fuerza pública de varios de los recintos ocupados y que debían ser utilizados como lugares de votación durante las elecciones legales de primarias presidenciales. En ese período no hubo procesos de diálogo ni negociación entre los estudiantes y el Poder Ejecutivo dado que el debate fue trasladado hacia el Parlamento³ en un conjunto de proyectos de ley sobre institucionalidad, carrera docente y el financiamiento de la educación.

Este año el INDH analiza en particular la dimensión de la calidad de la educación como dimensión constitutiva del derecho a la educación. Para ello, el presente capítulo hará una breve revisión de los estándares internacionales en esta materia y su incorporación en la normativa nacional, para

¹ Investigaciones de la Fiscalía Regional Metropolitana Oriente, causas RUC: 1200653250-9; 1200763278-7; 1200763208-6; 1200763227-2; 1200655762-5; 1200763318-k; 1200763175-6; 1200763146-2.

² Congreso Nacional, Diario de sesiones del Senado. Publicación Oficial Legislatura 361ª. Sesión 14ª, en martes 16 de abril de 2013.

³ Ministra de Educación descarta diálogo de proyectos de ley con estudiantes y agrega que “se hará en el Congreso” (26 de julio de 2013) La Tercera. Recuperado el 15 de noviembre de 2013 de <http://www.latercera.com/noticia/educacion/2013/07/657-534794-9-ministra-de-educacion-descarta-dialogo-de-proyectos-de-ley-con-estudiantes-y.shtml>;

Ministra Schmidt responde a la ACES: “Los medios no son los cambios de ministro”. (Radio Biobío, Lunes 8 julio 2013) Recuperado el 15 de noviembre de 2013 de <http://www.biobiochile.cl/2013/07/08/ministra-schmidt-responde-a-la-aces-los-medios-no-son-los-cambios-de-ministro.shtml>

Estudiantes responsabilizarán a Ministro Chadwick por lo que suceda en eventuales desalojos de liceos (CCN Chile, 26 de junio, 2013) Recuperado el 15 de noviembre de 2013 de <http://www.cnnchile.com/noticia/2013/06/26/estudiantes-responsabilizaran-a-ministro-chadwick-por-lo-que-suceda-en-eventuales-desalojos-de-liceos>

avanzar luego en el análisis de algunas situaciones de impacto público en materia de educación, explicando cómo la carencia de una noción clara y compartida de lo que se considera educación de calidad limita el accionar del Estado en estas materias y genera nuevas brechas en el ejercicio del derecho a educación, que amplían y profundizan la desigualdad en los mecanismos de acceso y financiamiento del sistema educativo, ya abordados en el Informe Anual 2011.

ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS SOBRE CALIDAD DE EDUCACIÓN

El sistema de protección de derechos humanos ha ido precisando el sentido y alcance del derecho a la educación. Inicialmente la comunidad internacional puso el acento en el acceso a las prestaciones educacionales, debido al déficit en este ámbito y a la necesidad de establecer obligaciones mínimas para los Estados, en relación con “la satisfacción de por lo menos niveles esenciales” de este derecho social (Abramovich y Courtis, 2006). Estas obligaciones mínimas se refieren al acceso y a la participación universal en la educación primaria, y a la adopción de medidas para avanzar progresivamente hacia la garantía de acceso a la educación secundaria y superior, sin discriminación.

En los Informes Anuales 2011 y 2012 se han profundizado estas materias; sin embargo, es preciso volver a revisar algunos elementos clave del derecho a educación en materia de calidad. La Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 26.2), la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza (art. 5 I a) y el PIDESC (art. 13.1) han establecido los deberes que se derivan del derecho a educación y que señalan que “la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Convienen asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento

de la paz”. Estos propósitos rigen para todos los niveles de la educación, y se materializan en estrategias de acceso diferenciadas, como lo señala el numeral 2 del mismo art. 13 del PIDESC y en la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, que señala que refiere a la educación “en sus diversos tipos y grados, y comprende el acceso a la enseñanza, el nivel y la calidad de ésta y las condiciones en que se da” (art. 1.2).

La Convención de Derechos del Niño (CDN) alude a estos mismos propósitos y agrega un par de elementos específicos que dicen relación con “el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya” y con “el respeto del medio ambiente natural”, así como con “igualdad de los sexos”. (art. 29.1, letras c, d y e).

Todos estos elementos son condiciones que deben cumplirse, como lo indica el PIDESC, para todos los niveles educativos y la CDN para la formación de niños, niñas y adolescentes. En ambos casos se establece que “Nada de lo dispuesto en este artículo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 [del art. 13 del PIDESC y el 29.1 de la CDN], y de que “la educación dada en esas instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado”. El cumplimiento de estos propósitos como obligación del derecho a educación y como marco de la libertad de enseñanza ha sido reafirmado por el Comité DESC en la OG N° 13 (párr. 49), indicándose que esto corresponde a una “obligación jurídica concreta” en el marco del derecho a educación, que se expresa en que “Los Estados Partes han de velar por que los planes de estudio, en todos los niveles del sistema educativo, estén orientados a los objetivos definidos en el párrafo 1 del artículo 13. Asimismo, tienen la obligación de establecer y mantener un sistema transparente y eficaz para comprobar si la educación se orienta o no realmente a los objetivos educativos que se exponen en el párrafo 1 del artículo 13”.

Por su parte, la CEDAW (art. 10) compromete a los Estados a adoptar “todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer; a fin de asegurarle la

igualdad de derechos con el hombre en la esfera de la educación”, señalando, además de los elementos de acceso, “la eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza, mediante el estímulo de la educación mixta y de otros tipos de educación que contribuyan a lograr este objetivo y, en particular, mediante la modificación de los libros y programas escolares y la adaptación de los métodos de enseñanza”. Además, para asegurar estos objetivos, la educación debe proveer “las mismas condiciones de orientación en materia de carreras y capacitación profesional, acceso a los estudios y obtención de diplomas en las instituciones de enseñanza de todas las categorías, tanto en zonas rurales como urbanas; esta igualdad deberá asegurarse en la enseñanza preescolar, general, técnica, profesional y técnica superior; así como en todos los tipos de capacitación profesional”; y “acceso a los mismos programas de estudios, a los mismos exámenes, a personal docente del mismo nivel profesional y a locales y equipos escolares de la misma calidad” para hombres y mujeres.

Estos principios de igualdad en la calidad de la educación estaban ya presentes en la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza. Ellos refieren a la “igualdad de posibilidades y de trato en la esfera de la enseñanza”, materializados en igual “calificación del personal docente”, en “locales y equipos de igual calidad”, y en “la disposición de los mismos programas de estudio o programas equivalentes”, para asegurar que las distintas ofertas que puedan generarse legítimamente en el marco de la libertad de enseñanza, “añad[an] nuevas posibilidades de enseñanza a las que proporciona el poder público, siempre que funcionen de conformidad con esa finalidad, y que la enseñanza dada corresponda a las normas que hayan podido prescribir o aprobar las autoridades competentes, particularmente para la enseñanza del mismo grado”. A su vez, los Estados ya se habían comprometido a “Mantener en todos los establecimientos públicos del mismo grado una enseñanza del mismo nivel y condiciones equivalentes en cuanto se refiere a la calidad de la enseñanza proporcionada”.

Esta universalidad de la calidad de la educación, es decir, su validez para todos los niveles y tipos de enseñanza que indican tanto la CEDAW como la Convención relativa a la

lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, ha sido reafirmada en los Comités DESC y de DN, y también ha sido tema de interés de los Relatores Especiales del Derecho a la Educación, los que han vuelto a explicitar que la calidad es una dimensión ineludible del derecho a educación, que debe ser garantizada para todas las personas sin distinción, para todos los niveles educativos (desde el parvulario hasta el superior) y para todas las modalidades de enseñanza (regular, técnico-profesional, de adultos, carcelaria, para población indígena o con discapacidad, etc.)⁴, e incluso en situaciones de emergencia⁵.

Así, desde un enfoque de derechos humanos, para que el Estado pueda garantizar la educación de calidad, entendiendo por ella la que se orienta al pleno desarrollo de la personalidad humana y la participación social efectiva, tanto en el ámbito de la ciudadanía responsable como en la inserción laboral que permita una subsistencia digna y un aporte a la sociedad, debe favorecer el acceso a aprendizajes relevantes que conduzcan a estos objetivos, pero también a contextos de aprendizajes que sean respetuosos y protectores de los derechos humanos de quien aprende⁶ y de quien enseña, por medio del mejoramiento continuo “de las condiciones materiales del

4 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General N° 13. El derecho a educación (artículo 13). Presentado 8 de diciembre de 1999, E/C.12/1999/10, párr. 6. Comité de DN. Observación General N° 7. Realización de los derechos del niño en la primera infancia. Presentado el 20 de septiembre de 2006, CRC/C/GC/7/Rev.1, Comité DN. Observación General N° 9. Los derechos de los niños con discapacidad. Presentado el 27 de febrero de 2007, CRC/C/GC/9, párr. 20. Comité DN. Observación General N° 10. Los derechos de los niños en la justicia de menores. Presentado el 25 de abril de 2007, CRC/C/GC/10, párrs. 13, 16 y 77. Comité DN. Observación General N° 11. Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención. Presentado el 12 de febrero de 2009, CRC/C/GC/11, párrs. 56-63. Comité DESC. El derecho a la educación de las niñas, Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación, Sr. V. Muñoz Villalobos. Presentado el 8 de febrero de 2006, E/CN.4/2006/45. Comité DESC. Informe del Relator del Derecho a Educación. El derecho a la educación de las personas con discapacidades, Sr. V. Muñoz Villalobos. Presentado el 19 de febrero de 2007, A/HRC/4/29. Comité de DESC. Informe del Relator del Derecho a Educación. El derecho a la educación de las personas privadas de libertad, Sr. V. Muñoz Villalobos. Presentado el 2 de abril de 2009, A/HRC/11/8. Comité DESC. Informe del Relator del Derecho a Educación. El derecho a la educación de los migrantes, los refugiados y los solicitantes de asilo Sr. V. Muñoz Villalobos. Presentado el 16 de abril de 2010, A/HRC/14/25.

