







ANUARIO DE DERECHOS HUMANOS

13-2017

ISSN 0718-2058



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE
CENTRO DE DERECHOS HUMANOS





Anuario de Derechos Humanos
NÚMERO 13 • AGOSTO DE 2017

ISSN 0718-2058 • VERSIÓN IMPRESA
ISSN 0718-2279 • VERSIÓN ELECTRÓNICA



ENNIO VIVALDI VÉJAR
Rector de la Universidad de Chile

DAVOR HARASIC YAKSIC
Representante legal
Decano de la Facultad de Derecho
Universidad de Chile

MYRNA VILLEGAS DÍAZ
Directora responsable

RITA LAGES DE OLIVEIRA
Editora de contenidos

CAMILA ARANEDA
ELIANA BARRERA
DOMINIQUE MARTINSON
CAMILA PARDO
Ayudantes de edición

COMITÉ EDITORIAL

LAURENCE BURGORGUE-LARSEN
Université de Paris I, Panthéon-Sorbonne

SERGIO GARCÍA RAMÍREZ
Universidad Autónoma de México

CÉSAR LANDA
Pontificia Universidad Católica del Perú

CECILIA MEDINA
Universidad de Chile

CLAUDIO NASH
Universidad de Chile

MÓNICA PINTO
Universidad de Buenos Aires

ROBERTO SABA
Universidad de Palermo

VERÓNICA UNDURRAGA
Universidad Adolfo Ibáñez

CENTRO DE DERECHOS HUMANOS

Facultad de Derecho de la Universidad de Chile
Pío Nono 1, Providencia, Santiago de Chile | Teléfono +56 2 29785297
www.cdh.uchile.cl • www.anuariocdh.uchile.cl

El *Anuario de Derechos Humanos* es una publicación anual de referencia y consulta en derechos humanos y materias afines, que busca ser un espacio de discusión, difusión y conocimiento de los temas centrales sobre derechos humanos en sus contextos nacional e internacional, poniendo a la disposición del público de manera gratuita los distintos desarrollos doctrinales, jurisprudenciales y legislativos ocurridos en este campo dentro del período anual cubierto por cada edición. Siendo una publicación académica, el *Anuario de Derechos Humanos* pretende ser un aporte para la comunidad en general, en especial para quienes por su quehacer tengan particular interés en materias de derechos humanos. El *Anuario de Derechos Humanos* está incorporado al catálogo de Latindex y a DOAJ.

El *Anuario de Derechos Humanos* es editado por el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile bajo una licencia Creative Commons Atribución Compartir Igual 4.0 Internacional. Se autoriza la reproducción del contenido de esta publicación siempre y cuando se reconozca y cite a los autores y a la revista, y no se realicen modificaciones a los textos. Una versión electrónica en formato epub de este número puede ser descargada gratuitamente desde el sitio www.cdh.uchile.cl.

DISEÑO Y EDICIÓN Tipográfica (www.tipografica.cl) | **IMPRESIÓN** Andros Impresores
IMAGEN DE PORTADA Paulo Slachevsky





Tabla de contenido

- 7 *Presentación*
- 9 *Editorial*

~ DEBATE

- RAMIRO ÁVILA SANTAMARÍA, RAÚL CAMPUSANO DROGUETT,
LILIANA GALDÁMEZ ZELADA, JORDI JARIA I MANZANO
Y ANDREA LUCAS GARÍN
- 13 Medioambiente, conflictos socioambientales y derechos humanos

~ DOCTRINA

- SABRINA PAULA VECCHIONI
- 43 El reconocimiento del estatuto de refugiado por motivo de violencia basada en el género durante situaciones de conflicto armado
- RITA DEL PILAR ZAFRA RAMOS Y PAMELHY VALLE
- 63 La «neutralidad» del crimen de guerra de violación sexual en el derecho penal internacional

~ INTERNACIONAL

- EDUARDO ARRUBIA Y MARIANA BROCCA
- 87 La construcción del estigma como límite a los derechos sociales de las personas trans desde una perspectiva internacional
- EDUARDO C. B. BITTAR
- 97 Educación en derechos humanos como política pública: La experiencia de la Coordinación de Educación en Derechos Humanos de la Secretaría Municipal de Derechos Humanos y Ciudadanía de la ciudad de São Paulo
- FRANCISCA FIGUEROA SAN MARTÍN
- 111 Internamientos involuntarios y tratamientos forzados en psiquiatría: Autonomía y no discriminación como estándar de derechos humanos



SEBASTIÁN SMART

- 123 Cambio de foco en la priorización de casos de la Corte Penal Internacional:
Los delitos ambientales

CAMILA TRONCOSO ZÚÑIGA Y NATALIA PAZ MORALES CERDA

- 135 Caso *Duque con Colombia*: Un caso de discriminación estructural

~ NACIONAL

PABLO ETEROVIC BARREDA

- 149 El derecho al nombre social en las atenciones de salud respecto de pacientes transgéneros menores de edad: El caso *Araya Astudillo con Clínica Alemana*

