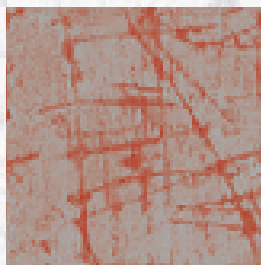
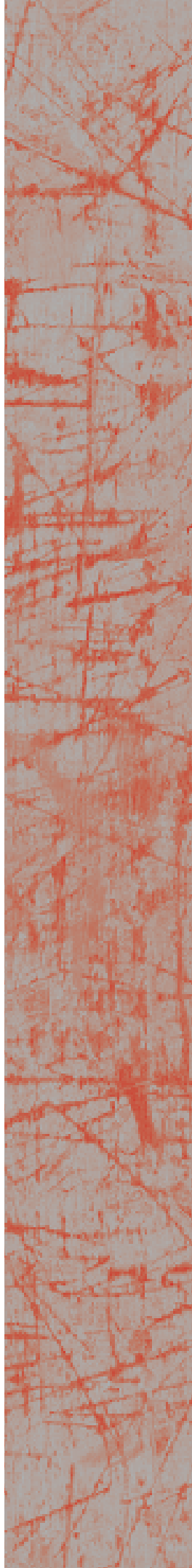


Desafíos para la profundización democrática

1

1. Constitución y derechos humanos
 2. Institucionalidad democrática y derechos humanos
 3. Catástrofes naturales, emergencias y derechos humanos
- 



CONSTITUCIÓN Y DERECHOS HUMANOS



Fotografía: Enrique Cerdá



CONSTITUCIÓN Y DERECHOS HUMANOS

ANTECEDENTES

Actualmente, el modelo constitucional en Chile está en debate y la legitimidad de la Constitución Política de la República de 1980 (CPR o “la Constitución”, indistintamente) está puesta en cuestión por diversos sectores de la sociedad. Y es que la Constitución debe ser un reflejo de los acuerdos mínimos dentro de una sociedad democrática. Es en este texto fundamental donde se debe expresar el consenso esencial que proporciona las bases para la cohesión del cuerpo social y en el que también se manifiestan los principios que estructuran la identidad colectiva. El cuestionamiento a su legitimidad no se da solo en términos de la legitimidad de su origen, sino que también está relacionado con sus contenidos fundamentales, en particular sobre la concepción y forma de organización del Estado, en el tipo de democracia que establece y el rol y derechos de la ciudadanía en ella contemplados. Como consecuencia, la Constitución política vigente no constituiría un acuerdo social reflejo del momento histórico actual¹. Desde una perspectiva de derechos humanos este debate no es indiferente al INDH.

Para el INDH “la Constitución es el reflejo o cristalización de un momento histórico determinado y, por tanto, depositaria de los valores imperantes que estima esenciales y fundamentales para el desarrollo de un determinado modelo de convivencia” (Instituto Nacional de Derechos Humanos,

2010, pág. 31). Consecuencia de lo anterior es que “la Constitución Política de la República es la norma más importante de nuestro ordenamiento jurídico. Establece los principios políticos, culturales, sociales y económicos esenciales que determinan la organización del Estado y las atribuciones y competencias de sus órganos. Asimismo, consagra los límites al ejercicio del poder público y el reconocimiento de derechos, individuales y colectivos, que tienen todas las personas que se encuentren bajo la potestad del Estado” (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2010, pág. 25). Qué tipo de Estado se quiere, cuál es su organización política y jurídica, cuáles son las funciones de los distintos poderes, cómo se garantiza la separación de funciones, qué derechos se reconocen en el catálogo de derechos, qué mecanismos constitucionales existen para exigir el cumplimiento al Estado de esos derechos, qué mecanismo de reforma constitucional se contempla, cuáles son las bases que definen la igualdad entre hombres y mujeres, o si se exigen distintos tipos de quórum para su modificación dependiendo de la materia, son todas preguntas pertinentes en este debate acerca de la “cuestión constitucional”².

¹ En Chile se percibe una valoración por la democracia como forma de gobierno, pero un rechazo a su funcionamiento. Según la Segunda Encuesta Nacional de Derechos Humanos del INDH, el 69% opina que es preferible la democracia a cualquier otra forma de gobierno, pero el 59% opina que esta funciona “regular” y un 24% opina que “mal y muy mal” (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2013). Por su parte, el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo concluyó que “la valoración de la democracia y su preferencia frente a otras alternativas de gobierno no implica necesariamente que la ciudadanía no pueda tener una postura crítica ante su funcionamiento. Así, en Chile el aumento de la valoración de la democracia es paralelo a un descontento respecto de la forma como se desarrolla la práctica democrática” (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2014, pág. 55).

² Cuestión constitucional en el sentido del debate propio de toda sociedad acerca de la necesidad o no de un nuevo texto constitucional o de plantear reformas parciales al texto constitucional vigente. En el ámbito académico se han expresado distintas posturas. Jaraquemada y Mery han planteado que “en la constitución de 1980 podemos apreciar que, con independencia del contexto político de aprobación, la carta ha sido reconocida invariablemente por todos como la norma jurídica constitucional válida. Por otra parte, las sucesivas reformas han logrado adaptar el texto a las necesidades políticas” (Jaraquemada & Mery, 2013, pág. 45). Con una opinión distinta, Jorge Correa Sutil plantea que “el país no se reconoce en la Constitución de 1980”, pero “aun cuando existen buenas razones para entender que la Constitución del 80 está lejos de ser adecuada para enmarcar nuestro sistema democrático, podría no haber llegado la hora de escribir una nueva, sino de instalar un debate en que triunfe la idea de ‘deconstruir’ las formas excesivamente ideológicas de la que nos rige y de abrir más y no menos espacio al juego político” (Correa, 2013, pág. 29 y 27). Finalmente, para Fernando Muñoz, “si Chile es una república democrática, ello significa que el pueblo detenta el poder constituyente. Por definición, tal poder no acepta como límites las decisiones constitucionales tomadas en el pasado, sea quien sea que las haya tomado. En consecuencia, la voluntad mayoritaria del pueblo basta hoy para activar el ejercicio del poder constituyente originario” (Muñoz, 2013, pág. 60).

El debate existente en torno a la necesidad y oportunidad para reformar la Constitución se cristalizó durante la campaña presidencial de 2013. Así, de las nueve candidaturas que se postularon para la Presidencia de la República, ocho de ellas contemplaban modificaciones constitucionales profundas o, derechamente, una nueva Constitución. En el caso del programa de gobierno de Michelle Bachelet se planteaba la creación de una nueva Constitución, y el Gobierno ha anunciado que en el 2015 ingresaría al Congreso Nacional un proyecto con tal objeto (La Tercera, 2014).

En cuanto a la percepción pública sobre este tema, el 2012, la encuesta realizada dentro del Latin American Public Opinion Project (LAPOP), mostró que un 19,9% estaba muy de acuerdo con la necesidad de una reforma constitucional, mientras que un 50,2% estaba de acuerdo (Latin American Public Opinion Project, 2012). En la misma encuesta, ante la pregunta de quién debe llevar a cabo dicha reforma, el 89,6% de las personas encuestadas opinó que la ciudadanía debía decidir votando a favor o en contra del proyecto, mientras que un 10,4% fue de la opinión que el Congreso Nacional debía decidir. Por su parte, la encuesta correspondiente a septiembre-octubre de 2013 del Centro de Estudios Públicos mostró que un 45% estaba de acuerdo con la realización de una Asamblea Constituyente (Centro de Estudios Públicos, 2013). La misma encuesta, pero correspondiente a julio de 2014, ante la pregunta de respuesta abierta sobre cuáles eran los tres problemas a los que debería dedicar el mayor esfuerzo el Gobierno, el 2% respondió que a la reforma constitucional. Por su parte, en diciembre de 2013, la Universidad de Santiago publicó el Estudio de Valores Sociales, según el cual el 74% de las personas encuestadas se manifestó a favor de una nueva Constitución, mientras que un 12% opinó a favor de mantener la actual. Asimismo, en cuanto al mecanismo de modificación, el 57% de las personas encuestadas opinó que la nueva Constitución debía ser encargada por el Congreso Nacional a una Asamblea Constituyente y aprobada por plebiscito, mientras que un 23% opinó que debía ser elaborada por Asamblea Constituyente convocada por organizaciones sociales, mientras que un 7% opinó que debía ser elaborada y aprobada por el Congreso Nacional (Universidad de Santiago de Chile, 2013, pág. 32 y 33). Del mismo modo, la encuesta de junio de 2014 de

Adimark arrojó que, del total de personas encuestadas, el 73% está de acuerdo con una nueva Constitución, lo que implica un aumento del 2% respecto de mayo de 2014, donde el porcentaje fue del 71% (Adimark, 2014, pág. 39). Tal como lo planteó el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) en su reciente Auditoría a la Democracia, “la ciudadanía presenta una postura favorable hacia una serie de reformas políticas propuestas como solución a algunos de los déficits de la democracia chilena, como primarias para seleccionar candidatos a cargos de elección popular, la introducción de cuotas electorales de género, la reforma al sistema electoral binominal, e incluso una reforma constitucional llevada a cabo por votación directa de la ciudadanía” (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2014, pág. 53).

Un reflejo de los cuestionamientos de la ciudadanía en este ámbito fue la campaña desarrollada durante el 2013 por sectores sociales y políticos a objeto de promover la opción de una Asamblea Constituyente como alternativa democrática y participativa para la elaboración de una nueva Constitución política para Chile. La campaña, que llamó a marcar AC en los votos de las elecciones presidenciales, se transformó en un hecho político, toda vez que, según información de la misma organización, “una red de observadores ciudadanos logró estar presente en el 60% de los locales de votación registrando marcas AC en aproximadamente un 10% de los votos” (Marca tu Voto, 2014).

Este debate es relevante desde el punto de vista de los derechos humanos, en la medida en que es el texto constitucional el que define el tipo de reconocimiento que un Estado ofrece a los derechos fundamentales, y fija la forma en que se va a organizar para darles adecuada protección. Según la Segunda Encuesta Nacional de Derechos Humanos (ENDH) realizada por el INDH en 2013, la percepción de la ciudadanía sobre el rol del Estado en garantizar los derechos humanos es muy importante. De las personas encuestadas, el 78% cree que es principalmente el Estado el responsable de garantizar el derecho a la educación, un 79% cree que es el Estado el principal responsable de garantizar el derecho a la salud, un 66% opina lo mismo en cuanto al derecho a vivienda, mientras que un 53% en cuanto al derecho al trabajo. Asimismo, 86% está de acuerdo con que los

derechos humanos son fundamentales en la vida cotidiana y un 69% cree muy importante que la Constitución reconozca a los pueblos indígenas (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2013).

El presente apartado tiene por objeto exponer, desde una perspectiva de derechos humanos, qué aspectos debieran ser considerados en un proceso de reforma constitucional, sea este más o menos profundo, y cuáles son las razones para ello. El texto comienza revisando la discusión acerca del minimalismo o maximalismo constitucional, y las posiciones en torno a qué tipo de constitución garantiza de mejor forma los derechos humanos. Luego, continúa analizando la jerarquía de los tratados internacionales de derechos humanos en el derecho interno, principalmente en relación con los problemas normativos existentes y cuál ha sido la interpretación judicial en la materia. Posteriormente, se revisan los ámbitos en los que el INDH —como también los órganos de tratados internacionales— ha planteado la necesidad de reformas constitucionales, esto es, en materia de derechos económicos, sociales y culturales, igualdad y no discriminación, reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas y derecho a la participación social y política. Finalmente, se da cuenta de los diversos mecanismos para llevar a cabo una reforma constitucional, los que son analizados desde una perspectiva de derechos humanos, como asimismo de los requisitos básicos que cualquier mecanismo de modificación constitucional debiese cumplir.

MINIMALISMO Y MAXIMALISMO CONSTITUCIONAL

Las constituciones cumplen propósitos variados. Uno de ellos consiste en limitar el poder estatal, y para ello se reconocen los derechos individuales, como prerrogativas que las personas tienen para controlar al Estado, de forma que los espacios de libertad no les sean ilegítimamente afectados. Otro propósito consiste en sentar las bases del Estado social de derecho, que reconozca niveles de vida digna para todas las personas en igualdad y sin discriminación, para ello se da reconocimiento a los derechos económicos, sociales y culturales. Pero junto con esto, los derechos fundamentales también permiten que las constituciones cumplan otras fun-

ciones, entre ellas, la de dotar de un cierto relato jurídico y político al grupo de personas que se organizan en un mismo Estado, lo que es también un elemento importante a la hora de analizar lo que puede o debe incorporarse como contenido sustantivo de un texto constitucional.

En esta perspectiva, en Chile se ha abierto un debate sobre el carácter maximalista o minimalista de la Constitución, vale decir, si el contenido de la Constitución debiera abordar muchas materias (estructura de poder, atribuciones de los órganos públicos y un detallado catálogo de derechos fundamentales) o, más bien, una estructura y procedimientos para la toma de decisiones y un catálogo restringido de derechos, limitado a los llamados derechos civiles y políticos, pero no a los derechos económicos, sociales y culturales³. Los defensores del minimalismo constitucional señalan que no es conveniente que una nueva Constitución contenga cláusulas sobre derechos sociales porque entregar su regulación a los jueces atenta contra los principios de la democracia representativa. Según esta mirada, serían los órganos políticos, y especialmente el Congreso Nacional, el que debe determinar el sentido y alcance de las cláusulas sobre derechos sociales. Con todo, el minimalismo no se opone a un determinado contenido de la Constitución, sino más bien responde a una determinada metodología de regulación constitucional: es posible acordar principios fundamentales sobre derechos económicos y sociales, y a la vez, dejar al legislador democrático la responsabilidad de materializar en leyes su regulación específica.

La discusión sobre el minimalismo se emparenta con la distinción entre constituciones de principio y constituciones de detalle. En algunos países, las constituciones son largas y regulan aspectos orgánicos y de derechos con alto grado de especificidad. Se caracterizan por su maximalismo, en el sentido

3 Ver, por ejemplo, José Francisco García, *Minimalismo constitucional*, LaTercera.com, 21 de octubre de 2013. Según García, “la Constitución debe establecer las reglas y procedimientos básicos, y el núcleo esencial de los derechos civiles y políticos, y el resto quede entregado al legislador democrático, especialmente cuando hablamos de legislación social [...]”. Ver, del mismo autor, *Minimalismo e incrementalismo constitucional*, Revista Chilena de Derecho Vol. 41 N° 1, pp. 267-302, 2014. En un sentido similar, Jorge Correa Sutil ha señalado que “una Constitución sobreabundante es una mala Constitución, pues cada palabra que se incorpora a ella es un límite al poder de las mayorías. El exceso, como el que tiene la que nos rige, no logra una democracia vigorosa”. Jorge Correa Sutil, *Nueva Constitución*, *El Mercurio*, 28 de diciembre 2013.

de querer dejar poco espacio al legislador y resolver todos o buena parte de los asuntos sociales en clave constitucional. Como observan algunos, en materia de derechos fundamentales, es el caso de la propia Constitución chilena⁴. Las constituciones de principio, en cambio, se limitan a enunciar los valores fundamentales sobre los cuales debe descansar la vida en común, dejando al legislador democrático el desarrollo de detalle de dichos principios o valores fundamentales.

LA JERARQUÍA DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN CHILE

Otro ámbito de debate constitucional es la relación entre el derecho nacional y las obligaciones jurídicas que se contraen a partir de la ratificación y vigencia en Chile de los tratados internacionales. Tanto en nuestro país como en otros de América Latina se ha discutido acerca de la posición jerárquica que tendrían los derechos consagrados en tratados internacionales en el ordenamiento jurídico doméstico y los países que han modificado sus constituciones en esta materia lo han resuelto de formas diversas.

En el caso de Chile hay interpretaciones divergentes al respecto, y es necesario distinguir entre la norma constitucional y las decisiones judiciales que se han pronunciado sobre la materia⁵. El artículo 5, inciso segundo de la CPR, establece que “el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta

Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. De este modo, si los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana consagrados en tratados internacionales tienen la capacidad de limitar lo que las autoridades hacen del mismo modo que los derechos constitucionales, su rango debiera ser también constitucional. Desde el Derecho Internacional, importa considerar que los Estados, en virtud de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, no pueden invocar el derecho interno para no cumplir con las obligaciones internacionales emanadas de los tratados internacionales ratificados⁶. Así, cualquier jerarquía menor a la constitucional, implicaría abrir una ventana jurídica para que el Estado modifique sus obligaciones internacionales mediante la vía legal interna. En armonía con este argumento, el artículo 54 N° 1 de la CPR, en su inciso quinto, señala que “las disposiciones de un tratado solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales del derecho internacional”.

Sobre el inciso segundo del artículo 5 de la CPR el INDH ha planteado que “los derechos y principios contenidos en la propia Constitución Política y los tratados de derechos humanos establecen, por una parte, el deber del Estado de respetar, garantizar y promover los derechos fundamentales, y por otra, una limitación expresa al ejercicio de la soberanía nacional” (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2010, pág. 25). Asimismo, “cuando se afirma que la Constitución es la norma suprema, se está señalando que para los derechos y garantías en ella contenidos, incluidos los establecidos en los tratados internacionales de derechos humanos vigentes, rige este principio, y por tanto el Estado no puede crear legislación que los afecte” (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2010, pág. 27)⁷.

4 Para Jorge Correa Sutil, “la Carta Fundamental del 80, hija del miedo a la democracia, escribió mucho más de lo necesario acerca de la educación y de muchas otras cosas para que no las resolvieran las mayorías”. Ver, Jorge Correa Sutil, Miedos a la democracia, *El Mercurio*, 20 de agosto de 2011. Lo mismo ocurre con otros derechos, como el de propiedad, en que la Constitución despliega una regulación de gran detalle, la que se explica, en parte, como reacción al proceso de reforma agraria llevado a cabo a partir del gobierno del presidente Eduardo Frei Montalva (1964-1970).

5 En 1989 se adoptaron cincuenta y cuatro reformas a la CPR, recayendo una de ellas sobre el artículo 5, inciso segundo que establecía originalmente que “el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”. Se agregó que “es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

6 Ver artículo 27 de la Convención que establece que una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

7 La posición que el Estado de Chile planteó internacionalmente en 1998, cuando le correspondió someter a consideración del Comité de Derechos Humanos su cuarto informe periódico de cumplimiento, fue que “esta reforma [la de 1989] ha provocado polémica, aunque casi de manera uniforme se considera que, con el fin de fortalecer la jerarquía normativa de los tratados internacionales que los consagran,

Con todo, y a pesar de lo que señala la Constitución, se han generado diversas soluciones jurisprudenciales que impiden señalar de manera categórica cuál es, para el Estado de Chile, el estatus de los derechos humanos contenidos en tratados internacionales cuando son invocados a nivel doméstico.

a. Casos resueltos por el Tribunal Constitucional

Dentro del Tribunal Constitucional (TC) no hay uniformidad en la manera como se entiende la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos. Por una parte, el TC ha emitido jurisprudencia que limita el valor jerárquico de los derechos contenidos en tratados internacionales sobre derechos humanos. Por ejemplo, en 2002, al revisar el Estatuto de la Corte Penal Internacional (o “Estatuto de Roma”), concluyó que los tratados internacionales sobre derechos humanos no tienen una “jerarquía igual o superior a la ley fundamental”⁸, agregando que “analizadas las normas constitucionales pertinentes con un criterio armónico, sistemático y coherente, no es posible sostener que un tratado que verse sobre derechos humanos esenciales que emanan de la naturaleza humana enmiende la Constitución en lo que sea contraria a ella o tenga igual jerarquía”⁹. No obstante, siete años después, ese mismo Tribunal dictó sentencia utilizando primordialmente el derecho internacio-

nal de los derechos humanos, reconociendo el “derecho a la identidad personal”. En la ocasión el Tribunal señaló que “debe reconocerse, en efecto, que los diversos instrumentos internacionales, ratificados por Chile y vigentes, que cita el juez requirente en apoyo de su argumentación, consagran el derecho a la identidad personal generando, por ende, la obligación de los órganos del Estado de respetarlos y promoverlos, en los términos aludidos en el inciso segundo del artículo 5° de la Carta Fundamental”, agregando en el mismo considerando que “asimismo, aun cuando la Constitución chilena no reconozca, en su texto, el derecho a la identidad, ello no puede constituir un obstáculo para que el juez constitucional le brinde adecuada protección, precisamente por su estrecha vinculación con la dignidad humana y porque se encuentra protegido expresamente en diversos tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes en nuestro país”¹⁰⁻¹¹.

También se ha pronunciado acerca de la jerarquía de los tratados internacionales¹² a propósito del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la OIT. En dicha oportunidad señaló que de “la sola lectura de las normas contenidas en los artículos 5°, inciso segundo, 32, N° 17°, y 54, N° 1, de la Constitución chilena, que se refieren a los tratados internacionales, es suficiente para concluir que nuestro texto fundamental no contiene una mención explícita al rango normativo de los tratados internacionales, ni siquiera cuando estos versan sobre derechos esenciales que emanan de

otorgándoles rango constitucional y estableciendo una diferencia sustancial entre éstos y tratados internacionales relativos a otras materias. A consecuencia de lo cual debe entenderse que los derechos, deberes y garantías fundamentales que forman parte de los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes en el país aumentan y complementan el catálogo de derechos consagrados en el artículo 19 de la Constitución política de la República y tienen su misma jerarquía constitucional”. Comité de Derechos Humanos, Cuarto Informe Periódico de Chile sobre la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, CCPR/C/95/Add.11, 3 de diciembre de 1998, párr. 16. La postura del rango constitucional de los tratados internacionales ha sido reiterada por el Estado de Chile en sus informes a los órganos de tratados (ver Comité Contra la Tortura, CAT/C/20/Add.3, 1993, párr. 9; Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/3/Add.18, 1994, párr. 6; y Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/65/Add.13, 2002, párr. 10, entre otros). No obstante, en otras presentaciones de la misma naturaleza el Estado ha mostrado una postura distinta (ver Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, CERD/C/CHL/15-18, 2006, párr. 113).

8 Tribunal Constitucional, Rol N° 346-02, 8 de abril de 2002, considerando 62. De modo similar, en 2013, el mismo Tribunal reafirmó esta doctrina que subordina los derechos humanos contenidos en tratados internacionales a la Constitución. Ver sentencias Roles acumulados Nos 2387-12 y 2388-12, sobre el proyecto de Ley de Pesca.

9 Tribunal Constitucional, Rol 346-02, 8 de abril de 2002, considerando 74.

10 Tribunal Constitucional, Rol 1340-09, 29 de septiembre de 2009, considerando 9.

11 También el 2009, respecto del derecho a la salud y a la seguridad social, el TC planteó los criterios de edad y sexo de la tabla de factores del artículo 38 ter de la Ley 18.933 (“Ley de Isapres”) era inconstitucional. Para el TC “el sistema institucional vigente en Chile se articula en torno de la dignidad que singulariza a todo sujeto de la especie humana, siendo menester poner de relieve que si la Carta Política asegura a todas las personas los derechos fundamentales, lo hace en el entendido que preexisten a ella; y que, en armonía con lo preceptuado en el artículo 5°, inciso segundo, los órganos públicos y los agentes privados, cada cual en ejercicio de la competencia y facultades que les han conferido, respectivamente, la Constitución y la ley, no solo están obligados a respetar esos derechos, sino que, además, a protegerlos y promoverlos”. Tribunal Constitucional, Rol N° 1218-08, 7 de julio de 2009, considerando 18.

12 Tribunal Constitucional, Roles acumulados 2387-12 y 2388-12, 23 de enero de 2013, a propósito de la Ley de Pesca. La acción fue presentada por un conjunto de senadores y senadoras alegando la inconstitucionalidad de ciertos artículos del proyecto de ley boletín 8091-21 (actualmente Ley 20.657) modificatorio de la Ley General de Pesca y Acuicultura (18.892).

la naturaleza humana”¹³, agregando que “de su contexto se infiere que los tratados internacionales tienen un rango inferior a la Constitución, porque están sometidos a control preventivo obligatorio de constitucionalidad cuando tratan materias de ley orgánica constitucional, conforme al artículo 93, inciso primero, N° 1°, de la Carta Fundamental, lo que no sería posible si su valor fuere igual o superior a la Constitución misma”¹⁴.

b. Casos resueltos en otras instancias judiciales

Existen sentencias en que los tribunales de justicia han utilizado en sus razonamientos argumentos provenientes de tratados internacionales¹⁵. Un hito en este ámbito es la influencia del derecho internacional de los derechos humanos para que el Decreto Ley de Amnistía dejara de aplicarse en causas de violaciones masivas, sistemáticas e institucionalizadas durante la dictadura. Inicialmente, el decreto ley de amnistía evitó la investigación, el procesamiento y la sanción de los responsables de las violaciones a los derechos humanos cometidas durante la dictadura, además de la investigación y sanción de los responsables de otros delitos derivados de la violencia política. No obstante, hacia fines de la década de los noventa, los tribunales modificaron su doctrina y, adoptando una tesis según la cual los casos de desapariciones forzadas eran equivalentes a delitos de secuestros y no de homicidios (toda vez que no había cuerpos), y que éstos

son de ejecución permanente cometidos durante un estado de guerra (por aplicación del Bando N° 5, dictado por la Junta), resultaban aplicables los Convenios de Ginebra de 1949¹⁶. Así, la aplicación de la amnistía quedó cuestionada y, en adelante —y de manera coincidente con la aparición de la doctrina de jurisdicción universal, expresada en el arresto de Augusto Pinochet en Londres—, los tribunales dejaron de aplicar este decreto ley, dando preeminencia a los tratados internacionales sobre derechos humanos¹⁷.

