



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de derecho

Departamento de Ciencias Penales

Análisis crítico de los desalojos como respuesta estatal ante tomas de terrenos en Chile

Memoria para optar al grado de licenciada en ciencias jurídicas y sociales.

Autora:

Nicole Espinosa

Profesora Guía:

Rocío Lorca Ferreccio

Santiago, Chile

2020

Para los olvidados.

“Quién me iba a decir a mí,

cómo me iba a imaginar

si yo no tengo un lugar

en la tierra”¹.

¹ Jara, 1972, 24s.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	5
CAPÍTULO 1: EL DERECHO A LA VIVIENDA EN CHILE	8
1.1 Introducción a la situación habitacional actual	8
1.2 El derecho a la vivienda y su relación con las políticas públicas	12
1.3 El Derecho a la Vivienda en la historia constitucional	23
CAPÍTULO 2: LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO A LA VIVIENDA Y DESALOJOS EN CHILE	29
2.1 Introducción a los desalojos en Chile	29
2.2 Regulación de desalojos	36
2.3 La procedencia de recursos de protección	44
2.4 Criterios Jurisprudenciales	48
2.5 Derecho a la vivienda y Derecho de propiedad	52
CAPÍTULO 3: DESALOJOS VIOLENTOS Y SU RELACIÓN CON EL IUS PUNIENDI	61
3.1 La potestad punitiva del Estado	61
3.2 Cinco casos de desalojos violentos en Chile	68
3.3 La potestad punitiva del Estado, sus principios limitantes y los desalojos violentos	72
CONCLUSIÓN	75

Resumen

La vivienda es un bien básico necesario para que las personas puedan desenvolverse a lo largo de su vida y, también, para poder desarrollar otros derechos fundamentales correctamente. Si bien un porcentaje importante de la población chilena no está pudiendo acceder a él, el Estado chileno ha tendido a una práctica común que consiste en desalojar a habitantes que se ven obligados a ocupar terrenos para conformar un hogar, al no tener acceso a un lugar para vivir.

Este trabajo analiza el desconocimiento que se ha producido en Chile del derecho a la vivienda a través de la historia, haciendo referencia específicamente a la materia de desalojos violentos contra personas vulnerables. Se argumenta que el ordenamiento le da una excesiva protección a la propiedad privada en desmedro del derecho a la vivienda y que, si bien el derecho a la vivienda también es parte del ordenamiento jurídico chileno, no está debidamente protegido. La autora sostiene que una debida incorporación en la constitución podría influir en proteger de manera adecuada un derecho humano tan fundamental como lo es la vivienda, específicamente en materia de desalojo.

Finalmente, se critica el incumplimiento por parte del Estado en cuanto a su obligación para con sus ciudadanos en materia de vivienda, como también se critica el excesivo uso de la fuerza estatal que, generalmente, acompaña a los procesos de desalojos. Esto, considerando que, en un sistema liberal, tal fuerza debería existir con las mayores restricciones posibles para evitar arbitrariedad y abuso.

INTRODUCCIÓN

Mayo del año 2020: Chile se a enfrentaba una crisis sanitaria nunca antes vista. El desempleo había aumentado exponencialmente por la pandemia y la promulgación de la ley de protección al empleo empeoró la situación de muchas familias chilenas, quienes sin recibir sueldos se vieron impedidas de pagar sus arriendos y enfrentadas a la expulsión de sus hogares, quedando en un estado de pobreza y vulnerabilidad inimaginable.

Aproximadamente quinientas familias ocuparon un terreno baldío en General San Martín 1332, en la ciudad de Santiago, Región Metropolitana, en busca de un lugar donde vivir, sin dinero para construir una vivienda provisoria digna y resignados a arreglárselas con lo que pudieran para protegerse del invierno. Recibieron amenazas de desalojo de las fuerzas policiales, quienes finalmente procedieron a destruir las precarias viviendas que habían intentado levantar.

Las familias se vieron expuestas al frío, a la desesperanza y a la calle en plena crisis sanitaria mundial. Las fuerzas policiales dejaron a las familias en un estado de vulnerabilidad peor al que se encontraban, sin reubicación ni solución. Como si no fuese suficiente, junto al desalojo se suman las golpizas, las lesiones, la desocupación y la represión.²

Historias como esta se repiten constantemente en Chile y año a año se suman muchos casos más: funcionarios policiales que desalojan plazas donde personas han levantado carpas,

² Herrera, “505 familias de la toma Naciones Unidas se quedarán en la calle este viernes tras la cuarentena”.

funcionarios policiales que desalojan tomas bajo la lluvia o en medio de la noche. Sea una situación de normalidad o una situación de pandemia, esta no es una respuesta estatal inusual.

En Chile es común escuchar casos en que familias, al verse imposibilitadas de acceder a una vivienda, optan por hacer una toma en suelo urbano y son enfrentadas a desalojos violentos por parte de las fuerzas policiales. Las tomas no se consideran como actos de necesidad, que reflejan la falla del Estado en garantizar el derecho a la vivienda y a la dignidad e integridad de las personas, sino como actos que violan el derecho de propiedad privada, refiriéndose a ellas como usurpaciones o invasiones que deben ser intervenidas. Para algunos, las tomas de terrenos son la única forma de acceder a una vivienda, para el Estado, es sólo un atentado contra la propiedad privada que debe ser criminalizado.

¿Por qué pareciera ser que nuestro ordenamiento jurídico se hace cargo de este problema de una manera tan simplista? ¿Por qué pareciera ser que solo está siendo afectado el derecho de propiedad cuándo realmente hay dos o más derechos igualmente legítimos en pugna? La respuesta parece ser que en Chile el derecho a la vivienda no es un derecho ejercitable. Está reglamentado de manera deficiente, no se exige, ni es aplicado por los tribunales. Ante esto, miles de familias son dejadas a su propia suerte por quien debía protegerlas. Miles de familias se ven desamparadas sin si quiera poder recurrir a la justicia, pues es difícil reclamar ante la justicia un derecho que en la práctica ha sido desconocido e implementado deficientemente.

En este proyecto se relacionará el desconocimiento del derecho a la vivienda con la poca protección en materia de desalojo en Chile. Se pretende, además, hacer una crítica a la ilegitimidad de la violencia policial al momento de desalojar a las personas.

Para estos efectos, en el primer capítulo se hará una breve introducción a la situación habitacional en Chile, mostrando el gran déficit habitacional que afecta a nuestro país. Luego, se examinarán las políticas de vivienda de las últimas décadas y cómo han entendido el derecho a la vivienda. Por otra parte, se analizará el derecho a la vivienda y su historia constitucional, demostrando su total desconocimiento en nuestro ordenamiento jurídico. En el siguiente capítulo, se relacionará este desconocimiento con los desalojos, especialmente los desalojos violentos. Se introducirán los desalojos en Chile y se examinará su regulación, para luego demostrar que el Estado no cumple con los estándares internacionales en esta materia. Luego, se procederá a examinar los recursos de protección como mecanismo protector del derecho a la vivienda, citando y analizando jurisprudencia nacional en materia de desalojos. También se comparará la protección que se le otorga al derecho a la propiedad en Chile y como esta misma protección no se le otorga al derecho a la vivienda. En el tercer capítulo se hará una analogía entre el desalojo violento y el *ius puniendi* para argumentar que los desalojos deben regularse con las mismas limitaciones; usando como ejemplo distintos casos de desalojos violentos en Chile para demostrar el incumplimiento de los principios limitativos de la fuerza en esta materia.

CAPÍTULO I: EL DERECHO A LA VIVIENDA EN CHILE

En el siguiente capítulo se hará una breve mención a la situación habitacional actual, para luego analizar cómo se ha considerado el derecho a la vivienda a través de la historia reciente de las políticas públicas en nuestro país y, por último, cómo se ha considerado el derecho a la vivienda en nuestra historia constitucional.

1.1 Introducción a la situación habitacional actual

Según información correspondiente a octubre del año 2019, el 8.6% de la población nacional vive bajo la línea de pobreza -en base a los ingresos- y un 20.7% se encuentra en situación de pobreza multidimensional. En lo que respecta a la vivienda y, según información correspondiente a la misma fecha, Fundación Vivienda estimó que el déficit habitacional (Encuesta CASEN 2017) es de 497.560 viviendas, entre las cuales un 91.4% corresponde a situaciones de hacinamiento y allegamiento³.

En términos de políticas públicas urbanas y habitacionales, la reducción del déficit habitacional sigue siendo uno de los mayores desafíos, incluso cuando la experiencia de las últimas décadas ha sido de una creciente actividad de construcción de viviendas, tanto desde el sector público como privado. Entre el año 2009 y el año 2018 se construyeron 1.315.099 viviendas en el país

³ Fundación Vivienda, “Allegados: Una olla a presión social en la ciudad. Propuesta de regeneración urbano-social para el 90% del déficit habitacional”, 4.

(MINVU, 2019), sin embargo, la última Encuesta CASEN muestra un retroceso en la materia habitacional, alcanzando un déficit de 497.560 viviendas.

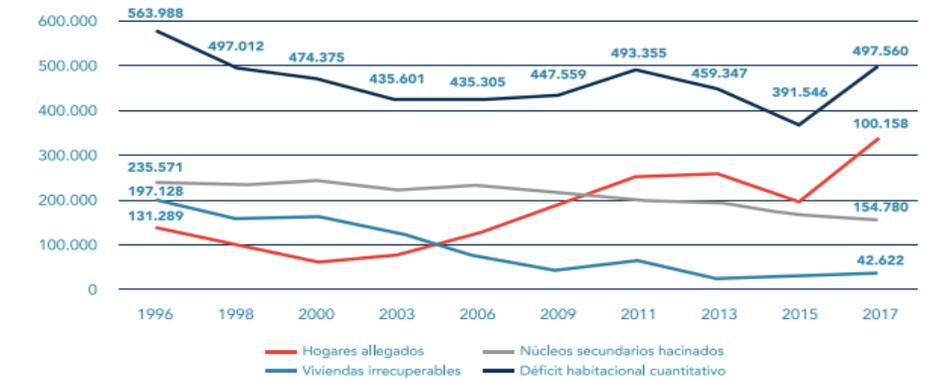


Figura 1: Composición del déficit habitacional cuantitativo según tipo de requerimiento (1996 - 2017)

4

Esta creciente actividad inmobiliaria no ha reducido los precios de venta ni arriendos, al contrario, los precios se han incrementado a un ritmo nunca antes visto. Este fenómeno, además de endeudar enormemente a un gran porcentaje de la sociedad, empuja a miles de familias a campamentos y sigue haciendo inalcanzable el sueño de una vivienda propia. De hecho, para muchos, hoy ni si quiera alcanza para optar por una vivienda digna.

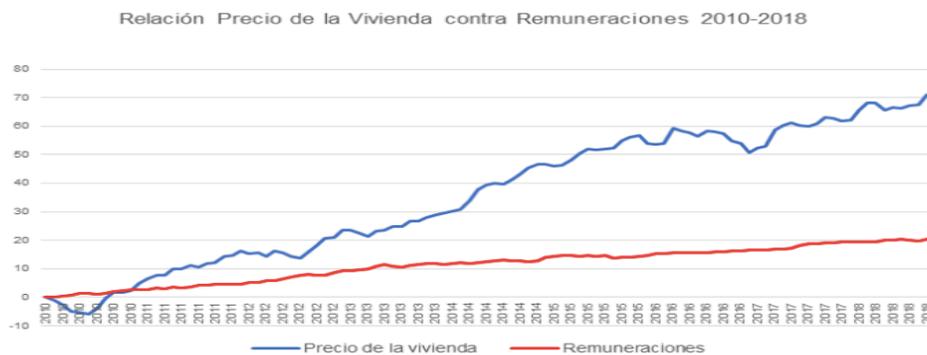


Figura 1. Gráfico indica la relación de la variación entre el precio de la vivienda (azul) y las remuneraciones (rojo).
Fuentes: <https://www.ine.cl/estadisticas/laborales/ir-icmo> y <https://www.cchc.cl/centro-de-informacion/indicadores/indice-real-de-precios-de-vivienda>

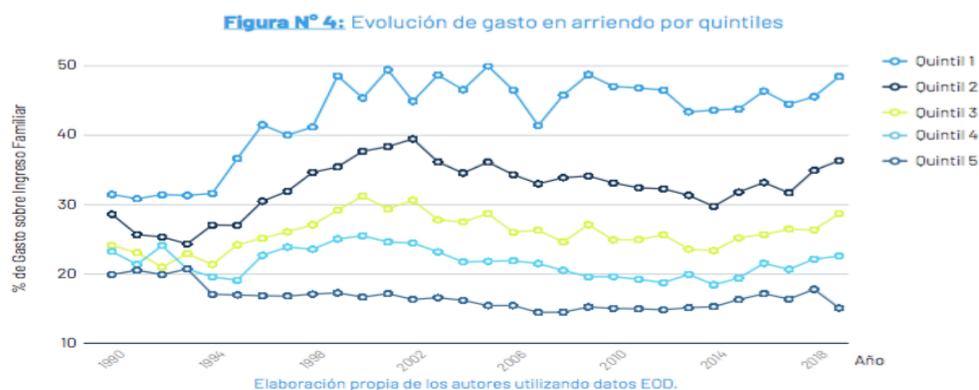
5

⁴ Fundación Vivienda, “Allegados: Una olla a presión social en la ciudad. Propuesta de regeneración urbano-social para el 90% del déficit habitacional”, 6.

⁵ Vergara Perucich y Aguirre Núñez, “Viviendas a precios demenciales: causas y responsables”.

Son muchas las dimensiones sociales, políticas y económicas que inciden en que miles de ciudadanos tengan que seguir habitando en asentamientos informales⁶.

Sin embargo, una de las razones principales de por qué la gente opta por asentarse en campamentos es el inalcanzable precio de los arriendos o de la compra de una vivienda propia.



7

Día a día escuchamos sobre nuevos informes, noticias y protestas que exponen el endeudamiento de los hogares (los cuales han alcanzado un máximo histórico) e indignación por las condiciones precarias a las que se ven expuestos los sectores más vulnerables del país. Al no existir fijación de rentas máximas para los arriendos y ventas (que aseguren los justos precios de vivienda) éstas son definidas por la oferta y la demanda, dejando desamparados a muchos que, al enfrentarse a condiciones o precios abusivos, se quedan sin opciones para acceder a un lugar donde vivir:

⁶ Alarcón et al, “Derecho a una vivienda adecuada en Chile: Una mirada desde los campamentos”, 85.

⁷ Reyes y Silva, “Asequibilidad de la vivienda y formas de tenencia”.



8

Del Observatorio Habitacional del MINVU se desprende que, pese a que la cantidad de construcciones de viviendas han aumentado en un 377,4% en un periodo de diecisiete años, durante el mismo periodo el déficit de vivienda se redujo sólo en un 28%. Para una gran parte de la población, tanto nacional como inmigrante, la accesibilidad de una vivienda a un precio justo es inalcanzable.

Es por esto que cada día es posible visualizar nuevas situaciones de precariedad, como son allegamiento, hacinamiento, arriendos abusivos, informalidad, campamentos, conventillos o cités, entre otros. Según los últimos catastros de la organización TECHO- Chile, el número de familias asentadas en campamentos se ha incrementado de manera exponencial en los últimos años, creciendo un 22% entre los años 2011 y 2019, lo que en cifras significa pasar de 657 a 802 campamentos⁹. Desde el punto de vista de los derechos humanos:

⁸ Reyes y Silva, “Asequibilidad de la vivienda y formas de tenencia”.