FRANCISCO JARA BUSTOSN Y FRANCISCO UGÁS TAPIA

- 161 *Jara con Barrientos*: El caso Víctor Jara ante la justicia universal

SERGIO ESTEBAN MUNDACA CASTILLO

- 175 Violencia sexual y de género y los mecanismos
de protección jurídica en la legislación laboral chilena

~ TEMAS EMERGENTES

ENCARNA CARMONA CUENCA

- 199 El derecho a un mínimo vital y el derecho a la renta básica

MIKEL MANCISIDOR

- 211 El derecho humano a la ciencia: Un viejo derecho con un gran futuro

~ ENTREVISTA

RITA LAGES Y CAMILA PARDO

- 225 Francisco Tapia y Javiera Campos (Desclasificación Popular)
sobre los archivos de la Comisión Valech I: «La desclasificación
debe ser total ya que en la lectura total está el verdadero secreto»



Presentación

*Es el canto universal, cadena que hará triunfar,
el derecho de vivir en paz.*

VÍCTOR JARA

Para el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile es una satisfacción ofrecer a la comunidad y a la sociedad un nuevo número del *Anuario de Derechos Humanos*, con miras a la divulgación del estudio de aquellos fenómenos y temáticas que se encontraron en la contingencia nacional durante el año 2016.

El derecho internacional de los derechos humanos y el enfoque de género predomina tanto en la sección Doctrina como en la sección Nacional, con acuciosos estudios sobre la violencia de género en situaciones de conflicto armado. Asociado a ello, en tres artículos —dos de la sección Internacional y uno en la sección Nacional— se reflexiona sobre las personas transgénero, quienes ven afectados sus derechos sociales, entre otras razones, a causa de la estigmatización, incluyendo a menores de edad.

La sección Debate este año se ha centrado en la relación entre conflictos socioambientales y derechos humanos, por cuanto pareciera ser una temática que cruza de manera transversal a nuestras sociedades y que, en ocasiones, es origen de otro tipo de conflictos. Hemos contado con las opiniones de académicos nacionales e internacionales de reconocido prestigio, quienes nos ilustran con sus conocimientos. Agradezco a las profesoras Galdámez y Lucas, y a los profesores Ávila Santamaría, Jara i Manzano y Campusano por haberse sumado de forma generosa y desinteresada a este debate.

La sección Internacional vuelve también sobre el problema medioambiental para dar a conocer los delitos ambientales como foco de atención de la Corte Penal Internacional.

La educación en derechos humanos como política pública y el caso Víctor Jara son otros dos temas que hemos querido relevar. El primero, a fin de poder enriquecernos de la experiencia comparada en dicha materia. El segundo, para comentar el fallo de un tribunal estadounidense de 2016 que condenó civilmente a uno de los torturadores del artista, y que nos abre una luz de esperanza para la legítima demanda de juicio y castigo a los culpables de violaciones a derechos humanos ocurridas durante la dictadura.

En nuestros temas emergentes, el derecho humano a una renta básica ocupa un espacio destinado a la reflexión de la precariedad del sueldo mínimo de los trabaja-





dores, destacando su carácter de derecho mínimo vital. Por otra parte, el acceso a la ciencia como un derecho humano se retoma con nuevos bríos.

En este número hemos querido asimismo contemplar la salud mental y los derechos humanos. Entendemos, como nos enseñara Foucault en su célebre texto *Historia de la locura en la Época Clásica*, que la locura es una construcción social, pues es la sociedad la que define y distingue lo normal de lo anormal, la razón de la sinrazón, dividiendo al mundo en normales y anormales. Y es esta misma sociedad la que regula, controla y domina a los «anormales» a través de instituciones como los psiquiátricos, incluso contra su voluntad, generándose así un efecto no deseado y que potencialmente, o en la práctica, lleva a la vulneración de los derechos humanos.

El derecho a conocer la verdad y el problema del secreto de cincuenta años que pesa sobre archivos que contienen valiosa información que permite mantener viva la memoria, es el tema de la entrevista, en este caso, a quienes desde la sociedad civil han hecho grandes esfuerzos por doblarle la mano a esta prohibición.

Es también para nosotros, como Centro de Derechos Humanos, un orgullo anunciar que a contar de 2017 el Anuario ha pasado a formar parte del Directory of Open Access Journals (DOAJ), una base de datos y directorio en línea de revistas de distintas partes del mundo, cuyo contenido cumple con estándares científicos de investigación, al contar sus *papers* con revisión y evaluación de pares. De esta forma, el *Anuario* ha subido un peldaño más en los estándares científicos de indexación.

Agradezco a todo el equipo del Centro de Derechos Humanos, sin el cual esta publicación no habría sido posible. Muy especialmente a su editora, la profesora Rita Lages de Oliveira, y a las ayudantes y colaboradoras Camila Pardo, Eliana Barrera, Dominique Martinson y Camila Aranedá. Un equipo formidable de mujeres que pusieron todo su empeño en esta publicación.