DESAFÍOS PENDIENTES DE LA CONSTITUCIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS

A continuación se analizan algunos de los temas en que el INDH, por medio de sus Informes Anuales, ha planteado la necesidad de modificaciones a la CPR¹⁸.

a. Derechos Económicos, sociales y culturales

Aunque en Chile “la pobreza relativa ha descendido a un ritmo mayor que en ningún otro país de la OCDE”, subsiste aún “la desigualdad de ingresos, que reduce la cohesión social [...]”¹⁹, cuestión que en los últimos años ha generado numerosos debates. Inicialmente, fueron las movilizaciones estudiantiles las que pusieron el acento en el problema del sistema educacional que segrega y discrimina a niños, niñas y adolescentes, pero luego otras esferas de la vida social han sido incluidas en los cuestionamientos sociales. El mercado

13 Tribunal Constitucional, Roles acumulados 2387-12 y 2388-12, 23 de enero de 2013, considerando duodécimo.

14 *Ibidem*.

15 Ver, al respecto, casos sobre pago de cotizaciones previsionales (Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 7.595-04, 30 de marzo de 2004), caso sobre prisión por deudas (Corte Suprema, Rol N° 1179-04, 6 de abril de 2004) o pago de alimentos en caso de Derecho de Familia (Corte Suprema Rol N° 608-10, 24 de junio de 2010). En materia de Ley 20.609 que establece medidas contra la discriminación, el 1° Juzgado Civil de Chillán estableció que una funcionaria del Servicio de Salud de Ñuble fue discriminada por su discapacidad visual por parte de este servicio público. En su razonamiento el tribunal señaló que “la denunciante padece de una discapacidad visual genética (retinitis pigmentosa) y, en su concepto, por ello, ha sido objeto de una discriminación arbitraria. Al respecto, nuestra legislación, ha ratificado la Convención sobre personas con discapacidad, normativa que en su artículo segundo indica, que por discriminación por motivos de discapacidad se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo”. Ver, 1° Juzgado Civil de Chillán, Rol C-1901-2014, 1 de agosto de 2014, considerando 10.

16 Corte Suprema, caso de Pedro Poblete Córdova, Rol 469-98, 9 de septiembre de 1998.

17 En algunos casos se llegó incluso a aplicar instrumentos internacionales que no habían sido ratificados por Chile y no se encontraban vigentes, pero que, estimaron los tribunales, reflejaban la conciencia universal sobre los derechos humanos y, por ello, debían tener preeminencia frente a la legislación doméstica. Ver Corte Suprema, caso de Hugo Vásquez Martínez y Mario Superby Jeldres, Rol 559-04, 13 de diciembre de 2006.

18 El criterio de clasificación de estos temas ha sido construido según la información y argumentos que el propio INDH ha venido entregando desde su instalación, en 2010, principalmente en sus Informes Anuales.

19 Chile es el país con la mayor desigualdad de ingresos entre los miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), donde “el 20% superior de la población gana 13 veces más que el 20% inferior”. Ver Estudios Económicos de la OCDE: Chile. Visión General, octubre de 2013, página 5.

laboral, el sistema de pensiones, la salud pública, el derecho a una vivienda digna o el derecho al agua son, junto con la educación, áreas en que se demandan atenciones urgentes dadas las desigualdades en el acceso y la calidad del servicio entre quienes tienen capacidad para pagar por esas prestaciones y quienes no.

Chile ha ratificado el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y, por ello, debe respetar y promover los derechos allí contemplados. A pesar de diversas modificaciones legales, varios derechos sociales —educación, salud, previsión social y trabajo— fueron regulados de manera especializada durante la vigencia inmediata de la Constitución de 1980, de tal forma que el modo como están configurados responde al modelo constitucional vigente²⁰. Como ha señalado el INDH en Informes Anuales anteriores, el actual diseño constitucional es débil en materia de derechos sociales, ya que, por una parte, no reconoce todos los derechos existentes y, por el otro, la protección judicial que contempla es limitada²¹.

Entre los derechos económicos, sociales y culturales no reconocidos en la CPR y que constan, por ejemplo, en el PIDESC, está el derecho a una vivienda adecuada. El INDH ha planteado que “el derecho a una vivienda adecuada, entendido como ‘el derecho de todo hombre, mujer, joven y niño a tener un hogar y una comunidad seguros en que puedan vivir en paz y dignidad’, no está reconocido explícitamente en la Constitución” (Instituto Nacional de Derechos Hum-

nos, 2012, pág. 253), recomendando “a los poderes del Estado reconocer, a nivel constitucional y legal, el derecho a una vivienda adecuada de acuerdo con los estándares internacionales en derechos humanos” (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2012, pág. 339). Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señaló que le preocupa que en Chile “algunos derechos económicos, sociales y culturales, como el derecho a la vivienda, no se consideren justiciables en el Estado Parte. A este respecto, el Comité observa la escasez de jurisprudencia en que los derechos enunciados en el Pacto [Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales] se han invocado ante los tribunales nacionales o en que estos les han dado cumplimiento directamente”²².

En relación con el derecho al agua, la Constitución hace una breve mención sobre esta dentro del estatuto constitucional del derecho de propiedad, sobre el derecho de aprovechamiento de aguas. El inciso final del artículo 19 N° 24 menciona que “los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos”. La CPR no establece un estándar mínimo que debe cumplir la ley, sino que refiere en definitiva al marco legal establecido en el Código de Aguas que establece un derecho de aprovechamiento sobre las mismas. El INDH planteó al respecto que “la Constitución Política de la República y el propio Código de Aguas de 1981 otorgan a los particulares el derecho de propiedad sobre el derecho de aprovechamiento de ellas, consagrando así un marco normativo que, a juicio de algunos autores, podría relativizar la condición pública de dicho bien” (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2013, pág. 210).

Por su parte, en materia de derechos sociales reconocidos en la CPR, en general, las observaciones planteadas por el INDH han sido en torno al acceso a la justicia y la ausencia de un mecanismo de exigibilidad de los mismos. En su primer Informe Anual, el INDH planteó que “desde la perspectiva de la integralidad de los derechos humanos, la acción de protección [del artículo 20 de la CPR] merece críticas que apuntan tanto a lo sustantivo como a lo procedimental en su rol de tutela de derechos fundamentales. En relación con

20 De esta manera, por ejemplo, la educación fue regulada por la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza, publicada en el Diario Oficial el 10 de marzo de 1990, esto es, un día antes que el general Augusto Pinochet entregara el poder al gobierno democráticamente elegido de Patricio Aylwin. En materia de salud, la ley que creó las Instituciones de Salud Previsional fue dictada por la Junta Militar en 1981. En noviembre de 1980 se instauró un nuevo sistema de pensiones por medio del Decreto Ley N° 3.500, que creó las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP). Finalmente, la dictadura, también por medio de una serie de decretos leyes, articuló el denominado “Plan Laboral”, que impuso un nuevo orden jurídico en materia de derecho del trabajo, tanto individual como colectivo.

21 Específicamente, en el Informe Anual 2011, el INDH planteó que “si bien la Constitución Política de la República (CPR) establece un catálogo de derechos en su artículo 19, este es débil en materia de DESC. En primer lugar, no reconoce todos los derechos económicos, sociales y culturales, ya que no menciona el derecho a la vivienda, a la alimentación, al agua o a la cultura, entre otros. En segundo lugar, no les otorga protección judicial directa a todos los derechos que reconoce, ya que el recurso de protección —acción constitucional cuyo objeto es restablecer el imperio del derecho— excluye de su protección a los DESC”. Ver INDH, Informe Anual 2011, página 136.

22 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observaciones finales: Chile, 2004, párr. 12.

lo primero, la protección a los derechos económicos, sociales y culturales DESC es parcial toda vez que se eximen de la acción el derecho a la educación y a la salud –solo protege el derecho a elegir el sistema de salud–, entre otros” (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2010, pág. 65)²³. En relación con el derecho a la educación y cómo este está planteado en la CPR, el INDH ha manifestado que “su garantía y justiciabilidad están limitadas” y que “el derecho a educación no está incorporado en el catálogo contenido en el artículo 20 que establece los derechos amparados por el recurso de protección” (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2011, pág. 55)²⁴. En el mismo Informe Anual, el INDH recomendó que “el Estado, en su rol de garante del derecho a educación debe avanzar y reconocer y afianzar mecanismos para su exigibilidad. En este sentido, se recomienda al Poder Legislativo avanzar en el fortalecimiento de las tutelas constitucionales del derecho a la educación” (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2011, pág. 270). En cuanto al derecho a la salud, el INDH planteó que “la norma [artículo 19 N° 9 de la CPR] presenta debilidades porque no define el alcance de la protección de la salud, lo que dificulta tanto una interpretación robusta del derecho como la presentación de reclamos ante la justicia en casos de vulneración”, agregando que “el derecho a la protección de la salud no forma parte de los derechos sujetos a tutela judicial a través del recurso de protección; este solo es efectivo en cautelar la posibilidad de elegir entre un sistema privado o público, y en particular sobre los derechos adquiridos en el plan de salud” (Instituto Nacional de Derechos Humanos,

2011, pág. 156)²⁵. En cuanto al derecho a previsión social, el INDH también planteó que “está excluido [...] de la acción constitucional de protección” (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2012, pág. 231).

Finalmente, el Instituto ha señalado deficiencias constitucionales en cuanto al derecho al trabajo. Al respecto sostuvo que “la Constitución reconoce la libertad de optar a un trabajo, la libertad de contratar, el derecho a la negociación colectiva y a sindicalizarse, pero no se refiere a estos como un derecho al trabajo y a derechos laborales. Esto debilita una lectura robusta del derecho, al no reconocerse expresamente y de manera integral con todas sus garantías. Se suma a lo anterior que no todas las garantías en materia laboral están protegidas por la acción constitucional de protección. El artículo 20 de la Constitución no protege la negociación colectiva –aunque sí la sindicalización–, a pesar de que el mismo texto se refiera a este como un derecho de todos los trabajadores y las trabajadoras” (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2011, pág. 143). En esta línea, el Instituto dijo que “los poderes del Estado deben reforzar, a nivel constitucional y legal, la definición del derecho al trabajo y de los derechos laborales acorde a los estándares internacionales en derechos humanos, en especial a lo establecido por la OIT en sus Convenios” (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2011, pág. 272).

b. Igualdad y no discriminación

Uno de los pilares del derecho internacional de los derechos humanos es el principio de igualdad y no discriminación. Tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, contemplan este principio tanto como un derecho *per se*, como también un principio transversal en el ejercicio de todos los derechos consagrados en los tratados internacionales. Muchos de los tratados internacionales específicos que se han aprobado en el Derecho Internacional tienen como objeto central garantizar la igualdad y no discriminación²⁶. De

23 Para un análisis más profundo sobre el recurso de protección ver INDH, Informe Anual 2011, página 89 y siguientes.

24 En este mismo sentido, ver INDH, Informe Anual 2012, página 43 donde señala que “las personas solo pueden recurrir a medidas administrativas de reclamación dado que no se ha incorporado el derecho a la educación en el catálogo de derechos justiciables señalados en el art. 20 de la Constitución”. Ahora bien, al constituir el derecho a la educación un bien incorporado y al asegurar la CPR la propiedad sobre toda clase de bienes, tanto corporales como incorporales, se han presentado recursos de protección alegando la vulneración del derecho de propiedad sobre un derecho subjetivo, como es la educación, al constituir un bien incorporado. Ver Gastón Gómez, *Derechos Fundamentales y Recurso de Protección*, 2005, Ediciones UDP. Ver, asimismo, artículos 565 y 583 del Código Civil en relación con artículo 19 N° 24 inciso primero de la CPR.

25 Ver también INDH, Informe Anual 2012, página 201, al señalar que “el Instituto [INDH] hizo ver las debilidades de la norma constitucional en el reconocimiento del derecho a la salud en tanto no define el alcance de la protección de la salud, y excluye la vulneración del derecho del catálogo de derechos sujetos a tutela judicial a través del recurso de protección”.

26 Así, por ejemplo, la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW).

acuerdo con lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), “el principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, de eliminar de dicho ordenamiento las regulaciones de carácter discriminatorio y de combatir las prácticas discriminatorias”²⁷. Tal es la importancia de este principio, que la Corte IDH ha señalado que “considera que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico”²⁸. Para el INDH “la igualdad y la prohibición de discriminación son elementos de la esencia de las Constituciones Políticas en las sociedades modernas” (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2010, pág. 79).

El derecho a la igualdad y no discriminación implica que toda distinción debe estar fundamentada, especialmente aquellas realizadas en función de algunos de los criterios sospechosos establecidos principalmente en los tratados internacionales como, también, en la legislación interna de nuestro país²⁹, de manera tal que se despeje toda duda de arbitrariedad en la decisión, y por tanto, descartar un trato discriminatorio. En este sentido, toda restricción a este derecho debe, tal como lo ha señalado la Corte IDH, estar establecida por ley, basarse en las causales establecidas en la CADH y ser necesarias en una sociedad democrática³⁰. Del mismo modo, una regulación comprehensiva del principio

27 Corte IDH, Opinión Consultiva OC 18/03 sobre Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, 17 de septiembre de 2003, párr. 88.

28 Corte IDH, Opinión Consultiva 18/03. Condición jurídica y Derechos de los migrantes indocumentados, 17 de septiembre de 2003, párr. 101. Ver también, Corte IDH, caso Karen Atala Ríffo e hijas vs. Chile, sentencia de 24 de febrero de 2012, párr. 79. Por *Jus Cogens*, se entiende aquellas normas imperativas de Derecho Internacional las cuales no puede ser modificadas por los Estados, a menos que sea por una ley posterior que tenga el mismo carácter. Ver artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

29 Ver, por ejemplo, artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 2 de la Ley 20.609 que establece medidas contra la discriminación.

30 Ver, Corte IDH, caso Claude Reyes vs. Chile, 19 de septiembre de 2006, párrafos 89 a 91.

de igualdad impone deberes positivos al Estado, de modo de corregir aquellas prácticas discriminatorias instaladas. Al respecto, pueden ubicarse las discusiones sobre acciones afirmativas a favor de grupos vulnerados, como los pueblos indígenas, las mujeres, los migrantes o las personas con capacidades especiales, por nombrar algunos casos³¹.

La CPR señala, en su artículo 1 inciso final, que el Estado debe “asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”. De este modo, al Estado no le basta con establecer contenidos mínimos de este derecho, sino que es necesario adoptar pasos concretos que modifiquen una situación de discriminación estructural³², ya que la supuesta neutralidad de las normas implica, en los hechos, una lesión al principio de igualdad entendido bajo los estándares de la Corte IDH. Asimismo, en diversas disposiciones, la CPR hace mención al principio de igualdad. Entre estas, el artículo 1 establece que “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, situando a la igualdad, junto a la libertad, como uno de los pilares de la democracia. Por su parte, el artículo 19, que establece el catálogo de derechos constitucionales, en su encabezado señala que “la Constitución asegura a todas las personas”. La referencia a “todas” constituye un mandato constitucional de igualdad que debe garantizarse en el ejercicio de todos los derechos allí establecidos. Es dentro del artículo 19 donde encontramos el contenido sustancial de este derecho. El artículo en su numeral 2 asegura “la igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley”, agregando en su inciso segundo que “ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”. Posteriormente, respecto de derechos específicos, la CPR hace mención al principio de igualdad. El artículo 19 N° 9, que establece el derecho a la protección de la salud, establece que “el Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo”. En el inciso tercero del numeral 16, en cuanto al

31 Ver, por ejemplo, INDH, Seminario Internacional Igualdad y No Discriminación: Estándares y Mecanismos para la Igualdad Real, 2011.

32 Ver Corte IDH, Caso González y Otras (“campo algodonero”) vs. México, sentencia de 16 de noviembre de 2009, párr. 450.

derecho al trabajo, la CPR “prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos”³³. En materia tributaria, el numeral 20 establece “la igual repartición de los tributos en proporción a las rentas o en la progresión o formas que fije la ley, y la igual repartición de las demás cargas públicas”. Finalmente, el numeral 22 establece “la no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica”.

Es posible identificar que en varias de estas normas la CPR habla de discriminación o de distinciones “arbitrarias”. Si bien a nivel internacional el concepto de discriminación contiene la idea de arbitrariedad, mientras que a nivel nacional se habla de discriminaciones arbitrarias, ambos están en consonancia con la idea de que toda distinción que carezca de fundamento constituye una discriminación. Esta definición no es contraria a lo que ha señalado el Comité de Derechos Humanos, órgano de supervisión del cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en la medida en que se interprete acorde a los estándares internacionales de derechos humanos donde la discriminación no es un concepto neutro, sino que por el contrario tiene una carga negativa, que es la distinción arbitraria o sin justificación válida³⁴.

No obstante la CPR asegura en diversas partes la igualdad formal de todas las personas y establece como mandato del Estado el asegurar la igual participación de las personas en la vida nacional, el INDH en sus Informes Anuales ha señalado un conjunto de normas, políticas y prácticas que el Estado debe modificar, ya sea porque su objeto o su resultado es discriminatorio³⁵. En materia constitucional, un ejemplo es el derecho a voto de las personas privadas de

libertad³⁶. El INDH señaló que “resulta contraria a la presunción de inocencia la suspensión del derecho a sufragio que establece la Constitución en su art. 16 N° 2 para los casos de personas imputadas de delitos que merezcan pena aflictiva o que estén acusados de delitos calificados como terroristas. La pena es el resultado de un proceso jurisdiccional que, cumpliendo las debidas garantías procesales, ha concluido la existencia de una responsabilidad penal de una persona. Consecuencia de lo anterior es que el Estado debe adoptar las medidas pertinentes para que las personas en prisión preventiva voten en los establecimientos penitenciarios y para que aquellas imputadas, pero que no se encuentran en prisión preventiva, puedan votar en las mesas electorales que les correspondan” (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2012, pág. 146)³⁷. El INDH recomendó específicamente “a los poderes colegisladores que se reforme la Constitución Política en su art. 16, con el objetivo de eliminar toda regulación que suspende el derecho a voto a personas acusadas de delitos” (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2012, pág. 336).

Desde el derecho internacional de los derechos humanos también se ha planteado la necesidad de reformas constitucionales en materia de igualdad y no discriminación. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW) ha recomendado que el Estado de Chile “adopte una definición jurídica general de todas las formas de discriminación contra la mujer que abarque tanto la discriminación directa como la indirecta, y establezca en su Constitución y/o en otra legislación el principio de igualdad entre la mujer y el hombre, de conformidad con el artículo 2 a) de la Convención [sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer], con miras a lograr una igualdad formal y sustantiva entre la mujer y el hombre”³⁸. Específicamente sobre la situación de discriminación en la participación política que viven las mujeres, el Comité CEDAW ha señalado que “le preocupa el lento progreso en la introducción de nuevas reformas legales [como] el proyecto de ley de cuotas presentado en 1997,

33 De todos modos, no basta con citar la nacionalidad chilena o la edad para permitir la distinción en materia laboral, sino que esta debe estar fundamentada, de manera tal de eliminar toda sospecha de arbitrariedad.

34 Ver Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 18. No discriminación, 1989.

35 El principio de igualdad y no discriminación es transversal en el análisis de los Informes Anuales del INDH. No obstante, sobre información de normas, políticas y prácticas específicas que afecten este principio se puede revisar los capítulos sobre igualdad y no discriminación presentes en todos los Informes Anuales del INDH, incluyendo el presente.

36 Ver también, INDH, Informe Anual 2011, página 24.

37 Ver también, INDH, Informe Anual 2013, página 49.

38 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto de Chile, 2012, párr. 11.

destinado a promover el derecho de la mujer a participar en la vida pública nacional”³⁹. En relación con la participación política de mujeres indígenas, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD) recomendó al Estado chileno que “tomando en cuenta su Recomendación general 23, apartado 4 d), recomienda que el Estado parte redoble sus esfuerzos para asegurar la plena participación de los indígenas, en especial de la mujer; en los asuntos públicos, y que tome medidas efectivas para asegurar que todos los pueblos indígenas participen en todos los niveles de la administración pública”⁴⁰.

El CERD así también ha recomendado que “se enmiende la Constitución a fin de incorporar a ella la prohibición de la discriminación racial”⁴¹. En cuanto a migrantes, tanto el Comité CEDAW, como el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CMW) han recomendado al Estado revisar la legislación nacional para eliminar toda discriminación contra los hijos y las hijas de personas migrantes en situación irregular en Chile, lo que implica analizar el artículo 10 de la CPR. Específicamente, se ha señalado que el Estado de Chile “revise y modifique su legislación para que los hijos de las mujeres migrantes en situación irregular nacidos en el Estado parte puedan adquirir la nacionalidad chilena por nacimiento cuando esas mujeres no puedan transmitir su nacionalidad a sus hijos”⁴².

c. Reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas

Como se ha documentado en los Informes Anuales anteriores, así como en el apartado respectivo del presente Informe, la vulneración de derechos de los pueblos indígenas

es uno de los problemas de derechos humanos persistentes en Chile. Los pueblos indígenas, al menos desde la recuperación de la democracia en 1990, han articulado buena parte de sus demandas en términos de derechos fundamentales y, específicamente, en clave constitucional⁴³.

Es importante que una norma que dé reconocimiento a los pueblos indígenas señale de manera expresa que se entienden incorporados no solo los individuos, comunidades o asociaciones, como suele recogerse en la legislación chilena, sino los “pueblos” en su condición de tal, siguiendo los lineamientos vinculantes del derecho internacional de los derechos humanos y las propias demandas indígenas⁴⁴. El INDH ha planteado la necesidad del reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas en sus Informes Anuales, recomendando que “todos los poderes del Estado deben garantizar la efectiva implementación del Convenio N° 169 de la OIT, especialmente lo referido al reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas y la institucionalización del derecho a la consulta y la participación, de acuerdo a los estándares que el instrumento establece” (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2010, pág. 165)⁴⁵. Asimismo, en

39 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Observaciones finales: Chile, 2006, párr. 9. Ver, también, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre los derechos de las mujeres en Chile: la igualdad en la familia, el trabajo y la política, 2009.

40 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Observaciones finales: Chile, 2009, párr. 20.

41 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Observaciones finales: Chile, 2001, párr. 14.

42 Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, Observaciones finales: Chile, 2011, párr. 33 y Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto de Chile, 2012, párr. 27.

43 Ya en el Acuerdo de Nueva Imperial, en 1989, en cuya virtud representantes de los pueblos indígenas comprometieron su apoyo al entonces candidato de la Concertación de Partidos por la Democracia, y futuro presidente de Chile, Patricio Aylwin, a cambio del establecimiento de una agenda de protección de derechos de los pueblos indígenas, las demandas por derechos aparecieron en el horizonte normativo. Se envió al Congreso Nacional el texto del Convenio 169 de la OIT, el que tardó casi dos décadas en ser despachado (se ratificó en 2008), y se articuló la demanda por reconocimiento constitucional que aún sigue pendiente.

44 Siguiendo la regulación establecida en el Convenio 169 de la OIT, una medida legislativa de este tenor requiere ser consultada con los pueblos de manera previa, libre e informada. La consulta “se asienta en el derecho de autodeterminación de los pueblos indígenas, confiriéndoles a los mismos un papel central en la decisión sobre las medidas estatales susceptibles de afectarles directamente” (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2013, pág. 36). Sin la debida consulta, el reconocimiento en la norma constitucional sería solamente formal o solo constituiría una declaración política que no estaría legitimada por el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos. No obstante, el derecho de consulta previa, consagrado en el Convenio 169 y, a nivel interno, en el Decreto N° 66 del Ministerio de Desarrollo Social, publicado el 4 de marzo de 2014 y que derogó el Decreto N° 124, no ha podido aún encontrar una regulación que satisfaga y cumpla con todos los estándares internacionales. Una regulación correcta podría encauzar de buena manera la relación entre el Estado, los pueblos indígenas y los privados. Desde la perspectiva de los indígenas, además, serviría como plataforma para abordar temas que hasta ahora siguen sin ser abordados por la institucionalidad. Ver INDH, Informes Anuales 2010, 2011, 2012 y 2013.