5 Organización de las Naciones Unidas. Asamblea General. El derecho a la educación en situaciones de emergencia. Resolución presentada el 9 de julio de 2010, A/RES/64/290, párr. 15.

6 Comité DESC. Observación General N° 11. Planes de acción para la enseñanza primaria (artículo 14). Presentado 10 de mayo de 1999, E/C.12/1999/4, párr. 7.

cuerpo docente”⁷, ya que sin ello se produce “un grave obstáculo para la plena realización del derecho de los alumnos a la educación”⁸. Adicionalmente, el Comité DESC ha señalado también que “sólo se puede disfrutar del derecho a la educación si va acompañado de la libertad académica del cuerpo docente y de los alumnos”, es decir, del reconocimiento de que ellos/as “son libres, individual o colectivamente, de buscar, desarrollar y transmitir el conocimiento y las ideas mediante la investigación, la docencia, el estudio, el debate, la documentación, la producción, la creación o los escritos. La libertad académica comprende la libertad del individuo para expresar libremente sus opiniones sobre la institución o el sistema en el que trabaja, para desempeñar sus funciones sin discriminación ni miedo a la represión del Estado o cualquier otra institución, de participar en organismos académicos profesionales o representativos y de disfrutar de todos los derechos humanos reconocidos internacionalmente que se apliquen a los demás habitantes del mismo territorio. El disfrute de la libertad académica conlleva obligaciones, como el deber de respetar la libertad académica de los demás, velar por la discusión ecuaníme de las opiniones contrarias y tratar a todos sin discriminación por ninguno de los motivos prohibidos”⁹.

Para la realización de estos propósitos, el sistema internacional de protección de derechos humanos ha reafirmado la obligación de los Estados de destinar el máximo de recursos de los que disponga¹⁰, de manera que pueda asegurar entornos de aprendizaje adecuados, con condiciones de seguridad básicas para desarrollar procesos educativos, así como garantizar docentes capacitados, materiales suficientes y procesos pedagógicos pertinentes¹¹. Además, Unesco ha recomendado que, a la luz de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, el

“alcance de las leyes relativas a la no discriminación no esté limitado a las instituciones educativas públicas”, y manifiesta su preocupación porque “muy pocos Estados establecen una correlación entre la calidad y un objetivo general de promoción de los derechos humanos”¹².

Por otra parte, el Comité DN ha indicado la necesidad de avanzar en una actualización de la comprensión del derecho a educación, poniendo de relieve las dimensiones de la calidad sobre las que los Estados deben concentrar sus esfuerzos y el aseguramiento del principio de participación que cabe en el ejercicio de este derecho, tanto a los propios estudiantes como al conjunto de los actores que participan de los sistemas educativos. Así, recomienda que los Estados Partes presten “más atención a la educación, considerándola como un proceso dinámico, y a idear los medios para valorar las modificaciones experimentadas con el correr del tiempo en relación con el párrafo 1 del artículo 29. Todo niño tiene derecho a una educación de buena calidad, lo que a su vez exige concentrar la atención en la calidad del entorno docente, de los materiales y procesos pedagógicos, y de los resultados de la enseñanza. El Comité señala la importancia de los estudios que puedan brindar una oportunidad para evaluar los progresos realizados, basados en el análisis de las ideas de todos los participantes en el proceso, inclusive de los niños que asisten ahora a la escuela o que ya han terminado su escolaridad, de los maestros y los dirigentes juveniles, de los padres y de los supervisores y administradores en la esfera de la educación. A este respecto, el Comité destaca el papel de la supervisión a escala nacional que trata de garantizar que los niños, los padres y los maestros puedan participar en las decisiones relativas a la educación”¹³.

En esa misma línea, las Relatorías Especiales del Derecho a Educación han indicado que es necesario que los Estados avancen en la comprensión de la educación como un derecho humano. “No puede haber reconocimiento de los derechos sin que se puedan exigir remedios. Por consiguiente,

7 PIDESC art. 13.2 e)

8 Comité DESC. Observación General N° 13. El derecho a educación (artículo 13). Presentado 8 de diciembre de 1999, E/C.12/1999/10, párr. 27.

9 Ibidem, párr. 38 y 39.

10 Comité DN. Observación General N° 7. Realización de los derechos del niño en la primera infancia. Presentado el 20 de septiembre de 2006, CRC/C/GC/7/Rev.1, párr.31

11 Comité DN. Observación General N° 1 párrafo 1 del artículo 29: propósitos de la educación. Presentado el 17 de abril de 2001, CRC/GC/2001/1, párr. 22. Comité DESC. Informe del Relator del Derecho a Educación. Medidas normativas para una educación de calidad, sr. Kinshore Singh, Presentado el 2 de mayo de 2012, A/HRC/20/21. Unesco, 2007.

12 Unesco, Aplicación de la Convención y la Recomendación relativas a la lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza de 1960. Presentado el 30 julio de 2013, 192 EX/20, parte II, párr. 5.

13 Comité DN. Observación General N° 1 párrafo 1 del artículo 29: propósitos de la educación. Presentado el 17 de abril de 2001, CRC/GC/2001/1, párr. 22.

el reconocimiento de los derechos individuales conlleva la correspondiente habilitación para reivindicarlos y exigir remedios en caso de denegación o violación. La evolución de la normativa de derechos humanos ha estado acompañada por la creación de instituciones nacionales e internacionales para proporcionar remedios, de carácter judicial o extrajudicial, en caso de denegación y violación”¹⁴.

NORMATIVA NACIONAL SOBRE CALIDAD DE LA EDUCACIÓN Y DISEÑOS INSTITUCIONALES

La Constitución Política de la República (CPR, art. 10.10, inciso primero) reconoce que el derecho a educación “tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida” así, aunque no se refiere directamente a la educación de calidad, es coincidente con lo establecido en los tratados internacionales de derechos humanos.

Para resguardar este objetivo establece la “obligatoriedad de la educación básica y media”, así como su deber de “promover la educación parvularia” y “fomentar el desarrollo de la educación en todos sus niveles”, como es la educación superior (art. 19.10). Tras esta aclaración, el Estado reconoce sus deberes de garantía de la educación, permitiendo la libertad de enseñanza, pero indicando la necesidad de definir por ley una serie de “*requisitos para el reconocimiento oficial de los establecimientos educacionales de todo nivel*” y, en el caso de la educación escolar “*se establecerán también los requisitos mínimos que deberán exigirse en cada uno de los niveles de la enseñanza básica y media y señalará las normas objetivas, de general aplicación, que permitan al Estado velar por su cumplimiento*”. (art. 19.11 inciso quinto).

El citado numeral del artículo 19 de la CPR ha sido incorporado en el catálogo de derechos fundamentales que ampara el recurso de protección, por lo que existiría la posibilidad de recurrir a la justicia en virtud del artículo 20 de la Constitución, para exigir el cumplimiento de estos requisitos, avanzando en la protección de esta dimensión del derecho a la

educación¹⁵. Sin embargo, la protección exigible no es igual en todos los niveles.

En la educación parvularia son exigibles las dimensiones de condiciones educacionales como: “idoneidad del personal docente y la existencia de un sostenedor”; aspectos de organización institucional, infraestructura, equipamiento y seguridad; además de contar con un proyecto educativo que debe “Ceñirse, en los programas de estudio que apliquen, a las bases curriculares elaboradas por el Ministerio de Educación” y contar con un reglamento interno que “regule las relaciones entre el establecimiento y los distintos actores de la comunidad escolar”, entre otros aspectos (LGE, art. 46). La ley general, que ha materializado este mandato constitucional de establecimiento de requisitos y normas de general aplicación, incorpora también “los aprendizajes, conocimientos, habilidades y actitudes” que debe promover la educación parvularia (art. 28), sin embargo, estos no cuentan con tutela constitucional, dado que solo se hace referencia a requisitos mínimos para la educación básica y media.

En el caso de la educación superior, no se establece un carácter obligatorio equivalente a lo que se señala para los niveles de la educación escolar o que se discute para la educación parvularia. Aún así, se fijan para ella requisitos de reconocimiento oficial que indican que las instituciones de educación superior “serán siempre corporaciones de derecho privado, sin fines de lucro para el efecto de tener reconocimiento oficial” en el caso de universidades (art. 53) o “no podrán tener otro objeto que la creación, organización y mantención de un instituto profesional o un centro de formación técnica, según el caso” cuando se trate de educación técnica de nivel superior. En ambos tipos de instituciones, además, deberán contar con personalidad jurídica e instrumentos –estatutos o los de constitución de personalidad jurídica, según sea el caso– que individualice los “fines que se propone” la institución, el marco de estructura organizacional que se darán, certificar ante el Consejo Nacional de

14 Comité DESC. Informe presentado por Katarina Tomasevski, Relatora Especial sobre el derecho a la educación. Presentado el 25 de enero de 2004. E/CN.4/2004/45, párr.45

15 Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 410, del 14 de junio de 2004.

Tribunal Constitucional, Rol 299, 28 de julio de 2009.