⁹ Fuentes, “Aumento de campamentos: ‘Que la crisis la resuelva el sector inmobiliario no es la solución’”, 1.

El aumento de campamentos, entre 2011 y 2016, a pesar del crecimiento económico y la mejora general en los indicadores de desarrollo humano, constituye una violación a la obligación inmediata del derecho a la vivienda adecuada consagrado en el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, PIDESC¹⁰.

Se desprende de esto que un gran porcentaje de nuestra población se encuentra en una situación de vivienda irregular y en un estado de inseguridad e incertidumbre respecto a lo que consideran sus hogares.

1.2 El Derecho a la Vivienda y su relación con las Políticas Públicas

En esta sección se demostrará cómo la historia de las políticas habitacionales de las últimas décadas en Chile ha reconocido a la vivienda no como un derecho social, sino como un bien de mercado sujeto a la oferta y la demanda. Si bien la historia de nuestras políticas habitacionales se remonta a 1906, con la primera Ley de Habitaciones Obreras que buscaba garantizar condiciones mínimas de higiene; el análisis de este trabajo tomará en cuenta las políticas habitacionales desde una historia más cercana, hasta hoy; donde los subsidios son la solución que se ha escogido para superar el déficit habitacional.

Para comenzar, se hará un análisis de cómo entendió la Unidad Popular la vivienda y luego se

¹⁰Alarcón et al, “Derecho a una vivienda adecuada en Chile: Una mirada desde los campamentos”, 83.

hará una comparación de cómo ha cambiado su entendimiento al día de hoy.

Durante el gobierno de Allende se amplió la responsabilidad gubernamental en la materia, estableciendo que vivir bajo un techo digno constituía un derecho irrenunciable y que proveerlo era una obligación del Estado, por lo que no se concebía posible lucrar con ello.¹¹ Allende entendía que los terrenos aptos para ser utilizados en construcción de viviendas no podían estar sujetos a efectos de oferta y demanda sino más bien debían ser destinados a satisfacer las necesidades habitacionales. Este enfoque es lo más parecido a darle un entendimiento de uso social al suelo urbano¹².

Durante su gobierno, los esfuerzos fueron dirigidos a reducir la segregación periférica, intentando remodelar las ciudades y los barrios sin expulsar a las familias que residían ahí¹³. Se crearon 4 programas: el programa de construcción de viviendas, de financiamiento de viviendas al sector privado, de urbanización de sitios y de equipamiento social¹⁴ y, además, se impulsó la "Operación Campamento", la cual buscó solucionar los problemas habitacionales de las familias que habitaban en asentamientos informales.

Había urgencia por solucionar la situación de las tomas de terrenos que se intensificaron en 1970. Durante esta década se destinó mucho esfuerzo en aumentar la cantidad de viviendas construidas, teniendo como objetivo que cada familia chilena pudiera optar a tener propiedad sobre una vivienda definitiva. La preocupación también estuvo orientada a dar una solución permanente, por lo que las viviendas entregadas mediante proyectos públicos apuntaban a ser soluciones

¹¹ Pincheira Hill, "Políticas habitacionales y la falta del derecho a la vivienda en Chile", 70.

¹² Pincheira Hill, "Políticas habitacionales y la falta del derecho a la vivienda en Chile", 70.

¹³ Raposo M., "Transición al socialismo y vivienda social. En Estado, ethos social y política de vivienda", 119.

¹⁴ Nash y Paredes, "Análisis crítico de las políticas de vivienda social en Chile", 89.

permanentes y no progresivas¹⁵. Este esfuerzo se evidencia en las cuarenta medidas de la propuesta del gobierno, pues varias estaban relacionadas con la vivienda, por ejemplo: la destinación de terrenos fiscales eriazos a construcción; el Plan de Emergencia destinado a la construcción rápida de viviendas que tuvieran los servicios básicos de luz y agua; los “arriendos a precio fijo”, entre otros¹⁶.

Los grandes cambios al régimen de políticas públicas, cuyas esencias se mantienen hasta hoy, se vieron en la época después del año 1973, donde surge un nuevo modelo de políticas habitacionales. Aquí las provisiones de vivienda social estarían basadas en estimular al mercado para que éste respondiera a las necesidades de viviendas¹⁷. Las políticas públicas, desde esta década en adelante, se centran en el subsidio complementado con el ahorro y el crédito. El principio básico fue:

La vivienda es un derecho (luego este concepto se reemplazaría por el término ‘bien’) que se adquiere con el esfuerzo y el ahorro, y para lo cual la familia y el Estado comparten su cuota de responsabilidad¹⁸.

Desde los inicios de la dictadura de Pinochet muchos campamentos estaban ubicados en las zonas de mayores ingresos, lo que conllevó a que se diera comienzo a la erradicación de campamentos de los barrios altos, desalojando a miles de familias forzosamente. Se crearon nuevas comunas para lograr tales desplazamientos, como la Pintana, hacia donde fueron desplazadas las personas de menores recursos que vivían en asentamientos irregulares en los sectores más acomodados de Santiago. Fueron reubicados en nuevas comunas creadas para ellos, en la periferia de las ciudades.

¹⁵ Pincheira Hill, “Políticas habitacionales y la falta del derecho a la vivienda en Chile”, 70

¹⁶ Pincheira Hill, “Políticas habitacionales y la falta del derecho a la vivienda en Chile”, 71.

¹⁷ Gil, “Vivienda social y segregación residencial: una aproximación desde la teoría institucional”, 299-317.

¹⁸ Pincheira Hill, “Políticas habitacionales y la falta del derecho a la vivienda en Chile”, 72.

Al establecerse el Estado Subsidiario¹⁹, el entendimiento del derecho a la vivienda comenzó a distar mucho de la visión que se tuvo durante el gobierno de Allende. Durante la dictadura, se dio a entender que al Estado no le correspondía ser el garante de este derecho y por ende tampoco tenía el deber de proveer viviendas, sino que esto dependía de la capacidad económica de cada familia. La idea era limitar la intervención estatal y estimular que el mercado regulara el desarrollo de proyectos habitacionales, terminando de radicar la responsabilidad de producción de viviendas al sector privado. Sin embargo, como consecuencia de la dificultad del mercado para satisfacer la necesidad de vivienda por el bajo poder adquisitivo de un porcentaje importante de la población, el Estado tuvo que adoptar un rol secundario para paliar esto a través de subsidios.

El subsidio habitacional se definió como:

Una ayuda estatal directa, que se otorgaría por una vez a las personas naturales que fueran jefes de hogar, sin cargo de restitución por parte del beneficiario, constituyendo un complemento del ahorro previo y, si lo necesitare, del crédito que obtuviera por sí mismo el beneficiario del subsidio, destinado a la adquisición de una vivienda nueva urbana o rural, o a la construcción de ellas, y cuyo fin fuera la habitación permanente²⁰.

Los programas de subsidios estaban pensados para asegurar estándares mínimos sólo para las familias que más lo necesitaran. Por ende, la responsabilidad del Estado estaría limitada a la implementación de subsidios habitacionales que permitirían a las familias de menores ingresos adquirir la propiedad de una vivienda.

¹⁹ Significa que el estado intervendrá sólo en las áreas que el mercado no cubre.

²⁰ Pincheira Hill, "Políticas habitacionales y la falta del derecho a la vivienda en Chile", 74.

Este período marca el vuelco definitivo de la concepción del tema de la vivienda, pasando de ser una obligación del Estado entendida como el cumplimiento de un verdadero derecho social, a una concepción de actividad subsidiaria del Estado, inserto en un modelo de economía de libre mercado²¹.

En 1978, una serie de reformas flexibilizaron las normas reguladoras del uso de los suelos, que tenían como fin reducir los costos de las viviendas destinadas a las familias más vulnerables. Sin embargo, esto terminó por reducir la cantidad de terrenos agrícolas productivos y se generó un crecimiento urbano sin planificación, lo que conllevó a que los barrios de vivienda social terminaran más alejados de las ciudades²². Esto provocó que aún más familias fueran desplazadas a la periferia, algo que ya se veía pasando desde inicios de la dictadura pero que aquí se intensificó, pues los programas de subsidios buscaban abaratar los costos de construcción e incentivar a empresas inmobiliarias para construir en terrenos más accesibles.

Los gobiernos que vinieron después de la vuelta a la democracia no pudieron terminar con los problemas que siguieron de las políticas públicas de los años anteriores. El gobierno de Aylwin puso gran esfuerzos en disminuir la segregación, modificar el enfoque de crecimiento económico que caracterizaba a las políticas públicas y cambiarlo por un modelo de crecimiento y desarrollo equitativo. Sin embargo, esto se vio frustrado al enfrentarse a una legislación enfocada en un sistema de libre mercado²³.

El gobierno de Eduardo Frei Ruiz – Tagle se caracterizó por incentivar una mayor acción estatal. En su gobierno comenzaron a utilizar términos como "ciudad sustentable" y "equidad urbana", ampliando así el concepto de vivienda y no limitándolo solamente otorgar un techo. Se hicieron

²¹ Pincheira Hill, "Políticas habitacionales y la falta del derecho a la vivienda en Chile", 77.

²² Pincheira Hill, "Políticas habitacionales y la falta del derecho a la vivienda en Chile", 75-76.

²³ Pincheira Hill, "Políticas habitacionales y la falta del derecho a la vivienda en Chile", 79.

esfuerzos por crear programas habitacionales más inclusivos y cambiar las formas de financiar las viviendas. Este gobierno vio al Estado como uno subsidiario, activo y regulador. Al igual que el gobierno de Aylwin, se vio frustrado y frenado por las mismas razones: una normativa poco favorable. Ya por este tiempo las familias viviendo en campamentos, algo que se venía arrastrando desde la dictadura, eran un problema latente y, por ende, un desafío que se debía atender.

El subsidio a la vivienda no estaba llegando a las familias de menores ingresos sino a las familias de medianos ingresos, pues las de menores ingresos no tenían capacidad de ahorro ni acceso a la banca privada. Se definió entonces que el modo de acceder a la vivienda fuera a través de licitaciones públicas que organizaba el SERVIU con constructoras privadas que registraba el MINVU. El SERVIU terminaba asignando los subsidios a las familias que lo requerían. Para poder abaratar costos, las constructoras compraban terrenos alejados de las ciudades, los que eran de menor valor. Así es como se explica el éxito cuantitativo del MINVU, que logró construir aproximadamente 90.000 viviendas cada año:

La explicación del éxito cuantitativo alcanzado radica principalmente en la ampliación de la entrega de subsidio a la demanda, y de la generación de una nueva red de programas habitacionales, dirigidos a diversos segmentos y tipos de necesidades.²⁴

Las políticas públicas pusieron todos sus esfuerzos en otorgar un título de propiedad, privilegiando la construcción masiva de viviendas sociales sin hacerse cargo del problema de la segregación territorial. Miles de familias fueron, nuevamente, desplazadas a zonas menos conectadas para obtener el beneficio de una vivienda propia, en la periferia. Si bien se evidencian avances, a fines

²⁴ Pincheira Hill, “Políticas habitacionales y la falta del derecho a la vivienda en Chile”, 80.

de los noventa:

Los sectores pobres mostraban un menor grado de postulación a los programas habitacionales que otros grupos de ingreso, reflejo de la dificultad de estos sectores sociales para ser atendidos por los programas como consecuencia de sus problemas para acceder a la información y sus menores posibilidades de cumplir requisitos de ahorro y/o endeudamiento, como también de dificultades para solventar la autonomía residencial en el caso de allegados con pocos recursos, dado que el acceso a solución exige capacidad de financiar costos de necesidades básicas, de alojamiento y de transporte.²⁵

Durante los siguientes años, se siguió intentando palear el déficit habitacional con construcciones masivas, las que también se ubicaron en terrenos lejanos, aumentando más aún la segregación.

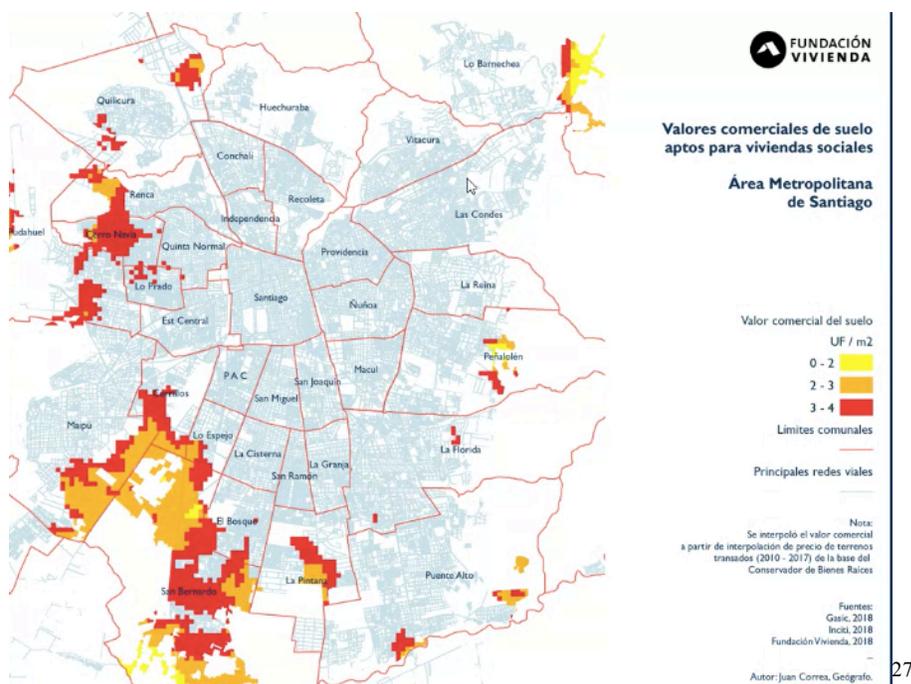
Durante el gobierno de Michelle Bachelet se intentó atender a estos problemas creando un subsidio diferenciado a la localización, que se mantiene hasta el día de hoy. Esto significó que los proyectos que contaran con transporte público y acceso cercano a servicios públicos, por ejemplo salud, y educación, tendrían un incentivo que aumentaba su presupuesto. Pese a los esfuerzos no se logró lo esperado, pues la exclusión espacial acumulada con los años era muy extensa y no se pudo lograr la inclusión urbana.

El año 2005 el MINVU, para afrontar los problemas de los programas de subsidios, reformuló el régimen de subsidios y se creó el Fondo Solidario de Vivienda. Este estaba pensado para dar una solución permanente a las familias de menores ingresos e incluía el requisito de organización comunitaria. En otras palabras, para poder postular a un subsidio se debía hacer mediante comités de viviendas, postulando de manera colectiva. Además, reducía los requisitos para obtener el

²⁵ Pincheira Hill, "Políticas habitacionales y la falta del derecho a la vivienda en Chile", 81.

subsidio y aumentaba los estándares mínimos de calidad de las viviendas entregadas.

El año 2011, durante el gobierno de Sebastián Piñera, se modificó la política habitacional. Se creó el Fondo Solidario de Elección de Vivienda, eliminándose la necesidad de postulación colectiva. Esto significó que se pudo optar por postulaciones individuales, aplicando su subsidio a algún proyecto de la nómina del SERVIU. Sin embargo, no se tuvieron los resultados esperados pues los montos de subsidios son bajos y no producen incentivo suficiente para las constructoras²⁶.