45 Ver también, INDH, Informe Anual 2011, página 270 (reiterando la recomendación); e INDH, Informe Anual 2012, página 334.

el 2013 el INDH planteó que “el Estado chileno no ha asumido su condición pluricultural a nivel constitucional” (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2013, pág. 26) y que “la falta de reconocimiento constitucional de la condición pluricultural del Estado y la sociedad chilena representa un déficit institucional para encarar las relaciones con los pueblos indígenas” (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2013, pág. 19). En este sentido, “se trata de un desafío que busca sentar las bases para una convivencia interétnica e intercultural, que reconozca la pluralidad cultural de nuestra sociedad, en el contexto de la unidad territorial del Estado” (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2013, pág. 23). Tal como ha señalado el Consejo del INDH en el Informe en Derecho sobre el deber de consulta previa, libre e informada a los pueblos indígenas, se requiere “superar el modelo unilateral en la adopción de decisiones y garantizar a los pueblos indígenas el máximo control posible sobre su propio desarrollo económico, social y cultural [lo que] representa un imperativo jurídico, que requiere asumir como primera condición que hay una realidad multicultural y plurinacional que reclama reconocimiento y respeto” (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2014, pág. 1).

Desde los órganos de tratados de Naciones Unidas, el CERD recomendó al Estado de Chile que “intensifique sus esfuerzos para acelerar el proceso de reconocimiento constitucional de los derechos de los pueblos indígenas y para tal fin, lleve a cabo una consulta efectiva con todos los pueblos indígenas, de conformidad con la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial y con el Convenio No. 169 de la OIT”⁴⁶.

d. Derecho a la participación política y social

La participación es parte constitutiva de la democracia. El fundamento último de las leyes, esto es, la razón por la que obedecemos normas jurídicas, ya sean constitucionales, legales, reglamentarias o bien las decisiones de los tribunales de justicia, es porque no somos solamente sus destinatarios, sino también sus creadores y por la justicia que ellas implican. Así, por ejemplo, la sentencia de un tribunal de justicia que condena a alguien por un delito es pronunciada por un

juez, pero la investidura de ese juez y las leyes que él debe aplicar, no es otra cosa que la manifestación de la voluntad soberana del pueblo.

La regulación del derecho a participar de la vida democrática está repartida en varias normas, tanto internacionales como constitucionales⁴⁷. El INDH ha planteado que “el derecho a la participación en los asuntos públicos constituye una demanda transversal de la sociedad chilena, la que se canaliza mediante diversos actores, en relación con distintos temas, y en ámbitos diferentes. Por ejemplo, los movimientos regionales, el movimiento estudiantil, o las comunidades organizadas en torno a conflictos socioambientales reclaman el derecho a participar, de modo de hacer oír sus voces e incidir en la toma de decisiones” (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2012, pág. 105). Diversos temas impactan en la protección del derecho a la participación. En primer lugar, la discusión sobre el sistema electoral para diputados y senadores ha marcado parte del debate constitucional. El INDH también ha llamado la atención sobre la situación de personas o grupos específicos, como el caso de las personas privadas de libertad, las personas con discapacidad, las mujeres, y los pueblos indígenas, quienes por diversas razones ven dificultada su participación política en igualdad de condiciones⁴⁸. Una discusión constitucional inclusiva requiere abordar las situaciones de dichos grupos de modo de resguardar sus derechos, así como para asegurar la participación efectiva, por ejemplo, mediante mecanismos de acción afirmativa. Si el principio fundante de la legitimidad de las normas es que ellas son justas tanto por su contenido (ligado a un criterio de justicia que desde la perspectiva de derechos incluye la no restricción ilegítima de derechos y la consideración por las minorías), como también porque todos y todas tenemos la posibilidad de incidir en su adopción y, por lo tanto, somos partícipes de las normas que nos gobiernan. Entonces resulta necesario dotarse de mecanismos que hagan realidad las promesas del autogobierno, lo que en el derecho internacional de los derechos humanos se denomina medidas especiales de carácter temporal.

⁴⁶ Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Observaciones finales: Chile, 2009, párr. 16.

⁴⁷ Ver INDH, Informe Anual 2013, pp. 46 y ss.

⁴⁸ *Ibidem*, pp. 48-54.

Algunos ámbitos en los que se ha visto las deficiencias de los canales de participación dicen relación con los proyectos de desarrollo que pueden afectar el medioambiente. En general, la legislación chilena contempla mecanismos de participación cuyas condiciones y efectividad ha sido cuestionada por la ciudadanía⁴⁹. Lo mismo ocurre en materia de derechos indígenas. Más allá de que la actual Constitución señala en el inciso final del artículo 1 el derecho “a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”, el Convenio 169 de la OIT establece que los pueblos indígenas “deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente”. Para el INDH, “la importancia del establecimiento de mecanismos de consulta y participación adecuados en esta materia es clave, en la medida que existe una importante presión derivada de la necesidad de contar con nuevas fuentes energéticas en el país y el interés en la explotación de recursos naturales (hídricos, minerales, forestales y otros), emplazados en tierras y territorios indígenas” (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2012, pág. 67).

Si bien la participación se expresa en diversos derechos establecidos en la CPR (igualdad de oportunidades en la vida nacional, derecho a voto, libertad de opinión, libertad de reunión, derecho de petición, entre otros), el INDH ha planteado que la regulación constitucional del derecho a manifestación —que constituye un mecanismo de participación— no está acorde a los estándares internacionales, principalmente por no respetar el principio de reserva legal. El INDH señaló que “el derecho de reunión tiene una dimensión privada, donde el Estado tiene un deber de abstención, y una dimensión pública, que es la que justamente queda entregada a las disposiciones generales de la policía. Esto es peculiar dentro de la Constitución, ya que es uno de los pocos casos en [los que] la regulación de su ejercicio que no queda entregada a la ley”, agregando que “toda regulación de derechos y garantías fundamentales debe ser una materia entregada a la ley como garantía de un debate amplio que integre al Poder Legislativo, y que no quede sujeto a la discrecionalidad de las autoridades del momento” (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2011, pág. 73). La observación a la CPR constituye, justamente, que el mismo texto permite —alejándose de los estándares

internacionales en la materia— que la regulación del derecho a la manifestación recaiga en un instrumento normativo de menor jerarquía que la ley, como sucede actualmente con el Decreto Supremo 1.086 de 1983 sobre reuniones públicas⁵⁰.

MECANISMOS PARA EL CAMBIO CONSTITUCIONAL

Tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, dos de los instrumentos más relevantes del sistema universal de derechos humanos, comienzan señalando en su primer artículo que “todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural” (artículo 1 común a ambos Pactos Internacionales). Así, el principio de autodeterminación constituye un pilar a partir del cual se articula la teoría y práctica de los derechos humanos. El Comité de Derechos Humanos, en su Observación General N° 12, de 1984, ha señalado al respecto que “[e]ste derecho reviste especial importancia, ya que su ejercicio es una condición esencial para la eficaz garantía y observancia de los derechos humanos individuales y para la promoción y fortalecimiento de esos derechos”⁵¹.

El mismo Comité ha subrayado la importancia que tiene no solo en las constituciones, sino también en los procesos en donde estas se generan, la materialización de la libre determinación de los pueblos. Ello al señalar que este derecho está relacionado con “los procesos constitucionales y políticos que permiten en la práctica su ejercicio”, procesos que, por lo mismo, deberían ser descritos por los Estados Partes en sus informes⁵².

La manera en que esta autodeterminación es ejercida varía en cada país y son muchos los elementos que influyen en su regulación. En Chile, en los últimos años, la “discusión

49 Ver INDH, Informe Anual 2011, páginas 163 y ss.

50 El artículo 19 N° 13 de la CPR señala en su inciso segundo que “las reuniones en plazas, calles y demás lugares de uso público se regirán por las disposiciones generales de policía”.

51 Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 12. Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 1 - Derecho de libre determinación, 1984, párr. 1.

52 Ibídem, párr. 4.

constituyente” ha estado presente en el debate público, donde uno de los temas centrales ha sido precisamente la pregunta de cómo se debe elaborar una nueva Constitución en el caso de que se haga efectiva. Las respuestas han sido variadas en el contexto actual. En el programa de gobierno de la Presidenta Bachelet se señala que el proceso de creación debiera cumplir con tres requisitos: democrático (que se escuchen todos los puntos de vista y se hagan presente todos los intereses legítimos), institucional (que la presidencia de la república y el congreso nacional deben concordar criterios que permitan dar cauce constitucional y legal al proceso de cambio) y participativo (que la ciudadanía participe activamente en la discusión y aprobación del nuevo texto legal). No obstante, hasta ahora no se ha definido el mecanismo y solo se han dado a conocer estos criterios que fijarían el rango de los mecanismos. Movimientos políticos, por su parte, han levantado sus propias posturas, abogando por la realización de una Asamblea Constituyente, mecanismo inexistente, sin embargo, en la legislación actual chilena⁵³.

La pregunta es, entonces, cuáles son las ventajas y desventajas —desde los estándares internacionales de derechos humanos— de las diversas alternativas que en el debate público han aparecido. Con ese objeto se mencionan brevemente las cuatro alternativas principales que han estado en debate para luego señalar sus fortalezas y debilidades desde una perspectiva de derechos humanos. Cabe aclarar, de todos modos, que no necesariamente los mecanismos son excluyentes entre sí.

Adicionalmente, vale tener presente que en el marco del actual diseño institucional, la combinación entre los elevados quórum exigidos para la reforma de la Constitución y la composición política del Congreso Nacional a que ha dado origen el sistema electoral binominal, analizado por el INDH en su Informe Anual 2013, dificultan las posibilidades de dotarse de una nueva Constitución o de reformar la actual, incorporando a la ciudadanía en toda su diversidad.

53 El movimiento político Revolución Democrática entregó, en diciembre de 2013, una propuesta de “vía institucional a la asamblea constituyente”, consistente en la modificación de dos normas de la Constitución que habilitarían a la presidenta a convocar a plebiscito. Organizaciones de la sociedad civil adhieren a una propuesta similar. Accion.org, “Nuestro compromiso con la Asamblea Constituyente y una fórmula que conduciría a su institucionalización”, 5 de mayo de 2014.

i. Reforma según el capítulo XV de la CPR

El capítulo XV de la Constitución (artículos 127 a 129) contempla el mecanismo para su reforma. Allí se establecen diversos quórum (dependiendo de los capítulos que se modifiquen) y las normas de procedimiento que deben seguirse para promover y aprobar una reforma constitucional⁵⁴. Varios autores señalan que la manera correcta y pertinente de cambiar la Constitución es utilizando los mecanismos que el actual ordenamiento jurídico contempla. De lo contrario, argumentan, se estarían usando vías extrainstitucionales y se actuaría al margen de la legalidad⁵⁵. Por ello, cualquiera sea la magnitud del cambio constitucional que quiera hacerse, este necesariamente se debe realizar por el Congreso Nacional y el Ejecutivo, actuando no como legislador, sino como poder constituyente derivado.

ii. Comisión Bicameral

Algunos parlamentarios plantearon la posibilidad de establecer una comisión bicameral, integrada tanto por diputados como por senadores, para estudiar los cambios a la Constitución y someterlos posteriormente a la aprobación

54 El artículo 127 de la CPR establece que el proyecto de reforma constitucional puede iniciarse, en general, por mensaje (Poder Ejecutivo) o por moción (Congreso Nacional). El artículo 128 agrega que el quórum general de aprobación de reforma constitucional es de 3/5 de los diputados y senadores en ejercicio. Las materias que reformen los capítulos I (bases de la institucionalidad), III (de los derechos y deberes constitucionales), VIII (Tribunal Constitucional), XI (Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública), XII (Consejo de Seguridad Nacional) y XV (Reforma de la Constitución) requerirán, sin embargo, 2/3 de los diputados y senadores en ejercicio. Una vez que el proyecto sea aprobado, este pasará al Poder Ejecutivo, el cual puede rechazar totalmente u observarlo parcialmente. Si lo rechaza totalmente, ambas cámaras del Congreso Nacional pueden insistir por medio de 2/3 de los diputados y senadores en ejercicio, ante lo cual el Presidente de la República está obligado a promulgar, a menos que convoque a la ciudadanía a plebiscito para aprobar o rechazar. Por su parte, si el Poder Ejecutivo presenta observaciones parciales, estas deben ser aprobadas o rechazadas por 2/3 o 3/5 de los diputados o senadores en ejercicio, dependiendo de la materia, ante lo cual el Presidente de la República debe promulgar la reforma. Si ambas cámaras no logran tales quórum no hay reforma constitucional, a menos que las cámaras insistan por 2/3 de los diputados y senadores en ejercicio en la parte sí aprobada. Ante esto, el Presidente debe promulgar la parte “insistida” por las cámaras, a menos de que convoque a la ciudadanía a plebiscito. Acorde al artículo 129, el plebiscito debe ser convocado mediante Decreto Supremo dentro de los 30 días siguientes a la insistencia y la fecha del plebiscito no puede ser antes de 30 ni después de 60 días de la fecha de publicación del Decreto Supremo.

55 Ver, por ejemplo, Jaraquemada, Jorge y Mery, Héctor, Ruptura o continuidad institucional: ¿Necesita Chile una asamblea constituyente?, en Anuario de Derecho Público UDP, 2013, Ediciones UDP, pp. 36-59.

del Congreso, actuando como poder constituyente derivado. La idea de organizar una comisión especial dentro del Congreso busca concentrar los esfuerzos para el cambio constitucional en el seno de un organismo colegiado más plural, el que de todas formas recibirá los insumos de la ciudadanía por medio de reuniones, comparecencias de especialistas, académicos, representantes de la sociedad civil, para lograr un texto inclusivo.

iii. Cabildos ciudadanos

La idea de organizar reuniones en diversos lugares del país que permitan recoger la opinión de las personas, para luego ocupar esos insumos en la elaboración formal de un texto de nueva Constitución, fue propuesta por los presidentes de las Comisiones de Constitución del Senado y la Cámara, respectivamente⁵⁶. Estos “cabildos” buscan acercar la discusión constituyente a las personas, generando además un mecanismo de descentralización, toda vez que las reuniones se realizan en diversos lugares y no en una sola región.

iv. Asamblea Constituyente

Como fuera señalado, una de las demandas presentes durante la elección presidencial de 2013 propugnó el establecimiento de una asamblea o convención constituyente, como mecanismo para adoptar el texto de la nueva Constitución. La Asamblea Constituyente encuentra su fundamento en la concepción de que la soberanía reside en el pueblo y este tiene el derecho a dotarse de una Constitución. Se trata de una concepción consistente con el derecho que, de acuerdo al artículo 1 de los Pactos Internacionales de Naciones Unidas antes referidos, tienen los pueblos el derecho a establecer libremente su condición política. Quienes promueven las asambleas constituyentes como mecanismo para la elaboración de una Constitución entienden estas no solo como instrumentos jurídicos, sino también como procesos por medio de los que se pueden construir acuerdos o pactos sociales que tienen por objeto asegurar la convivencia democrática de una sociedad. Aunque hay muchos modelos de asamblea constituyente, debido a que estas pueden estar conformadas por ciudadanos y parlamentarios, o solo los primeros, sus integrantes son generalmente elegidos democráticamente para

estos efectos, dotándoseles de plazos y procedimientos para la preparación del texto constitucional que luego es sometido a deliberación y aprobación por vía de referéndum.

FORTALEZAS Y DEBILIDADES DESDE UNA PERSPECTIVA DE DERECHOS

Los mecanismos reseñados brevemente tienen diferencias entre ellos. Tanto la reforma por vía del Capítulo XV de la Constitución, como el establecimiento de una comisión bicameral, parecen tener menos participación de la ciudadanía. En ambos son las mismas instancias parlamentarias las que, actuando de acuerdo con sus atribuciones ordinarias (reforma) o bien, por medio del establecimiento de una comisión *ad hoc* (comisión bicameral) acuerdan la redacción de un texto constitucional.

La participación ciudadana, en el caso de una reforma según el capítulo XV de la CPR, está reservada a situaciones excepcionales donde el Poder Ejecutivo puede convocar a plebiscito en caso que no quiera promulgar las reformas constitucionales insistidas por el Congreso Nacional⁵⁷. Desde el punto de vista de los derechos humanos, en particular el derecho de participación política reconocido en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile (artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), estas dos opciones en que el poder constituyente radica en el Congreso Nacional no parecen ser las más adecuadas. Ello por cuanto, como señalara el INDH en su Informe Anual 2013, este derecho se ve restringido por la vigencia de la Ley 18.700 sobre Votaciones Populares y Escrutinios de 1988, que establece el sistema electoral binominal aún vigente que rige para la elección de diputados/as y senadores/as que integran el Congreso Nacional. El mismo derecho también se ve limitado por los requisitos que para la elección de los mismos congresistas establece la Ley 18.603 Orgánica Constitucional de Partidos Políticos, como también lo señalara el INDH en el mismo Informe Anual.

En el caso de los “cabildos ciudadanos”, el elemento participativo tiene mayor incidencia, destacando además la po-

56 Senador Felipe Harboe (PPD) y el diputado Ricardo Rincón (DC).

57 Ver pie de página 54.

sibilidad de descentralizar un proceso constituyente. Los cabildos podrían en teoría permitir la participación de miles, quizá millones, de personas en el proceso de debate de una nueva constitución, participación que incluso puede ser superior cuantitativamente a la de la asamblea constituyente —que, en general, sesiona en unos pocos lugares— y a la de una reforma vía Capítulo XV y a la comisión bicameral. Sin embargo, no queda claro en la propuesta que se analiza, cuáles serían las instancias y modalidades por medio de las cuales la voluntad expresada por los ciudadanos y ciudadanas mediante dichos cabildos sería refrendada y convertida en un nuevo texto constitucional. Todo indica, en ausencia de mecanismos constitucionales que reconozcan esta modalidad para la reforma del texto constitucional, que la potestad constituyente en este caso sería ejercida por el Congreso Nacional, cuyas limitaciones como instancia de ejercicio del derecho a la participación política fueran analizadas.

En la asamblea constituyente quienes intervienen en ella generalmente deliberan con carácter vinculante. En otras palabras, no obstante la necesidad de un referéndum ratificadorio de lo acordado en la asamblea, las decisiones que en ella se adopten constituyen el proyecto que luego es sometido a consideración de toda la ciudadanía. Tanto los cabildos, como una comisión bicameral y la reforma por parte del Congreso, en cambio no obligan a consultar y adoptar las perspectivas de quienes no son autoridades investidas.

Ahora bien, se critica a la Asamblea Constituyente por no estar contemplada en la Constitución. Por ello, se ha sugerido que existen formas para que el Poder Ejecutivo convoque a un plebiscito o incluso directamente a una Asamblea Constituyente, ya que aunque el mecanismo no está contemplado en la Constitución, su impugnación ante el Tribunal Constitucional solo podría impetrarla la mayoría del Senado o de la Cámara de Diputados, lo que va a depender de si apoyan esa convocatoria o no. Otros entienden que es necesario modificar algunas reglas de la Constitución que habiliten de manera expresa al Poder Ejecutivo para convocar a un plebiscito que zanje la discusión. Con todo, la comisión bicameral y los cabildos ciudadanos no escapan del problema de la Asamblea Constituyente, ya que ninguno de estos mecanismos está actualmente contemplado en la

Constitución como forma legitimada para adoptar el texto de una nueva, aunque podrían utilizarse como formas puramente consultivas. Por ello, de existir una decisión política de adoptar un mecanismo distinto al existente en la Constitución, conllevaría una reforma constitucional previa, la que requiere, en atención al artículo 127 de la CPR, la aprobación de 2/3 de los diputados y senadores en ejercicio⁵⁸.

REQUISITOS NECESARIOS DESDE UNA PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS

Considerando que desde una perspectiva de derechos importa tanto el tipo de mecanismo que se utilice para la adopción de un nuevo texto constitucional, como también que este cumpla con estándares mínimos en la materia, el INDH estima necesario que cualquiera sea el mecanismo utilizado, este cumpla con requisitos mínimos que se revisan a continuación. Cabe señalar que estos requisitos son interdependientes, esto es, que están relacionados entre sí.

- i. *Confianza ciudadana.* En caso de que el procedimiento de reforma constitucional contemple la participación de órganos constituidos, como asambleas parlamentarias u otras, estos deben contar con la confianza ciudadana.
- ii. *Participación.* El procedimiento debe asegurar la participación de la sociedad civil organizada, evitando la captura de los procedimientos por parte de los partidos políticos. También debe asegurar la participación activa de la ciudadanía procurando evitar los niveles de abstención que caracterizan nuestros actos electorales.

58 En la práctica, eso implica que se requiere el voto a favor de 80 diputados y diputadas en ejercicio y de 25 senadores y senadoras en ejercicio.

- iii. *Grupos vulnerados*. El procedimiento debe garantizar la participación de los pueblos indígenas, de las personas con discapacidad, y de las diversidades sexuales; es decir, de los grupos vulnerados o históricamente discriminados.
- iv. *Paridad entre hombres y mujeres*. La participación debe ser paritaria, logrando la igual participación de hombres y mujeres en el debate constitucional.
- v. *Representación territorial*. El procedimiento debe garantizar una adecuada representación de los intereses territoriales de sus habitantes.
- vi. *Transparencia y acceso a información*. La forma en que se lleve a cabo el proceso, los documentos y avances de borradores que se redacten, los fundamentos de las decisiones que se vayan adoptando y, en general, todo el proceso de reforma constitucional debe ser transparente y garantizar el principio de máxima divulgación de la información.
- vii. *Igualdad del voto*. Cada voto de cada participante debe tener el mismo peso, reflejando el principio “una persona, un voto”.

BIBLIOGRAFÍA

- Adimark (junio de 2014). *Encuesta: Evaluación Gestión de Gobierno*. Obtenido de <http://www.elmostrador.cl/media/2014/07/Encuesta-Adimark-Junio-2014.pdf>
- Atria, F. (2013). *La Constitución tramposa*. Santiago: LOM.
- Centro de Estudios Públicos (2013). *Estudio Nacional de Opinión Pública N° 70*. Obtenido de http://www.cepchile.cl/dms/archivo_5388_3457/encuestaCEP_sep-oct2013.pdf
- Correa, J. (2013). ¿Ha llegado la hora de una nueva Constitución? En J. Couso (Ed.), *Anuario de Derecho Público UDP*. Santiago.
- Flores, X. (2008). Las relaciones internacionales en la Constitución del 2008: un análisis sistemático. In R. Avila, A. Grijalva, & R. Martínez, *Desafíos constitucionales: la Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*. Quito.
- Gómez, G. (2005). *Derechos Fundamentales y Recurso de Protección*. Santiago: Ediciones UDP.
- Instituto Nacional de Derechos Humanos (2010). *Informe Anual 2010. Situación de los Derechos Humanos en Chile*. Santiago.
- Instituto Nacional de Derechos Humanos (2011). *Informe Anual 2011. Situación de los derechos humanos en Chile*. Santiago.
- Instituto Nacional de Derechos Humanos (2011). *Informe Anual 2011. Situación de los derechos humanos en Chile*. Santiago.
- Instituto Nacional de Derechos Humanos (2012). *Informe Anual 2012. Situación de los Derechos Humanos en Chile*. Santiago.
- Instituto Nacional de Derechos Humanos (diciembre de 2013). *Segunda Encuesta Nacional de Derechos Humanos*. Obtenido de www.indh.cl
- Instituto Nacional de Derechos Humanos (2013). *Situación de los Derechos Humanos en Chile*. Santiago.
- Instituto Nacional de Derechos Humanos (2014). *Informe en Derecho: El deber de consulta previa, libre e informada a los pueblos indígenas*. Santiago.
- Jaraquemada, J. & Mery, H. (2013). Ruptura o continuidad institucional: ¿Necesita Chile una asamblea constituyente? En J. Couso (Ed.), *Anuario de Derecho Público UDP*. Santiago.

La Tercera (7 de octubre de 2014). *Bachelet anuncia reforma constitucional para tener "un Estado unitario, pero descentralizado"*. Obtenido de <http://www.latercera.com/noticia/politica/2014/10/674-599090-9-bachelet-anuncia-reforma-constitucional-para-tener-un-estado-unitario-pero.shtml>

Latin American Public Opinion Project (2012). *LAPOP*. Obtenido de http://www.cienciapolitica.uc.cl/images/stories/investigacion/chile_lapop_2012.pdf

Marca tu Voto (6 de febrero de 2014). *Marca AC se articula con el objeto de sostener la demanda por una Asamblea Constituyente el 2014*. Obtenido de <http://marcatuvoto.cl/2014/02/06/marcaac-se-articula-con-el-objeto-de-sostener-la-demanda-por-una-asamblea-constituyente-el-2014/>

Muñoz, F. (2013). "Chile es una República Democrática": La asamblea constituyente como salida a la cuestión constitucional. En J. Couso (Ed.), *Anuario de Derecho Público UDP*. Santiago.

Nino, C. (1992). *Fundamentos de Derecho Constitucional*. Astrea.

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (2014). *Auditoría a la Democracia. Más y mejor democracias para un Chile inclusivo*.