Jordán, T. (2009) Elementos configuradores de la tutela jurisprudencial de los derechos educacionales en Chile. Estudios Constitucionales, Año 7, N° 1, pp.177-207. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca.

Educación (CND) que cuentan “con los recursos docentes, didácticos, económicos, financieros y físicos necesarios para cumplir sus fines” y “[c]ontar con el certificado del Consejo Nacional de Educación en que conste que dicho organismo ha aprobado el respectivo proyecto institucional y los correspondientes programas y que llevará a efecto la verificación progresiva de su desarrollo institucional” (art. 61 y 72). La LGE (art. 2) incorpora en las normas generales a la educación superior, ya que reconoce que “La educación es el proceso de aprendizaje permanente que abarca las distintas etapas de la vida de las personas” y que esto se manifiesta a través de la enseñanza no formal, de la educación informal y de la enseñanza formal o regular. Esta última está “constituida por niveles y modalidades que aseguran la unidad del proceso educativo y facilitan la continuidad del mismo a lo largo de la vida de las personas” (art. 2) y está organizada en cuatro niveles, uno de los cuales es la educación superior (art. 17). Agrega también que le “corresponderá al Estado fomentar la probidad, el desarrollo de la educación en todos los niveles y modalidades y promover el estudio y conocimiento de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana; fomentar una cultura de la paz y de la no discriminación arbitraria” (art. 5) y “a asegurar una educación de calidad y procurar que ésta sea impartida a todos, tanto en el ámbito público como en el privado” (art. 6).

Pese al establecimiento de estas y otras normas afines, estos elementos no son expresamente incorporados en los mecanismos operativos con que el Estado debe fiscalizar y garantizar el cumplimiento de estas obligaciones que él mismo reconoce, dado su omisión en el citado artículo de la Constitución.

Es por ello que la educación escolar parece mayormente reforzada en sus garantías de calidad, al sumarse a los requisitos de reconocimiento oficial, los “requisitos mínimos” que suman a las condiciones de provisión de la enseñanza, elementos sobre el contenido y finalidad de las mismas, estableciendo objetivos generales que están en estrecha vinculación con los propósitos del derecho a educación (art. 29 y 20).

Pese a este resguardo constitucional, no se registra jurisprudencia respecto de recursos de protección interpuestos en demanda de tutela de la calidad de la educación y/o de sus

propósitos o del cumplimiento de los requisitos mínimos o de reconocimiento oficial, aunque los hay por discriminación o derecho a propiedad y otras apelaciones sobre libertad de enseñanza, que también están considerados en este mismo numeral¹⁶.

Para evidenciar de manera más clara la responsabilidad del Estado en materia de tutela constitucional de la calidad de la educación, se han presentado en el Parlamento tres proyectos de ley –dos mociones y un mensaje presidencial–, de los cuales uno promueve la modificación del artículo 20 de la CPR, para dar tutela judicial al derecho a educación en general, y a su calidad en particular¹⁷ y otros que señalan protección mediante la fijación de estándares mínimos por parte del Estado¹⁸.

En todo caso, la mayoría de los cuerpos legales que rigen el sector¹⁹, así como los instrumentos que orientan las políticas

16 De la revisión de 56 sentencias de recursos de protección ingresadas a cortes de apelaciones durante el 2012, por igualdad ante la ley o discriminación, y que refieren al tema educativo, solo 17 invocan la libertad de enseñanza como otra garantía constitucional afectada (CA La Serena, rol 802; CA Santiago: roles 32932, 34578, 35676, 27396, 14922, 1513 y 18185; CA: Rancagua: rol 1703; CA Talca: roles 1030 y 1263; CA Concepción: roles 1497, 1498 y 1500; CA Valdivia: 659 y 825). De ellas solo una indirectamente integra en la presentación de antecedentes de la recurrente una apelación a los requisitos mínimos y la regulación del marco de actuación de los establecimientos y sus finalidades. Sin embargo, la Corte no utiliza este elemento en su fallo, reduciéndolo solo a la libertad de elegir de los padres (Causa rol 1343 CA Temuco).

17 Senado. Moción presentada el 9 de agosto de 2011. Boletín 7.851-04

18 Mensaje N° 194-359 con el que inicia un proyecto de Reforma constitucional sobre calidad y financiamiento de la educación, 28 de septiembre de 2011, Boletín 7961-04.
Senado. Moción presentada el 16 de agosto de 2011. Boletín 7867-04.

19 La Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza contempla un mecanismo de medición de la calidad de la educación (Ley N° 18.956 de 1990, art. 19), que dio origen al Sistema de Medición de la Calidad de la Educación, SIMCE. Así también, la ley que reestructura el Ministerio de Educación indica en su art. 1 que este Ministerio deberá propender a asegurar la calidad y equidad del sistema educativo nacional (Ley N° 18.962 de 1990); en la Ley Jornada Escolar Completa se indica que su función es mejorar la educación, pudiendo excusarse de esta extensión solo los establecimientos que tengan y mantengan calidad (Ley N° 19.532 de 1997, art. 1°); Ley del Sistema de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior (Ley N° 20.129 de 2006) y la que crea el Sistema Nacional de Aseguramiento de la Calidad de la Educación parvularia y escolar (Ley N° 20.529 de 2011) fueron generadas para propender a asegurar la calidad del sistema educativo; Ley de Subvención Escolar Preferencial señala que su finalidad es mejorar la calidad de la educación de los estudiantes vulnerables (Ley N° 20.248 de 2008, art. 1°); Ley General de Educación pone la calidad como principio (Ley N° 20.370 de 2009, art. 3°); la Ley de Calidad y Equidad de la Educación (Ley N° 20.501 de 2011) regula plantas docentes y directivas de educación municipal.

educacionales²⁰, incluyen referencias a la calidad de la educación. Sin embargo, la noción de calidad contenida en estas normas no incluye todas las dimensiones que establece el marco internacional, y sus resguardos tienen una inclusión dispar en el conjunto de normas que regulan el sector y en los distintos niveles educacionales. Además centran sus orientaciones en procurar mejoras progresivas al sistema educacional, de manera que las futuras generaciones puedan acceder a una educación de calidad; sin embargo, no se contemplan medidas reparatorias para las generaciones de estudiantes que han cursado procesos educativos de mala calidad y que, por lo mismo, han visto disminuidas sus oportunidades de aprendizaje, lo que limita la exigibilidad de este derecho y su garantía en atención a las obligaciones de reparación y restitución que implica todo derecho humano.

La Ley General de Educación (en adelante LGE o Ley N° 20.370) declara que la educación es un derecho frente al cual el Estado tiene el deber de proveer educación de calidad en sus establecimientos y asegurar las condiciones para que ello también ocurra en el sector privado²¹. Del mismo modo, establece que toda la regulación de este cuerpo legal tiene “el objetivo de tener un sistema educativo caracterizado por la equidad y calidad de su servicio”²². Continúa señalando que este sistema se “construye sobre la base de los derechos garantizados en la Constitución, así como en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes y, en especial, del derecho a la educación y la libertad de enseñanza”²³, y se inspira, entre otros principios, en el de calidad de la educación, estableciendo que “[l]a educación debe propender a asegurar que todos los alumnos y alumnas, independientemente de sus condiciones y circunstancias, alcancen los objetivos generales y los estándares de aprendizaje que se definan en la forma que establezca la ley”²⁴. Este principio es reafirmado y complementado con el de equidad, entendiendo que

“[e]l sistema propenderá a asegurar que todos los estudiantes tengan las mismas oportunidades de recibir una educación de calidad, con especial atención en aquellas personas o grupos que requieran apoyo especial”²⁵.

Esta definición de calidad de la educación aspira a una igualdad de resultados, en la medida en que insta al Estado a “velar por la igualdad de oportunidades y la inclusión educativa, promoviendo especialmente que se reduzcan las desigualdades derivadas de circunstancias económicas, sociales, étnicas, de género o territoriales, entre otras” (art. 4 inciso 10). Los resultados a los que se alude están expresados en los objetivos generales definidos en esta misma Ley, en los art. 28 al 30, para la educación parvularia y escolar. Estos objetivos constituyen requisitos mínimos de la educación y dan marco al ejercicio de la libertad de enseñanza, incluyendo de manera directa e indirecta varios de los contenidos y propósitos del derecho a educación señalados en los instrumentos internacionales.

En el caso de la educación superior no se han establecido objetivos generales –tampoco considerado en la LOCE y que no fue modificada en la LGE²⁶– ni se ha incluido en los proyectos de ley sobre la calidad de educación superior que se discuten en el Parlamento. En este sentido, la normativa rectora de la educación²⁷ da bases para la construcción de un sistema orientado al resguardo y aseguramiento de la calidad en el nivel parvulario y escolar, que es más débil en la educación superior, sin perjuicio de las normas sobre acreditación vigentes en la materia.

Similares disparidades a las detectadas a nivel constitucional se presentan en las normas que rigen los sistemas de aseguramiento de la calidad de la educación, ya que la educación parvularia y superior presentan un menor desarrollo y tienen una menor capacidad de protección, entre otras cosas, por la falta de precisión de sus indicadores. En el caso de la educación escolar, el sistema de aseguramiento de calidad tiene un mayor desarrollo, pero los instrumentos operativos

20 Como referencia pueden analizarse los Programas de Mejoramiento de educación básica, media y superior (Mineduc, 1994), de los cuales siguen en desarrollo los Mecsup a través de convenios de desempeño; el programa P-900 y su actual versión en el Plan de Apoyo Compartido, y el de Liceos de Excelencia, entre otras iniciativas ministeriales.