27

Sobre las políticas habitacionales de los últimos años, el poco incentivo del sector privado para construir ha dejado a miles de postulantes sin proyectos. Es decir, muchas familias ni si quiera pueden acceder a la subsidiaridad.

²⁶ Pincheira Hill, “Políticas habitacionales y la falta del derecho a la vivienda en Chile”, 83-84.

²⁷ Correa, J., “Valores comerciales de suelo aptos para viviendas sociales”.

Por otro lado, el interés por aumentar el número de viviendas construidas ha llevado a que el ambiente y la calidad de construcción no sea la mejor:

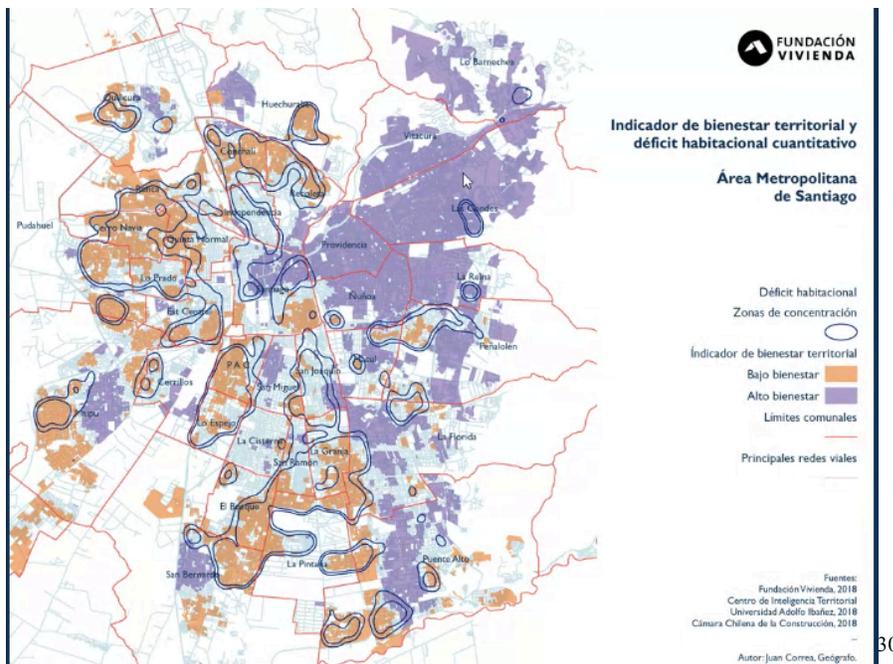
Esto es la consecuencia lógica de considerar a la vivienda como un bien de mercado, donde los criterios que van a primar no necesariamente tendrán como foco el interés de su destinatario, sino la ganancia para los actores del mercado inmobiliario, y el menor gasto posible y mayor cantidad de unidades construidas para el Estado²⁸.

Además, las políticas han favorecido a la segregación y creación de barrios de bajos ingresos sin equipamiento básico. Es decir, pese a ser otorgadas de un beneficio, estas familias se vieron enfrentadas a nuevos problemas tales como: la calidad de las viviendas -las cuales nunca fueron fiscalizadas en los años posteriores a su entrega para reparaciones-, deterioro de la calidad de vida por vivir en la periferia, hacinamiento, poco equipamiento comunitario, mala infraestructura, barrios de mayores tasas delictuales y a un ambiente de general descontento:

En estos lugares, la población habita en residencias con tamaños cuyo promedio no supera los 45 m² edificados y con la ausencia del resto de clases sociales, equipamientos y algunos servicios básicos y no básicos, como colegios, centros de salud, áreas de esparcimiento y centros de comercio, entre otros²⁹.

²⁸ Pincheira Hill, "Políticas habitacionales y la falta del derecho a la vivienda en Chile", 89.

²⁹ Pincheira Hill, "Políticas habitacionales y la falta del derecho a la vivienda en Chile", 88.



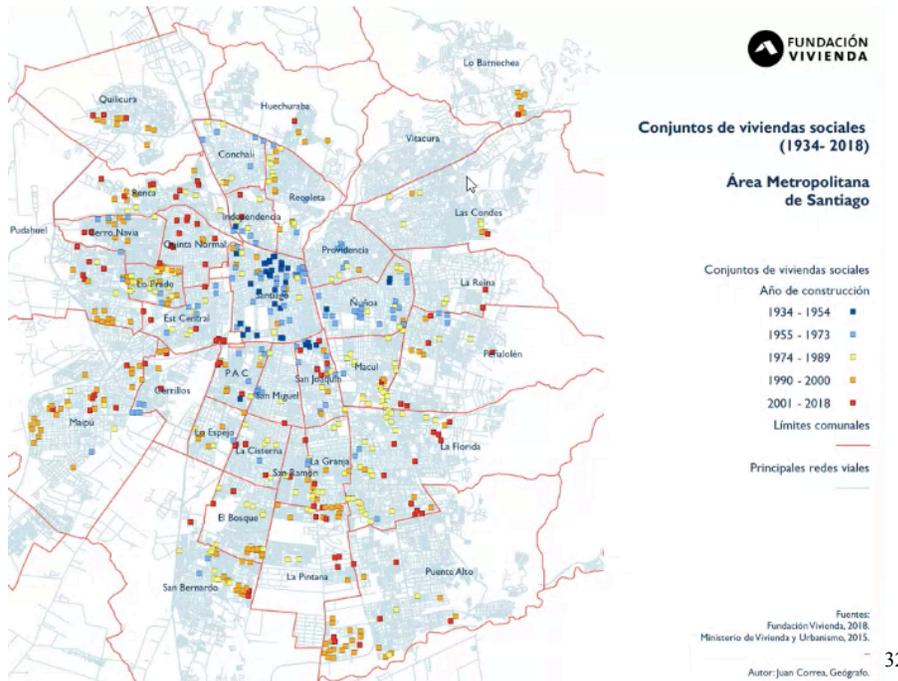
30

Asimismo, surge otro problema: el beneficio del subsidio es entregado una vez en la vida. Por ende, una vez otorgado, las familias se ven imposibilitadas de volver a requerir apoyo estatal, teniendo que conformarse con condiciones de vida denigrantes -ya que el Estado no se ha hecho cargo de fiscalizar ni reparar los proyectos ya entregados-.

Este tema es atingente pues la segregación urbana es otra de las razones, sumando a los precios de arriendo y compra de bienes inmuebles, de por qué las familias más vulnerables deciden hacer un hogar en tomas irregulares. Muchas veces una solución habitacional definitiva significa: estar segregados y con poco acceso a servicios privados y públicos, tener menos oportunidades laborales, contar con poca presencia policial, menos escuelas o escuelas de menor calidad, no contar con áreas verdes ni espacios de recreación y a deteriorar la calidad de vida pues las personas que viven alejadas deben dedicar más tiempo trasladándose -lo que también se relaciona a que

³⁰ Correa, J., "Indicador de bienestar territorial y déficit habitacional cuantitativo".

normalmente tengan trabajos de peor calidad-. Por último, la segregación urbana vuelve prácticamente imposible la interacción social entre las distintas clases sociales, lo que entorpece nuestra idea de democracia³¹.



32

El entendimiento que el Estado le da al derecho a la vivienda repercute en cómo se implementa. La forma en la cual el Estado de Chile ha garantizado el acceso a la vivienda, entendiéndolo como un bien al cual se pueda acceder dependiendo de la capacidad económica de quienes lo requieren, ha influido directamente en la desigualdad territorial. Si bien se ha demostrado un esfuerzo en buscar soluciones habitacionales para la población más vulnerable del país, todas las políticas de vivienda están teñidas de un enfoque económico y, lamentablemente, no será posible avanzar en soluciones reales si no cambiamos este enfoque³³.

³¹ Gil Mc Cawley, "Derecho a la vivienda, integración urbana y minimalismo regulatorio en Chile", 262-276.

³² Correa, J., "Conjuntos de viviendas sociales (1934 – 2018)".

³³ Pincheira Hill, "Políticas habitacionales y la falta del derecho a la vivienda en Chile", 82.

1.3 El Derecho a la Vivienda en la historia constitucional

El Derecho a la Vivienda ha tenido un reconocimiento en el ámbito constitucional chileno, pero éste ha sido limitado, efímero y deficiente. Sus inicios constitucionales se remontan a la década de los veinte, cuando se incluyó la mención "habitación sana" en la Constitución Política de la República (CPR) de 1925. Antes de esto, nunca se había hecho mención a la vivienda.

La CPR de 1925 fue promulgada en un contexto de "Ensayo Legislativo" y en su Capítulo III denominado "Garantías Constitucionales" artículo 10 numeral 14 inciso primero dictaba:

La Constitución asegura a todos los habitantes de la República: La protección al trabajo, a la industria, y a las obras de previsión social, especialmente en cuanto se refieren a la habitación sana y a las condiciones económicas de la vida, en forma de proporcionar a cada habitante un mínimo de bienestar, adecuado a la satisfacción de necesidades personales y a las de su familia³⁴.

Si bien la palabra "vivienda" no estaba literalmente expresada, había un deber claro del Estado de proveer una forma sana de vivienda, de proporcionar un mínimo de bienestar.

Es por esto que si comparamos el escenario de la CPR de 1925 con la CPR de 1980, ésta última representa un retroceso en cuanto al compromiso del Estado con la vivienda, salud y bienestar de sus habitantes, al no consagrar ni mencionar el Derecho a la Vivienda. Esto es aún más evidente si se considera que la comisión redactora ya contaba en ese momento con la redacción de tratados e instrumentos internacionales que sí reconocían el Derecho a la Vivienda (ej.

³⁴ Constitución Política de la República de Chile.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, etc.), por lo que no hay razón que explique por qué no se reconoció ni consagró. Esto significó que hasta 1989, con la incorporación del inciso segundo del artículo 5 de la CPR, no se reconociera el Derecho a la Vivienda como parte del ordenamiento jurídico en lo absoluto.

Ese mismo año, Chile ratificó el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC); el más relevante para el reconocimiento del derecho a una vivienda adecuada. Esto es de suma importancia en la materia que nos convoca, pues si bien hasta hoy la palabra “vivienda” no aparece en nuestra carta magna, se desprende que, a través del artículo quinto inciso segundo y al encontrarse reconocido el Derecho a la Vivienda en tratados internacionales ratificados por Chile, nuestro Estado lo reconoce en el bloque constitucional. Esto significa que el Estado contrae obligaciones para velar por el cumplimiento de éste.

En el ámbito internacional se habla del derecho a una vivienda adecuada, definido como:

El derecho a tener un hogar y una comunidad seguros en que puedan vivir en paz y dignidad³⁵.

Además, se han establecido distintos aspectos que lo componen, siendo éstos: la seguridad de tenencia, disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura, gastos

³⁵ Alarcón et al., “Derecho a una vivienda adecuada en Chile: Una mirada desde los campamentos”, 90.

soportables, habitabilidad, asequibilidad, lugar y adecuación cultural³⁶. Está consagrado en el artículo 11.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:

Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuados para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento'. ...Este derecho forma parte de lo que las Naciones Unidas ha definido como nivel de vida adecuado que abarca, entre otros, la salud, la alimentación, la educación, las condiciones de trabajo, la vivienda, el transporte, la vestimenta y la seguridad social³⁷.

Los tratados internacionales establecen que los Estados:

No pueden invocar argumentos de escasez de recursos para justificar el eventual incumplimiento de obligaciones básicas derivadas del derecho” y que “[cada Estado] debe demostrar, entre otras cosas, que ha tomado todas las medidas que son necesarias, sea solo o sobre la base de la cooperación internacional, para evaluar la importancia de la falta de hogares y la vivienda inadecuada dentro de su jurisdicción³⁸.

Si analizamos la situación en Chile y consideramos el elevado número de familias que viven en campamentos, la falta de vigilancia eficaz, el difícil acceso a los hogares y un sin número de otros factores, no se puede poner en duda el hecho de que el Estado ha fallado en garantizar este derecho. Es más, el Estado ni si quiera ha levantado la información necesaria para establecer cuánta gente se encuentra viviendo en estas condiciones, por lo que los únicos catastros de

³⁶ Alarcón et al., “Derecho a una vivienda adecuada en Chile: Una mirada desde los campamentos”, 91.

³⁷ Alarcón et al., “Derecho a una vivienda adecuada en Chile: Una mirada desde los campamentos”, 88.

³⁸ Alarcón et al., “Derecho a una vivienda adecuada en Chile: Una mirada desde los campamentos”, 87.

campamentos que tenemos en Chile corresponde a trabajos hechos por la Fundación TECHO-Chile, y no por el gobierno:

El Estado ni siquiera posee información sobre la situación actual de los asentamientos informales en el país³⁹.

Sumado a lo mencionado y, según el análisis del punto anterior, es necesario entender que la vivienda, como un derecho fundamental, no se satisface con la mera construcción. Esto, porque hoy se ven afectadas las condiciones de vida de miles de familias a las que se les entrega un techo pero no se considera si es uno adecuado ni tampoco si cumplirá con los estándares mínimos para poder vivir una vida digna. Para un real reconocimiento de la importancia de este derecho, el derecho a la vivienda debe entenderse como el derecho a la vivienda y la ciudad⁴⁰, para abarcar la integración urbana, condiciones mínimas de calidad de vida y la igualdad de acceso a bienes públicos y privados.

Es importante tener en cuenta que la vivienda es una necesidad básica y, sin ella, se dificulta el pleno ejercicio de otros derechos que le están relacionados. El artículo primero de la CPR establece que:

Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos; el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a

³⁹ Alarcón et al., “Derecho a una vivienda adecuada en Chile: Una mirada desde los campamentos”, 109.

⁴⁰ El Derecho a la Ciudad es definido como: “El usufructo equitativo de las ciudades dentro de los principios de sustentabilidad, democracia, equidad y justicia social. Es un derecho colectivo de los habitantes de las ciudades, en especial de los grupos vulnerables y desfavorecidos, que les confiere legitimidad de acción y de organización, basado en sus usos y costumbres, con el objetivo de alcanzar el pleno ejercicio del derecho a la libre autodeterminación y un nivel de vida adecuado”, Organización de las Naciones Unidas, “Carta Mundial por el Derecho a la Ciudad. Revista paz y conflictos”, 184-196.

todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible; y el Estado debe asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.

Hasta el día de hoy, una porción importante de la sociedad no está siendo capaz de adquirir una vivienda y, por ende, esa porción está siendo impedida de ejercer derechos como la igualdad ante la ley, igualdad de oportunidades, igualdad de participación y de dignidad. Además:

El acceso y garantía de este derecho puede ser la condición previa para el disfrute de varios derechos humanos, en particular en la esfera del trabajo, la salud, la seguridad social, el voto, la privacidad y la educación⁴¹.

Si bien el Derecho a la Vivienda está consagrado en tratados internacionales ratificados por Chile y, por ende, sí hay un derecho a la vivienda en Chile, en la práctica este derecho ha sido desconocido e implementado deficientemente. Entonces, ¿cuál es el siguiente paso para darle una debida protección a éste derecho?