Universidad de Santiago de Chile (11 de diciembre de 2013). *Estudio de Valores Sociales*. Obtenido de http://www.elmostrador.cl/media/2013/12/Estudio_de_Valores_Sociales-USACH_diciembre_2003.pdf

2

INSTITUCIONALIDAD DEMOCRÁTICA Y DERECHOS HUMANOS



Fotografía: Enrique Cerdá



INSTITUCIONALIDAD DEMOCRÁTICA Y DERECHOS HUMANOS



ANTECEDENTES

El Instituto Nacional de Derechos Humanos ha afirmado que el desarrollo y fortalecimiento de la institucionalidad democrática constituye una tarea fundamental para el Estado en pos de configurar un sistema que proteja eficazmente los derechos humanos (INDH, Informe Anual, 2012, pág. 81 a 120). En este sentido, que el diseño institucional (entendiendo por ello el entramado de normas e instituciones públicas) sea suficiente, adecuado, con recursos, transparente, eficiente y eficaz, es condición elemental de cualquier Estado democrático que se proponga respetar y garantizar los derechos de las personas y honrar sus compromisos internacionales. Si bien el INDH ha destacado cómo Chile ha propendido al fortalecimiento de la institucionalidad democrática en ámbitos sensibles para los derechos humanos, es necesario detenerse en los vacíos y debilidades que subsisten y a los cuales el INDH se ha referido reiteradamente, debido a la preocupación que generan por su afectación al ejercicio de derechos.

En 2014, los mecanismos internacionales de protección han señalado al Estado de Chile sus pendientes y lo han instado a cumplir con sus obligaciones en materia de institucionalidad. Por una parte, en julio, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en sus observaciones finales sobre el sexto informe periódico¹, destacó positivamente la creación del Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) en 2009 y recomendó al Estado “intensificar sus esfuerzos para lograr que el INDH disponga de los recursos necesarios

para poder desempeñar su mandato eficazmente, en todas las regiones del país”. En contrapartida, el Comité manifestó su preocupación ante la ausencia de medidas concretas para el efectivo establecimiento del mecanismo nacional de prevención contra la tortura (MNPT) y recordó el deber del Estado de agilizar la adopción de las medidas jurídicas necesarias para crear un mecanismo nacional de prevención independiente. En el marco del Segundo Examen Periódico Universal (EPU) 2014, por otra parte, las recomendaciones al Estado se formularon² en términos similares a los citados por el Comité, a lo que se sumó una mención para que el Estado acelere el establecimiento de la Subsecretaría de Derechos Humanos, y formule un plan de acción nacional integral en materia de derechos humanos³.

Durante el acto realizado el 11 de septiembre de 2014 en conmemoración de los 41 años del golpe de Estado, la Presidenta Michelle Bachelet afirmó que se debe “fortalecer, resguardar y mejorar la institucionalidad que hemos construido en estos años, y esa es la razón por la que crearemos la Subsecretaría de Derechos Humanos, con los recursos y el personal necesarios para ejercer su tarea y reforzaremos también el Instituto de Derechos Humanos, para que tenga presencia regional, a partir del año 2015”⁴. De cumplirse lo anunciado por el Ejecutivo, se abordaría uno de los desafíos pendientes en materia de institucionalidad, impulsando la tramitación del proyecto de ley que crea la Subsecretaría de Derechos Humanos ingresado en marzo de 2012 por el Gobierno del ex-Presidente Sebastián Piñera. El INDH

1 El Comité de Derechos Humanos examinó el sexto informe periódico presentado por Chile (CCPR/C/CHL/6) en sus sesiones 3068° y 3069° (CCPR/C/SR.3068 y 3069), celebradas los días 7 y 8 de julio de 2014. En su 3090ª sesión (CCPR/C/SR.3090), celebrada el 22 de julio de 2014, el Comité aprobó las observaciones finales.

2 Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal, Chile, Consejo de Derechos Humanos, 26º período de sesiones, A/HRC/26/5. Recomendaciones 121.24 a 121.32.

3 Recomendación 121.127

4 <http://www.gob.cl/2014/09/11/discurso-de-la-presidenta-bachelet-en-homenaje-salvador-allende/>

destacó en el Informe Anual 2013, en el apartado sobre territorios y derechos humanos, cómo el centralismo del país incide en las condiciones para el ejercicio de los derechos de la ciudadanía, dejando en una situación de desventaja a las regiones por sobre la población que vive en Santiago (INDH, Informe Anual, 2013, pág. 33 a 41).

El presente apartado analiza algunos ámbitos específicos de la institucionalidad democrática sobre los que el INDH ha manifestado preocupación en reiteradas oportunidades, esto es: la propuesta de creación de la Subsecretaría de Derechos Humanos y del Mecanismo Nacional de Prevención contra la Tortura; los compromisos pendientes del Estado de Chile en materia de reforma a la justicia militar, así como fallos relevantes de los tribunales superiores de justicia sobre la materia. En relación con la ley 18.314 que determina conductas terroristas y fija su penalidad (Ley Antiterrorista) se aborda la discusión en torno a su eventual modificación, la que ha estado marcada por los hechos del 8 de septiembre, cuando un artefacto explosivo fue detonado al interior de uno de los basureros ubicados en la galería comercial en la estación de metro “Escuela Militar”, dejando catorce personas lesionadas de diversa gravedad y por el caso de Sergio Landskron, víctima fatal del bombazo ocurrido el pasado 25 de septiembre en el barrio Yungay. Finalmente se da cuenta de la publicación y contenido de los Protocolos de Carabineros para el mantenimiento del orden público dados a conocer este año.

SUBSECRETARÍA DE DERECHOS HUMANOS

Actualmente persiste la necesidad de crear una Subsecretaría de Derechos Humanos con mandato para diseñar, implementar y coordinar las políticas públicas de promoción y protección de los derechos humanos (INDH, Informe Anual, 2012, pág. 91 a 96). El proyecto de ley que crea la Subsecretaría de Derechos Humanos y establece adecuaciones en la Ley Orgánica del Ministerio de Justicia (Boletín 8207-07) no mostró avances hasta el 23 de octubre de 2014, fecha en la cual fueron presentadas un conjunto de indicaciones por el Gobierno. Conforme a lo señalado en el documento de presentación “las indicaciones buscan subsanar las deficien-

cias que, durante su tramitación, han sido advertidas en el proyecto de ley originalmente propuesto”. El INDH valora positivamente que el Ejecutivo haya acogido algunas de las observaciones formuladas por el INDH en su análisis del proyecto de ley⁵ y reitera la importancia de avanzar en su tramitación.

En su oportunidad el INDH manifestó que el Comité Interministerial, además de “conocer”, debería poder desarrollar medidas según los informes y recomendaciones formulados por el INDH. Ello se aviene con la experiencia comparada, en que las instituciones gubernamentales similares a la propuesta tienen asignado el deber de llevar un registro de las recomendaciones formuladas por las instituciones nacionales de derechos humanos, y de articular propuestas o coordinar esfuerzos a nivel de la administración del Estado para su adecuado cumplimiento. En las recientes indicaciones, el Ejecutivo complementó el deber de conocer el contenido del Informe Anual del INDH con la expresión “elaborar propuestas a partir de su contenido”. Esta indicación es un avance positivo, ya que constituye una redacción más adecuada a la finalidad del Comité Interministerial.

El INDH destaca positivamente la indicación N° 6 que incorpora el artículo 14 bis en el cual se reconoce la importancia del Plan Nacional y se detalla con mayor especificidad el contenido de las políticas públicas contenidas en él. La elaboración del Plan Nacional es de especial valor debido a que en él se debieran priorizar determinados ejes de protección y promoción, en concordancia con los compromisos internacionales del Estado de Chile en la materia. Asimismo el INDH destaca que se incorpore un deber de promoción de los derechos humanos en el desarrollo del Plan Nacional y la prioridad que se reconoce al desarrollo de una política pública tendiente a la educación y formación en derechos humanos. Asimismo constituye un aspecto positivo la incorporación en el Plan Nacional el deber de abordar en forma prioritaria las necesidades y requerimientos de grupos discriminados dentro de la sociedad nacional. Entre las materias que deberán ser siempre consideradas como

5 Informe sobre Proyecto de Ley que crea la Subsecretaría de Derechos Humanos y establece adecuaciones en la Ley Orgánica del Ministerio de Justicia. Boletín 8207-07. Informe aprobado por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 4 de noviembre de 2013-sesión 179.

una prioridad en el Plan Nacional de Derechos Humanos, las indicaciones incluyen “la adopción de políticas de reparación en los casos de violaciones a los derechos humanos y de preservación de la memoria histórica, en particular, aquellas ocurridas durante la dictadura militar, en el período comprendido entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1990”, la que constituye una valiosa adición al proyecto en materia de política de reparación y preservación de la memoria histórica. No obstante, el INDH estima que debiera establecerse una periodicidad para el Plan Nacional de Derechos Humanos en la misma ley.

El Instituto también valora positivamente la indicación N° 4 g) que complementa las funciones de la Subsecretaría, consagrando como nueva obligación “generar y coordinar instancias de participación y diálogo con organizaciones ciudadanas y con la sociedad civil en general, respecto de la adopción de políticas públicas, planes y programas en materia de derechos humanos, con objeto de promover y garantizar el respeto efectivo de los derechos humanos en los diferentes ámbitos del quehacer nacional, tomando en consideración y, en su caso, remitiendo a las instancias competentes las peticiones que estas les formulen. Asimismo la indicación N° 5 ii) consagra la posibilidad que representantes de la sociedad puedan asistir al Comité Interministerial en calidad de invitados con derecho a voz, como también personas de reconocida competencia en materia de derechos humanos. El INDH releva la importancia de las indicaciones presentadas por el Ejecutivo que determinan mecanismos de interacción entre la sociedad civil organizada y la nueva institucionalidad de derechos humanos, garantizando una vía para que su opinión y conocimiento sea considerado en la formulación de las políticas públicas, planes y programas en materia de derechos humanos.

Las indicaciones presentadas por el Ejecutivo representan un avance y un perfeccionamiento del proyecto, recogiendo varias de las observaciones previamente realizadas por el INDH. Sin embargo, persisten algunas preocupaciones. La principal se refiere a la nula referencia en el proyecto de ley al establecimiento, en el marco de la Subsecretaría, de las funciones relativas a conocer y calificar casos de violaciones sistemáticas de derechos humanos, continuando de esta manera la labor de la Comisión Asesora Presidencial para la

Calificación de Casos de Detenidos-Desaparecidos, Ejecutados Políticos y Víctimas de Prisión Política y Tortura. Como reiteradamente se ha hecho ver al Gobierno, se requiere de la generación de una instancia de Calificación Permanente de víctimas de violaciones a los derechos humanos del período 1973-1990, que pueda procesar la eventual entrega de nuevas evidencias que surjan al respecto, para dar así cumplimiento efectivo al deber de garantizar el derecho a la verdad de las víctimas y la sociedad en general en relación con este tipo de crímenes, dotando al Estado de una instancia estable en el tiempo. Esta necesidad se condice además, con el propio Mensaje del proyecto original, que indicaba que “[s]e espera tenga la Subsecretaría de Derechos Humanos en el diseño y desarrollo de estudios, planes y programas destinados a la reparación de víctimas de violaciones a los Derechos Humanos”.

Otro aspecto que preocupa al INDH es que el Proyecto no menciona el modo de coordinación que tendrá la futura Subsecretaría con el actual Programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior y Seguridad Pública. Esta interacción debe ser resuelta en dos ámbitos; el primero de ellos, asegurando la no afectación de las actuales competencias y recursos del Programa del Ministerio del Interior; y en segundo término, garantizando que se dé cumplimiento del deber de asistencia a las víctimas y persecución oficiosa de todos aquellos delitos que constituyen crímenes de lesa humanidad, lo que hoy no se cumple de manera efectiva, por carecer el Ministerio del Interior de las competencias legales para iniciar de oficio querellas por el delito de torturas. En efecto, el INDH, ya en su primer Informe Anual del año 2010, se refirió a la necesidad de proporcionar asistencia legal y reparación a las víctimas sobrevivientes del crimen de tortura.

Respecto del Consejo Interministerial de Derechos Humanos, en virtud de la ampliación de sus atribuciones, el INDH recomienda aumentar las sesiones mínimas por año con el propósito que la Comisión Interministerial cuente con los espacios de diálogo adecuados para el cumplimiento de sus funciones.

El INDH destaca la necesidad de dotar a la Subsecretaría de un presupuesto suficiente que le permita ejercer de forma integral los roles de promoción y coordinación establecidos. Por último, se sugiere revisar la indicación que contiene la

referencia a la función del Ministerio de Justicia y de la Subsecretaría de Derechos Humanos en términos de colaborar con la defensa del Estado en causas internacionales de violaciones a los derechos humanos, por ser incompatible con la finalidad de la institución y al resto de sus atribuciones.

MECANISMO NACIONAL DE PREVENCIÓN CONTRA LA TORTURA

La Asamblea General de Naciones Unidas el año 2002 aprobó el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, el cual consagra una serie de obligaciones a los Estados partes, entre ellas, el deber de establecer un mecanismo nacional de visitas periódicas a los lugares donde se encuentren personas bajo la custodia y dependencia del Estado para evitar la ocurrencia de actos que entrañen torturas, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. El Estado de Chile ratificó el Protocolo⁶, contrayendo obligaciones internacionales de carácter vinculante, sin embargo, se encuentra en mora de implementación del mecanismo desde diciembre de 2010.

El INDH ha relevado cómo los recintos destinados a la privación de libertad constituyen espacios propicios para la comisión de actos constitutivos de tortura y otros apremios (INDH, Informe Anual, 2013, pág. 77 a 88) y ha instado al Estado a dar cumplimiento a los compromisos internacionales que ha adquirido y a reforzar la institucionalidad en derechos humanos, recomendando la creación del MNPT (INDH, Informe Anual, 2012, pág. 87). Durante el transcurso de este año el INDH ha presentado 16 querellas por apremios ilegítimos ejercidos por funcionarios públicos contra personas privadas de libertad⁷, lo cual da cuenta de la urgencia y necesidad de diseñar e implementar una política de prevención contra la tortura a cargo de un órgano especializado como el MNPT.

El Estado de Chile informó en diversas oportunidades que designaría al INDH como mecanismo nacional de prevención

contra la tortura⁸. Durante el año 2013, a solicitud del INDH se conformó una mesa técnica de trabajo junto con el Ministerio de Justicia con el propósito de revisar todos los aspectos de la propuesta y la adecuación normativa necesaria con el objeto de asegurar la implementación de conformidad a los estándares y principios establecidos del MNPT.

Durante 2014 los mecanismos internacionales se han pronunciado respecto de la falta de implementación del MNPT. En el marco del EPU 2014 se recomendó a Chile agilizar la adopción de medidas destinadas a la creación del mecanismo⁹. En julio de 2014, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en sus observaciones finales destacó el anuncio del Estado de Chile de designar al INDH como el mecanismo nacional de prevención contra la tortura. Sin embargo, manifestó su preocupación por la no adopción de medidas concretas para el establecimiento del MNPT subrayando el deber del Estado de "agilizar la adopción de las medidas jurídicas necesarias para crear un mecanismo nacional de prevención independiente"¹⁰.

Asumidas las nuevas autoridades de gobierno, en marzo de 2014, el INDH puso en conocimiento del Ministro de Justicia el estado de avance en materia de implementación del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura, y solicitó que el trabajo de la mesa técnica continuara con la nueva administración. Con fecha 20 de mayo de 2014 en reunión sostenida con la Unidad de Derechos Humanos de dicha repartición, se informó que la implementación del Mecanismo se haría por medio de un proyecto de ley y posteriormente, ante el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, se señaló por la representante del Estado que el Mecanismo estaría bajo la dependencia del INDH¹¹. De acuerdo con lo expresado por el propio gobierno en el

6 Decreto Supremo N° 340, Ministerio de Relaciones Exteriores. Diario Oficial 14 de febrero de 2009.

7 Desde el establecimiento del INDH a octubre de 2014 se interpusieron 41 querellas por apremios ilegítimos.

8 El 28 de diciembre de 2009 mediante comunicación al Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, el Estado anunció que había determinado entregar la función del mecanismo nacional de prevención al INDH. El Estado reiteró esta afirmación en el Cuarto Informe Anual del Subcomité para la Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, el 3 de febrero de 2011, y ante el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en marzo de 2012, al señalar que se estaba analizando la manera en que sería implementado.

9 Recomendación 121.126.

10 Observaciones Finales, Comité de Derechos Humanos, 2014, recomendación N° 17.

11 Sesión 111 de fecha 7 y 8 de julio de 2014.

marco del segundo Examen Periódico Universal, “En diciembre de 2009, Chile informó al Subcomité para la Prevención de la Tortura que las funciones del MNPT se entregarían al recién creado INDH (recomendación 14). Desde diciembre de 2012 dicha institución, junto con el Ministerio de Justicia, trabajan en la reglamentación para su implementación. Esta tarea constituye un desafío pendiente para el fortalecimiento institucional en derechos humanos en el país”.

Con posterioridad, en el Foro Regional de la Asociación para la Prevención de la Tortura (APT) sobre el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura, realizado en la ciudad de Panamá, del 30 de septiembre al 2 de octubre; los representantes del gobierno de Chile informaron que la implementación del MNPT, tomando como base la propuesta del INDH estaba en proceso de discusión al interior del Ministerio de Justicia; convocándose a una reunión en octubre. En dicha reunión se señaló que se elaboraría un documento marco por parte del Ministerio de Justicia sobre el MNPT, las distintas alternativas de implementación y el itinerario del mismo, que se validaría con diversos actores nacionales e internacionales con experticia en la materia, antes de finalizar el año.

REFORMA A LA JUSTICIA MILITAR

El derecho a acceder a un juez o tribunal competente, imparcial e independiente constituye uno de los principios fundamentales del derecho procesal penal que en criterio del Comité de Derechos Humanos no admite excepciones¹². Este derecho se encuentra consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en términos tales que “[t]oda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial...”¹³. A su vez el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos desarrolla este derecho en términos similares al indicar que: “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona

tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil”¹⁴. De acuerdo con la sentencia de la Corte IDH en el caso Palamara Iribarne vs. Chile¹⁵, Chile no da garantías adecuadas a este derecho en materia de justicia militar. Fundamentalmente son tres los ámbitos de tensión presentes en nuestra legislación penal militar que han sido objeto de cuestionamientos por el fallo: a) la competencia otorgada a los órganos de la judicatura militar que posibilita el juzgamiento de militares —incluidos Carabineros— por hechos constitutivos de delitos comunes, b) la organización y estructura de los tribunales militares en violación a los principios de independencia e imparcialidad, y c) el procedimiento establecido, eminentemente inquisitivo, secreto y escriturado que contraviene las garantías mínimas del debido proceso¹⁶.

Desde el establecimiento del INDH la estructura procesal y funcionamiento de la justicia castrense ha sido objeto de análisis y preocupación, especialmente por las vulneraciones al derecho a un debido proceso. El INDH ha relevado la necesidad de modificar la justicia militar; y ha recomendado al Poder Ejecutivo y Legislativo desarrollar una reforma de manera de circunscribir la competencia de los juzgados militares al conocimiento de delitos cometidos por personal militar, en recintos militares, en cumplimiento de funciones militares y por delitos militares¹⁷. Si bien el INDH valora la reforma realizada en el año 2010, que excluyó del ámbito de competencia de los tribunales militares el juzgamiento de civiles y mayores de edad cuando tienen la calidad de imputados, esta es insuficiente a la luz de los estándares internacionales de derechos humanos.

Durante 2014 instancias internacionales han reiterado su preocupación por la ausencia de reformas significativas a la

12 Comité de Derechos Humanos, Observación General Nº 32 —artículo 14. El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia—. Doc. ONU CCPR/C/GC/32, 23 de agosto de 2007. El Comité en esta Observación señala que “El requisito de la competencia, independencia e imparcialidad de un tribunal en el sentido del párrafo 1 del artículo 14 es un derecho absoluto que no puede ser objeto de excepción”.

13 Art. 8.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos.

14 Art. 14.1 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

15 Corte IDH. Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Sentencia de fondo, reparaciones y costas, de 22 de noviembre de 2005; Supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución de 1 de julio de 2011.

16 Ibídem. Párr. 142, 143, 144, 155, 162, 174, 179 y 180.

17 Ver Informe Anual 2010, págs. 105 a 112; Informe Anual 2011, págs. 99 a 106;

justicia militar, de tal manera que esta se adecue a los estándares internacionales de derechos humanos. Por una parte el Comité de Derechos Humanos determinó que el Estado de Chile "...debe modificar las normas penales militares vigentes para excluir del fuero militar los casos de violaciones de derechos humanos. Asimismo, debe prohibirse que los tribunales militares juzguen a civiles"¹⁸. En el mismo sentido, en el marco del Segundo Examen Periódico Universal (EPU) 2014 se recomendó a Chile "Garantizar que la jurisdicción de los tribunales civiles se aplique también a los casos en que miembros del cuerpo de Carabineros estén acusados de violaciones de los derechos humanos". Además, se hizo un llamado a "Reformar la justicia militar para excluir a los civiles de su jurisdicción y limitarla al conocimiento de delitos de función militar" y "adecuar el sistema de la justicia militar a las normas internacionales para garantizar el derecho a un juicio imparcial". Finalmente exhortó al Estado a profundizar "los esfuerzos tendientes a avanzar en una reforma orgánica y procesal con el objetivo de eliminar la aplicación de la pena de muerte en todas las hipótesis contempladas en el Código de Justicia Militar"¹⁹.

El Estado de Chile mantiene pendiente la adopción de las medidas legislativas adecuadas que permitan dar cumplimiento a lo ordenado por la Corte IDH en el Caso Palamara Iribarne vs. Chile, y que garantice el derecho a un debido proceso legal y un tratamiento conforme al principio de igualdad. En el presente año no se han adoptado medidas legislativas en la materia, no obstante, el Ministerio de Defensa ha informado al INDH que está abocado a la tarea de impulsar un proyecto de reforma a la justicia militar con el fin de hacer las modificaciones necesarias para que esta se encuentre en conformidad con los estándares internacionales de derechos humanos. La misma contemplaría una nueva orgánica, un nuevo procedimiento y una delimitación del ámbito penal sustantivo. El plazo para el ingreso del o los proyectos de ley está previsto para el primer semestre del año 2015²⁰.

No obstante la ausencia de novedades en materia legislativa, el INDH destaca positivamente los avances jurisprudenciales que han mostrado el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, puesto que en casos emblemáticos sobre la materia, ambas Cortes han desestimado la aplicación de la justicia militar para el conocimiento de causas por delitos comunes, con víctimas civiles y cometidos por personal uniformado. El presente año, el Tribunal Constitucional, en los casos Enrique Eichin²¹ y Marcos Antilef²², ambos en contra de funcionarios de Carabineros de Chile, acogió los requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad

21 Tribunal Constitucional, el 6 de mayo de 2014, Rol N° 2493-13 INA, sobre requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Enrique Eichin Zambrano. Los hechos que motivaron la querrela criminal y posterior requerimiento ante el Tribunal Constitucional transcurrieron el día 11 de abril de 2013, en circunstancias de que la víctima se retiraba de las cercanías de la Estación Mapocho, después de haber participado en una marcha convocada por organizaciones de estudiantes y profesores. En dicha oportunidad apareció un piquete de carabineros que se abalanzó contra los manifestantes que se encontraban en calle Bandera, entre las calles Aillavilú y General Mackenna, de la ciudad de Santiago, recibiendo la víctima un impacto de balín de pintura en su ojo derecho, disparado por un efectivo de Fuerzas Especiales de Carabineros de Chile. Producto del impacto la víctima, de profesión arquitecto, perdió la visión de su ojo derecho. La gestión judicial en la que incide la acción de inaplicabilidad es la investigación penal iniciada por querrela criminal por lesiones graves gravísimas, RIT 11463-2013, RUC N° 1310018169-4, del Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago. El 22 de julio de 2013, el Juez de Garantía, ante el requerimiento del Ministerio Público rechazó la solicitud de declinar la competencia a favor de la jurisdicción militar y retuvo la competencia para conocer de los hechos. El Ministerio Público apeló ante la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 2166-2013. El Tribunal Constitucional decretó la suspensión de la gestión judicial en que incide el requerimiento.