21 Ley N° 20.370. Ley General de Educación. Arts. 4 y 6

22 *Ibidem*, art. 1°

23 *Ibidem*, art. 3

24 *Ibidem*, letra b)

25 *Ibidem*, letra c)

26 Hay que recordar que la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza no fue derogada en su totalidad tras la promulgación de la Ley General de Educación, manteniéndose vigente en todo lo que refiere a funcionamiento de la educación superior. El Decreto con Fuerza de Ley N° 2 de 2010 refunde ambos textos vigentes.

27 *Ibidem*.

que contempla consideran fundamentalmente la noción de calidad a aspectos cognitivos.

SISTEMA DE ASEGURAMIENTO DE LA CALIDAD EN LA EDUCACIÓN PARVULARIA, BÁSICA Y MEDIA

En la Ley N° 20.529 que crea el Sistema Nacional de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Parvularia, Básica y Media se reitera el deber del Estado de propender a asegurar la calidad de la educación, y se establece un conjunto de elementos que conformarán este sistema que abarca tanto la fijación de criterios para medir y resguardar la calidad de la educación como el establecimiento de la institucionalidad base que velará por su cumplimiento (Superintendencia de Educación, Agencia de Calidad, y los roles que en dicho proceso cumplen el Mineduc y el Consejo Nacional de Educación –CNED–)²⁸.

Para poder evaluar el cumplimiento de la calidad de la educación, la ley contempla dos elementos base: los estándares y “otros indicadores de la calidad”. Los primeros tienen una ponderación efectiva del 73,6% y los “otros indicadores” un 26,4% de la evaluación de los establecimientos (Agencia de Calidad, 2013). Estos instrumentos evaluativos deben ser propuestos por el Mineduc y aprobados por el CNED y, a partir de ellos, operará un sistema de “ordenación”²⁹ de los establecimientos educacionales que servirá de base para activar las políticas de apoyo docente y otras que se requieran definir los grados de autonomía de la gestión de recursos que tendrán dichos establecimientos, e informar a las familias para orientar su elección de centro educativo donde matricular a sus hijos e hijas. Sin embargo, tanto estos estándares y “otros indicadores” responden solo parcialmente al aseguramiento de calidad de la educación, como se explica a continuación.

La finalidad de los estándares es poder medir el grado de cumplimiento de los objetivos específicos que la LGE define

para cada uno de los niveles educacionales. Estos objetivos consideran y reafirman los propósitos de la educación entendida desde una perspectiva de derechos humanos, incluyendo tanto conocimientos específicos como el desarrollo de habilidades y actitudes que promueven el reconocimiento y respeto de derechos humanos. En 2013, el Mineduc –con la aprobación del CNED– estableció los estándares de calidad para la educación básica³⁰, en tanto que los que regirán para los otros dos niveles (parvularia y media) están en proceso de definición. El INDH ha manifestado su preocupación por los estándares de la educación básica acordados, los que se circunscriben a dimensiones instrumentales y cognitivas y excluyen las dimensiones valórico-actitudinales³¹ establecidas como requisitos mínimos en la propia LGE, como son: la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, el desarrollo de capacidades de empatía, el asumir compromisos, la valoración de la participación en la vida democrática o la adquisición de hábitos de cuidado del medioambiente.

Los “otros indicadores de la calidad” que contempla la Ley N° 20.529, complementarios a los estándares, recogen aspectos referidos a la gestión y a la convivencia escolar, y algunos elementos de autopercepción de los y las estudiantes. En ellos se incorpora parcialmente una medición de percepciones sobre respeto y promoción de derechos humanos en espacios escolares, en lo referido al clima de convivencia, participación y formación ciudadana. Sin embargo, estas inclusiones no compensan la omisión de

28 Ley N° 20.529. Sistema nacional de aseguramiento de la calidad de la educación parvularia, básica y media y su fiscalización. Publicada el 27 de agosto de 2011.

29 Ley N° 20.529 del Sistema Nacional de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Parvularia, Básica y Media y su Fiscalización, párrafo 3°. Publicada el 27 de agosto de 2011.

30 CNED. Acuerdo N° 84/2012 del 19 de noviembre de 2012 Aprueba la propuesta de Estándares de Aprendizaje para 4° y 8° básico correspondiente a las asignaturas de Lenguaje y Comunicación: Lectura, Matemáticas y Ciencias Naturales, presentada por el Ministerio de Educación.

CNED Acuerdo N° 013/2013 del 23 de enero de 2013. Aprueba la propuesta de Estándares de Aprendizaje para 4° y 8° básico correspondiente a la asignatura de Historia, Geografía y Ciencias Sociales, presentada por el Ministerio de Educación.

31 Se ha consultado al Mineduc sobre la integración de los Objetivos de aprendizaje transversal en las pruebas Simce, pero a la fecha de redacción del presente informe no se cuenta con la información. INDH Oficio Ord N° 52 del 1 de marzo de 2013, reiterado por medio del Ord N° 115 del 23 de abril de 2013. Tras la reiteración, el Mineduc respondió que derivó la consulta a la Agencia de Calidad. Mineduc Ord. N° 329 del 7 de octubre de 2013. INDH Oficio Ord. N° 249 del 31 de julio de 2013, reiterado por medio de los oficios Ord N° 349 del 27 de agosto y Ord N° 441, del 3 de octubre de 2013.

estos elementos en los estándares³². Por otra parte, la definición de algunos de estos indicadores, sin atención a la diversidad de contextos escolares, puede generar efectos negativos en el ejercicio de todos y todas a su derecho a educación de calidad. Así, la población estudiantil que requiere de mayor esfuerzo para cursar procesos formativos —las personas con enfermedades, discapacidad o en marginalidad social— se vuelven una desventaja para los establecimientos que les acogen, dado que su menor asistencia a clases, su mayor riesgo de deserción (indicador de retención) y sus tasas de egreso y titulación logradas en mayor tiempo que el promedio de los/as estudiantes, afectarían negativamente la ponderación de los “otros indicadores de calidad” del establecimiento, efecto que no se produciría en los establecimientos que seleccionan y excluyen a estudiantes con este perfil de vulnerabilidad. Así, la integración de estos/as estudiantes implicaría una baja en el puntaje de ordenamiento que puede incluso afectar hasta en un 10% del global de la evaluación, sin considerar que posiblemente también su inclusión puede representar menores logros de estándares, dadas sus mayores dificultades para desarrollar procesos continuos de aprendizaje. Al INDH le preocupa que en la definición de estos indicadores y estándares no se haya considerado la participación de las comunidades educativas y que el proceso de su elaboración no contemplara instancias abiertas de discusión sobre estos indicadores. Algunos sectores han cuestionado este procedimiento³³ y sus consecuencias en la estigmatización de los espacios escolares y en la ultrasegmentación del sistema

escolar, dado que este ordenamiento viene a reafirmar los efectos negativos del uso de *rankings* de los resultados Simce (Opech, s/f; Waissbluth, 2013; FSP, 2013).

Por otra parte, el sistema no cuenta con las herramientas apropiadas para asegurar la calidad de la educación, ya que los indicadores no son claros en medir el logro de los propósitos de la educación ni tienen la capacidad para orientar acciones que restituyan el ejercicio o goce del derecho a una educación de calidad. Sobre este último punto, cabe mencionar que el Estado ha desarrollado una política³⁴ orientada al mejoramiento de la calidad de la educación que reciben los y las estudiantes más vulnerables, condicionando la entrega de recursos adicionales a la aplicación de planes específicos de refuerzo de aprendizajes instrumentales y de mejoramiento de climas escolares. Sin embargo, el ingreso voluntario a este sistema ha replicado en alguna medida la segmentación, dado que varios de los establecimientos educacionales subvencionados con financiamiento compartido no se han sumado (Elacqua, Mosqueira, Santos, 2009), y las mejoras identificadas en resultados, siendo significativas en términos estadísticos, no marcan cambios cualitativos a nivel de aprendizaje (Valenzuela, Villarroel y Villalobos, 2011; Irrarrázaval et. al. 2012).

El INDH reconoce los avances que implica la declaración de objetivos y el establecimiento de la calidad entendida como principio orientador que debe conducir a asegurar que “todos los alumnos y alumnas, independientemente de sus condiciones y circunstancias, alcancen los objetivos generales y los estándares de aprendizaje que se definan en la forma que establezca la ley”; sin embargo, expresa su preocupación por la forma en que esto se plasma en las dimensiones operativas y programáticas, en las que los resguardos a los propósitos de la educación, al respeto y la promoción de los derechos humanos en los espacios escolares, son dispares y no gozan de la misma protección.

Así también, preocupa el modelo que orienta el aseguramiento de la calidad que ha puesto el acento en el sistema educacional, por lo que las políticas y acciones remediales que considera están en función de mejoras que favorecerán a las nuevas generaciones de estudiantes, pero que desatienden a

32 Los indicadores trabajan nociones restrictivas de participación, sin evaluar los espacios de representación propios, además de no integrar a todos los miembros de la comunidad escolar reconocida en la LGE; trabaja a nivel de percepciones y no es claro cómo quedan reflejadas las disposiciones de los y las estudiantes frente a la resolución de conflictos, la construcción y legitimidad de las normas, la discriminación, etc.

33 La discusión pública sobre los efectos del ordenamiento y el uso del Simce como principal elemento dio origen a una serie de columnas de prensa, seminarios y debates, que ponían en cuestión todo el sistema. De hecho, la Agencia de Calidad intentó revertir esta visión con un inserto de prensa en el que explicaba el sentido del ordenamiento (*El Mercurio*, 22 de septiembre de 2013). A menos de una semana de dicha publicación, más de 150 académicos y expertos en temas educacionales, encabezados por el premio Nacional de Educación 2013, Beatrice Avalos, hicieron pública la Carta abierta por un nuevo sistema de evaluación educacional, en que manifiestan su preocupación y su disenso técnico con el uso de mediciones Simce para la evaluación del sistema educacional escolar chileno contraviniendo los argumentos dados por la Agencia de Calidad.