En los próximos capítulos se desarrollará cómo la falta de reconocimiento del Derecho a la Vivienda en el artículo 19 de la CPR no ha permitido que éste se pueda proteger, en la práctica, a través del Recurso de Protección del artículo 20 de la CPR. Si bien este proyecto no pretende insinuar que incluir el Derecho a la Vivienda en la CPR va a solucionar el problema habitacional ni le va a otorgar una vivienda a todos quienes no cuentan con una, sí daría cuenta del reconocimiento e importancia que se le otorga a la vivienda e implicaría importantes protecciones para personas cuyos derechos hoy están siendo vulnerados. Que no haya mayor reconocimiento en el ordenamiento jurídico interno es problemático, pues se está desprotegiendo un derecho que existe y que, por ende, es un deber del Estado. La ausencia de

⁴¹ Alarcón et al., “Derecho a una vivienda adecuada en Chile: Una mirada desde los campamentos”, 90.

un marco legal adecuado trae importantes consecuencias en la vida de las personas más vulnerables de nuestro país:

El derecho a una vivienda adecuada, entonces, se encuentra aún menos protegido que otros derechos sociales⁴².

⁴² Alarcón et al., “Derecho a una vivienda adecuada en Chile: Una mirada desde los campamentos”, 108.

CAPÍTULO II: LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO A LA VIVIENDA Y LOS DESALOJOS EN CHILE

Como se estableció en el capítulo anterior, al hablar de una vivienda digna el debate suele estar enfocado en las políticas de vivienda, la calidad de las viviendas entregadas, su ubicación, su acceso a servicios y la integración en la ciudad, entre otros. Sin embargo, existe una realidad en nuestro país que constituye graves vulneraciones a los derechos humanos y que está ligada a este debate pero no recibe la misma atención por parte de las autoridades y de la opinión pública: los desalojos forzosos.

Si vivir en condiciones que no permiten cumplir con el estándar de una vivienda digna es un incumplimiento del deber de garantizar el derecho a la vivienda, ser desalojado de un espacio físico donde se ha construido un hogar, sin alternativa de reasentamiento, implica la inexistencia total de este derecho. Ser desalojado significa ni si quiera contar con un espacio.

En el siguiente capítulo se analizará cómo el desconocimiento del derecho a la vivienda en nuestro ordenamiento ha tenido un impacto directo en la desprotección en la que se encuentran familias chilenas que se ven enfrentadas a desalojos, especialmente en los procesos que son llevados a cabo con auxilio de las fuerzas policiales. En aquellos casos, las personas siendo desalojadas se ven enfrentadas a usos excesivos y desproporcionados de la fuerza, la cual se legitima y basa en la ilegalidad de los asentamientos.

2.1 Introducción a los desalojos en Chile

El fenómeno de las llamadas “poblaciones callampa” surge en los años cincuenta en Chile

cuando familias vulnerables comenzaron a tomarse terrenos para formar sus hogares. En 1952, sólo en la región metropolitana, aproximadamente 75.000 familias vivían en las poblaciones callampa.

Desde el año 1970 en adelante, se comienza a hablar de “campamentos”. Estos se diferenciaban de las poblaciones callampa porque tenían una organización colectiva interna basada en la búsqueda de una solución habitacional.

Según la definición otorgada por el MINVU, los campamentos son:

Asentamientos precarios de 8 o más hogares que habitan en posesión irregular un terreno, con carencia de al menos uno de los tres servicios básicos (electricidad, agua potable y sistema de alcantarillado), y cuyas viviendas conforman una unidad socio territorial definida.

Los campamentos son, la mayoría de las veces, formados en asentamientos irregulares de terrenos. Las tomas son definidas como:

La posesión de un terreno sin ventas ni títulos, construyendo sobre él una casa, un rancho o una mediagua. Es una respuesta a una carencia de quienes no poseen otra posibilidad frente a la falta de habitación⁴³.

Además, las tomas normalmente son hechas por un número de personas que actúan conjuntamente para establecerse, haciendo del terreno, su lugar de residencia:

⁴³ Pino Vásquez, A., & Ojeda Ledesma, G., “Ciudad y hábitat informal: Las tomas de terreno y la autoconstrucción en las quebradas de Valparaíso”, 109-140.

Las tomas de sitio que las siguen son reclamos por una vivienda permanente y definitiva, así como una reacción frente a un Estado que promete, pero no cumple con garantizar ciertas condiciones materiales básicas a sus habitantes. El derecho individual de necesidad puede ser interpretado, de esta manera, como el fundamento de los derechos sociales, de resistencia y de organización colectiva⁴⁴.

Ya en el año 1985 se estimaba la existencia de 482 campamentos -aproximadamente 40.493 familias- según el catastro nacional de marginalidad habitacional y el año 2011, según el Catastro Nacional de Campamentos del MINVU, habían 657 campamentos.

La mayoría de los campamentos son asentamientos irregulares, ya sea en terrenos públicos o privados:

Por definición, los campamentos no cuentan con seguridad en la tenencia, ya que se configuran a través de ocupaciones de hecho, arriendo informal y otras modalidades que no garantizan la seguridad de tenencia, lo cual es contrario al PIDESC⁴⁵.

Según el catastro MINVU del 2011:

Los terrenos que ocupan los campamentos son preferentemente de propiedad pública (44%). El 35% de ellos se localiza en terrenos privados, y el 10% en terrenos mixtos (aquellos en que parte del terreno es de propiedad pública y la otra parte es propiedad privada). Respecto al 11% restante no existen datos. A la fecha, no existen datos

⁴⁴ Mancilla, "Shanty Towns as an Expression of the Right of Necessity".

⁴⁵ Alarcón et al., "Derecho a una vivienda adecuada en Chile: Una mirada desde los campamentos", 98.

actualizados sobre la forma de ocupación del terreno por parte de las familias que viven en campamentos⁴⁶.

Al analizar las tomas sin considerar su carácter justificativo, esto es, viéndolas solamente desde el punto de vista de la violación al derecho de propiedad privada, parecen ser meros hechos constitutivos de una violación de carácter civil y penal contra el derecho de los dueños de los inmuebles ocupados.

¿Cómo se ha enfrentado este problema en la práctica? Mediante los desalojos forzosos, los cuales son definidos como:

El hecho de hacer salir a personas y/o comunidades de los hogares y/o las tierras que ocupan, en forma permanente o provisional, sin ofrecerles medios apropiados de protección legal o de otra índole ni permitirles su acceso a ellos⁴⁷.

Otra definición lo establece como:

Una violación grave de un amplio conjunto de derechos humanos, en particular del derecho a una vivienda adecuada, a conservar la vivienda, a la libertad de circulación, a la vida privada, a la propiedad, a un nivel de vida adecuado, a la seguridad de la vivienda, a la seguridad de la persona, a la seguridad de tenencia de la vivienda y a la igualdad de trato (...) Recomienda también a todos los gobiernos que velen por que todo desalojo que se

⁴⁶ Alarcón et al., "Derecho a una vivienda adecuada en Chile: Una mirada desde los campamentos", 98.

⁴⁷ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 7.

considere legal se lleve a cabo de manera tal que no viole ninguno de los derechos humanos de las personas desalojadas⁴⁸.

Esto, además de estar lejos de ser una solución al problema, da cuenta de un incumplimiento grave por parte del Estado de Chile en cuanto al artículo 5° de la CPR, pues se vulnera lo establecido por el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, ya que una de las directrices para garantizar el derecho a la vivienda adecuada es la protección contra los desalojos forzosos y demolición de viviendas durante los procedimientos. Al ratificar este tratado, desde el 28 de abril de 1989, nuestro país se sometió voluntariamente a tales obligaciones, por lo que hay un incumplimiento del artículo 11, el cual establece que:

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.

Este trabajo no tiene como objeto cuestionar la justificación o legalidad de los desalojos, desahucios o lanzamientos, pues éstos tienen como fin último promover el bienestar general, ser razonables y proporcionales, además de garantizar indemnizaciones cuando correspondan. De hecho, si éstos se llevan a cabo de forma excepcional, con debida justificación, debido respeto a los derechos humanos y mediante procedimientos justos, no hay razón para cuestionar su legalidad. El fin último de este trabajo es hacer un análisis crítico de los reiterados casos en los

⁴⁸ Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, 2.

cuáles este tipo de acciones no han sido regularizadas, han sido violentas y/o atentatorias contra personas en graves condiciones de vulnerabilidad.

Las situaciones son complejas cuando los casos tratan de alguna de las siguientes situaciones:

- (a) Las personas son despojadas de sus hogares sin otorgárseles soluciones alternativas o permanentes.
- (b) Las personas son desalojadas de forma violenta y dejadas en peores condiciones de pobreza, lo que constituye una grave violación a los derechos humanos:

La pobreza es tanto una causa como una consecuencia de los desalojos. Por un lado la falta de opciones y de seguridad de la tenencia y la imposibilidad de acceder a la vivienda pueden obligar a los pobres a vivir en asentamientos informales y con el temor de ser desalojados. Por otro, los hechos demuestran que los desalojos forzosos suelen dar lugar a un mayor empobrecimiento o indigencia⁴⁹.

Tomando en cuenta lo establecido en este punto y en el anterior, la importancia de reconocer la existencia del derecho a la vivienda en nuestro ordenamiento va más allá de los problemas de implementación de este derecho, pues reconocerlo permite identificar un conflicto de derechos en los casos de usurpación. Esto, porque al momento en que el Estado toma la decisión de intervenir mediante la fuerza pública y, por ende, justificar el actuar estatal, se debe tomar en cuenta todo el ordenamiento jurídico, lo que incluye a los tratados internacionales.

⁴⁹ Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos, 27.

En este punto es menester hacer hincapié en que el enfoque que se ha adoptado en la práctica nacional desconoce absolutamente que hay más temas sobre la balanza. Con la interpretación que se ha tenido, se desconoce el hecho de que no se trata de *un* solo ataque sino que hay un conflicto de dos derechos: el derecho a la vivienda, por un lado, y el derecho de propiedad privada, por el otro. La balanza se tilda mucho más cuando la ocupación se produce en terrenos no ocupados, pues en estos casos, el conflicto de derechos se traduce solamente en propiedad privada vs. vivienda. Cuando, al contrario, un terreno ocupado se enfrenta a una toma, hay que considerar que hay más derechos en pugna que solo el derecho a propiedad, pues éste no es el único derecho siendo afectado. Cabe también considerar la integridad, la privacidad, la honra, entre otros. Es decir, son casos más problemáticos porque hay derechos esenciales de las dos partes que están siendo afectados. En cambio, cuando nos ponemos en el caso de un terreno no ocupado, la oposición de derechos se concentra en una afectación a un derecho puramente patrimonial, como lo es la propiedad, vs. un derecho humano, inalienable y esencial, como lo es el derecho a la vivienda.

Este capítulo busca hacer una reflexión sobre los procedimientos de desalojo, los cuales, si bien son regulados por nuestro ordenamiento jurídico, hoy están atentando contra derechos fundamentales de los ciudadanos durante su proceder.

2.2 Regulación de desalojos

Es importante una debida regulación y apropiada fiscalización de cómo se están llevando a cabo los desalojos pues éstos pueden intensificar la desigualdad y segregación. Es por esto que los Estados tienen la obligación de:

Abstenerse de los desalojos forzosos y de proteger contra los desalojos de los hogares y de la tierra... (esto) se deriva de varios instrumentos jurídicos internacionales que protegen el derecho humano a una vivienda adecuada y otros derechos humanos conexos. Entre éstos figuran la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (párr. 1, art. 11), la Convención sobre los Derechos del Niño (párr. 3, art. 27), las disposiciones sobre la no discriminación que figuran en el párrafo 2 h) del artículo 14 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y el artículo 5 e) de la Convención sobre la Eliminación de la Discriminación Racial⁵⁰.

El marco jurídico del procedimiento de desalojo se divide en Internacional y Nacional. El Internacional está compuesto por: la Declaración Universal (artículos 19 y 20), Pacto IDCP (artículos arts. 21 y 22.2), Convención Americana (artículos 13.2.b, 15, 22.4 y 32.2) y Código de Conducta (artículo 3) Principios Básicos (principios 12, 13 y 14). El marco jurídico nacional se compone por: la Constitución Política de la República (artículos 19 N°12 y N°13 y 101), la Ley 18.961 de 1990 (arts. 1 a 4) y el Código Penal (arts. 457 a 460).

⁵⁰ Organización de las Naciones Unidas, “PRINCIPIOS BÁSICOS Y DIRECTRICES SOBRE LOS DESALOJOS Y EL DESPLAZAMIENTO GENERADOS POR EL DESARROLLO”, 3-17.

Según los estándares internacionales, los desalojos no deben significar dejar a personas sin hogar. Es por esto que siempre después de un desalojo debe ofrecerse una alternativa para que las familias desplazadas puedan reasentarse. Además, se ha establecido que si las medidas de desalojos no son respetadas, la ciudadanía debe contar con recursos eficaces para poder reclamar la vulneración de sus derechos, además de hacer responsable a las instituciones u organizaciones que participen en los procesos y que incumplan con sus deberes.

Según lo establecido en la observación General N°4 sobre el derecho a una vivienda adecuada, un desalojo forzoso es *prima facie* incompatible con los requisitos del PIDESC. Esto no quiere decir que un desalojo no pueda llevarse a cabo si se hace de manera legal y respetando los derechos humanos, sino más bien que los desalojos pueden llevarse a cabo si respetan el PIDESC, la observación General N°4 y N°7 sobre el derecho a una vivienda y los principios y directrices sobre desalojos.

Para empezar a analizar el caso de los desalojos en Chile, primero hay que distinguir si los procesos cumplen con los estándares internacionales de derechos humanos y luego dar cuenta de las obligaciones que tiene el Estado frente a ellos.

Según lo establecido en los principios básicos y directrices sobre los desalojos de la ONU, estas obligaciones se pueden dividir en obligaciones anteriores al desalojo, obligaciones durante el desalojo y obligaciones posteriores al desalojo.

Algunas obligaciones anteriores al desalojo⁵¹:

a) Notificaciones o avisos de desalojos que cumplan con estándares adecuados: esto significa que sean realizados por el Estado, que informen el número total de familias que serán desalojadas, que contengan un plazo para el desalojo, entre otros. Las notificaciones deben informar y preparar a las familias, contener una justificación de la decisión e informar detalladamente una propuesta alternativa. Si no hay alternativas, deben constar las medidas que se adoptarán para reducir los efectos perjudiciales que pudiese causar el desalojo.

b) Audiencias públicas: tienen por objeto informar a las familias sobre los plazos para el eventual desalojo y contemplar planes de reasentamiento en que se ofrezcan opciones que se adecuen a las realidades de las familias, que consideren sus necesidades laborales, accesos a servicios públicos y privados, hacer partícipes a las familias de una decisión futura, resolver las consultas que tuvieren, recibir asesorías y proponer alternativas, entre otros. Es importante que durante el proceso:

Se haga partícipes a los habitantes del terreno que se desalojará, estableciendo contacto con los representantes y/o dirigentes de la comunidad, a fin de coordinar de manera conjunta las diligencias que deberán realizarse durante el proceso de desalojo⁵².

Estas audiencias también deben ser representativas, por lo que debe asistir un número representativo de las familias y debe levantarse un acta en la cual conste aprobación de los

⁵¹ Organización de las Naciones Unidas, “PRINCIPIOS BÁSICOS Y DIRECTRICES SOBRE LOS DESALOJOS Y EL DESPLAZAMIENTO GENERADOS POR EL DESARROLLO”, 3-17.