22 Tribunal Constitucional el 17 de junio de 2014, Rol N° 2492-2013, sobre Acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, deducida por el INDH. La gestión judicial pendiente en que incide esta acción de inaplicabilidad es la apelación por declaración de incompetencia del Juzgado de Garantía de Linares, en investigación RUC N° 1310013303-7, RIT 1812-2013 por tormentos y apremios ilegítimos, proceso iniciado por querrela criminal presentada por el Instituto Nacional de Derechos Humanos por el delito de apremios ilegítimos y tormentos, establecido en el artículo 150 A del Código Penal. Los hechos que motivaron la querrela criminal sucedieron en septiembre de 2012, cuando el carabinero Marco Antilef, perteneciente a la dotación del retén de Palmilla, estando fuera de servicio, conduciendo su vehículo particular bajo los efectos del alcohol cae a una zanja y es detenido por tres carabineros de su misma unidad policial: el Sargento 2° Eduardo Toledo López, el Cabo 2° Cristian Bustos Cornejo y el Carabinero Francisco Lagos Gómez, de quienes recibe insultos y expresiones discriminatorias por su pertenencia mapuche y conducido al retén de Palmilla es fuertemente golpeado con puños y pies por estos tres carabineros, lesiones que le causaron fractura cervical y tetraplejia. El Tribunal Constitucional, en sentencia de 17 de junio de 2014, declaró inaplicables los preceptos impugnados del Código de Justicia Militar.

18 Comité de Derechos Humanos 2014, Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Chile, párr. 22.

19 Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal, Chile, Consejo de Derechos Humanos, 26° período de sesiones, A/HRC/26/5. Recomendaciones 121.109 a 121.112.

20 Información proporcionada al INDH por el Ministerio de Defensa, 3 de septiembre de 2014.

del artículo 5° N° 3²³ del Código de Justicia Militar, en virtud del cual se otorga competencia a la jurisdicción castrense por los delitos cometidos en “actos de servicio” por funcionarios de las FFAA y de Orden, sin importar si el delito es de carácter común o si en él existen intervinientes civiles. La decisión de la Corte Constitucional se fundamentó sobre la base que “la Corte Interamericana de Derechos Humanos, intérprete auténtico de la aludida convención, ha sentado jurisprudencia en orden a que la justicia militar carece de jurisdicción sobre intervinientes civiles y que solo puede investigar y sancionar la afectación de bienes jurídicos relacionados con la función castrense”²⁴, y por lo tanto de acuerdo con los antecedentes de ambos casos, en relación con la preferencia de la justicia militar por sobre la justicia ordinaria para el conocimiento de esos asuntos no cabrá duda de “que la aplicación conjunta de los preceptos impugnados provoca una vulneración de los derechos a ser oído por un juez competente, a la publicidad del proceso y a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial, con transgresión de los preceptos contenidos en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 19, N° 3°, de la Constitución Política de la República”²⁵. De esta manera, y dentro del ámbito de su competencia, el Tribunal Constitucional en ambos fallos “entiende contribuir al cumplimiento del deber impuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al Estado de Chile para adecuar el ordenamiento jurídico interno a los estándares internacionales sobre jurisdicción penal militar”²⁶. En la sentencia que acoge el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en el caso de Marcos Antilef, el Tribunal realiza una reflexión adicional al señalar que los crímenes y simples delitos cometidos por funcionarios de Carabineros en el contexto de labores policiales, no pueden

ni deben ser considerados como parte del ejercicio de sus funciones, expresándolo de la siguiente manera “las lesiones sufridas por la víctima no pueden calificarse como actuaciones que formen parte de un acto de servicio, ni que su comisión amerite la posible aplicación de un tipo penal que resguarde bienes jurídicos especiales y de carácter militar”, y por lo mismo, “no existe una justificación constitucionalmente admisible para que a una persona, civil o militar, se le impida ejercer derechos como víctima de un delito común, y se le prive de un proceso racional y justo”²⁷.

Por su parte, la Corte Suprema se pronunció en dos oportunidades sobre la falta de idoneidad de la jurisdicción castrense para conocer y fallar causas que involucran a funcionarios policiales en hipótesis de comisión de delitos comunes. En el primer caso²⁸ debió resolver una contienda de competencia surgida entre el Segundo Juzgado Militar de Santiago y el Juzgado de Garantía de Rancagua, puesto que ambos tribunales reclamaron el conocimiento del caso²⁹. En fallo unánime, la Segunda Sala de la Corte Suprema³⁰ resolvió que el tribunal competente para conocerlo era el Juzgado de Garantía de Rancagua. La decisión del máximo tribunal descansó sobre la idea de que la regla que sustrae a todo evento de la competencia de los tribunales militares a los civiles y menores de edad (artículo 1° Ley 20.477³¹), pensada originalmente solo para imputados, también debía ser aplicadas a las víctimas civiles, ya que de lo contrario se les estaría privando de todas las garantías procesales contempladas en la justicia ordinaria, ausentes en la judicatura castrense. De la misma manera –razonó

23 Art. 5° Corresponde a la jurisdicción militar el conocimiento:
3° De las causas por delitos comunes cometidos por militares durante el estado de guerra, estando en campaña, en acto del servicio militar o con ocasión de, en los cuarteles, campamentos, vivaques, fortalezas, obras militares, almacenes, oficinas, dependencias, fundiciones, maestranzas, fábricas, parques, academias, escuelas, embarcaciones, arsenales, faros y demás recintos militares o policiales o establecimientos o dependencias de las Instituciones Armadas;

24 Tribunal Constitucional, el 6 de mayo de 2014, Rol N° 2493-13 INA, sobre requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Enrique Eichin Zambrano. Considerando octavo.

25 Ibídem. Considerando noveno.

26 Ibídem. Considerando décimo segundo.

27 Tribunal Constitucional, el 17 de junio de 2014, Rol N° 2492-2013, sobre Acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, deducida por el INDH.

28 Corte Suprema, Sentencia de 12 de agosto de 2014, Rol N° 12.908-14.

29 El caso aborda la muerte de Jorge Aravena Navarrete acaecida el día 17 de febrero de 2014, quien tras ser detenido por Carabineros fue esposado y obligado a subir a un furgón policial, permaneciendo al menos unas ocho horas en su interior en condiciones de falta de ventilación e inadecuado acceso a oxígeno, lo cual provocó su muerte. La víctima fue encontrada por funcionarios de carabineros fallecida alrededor de las 23:00 horas a pesar de que a las 15:00 horas el fiscal de turno había ordenado su libertad.

30 Integrada por los ministros Milton Juica, Hugo Dolmestch, Carlos Künsemüller, Haroldo Brito y Lamberto Cisternas.

31 Artículo 1°.- Restricción de la competencia de los tribunales militares. En ningún caso, los civiles y los menores de edad estarán sujetos a la competencia de los tribunales militares. Ésta siempre se radicará en los tribunales ordinarios con competencia en materia penal.

el fallo de la Corte— llevar a la víctima a la justicia militar, implicaría privarla ilegítimamente de la protección constitucional que el Ministerio Público está obligado a dar a las víctimas durante el proceso penal. Por lo mismo, los derechos de la víctima encontrarán un mayor reconocimiento mientras el proceso se conduzca a través de la justicia ordinaria al ser mayores sus posibilidades de acción, lo que también ocurrirá con los imputados, a la luz del estatuto de garantías consagrado en el párrafo 4 del título IV del Libro I del Código Procesal Penal³².

La Corte Suprema, en el fallo referido, relevó además como una cuestión fundamental el principio de que no se puede entender que está dentro de la esfera de las atribuciones de los funcionarios policiales la posibilidad de cometer delitos, es decir, que cuando un policía comete un delito, siempre deberá entenderse que actuó por fuera de las atribuciones reconocidas por la ley. Sostuvo el fallo que en el caso de la muerte por asfixia de Jorge Aravena Navarrete no podría considerarse que por el solo hecho de haber intervenido funcionarios policiales, convierte a la vida humana independiente en un objeto de protección militar. Cuando una persona muere por la acción de otro/a solo puede ser considerado como un delito común, de conocimiento de los tribunales civiles³³. La importancia del fallo comentado es que la Corte Suprema otorgó una nueva interpretación a la Ley 20.477, que modificó el Código de Justicia Militar el año 2010, en la medida en que determina que la justicia militar no puede conocer de causas por delitos ordinarios en las que intervengan tanto imputados como víctimas civiles, debido a que el procedimiento castrense no ofrece las garantías mínimas del debido proceso, es decir, un juez natural, un procedimiento imparcial, oral, público y contradictorio, ni las demás garantías procesales para los intervinientes³⁴.

32 Corte Suprema, Sentencia de 12 de agosto de 2014, Rol N° 12.908-14, considerando quinto.

33 *Ibidem*, considerando séptimo.

34 El INDH ha manifestado la necesidad de adecuar los procedimientos de la justicia militar al debido proceso, toda vez que mantiene vigentes hipótesis de delitos que no son propiamente militares, cuando el victimario o imputado sea un militar (incluidos Carabineros de Chile) y la víctima del mismo sea un civil. Ver Informe Anual 2011, págs. 101 a 106.

Después de que el Tribunal Constitucional acogiera la inaplicabilidad del Caso de Marcos Antilef³⁵, se reactivó la gestión pendiente ante la Corte Suprema³⁶. Al respecto, el máximo tribunal resolvió³⁷ que el Juzgado de Garantía debía conocer del asunto y no la fiscalía militar, fundamentando su decisión en los argumentos desarrollados por el Tribunal Constitucional³⁸, reiterando que la víctima tiene mayores garantías en sede penal ordinaria que en sede militar.

REFORMA A LA LEY 18.314 QUE DETERMINA CONDUCTAS TERRORISTAS Y FIJA SU PENALIDAD (LEY ANTITERRORISTA)

En relación con la aplicación de la Ley 18.314, que determina conductas terroristas y fija su penalidad, el INDH ha planteado en diversas oportunidades la necesidad de reeditar modificaciones³⁹, en particular fijando de manera clara

35 Tribunal Constitucional el 17 de junio de 2014, Rol N° 2492-2013, sobre Acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, deducida por el INDH.

36 Recurso de Queja interpuesto por el INDH en contra de los integrantes de la Corte de Apelaciones de Talca en razón de las faltas o abusos graves cometidos al dictar la sentencia de doce de julio de dos mil trece por la cual confirmaron la decisión de la Jueza del Tribunal de Garantía de Linares, dictada en la causa Rit N° 1812-2013, por el delito de torturas, en cuya virtud estimó que la competencia para conocer del asunto radicaba en la jurisdicción militar.

37 Corte Suprema, 1 de septiembre de 2014, Rol N° 4639-13.

38 Considerando 4° Que esta Corte también comparte el criterio que no puede considerarse que la sola circunstancia de encontrarse carabineros en servicio activo o en un recinto policial permita asumir que los delitos que cometan en esas circunstancias se efectuaron con ocasión del servicio militar, ya que ello implica trasladar impropiaamente a la judicatura especial un hecho común apartado totalmente de las funciones que atañen al aludido servicio militar, y que, por ello, son de conocimiento de la justicia ordinaria. Considerando 5° Que es acertado sostener que a la víctima de estos ilícitos se le reconoce un mayor número de prerrogativas dentro del procedimiento seguido ante la judicatura ordinaria, principalmente la posibilidad de ejercer la acción penal, derecho consagrado a nivel constitucional a raíz de la modificación introducida al artículo 19 N° 3 de la Carta Fundamental por la Ley N° 20.516. Por lo mismo, los derechos de la víctima encontrarán un mayor reconocimiento mientras el proceso se conduzca a través de la justicia ordinaria, lo que también ocurrirá con los imputados, a la luz del estatuto consagrado en el párrafo 4 del Título IV del Libro I del Código Procesal Penal.

39 En el Informe Anual 2010, tras señalar serias deficiencias sustantivas y procesales incompatibles con un Estado de Derecho democrático, se recomendaba hacerla plenamente compatible con las normas que garantizan el derecho al debido proceso. En el Informe Anual 2011 se incluye un sintético pero profundo análisis normativo donde se destacan los siguientes problemas, que llevan a concluir que pese a las modificaciones legales efectuadas persisten algunas incompatibilidades entre la ley y la garantía de respeto del principio de legalidad y el derecho a contar con un debido proceso.

lo que constituye terrorismo y mejorando las garantías del debido proceso (INDH, 2014b).

En tanto, el Comité de Derechos Humanos exhortó al Estado de Chile a “reformular la Ley Antiterrorista y adoptar una definición clara y precisa de los delitos de terrorismo para asegurar que las actividades que realizan los agentes del orden en el marco de la lucha contra el terrorismo no estén dirigidas a determinadas personas por su origen étnico o cualquier motivo social o cultural. Asimismo, debe asegurar que las garantías procesales, contenidas en el artículo 14 del Pacto, sean respetadas. El Comité insta al Estado parte a abstenerse de aplicar la Ley Antiterrorista en contra de los Mapuches (sic)”⁴⁰. Al respecto, cabe señalar que en el caso *Norín Catrín y otros vs. Chile*, la Corte IDH determinó que la mayor aplicación a miembros del pueblo mapuche de esa ley penal que tipifica conductas terroristas, por sí misma, no permite concluir que se ha dado la alegada aplicación selectiva de carácter discriminatorio⁴¹. Por su parte, en el marco del Segundo Examen Periódico Universal (EPU) 2014 se recomendó al Estado de Chile “Seguir adaptando la legislación antiterrorista a las normas internacionales, en particular con respecto a la definición de los delitos de terrorismo y el derecho a un juicio imparcial” y “Adoptar medidas, aplicando los procedimientos adecuados, para que la Ley Antiterrorista no menoscabe los derechos de los pueblos indígenas...”⁴².

En el marco del sistema interamericano, el 29 de julio de 2014, la Corte IDH publicó la sentencia del Caso *Norín Catrín y otros vs. Chile*⁴³, en el que se determinó la responsabilidad internacional del Estado de Chile por la violación del principio de legalidad y el derecho a la presunción de inocencia en perjuicio de las ocho víctimas del caso, por haber mantenido vigente y aplicado el artículo 1° de la Ley

Antiterrorista (modificado en 2010), que contenía una presunción de finalidad o intención terrorista de los/as hechos/as la que se desprendía a partir de distintas hipótesis que contemplaba la ley. La Corte IDH sostuvo que en la fundamentación de las sentencias condenatorias se utilizaron razonamientos que denotan estereotipos y prejuicios, lo cual configuró una violación del principio de igualdad y no discriminación y el derecho a la igual protección de la ley. El Tribunal concluyó, entre otros⁴⁴, que Chile violó el derecho de la defensa de interrogar testigos en los procesos penales contra Pascual Huentequeo Pichún Paillalao y Víctor Manuel Ancalaf Llaupé, además se vulneró el derecho de recurrir los fallos penales condenatorios de Segundo Aniceto Norín Catrín, Pascual Huentequeo Pichún Paillalao, Florencio Jaime Marileo Saravia, José Benicio Huenchunao Mariñán, Juan Patricio Marileo Saravia, Juan Ciriaco Millacheo Licán y Patricia Roxana Troncoso Robles. En cuanto al derecho a la libertad personal, la Corte consideró que las decisiones de adopción y mantenimiento de las medidas de prisión preventiva a que fueron sometidas las ocho víctimas del caso no se ajustaron a los requisitos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En el programa de gobierno actual figura el compromiso de no aplicar la ley antiterrorista a miembros de pueblos indígenas por actos de demanda social, y a estudiar la normativa con el fin de hacer las modificaciones correspondientes “para adecuarla a los estándares internacionales, tal como le han recomendado al Estado de Chile los órganos internacionales de protección de derechos humanos”⁴⁵. Con el propósito de hacer una evaluación técnica de la ley, que data de 1984, el Gobierno constituyó a fines de mayo

40 Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales, 2014, sexto informe periódico de Chile, párr. 7.

41 Corte IDH, Caso *Norín Catrín y otros* (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) vs. Chile, sentencia de 29 de mayo de 2014 (fondo, reparaciones y costas). Párr. 219.

42 Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal, Chile, Consejo de Derechos Humanos, 26° período de sesiones, A/HRC/26/5. Recomendación 121.22; y 121.167, en igual sentido ver las recomendaciones 121.68 y 121.69.

43 Corte IDH, Caso *Norín Catrín y otros* (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) vs. Chile, sentencia de 29 de mayo de 2014 (fondo, reparaciones y costas).

44 El Tribunal también determinó que Chile incurrió en violaciones al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión y a los derechos políticos, debido a que, en las circunstancias del presente caso, las penas accesorias que restringían esos derechos fueron impuestas de forma contraria al principio de proporcionalidad de las penas y constituyeron una grave afectación de esos derechos. Dicha afectación fue particularmente grave en el caso de los señores Ancalaf Llaupé, Norín Catrín y Pichún Paillalao, por su condición de líderes y dirigentes tradicionales de sus comunidades. Asimismo, la Corte concluyó que el Estado violó el derecho a la protección a la familia en perjuicio del señor Víctor Manuel Ancalaf Llaupé al haberlo recluso en un centro penitenciario muy alejado del domicilio de su familia y al denegarle en forma arbitraria las reiteradas solicitudes de que se le trasladara a un centro penitenciario más cercano. Por último, el Tribunal ordenó un conjunto de medidas de reparación.

45 <http://michellebachelet.cl/programa/>, pág. 174.

del presente año, una comisión de expertos⁴⁶, la que tuvo como objetivo elaborar un informe con recomendaciones específicas para modificar la normativa vigente⁴⁷. El aporte del INDH a la discusión sobre una reforma integral a la Ley 18.314 se construyó, por una parte, desde los estándares de derechos humanos que resultan aplicables y, por otra, desde la observación directa y seguimiento que se ha realizado de los juicios en que se ha invocado la Ley Antiterrorista desde la creación del INDH⁴⁸, además de la información recopilada sobre los otros casos en que se ha intentado aplicar dicha normativa. En su exposición, el Instituto revisó el marco normativo internacional que mandata a perseguir el terrorismo y algunos problemas de su regulación a nivel constitucional. También se refirió a los principales problemas que plantea el tipo penal consagrado en la Ley y se refirió a un conjunto de problemas procesales que se verifican en su aplicación (INDH, 2014b).

El INDH planteó que la definición de delito terrorista no satisface las exigencias de los principios de legalidad y tipicidad, y en definitiva, en todos los casos observados la calificación

finalmente se inclinó por las del Derecho Penal común. En este punto la LAT vulnera los estándares contenidos en los artículos 9 de la CADH y 15 del PIDCP, además del artículo 19 N° 3 de la CPR. En cuanto al uso de testigos protegidos y delatores compensados, estas figuras han sido claves en la aplicación de la LAT en La Araucanía, generando diversas y graves irregularidades en los procesos respectivos. Si bien la protección de la identidad de los testigos es admitida por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁴⁹, es deber de los órganos del Estado velar por que esa herramienta se concilie con el derecho a la defensa y el ejercicio de la jurisdicción de garantía.

Asimismo, el Instituto ha podido constatar el fenómeno del uso indirecto de la LAT, ya sea en relación con juicios de adolescentes —que han sido legalmente excluidos de la aplicación de dicha ley— y también tratando de usar en juicios por delitos comunes pruebas obtenidas en el marco de la LAT (INDH, 2014b:12). Dicha tendencia atenta contra el carácter excepcionalísimo de la respuesta penal frente al terrorismo y en el caso de los adolescentes vulnera también la normativa nacional e internacional sobre protección de la infancia y la adolescencia. Respecto de los plazos iniciales de detención, en la práctica queda demostrado que basta al efecto con los mecanismos normales contemplados en el CPP, por lo que el plazo de 10 días contenido en la LAT además de excesivo se presenta como innecesario, representando un riesgo de extensión injustificada de detenciones en abierta vulneración de lo dispuesto en los artículos 7.5 de la CADH y 9.3 del PIDCP.

46 La comisión es presidida por el abogado Juan Pablo Hermosilla y está conformada por la abogada María Inés Horvitz, los abogados Javier Couso, Juan Pablo Mañalich, Héctor Hernández, Enrique Aldunate, Juan Pablo Cox e Ignacio Núñez.

47 Al 31 de octubre de 2014, fecha de cierre del presente informe, el Gobierno aún no había presentado ante el Congreso Nacional el proyecto de ley que modificaría la legislación antiterrorista vigente. El 21 de octubre fue ingresado el proyecto de ley, iniciado en moción de los senadores Espina, Allamand, Chahuán, García y Prokurica, que sustituye el texto de la Ley 18.314, que determina las conductas terroristas y fija su penalidad, a fin de dar mayor protección a la ciudadanía y fortalecer la paz social.

48 El INDH ha efectuado observación directa en los siguientes juicios: “Caso Bombas” (Causa RIT 138-2011; RUC 0700277303-6 del Tercer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago); Causa “Carla Verdugo e Iván Silva” (RIT 182-2013; RUC 1200393089-9 del Sexto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago); Caso “Víctor Hugo Montoya” (RIT 24-2014 del Tribunal Oral en lo Penal de Puente Alto, RUC 1300145684-3); Caso “Peaje Quino” (Causa RUC 0900969218-2; RIT 58-2012 (adultos) y 91-2013 (adolescentes) del Tribunal Oral en lo Penal de Angol); Caso “Fundo Brasil” (Causa RUC 0910021481-1; RIT 195-2014 (adultos) y 188-2014 (adolescente) del Tribunal Oral en lo Penal de Temuco); Caso “Fundos San Leandro y Tres Luces”. (Causa RUC 0900033605-7; RIT 25-22014 (San Leandro) y RIT 23-2014 (Tres Luces), del Tribunal Oral en lo Penal de Temuco); Caso “Tur Bus” (Causa RUC 0900697670-8; RIT 099-2013 del Tribunal Oral en lo Penal de Temuco); Caso “Celestino Córdova” (RUC 1300014341-8, RIT 220-2013 del TOP de Temuco). Además, se ha realizado seguimiento a otros casos como el de “Hans Niemeyer” (RIT 45-2013 del 7° TOP de Santiago) y “Luciano Pitronello” (RIT 150-2012 del 4° TOP de Santiago) en la Región Metropolitana, se han recopilado las sentencias dictadas y se ha solicitado permanentemente información actualizada sobre estos temas al Ministerio Público, la Defensoría Penal Pública y el Ministerio del Interior.

49 Respecto de la utilización de testigos protegidos, en el Caso Norín Catrín y otros vs. Chile, la Corte IDH determinó que “Incluso cuando se hayan adoptado medidas de contrapeso que parecen suficientes, la condena no puede estar fundada únicamente o en grado decisivo en declaraciones realizadas por testigos de identidad reservada. De lo contrario, se podría llegar a condenar al imputado utilizando desproporcionadamente un medio probatorio que fue obtenido en detrimento de su derecho de defensa. Por tratarse de prueba obtenida en condiciones en las que los derechos del inculpa-do han sido limitados, las declaraciones de testigos con reserva de identidad deben tratarse con extrema precaución, ser valoradas en conjunto con el acervo probatorio, las observaciones u objeciones de la defensa y las reglas de la sana crítica...” Párr. 247. Y la Corte concluye que “para determinar la condena se otorgó valor decisivo a la declaración de un testigo de identidad reservada, lo que constituye una violación del derecho de la defensa a interrogar testigos, consagrado en el artículo 8.2.f de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Pascual Huentequeo Pichún Paillalao”. Párr. 252.

En relación con la extensión del secreto de piezas de investigación hasta por seis meses (en comparación a los 40 días como máximo autorizado por el CPP) es uno de los mayores problemas observados en la aplicación de la LAT. En muchos casos las prisiones preventivas originalmente decretadas se basaron principalmente en dichas piezas y fueron sustituidas por medidas menos intensas apenas las defensas accedieron a las mismas. Además de contravenir el principio de igualdad de armas, se afecta directamente los estándares del artículo 8.2 de la CADH y el 14.3 del PIDCP.

En directa relación con los otros problemas detectados, existe en la aplicación práctica de la LAT la tendencia al uso extensivo de prisiones preventivas que en definitiva sobre la base de criterios como el de proporcionalidad no se justificaban (toda vez que los delitos en definitiva no fueron calificados como terroristas y/o fue desestimada la prueba de cargo para acreditar la participación). Dicha tendencia contraviene toda la regulación internacional y nacional sobre el uso restrictivo de la privación de libertad en todas sus formas. El actual Gobierno había anunciado que no invocaría la normativa mientras no se modernizara⁵⁰; sin embargo, las detonaciones ocurridas en el metro de Santiago cambiaron la situación. La primera de ellas aconteció el domingo 13 de julio cuando una bomba explotó cerca de la medianoche en un carro del Metro que se encontraba en la estación “Los Dominicos”, sin dejar heridos, pero sí daños materiales. En dicha oportunidad, en un principio no se invocó la Ley Antiterrorista, interponiéndose una querrela por porte y colocación de artefacto explosivo; si bien finalmente, la normativa fue invocada⁵¹. El hecho decisivo para la modificación de la postura del Ejecutivo sucedió el 8 de septiembre, cuando una bomba detonó al interior de uno de los basureros ubicados en la galería comercial en la estación de metro “Escuela Militar”, dejando catorce personas lesionadas de diversa gravedad. El Gobierno, frente a la peligrosidad y particularidad de los hechos —por primera vez se detonaba un artefacto explosivo durante el día, en un lugar concurrido—, decidió aplicar la Ley Antiterrorista a los presuntos responsables.