34 Ley N° 20.248, que establece la Subvención Escolar Preferencial.

las personas que ya han visto vulnerado su derecho a una educación de calidad en el nivel escolar. Se requiere una adecuada articulación y diseño de programas directos que busquen reponer aprendizajes a quienes han cursado procesos formativos deficientes en cualquiera de los ámbitos definidos en el sistema de aseguramiento (aprendizajes, climas escolares, recursos pedagógicos), mediante nuevas oportunidades de aprendizaje o algún mecanismo que permita a esos niños, niñas y adolescentes ejercer su derecho a aprendizaje, a hacerlo en un contexto respetuoso de sus derechos y que sea reafirmativo de sí mismo/a como sujeto de derecho, por medio de una educación en derechos humanos.

SISTEMA DE ASEGURAMIENTO DE LA CALIDAD EN LA EDUCACIÓN SUPERIOR

La calidad de la educación superior presenta mayores dificultades, pese a que el Sistema de Aseguramiento de la Calidad establecido cuenta con instituciones abocadas a ello desde hace ocho años. Esta debilidad normativa (que tiene su origen en la naturaleza de las universidades y en el deficiente procedimiento de certificación profesional) responde a que la LOCE establece un objetivo amplio para el nivel de educación superior, establecido en torno a “la preparación y formación del estudiante en un nivel avanzado en las ciencias, las artes, las humanidades y las tecnologías, y en el campo profesional y técnico”³⁵, indicación que no fue precisada en la LGE, pese a que en las reglas generales establece elementos que esta educación también debiese resguardar. Así, en los requisitos mínimos no se establecen objetivos generales, como sí se hace tanto para el resto de los niveles educacionales obligatorios como los no obligatorios. Reconociendo el deber del Estado de resguardar la libertad de enseñanza y la autonomía de las instituciones de educación superior, no es posible avalar la mala calidad de la educación y se deben generar los mecanismos que efectivamente permitan resguardar el derecho a educación de calidad en la Educación Superior:

La Ley N° 20.129 que establece un Sistema Nacional de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior, no incluye dichos parámetros al crear un sistema de acreditación que tiene por objeto certificar la calidad de las carreras y los programas, así como verificar y promover la calidad de las Universidades, Institutos Profesionales y Centros de Formación Técnica autónomos³⁶. El análisis de las funciones y atribuciones que tienen estos diseños institucionales fue desarrollado por el INDH en el Informe Anual 2012, por lo que solo cabe señalar aquí que el sistema ha resultado débil para garantizar la calidad de la educación superior, dada la escasa claridad sobre los indicadores que permiten observar la adecuada formación en la disciplina o campo profesional específico así como la ausencia de estándares o criterios que aseguren el cumplimiento de los propósitos de la educación como derecho humano, al que todo nivel educacional debe contribuir, según los estándares internacionales de los tratados ratificados por Chile, y siendo consistente con el respeto a la libertad de enseñanza y la libertad académica. De esta forma, la acreditación solo evalúa la consistencia de la propuesta formativa que formulan las instituciones, con los avances en su implementación; la que puede no estar orientándose a la “capacitación de todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre”, “fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales”, ni a “favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos”. Tampoco permite hacer observación y, por tanto, garantizar los estándares de igualdad entre hombres y mujeres que la CEDAW plantea, y que señalan que debe asegurarse en la “enseñanza profesional y técnica superior, así como en todos los tipos de capacitación profesional”. La falta de claridad de estos estándares y objetivos para la educación superior se ha fundamentado en la autonomía de las casas de estudio³⁷.

35 Decreto con Fuerza de Ley 2 de 2010 que fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 20.370 con las normas no derogadas del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2005, art. 21.

36 Ministerio de Educación, Establece un Sistema Nacional de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior. Ley N° 20.129, publicada el 17 de noviembre de 2006. Arts. 3 y 6.

37 Ver, entre otros, Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley N° 20.129 Establece un Sistema Nacional de aseguramiento de la calidad de la Educación Superior; Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que crea La Agencia Nacional de Acreditación y establece un nuevo sistema de acreditación. Boletín 8774-04; CRUCH (2009) El Consejo de Rectores ante los desafíos de las universidades chilenas en el bicentenario. Chile; Aedo, A. (2009) Desafíos y perspectivas de la dirección estratégica de las instituciones universitarias. Ediciones CNA-Chile: Santiago.

De esta forma, el INDH estima que esta falta de claridad representa un vacío respecto de las obligaciones del Estado en materia del derecho a Educación tras la ratificación de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, el PIDESC y la CEDAW, así como también el incumplimiento de los compromisos que voluntariamente el Estado ha asumido al integrarse al Plan Mundial de Educación en Derechos Humanos.

Además, el sistema de aseguramiento de calidad de educación vigente se estructura bajo un esquema general que no contribuye al principio de igualdad que debe orientar la calidad de la educación, tanto a nivel de los procesos de enseñanza como de los resultados. Así, los mecanismos no solo permiten ofertas legítimamente diferentes, sino que pueden avalar propuestas de mala calidad, lo que queda reflejado en acreditaciones en una gradiente que va de 1 a 7 años de duración, dependiendo de la fortaleza, consistencia y capacidad institucional, y reafirman un carácter voluntario de la acreditación de todas las instituciones y carreras, con excepción de las pedagogías y medicina. Esto impacta a toda la educación superior; siendo “la principal debilidad del Sistema de Aseguramiento de la Calidad es que se encuentra fraccionada entre distintas entidades, con diversos marcos normativos y niveles de exigencia variados, lo que permite la coexistencia de instituciones de educación superior de niveles de calidad heterogéneos, en especial en el caso de los IP y CFT” (Mineduc 2012) y preocupa aún más cuando cabe la posibilidad, de acuerdo con lo anunciado por el gobierno, de que estos establecimientos accedan a financiamiento estatal, sin la necesidad de cumplir el requisito de acreditación (Melo, F., 24 de julio de 2013).

Los cuestionamientos a la Comisión Nacional de Acreditación detonados por el procesamiento por cohecho de su expresidente, motivaron dos propuestas de rediseño institucional por parte del Poder Ejecutivo: una para establecer una Superintendencia de Educación Superior y otra para crear una Agencia Nacional de Acreditación que sustituya a la actual CNA.

La Superintendencia solo supervisaría temas administrativos, de financiamiento y de información, estableciendo como único parámetro el “respeto cabal de los términos, condiciones y modalidades conforme a las cuales hubiere

ofrecido o convenido con el estudiante la prestación de los servicios correspondientes”³⁸. En ese contexto, dado que no se han fijado exigencias mínimas sobre la explicitación de las condiciones y modalidades que deben tener los contratos de prestación de servicios educacionales, no es posible supervisar un piso mínimo de calidad. Tanto es así, que incluso actualmente los contratos pueden contener cláusulas abusivas por parte de las instituciones educacionales, las que pueden desembocar en ofertas de mala calidad o que no se orientan lo suficiente hacia las finalidades que deben considerarse como base de la formación de nivel superior. Es por ello que se discute en el Parlamento un proyecto de ley que ayude a regular estos contratos³⁹.

En el proyecto de ley sobre la Agencia Nacional de Acreditación, se avanza en reconocer “el cumplimiento de estándares de calidad académica” y se incluye como criterio de acreditación la obligación de contar con mecanismos internos y políticas remediales en caso de que el nivel de docencia y aprendizaje no sea satisfactorio⁴⁰.

ASEGURAMIENTO A LA CALIDAD DOCENTE

Chile carece de un mecanismo de evaluación docente que le permita observar el conjunto del sistema educacional, dado que este se reduce solo al sector municipal⁴¹. Esta evaluación viene a reemplazar la que ya existía en el Estatuto de la Profesión Docente de 1991, dado que si bien “en su artículo 18º, incorporó el principio de la evaluación profesional; pero en el artículo 70º, para los docentes del sector municipal, prescribió el mecanismo de las llamadas calificaciones propias de los funcionarios públicos. (...) Estas últimas no daban cuenta de las peculiaridades y complejidades del trabajo docente en

38 Mensaje 277-359 con que inicia un proyecto de ley que crea la Superintendencia de Educación Superior, boletín 8041-04, 11 de noviembre de 2011, art. 3 y 12.

39 Al respecto considérese que existe una moción originada en la Cámara de Diputados para regular estas materias. Limita cláusulas abusivas en los contratos educacionales. Boletín 3668-03, del 14 de septiembre del 2004.

40 Mensaje 498-360 con que inicia un proyecto de ley que crea la Agencia Nacional de Acreditación y establece un nuevo sistema de acreditación, 9 de enero de 2013, boletín 8774-04. Art. 29 y 32 e.