⁵² Organización de las Naciones Unidas, “PRINCIPIOS BÁSICOS Y DIRECTRICES SOBRE LOS DESALOJOS Y EL DESPLAZAMIENTO GENERADOS POR EL DESARROLLO”, 3-17.

participantes.

c) Establecer un plazo para formulaciones de comentarios y objeciones sobre los planes propuestos.

d) Ofrecer asesorías jurídicas a las personas afectadas.

e) Audiencias públicas para que las personas afectadas puedan impugnar la decisión del desalojo.

Algunas de las obligaciones del procedimiento durante el desalojo⁵³:

a) Autorización oficial para el desalojo e identificación de los funcionarios que lo llevarán a cabo.

b) Presencia de funcionarios gubernamentales.

c) Autorización de observadores neutrales.

d) Velar por el respeto a la dignidad, los derechos humanos, los derechos de los niños.

e) Velar por la integridad física y psíquica de las personas⁵⁴.

f) Respeto a los principios de necesidad y proporcionalidad en el uso legal de la fuerza y los

⁵³ Organización de las Naciones Unidas, “PRINCIPIOS BÁSICOS Y DIRECTRICES SOBRE LOS DESALOJOS Y EL DESPLAZAMIENTO GENERADOS POR EL DESARROLLO”, 3-17.

⁵⁴ Protocolo de Desalojo, Ministerio del Interior.

principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego.

- g) No deben realizarse por la noche o durante días festivos.
- h) Existencia de medidas que garanticen que nadie sea objeto de ataques directos, indiscriminados o de otros actos de violencia.
- i) Medidas que garanticen que nadie sea privado arbitrariamente de sus posesiones ni que estas sean destruidas o apropiadas.

Algunas obligaciones posteriores al desalojo⁵⁵:

- a) Indemnización y alojamiento alternativo.
- b) Medidas de reasentamiento para la comunidad afectada. Estos barrios deben cumplir con las necesidades básicas para las familias, por ejemplo, que no tengan una localización deficiente, que las condiciones de habitabilidad sean mínimas y velar por que el traslado no implique romper con lazos de apoyo o familiares que tenían en el territorio donde se encontraban.
- c) Fiscalización por parte del Estado para determinar el número y consecuencias de los desalojos, incluidos los forzosos, que se producen en su jurisdicción y territorio.
- d) Los Estados le deben encargar a un órgano independiente la vigilancia de los desalojos y

⁵⁵ Organización de las Naciones Unidas, “PRINCIPIOS BÁSICOS Y DIRECTRICES SOBRE LOS DESALOJOS Y EL DESPLAZAMIENTO GENERADOS POR EL DESARROLLO”, 3-17.

del cumplimiento por parte del Estado de estas directrices y el derecho internacional relativo a los derechos humanos⁵⁶.

Si bien la regulación sobre esta materia es extensa y si bien es de suma importancia reconocer los derechos que tienen los habitantes, pese a no tener títulos de propiedad o mera tenencia; por alguna razón las medidas y procedimientos de desalojo no se están respetando en Chile. Cada año surgen nuevos casos sin las fiscalizaciones pertinentes o que simplemente han pasado desapercibidos. Pese a que el Estado de Chile voluntariamente adquirió responsabilidades en la materia al ratificar distintos tratados internacionales, de todos modos hay un incumplimiento claro y reiterado de sus obligaciones que ha conllevado a graves vulneraciones de derechos.

Los desalojos son prácticas recurrentes en nuestra experiencia nacional pese a ser procedimientos delicados que deberían considerarse como última ratio. Además, la experiencia demuestra que en la práctica de nuestro país, la mayoría de las veces no se ha velado por que se cumplan los estándares internacionales en sus procedimientos, convirtiéndose en soluciones gravemente atentatorias contra los derechos humanos de las personas que están siendo desalojadas:

Ha habido en Chile varios casos de desalojos masivos de grupos vulnerables que ocupaban ilegalmente terrenos fiscales. Los desalojados interpusieron recursos de protección y de amparo, pero todos fueron rechazados porque

⁵⁶ Organización de las Naciones Unidas, “PRINCIPIOS BÁSICOS Y DIRECTRICES SOBRE LOS DESALOJOS Y EL DESPLAZAMIENTO GENERADOS POR EL DESARROLLO”, 3-17.

las evicciones estaban conforme a la ley. Para las cortes, la mera legalidad de las evicciones fue el único factor a considerar. La consecuencia de esta actitud fue que las personas quedaron abandonadas a su suerte⁵⁷.

Si un procedimiento de desalojo en Chile implica forzar a alguien a salir del lugar en el que está viviendo, contra su voluntad, como cualquier ejercicio de la fuerza, requiere justificación para no ser considerado como un acto ilegal e ilegítimo. Si bien el desalojo es un procedimiento regulado en nuestro ordenamiento a través de instrumentos internacionales, tales regulaciones no se están respetando. Cabría decir, entonces, que los desalojos que se están llevando a cabo en Chile son ilegales. Esto último, en especial en los casos donde *solo* se estaría afectando el derecho a la propiedad y no a otros derechos fundamentales.

El Estado chileno, además de incumplir sus obligaciones al no garantizar una debida protección en los momentos anteriores al desalojo, al no velar por que estos se lleven a cabo de manera digna y, además, al no darle la importancia debida al re - asentamiento de las familias; se ha alejado de los estándares exigidos internacionalmente. Es posible sostener esto si observamos el protocolo de desalojo del Ministerio de Interior del año 2017, dictado a través de la Circular N° 19 del 7 de marzo de 2017, el cuál estableció que:

Las facultades (de desalojo) deben cumplirse de acuerdo a las normas relativas a garantías y derechos constitucionales... las autoridades tendrán en especial consideración a los ocupantes de terrenos próximos a desalojar, especialmente a las personas que se encuentren en situación de vulnerabilidad.

⁵⁷ Figueroa G., “DESALOJOS MASIVOS DE GRUPOS VULNERABLES: JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL DE CHILE Y SUDÁFRICA”, 1-5.

A pesar de ser un gran avance en la materia al contemplar reglas que velaban por respetar la dignidad de las personas a través de su participación en el proceso y al otorgar soluciones habitacionales transitorias, el Ministerio del Interior dejó la Circular sin efecto⁵⁸; demostrando nuevamente la poca preocupación por respetar los derechos que se vulneran reiteradamente en estos procedimientos.

Según lo establecido por los principios básicos y directrices sobre los desalojos de la ONU, ya que los terrenos disponibles para los reasentamientos adecuados son escasos, el Estado debe adoptar un rol activo en gestionar los suelos para que las familias no sean localizadas siempre en las periferias. Para garantizar el derecho a la vivienda, es necesario que el traslado sea a barrios con servicios públicos accesibles, con servicios básicos formales. Además, el reasentamiento no puede ser en un lugar de peor calidad:

Las viviendas nuevas deben satisfacer los criterios de adecuación: facilidad de acceso, asequibilidad, habitabilidad, seguridad de la tenencia, adecuación cultural, adecuación del lugar y acceso a los servicios esenciales, tales como la salud y la educación⁵⁹.

Como se ha establecido en reiteradas ocasiones, no es poco común escuchar sobre numerosos desalojos violentos ni tampoco es poco común escuchar de graves vulneraciones a los derechos humanos durante los procesos. El problema de nuestro país es claro: el derecho a la vivienda existe en Chile a través del artículo 5 de la CPR, pero es un derecho que no es ejercitable ni reclamable.

⁵⁸ Torres Montenegro, “Desalojos forzosos en Chile con miras al Derecho Internacional de Derechos Humanos”.

⁵⁹ Organización de las Naciones Unidas, “PRINCIPIOS BÁSICOS Y DIRECTRICES SOBRE LOS DESALOJOS Y EL DESPLAZAMIENTO GENERADOS POR EL DESARROLLO”, 3-17.

En el siguiente apartado se darán algunos ejemplos jurisprudenciales de la falta de protección que se les ha dado en nuestro país a las familias ocupantes.

2.3 La procedencia de recursos de protección

Caso Martínez con Ministerio de Bienes Nacionales⁶⁰

El 26 de marzo del año 2007, el dirigente de los pobladores del Sector Areneros SicaSica interpuso un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Arica contra el Ministerio de Bienes Nacionales de la Región de Tarapacá por una orden de desalojo, notificada el 19 de febrero del mismo año, que notificaba individualmente la existencia de una orden para desalojar voluntariamente el terreno, de propiedad fiscal, a más tardar el 5 de marzo de ese mismo año. Se señala en el fallo que las familias vivían en esa propiedad hace más de una década y contaban con servicios básicos de agua y luz.

La notificación les otorgaba a los ocupantes un plazo fatal y, en caso de no acatarse, se procedería a ejercer las acciones administrativas y/o judiciales para lograr la restitución del inmueble a través de un desalojo forzoso.

⁶⁰ Causa N° 58/2007.

Se allanó a la notificación solicitando que se les concediera a las familias una prórroga para hacer el abandono voluntario del terreno a fin de no exponerlas a un procedimiento con fuerza pública, pues necesitaban contar con tiempo prudente para buscar otro lugar donde vivir ya que todos los pobladores aún se encontraban tramitando y agilizando las postulaciones de solución habitacional. El grupo de pobladores que recurrió de protección era de 48 adultos y 44 niños aproximadamente.

El Jefe de la Oficina Provincial de Bienes Nacionales señaló que no se precisó una norma constitucional vulnerada ni señalaron actos u omisiones ilegales o arbitrarios que importaran una vulneración de sus derechos, por lo que el recurso no tenía fundamento. Además, informó que se encontraba en condiciones de proporcionar una prórroga del plazo para desocupar el inmueble hasta el día 15 de Abril del mismo año.

La Corte de Apelaciones estimó que los hechos no eran constitutivos de un acto u omisión alguna por el ente recurrido, por lo que no se justificaba que fuese sancionado por la vía del recurso de protección. Se rechazó el recurso de protección pues no había ningún derecho constitucional vulnerado.

Caso Galleguillos con Servicio de Vivienda y Urbanismo⁶¹

El 21 de septiembre del año 2015 se interpuso un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso contra de la Gobernación Provincial de Valparaíso, del SERVIU y la

⁶¹ Causa N° 2463/2015.

comuna de Valparaíso.

Se tomó conocimiento que el día 3 de julio del 2015 se llevaría a cabo el lanzamiento con fuerza pública de los habitantes de un terreno de propiedad del SERVIU, denominado campamento "Nuevo Amanecer".

Los pobladores argumentaron que en el terreno residían noventa personas que quedarían sin hogar, que no hubo notificación y que esta medida era discriminatoria, al existir distintas tomas irregulares en terrenos municipales que no eran desalojadas.

La Corte de Apelaciones estimó que la orden de desalojo era legal y que la ocupación era de un terreno perteneciente a una entidad del Estado, por lo que no habían antecedentes que demostraren que existió algún acto discriminatorio en relación a los ocupantes. No se apreció la ilegalidad y arbitrariedad, por lo que se rechazó el recurso de protección.

Gallardo con Servicio de Vivienda y Urbanismo⁶²

El 14 de abril del año 2015 se interpuso un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de San Miguel contra el SERVIU, la Gobernación Provincial del Maipo y en contra de Carabineros

⁶² Causa N° 5730/2015.

de Chile por proceder ilegal y arbitrariamente.

El Gobernador Provincial del Maipo dispuso, a petición del SERVIU, la restitución del bien inmueble con auxilio de la fuerza pública de habitantes que hace diez meses habitaban en el campamento San Francisco en San Bernardo, quienes fueron notificados el 5 de febrero sobre el desalojo.

Doscientas cincuenta familias residían irregularmente en el terreno en viviendas de emergencia, sin acceso a servicios básicos y sin solución habitacional definitiva; lo que los dejaba en una situación complicada pues en caso de proceder el desalojo se verían enfrentadas a trasladarse a otro campamento o vivir en la calle.

Se alegó que pese a que todas las familias se encontraban en igualdad de condiciones, la orden de desalojo se decretó sólo respecto de un grupo de ellas, constituyendo esto un acto arbitrario.

Se afirmó que la actuación del señor Gobernador fue ilegal pues no existió la tramitación de un proceso legal previo, vulnerándose así su derecho de defensa. Además, afirmaron que tampoco hubo intervención de un juez, dictándose este acto sin haber realizado un procedimiento administrativo previo en conformidad a la ley 19.800.

El SERVIU sostuvo que suscribió con la Gobernación del Maipo y con los Comités de Allegados

"Esperanza de San Francisco y La Ponderosa" un protocolo de acuerdo por el que los comparecientes se comprometieron a impedir el ingreso y asentamiento de personas o familias ajenas a esos comités con el fin de entregar una solución habitacional a las familias que conformaban los comités. En este protocolo se acordó que si personas que no formaban parte del comité se instalaban en los campamentos el SERVIU solicitaría a la Gobernación Provincial el desalojo del inmueble con auxilio de la fuerza pública.

La Corte de Apelaciones acogió la acción de protección respecto del SERVIU y de la Gobernación Provincial del Maipo únicamente, además de dejar sin efecto la resolución que dispuso el desalojo.

La Corte Suprema el 8 de julio de 2015 estableció que se cumplían con los presupuestos legales y por ende la resolución de desalojo estaba conforme a la normativa vigente.

La Corte estimó que no habían actos de ilegalidad ni arbitrariedad, por lo que rechazó el recurso de protección, revocando lo dictado por la Corte de Apelaciones.

2.4 Criterios Jurisprudenciales

Luego de haber comentado brevemente los casos se puede divisar el criterio uniforme de las cortes, las cuales, en distintos años, estimaron que los desalojos eran perfectamente legales ya que las ocupaciones en los terrenos eran irregulares:

Las cortes chilenas, prácticamente en todos los casos, rechazan las acciones de protección y de amparo interpuestas en contra de resoluciones de la autoridad administrativa que ordenaban el desalojo de terrenos fiscales. Dado que la ocupación de los terrenos era ilegal o irregular las cortes estimaron que las órdenes de desalojo no eran ilegales...Las cortes no se preguntaron por las circunstancias en que sería ejecutada la evicción, por sus consecuencias para los desalojados o por la responsabilidad que pudiere haber al Gobierno Regional o al SERVIU respecto de la situación de desamparo en que podrían quedar aquellas familias y grupos vulnerables⁶³.

Esto significa que, a criterio de nuestros tribunales, la irregularidad de las tomas es una razón suficiente para desestimar los recursos de protección interpuestos, sin considerar el carácter justificativo de una toma de terreno ni el estado de necesidad en el que se pudieron haber encontrado las familias al momento de hacerlo.

Tampoco se consideró en los fallos expuestos las consecuencias que les traería a las familias el desalojo ni la responsabilidad estatal o regional del desamparo de todas esas personas. De esto se desprende que en las decisiones de los tribunales no se buscó proteger de forma equitativa el derecho de propiedad y derecho a la vivienda. Es más, hicieron caso omiso a la situación de vulnerabilidad de todas las familias involucradas. Tristemente, pareciera ser que el hecho de que las personas puedan ser desalojadas sin ofrecérseles ninguna protección judicial es una situación recurrente y avalada por los tribunales de nuestro país.

⁶³ Figueroa G., “DESALOJOS MASIVOS DE GRUPOS VULNERABLES: JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL DE CHILE Y SUDÁFRICA”, 1-5.