El INDH condenó lo sucedido y afirmó que “merece el unánime repudio de nuestra sociedad. Nada, ninguna causa, ningún objetivo justifica la utilización de medios que ponen en riesgo la vida e integridad física de personas inocentes. Este cobarde atentado no tiene espacio ni sentido en una sociedad democrática que aborda sus límites e imperfecciones por medios pacíficos y políticos”. Además formuló un llamado a las autoridades para que emplearan todos los recursos necesarios con el propósito de esclarecer lo sucedido y la identidad de los autores, destacando que en el proceso debían utilizarse los medios propios de un Estado democrático de derecho⁵². En la madrugada del 18 de septiembre, por medio de un operativo, se logró la identificación y la detención de tres presuntos responsables por la colocación del aparato explosivo en la estación de metro “Escuela Militar”, lo que daría cuenta de cómo la institucionalidad, las atribuciones y los recursos asignados a las policías y el Ministerio Público serían suficientes para enfrentar casos de criminalidad grave como esta. Los tres presuntos responsables fueron formalizados invocándose la Ley Antiterrorista. En el transcurso del año, el INDH ha insistido en la necesidad de revisar la actual normativa en materia antiterrorista a los fines de corregirla y ajustarla al debido proceso, y en este marco resulta necesario realizar un reproche al gobierno por haberla invocado, en circunstancias en que se había comprometido a no hacerlo en la medida que esta no cumpliera con los estándares de derechos humanos.

Tras lo ocurrido en la estación de metro “Escuela Militar” la discusión sobre la normativa antiterrorista cambió de enfoque desde la necesidad de adecuar la ley a los estándares internacionales de derechos humanos, a sostener la necesidad de dotar de amplias facultades a las policías, al Ministerio Público y a los servicios de inteligencia para emprender una lucha eficaz contra hechos terroristas en Chile. Entre las medidas que se están barajando a la fecha de elaboración de este informe se encuentran: la creación de una unidad especializada de delitos de alta complejidad del

50 <http://www.emol.com/noticias/nacional/2014/05/07/658995/gobierno-por-ultimo-atentado-incendario-en-la-araucania.html>

51 <http://www.lanacion.cl/noticias/pais/ley-antiterrorista-por-bomba-en-metro-penailillo-cree-intencion-de-danar-a-inocentes/2014-07-15/145511.html>

52 Declaración Pública del Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos por atentado en Metro de Santiago, <http://www.indh.cl/declaracion-publica-del-consejo-del-instituto-nacional-de-derechos-humanos-por-atentado-en-metro-de-santiago>

Ministerio Público⁵³; mayores recursos y atribuciones para las policías y el órgano persecutor y la posibilidad de permitir la actuación de agentes encubiertos en el Servicio Nacional de Inteligencia (ANI)⁵⁴. Respecto del último punto, llama la atención la ausencia de discusión con la que se ha abordado el tema de las técnicas de investigación encubiertas, ya que su existencia puede presentar peligros en el ámbito del pleno respeto de los derechos humanos, y por tanto, la forma que pudiera adoptar y las condiciones para su operación son cuestiones relevantes desde este punto de vista; y con mayor razón se podría replicar esta preocupación a la utilización de estas técnicas por parte de los servicios de inteligencia, fuera de cualquier límite. Más allá de la existencia o no de las actuaciones encubiertas de agentes de las policías, y las facultades que estas pudiesen generar, frente a la realidad de su existencia⁵⁵ lo fundamental es consagrar límites tanto jurisdiccionales como políticos que regulen la actividad policial en estos contextos y la supediten a una supervisión y control político⁵⁶.

El giro en la postura oficial para dar tratamiento a casos categorizados como actos terroristas, se refleja también en el caso de Víctor Montoya⁵⁷, en el cual al poco tiempo de haberse dictado la sentencia absolutoria de primera instancia desestimando el carácter terrorista y descartando su participación en los hechos consignados en el proceso, la Corte

de Apelaciones de San Miguel anuló la sentencia ordenando que se vuelva a repetir el juicio. En el primer proceso Víctor Montoya estuvo 17 meses en prisión preventiva.

Otro evento grave asociado a la colocación de artefactos explosivos durante el año 2014 tiene lugar con la muerte de Sergio Landskron, en el barrio Yungay, la madrugada del 25 de septiembre, quien falleció a consecuencia de la explosión de una bomba artesanal puesta en el interior de una mochila. En el marco de la investigación desarrollada por el Ministerio Público, Carabineros y la Policía de Investigaciones se determinó que el joven no tuvo participación en la colocación del artefacto explosivo que le quitó la vida. De acuerdo con las pericias realizadas a las cámaras de seguridad y los antecedentes recabados a la fecha, este transportó la bomba durante 12 minutos, y habría caminado cerca de cinco cuadras con este dispositivo, por la calle Erasmo Escala, de oriente a poniente. La investigación revela que el objetivo de la bomba habría sido la sede de una asociación de gendarmes ubicada en las inmediaciones. En virtud de los antecedentes expuestos, el Ministerio del Interior interpuso una querrela ante el 7° Juzgado de Garantía de Santiago invocando la Ley Antiterrorista contra quienes resulten responsables por la muerte de Sergio Landskron⁵⁸.

El último evento asociado a un artefacto explosivo ocurrió la madrugada del 29 de octubre cuando una bomba detonó en el frontis de un cuartel de Carabineros en Temuco y dejó un forado de 50 centímetros en un muro del recinto policial. Ante lo sucedido el Gobierno invocó la Ley antiterrorista contra los responsables de la instalación del aparato afirmando que “Tenemos una matriz de decisión, para cada caso donde haya artefactos explosivos en cuestión y en este caso la matriz que hemos usado aplica para que invoquemos la Ley Antiterrorista”⁵⁹. El INDH reitera su preocupación por la invocación de la normativa antiterrorista, ya que esta no se conforma con los estándares de derechos humanos, y especialmente este último caso, da cuenta de la inconsistencia de la decisión gubernamental toda vez que

53 Proyecto de ley, iniciado por Mensaje Presidencial, que crea el cargo de Fiscal Especial de Alta Complejidad en el Ministerio Público. Boletín 9608-07.

54 <http://www.latercera.com/noticia/politica/2014/09/674-595830-9-penaillo-confirma-que-proyecto-de-reforma-a-la-anil-cluira-agentes.shtml>

55 Chile en distintos tratados internacionales se obliga a incorporar técnicas de investigación encubiertas, como en la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional (Art. 20) y sus protocolos.

56 Como ejemplo de un propuesta para un efectivo control político del actuar policial destaca el proyecto de ley que aumenta las plantas de personal de Carabineros de Chile; modifica la ley N° 20.502, que crea el Ministerio del Interior y Seguridad Pública, y la ley N° 18.961, Orgánica Constitucional de Carabineros, Boletín N° 9336-25. El proyecto propone, entre otras aspectos, modificaciones la Art. 3 de la ley N° 20.502 aumentando las facultades al Ministerio del Interior y Seguridad Pública con el fin de otorgar herramientas para la fiscalización y control de las actuaciones de las fuerzas de seguridad y orden.

57 Joven de 23 años acusado de colocar una bomba en un retén de Carabineros de Las Vizcachas en febrero de 2013. A solicitud de la familia Montoya Encina el INDH ha desarrollado desde julio del 2013 una misión de observación en la causa contra Víctor Hugo Montoya Encina, RIT 1934-2013 ante el Juzgado de Garantía de Puente Alto y RIT 24-2014 del Tribunal Oral en lo Penal de Puente Alto.

58 <http://subinterior.gob.cl/noticias/2014/10/24/gobierno-invoca-ley-antiterrorista-por-muerte-de-sergio-landskron/>

59 <http://www.lanacion.cl/noticias/regiones/la-araucania/gobierno-invoca-ley-antiterrorista-por-bombazo-en-labocar-de-temuco/2014-10-29/132632.html> y

había afirmado que no se invocaría la normativa en el marco del “conflicto en La Araucanía”, criterio que fue modificado en el transcurso del año⁶⁰.

Es importante que en la investigación y sanción de la criminalidad grave, especialmente en aquella que pueda estar vinculada con actos de carácter terrorista, el Estado cuente con procedimientos, facultades y recursos que permitan una persecución eficaz de dichos crímenes. No obstante, tan importante como eso es que dichos procedimientos y facultades estén en consonancia con los derechos y garantías propias de un Estado de derecho. Solo es posible garantizar el orden y la seguridad de los/as ciudadanos/as en la medida que el actuar del Estado observe las reglas de un Estado de Derecho⁶¹.

PROTOCOLOS DE CARABINEROS PARA EL MANTENIMIENTO DEL ORDEN PÚBLICO

Durante agosto de 2014, en el marco de la Mesa de Movilizaciones Sociales convocada por la Intendencia de la Región Metropolitana, Carabineros de Chile hizo públicos sus Protocolos para el Mantenimiento del Orden Público⁶². Con anterioridad, el Instituto, en su informe del Programa de Derechos Humanos y Función Policial 2013, había señalado que la publicidad de dichos Protocolos constituye un aspecto fundamental para permitir el ejercicio de las atribuciones que la Ley 20.405 encomienda al INDH, en orden a examinar todos los actos de los órganos del Estado que digan relación con materias de su competencia, instando a Carabineros a hacer públicos los Protocolos para el Mantenimiento del Orden

Público⁶³ (INDH, 2014: 101). La publicación de estos protocolos contribuye a la profundización democrática por medio de las instituciones públicas, en tanto permiten conocer la normativa interna de Carabineros en estas materias y realizar ejercicios de control social e institucional.

Según lo informado por la Dirección General de Carabineros, los protocolos están inspirados en los principios establecidos por el derecho internacional de los derechos humanos relativos a la función policial en el contexto de las manifestaciones públicas, consistentes en el respeto por la dignidad de las personas; el uso de la fuerza sujeta a las máximas de legalidad, necesidad y proporcionalidad; el trato humano y justo a las personas privadas de libertad de acuerdo con su edad y sexo, y la responsabilidad profesional de los jefes operativos.

Su contenido se condensa en treinta protocolos que describen distintos modos de intervención aplicables a procedimientos policiales relacionados con el mantenimiento del orden público durante las manifestaciones. De manera específica se aborda el resguardo del derecho de manifestación, el restablecimiento del orden público, los procedimientos de desalojos, los procedimientos con infractores de ley, el trabajo con el INDH, así como con personas y organizaciones de la sociedad civil y con representantes de medios de comunicación.

En los Protocolos se establecen los supuestos básicos para el empleo de la fuerza y de armas de fuego. En primer lugar, se consagra el deber de limitar el empleo de los medios coercitivos al mínimo necesario. En segundo lugar, se establece que los supuestos básicos para el empleo de la fuerza en el mantenimiento del orden público son (1) el principio de legalidad dentro del cual se establece que el uso de la fuerza debe efectuarse en el cumplimiento del deber y empleando métodos (procedimientos) y medios (disuasivos

60 <http://subinterior.gob.cl/noticias/2014/08/13/subsecretario-aleuy-expone-a-diputados-criterios-para-invocar-la-ley-antiterrorista-por-colocacion-de-artefactos-explosivos/>

61 En el mismo sentido, le preocupa al INDH que la utilización de la Ley de Seguridad del Estado pudiera derivar en los mismos problemas que afectan a la Ley sobre conductas terroristas. Ver Declaración Pública del Consejo del INDH sobre los recientes hechos de violencia en La Araucanía, 8 de octubre de 2014. Disponible en www.indh.cl/declaracion-publica-del-consejo-del-indh-sobre-los-recientes-hechos-de-violencia-en-la-araucania#sthash.F3B3STkM.dpuf

62 El INDH, en virtud de la decisión de Carabineros de hacer públicos estos protocolos, los puso a disposición en el siguiente link: <http://www.indh.cl/wp-content/uploads/2014/08/PROTOCOLO-PARA-EL-MANTENIMIENTO-DEL-ORDEN-PUBLICO.pdf>

63 Durante el primer trimestre del año 2013, el INDH tomó conocimiento de la existencia de un nuevo Manual de Operaciones de Carabineros, que habría unificado varios protocolos existentes en la institución destinados a regular el control del orden público. El INDH solicitó por oficio copia de los protocolos, solicitud que fue rechazada. La negativa de Carabineros se fundó en que el referido documento tenía el carácter de secreto, atendido que su divulgación afectaría el debido cumplimiento de las funciones que la propia Constitución asigna a Carabineros de Chile, y por contener planes de operación y de servicio de dicha institución, cuyo conocimiento puede afectar la mantención del orden público o la seguridad pública.

o defensivos) que hayan sido previamente autorizados por Carabineros; (2) el principio de necesidad dentro del cual el empleo de la fuerza es el último recurso frente a la resistencia o amenaza y (3) el principio de proporcionalidad entendido como el equilibrio entre el grado de resistencia o de agresión que sufre un/a Carabinero/a y la intensidad de fuerza que se aplica para lograr que la persona se someta al control policial. Resulta valorable la incorporación de estándares de derechos humanos en los diversos protocolos y la regulación del uso diferenciado y gradual de la fuerza con distintos niveles de reacción que el personal de Carabineros debe emplear.

Dos protocolos merecen una especial mención. En primer lugar, el Protocolo 4.5 sobre Registro de Personas Privadas de Libertad, que regula cómo debe procederse en casos de registro de vestimentas a personas detenidas. Es valorable que se incorporen las obligaciones generales como el trato humano y justo y que se adopte una posición de garante atendido el estado de indefensión del detenido/a sujeta al registro. Además, se incorporan prohibiciones expresas sobre tortura y tratos crueles, inhumanos y degradantes, lo que se encuentra en armonía con los estándares internacionales en la materia.

64 Corte de Apelaciones de Temuco Rol N° 569-2014, 26 de agosto de 2014, confirmado por la Corte Suprema Rol N° 23832-2014, 10 de septiembre de 2014. Considerando QUINTO: Que el personal de Carabineros de Chile es una institución entrenada profesionalmente para controlar multitudes que alteren el orden público de cualquier forma, para lo cual tiene la facultad de utilizar diversos medios disuasivos, de los cuales se debe servir en forma racional y proporcional a la situación que en cada caso se vean expuesto a controlar, y cumpliendo los protocolos respectivos que han sido dictados por la institución. En este caso, el medio disuasivo utilizado contra los atacantes desconocidos que agredieron al personal policial fue el uso de gases químicos, sin considerar que en las cercanías del lugar existía un establecimiento educacional, claramente identificable, y que atendido el día y hora de los hechos, jueves 22 de mayo en horas de la mañana, era posible prever que en su interior se encontraban menores de edad. Considerando SEXTO: Que en la utilización de disuasivos químicos con el objeto de restablecer el orden público el día 22 de mayo de 2014 Carabineros no dio cumplimiento al protocolo existente para tal efecto, el cual rola a fojas 80 de autos. De la lectura del mismo es posible concluir que el personal policial, antes de utilizar los disuasivos químicos, tenía como obligación, entre otras que se señalan, la de verificar las condiciones del viento, realizar advertencias a los infractores con el fin de dar a conocer a todo el entorno acerca de la situación mediante el uso de altavoces, y finalmente, respetar restricciones frente al entorno, señalándose expresamente como ejemplo a hospitales, colegios, jardines infantiles, etc.

En segundo lugar, el protocolo 4.2 contiene una serie de instrucciones específicas para el desarrollo de procedimientos policiales que puedan afectar a niños, niñas y adolescentes indígenas. Al respecto se establece que debe considerarse (i) que en las comunidades indígenas los niños/as están presentes junto a las personas adultas en todas las actividades; (ii) en caso que utilicen otro idioma, se deberá priorizar su lenguaje para entregar información sobre derechos y deberes; (iii) en caso de cumplimiento de órdenes judiciales que impliquen el uso de la fuerza, se priorizará la asistencia de un facilitador cultural; (iv) que se deberá afectar en la menor medida posible los derechos de niños, niñas y adolescentes indígenas y, por último, (v) que en las declaraciones de niños, niñas y adolescentes indígenas se deberá considerar los códigos culturales indígenas. Este protocolo es especialmente relevante porque recoge la jurisprudencia desarrollada en los últimos años por los Tribunales de Justicia respecto de la vulneración de derechos de niños, niñas y adolescentes mapuche en los procedimientos policiales. Se trata, además, de un protocolo utilizado por la Corte de Apelaciones de Temuco en un Recurso de Amparo presentado por el INDH en que se acoge la acción constitucional afirmándose que Carabineros “no dio cumplimiento al protocolo existente para tal efecto”⁶⁴. En la misma línea, la Corte de Apelaciones de Valdivia acogió un recurso de amparo interpuesto por el INDH en favor de un niño y una niña mapuche, de 12 y 10 años, de la comunidad mapuche-huilliche Marraio Colihuinca⁶⁵.

65 El 1 de octubre del presente año en el contexto de un proceso reivindicatorio, algunos miembros de la comunidad mapuche-huilliche Marraio Colihuinca, procedieron a realizar una ocupación pacífica en un sector que actualmente corresponde al Fundo Lumaco Bajo, de propiedad del Sr. Edmundo Cortés Kirch, propiedad que colinda con los terrenos en el cual se encuentra la referida comunidad. La ocupación fue repelida por un importante contingente de carabineros. El procedimiento era grabado por los dos menores de edad por quienes se recurrió, con una Tablet y un teléfono celular, al poco rato Carabineros ingresó a la comunidad indígena dirigiéndose directamente a los menores, de forma violenta, gritándoles y amenazándolos, los obligaron a tirarse al suelo y a hacer entrega de los artefactos con los cuales registraban el procedimiento policial, especies que no han aparecido a la fecha. La menor fue apuntada con el arma de servicio de uno de los funcionarios policiales. Los niños fueron esposados con sus manos en la espalda, obligados a caminar varios cientos de metros hasta el furgón policial al que fueron subidos y trasladados hasta la Comisaría de Río Bueno, lugar donde fueron entregados a sus padres aproximadamente a las 23:00 horas.

y en su fundamentación resalta el incumplimiento de dos protocolos de Carabineros⁶⁶.

La elaboración de protocolos por parte de Carabineros para el mantenimiento del orden público constituye una oportunidad por medio de la cual armonizar el ejercicio de la función policial con el respeto irrestricto a los derechos fundamentales de las personas en contexto de manifestaciones públicas. Para seguir avanzando en esa dirección es necesario, en primer lugar, que los protocolos se cumplan cabalmente en la práctica y, en segundo lugar, que estos se sigan perfeccionando en ciertos aspectos donde se muestran insuficiencias. A modo de ejemplo, el INDH destaca el protocolo que ordena poner en libertad a los/as mayores de 14 años que han sido detenidos e imputados por un delito sin necesidad de un adulto responsable⁶⁷, en virtud del principio de autonomía progresiva. Observadores/as del INDH, en el contexto de detenciones de niños, niñas y/o adolescentes han podido detectar que pese a la claridad del protocolo mencionado, Carabineros de Chile sigue exigiendo la presencia de un adulto responsable como condición para liberar a los/as menores de edad detenidos/as. Otro ejemplo, que evidencia la necesidad de seguir perfeccionando los protocolos lo constituye el protocolo 2.7 relativo

al trabajo del vehículo lanzaagua y el empleo de disuasivos químicos. Si bien el protocolo determina el modo y la oportunidad para su utilización, no existe referencia alguna respecto de la composición del agua ni del gas que será empleado, de manera de asegurar que no se afecte la salud de los manifestantes ni de la población, o para el caso, del propio personal de carabineros.

El INDH destaca la importancia de la elaboración y aplicación de estos Protocolos a la función policial, y en este sentido, reconoce la preocupación que ha manifestado la Dirección General de Carabineros por incorporar el respeto al derecho a la manifestación en las medidas de control del orden público, a la luz de las normas de derechos humanos. Es un avance que necesariamente debe ser complementado con el apego irrestricto a sus disposiciones por parte del personal policial, por lo cual el INDH continuará desarrollando los procesos de observación de manifestaciones públicas para verificar su cumplimiento efectivo.

66 Corte de Apelaciones de Valdivia Rol N° 203-2014, 22 de octubre de 2014. Considerando SEXTO: Que, no puede desatenderse que en su actuar Carabineros estaba obligado a cumplir el protocolo diseñado por la propia institución, lo que no se hizo a cabalidad, es así como no se acreditó que personal femenino estuviera a cargo de la detención de los menores, tal como se indica en el apartado “Desalojo frente a ocupación o usurpación de inmueble” –fojas 153– presencia que tampoco se advierte en las fotografías acompañadas por la recurrida. Tampoco se dio cumplimiento a lo destacado en el apartado “Detención de manifestantes menores de edad (niños niñas y adolescentes) específicamente en lo referente a niños indígenas –fojas 158– que por una parte los obliga a “considerar que en las comunidades indígenas los niños están presente junto a los adultos en todas las actividades” y por otra a priorizar la asistencia de un experto en cosmovisión indígena, cuando resulte necesario el uso de la fuerza. Esto último, ubica a los agentes del Estado en la obligación de apegar sus conductas a una situación de especial consideración, no solo por la menor edad del sujeto respecto del cual ha de ejercer su función, sino también de su condición cultural diversa, lo que obliga a un estándar superior –por su calidad de menor- y distinto –por su etnicidad– en la conducta policial, lo que no se advirtió en el procedimiento desplegado. La decisión fue confirmada por la Corte Suprema en la sentencia Rol N° 27.295-14 del 30 de octubre de 2014.

67 Protocolos de Carabineros de Chile para la mantención del orden público, Detención de manifestantes niños, niñas y/o adolescentes, protocolo número 6 “Los mayores de 14 años detenidos por la imputación de un delito no requieren la presencia de un adulto responsable para su libertad”, pág. 39.

BIBLIOGRAFÍA

INDH (2011). *Informe Anual 2011 Situación de los Derechos Humanos en Chile*. Santiago, Chile

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

INDH (2013). *Informe Anual 2013 Situación de los Derechos Humanos en Chile*. Santiago, Chile

INDH (2014). *Informe Anual 2013 Programa de Derechos Humanos y Función Policial*. Santiago

INDH (2014b). *Informe sobre cuestiones a considerar en una reforma de la Ley Antiterrorista a la luz de la observación de casos realizada por el Instituto Nacional de Derechos Humanos*. Santiago.

3

CATÁSTROFES NATURALES, EMERGENCIAS Y DERECHOS HUMANOS



Fotografía: Felipe Pizarro, "Cerro Mariposa, luz entre cenizas", primer lugar categoría fotografía, Concurso Arte y Derechos Humanos 2014.



CATÁSTROFES NATURALES, EMERGENCIAS Y DERECHOS HUMANOS



El terremoto del 27 de febrero de 2010 fue una de las catástrofes de mayor envergadura en Chile¹, además de la más extendida territorialmente, ya que afectó a 50 ciudades y 900 pueblos de las regiones de Valparaíso, Metropolitana, del Libertador Bernardo O'Higgins, del Maule, del Biobío y de La Araucanía. A la intensidad y extensión del terremoto se le añade su larga duración –tres minutos– y el maremoto que le siguió, ya que con ello se incrementaron los daños y la pérdida de vidas humanas. El INDH, analizando el derecho a la vivienda adecuada, señaló cómo las personas afectadas por el terremoto y maremoto enfrentaron vulneraciones a sus derechos humanos durante el proceso de reconstrucción (INDH, Informe Anual, 2012, pág. 253).

El presente año, el terremoto que afectó al Norte Grande², y el incendio que devastó Valparaíso³ evidenciaron nuevamente la vinculación entre desastres naturales y las vulneraciones a los derechos humanos. Las catástrofes son instancias que permiten desarrollar una evaluación de la respuesta de la autoridad pública observando el funcionamiento de la

institucionalidad y analizando su desempeño con el fin de mejorar los mecanismos, normas y políticas públicas existentes para enfrentar los riesgos y consecuencias asociados a estos eventos.

La definición que Naciones Unidas da al concepto de “desastre” es el de “alteración grave del funcionamiento de una sociedad que causa pérdidas humanas, materiales o del medio ambiente que exceden la capacidad de la sociedad afectada para enfrentarla con sus propios recursos”⁴. Tales desastres pueden ser causados por las personas (como los desastres industriales o tecnológicos) o tener origen natural, los que generan, entre otros fenómenos, desplazamientos de la población afectada por destrucción de las viviendas⁵. El desplazamiento de población y su reubicación en campamentos lejos de sus hogares, en casas de parientes o en terrenos urbanos o rurales no es la única consecuencia de una catástrofe natural sobre las personas. Gran parte de la población que no se desplaza, muchas veces la mayoría, sufre perjuicios que afectan su vida, como las epidemias debido a carencia de agua potable, pérdida de su fuente de trabajo y carencias en los servicios educacionales y de salubridad.

1 Las estadísticas indican que es el quinto terremoto de mayor intensidad que se tenga registro a nivel mundial, 8,8 grados en la escala Richter.