41 Ley N° 19.961 sobre Evaluación Docente. Publicada el 14 de agosto de 2004. Reglamento sobre evaluación docente, art. 8. Promulgado el 30 de agosto de 2004.

la nueva fase de énfasis en la calidad de los aprendizajes y de valoración del profesionalismo de los educadores". Este cambio en el sistema de evaluación docente permitió recoger y dotar de soporte legal al acuerdo del marco de la Buena Enseñanza, y orientar la función de fiscalización del Mineduc hacia la profesionalización docente⁴². Este avance y precisión no se hizo extensivo al sector particular subvencionado, donde no existe un sistema equivalente de evaluación ni es aplicable el Estatuto Docente, por lo que hay mayor flexibilidad laboral para enfrentar temas de calidad. Cabe constatar que el sector particular subvencionado concentra el mayor porcentaje de la matrícula escolar y que el desempeño de estos establecimientos es similar al municipal, e incluso el porcentaje de establecimientos reconocidos con la subvención de excelencia es menor que la que presentan los municipales (Mineduc, SNED 2013)⁴³. A ello hay que agregar que se ha creado un sistema de incentivos que privilegia los años de servicio por sobre las competencias de los y las docentes, lo que no favorece su desarrollo profesional ni la renovación de la planta docente.

Desde fines del año 2012 se discute en el Parlamento un proyecto de ley⁴⁴ que busca reforzar la calidad docente mediante mecanismos de selección previa a la formación inicial, de evaluación a su egreso de dicha formación (prueba inicia) y para los docentes en ejercicio, con el reconocimiento de carrera docente. Sin embargo, este proyecto no incluye en este sistema de evaluación a todo el profesorado en ejercicio, manteniéndolo restringido al ámbito municipal y establece restricciones al ejercicio docente solo para

quienes participan de establecimientos de esta dependencia administrativa. A su vez, trabaja sobre una noción poco clara de la calidad educativa; permite la permanencia de docentes calificados en los dos niveles inferiores por 8 años, en el caso del nivel "inicial", e indefinidamente, en el caso del nivel "preparado" y fija un porcentaje máximo de docentes que pueden ser calificados en la categoría más alta, de acuerdo con la evaluación de desempeño de los sostenedores.

APROXIMACIÓN A RESULTADOS DE CALIDAD DE LA EDUCACIÓN DESDE UN ENFOQUE DE DERECHOS HUMANOS

El sistema internacional de protección de derechos humanos reconoce los avances en materia de acceso a la educación y los esfuerzos del Estado chileno por tomar medidas que permitan a niños, niñas y adolescentes "desempeñar el papel que les corresponde en una sociedad productiva y democrática"⁴⁵. Aun así, distintos órganos de tratados han manifestado su preocupación "por la calidad dispar de la educación que se imparte en las escuelas públicas y privadas"⁴⁶, así como por la menor calidad de la educación a la que acceden grupos vulnerados como migrantes y refugiados, pueblos indígenas y la población rural, o quienes viven en situación de pobreza. En ese contexto han recomendado concentrar esfuerzos en estos grupos y en la educación pública en general⁴⁷.

42 Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley N° 19.961 Sobre Evaluación Docente. Publicada el 14 de agosto de 2004, págs. 4 y 91.

43 Del total de establecimientos beneficiados con la Subvención por Desempeño de Excelencia del Sistema de desempeño de los establecimientos educacionales subvencionados 2012-2013, un 50,4% son establecimientos municipales, un 48,6% son establecimientos particulares subvencionados y un 1,1% son liceos a cargo de corporaciones con administración delegada". Esta diferencia en la evaluación frente a similares resultados de aprendizaje logrados en ambos tipos de establecimientos ha sido analizada también por el II Consejo Ordinario Anual de Decanos de las Facultades de Educación (Confauce), perteneciente al Consejo de Rectores de Universidades Chilenas (CRUCH), quienes consideran necesario hacer extensiva la evaluación docente hacia el sector particular subvencionado y ha vuelto a ser tema de discusión pública en el presente año tras la propuesta hecha en esta materia por el Movimiento Educación2020.

44 Mensaje 456-359 con el que inicia un proyecto de ley que establece el sistema de promoción y desarrollo profesional docente del sector municipal. Boletín 8189-04, 7 de marzo de 2012.

45 Comité DN. Examen de los informes presentados por los Estados Parte con arreglo al artículo 44 de la Convención. Observaciones finales CHILE. Presentado el 23 de abril de 2007, CRC/C/CHL/CO/3, párr. 61.

46 Comité DESC. Examen de los informes presentados por los Estados Parte de conformidad con los artículos 16 y 17 del pacto. Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Presentado el 1 de diciembre de 2004, E/C.12/1/Add.105, párr. 28 y 58. CHILE. Presentado el 23 de abril de 2007, CRC/C/CHL/CO/3, párr. 61 y 62.

47 Comité DN. Examen de los informes presentados por los Estados Parte con arreglo al artículo 44 de la convención. Observaciones finales CHILE. Presentado el 23 de abril de 2007, CRC/C/CHL/CO/3, párr. 61 y 62. Consejo de Derechos Humanos. Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal Chile. Presentado el 4 de junio de 2009, A/HRC/12/10, párr. 96.55.

Frente a estos elementos se analizan algunos datos generales de la calidad de la educación, en cada nivel educativo, haciendo referencia a situaciones críticas evidenciadas el año 2013 y que requieren ser abordadas.

CONDICIONES DE SEGURIDAD Y GESTIÓN EDUCATIVA EN LA EDUCACIÓN PARVULARIA NACIONAL

La educación temprana y oportuna ha sido identificada como factor clave en la construcción de igualdad de oportunidades de desarrollo (OCDE, 2001; 2009; 2011; Rutter 2006 citado en Fundación para la Superación de la Pobreza, 2013). Así también lo ha reconocido la Ministra de Educación Carolina Schmidt en el marco de la promoción y expansión de la obligatoriedad de la educación parvularia (Mineduc, 2013). Sin embargo, no cualquier tipo de educación parvularia genera estos efectos. De hecho, existen estudios que muestran que una experiencia de mala calidad puede ser perjudicial para el desarrollo de niños y niñas (Bedregal, 2006; NICHHD 2005, citado en Rolla y Rivadeneira, 2006, p.4; Bernal y Keane, 2008; Mineduc, julio 2013). Es en este contexto que son preocupantes los resultados de la fiscalización desarrollada por la Junji en el 2012: casi un tercio de los establecimientos particulares fiscalizados no cumple con las normas mínimas en torno a gestión educativa; más del 40% de los establecimientos privados no tiene un adecuado resguardo de los derechos de los niños, niñas y sus familias, y un porcentaje similar presenta deficiencias en infraestructura; a diferencia de los porcentajes que presentan los jardines Junji, que cifran estos incumplimientos en un 20,1% en gestión educativa; 3,4% en resguardo de derechos y 21,9%, en materia de infraestructura (Junji, 2013).

En abril de 2013, el Ministerio de Educación presentó un proyecto de ley para modificar esta realidad⁴⁸ elevando las condiciones mínimas exigibles para otorgar permisos de funcionamiento y dándole atribuciones a la Superintendencia de Educación para sancionar e incluso clausurar establecimientos que no cuenten con reconocimiento oficial ni con autorización de funcionamiento, así como a estableci-

mientos que habiendo obtenido estas autorizaciones o reconocimiento oficial, no mantengan el cumplimiento de los requisitos mínimos. Preocupa, en todo caso, que ese proyecto no aborde un mejoramiento en la relación educadores y asistentes por niño/a, cuestión que fue modificada en el 2010⁴⁹ y que ha generado problemas para mejorar los procesos pedagógicos y de cuidado que se brinda en dichos espacios, en particular en el rango 2 a 3 años de edad, cuando aumenta el número de niños/as por educador/a y asistente, afectando en forma negativa los aspectos señalados.

RESULTADOS EDUCATIVOS Y EN CLIMAS DE APRENDIZAJE EN LA EDUCACIÓN ESCOLAR

Los resultados de rendimiento escolar han mostrado de manera consistente una fuerte correlación con el nivel de ingreso, dependencia administrativa (establecimiento municipal, particular subvencionado y particular sin subvención), ruralidad y pertenencia étnica (Agencia de Calidad de la Educación, septiembre 2013). Además, se constata que las brechas de rendimiento tienen un efecto incremental, siendo mayor en los cursos superiores (8° y II medio) que en los iniciales (2° y 4° básico) (Fundación para la Superación de la Pobreza, 2009, pp. 44-45).

De esta forma, los datos de las mediciones Simce 2011 de 8° muestran fuertes desigualdades en el logro de aprendizajes instrumentales (lenguaje y matemáticas) entre la población escolar en función del grupo socioeconómico. El porcentaje de estudiantes vulnerables que no logra los aprendizajes del nivel alcanza el 50,4% en lenguaje y el 82,5% en matemáticas, porcentaje que es menor al 10% en lenguaje o al 20% en matemáticas, entre estudiantes provenientes de familias de mayores ingresos. En el clivaje urbano-rural, esta brecha es de 6,7 puntos porcentuales en lenguaje y 13,7 en matemáticas, en desmedro de quienes viven en localidades rurales⁵⁰.

⁴⁸ Mensaje 031-361, que inicia un proyecto de ley que crea la autorización de funcionamiento de jardines infantiles, 1 de abril, 2013, Boletín 8859-04, arts. 3, 7 y 9.

⁴⁹ El Decreto aumentó de 25 a 32 los niños o niñas de 2 a 3 años (nivel medio menor) bajo cuidado de una un/a técnico de educación de párvulos. Ministerio de Educación. Modifica Decreto N° 315, de 2010, que reglamenta requisitos de adquisición, mantención y pérdida del reconocimiento oficial del Estado a los establecimientos educacionales de educación parvularia, básica y media. Decreto 115 publicado el 18 de mayo de 2012.