Desalojar terrenos es más que pedirle la retirada a las personas que los habitan, es destruir hogares, expectativas, sueños, oportunidades y dejar a las personas en completa indefensión y muchas veces en peores condiciones de las que se encontraban en un principio.

Si bien hay que ser enfáticos en que no les corresponde a los tribunales otorgar soluciones habitacionales ni velar por el desamparo de estas personas, pues la entidad encargada de otorgar Subsidios Habitacionales en nuestro país es el Ministerio de Vivienda y Urbanismo, sí hay otras herramientas a las que podrían optar. Por ejemplo, proteger los derechos de propiedad de las familias evitando que las fuerzas policiales destruyan sus bienes al desalojar, mediante la interposición de recursos de amparo y protección, los cuales permitirían a las cortes instruir a carabineros el velar por los derechos de las personas que están siendo desalojadas.

Además, podrían emitir instrucciones con tal de evitar que en un procedimiento de desalojo se transgredan derechos fundamentales de las personas:

La administración tiene la facultad de diseñar y elaborar normas para implementar y ejecutar las políticas destinadas a satisfacer las necesidades de vivienda. Sin embargo, eso no significa que la ejecución de las políticas de vivienda no sea controlable por los jueces puesto que es posible que los actos de ejecución de dichas políticas produzcan vulneración de derechos fundamentales. Los jueces no deben elaborar la política, pero sí pueden controlar su ejecución, y hacer esto no implica extralimitarse en su competencia ni vulnerar el principio de separación de poderes. Por tanto, la intervención de los jueces en casos de desalojo está justificada⁶⁴.

⁶⁴ Figueroa G., “DESALOJOS MASIVOS DE GRUPOS VULNERABLES: JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL DE CHILE Y SUDÁFRICA”, 1-5.

El propósito de señalar estos casos es demostrar que, en lo que respecta a un desalojo violento, el derecho a la vivienda en Chile no es ejercitable como un medio de protección ante tales situaciones. Si bien las familias recurrieron a las cortes chilenas para hacer valer este derecho, éstas fallaron que no habían derechos siendo vulnerados y optaron por no protegerlas, además de optar por no cumplir con su deber de protección a los derechos fundamentales. En estos casos hay una clara desprotección hacia la calidad de vida de las personas y su dignidad.

Aquí cabría preguntarse:

Si el derecho a la vivienda no es ejercitable frente a un desalojo, ¿puede ejercerse de otras maneras? Si bien no se ha logrado una debida protección en este ámbito, ¿será que es un problema jurisprudencial más que legal?

Se puede sostener que el problema no es de los tribunales, es más bien un problema de consagración:

Al tratarse de un derecho fundamental, otro efecto jurídico relevante sería que el poder judicial estaría obligado a revisar si las políticas públicas que se adoptan a través de los órganos representativos satisfacen (o no) los principios de razonabilidad, proporcionalidad, legalidad e igualdad que establece la Constitución... Por no estar consagrado

en la Constitución, dicho derecho no entra en esta dinámica⁶⁵.

Además, el derecho a la vivienda tampoco es ejercitable en otras materias distintas al desalojo. Bastaría observar el aumento de personas que se han visto forzadas a vivir en campamentos, las situaciones de hacinamiento que experimentan miles de familias alrededor del país, las demoras en los subsidios habitacionales, las malas condiciones de vivienda de las personas que sí han podido optar a una solución habitacional, la segregación periférica, entre muchas otras; para demostrar que no hay una debida protección en lo absoluto. Además, si analizamos la situación en la práctica, ¿a quién se le reclama cuando este derecho está siendo vulnerado? ¿Hay a quién recurrir cuando se vive hacinado o cuándo el no poder pagar el arriendo obliga a refugiarse en la calle?

La experiencia práctica ha demostrado que dejar la vivienda a merced del mercado hace ejercitable este derecho solo si se cuenta con medios económicos.

2.5 Derecho a la vivienda y Derecho de propiedad

Al analizar la situación de Chile, es posible dar cuenta que el marco procedimental para llevar a cabo los desalojos dista enormemente de las exigencias internacionales.

⁶⁵Alarcón et al., “Derecho a una vivienda adecuada en Chile: Una mirada desde los campamentos”, 106.

Como se mencionó en la sección 2.1, es importante que en un proceso de desalojo se vele por proteger los derechos de todas las partes involucradas, pues si bien no se puede obviar el derecho del dueño del terreno, la experiencia de nuestro país no da cuenta que estamos frente a dos derechos: los de los propietarios y los desalojados; sino que vela por proteger solo el derecho a la propiedad privada.

Considerando que el Derecho a la Vivienda está ampliamente relacionado con otros Derechos Fundamentales, es de extrañar que mientras la propiedad privada goza de reconocimiento y protección la vivienda no goza de tales privilegios.

Como se demuestra en los casos vistos, el Estado no adopta obligaciones frente a las familias que son desalojadas, pues una vez cumplidas las condiciones que dan lugar a un desalojo, se puede proceder a llevarlo a cabo sin otorgar ningún tipo de solución. Los fallos comentados sólo relatan lo ocurrido antes del desalojo, no así de las demás vulneraciones que se llevan a cabo durante los procedimientos:

El desalojo se ejecutó con la intervención de Fuerzas Especiales de Carabineros y con empleo de carros lanza agua, dejando varios detenidos y heridos⁶⁶.

Esto dista mucho de la experiencia del derecho de propiedad, donde el Estado sí se atribuye obligaciones para protegerlo. Por ende, éste derecho cuenta con debida protección, garantizada

⁶⁶ Figueroa G., “DESALOJOS MASIVOS DE GRUPOS VULNERABLES: JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL DE CHILE Y SUDÁFRICA”, 1-5.

mediante distintos procedimientos.

Como lo estableció Andrés Bello, el derecho a la propiedad es el derecho real sobre una cosa corporal para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra ley o contra derecho ajeno⁶⁷.

Un ejemplo de la debida protección del derecho a la propiedad se plasma en el derecho civil mediante la institución de "precario", definida como:

La tenencia de una cosa ajena, sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño.

Mediante esta se pretende proteger al propietario de un inmueble que está siendo ocupado y está reconocida en el artículo 2195 del Código Civil. Es la figura más utilizada por temas de facilidad probatoria y de tramitación.

Desde el punto de vista del dueño del inmueble, para que proceda el desalojo, éste debe probar el dominio sobre la cosa, demostrar que no existe contrato previo -y en caso de existir debe demandar conforme al procedimiento del contrato -y no tener conocimiento ni haber tolerado la presencia del o los terceros en su propiedad. Una vez acreditados estos requisitos, el tribunal ordenará la restitución del bien inmueble y establecerá un plazo para tal restitución. En caso de que el ocupante

⁶⁷ Artículo 582 Código Civil.

se negara a restituir, el tribunal podría ordenar auxilio de la fuerza pública para que ésta ejecute el desalojo del ocupante (o los ocupantes). Esto se llama lanzamiento y es utilizado en nuestro ordenamiento jurídico como un medio para obtener la restitución del bien.

La regla general en estos casos es demandar ante tribunales ordinarios de justicia para obtener una sentencia favorable de restitución y auxilio de la fuerza pública en los casos procedentes. Los artículos 457 y 458 del Código Penal contemplan el delito flagrante de ocupación y usurpación de un bien inmueble. La usurpación se regula como:

Al que con violencia en las personas ocupare una cosa inmueble o usurpare un derecho real que otro poseyere o tuviere legítimamente, y al que, hecha la ocupación en ausencia del legítimo poseedor o tenedor, vuelto éste le repeliere, además de las penas en que incurra por la violencia que causare, se le aplicará una multa de once a veinte unidades tributarias mensuales. Si tales actos se ejecutaren por el dueño o poseedor regular contra el que posee o tiene ilegítimamente la cosa, aunque con derecho aparente, la pena será multa de seis a diez unidades tributarias mensuales, sin perjuicio de las que correspondieren por la violencia causada.

En el delito flagrante, las fuerzas policiales pueden proceder a detener al autor del delito y luego el juez de garantía procederá a ordenar la restitución del inmueble.

Desde el punto de vista de las personas ocupantes, éstas pueden estar ante dos posibles situaciones: que el Estado proceda a demandar por medio de tribunales ordinarios o que el gobernador provincial exija administrativamente la restitución:

(El gobernador provincial tiene la facultad de) exigir administrativamente la restitución de cualquier bien de propiedad fiscal o perteneciente a entidades del Estado con patrimonio distinto al del Fisco, o nacional de uso público, que este indebidamente ocupado. En caso de oposición, podrá hacer uso de las facultades que otorga la presente ley⁶⁸...

Este acto administrativo debe ser notificado a los afectados.

Es decir, existen diversas instituciones plasmadas en la ley para poder dar una debida protección al derecho de propiedad. Sin embargo, esta no es la situación del derecho a la vivienda, habiendo un desequilibrio importante entre estos derechos no solo a efectos prácticos sino también en nuestro ordenamiento jurídico.

Refiriéndonos a los desalojos, este desequilibrio es problemático pues el Estado no puede velar únicamente por el interés del propietario, sino que también tiene la obligación de velar por la protección de la familias que serán desalojadas. Este es un conflicto de derechos que se resuelve muy fácilmente y desatiende la situación de personas en un estado de vulnerabilidad, lo que puede conllevar a la conclusión de que el Estado no se está haciendo cargo del problema de una forma razonable y responsable. Esto último es incluso más problemático cuando el terreno es público, lo que significa que el dueño del terreno es el Estado.

Para hacer este análisis resulta procedente diferenciar dos casos:

⁶⁸ DFL 3457, 1980.

- (i) En que una comunidad se toma un terreno de propiedad privada.

El Estado debe resguardar el derecho del dueño del terreno garantizando un proceso de desalojo que cumpla con los estándares internacionales a los que se ha obligado. En este caso las obligaciones del Estado no pueden reducirse a observar que exista una sentencia judicial favorable para luego llevar a cabo un procedimiento de desalojo, sino que también debe ofrecerle soluciones de reasentamiento a las familias afectadas.

- (ii) Cuando la toma de terreno se hace sobre uno que es de propiedad estatal.

El Estado está al servicio de la persona humana, lo que significa que sus acciones deben velar por el bienestar de todas las personas. En este caso, no hay intereses particulares a proteger, lo que significa que no hay más que intereses públicos en juego. Se podría decir que cuando hay una toma de terreno estatal no hay ningún daño aparejado ni tampoco una víctima identificable⁶⁹. Cuando el Estado lleva a cabo este tipo de procedimientos no puede argumentar simplemente que se está protegiendo su propiedad, pues las personas tienen derecho a un espacio físico en el cual habitar y, si carecen de esto, es lógico que opten por ocupar terrenos públicos. Además, la violación del derecho de propiedad estatal pareciera ser débil en comparación a la extrema necesidad de las personas que deciden tomarse un terreno. Por ende, cuando el Estado proceda a desalojar, debe hacerlo presentando argumentos adicionales a la protección del derecho de propiedad, además de ofrecer alternativas de reasentamiento.

⁶⁹ Beade, “Usurpación, reclamos sociales y soluciones penales”, 1-12.

Este problema resulta tan relevante porque, sumado a las vulneraciones de derechos humanos y protección de los sectores más vulnerables de nuestra sociedad, aquí también está en juego la seguridad jurídica. En estos casos está pasando algo más que la afectación al derecho de propiedad privada y no reconocerlo implicaría aceptar que nuestro ordenamiento jurídico hace una diferenciación jerárquica entre dos derechos igualmente legítimos. Hay que recalcar que el derecho es uno solo, unitario e íntegro y se debe velar por que ambos cuenten con una adecuada protección por parte del Estado chileno.

Otro punto relevante a considerar es que es el mismo Estado Chileno el que ha sido incapaz de otorgar una solución efectiva al problema habitacional y, por esto mismo, es tanta la contradicción de que luego decida desalojar sin otorgar soluciones y sin hacerse cargo de su incumplimiento. Esto se traduce en que no sólo se vulnere el derecho a la vivienda, sino el derecho de propiedad de los pobladores, su seguridad y su dignidad. La forma en que el Estado se hace cargo del problema de las tomas irregulares es suficiente para asumir que este desconoce absolutamente el derecho a la vivienda:

El hecho de pensar que solo es aplicable una respuesta penal en este caso, indirectamente niega la existencia del derecho a la vivienda. Su aplicación niega un derecho constitucional aplicable⁷⁰.

El derecho a la vivienda es absolutamente opacado por el delito de usurpación, sin embargo:

La usurpación de un terreno es un delito que consiste básicamente en ocupar ilegítimamente una propiedad ajena. ¿Por qué esto es un delito y no un reclamo para exigir el cumplimiento del derecho a la vivienda?...En principio, creo

⁷⁰ Beade, “Usurpación, reclamos sociales y soluciones penales”, 1-12.

que es posible atribuir al Estado la responsabilidad de haber causado, mediante su conducta omisiva, la situación en la que se encuentran quienes usurpan⁷¹.

Considerando esto, ¿cómo se justifican los desalojos contra los sectores vulnerables de la sociedad que, tratando de garantizar este derecho por sus propios medios como respuesta a que el Estado se ha mostrado incapaz de hacerlo, se ven en la necesidad de tomar un terreno para conformar un hogar y una expectativa? ¿No es este actuar una consecuencia del incumplimiento por parte del Estado de velar por una vivienda digna? Al final del día, estos asentamientos son:

La consecuencia más cruda del crecimiento desigual y una manifestación patente de la vulneración de este derecho en Chile [Derecho a la vivienda]⁷².

Al producirse un desalojo, no se consideran las circunstancias de pobreza de las personas ni las motivaciones que tuvieron para ocupar un terreno. Todo esto es relevante y se debe tomar en cuenta al aplicarse el derecho penal, pues antes de tal aplicación se debe considerar que existió una violación a un derecho constitucional previo⁷³.

Por último, este trabajo no tiene como fin criticar la protección al derecho de propiedad ni instar a que no exista tal protección, pues es deber del Estado ofrecer mecanismos que permitan proteger la propiedad, aunque estos mecanismos incluyan medios coercitivos. Sin embargo se pretende hacer una crítica del hecho de que esta protección no sea equitativa, al privar de protección a los desalojados. Además de privarlos de protección sobre la materia de vivienda, tampoco se toma en

⁷¹ Beade y Lorca, “¿Quién tiene la culpa y quién puede culpar a quién? Un diálogo sobre la legitimidad del castigo en contextos de exclusión social”, 138.

⁷² Duff, “La ley, el lenguaje y la comunidad: Algunas Pre-Condiciones de la Responsabilidad Penal”, 1-16.

⁷³ Beade & Lorca, “¿Quién tiene la culpa y quién puede culpar a quién? Un diálogo sobre la legitimidad del castigo en contextos de exclusión social”, 135-164.

cuenta la afectación al derecho de propiedad de las familias habitantes, pues durante muchos procedimientos de desalojo donde no se respetan los protocolos se dan situaciones de demolición, lo que afecta el derecho de propiedad de las familias que habitaban el terreno. Este trabajo tampoco propone que el derecho de propiedad sea vulnerado, sino que el Estado debe garantizar alternativas y reasentamientos para los afectados por este tipo de procedimientos. Alcanzar justicia sería velar por proteger todos los intereses y derechos en juego.