2 El pasado 1 de abril, a las 20:46 horas, se percibió un sismo de mayor intensidad (VIII Mercalli) entre las regiones de Arica y Parinacota, Tarapacá y Antofagasta. De acuerdo con la información proporcionada por el Centro Sismológico Nacional, el sismo alcanzó una magnitud de 8,2 Richter, solicitándose evacuación preventiva por parte de ONEMI, y estableciéndose Alerta de Tsunami para todo el borde costero nacional, según indicación del SHOA. <http://www.onemi.cl/terremoto-en-el-norte/>

3 Entre los días 12 y 16 de abril de 2014 uno de los siniestros urbanos más grandes de la historia dañó a miles de viviendas en Valparaíso. El día 12 de abril se registró un incendio forestal en la comuna de Valparaíso, que conforme a los antecedentes proporcionados por la Dirección Regional de ONEMI consumió 965,2 hectáreas, de las que 28,8 correspondían a superficie ocupada por viviendas. A raíz de dicha emergencia se declaró Alerta Roja para las comunas de Valparaíso y Viña del Mar. <http://www.onemi.cl/incendio-en-valparaiso/>

4 Naciones Unidas (2003). Glosario elaborado por la Oficina del Coordinador para el Socorro en caso de Desastres.

5 Aunque se utiliza el término ‘natural’, ‘la magnitud de las consecuencias de los peligros naturales súbitos es un resultado directo de la manera en que las personas y la sociedad se relacionan con las amenazas que provienen de peligros naturales. La magnitud de las consecuencias viene por lo tanto, determinada por la acción humanitaria, o la falta de la misma’. (Directrices Operacionales del IASC sobre la protección de las personas en situaciones de desastres naturales. Proyecto de Brookings-Bern sobre Desplazamiento Interno. Mayo de 2011. Anexo 1, p. 60). <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2011/8207.pdf?view=1>

Los desastres naturales afectan los derechos humanos que los Estados están en la obligación de garantizar. En la mayoría de los casos, la ausencia de una adecuada preparación para enfrentar estas situaciones, sumada a una inadecuada planificación o a negligencia, da espacio a un escenario de vulneraciones a los derechos humanos. Así, en estos contextos es frecuente la omisión o discriminación en la distribución de la asistencia; imposición de traslados o reubicaciones inseguras o en contra de la voluntad de las personas; abusos y violencia sexual, en especial hacia las mujeres; problemas de documentación e identidad de desplazados que perdieron sus papeles. En definitiva, aumenta la posibilidad de vulneraciones a los derechos humanos si la respuesta al desastre, tanto en la etapa de emergencia como en la de reconstrucción, no se basa en un marco de derechos humanos.

ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Los principales estándares internacionales a considerar provienen de disposiciones contenidas en los diversos instrumentos jurídicos internacionales de derechos humanos⁶ y vinculantes para el Estado de Chile. Además, las Directrices Operacionales del Comité Permanente entre Organismos (IASC), sobre la Protección de los Derechos Humanos en Situaciones de Desastres Naturales (conocidas como “Directrices IASC”) constituyen el primer cuerpo de orientaciones que abordan directamente el resguardo de los derechos humanos en situaciones de desastre natural. Contienen una exhortación a los Estados para que se respeten todos los derechos humanos de las personas afectadas, se les preste asistencia sin discriminación y se establezcan medidas para evitar la violencia y garantizar su seguridad. Aun-

que las Directrices no son un instrumento internacional que vincule jurídicamente a los Estados, provee orientaciones político-técnicas que se pueden adoptar y que están dirigidas fundamentalmente a los agentes humanitarios intergubernamentales y no gubernamentales, que cuentan con el reconocimiento de las Naciones Unidas⁷.

El contenido de las Directrices recae directamente en lo que se debe hacer desde la óptica de derechos humanos cuando se enfrenta un desastre natural, con una visión integral de las necesidades de las víctimas, relevando una orientación fundamental: “Los derechos humanos constituyen el fundamento legal de toda la labor humanitaria relacionada con los desastres naturales. No existe otro marco jurídico que oriente dichas actividades”.

En relación con el derecho a la no discriminación, las Directrices señalan que los Estados tienen la obligación y la responsabilidad de proporcionar asistencia a todas las personas afectadas por desastres naturales y proteger sus derechos humanos (Principios Generales II). Por lo tanto, hace explícita la obligatoriedad de no discriminar a las personas afectadas en cuanto a satisfacción de derechos relacionados con necesidades básicas de subsistencia, como el suministro de alimentos adecuados, agua potable y saneamiento, alojamiento, vestido y servicios básicos de salud, incluso en etapas posteriores a la emergencia (Directriz B.2.1). Asimismo en relación con las medidas de reinserción a las fuentes de subsistencia de las personas afectadas, específicamente las medidas de rehabilitación y acceso a microcréditos (Directriz C.4.2). Un criterio provisto por las Directrices en la prestación de asistencia humanitaria consiste en considerar que, a fin de que todas las personas afectadas tengan un acceso seguro a dicha asistencia, debe darse la necesaria prioridad a los grupos vulnerables “como las minorías, los hogares encabezados por una sola persona, las personas de la tercera edad, las personas con discapacidad y los niños, niñas y adolescentes no acompañados o separados” (Directriz B.1.3).

6 La Carta Internacional de los Derechos Humanos incluye la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y sus respectivos protocolos. Asimismo, otros instrumentos internacionales y regionales referidos a grupos vulnerados o derechos específicos, cuyas disposiciones son aplicables a la respuesta que el Estado debe otorgar a las consecuencias de los desastres naturales: la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, el Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

7 En tal sentido, la Asamblea General de la OEA, en Resolución de mayo de 2011, acordó “alentar a los Estados Miembros a que, cuando atiendan las necesidades de los desplazados internos y las comunidades afectadas por el desplazamiento interno, consideren el Marco de Soluciones Duraderas para los Desplazados Internos” y “las Guías Operativas sobre Derechos Humanos y Desastres Naturales”, es decir, las Directrices IASC.

En cuanto al derecho a la consulta y a la participación, el Principio General V de las Directrices establece que todas las comunidades afectadas por un desastre natural tienen derecho al acceso a la información sobre las posibles medidas de mitigación de riesgos que pueden adoptarse y la asistencia humanitaria en curso, entre otros aspectos, y que deberán ser consultadas y “tener la oportunidad de hacerse cargo de sus propios asuntos, en la mayor medida posible”, así como participar en la planificación y ejecución de las distintas etapas de la respuesta.

A los estándares descritos hay que agregar las directrices del Marco de Acción de Hyogo (MAH). Naciones Unidas ha definido una Estrategia Internacional de Reducción de Desastres (EIRD) cuyo principal instrumento de implementación es el Marco de Acción de Hyogo, el cual tiene como objetivo general “aumentar la Resiliencia de las naciones y las comunidades ante los desastres al lograr, para el año 2015, una reducción considerable de las pérdidas que ocasionan los desastres, tanto en términos de vidas humanas como en cuanto a los bienes sociales, económicos y ambientales de las comunidades y los países”⁸. La Asamblea General de las Naciones Unidas ha hecho un llamado a la implementación del MAH y ha reafirmado la importancia del Sistema multisectorial de la Estrategia Internacional para la Reducción de Desastres al igual que de la Plataforma Global para la Reducción del Riesgo de Desastres (RRD) para apoyar y promover el Marco de Hyogo.

El MAH se propone reducir las pérdidas en vidas humanas, bienes sociales, económicos y ambientales de las comunidades y países, ocasionados por los desastres naturales, a partir de tres objetivos estratégicos: a) La integración de la reducción del riesgo de desastres en las políticas y la planificación del desarrollo sostenible, b) El desarrollo y fortalecimiento de las instituciones, mecanismos y capacidades para aumentar la resiliencia ante las amenazas, y c) La incorporación sistemática de los enfoques de la reducción del riesgo en la implementación de programas de preparación, atención y recuperación de emergencias.

Esos objetivos se traducen en las siguientes cinco líneas de acción prioritarias:

Prioridad 1. Garantizar que la reducción del riesgo de desastres sea una prioridad nacional y local con una sólida base institucional para su implementación.

Prioridad 2. Identificar, evaluar y monitorear los riesgos de desastres y mejorar las alertas tempranas.

Prioridad 3. Utilizar el conocimiento, la innovación y la educación para crear una cultura de seguridad y resiliencia a todo nivel.

Prioridad 4. Reducir los factores de riesgo subyacentes.

Prioridad 5. Fortalecer la preparación en caso de desastre a fin de asegurar una respuesta eficaz a todo nivel.

Esas cinco líneas prioritarias de acción incluyen también temas transversales como un enfoque integral para abordar múltiples amenazas, perspectiva de género y diversidad cultural, participación comunitaria y de voluntarios, así como el desarrollo de capacidades y transferencia de tecnología.

El Estado de Chile forma parte de los 168 países que aprobaron el Marco de Acción de Hyogo en el año 2005 y que se comprometieron a lograr, para el 2015, “la reducción considerable de las pérdidas ocasionadas por los desastres, tanto de vidas como de bienes sociales, económicos y ambientales de las comunidades y los países” (Marco de Acción de Hyogo 2005-2015. Pág. 3). Ese compromiso tiene alta relevancia, ya que forma parte de los instrumentos internacionales que configuran el marco de acción de los Estados ante los desastres naturales.

Por su parte, en el marco de la Organización Mundial de la Salud (OMS), el Reglamento Sanitario Internacional (RSI) de 2005 brinda orientaciones a los Estados para enfrentar situaciones de emergencias de salud pública y catástrofes, y está vigente en nuestro país desde junio de 2007. En relación con los criterios para identificar si un evento puede tener una repercusión de salud pública grave, se señalan las catástrofes naturales como un factor concomitante que puede dificultar o retrasar la respuesta de salud pública.

En noviembre de 2007, en la XXX Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja se adopta-

⁸ <http://www.oas.org/dsd/MinisterialMeeting/Documents/Desastres/EIRD.pdf>

ron por unanimidad las Directrices sobre la facilitación y reglamentación nacional de las operaciones internacionales de socorro en casos de desastre y asistencia para la recuperación inicial. Las Directrices son un conjunto de recomendaciones a los gobiernos sobre cómo preparar sus leyes y planes de desastres, y aconsejan, entre otros, sobre los estándares de calidad mínimos en cuanto a la asistencia humanitaria, en función de documentos legales y de política internacional existentes.

NORMATIVA NACIONAL

A nivel nacional, la Constitución Política de la República, en su artículo 1º inciso quinto, establece como “deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia”. En esta línea, el artículo 32º número 5 señala como atribución del Presidente de la República “[d]eclarar los estados de excepción constitucional en los casos y formas que se señalan en esta Constitución”, particularmente en los artículos 39º al 45º. El número 20 del artículo 32º establece que la autoridad “podrá decretar pagos no autorizados por ley, para atender necesidades impostergables derivadas de calamidades públicas, de agresión exterior, de conmoción interna, de grave daño o peligro para la seguridad nacional o del agotamiento de los recursos destinados a mantener servicios que no puedan paralizarse sin serio perjuicio para el país”. Las disposiciones constitucionales antes señaladas apuntan, por un lado, a las obligaciones del Estado de realizar acciones tendientes a proteger a las personas y resguardar el orden público; y por otro, a disponer de recursos que permitan sobrellevar situaciones de riesgo colectivo. El INDH advierte que la aplicación de los estados de excepción debe ajustarse a los estándares internacionales de derechos humanos, siendo su invocación excepcionalísima. El Estado debe garantizar que las medidas que se adopten en esos contextos respondan a los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad, no restringiendo ilegítimamente el ejercicio de los derechos humanos y, en caso que ello ocurra, garantizar el acceso a la justicia de las víctimas. Asimismo es relevante que operen los contrapesos entre los poderes políticos de representación popular para el control de la aplicación de los estados de excepción.

A nivel legal, el accionar del Estado ante eventos de causa natural se encuentra regulado por un conjunto diverso de normas, las que abordan diversas aristas de dicha respuesta. En términos de otorgamiento de facultades, la primera norma corresponde al DFL 7.912 del año 1927 del Ministerio del Interior, cuyo contenido organiza las Secretarías del Estado. Esta, en su artículo 3º letra a) indica que corresponde al Ministerio del Interior y Seguridad Pública “todo lo relativo al Gobierno Político y Local del territorio y al mantenimiento de la seguridad, tranquilidad y orden público”. La Ley 20.502 crea el Ministerio del Interior y Seguridad Pública y el Servicio Nacional para la Prevención y Rehabilitación del Consumo de drogas y alcohol, y modifica diversos cuerpos legales; y contiene normas relativas al mantenimiento de la seguridad y el orden público.

Luego, el DFL 22 de 1959 del Ministerio de Hacienda, que fija el texto de la Ley Orgánica del Servicio de Gobierno Interior de la República, establece en su artículo 20º la facultad para Intendentes y Gobernadores de “requerir de los jefes de los servicios sujetos a su fiscalización, la atención inmediata necesaria para proveer a tales emergencias”. Mientras que las letras a) y b) del artículo 26º adicionan, en el caso de los Gobernadores, la potestad de atender y procurar el auxilio de las personas en circunstancias extraordinarias.

Posteriormente, el DFL 1-19175 de 2005 del Ministerio del Interior, que fija el texto refundido, coordinado, sistematizado y actualizado de la Ley 19.175 Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional, agrega en sus artículos 2º letra ñ) y 4º letra e) la asignación a Intendentes y Gobernadores, respectivamente, la función de “[a]doptar todas las medidas necesarias para prevenir y enfrentar situaciones de emergencia o catástrofe”. Además, el artículo 16º letra f) determina como función general del Gobierno Regional “adoptar las medidas necesarias para enfrentar situaciones de emergencia o catástrofe, en conformidad a la ley, y desarrollar programas de prevención y protección ante situaciones de desastre, sin perjuicio de las atribuciones de las autoridades nacionales competentes”.

En una línea similar, la Ley Orgánica Constitucional 18.415 (1985) sobre Estados de Excepción, en su artículo 6º determina que declarado el estado de catástrofe, las facultades conferidas al Presidente de la República podrán ser delegadas,

total o parcialmente, en los jefes de la Defensa Nacional que él designe. Por su parte el artículo 7° consagra los deberes y atribuciones, entre las cuales destaca la de difundir, por los medios de comunicación social, la información necesaria para dar tranquilidad a la población y dictar las directrices e instrucciones requeridas para el mantenimiento del orden en la zona, entre otras.

Por su parte, el DFL I de 2006 del Ministerio del Interior refunde, coordina y sistematiza la Ley 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades, y en su artículo 4° letra i) otorga prerrogativas a los municipios para la “prevención de riesgos y la prestación de auxilio en situaciones de emergencia o catástrofes”.

En materia de institucionalidad, el DL 369 de 1974 realiza un aporte sustancial al crear la Oficina Nacional de Emergencia (ONEMI), definir su dependencia administrativa, organización interna y funciones. En particular, su artículo 1° señala que la ONEMI será el servicio “encargado de planificar, coordinar y ejecutar las actividades destinadas a prevenir o solucionar los problemas derivados de sismos o catástrofes”, mientras que el artículo 3° lo faculta para “[coordinar] las actividades de cualquier otro organismo público o privado que tenga relación con la solución de los problemas derivados de estas emergencias”.

Relacionado con lo anterior, la Ley 20.424 (2010) que define el Estatuto Orgánico del Ministerio de Defensa Nacional, establece en su título III la creación del Estado Mayor Conjunto. De acuerdo con su artículo 25°, este es “el organismo de trabajo y asesoría permanente del Ministro de Defensa Nacional en materias que tengan relación con la preparación y empleo conjunto de las Fuerzas Armadas”. Además, en la letra a) del mismo artículo especifica como función “[s]ervir de órgano de asesoría y trabajo en la conducción estratégica para enfrentar las situaciones que puedan demandar los estados de excepción constitucional”.

Desde una perspectiva técnica, la Ley 20.304 (2008) sobre Operación de Embalses frente a Alertas y Emergencias establece conceptualizaciones, obligaciones y delimitación de responsabilidad de los operadores encargados, así como criterios para declarar estados de alerta. Como señala el artículo 1°, todas estas disposiciones buscan

“evitar o mitigar los riesgos para la vida, la salud o los bienes públicos y privados”.

En relación con la disposición de recursos económicos, la Ley 20.444 (2010) crea el Fondo Nacional de la Reconstrucción y establece mecanismos de incentivo tributario a las donaciones efectuadas en caso de catástrofe. Específicamente en su artículo 1° indica como propósito de esta ley “financiar la construcción, reconstrucción, reposición, remodelación, restauración o rehabilitación de infraestructura, instalaciones, patrimonio histórico arquitectónico de zonas patrimoniales y zonas típicas, obras y equipamiento, ubicados en las comunas, provincias o regiones afectadas por terremotos, maremotos, erupciones volcánicas, inundaciones, aluviones u otras catástrofes que puedan ocurrir en el territorio nacional”.

Un sentido similar tiene la Ley 20.455 (2010), la cual modifica diversos cuerpos legales para obtener recursos destinados al financiamiento de la reconstrucción del país, específicamente por medio del aumento de impuestos a la renta.

En términos administrativos, la Ley 19.061 (1991) establece normas sobre fomento a obras de riego en zonas afectadas por sismos o catástrofes; la ley 20.251 (2008) dispone un procedimiento simplificado para la recepción de obras, la regularización de edificaciones existentes y la aprobación de nuevas construcciones en zonas decretadas como afectadas por catástrofe; y la ley 20.458 (2010) establece la gratuidad de las solicitudes de regularización de la posesión y constitución del dominio de la pequeña propiedad en las zonas afectadas por el terremoto y maremoto de 2010.

Finalmente, es la Ley 16.282⁹ (1965) la que aborda las situaciones de riesgo colectivo con mayor amplitud. En este sentido, se observa que en el articulado de sus títulos I y II se plantean tanto aspectos de orden técnico, como la definición de zona afectada y la noción de damnificados (artículos 1° y 2°); facultativo, como la posibilidad de dictar

⁹ Desde su promulgación, esta ley ha sido modificada por los siguientes instrumentos: Ley 16.289 (1965), ley 17.564 (1974), ley 18.522 (1986), ley 19.095 (1991), ley 19.886 (2003), ley 20.444 (2010), ley 20.582 (2012), D.L. 275 (1974), D.L. 603 (1974), D.L. 670 (1974), D.L. 1.289 (1976) D.L. 574 vía decreto 461 (1974) y Decreto 104 del Ministerio del Interior (1977, última versión 04-05-2012) que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del título I de la ley 16.282.

normas excepcionales (artículos 3° y 16°); sancionatorio, como la prohibición de lucrar con artículos de primera necesidad y la comercialización de donaciones (artículo 4°); financiero, como el alza de impuestos (artículo 36°); administrativo, como la modificación o agilización de procedimientos para la recepción de donaciones (artículos 5° y 6°); y de coordinación, como la organización y planificación de las acciones de las Fuerzas Armadas y servicios del Estado (artículo 19°). Es preciso recordar que esta ley mantiene su vigencia solo en aquella parte en que no autoriza la restricción de derechos¹⁰.

INSTITUCIONALIDAD PÚBLICA

Las debilidades de la institucionalidad chilena para atender apropiadamente situaciones de catástrofe han sido identificadas desde diversas fuentes, como el estudio de la Comisión Investigadora de la Cámara de Diputados¹¹, el informe de expertos de UNISDR¹², así como estudios académicos de la Universidad Católica¹³ y la Fundación Terram¹⁴.

En todos esos estudios existe coincidencia en que la institucionalidad vigente, en particular la ONEMI, no está preparada para enfrentar adecuadamente una catástrofe. Entre las principales debilidades detectadas cabe mencionar a modo sumario las siguientes:

- a. Inadecuado diseño institucional: la ONEMI contaba con recursos orientados más a la respuesta o gestión de desastres (GD) ante emergencias que la prevención y a la reducción de riesgos de desastres (RRD). Esa diferencia conceptual entre RRD y GD impacta

seriamente en las capacidades logísticas y operativas ante la emergencia –baja dotación de personal, débil o inadecuado sistema de comunicaciones, falta de coordinación interinstitucional, entre otros–.

- b. Falta de una política de gestión de riesgos: El Plan Nacional de Protección Civil no cumpliría con los requisitos básicos, es decir, que incluya todo el ciclo de los desastres, con especial acento en la prevención, mitigación y reducción del daño humano y material, lo cual podría obtenerse desde una clara política de coordinación interinstitucional permanente. Se detecta la inexistencia de mapas de riesgos asociados a la planificación urbana, lo cual se deriva de la dispersión de entidades no conectadas lo que evidencia la ausencia de una “plataforma nacional multisectorial” que coordine la RRD.
- c. Centralismo y baja participación: no solo la ONEMI es un organismo aún muy centralizado, sino también otros sectores que actúan en los territorios como vivienda, educación y salud, los cuales dependen de políticas propias altamente centralizadas, afectando a la planificación local y su eventual planificación de riesgos. Además de la falta de expertos capacitados en RRD en los diversos territorios y localidades, tampoco se han generado programas de capacitación y empoderamiento de la población que fortalezcan la resiliencia de las comunidades.
- d. Sistemas de información inadecuados: además de los problemas logísticos que han afectado las comunicaciones, la catástrofe evidenció la escasa información permanente y actualizada que tiene el Estado respecto de los riesgos que enfrenta cada territorio (un ejemplo son los mapas de riesgo), así como la existencia de comunidades mal informadas (falta de señaléticas, insuficientes simulacros, etc.). De acuerdo con Terram, esto podría asociarse tanto a la carencia de una política pública como al escaso número de profesionales especializados en desastres naturales en la ONEMI.
- e. Legislación desactualizada: existe legislación pre-constitucional que induce a pensar que puede haber una afectación extraordinaria de derechos sin

10 Contraloría General de la República, Dictamen N° 39.282 Fecha: 20-8-2008; N° 72.908, Fecha: 23-9-2014; N° 42.822 Fecha: 10-9-2008.

11 Informe de la Comisión Especial investigadora del Estado de la Institucionalidad en relación con su capacidad de respuesta frente a desastres naturales. Valparaíso 6 de septiembre de 2010. <http://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=307&prmTIPO=INVESTIGAFIN>

12 Informe elaborado por 14 expertos de UNISDR (Estrategia Internacional para la Reducción de Desastres de Naciones Unidas) a quienes la ONEMI solicitó una evaluación. El informe fue entregado el 20 de diciembre de 2010. http://www.ONEMI.cl/sites/default/files/newsletter_14o_edicion_diciembre.pdf

13 C.I.P.– Pontificia Universidad Católica de Chile, 2012: Emergencia y Reconstrucción: el antes y después del terremoto y tsunami del 27-F en Chile. Aprendizajes en materia habitacional, urbana y de seguros.

14 Fundación Terram, 2012. Impactos ambientales del terremoto y tsunami en Chile. Las réplicas ocultas del 27F.

la correspondiente declaración del estado de excepción, lo que vulnera el artículo 39 y siguientes de la CPR, el artículo 27 de la CADH y el artículo 4 del PIDCP. En otros casos la legislación obedece a un diseño que difícilmente puede hacer frente a catástrofes sanitarias modernas.

- f. Existen prácticas que pueden implicar un desplazamiento de responsabilidades políticas desde el Gobierno al Poder Judicial, alterando el régimen de responsabilidades políticas, administrativas y civiles que se derivan de la excepción constitucional¹⁵.

Aunque pudiera asumirse que la RRD tiene un enfoque de derechos humanos, parece pertinente indicar que ninguno de los cuestionamientos u observaciones indicados en los estudios revisados mencionan explícitamente que la atención de desastres naturales debiera hacerse en un marco de respeto a los derechos humanos. Sin embargo, para este análisis se asume que el enfoque de RRD contiene, desde la perspectiva del Marco de Acción de Hyogo, una visión que se focaliza en la reducción de la vulnerabilidad y con ello una disminución en los daños y pérdidas, lo que puede vincularse a la protección de algunos derechos según lo indicado por los estándares internacionales mencionados anteriormente.

Las principales propuestas de cambios en la institucionalidad se identifican en dos iniciativas: el proyecto de ley que establece el Sistema Nacional de Emergencia y Protección Civil y crea la Agencia Nacional de Protección Civil, Bole-
tín 7550-06, y la implementación de medidas orientadas a fortalecer la prevención por parte de ONEMI, principalmente mediante simulacros y capacitaciones. En el primer caso se trata de una iniciativa que busca crear un Sistema Nacional de Protección Civil junto a una agencia *ad hoc* y, por otra parte, ajustes operativos e implementación de acciones enmarcadas en los requerimientos del Marco de Acción de Hyogo.

15 Caso del actual Subsecretario de Obras Públicas, Sergio Galilea Ocón, quien enfrenta ante Contraloría un Juicio de cuentas y una multa de \$813 millones por irregularidades en Chaitén por su labor como intendente entre 2008 y 2010.