⁵⁰ Base de datos de resultados Simce 2011 para 4° y 8° básico y Simce 2013 para 2° básico. (Agencia de Calidad, 2013)

El SIMCE no incluye mediciones de varios de los propósitos establecidos en la LGE, que se refieren a una educación de calidad desde la perspectiva de derechos humanos, ni tampoco otros establecidos en los tratados internacionales que no han sido considerados en la misma Ley. Aun así, los cuestionarios complementarios a la aplicación de las pruebas Simce, permiten aproximarse parcialmente a estos aspectos. Los resultados de estos cuestionarios evidencian diferencias en la calidad de la educación entre establecimientos por niveles socioeconómicos⁵¹. El porcentaje de estudiantes de 8° básico que reportan agresiones frecuentes en sus establecimientos es tres veces mayor entre quienes estudian en escuelas de familias con bajos niveles de ingreso que en las de mayor nivel de ingreso. Lo mismo se evidencia en torno al trato de docentes hacia estudiantes. Estas percepciones son consistentes con las declaraciones de los padres y madres de ambos grupos respecto de la seguridad en la escuela, donde el 59,5% la considera buena o muy buena en el grupo socioeconómico bajo, cifra que aumenta al 82,9% en el grupo de mayores ingresos.

Las denuncias sobre agresiones a estudiantes, entre septiembre de 2012 y agosto de 2013, suman más de 4.600 casos, a los que hay que agregar otros 335 de agresiones sexuales y 828 casos de discriminación (Superintendencia de Educación, 2013). Por otra parte, a nivel de fiscalizaciones, la Superintendencia informa que uno de los hallazgos más recurrentes es la carencia de un plan de gestión para la convivencia escolar (Superintendencia de Educación, 2013a). No se ha podido precisar la distribución de denuncias por tipo de dependencia administrativa u otra variable de interés, ni hacer mayor precisión sobre el tipo de agresiones o de discriminaciones denunciadas, dado que no se han respondido al INDH los oficios de solicitud de información enviados a la Superintendencia de Educación Escolar⁵². Desde otra perspectiva, el aprendizaje para desenvolverse en una cultura respetuosa de los derechos humanos y de la paz aparece también con bajos niveles de logro. Un estudio de la Corporación Opción

(CEN, 2011) desarrollado en la Región Metropolitana indica que ante situaciones de agresión o de violencia en espacios escolares, un tercio de los testigos se siente indiferente y un 23% interviene siempre o frecuentemente.

En una evaluación más global, la IX Encuesta Actores del Sistema Educativo (Cide, 2012) muestra baja valoración de la calidad de la educación chilena, dado que la consideran buena o muy buena el 19,3% de los directivos, el 16,1% de los docentes, el 20% de los padres y solo el 14,7% de los/as estudiantes, y es aún menor el porcentaje de cada tipo de actor educativo que valora positivamente su equidad.

EL CIERRE DE LA UNIVERSIDAD DEL MAR: CASO PARADIGMÁTICO DE LA CRISIS INSTITUCIONAL Y DESPROTECCIÓN ESTUDIANTIL

En el 2010 la CNA avaló la calidad de la docencia de pregrado y la capacidad institucional de la Universidad del Mar. Con el otorgamiento de la acreditación, los estudiantes que se integraron a esta casa de estudio pudieron acceder a los programas estatales de apoyo al financiamiento de aranceles. Las denuncias generadas a inicios del 2012 y las dificultades que han tenido los estudiantes con posterioridad a la decisión del cierre de esta Universidad, revelan que el Estado certificó procesos que eran de deficiente calidad.

En mayo de 2012, el recientemente asumido rector de la Universidad del Mar, Sr. Raúl Urrutia, renunció a su cargo denunciando que la prioridad de la entidad administradora de la casa de estudio era pagar a sus empresas asociadas (inmobiliarias) antes que los sueldos e imposiciones de sus académicos. De esta manera se abrió un espacio de cuestionamiento, fiscalización y auditoría que culminó con el inicio de un proceso judicial por acceso ilegal a la acreditación y, por tanto, a recursos estatales para su financiamiento, además de incumplimiento grave de sus compromisos de funcionamiento académico. A ello se sumó la constatación de que autoridades académicas carecían de la formación adecuada e incluso ejercían con títulos falsos, arista que sigue en estudio por parte del Ministerio Público⁵³.

51 Se utiliza este instrumento dado el carácter censal de su aplicación. Base de datos Simce 8° básico 2011. Cuestionario de Estudiantes, y Cuestionario Padres y Apoderados.

52 INDH. Oficio a Superintendencia de Educación Ord. N° 228 de 12 de julio de 2013, reiterado en Ord. N° 305 del 8 de agosto de 2013. Oficio a Mineduc Ord. N° 249 del 31 de julio de 2013, reiterados en Ord. N° 349 del 27 de agosto de 2013 y en Ord. N° 441 del 3 de octubre de 2013.

53 RUC 1210022328-5, Fiscalía de Maipú.

Los estudiantes desarrollaron diversas acciones, desde paralizaciones hasta recursos judiciales buscando protección frente a la potencial estafa⁵⁴ que se deriva de la acreditación de la Universidad, y por las cláusulas abusivas en los contratos suscritos con la casa de estudio⁵⁵. Frente a la evidencia de las auditorías realizadas por el Mineduc y las constantes denuncias públicas de los propios estudiantes, pero también de académicos y autoridades de la Comisión Nacional de Acreditación, el Ministerio de Educación solicitó al Consejo Nacional de Educación el cierre de la Universidad del Mar, por incumplimiento grave de sus estatutos⁵⁶. El Sistema Nacional de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior contempla para estos casos la generación de un plan de cierre, donde el Ministerio de Educación debe administrar dicho proceso, velando por la continuidad de estudios de los estudiantes y su titulación⁵⁷.

En ese contexto, el Mineduc generó acuerdos con diversas casas de estudio para que los y las estudiantes pudieran continuar sus estudios en ellas y generó un sistema de becas especiales para facilitar dicho proceso. Sin embargo, la aplicación de las medidas descritas ha resultado insuficiente hasta el momento, como lo muestran los siguientes datos.

La Universidad del Mar contaba con 16.907 estudiantes matriculados/as en el 2012, distribuidos en las diversas sedes de la Universidad, en 11 regiones del país (Sies, 2013). El proceso de cierre considera como posibilidades terminar los programas académicos en la misma casa de estudio o ser reubicados en otras instituciones de educación superior. Unos 4.365 estudiantes optaron por la primera opción y se matricularon en la Universidad del Mar, en tanto que de los restantes 12.542 estudiantes, 4.427 lograron reubicarse.

El grupo de estudiantes que optó por permanecer en la Universidad ha tenido un proceso irregular que se manifiesta en el adeudamiento de sueldos al cuerpo académico, el retraso en el inicio de los semestres y el anuncio de un posible cierre anticipado del plantel por parte de las autoridades

ministeriales y de la propia universidad. A los problemas de financiamiento que arrastra la universidad se suma la retención de los recursos provenientes del Crédito con Aval del Estado (CAE) correspondientes a los 1.023 estudiantes que contaban con este beneficio en el 2012, debido a la pérdida de la acreditación y a la escasa probabilidad de que la entidad pueda responder por los créditos entregados⁵⁸.

El grupo que logró la reubicación se ha visto afectado por la lentitud del proceso y ha sufrido un impacto económico, debido al alargamiento de las carreras. Los y las estudiantes denunciaron que el proceso de reubicación se ha realizado sin la celeridad necesaria y que han contado con poco apoyo de parte del Ministerio de Educación. De hecho, la reubicación continuaba en proceso de generación de acuerdos en el segundo semestre de 2013, con acuerdos con la Universidad de Talca —que favorecería a los y las estudiantes de la sede San Fernando— y con la Universidad Cardenal Raúl Silva Henríquez, que permitiría reinsertar a estudiantes del área de salud de la sede Maipú (Mineduc, septiembre 2013a; noviembre 2013). Aun con estos avances, el proceso de reinsertación ha significado la pérdida de al menos un semestre para todos quienes accedieron a esta modalidad, y para un 30% de ellos/as, más de un año por falta de reconocimiento de estudios respecto de la situación curricular sostenida en la Universidad del Mar, generando un impacto económico que no logra ser compensado con la beca de nivelación generada por el Mineduc (Mineduc, 2013a).

En forma paralela, se han iniciado procesos de cobro de préstamos realizados por la Universidad del Mar a sus estudiantes, quienes han recurrido a tribunales con un recurso de protección, el que fue admitido a trámite el 14 de octubre de 2013⁵⁹ y donde se despachó una orden de no innovar respecto del ingreso a DICOM de los/as estudiantes deudores.

54 RUC 1210018687-8 RIT 5809-2012, 9° Juzgado de Garantía de Santiago.

55 2° Juzgado Civil de Viña del Mar. Causa Rol C-4802-2012 del 23 de octubre de 2013

56 Consejo Nacional de Educación. Acuerdo 106, del 26 de diciembre de 2012

57 Decreto con Fuerza de Ley 2 de 2010, Ministerio de Educación, art. 87.

58 Comisión Especial Investigadora encargada de revisar a fondo el sistema de la educación superior chilena. Actas de 361ª legislatura sesión 5ª, celebrada el miércoles 15 de mayo de 2013, págs. 6 y 7.

59 Recurso fue presentado el 23 de julio de 2013 a la Corte de Apelaciones de Santiago y tribunal que se declaró incompetente (Resolución del 24 de julio de 2013, N° Protección-74241-2013), transfiriendo el caso a la Corte de Apelaciones de Valparaíso, la que rechazó dicha declaración (Resolución. N° Protección-4518-2013), solicitando la resolución de la contienda de competencia a la Corte Suprema. El máximo tribunal fijó la competencia en la Corte de Apelaciones de Valparaíso el 2 de septiembre de 2013 (Oficio N° 9447-2013/cvt).