CAPÍTULO III: DESALOJOS VIOLENTOS Y SU RELACIÓN CON EL IUS

PUNIENDI

El siguiente capítulo tiene como objeto identificar una analogía entre el *ius puniendi* y los desalojos como dos instancias de fuerza estatal, para sostener que los desalojos deben regularse con las mismas limitaciones que el *ius puniendi*. Esto, considerando que los desalojos se están llevando a cabo como un mecanismo de fuerza estatal que vulnera reiteradamente los principios limitadores del uso legítimo de la fuerza.

3.1 La potestad punitiva del Estado

El derecho penal se puede analizar desde dos enfoques. Si se observa desde el Estado, como el titular exclusivo del ejercicio de la potestad sancionatoria, se habla de derecho penal subjetivo. Esto se refiere a la facultad que tiene el Estado de establecer cuáles conductas son prohibidas y penadas. Esta facultad se denomina *ius puniendi*, lo que se traduce en la facultad punitiva del estado y el presupuesto del derecho penal objetivo. La sentencia N°3177-16 del Tribunal Constitucional lo define como:

La facultad del Estado de accionar en conformidad con las normas de derecho (derecho penal en el sentido objetivo) que garantizan el alcance de su objetivo punitivo y de pretender para otros (reo) esto a que está obligado por fuerza de las mismas normas⁷⁴.

Si lo observamos desde el individuo, quien está siendo castigado, se habla de derecho penal objetivo, denominando *ius poenali*. Se conforma por las normas penales, principios y textos

⁷⁴ Causa N° 3177-16.

legales positivos que describen cuáles son los delitos y sus eventuales sanciones. El derecho penal subjetivo y objetivo se contraponen, pues el derecho penal subjetivo es la facultad que tiene el Estado para castigar y el objetivo son el conjunto de normas establecidas por el legislador que controlan esta facultad del Estado para castigar⁷⁵.

El derecho penal está legitimado porque su fin es prevenir la comisión de delitos y la auto tutela. Se asume que empleándolo van a existir ejercicios de violencia y, por esto, el derecho penal también debe velar por reducirla. Es deber del Estado valorar la cuantía de violencia que se empleará, intentando reducir la violencia que proviene de la sociedad a través de la comisión de delitos y al mismo tiempo reducir la violencia estatal que la enfrentará. Es decir, si bien el Estado debe otorgar medios para prevenir que se cometan delitos, también tiene un deber de imponer límites a su potestad punitiva:

Un Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el Derecho penal, sino también del Derecho penal⁷⁶.

El derecho penal subjetivo está limitado por las distintas estructuras de un Estado, esto es, un estado es democrático, social y de derecho. Estas características, conforme a la constitución, imponen principios limitadores:

El Estado de *derecho* supone el principio de *legalidad*, el Estado *social* el de *intervención mínima* y el de *protección de bienes jurídicos*; el Estado *democrático*, los principios de *humanidad*, *culpabilidad*, *proporcionalidad* y *resocialización*⁷⁷.

⁷⁵ Garrido Montt, "Derecho Penal. Tomo I, Parte General".

⁷⁶ Roxin, "Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito", 137.

⁷⁷ Garrido Montt, "Derecho Penal. Tomo I, Parte General".

El Estado de Chile reconoce la existencia de las facultades sancionatorias en nuestro ordenamiento jurídico y éste poder se reconoce como propio de la función social que le corresponde, pues la pena es entendida como la defensa contra los hechos ilícitos que dañen a la sociedad. Sin embargo, tales facultades deben acompañarse de principios limitantes que le permitan al Estado cumplir con su estructura.

Estos principios son:

(a) El principio de legalidad.

El principio de legalidad sirve para evitar una punición arbitraria y no calculable sin ley o basada en una ley imprecisa o retroactiva⁷⁸.

En palabras simples, no hay crimen ni pena sin una ley que así lo determine. Entonces, el Estado solo puede ejercer su facultad de castigar cuando una ley, anterior al hecho, lo describe como delito y además precisa la pena que debe aplicarse a quien lo ha realizado. Este principio le señala al Estado cuándo y cuáles son las condiciones en las que puede hacer uso de la fuerza. Por ende, el principio de legalidad se refleja en una ley previa, estricta y escrita. Está consagrado en la CPR, artículo 19 N°3 y el en artículo 1 y 18 del Código Penal:

Es delito toda acción u omisión voluntaria penada por la ley y ningún delito se castigará con otra pena que la que le señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, respectivamente.

Este principio da una garantía de ejecución, lo que significa que la ley debe señalar cómo se

⁷⁸ Roxin, “Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito”, 137.

cumplirá la pena, esto es, la oportunidad, el lugar y las condiciones, entre otros. No se puede por vía administrativa modificar la naturaleza de una sanción. Las cuatro consecuencias de este principio se traducen en: La prohibición de analogía, la prohibición del Derecho consuetudinario para fundamentar o agravar la pena, la prohibición de retroactividad y la prohibición de leyes penales indeterminadas o imprecisas⁷⁹.

(b) Intervención mínima.

Este principio obliga al Estado a emplear el derecho penal de manera excepcional y únicamente cuando los demás recursos posibles para preservar la paz social son insuficientes. Además, la sanción penal debe ser adecuada para la preservación de esa paz. El Estado debe evitar el uso abusivo del derecho penal. Por ende, el derecho penal tiene como característica ser de ultima ratio. La intervención mínima se vincula al principio de utilidad, pues si una pena deja de ser útil para proteger bienes jurídicos, no es conveniente recurrir al derecho penal porque éste no estaría cumpliendo con su finalidad (proteger bienes jurídicos para mantener la paz social). El principio de ultima ratio es un límite al poder punitivo del Estado, entendido como una expresión de necesidad de la intervención del derecho penal. Significa que el derecho penal debe ser el último mecanismo recurrido para proteger bienes jurídicos determinados y, además, solo cuando no hayan otras formas de control menos lesivas. Se debe optar por un mayor bienestar con un menor costo social, por lo que el derecho penal debe intervenir solo si es estrictamente necesario⁸⁰.

⁷⁹ Roxin, "Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito", 140.

⁸⁰ Garrido Montt, "Derecho Penal. Tomo I, Parte General".

(c) Protección de bienes jurídicos.

También conocido como el principio de lesividad, el cual condiciona al derecho penal con la protección de bienes jurídicos fundamentales, pues el legislador no puede tener la libertad de castigar cualquier conducta. Solo pueden pensarse las conductas que lesionan o ponen en peligro intereses jurídicos que son socialmente valiosos. Algunos ejemplos de esto son: la vida, la salud, el patrimonio, entre otros.

(d) Principio de humanidad.

Este principio está consagrado en el artículo 1 de la CPR:

Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

Esto significa que la protección debe dirigirse a todos los chilenos, incluso a los que cometen un delito. Al reconocerse la dignidad de todo ser humano, no es posible imponer castigos que degraden. Se debe evitar, también, establecer penas desproporcionadas con la lesividad de la conducta realizada. Las penas deben velar por ser lo menos degradantes, pues el fin de estas es corregir y nunca destruir una personalidad. La reacción estatal y social debe ser proporcionada con la intensidad del daño ocasionado por el hechor.

(e) Principio de culpabilidad.

El principio de culpabilidad establece que el Estado sólo podrá sancionar a quienes son culpables de un delito y la pena que se establezca debe ser proporcional a la culpabilidad. Esto significa

que el hecho debe ser atribuible a su autor, pero además se requiere que el hecho se pueda reprochar:

La pena exige la responsabilidad de un autor por un comportamiento concreto que satisfaga los elementos de un tipo delictivo y no esté justificado. La responsabilidad está fundamentada cuando se podía esperar del autor que evitara la realización del tipo delictivo en pos del seguimiento de la norma que prohíbe el comportamiento en cuestión⁸¹.

Esto sólo es factible cuando se cumple con un mínimo de condiciones que permiten responsabilizarlo de su o sus actos. Por ende, al sancionarse un comportamiento, debemos estar en el supuesto de que el actor se encuentra en condiciones situacionales semejantes a las que la norma prevé para aplicar una sanción. Este principio pretende evitar que se imponga un castigo sólo por causar un resultado injusto, pues para merecerse un castigo se deben cumplir con las condiciones requeridas que permiten ser un objeto de reproche. Esto será así si es atribuible⁸².

(f) Principio de proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad:

Restringe la intervención punitiva estatal sobre los ciudadanos y es por eso mismo un principio primariamente protector de la libertad⁸³.

Éste se traduce en la prohibición de exceso. Debe existir una proporcionalidad de la amenaza penal al daño social que se causó con el hecho y la pena impuesta en concreto en relación a la

⁸¹ Kindhäuser y Mañalich R., “Pena y Culpabilidad en el Estado democrático de derecho”, 147.

⁸² Carnevali Rodríguez, “DERECHO PENAL COMO ULTIMA RATIO. HACIA UNA POLÍTICA CRIMINAL RACIONAL. *Ius et Praxis*”, 13-48.

⁸³ Neumann, “Límites al Derecho Penal. Principios Operativos en la Fundamentación del Castigo”, 201.

culpabilidad del hechor. El artículo 69 del Código Penal exige que para la determinación de una pena se deben tomar en cuenta las situaciones agravantes y atenuantes, además de la extensión del mal producido:

Dentro de los límites de cada grado el tribunal determinará la cuantía de la pena en atención al número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes y a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito.

Además, establece que la sanción o castigo debe ser proporcional a la gravedad del hecho cometido, a las circunstancias individuales del actor y los objetivos perseguidos:

No hay pena más efectiva que la pena justa y proporcional: la pena desorbitada puede llegar a ser criminógena⁸⁴.

La pena debe ser proporcional a las condiciones que la hacen necesaria y no deberá exceder esa necesidad. Entonces, para establecer una pena se debe tener en cuenta: la magnitud de la lesión de un o unos bienes jurídicos protegidos, la intensidad del reproche de la conducta y la nocividad social de este comportamiento. Los tres aspectos que componen el principio de proporcionalidad son: la idoneidad, necesidad y adecuación⁸⁵.

(g) Principio de resocialización.

El principio de resocialización establece que las penas constituyen un castigo, pero se debe evitar que en su aplicación hayan efectos concomitantes como el aislamiento social del condenado, la separación de su ambiente familiar y laboral.

⁸⁴ Garrido Montt, "Derecho Penal Tomo I Parte General".

⁸⁵ Neumann, "Límites al Derecho Penal. Principios Operativos en la Fundamentación del Castigo", 204.

Entonces, para que la potestad punitiva del Estado sea legítima, debe estar limitada por los principios recién mencionados.

3.2 Cinco casos de desalojos violentos en Chile

A continuación, se expondrán algunos ejemplos de desalojos violentos que se han llevado a cabo en nuestro país para pasar a analizar cómo se vulneran los derechos fundamentales de los habitantes de estos sitios.

En el Capítulo II de este trabajo se analizaron los criterios jurisprudenciales otorgados para rechazar los distintos recursos de protección interpuestos en cuanto a la procedencia de desalojos. Esta parte del trabajo se refiere a una etapa posterior, esto es, cuando los desalojos se llevan a cabo.

1. **Antofagasta (2018).** En marzo del 2018 alrededor de cien pobladores de un campamento en Antofagasta fueron víctimas de un violento desalojo. Carabineros detuvo a los dirigentes de la toma antes de comenzar a desalojar y el procedimiento terminó con personas lesionadas. Vecinos del campamento aclararon que nunca se les dio aviso del desalojo y se utilizó la fuerza contra los ocupantes que se opusieron⁸⁶.
2. **Calama (2019).** El 30 de Julio de 2019, Carabineros de Chile, bajo las órdenes del gobierno provincial y el ministerio del Interior, llevó a cabo un procedimiento de desalojo. Entraron al campamento alrededor de las 6:30 horas, de forma violenta y sin

⁸⁶Fuentes, “Violento desalojo contra pobladores de campamento en Antofagasta”.

orden de desalojo. Comenzaron a dar órdenes a los vecinos, repitiendo que todos debían salir de sus casas y retirar sus pertenencias antes de que pasaran una máquina retroexcavadora, la cual terminaría por barrer las viviendas. Las Fuerzas Especiales y el GOPE sitiaron el campamento, se prohibió la entrada a la prensa y a autoridades políticas. Se hizo uso de bombas lacrimógenas, carro lanza aguas y retroexcavadoras, además, algunos vecinos fueron golpeados. Se destruyeron viviendas, la sede vecinal, guardería y comedor popular y se dejó a las familias en la calle⁸⁷.

3. **Osorno (2020).** En febrero del 2020, Carabineros de Chile desaló violentamente un campamento en Osorno. Todo comenzó cuando familias ocuparon un predio en la ruta al mar en el sector Quinto Centenario en la comuna de Osorno. Las fuerzas policiales utilizaron bombas lacrimógenas y retroexcavadoras para destruir las construcciones de los pobladores, además de llevar detenidas a cinco personas. La diputada Emilia Nuyado se refirió al tema diciendo que:

El Gobierno no respetó los Derechos Humanos ni mucho menos la dignidad de las modestas familias, que fueron desalojadas desde un sitio que se habían tomado para poder vivir, debido a la grave crisis habitacional que tiene Osorno y la región.

Los dirigentes establecieron que no fueron informados, no se reunieron para generar un dialogo ni tampoco fueron avisados del desalojo⁸⁸.

4. **Temuco (2020).** A principios del año 2020, Fuerzas Especiales procedió a desalojar el

⁸⁷ Comité de Vivienda Mamas Antay. Movimiento de Pobladoras/es Vivienda Digna, “Pobladores de Calama denuncian abuso por parte del gobierno de Piñera”.

⁸⁸ El Mostrador, “Autoridades critican a Carabineros por violento desalojo con retroexcavadora de campamento en Osorno”.

campamento Pichicautín en Temuco donde habitaban cincuenta y un familias; utilizando carros lanza agua y vehículos tácticos. Aproximadamente quince personas fueron lesionadas y diez fueron detenidas. La orden de desalojo fue solicitada por la Gobernación de Cautín. Si bien existió dialogo entre los dirigentes del campamento y personal municipal para intentar negociar un plazo que les permitiera a los pobladores retirar sus construcciones, no se llegó a un acuerdo y las Fuerzas Especiales de Carabineros procedieron a desalojar, donde se enfrentaron con los ocupantes⁸⁹.



90

⁸⁹ Montiel, “Violento desalojo de campamento Pichicautín en Temuco”.

⁹⁰ Montiel, “Violento desalojo de campamento Pichicautín en Temuco”.



91

5. **Cerro Navia (2019).** El día 20 de diciembre año 2019, alrededor de las cinco de la mañana, comenzó un procedimiento de desalojo en el campamento Macarena Valdés llevado a cabo por las fuerzas policiales. El Instituto Nacional de Derechos Humanos concurre a Cerro Navia después de tener conocimiento sobre el hecho, pues habían aproximadamente ochenta y cinco niños, diez adultos mayores y mujeres embarazadas. Beatriz Contreras, jefa Metropolitana del INDH, estableció que:

Estas acciones incumplen los estándares internacionales en materia de desalojos, que ponen el foco en los perjuicios físicos y psicológicos que generan dichos procedimientos.

El terreno ocupado era propiedad del SERVIU, quien solicitó a la Intendencia Metropolitana que se llevara a cabo el procedimiento por Carabineros. Utilizaron bombas lacrimógenas, gas pimienta, perdigones y carros lanza agua. Además, el acta de reunión que se llevó a cabo con los miembros de la toma y el SERVIU dan cuenta de que no se

⁹¹ Montiel, “Violento desalojo de campamento Pichicautín en Temuco”.

respetaron los acuerdos logrados, dando lugar a un desalojo violento⁹².