TERREMOTO DEL NORTE GRANDE

Los días 1 y 2 de abril de 2014, las regiones de Arica y Parinacota y de Tarapacá se vieron afectadas por dos terremotos, el primero de 8,2 grados y el segundo 7,6 grados Richter, causando la muerte de seis personas¹⁶, graves daños en las estructuras de casas, edificios, embarcaciones, y caminos, y un gran temor en la población, incrementado por las alertas de tsunamis en la zona costera de ambas regiones. Las costas de Arica e Iquique fueron evacuadas, decenas de miles de personas subieron a los cerros y alojaron en carpas. La carretera A-16 que une Iquique con Alto Hospicio presentó daños importantes, y no existió suministro de energía eléctrica ni de agua en gran parte de la zona damnificada. A las pocas horas de ocurrido el primer terremoto se pudo constatar que la región más afectada en términos de infraestructura era la de Tarapacá, especialmente las ciudades de Alto Hospicio e Iquique. El 2 de abril la Presidenta de la República visitó ambas regiones con un grupo de Ministros/as e instruyó medidas de emergencia para las zonas afectadas, las cuales fueron declaradas en estado de catástrofe. El Gobierno designó por decreto a dos delegados presidenciales¹⁷, además de la delegada nacional para la reconstrucción, que asumieron las tareas de reconstrucción en las regiones afectadas por el terremoto en el Norte Grande.

El Director Nacional de la ONEMI, Ricardo Toro, informó¹⁸ que un total de 972.457 personas fueron evacuadas tras el terremoto que afectó al Norte Grande. Transcurrido un mes del terremoto, la ONEMI cifró en 21.813 los damnificados¹⁹. Uno de los aspectos relevantes a analizar desde una perspectiva de derechos humanos dice relación con la ejecución del conjunto de medidas que ONEMI aplicó el 1 de abril de 2014, y los días posteriores, en las regiones de Arica y Parinacota y Tarapacá, la implementación de sistemas de alerta de tsunamis para la población de la zona afectada,

16 Tres personas murieron a raíz de paros cardiorrespiratorios, dos de ellas por aplastamiento por colapso de material y una por causa de evacuación.

17 Dante Pancani Corvalán, Delegado para la región de Arica y Parinacota; Julio Ruiz Fernández, Delegado para la región de Tarapacá.

18 Ver <http://www.cnnchile.com/noticia/2014/04/02/balance-one-mi-mas-de-972-mil-personas-fueron-evacuadas-tras-terremoto-82>

19 Ver <http://www.emol.com/noticias/nacional/2014/05/01/658079/onemi-informa-que-aun-existen-21813-damnificados-a-un-mes-del-terremoto-en-el-norte.html>

específicamente el sistema de sirenas y el sistema de alerta de emergencia para celulares (SAE) y las medidas adoptadas para garantizar que personas privadas de libertad o con movilidad reducida puedan resguardarse tras el terremoto y la alerta de tsunami. Sobre los puntos referidos, el INDH consultó a ONEMI con el propósito de conocer en detalle los protocolos y medidas efectivamente aplicadas. Al respecto, el Director Nacional de ONEMI informó²⁰ que si bien la Región de Arica y Parinacota no cuenta con sistema de sirenas, la Dirección Regional se encuentra trabajando en el proyecto de instalación de estas con fondos regionales y fondos de la Presidencia. Cabe destacar que la falta de sirenas que permitieran alertar a la población fue uno de los aspectos criticados en sectores de la ciudad de Arica²¹. La Región de Tarapacá sí cuenta con un sistema de sirenas que fueron activadas para el sismo de mayor intensidad de la zona norte. En relación con el sistema de alerta de emergencia para celulares, se enviaron mensajes los días 1 y 2 abril que informaron sobre la “amenaza de tsunami”, el “tsunami” y la “Cancelación de tsunami”²². En relación con las medidas adoptadas por la ONEMI destinadas a la protección de grupos vulnerados ante la situación de emergencia, en la información remitida al INDH solo se describieron iniciativas generales referidas a la preparación de documentos en la materia, por ejemplo, traspasar algunos de los productos con información de amenazas y planes a un formato

accesible para personas con discapacidad visual y auditiva, iniciativa que el INDH valora.

En la región de Arica y Parinacota, para enfrentar el terremoto se declaró zona en estado de catástrofe²³ y se dispusieron medidas de carácter extraordinario²⁴ para organizar y agilizar la atención de damnificados. Entre las medidas destacan la entrega de ayuda humanitaria (elementos de abrigo, agua envasada, alimentación, materiales de construcción para labores de emergencia, carpas y enseres para su habilitación), entrega de recursos a las municipalidades para hacer frente a la emergencia, el despeje de vías, la remoción de escombros y la habilitación del albergue Estadio Carlos Dittborn.

Sobre la atención a grupos vulnerados, el delegado presidencial informó²⁵ que los daños en vivienda y en la infraestructura de riego base de la agricultura recayeron más fuertemente en grupos vulnerados (en el sector agricultura las actividades son especialmente de subsistencia, con fuerte identidad de población indígena). Por ello, la SEREMI de Agricultura incorporó en su catastro de daños la identificación especial de comunidades indígenas afectadas por el terremoto. La CONADI dispuso recursos especiales por 250 millones para atender al total de las comunidades identificadas en el catastro, beneficiando a 11 comunidades indígenas. Además, la dirección de obras hidráulicas del MOP ha levantado un proyecto de obras civiles en Canal Lluscuma de la comuna de Putre que beneficia una zona habitada por población indígena.

Luego, en la etapa de reparación se inició una segunda fase para la atención de familias y la normalización del funcionamiento de la región, cuyos aportes a la fecha ascienden a \$2.300.097.746 para atención de las familias damnificadas en sus viviendas, normalizar la conectividad vial y las actividades productivas familiares²⁶.

En relación con la etapa de reconstrucción, a la fecha de cierre de este informe se encuentra definido el Plan, organizado

20 Ord. N° 1583, Respuesta a la Información solicitada. 27 de octubre de 2014.

21 Al respecto el diputado independiente por Arica, Vlado Mirosevic, señaló: “En reemplazo de las sirenas en el borde costero que no existen, se supone que iba a actuar la sirena de bomberos, pero estaba mala entonces no funcionó y por tanto no hubo simplemente una sirena que diera una alerta masiva. Más bien la gente tendió a evacuar por la cultura sísmica que hay en esta zona, pero no hay un sistema para dar aviso masivo a la ciudadanía”.

22 Los mensajes emitidos fueron los siguientes:

Región de Arica y Parinacota

1) Título: Amenaza de Tsunami. Hora de mensaje: 20:54/01-04-2014. Zona: Borde costero Arica y Parinacota.

2) Título: Tsunami. Hora de mensaje: 21:02 a 00:42/01-04-104 y 02-04-2014 Zona: Borde costero.

3) Título: Cancelación de Tsunami. Hora de mensaje: 01:19 a 06:46/02-04-2014 Zona: Borde costero.

Región de Tarapacá:

1) Título: Amenaza de Tsunami. Hora de mensaje: 20:55/01-04-2014. Zona: Borde costero Tarapacá.

2) Título: Tsunami. Hora de mensaje: 21:02 a 00:42/01-04-104 y 02-04-2014 Zona: Borde costero.

3) Título: Cancelación de Tsunami. Hora de mensaje: 01:19 a 06:46/02-04-2014 Zona: Borde costero.

23 DS N° 918 del 2 de abril de 2014.

24 Ibidem.

25 Oficio N° 35. Resumen de acciones Plan Reconstrucción. 1 de octubre de 2014.

26 Ibidem.

en siete objetivos estratégicos²⁷ que dieron origen a 70 proyectos de inversión de diversa envergadura. Las iniciativas se encuentran en distintas etapas de desarrollo, según se informó al INDH. Respecto de las personas beneficiadas y cuántas quedan por asistir, el delegado presidencial informó que 4.330 personas fueron identificadas como beneficiarias de programas de vivienda, educación, comunidades indígenas, agricultura y apoyo a la actividad económica²⁸.

En el marco de los reclamos que se desarrollaron²⁹ por las demoras en el proceso de reconstrucción, tanto en el Norte Grande como en Valparaíso, la Cámara de Diputados aprobó realizar una interpelación a la Ministra de Vivienda, Paulina Saball, que se realizó el 19 de junio de 2014 y cuyos ejes fueron la determinación de plazos para entregar soluciones definitivas a los afectados/as y el tipo de respuesta desarrollado por el Gobierno. La Ministra recalcó que “hemos cumplido con todas las obligaciones que nos establece la ley”, y detalló las medidas tomadas, insistiendo en que se han adoptado con la pertinencia necesaria. Además subrayó que el Gobierno se ha concentrado en asegurar el resguardo de las personas y la calidad de las soluciones. El 8 y 28 de mayo concretaron en el Norte Grande el llamado a postulación para el programa de protección de patrimonio familiar, asegurando en dichos llamados las normas de seguridad y habitabilidad. Al término de la interpelación, la Ministra señaló que estas emergencias han puesto sobre el tapete las inequidades territoriales en Chile³⁰.

En relación con los recursos financieros para la reconstrucción, el 20 de junio del presente año fue publicada la Ley 20.759 que otorga financiamiento a la reconstrucción de las zonas afectadas por las catástrofes, ocurridas en abril en la zona norte del país y, en la ciudad de Valparaíso.

27 1. Mejorar las condiciones de vida de los damnificados, afectados con daños mayores y menores en sus viviendas; reconstruyendo y reparando viviendas, haciéndolo con pertinencia cultural y patrimonial en comunas al interior; 2. Mejorar espacios públicos; 3. Fortalecer la Educación Pública; 4. Fortalecer Agricultura y recursos hídricos con pertinencia cultural; 5. Asegurar integración territorial y conectividad vial; 6. Apoyo a la actividad económica; 7. Apoyo a las capacidades de los gobiernos locales.

28 Oficio N° 35. Resumen de acciones Plan Reconstrucción, 1 de octubre de 2014.

29 http://www.camaradediputados.cl/prensa/noticias_detalle.aspx?prmId=102085

30 http://www.camara.cl/prensa/noticias_detalle.aspx?prmId=102405

Mediante la normativa se autorizó integrar a ingresos generales de la Nación, la cantidad de U\$ 400.000.000 durante el año 2014³¹. La ley señala que tales recursos estarán destinados a la construcción, reconstrucción, reposición, remodelación, restauración y rehabilitación de la infraestructura, instalaciones, obras y equipamiento que hayan sido dañados a consecuencia del terremoto y maremoto del 1 de abril de 2014 en el norte del país, como asimismo en la zona afectada por el incendio ocurrido en la ciudad de Valparaíso el 11 de abril de 2014.

Por último, el INDH desarrolló una serie de entrevistas en la zona afectada por el terremoto con el propósito de conocer la evaluación que algunos de los municipios y organizaciones sociales tienen respecto del proceso de reconstrucción posterremoto. Específicamente se recogió la opinión de los alcaldes de Arica y Alto Hospicio y de organizaciones sociales de ambas regiones. El alcalde de Iquique no dio respuesta a las solicitudes de audiencia que el INDH le hizo llegar, de tal manera que no se pudo recoger su evaluación.

El alcalde de Arica, Dr. Salvador Urrutia Cárdenas³², señaló que la respuesta del Gobierno ante la emergencia del terremoto fue buena y que la gente quedó satisfecha. Inmediatamente se creó un comité operativo de emergencia dirigido por el general Miguel Alfonso Bellet. La evaluación desarrollada por la municipalidad determinó que después del terremoto quedaron tres viviendas totalmente destruidas, ciento ochenta casas con peligro de derrumbe y ochenta que requieren ser reconstruidas. Para enfrentar la situación se instalaron trescientas carpas para recibir a los damnificados en el Estadio Carlos Dittborn. Posteriormente se comenzó a construir una villa de emergencia, donde se podría recibir a trescientas familias. Las personas que resultaron con sus casas dañadas e inhabitables recibieron un subsidio para arriendo que asciende a 250.000 pesos mensuales durante un año.

31 Esta cifra corresponde a una parte del total de los recursos provenientes de las ventas de cobre de CODELCO al exterior, que de acuerdo a la ley reservada N° 13.196 deben destinarse a la compra y mantenimiento del material bélico de las Fuerzas Armadas.

32 Entrevista desarrollada el 22 de septiembre, en la cual también participaron Eva Maturana Gamero, Directora de DIDECO; Elisa Huentecura Condori, Jefa del Departamento Social de DIDECO, y Viviane Pampaloni Melo, Directora de Protección Civil y Emergencia.

El alcalde Urrutia señaló que en el mismo lugar donde se levantaron las viviendas de emergencia, esto es, en el sector conocido como El Alto, de la ciudad de Arica, se reconstruirán las viviendas destruidas por el terremoto. Este lugar, donde se desarrollará un proceso de urbanización que comprende 49 hectáreas y la construcción de 3.500 viviendas, es considerado por el alcalde como el lugar más adecuado entre los disponibles para construir las nuevas viviendas, por su cercanía al centro de la ciudad.

La Federación Nacional de Pobladores (FENAPO), por medio de sus representantes regionales Aníbal Díaz y Teresita Salas, expresaron en entrevista con el INDH una opinión diferente respecto de los terrenos del sector El Alto, donde conforme a lo informado por la municipalidad se pretenden construir las viviendas para los damnificados por el terremoto. FENAPO rechaza la idea de construir en el sector, debido a que estos no serían aptos para la construcción de viviendas sociales, puesto que estarían compuestos por suelos de capas sedimentarias que ya habrían provocado socavones debajo de casas y edificios (por ejemplo, en las poblaciones de Guañacagua I, II y III, Edificios Miramar y conjuntos habitacionales entregados recientemente en el sector por SERVIU). La FENAPO propone terrenos alternativos para la construcción de viviendas sociales y viviendas para los damnificados por el terremoto³³. Por último, plantean que los catastros de los damnificados fueron mal realizados y que han quedado excluidas personas afectadas en sus viviendas por el terremoto.

Por su parte, en la región de Tarapacá, el INDH entrevistó³⁴ al alcalde de Alto Hospicio, Ramón Galleguillos Castillo, para recoger su opinión sobre el proceso de reconstrucción en su comuna después del terremoto de abril pasado. Este señaló que "...la región aguantó tres terremotos seguidos, lo que afectó a sus habitantes psicológicamente y causó enormes daños materiales: 3.000 viviendas dañadas, pero habitables; 240 viviendas totalmente destruidas, no habitables. Al principio la gente con sus recursos y carpas se instaló al aire libre; y los cuadros depresivos fue lo que más atendieron en

esos días los consultorios municipales. A seis meses de ocurridos los terremotos, la reconstrucción no ha empezado. Esta demora se debe en gran parte a la centralización del país, las decisiones se toman en Santiago y esto retrasa los procesos de reconstrucción. Si las decisiones y los recursos estuvieran en la región, intendente y alcaldes ya hubieran iniciado el proceso".

Para el edil, la atención de la emergencia fue oportuna: "se constituyeron inmediatamente en la región dos ministros de Estado: el Ministro de Obras Públicas, debido a que la ruta A-16 se fracturó en cuatro partes dejando a Iquique y a Alto Hospicio con dificultades de conectividad, y la Ministra de Vivienda, quien debía enfrentar que su cartera ha construido numerosas viviendas sociales en Alto Hospicio, en suelos salinos, donde cualquier ducto subterráneo de agua que se rompe (...) empiezan a producirse los socavones silenciosos e invisibles bajo estas viviendas. Esto había ocurrido con algunas viviendas sociales en Alto Hospicio, resultando dañadas, y luego del terremoto resultaron aún más dañadas. Así descubrimos que los materiales usados para el subsidio habitacional no son los mejores; las viviendas no tienen fundaciones para este tipo de suelos. Además las viviendas son tan pequeñas que las familias se encuentran hacinadas, con una pérdida de privacidad para sus miembros".

Para el alcalde los terremotos dejan como lección que la política estructural para la construcción de viviendas sociales debe ser modificada, "para que estas sean más espaciales, con patios, y de mejor calidad, invirtiendo lo necesario y adecuado, como por ejemplo en fundaciones que sustenten las casas en suelos salinos. Pero esto no lo consideran las autoridades, cualquiera sea el Gobierno, porque no tiene rentabilidad social. La mala calidad de las viviendas sociales es la razón por la que hubo daño en esas 240 viviendas, que quedaron inhabitables y 3.000 viviendas dañadas, pero habitables".

Por último, el INDH se entrevistó con Edwin Correa Fernández y Eulogia Maria Rojas, Director e integrante respectivamente de la ONG ENEVISION. Ellos señalaron que "solo el 70% de las viviendas dañadas han sido catastradas; algunos sectores como Villa Frei, condominio Santa Eloísa y algunas parcelas de Alto Hospicio no lo han sido". También señalan que existen en las viviendas de Alto Hospicio

33 En el sector norte de la avenida Capitán Avalos, 150 hectáreas y/o como alternativa, hacia el sur, proponen el terreno conocido como de la Coca-Cola (150 hectáreas).

34 Se realizó el 30 de septiembre de 2014.

muchos problemas, ya que estas se inundan en forma reiterada y los suelos de Alto Hospicio tendrían problemas de salinidad que provocan socavones, afectando a parte de las poblaciones de manera invisible. También señalan que personas migrantes en situación irregular, habitantes de la comuna, no tendrían acceso a viviendas de transición, quedando en una situación precaria. Finalmente, relatan que después del terremoto contaron con la ayuda de un médico voluntario para ayudar en la emergencia, quien atendió a muchos niños, niñas y adolescentes que tenían problemas en la piel producto de su exposición al sol y el contacto con el polvo.

INCENDIO DE VALPARAÍSO

Entre los días 12 y 16 de abril del presente año la ciudad de Valparaíso fue azotada por un incendio que afectó a los cerros El Litre, La Cruz, Las Cañas, Mariposas, Merced, Ramaditas y Rocuant, y como consecuencia se registraron 12.500 damnificados, 2.900 viviendas destruidas y 1.200 personas albergadas³⁵. La catástrofe evidencia la fragilidad de la ciudad entre cuyos principales factores se distinguen: el manejo forestal de la parte alta de la ciudad y el deterioro ambiental de sus quebradas, el problema histórico de accesibilidad asociado a la dificultad topográfica, la deficiente infraestructura de conectividad de las distintas partes de la ciudad, la deficitaria regulación y el incumplimiento de normativas urbanísticas en el desarrollo de los asentamientos y la ausencia de obras de mitigación y/o prevención de riesgos urbanos asociados a la topografía de los cerros³⁶. Según el listado de factores identificados se concluye la falta de una planificación urbana y la necesidad de una respuesta integral por parte del Estado tanto para enfrentar las consecuencias del incendio como para el desarrollo de un plan de reconstrucción que aborde las particularidades de la ciudad.

35 www.cnnchile.com/noticia/2014/04/02/balance-onemi-mas-de-972-mil-personas-fueron-evacuadas-tras-terremoto-82

36 Oficio N° 81 del Delegado Presidencial Valparaíso, Andrés Silva Gálvez. “Plan de Inversiones, reconstrucción y Rehabilitación Urbana”, documento en el que participaron de manera transversal una serie de actores de la Región, con el propósito de elaborar un diagnóstico común, en relación con el incendio que afectó a la comuna de Valparaíso, en abril del presente año. 24 de septiembre de 2014.

El INDH llama la atención sobre el hecho de que el área urbana afectada por el incendio de Valparaíso no cumplía con los estándares sobre el derecho a la vivienda adecuada³⁷, específicamente en lo relativo a la disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura. Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado que “una vivienda adecuada debe contener ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición. Todos los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada deberían tener acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia”³⁸.

El desarrollo de la ciudad de Valparaíso ha sido caracterizado como un crecimiento de “manera inorgánica y desregulada, fuera de toda norma urbanística vigente, lo que ha incrementado la vulnerabilidad de los habitantes de los cerros y del plan de esta ciudad”³⁹. La forma de la ciudad de Valparaíso y sus complejidades topográficas han generado un fenómeno de extensión de la ciudad sin la existencia de una planificación urbana. De acuerdo con la información proporcionada por el delegado presidencial para Valparaíso⁴⁰ “esto se denomina urbanismo vernacular, en el sentido que el crecimiento de la ciudad fue llevado a cabo por sus propios habitantes”. Asimismo, se advierte que la compleja forma urbana no ha sido reconocida como tal en los procesos de planteamiento y urbanización, en efecto las normativas y ordenanzas vigentes no

37 El reconocimiento de la vivienda adecuada como un derecho humano es el resultado de un proceso de décadas de debate y perfeccionamiento del concepto, cuyo origen está en el artículo 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, donde se señala que “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios [...]”.

38 Comité DESC. Observación General N° 4 El Derecho a Una Vivienda Adecuada. Establecida el 13 de diciembre de 1991. E/1991/23. Párr. 8 letra b).

39 Oficio N° 1431 del Director Nacional (PT) del Servicio Nacional de Geología y Minería. Entrega información sobre zonas de riesgo en cerros de Valparaíso afectados por megaincendio. 25 de julio de 2014.

40 Oficio N° 81 del Delegado Presidencial Valparaíso, Andrés Silva Gálvez. “Plan de Inversiones, reconstrucción y Rehabilitación Urbana”, documento en el que participaron de manera transversal una serie de actores de la Región, con el propósito de elaborar un diagnóstico común, en relación con el incendio que afectó a la comuna de Valparaíso, en abril del presente año. 24 de septiembre de 2014.

recogen las complejidades que presenta la ciudad, en efecto Valparaíso hoy padece la paradoja de que, si se le aplicara íntegramente la Ordenanza General de Urbanismo y Construcción, no tendría la posibilidad de existir; y sin embargo no solo existe, sino que ha sido capaz de darle un orden, un propio orden a su difícil topografía, condición que la eleva a ser considerada una ciudad única y extraordinaria”.

El incendio que afectó a Valparaíso tuvo su origen en la periferia de la ciudad en el bosque de eucalipto que “por las condiciones propias de su crecimiento, es un bosque pirógeno por el cual el fuego provoca más fuego”⁴¹. Las condiciones naturales del entorno de Valparaíso, sumadas a las condiciones meteorológicas⁴², fueron propicias para la expansión y magnitud del incendio. Al respecto, el plan de inversiones, reconstrucción y rehabilitación urbana plantea que es indispensable revisar las actividades vinculadas a la plantación de bosques en las zonas aledañas a la ciudad.

El 3 de septiembre del 2014, la actual administración anunció un plan de Inversiones 2014-2021 para la Reconstrucción y Rehabilitación Urbana de Valparaíso que compromete la ejecución de proyectos por 510 millones de dólares, los que se estima se materializarán en un 71% entre 2014 y 2018. Estas iniciativas están orientadas no solo a reponer los sectores afectados, sino también como una oportunidad de mejora integral a la ciudad reduciendo los riesgos futuros y fortaleciendo las capacidades locales de gestión ante emergencias⁴³.

Así, junto con el despliegue de ayuda solidaria ofrecida por estudiantes jóvenes y otras personas que desde todo el país enviaron vestimenta y alimentos, entre otras cosas, distintos afectados/as reclamaron por la lenta distribución de la ayuda, además de criticar las medidas adoptadas por las autoridades nacionales y locales ante la emergencia⁴⁴.

BIBLIOGRAFÍA

- C.PP.– Pontificia Universidad Católica de Chile (2012). *Emergencia y Reconstrucción: el antes y después del terremoto y tsunami del 27-F en Chile. Aprendizajes en materia habitacional, urbana y de seguros*.
- EIRD (2006). Marco de Acción Hyogo 2005-2015. (EIRD Estrategia Internacional para la Reducción de Desastres) en: www.unisdr.org/hfa
- INDH (2012), “27 F”: *Estudio sobre la Reconstrucción Post Terremoto desde una Perspectiva de Derechos Humanos*.
- INDH (2014), *Reconstrucción post terremoto 2010 en Chile. Segunda Parte: Período comprendido entre 1 de enero 2012 al 31 de agosto 2013. Informe Final*.
- IASC Inter-Agency Standing Committee (2011). *Directrices Operacionales del IASC sobre la protección de las personas en situaciones de desastres naturales*. Mayo de 2011. Publicado Por: Proyecto De Brookings–Bern Sobre Desplazamiento Interno.
- Naciones Unidas (2003). *Glosario elaborado por la Oficina del Coordinador para el Socorro en caso de Desastres*.
- TERRAM (2012). *Impactos ambientales del terremoto y tsunami en Chile. Las réplicas ocultas del 27F*. Santiago, Chile.

41 En el incendio del 12 y 13 de abril el 45,17% fue plantación renoval de eucaliptos.

42 El día 12 de abril se presentó un muy bajo nivel de humedad, lo que asociado a las altas temperaturas, cercanas a los 30° con viento suroeste predominante constituyeron un escenario reconocido como amenaza que origina incendios forestales.

43 www.gob.cl/2014/09/03/mandataria-anuncia-plan-de-reconstrucion-en-valparaiso-con-inversion-de-510-millones-de-dolares-para-beneficiar-todas-las-familias-afectadas-por-el-incendio/

44 www.biobiochile.cl/2014/05/19/afectados-por-incendio-de-valparaiso-se-manifiestan-acusando-lentitud-en-ayuda-del-gobierno.shtml