Por otra parte, aún se desconoce la situación de más de ocho mil estudiantes. Sobre esta situación, el INDH solicitó información en cuatro oportunidades al Mineduc⁶⁰ para conocer de los mecanismos de reubicación, de protección financiera y apoyos para quienes cursaban estudios en localidades donde no existe oferta equivalente, sin tener respuesta a la fecha de elaboración de este informe.

Lo ocurrido a los estudiantes de la Universidad del Mar puede extenderse a otras casas de estudios a las que también se investiga por acceso fraudulento a la acreditación⁶¹, o a aquellos planteles que accediendo legalmente a ella, obtuvieron acreditación por uno o dos años⁶². Así, si se observa la información que el actual sistema de educación superior pone a disposición de los y las postulantes para tomar su decisión sobre dónde estudiar (Sies o mifuturo.cl y la provista por el DEMRE para la postulación), no informa sobre la acreditación de las instituciones ni de las carreras. Tampoco esos datos están en “ingresa.cl” que es el sitio dedicado a informar y apoyar el sistema de crédito para la educación superior. La información de la acreditación solo está disponible en la página web de la CNA Chile, sitio que no se encuentra actualizado⁶³ y que tiene como público objetivo las propias instituciones de educación superior y las agencias acreditadoras, más que al estudiantado universitario, por lo que el problema de la desigual calidad de los servicios queda invisibilizado, llevando a los y las estudiantes a tener que optar en consideración de otros factores, y con insuficiente información en sus manos.

60 INDH. Oficios Ord. N° 444 del 26 de noviembre de 2012; N° 474 del 27 de diciembre de 2012; N° 115 del 13 de abril de 2013 y N° 441 del 3 de octubre de 2013.

61 Véase nota 1.

62 Según cifras entregadas por la CNA, en el año 2013 se rechazó la reacreditación del 17% de las instituciones de educación superior que desarrollaron este proceso. El Mercurio, jueves 7 de noviembre de 2013, C6.

63 En una búsqueda selectiva se indagó cómo se reportaban casos de instituciones a las que se les rechazó la reacreditación, como el de la Universidad de las Américas y la Universidad Internacional SEK a mediados de octubre. Consultado el 18 de noviembre de 2013, el sitio sigue indicando acreditación hasta diciembre de 2014 para estas instituciones, a menos de 15 días de la rendición de la PSU de este año y a 45 días de las postulaciones.

BIBLIOGRAFÍA

- Agencia de la Calidad de la Educación (2013) Resumen metodología de Ordenación, enviada al Consejo nacional de Educación (CNED) para su evaluación. Recuperado el 27 de septiembre de 2013, de <http://www.agenciaeducacion.cl/resumen-metodologia-de-ordenacion/>
- Agencia Calidad de la Educación (2013) Gini al Simce: Una aplicación del Índice de Gini a los puntajes de las pruebas. Apuntes sobre la calidad de la Educación Año I, N°). Santiago: Autor.
- Bedregal, P. (2006). Eficacia y efectividad en la atención de niños entre 0 y 4 años. Serie en foco, 79. Expansiva, Chile.
- Bernal, R. y Keane, M. (2008). Child Care Choices and Children's Cognitive Achievement: The Case of Single Mothers, Mimeo.
- CEN, Violencia escolar: El fenómeno del bullying. Encuesta metropolitana. Centro de Estudios de la Niñez, Santiago: Corporación Opción
- CIDE (2013) IX Encuesta Actores del sistema Educativo. Santiago: Centro de Investigación y Desarrollo de la Educación-Universidad Alberto Hurtado.
- Elacqua, G., Mosqueira, U. y H. Santos (2009) La toma de decisiones de un sostenedor: Análisis a partir de la Ley SEP. *En Foco-Educación*. Santiago: Expansiva-UDP.
- Educacion2020 (2013). Opinión de Educación 2020 sobre la Evaluación Docente 2012. <http://www.educacion2020.cl/noticia/opinion-de-educacion-2020-sobre-la-evaluacion-docente-2012>
- Fundación para la Superación de la Pobreza (2009) Umbrales Sociales para Chile. Santiago: Autor.
- Fundación para la Superación de la Pobreza (2013) Umbrales Sociales 2013. Resumen Ejecutivo. Santiago: FSP. Disponible en: http://issuu.com/superarpobreza/docs/umbrales_ejecutivo_final
- Irrarrázaval, I.; Paredes, R.; Murray, M.; Gutiérrez, G.; Bogolasky, F. y C. Contreras (2012) Evaluación de los primeros años de Implementación del Programa de Subvención Escolar Preferencial, de la Subsecretaría de Educación. Santiago: Centro de Estudios Públicos, Universidad Católica de Chile. Recuperado el 10 de octubre de 2013, de www.dipres.gob.cl/594/articles-88067_doc_2pdf.pdf

- Junji (2013) Ránking JUNJI de fiscalizaciones. Base de datos descargada del sitio web institucional, el 1 de octubre de 2013 http://www.junji.gob.cl/portal/index.php?option=com_k2&view=item&id=5197
- Melo, F. (24 de julio de 2013) Ministerio de Educación estudia otorgar financiamiento a CFT e IP sin acreditación. La Tercera, Educación. Recuperado el 16 de octubre de 2013 de <http://www.latercera.com/noticia/educacion/2013/07/657-534412-9-ministerio-de-educacion-estudia-otorgar-financiamiento-a-cft-e-ip-sin.shtml>
- Mineduc (1994) Programa MECE: orientaciones básicas, objetivos y componentes. Santiago: Ministerio de Educación.
- Mineduc (2011) Educación Técnica Profesional en Chile. Antecedentes y claves de diagnóstico. Santiago: Centro de Estudios, División de Planificación y Presupuesto, Mineduc. Disponible en: <http://www.mineduc.cl/usuarios/mineduc/doc/201204241130130.DiagnOsticoEducaciOnTPCentrodeEstudiosMINEDUC.pdf>
- Mineduc (2013) Campaña para incentivar la matrícula de prekinder y kínder. Noticias Mineduc. Recuperado el 1 de octubre de 2013, de http://www.mineduc.cl/contenido_int.php?id_contenido=25000&id_portal=1&id_seccion=4657.
- Mineduc (2013, Julio) Impacto de asistir a educación parvularia. Serie Evidencias Año 2, N° 19. Centro de Estudios Mineduc. Disponible en: centroestudios.mineduc.cl/tp_enlaces/.../A2N19_Impacto_Kinder.pdf
- Mineduc (26 de septiembre de 2013) Ministra Schmidt entrega en Talca nueva sede para estudiantes de la U. del Mar: Recuperado el 3 de octubre de 2013, de http://www.mineduc.cl/contenido_int.php?id_contenido=26046&id_portal=1&id_seccion=10
- Mineduc (2013a) Orientaciones para alumnos Universidad del Mar. Beneficios para alumnos UDM. Recuperado el 3 de octubre de 2013, de http://www.mineduc.cl/index1_int.php?id_portal=84&id_seccion=4452&id_contenido=24957
- Mineduc (12 de noviembre de 2013) Ministra Schmidt presenta convenio que asegura continuidad de estudios de los estudiantes de la Universidad del Mar sede Maipú. Recuperado el 15 de noviembre de 2013, de http://www.mineduc.cl/contenido_int.php?id_contenido=26840&id_portal=1&id_seccion=10
- Mineduc-SNED (2013) Sistema Nacional de Evaluación del Desempeño de los Establecimientos Educacionales Subvencionados y de los regidos por el decreto Ley N° 3166. 2012-2013. Hacia la Excelencia Académica. Recuperado el 21 de noviembre de 2013, de www.mineduc.cl/usuarios/sned/doc/201301151640160.SNED2013.pdf
- OCDE (2001) *Starting Strong: Early Childhood Education and Care*. Francia: OECD Publishing.
- OCDE (2009) *Doing Better for Children*. Francia: OECD Publishing.
- OCDE (2011) *Starting Strong III: A Quality Toolbox for Early Childhood Education and Care*. Francia: OECD Publishing.
- Rolla, A. y M. Rivadeneira (2006) ¿Por qué es importante y cómo es una educación preescolar de calidad? En foco 76. Santiago: Expansiva. Disponible en www.expansiva.cl/media/en_foco/documentos/19062006104123.pdf
- Superintendencia de Educación (2013) Informe de denuncias. Superintendencia de Educación Escolar. Total nacional septiembre 2012 – agosto 2013. Disponible en: http://www.supereduc.cl/usuarios/superintendencia/File/Informes%20de%20Denuncias%202013/Agosto%202013/Total_Nacional_Agosto2013.pdf
- Superintendencia de Educación (2013a) Informe de fiscalización. Periodo I de enero al 30 de junio de 2013. Disponible en: http://www.supereduc.cl/usuarios/superintendencia/File/2013/Fiscalizaciones_enero_junio2013.pdf
- UCE-Mineduc (2013) Otros Indicadores de la Calidad Educativa. Santiago: Unidad de Currículum y Evaluación, Ministerio de Educación.
- Unesco (2007) Educación de Calidad para Todos: un asunto de Derechos Humanos. Santiago: OREALC/UNESCO Santiago.
- Valenzuela, Villarroel y Villalobos (2011). SEP: Algunos resultados preliminares en su implementación. Presentación en Seminario "Subvención escolar preferencial: ¿cuánto hemos avanzado?". 26 de julio de 2012. Centro de Políticas Pública UC. Disponible en: http://politicaspUBLICAS.uc.cl/seminarios/ver_seminario/16
- Waissbluth, M. (2013) Cambio de Rumbo. Santiago: Debate.