3.3 La potestad punitiva del Estado, sus principios limitantes y los desalojos violentos

Si bien estos son solo algunos ejemplos de casos de desalojos violentos en Chile, se divisa una misma forma de actuar por parte del Estado y las fuerzas policiales en todos ellos, además de un patrón en el uso excesivo de la fuerza y vulneración a los derechos de los pobladores.

El derecho penal, en esta materia, no se está utilizando como última ratio, sino como prima ratio, lo que se traduce en que hay una tendencia a “huir al derecho penal”. Esto es problemático, pues:

El derecho penal es un instrumento para proveer la paz social, y sólo en cuanto su empleo aparezca como imprescindible para alcanzar dicho efecto⁹³.

Además, se está utilizando la fuerza policial estatal para combatir las tomas de terrenos y no se está examinando qué tan eficiente o necesaria puede ser el uso de la fuerza, que además es excesiva y no cumple con los estándares internacionales.

El fundamento de los límites al *ius puniendi* en general dice relación con la idea de que: las personas, en un principio, deben estar inmunes de violencia, que las personas son libres e iguales y que la violencia debe estar justificada:

La naturaleza *democrática* del Estado subordina la facultad de sancionar al más amplio respeto de los derechos

⁹² Figueroa y Romero, “Desalojo de toma en Cerro Navia: Acta revela que Serviu no respetó acuerdo con pobladores”.

⁹³ Garrido Montt, “Derecho Penal. Tomo I, Parte General”.

fundamentales del hombre... La autoridad se ve compelida por los requerimientos sociales a prohibir determinadas conductas conminándolas con sanción, y aplicar esa sanción en su caso, debe hacerlo en forma que se lesionen lo menos posible los derechos inherentes al ser humano... limitará el empleo de esas medidas a lo necesario para alcanzar los *objetivos generales* del derecho penal. El fin del Estado es estar al servicio del hombre; no le está permitido dominarlo o instrumentalizarlo⁹⁴.

Considerando que, para efectos prácticos, un procedimiento de desalojo no es nada más y nada menos que el uso de la fuerza estatal ejercida a través de la policía, es necesario que los principios limitantes también se apliquen en estos casos; en especial el principio de legalidad, que tiene como fin último evitar la arbitrariedad en el uso de la fuerza por parte del Estado y el principio de proporcionalidad, que tiene como fin evitar la el abuso. Esto, porque el uso de la fuerza estatal siempre requiere de las mayores restricciones posibles para evitar arbitrariedades y abusos.

Por otro lado, si lo que gatilla la preocupación -y por ende los límites- del *ius puniendi* es la intensidad de los derechos afectados, es decir, la vulneración de derechos fundamentales que las penas suponen y que hacen necesario un estándar de justificación alto; al ser el desalojo violento un ejercicio de la fuerza de un órgano estatal, éste debería limitarse con principios igual de exigentes e intensos.

No hay razón que justifique que al *ius puniendi* se le impongan principios limitadores, además de condiciones especialmente exigentes del proceso penal, mientras que el desalojo hoy opere de manera ilimitada. Esto, especialmente si se considera que en un desalojo violento se afectan intensamente los derechos fundamentales.

⁹⁴ Garrido Montt, "Derecho Penal. Tomo I, Parte General".

Es clara no solo la falta de protección por parte del Estado de un derecho básico y fundamental, sino que también es claro el uso ilegítimo de la fuerza estatal al acudir al derecho penal en situaciones en las que ciudadanos son dejados en situaciones de extrema desprotección. En los desalojos violentos se les niega a los pobladores un debido proceso, no se protege su dignidad, calidad de vida, posesiones y no es posible legitimar un ejercicio de la fuerza del Estado en estas condiciones. La responsabilidad del Estado en esta materia está por debajo de las condiciones mínimas y urge una regulación que permita garantizar formas de protección a personas que serán, están siendo y han sido desalojadas.

CONCLUSIÓN

Como se ha establecido a lo largo de este trabajo, para que en Chile proceda un desalojo solo se debe verificar que se hayan cumplido los requisitos para que sea legal: si la ocupación es ilegal el desalojo es procedente. Amparado por la ilegalidad de las usurpaciones, el Estado hace uso de su poder de coacción “legítima” para reestablecer el orden del derecho a la propiedad, dejando a las familias ocupantes a su merced, vulnerando sus derechos y usando la fuerza de manera excesiva y desproporcionada. Se demostró, también, que al interponer recursos de protección éstos fueron rechazados por considerar que las evicciones eran conforme a la ley y que no existían derechos vulnerados.

Al realizar una analogía de los desalojos con la potestad punitiva del Estado, se ha establecido que sería posible tomar como base sus principios limitantes para regular apropiadamente esta materia y así poder garantizar una correcta protección de las personas afectadas por los desalojos. Sin una debida regulación, será difícil velar por el cumplimiento íntegro de los derechos fundamentales de las personas que están siendo desalojadas.

Este tema toma especial relevancia en el contexto actual de nuestro país, con un camino abierto para una nueva constitución. El derecho a la vivienda urge, es una lucha digna y justa. Es menester que sea un derecho constitucionalmente reconocido, pues la práctica de los desalojos forzosos:

Constituyen una violación grave de los derechos humanos, en particular el derecho a una vivienda adecuada⁹⁵.

El Estado debe garantizar condiciones para que la vivienda sea alcanzable y que esté debidamente protegida. Garantizar la vivienda como un derecho constitucional podría abrir el camino para que se regule el deber del Estado de proteger este derecho y su ejercicio:

Un examen del derecho comparado muestra que casi el noventa por ciento de ciento noventa y cinco cartas constitucionales consagran, al menos, algún derecho económico o social, y entre las que han consagrado más de uno, al menos dos tercios, les han conferido algún grado de coercibilidad, es decir, las han hecho justiciables⁹⁶.

Si bien incluir el derecho a la vivienda en la Constitución no significará en ningún caso garantizar una vivienda digna a todos, esta inclusión no sería en vano. Un derecho siempre va a significar aumentar la capacidad de las personas para actuar, establecer límites para el Estado, ser una orientación de políticas públicas o incluso significar que el Estado debe esmerarse más en proveer ciertos bienes o su protección⁹⁷.

Por último, según los principios básicos y directrices sobre los desalojos de la ONU:

Los Estados deben garantizar la disponibilidad de recursos adecuados y eficaces, jurídicos y de otro tipo, para las

⁹⁵ Comisión de Derechos Humanos, Resolución 1993/77.

⁹⁶ Carlos Peña, "El desafío constitucional", 42.

⁹⁷ Carlos Peña, "El desafío constitucional", 42-43.

personas que son objeto de los desalojos forzosos o siguen vulnerables a ellos, o defenderlos contra los desalojos⁹⁸.

Dicho esto y, considerando momento histórico de Chile, hoy es posible comenzar a discutir sobre la inclusión del derecho a la vivienda en el artículo 20 de la CPR. Este derecho es de vital importancia para el desenvolvimiento de las personas e incluirlo bajo el espectro del recurso de protección sería una forma de poder dar una real protección a las familias que están en miras a ser desalojadas, una forma de velar por el cumplimiento de las obligaciones que tiene el Estado de proporcionar soluciones dignas y un control real de cómo se lleven a cabo los procedimientos.

⁹⁸ Organización de las Naciones Unidas, “PRINCIPIOS BÁSICOS Y DIRECTRICES SOBRE LOS DESALOJOS Y EL DESPLAZAMIENTO GENERADOS POR EL DESARROLLO”, 3-17.

BIBLIOGRAFÍA

- Alejandra Mancilla. (diciembre 2017). Shanty Towns as an Expression of the Right of Necessity. *Revista de Ciencia Política (Santiago)*, 37 N°3.
- Alfonso Raposo M.. (2008). Transición al socialismo y vivienda social. En *Estado, ethos social y política de vivienda*(119). Santiago de Chile: RIL editores.
- Carlos Peña. (2020). *El desafío constitucional*. Chile: Penguin Random House Grupo Editorial.
- Carnevali Rodríguez, Raúl. (2008). DERECHO PENAL COMO ULTIMA RATIO. HACIA UNA POLÍTICA CRIMINAL RACIONAL. *Ius et Praxis*, 14(1).
- Claus Roxin . (2003). *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. España: Civitas.
- Comité de Vivienda Mamitas Antay. Movimiento de Pobladoras/es Vivienda Digna.. (2019). Pobladores de Calama denuncian abuso por parte del gobierno de Piñera. 18 de junio 2020 , de La Izquierda Diario Chile Sitio web: <http://www.laizquierdadiario.cl/Pobladores-de-Calama-denuncian-abuso-por-parte-del-gobierno-de-Pinera>
- Correa, J. (2018). Valores comerciales de suelo aptos para viviendas sociales. [Imagen]. Recuperado de Fundación Vivienda.
- Diego Gil. (2014). Vivienda social y segregación residencial: una aproximación desde la teoría institucional. En *Sociología del Derecho en Chile*(299-317). Santiago de Chile: Ediciones Universidad Alberto Hurtado.
- Diego Gil Mc Cawley. (2016). Derecho a la vivienda, integración urbana y minimalismo regulatorio en Chile. En *La desigualdad. SELA 2015* (262-276). Buenos Aires: Ediciones

Librería.

- El Mostrador. (2020). Autoridades critican a Carabineros por violento desalojo con retroexcavadora de campamento en Osorno. 18 de junio 2020, de El Mostrador Sitio web: <https://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2020/02/20/autoridades-critican-a-carabineros-por-violento-desalojo-con-retroexcavadora-de-campamento-en-osorno/>
- Fundación Vivienda. (Octubre, 2019). Allegados: Una olla a presión social en la ciudad. Propuesta de regeneración urbano-social para el 90% del déficit habitacional , Publicación N°8.
- Francisca Alarcón et al. (2016). “Derecho a una vivienda adecuada en Chile: Una mirada desde los campamentos”. Informe anual sobre Derechos Humanos en Chile 2016, editado por Tomás Vial (Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 2016).
- Francisco Vergara Perucich y Carlos Aguirre Núñez. (12.07.2019). Viviendas a precios demenciales: causas y responsables. 4 de enero de 2021, de CIPER Académico Sitio web: <https://www.ciperchile.cl/2019/07/12/viviendas-a-precios-demenciales-causas-y-responsables/>
- Gustavo A. Beade. (2016). Usurpación, reclamos sociales y soluciones penales. . Revista de Estudios de la Justicia, 24.
- Gustavo A. Beade y Rocío Lorca. (Octubre 2017). ¿Quién tiene la culpa y quién puede culpar a quién? Un diálogo sobre la legitimidad del castigo en contextos de exclusión social. Isonomía, N° 47.
- Mario Garrido Montt. (2007). Derecho Penal. Tomo I, Parte General. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Matías Reyes e Ignacio Silva (2020). Asequibilidad de la vivienda y formas de tenencia. [Imagen]. Recuperado de EnlaCES - Edición 01.

- Nash y Paredes, “Análisis crítico de las políticas de vivienda social en Chile”, Memoria para optar al grado de licenciada en ciencias jurídicas y sociales.
- Natalia Figueroa y Nicolas Romero. (2019). Desalojo de toma en Cerro Navia: Acta revela que Serviu no respetó acuerdo con pobladores. 18 de junio de 2020 , de El Desconcierto Sitio web: <https://www.eldesconcierto.cl/2019/12/20/desalojo-de-toma-en-cerro-navia-acta-revela-que-serviu-no-respeto-acuerdo-con-pobladores/>
- Pino Vásquez, A., & Ojeda Ledesma, G. (2013). Ciudad y hábitat informal: Las tomas de terreno y la autoconstrucción en las quebradas de Valparaíso. *Revista INVI*, 28(78).
- Polet Herrera. (2020). 505 familias de la toma Naciones Unidas se quedarán en la calle este viernes tras la cuarentena. 20 de mayo del 2020 , de Diario Venceremos Sitio web: <https://diariovenceremos.cl/2020/05/13/505-familias-de-la-toma-naciones-unidas-se-quedaran-en-la-calle-este-viernes-tras-la-cuarentena/>
- R.A. Duff. (2014). La ley, el lenguaje y la comunidad: Algunas Pre-Condiciones de la Responsabilidad Penal . *Revista Argentina de Teoría Jurídica*.
- Rodolfo Figueroa G.. (mayo 2019). DESALOJOS MASIVOS DE GRUPOS VULNERABLES: JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL DE CHILE Y SUDÁFRICA. *Revista chilena de derecho*, vol. 46 no.2.
- Rodrigo Fuentes. (septiembre 2019). Aumento de campamentos: “Que la crisis la resuelva el sector inmobiliario no es la solución”. *Diario Uchile*, N°1.
- Rodrigo Fuentes. (2018). Violento desalojo contra pobladores de campamento en Antofagasta. 18 de junio 2020 , de Diario UChile Sitio web: <https://radio.uchile.cl/2018/03/14/violento-desalojo-contra-pobladores-de-campamento-en-antofagasta/>

- Tatiana Torres Montenegro. (2019). Desalojos forzosos en Chile con miras al Derecho Internacional de Derechos Humanos. 17 de enero 2021, de Scielo Sitio web: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502019000100193
- Ulfried Neumann. (2012). Límites al Derecho Penal. Principios Operativos en la Fundamentación del Castigo. España: ATELIER.
- Urs Kindhäuser - Juan Pablo Mañalich R.. (2011). Pena y Culpabilidad en el Estado democrático de derecho. Montevideo - Buenos Aires: B de f.
- Verónica Paz Pincheira Hill. (6 de junio 2014). Políticas habitacionales y la falta del derecho a la vivienda en Chile. Revista de Derechos Fundamentales, N°11.
- Yuliana Montiel. (2020). Violento desalojo de campamento Pichicautín en Temuco. 18 de junio 2020 , de Diario Araucanía Sitio web: <https://araucaniadiario.cl/contenido/4238/violento-desalojo-de-campamento-pichicautin-en-temuco>

Instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos

- Organización de las Naciones Unidas. (2012). Carta Mundial por el Derecho a la Ciudad. Revista paz y conflictos, 5.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 7.
- Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos. (2003).
- Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos. (2014).
- Organización de las Naciones Unidas. (2007). PRINCIPIOS BÁSICOS Y DIRECTRICES SOBRE LOS DESALOJOS Y EL DESPLAZAMIENTO GENERADOS POR EL

DESARROLLO. Anexo I del Informe del Relator Especial sobre una vivienda adecuada, como parte del derecho a un nivel de vida adecuado.

- Comisión de Derechos Humanos, Resolución 1993/77.

Fallos citados

- Causa N° 58/2007. Corte de Apelaciones de Arica.
- Causa N° 2463/2015. Corte de Apelaciones de Valparaíso.
- Causa N° 5730/2015. Corte Suprema.
- Causa N° 3177-16. Tribunal Constitucional.

Normativa Chilena

- Constitución Política de la República de Chile, (Publicación: 18 de septiembre de 1925). Consultado el 7 de marzo de 2020.
- Protocolo de Desalojo, Ministerio del Interior. (2017).
- DFL 3457, 1980.

Otros

- Jara, V. (1972). Lo único que tengo [Canción]. En *La Población*.