Agradezco asimismo a los autores de cada una de las contribuciones que aparecen en este número —personas provenientes de distintas latitudes— por depositar su confianza en esta publicación y por el interés demostrado en contribuir al estudio de temas contingentes.

Mi sentido reconocimiento a nuestros evaluadores que en forma generosa y desinteresada entregaron sus arbitrajes con la rigurosidad que nos ha permitido llegar más alto en los estándares de indexación científica.

Agradezco también a las autoridades de la Facultad de Derecho por su apoyo, no solo a esta publicación, sino al Centro de Derechos Humanos, así como a los lectores del *Anuario*, sin cuyo incentivo sería más complejo abordar esta tarea.

Muchas gracias a todos y a todas.

MYRNA VILLEGAS DÍAZ
Directora responsable



Editorial

El *Anuario de Derechos Humanos* 2017, en su decimotercer número, presenta una vez más algunos de los temas que han marcado de forma significativa la agenda nacional e internacional en materia de derechos humanos y, asimismo, aquellas temáticas que nos parecen que seguirán siendo merecedoras de discusión en los años siguientes.

En la sección Doctrina se publican dos artículos acerca de la violencia sexual y de género en situación de conflicto armado. El primero analiza la interrelación del derecho internacional humanitario, de los derechos humanos y de los refugiados y la necesaria perspectiva de género que debiera existir en el análisis de las solicitudes de protección internacional por motivo de violencia de género en un contexto de conflicto militar. El segundo de los artículos, partiendo del caso *Bemba*, que es la primera sentencia de la Corte Penal Internacional condenatoria de la violación como un crimen de guerra y de lesa humanidad, se centra en el análisis de la supuesta neutralidad de la definición de violación sexual existente en el Estatuto de Roma en lo que respecta al género y orientación sexual.

En la sección Debate, académicos nacionales, latinoamericanos y europeos dialogan acerca de las problemáticas jurídicas más candentes y novedosas en el derecho medioambiental y su relación con los derechos humanos: sus principios rectores, conflictos de derechos, la naturaleza y los animales como sujetos de derechos.

Los textos publicados en la sección Internacional versan sobre temas muy diversos: las personas trans y el reconocimiento de sus derechos sociales; la experiencia de la ciudad São Paulo en cuanto a la educación en derechos humanos; los derechos de los pacientes con enfermedades mentales; los delitos ambientales en la Corte Penal Internacional y el análisis de un caso de discriminación estructural por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Todos estos trabajos tienen en común dar a conocer, de forma breve, clara y rigurosa, los últimos desarrollos legislativos, doctrinales o jurisprudenciales en derechos humanos.

La sección Nacional, a su vez, da cuenta de tres temas que también han estado presentes en el actual debate en Chile: los dos primeros tienen en su centro de análisis dos sentencias judiciales. Una, de la Corte Suprema del 14 de noviembre de 2016, que ratificó el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago del 6 de octubre de ese mismo





año, relacionado con los derechos de las personas trans, en particular con su derecho al nombre social en las atenciones de salud. La otra, de la Corte Distrital del Distrito Medio de Florida, que condenó en un juicio civil a Pedro Barrientos, al amparo de la ley estadounidense, por su participación en los delitos de tortura y asesinato extrajudicial perpetrados en contra de Víctor Jara en 1973. El tercer artículo de esta sección está dedicado al estudio de los mecanismos de protección jurídica existentes en la ley laboral chilena a las víctimas de violencia sexual y de género en el trabajo.

Para la sección Temas Emergentes contamos con dos trabajos cuyo objeto de estudio nos parece verdaderamente de futuro y de necesaria reflexión, pero que aún no están suficientemente investigados. Cada uno de ellos analiza la naturaleza, fundamento y contenido de dos derechos humanos: por un lado, el derecho a un mínimo vital y a una renta básica y, por otro, el derecho a la ciencia.

Como es habitual, el *Anuario de Derechos Humanos* termina con la sección Entrevista. Esta vez pudimos dialogar con Francisco Tapia —más conocido como Francisco Papas Fritas—, y Javiera Campos, ambos del colectivo Desclasificación Popular, sobre la labor que desarrollan en dicha colectividad en favor de la desclasificación de los archivos secretos de la Comisión Valech I.

Esta publicación ha sido el resultado de un esfuerzo colectivo: de los autores que han elegido nuestro *Anuario* para «acoger» sus manuscritos; de los evaluadores por su inestimable tarea de leer y valorar los trabajos recibidos; y asimismo, de todo el equipo del Centro de Derechos Humanos, en particular, de las ayudantes Camila Aranedá, Eliana Barrera, Dominique Martinson y Camila Pardo, por su entrega y compromiso en las tareas de edición y corrección de texto. A Myrna Villegas, Liliana Galdámez y Lorena Pino se impone igualmente mi grato reconocimiento, pues este *Anuario* es también el resultado de su ayuda, colaboración y trabajo.

Finalmente, expreso mis votos de buena lectura a quienes compartan con nosotros una parte de su tiempo en leer esta nueva edición de nuestro *Anuario*.

RITA LAGES DE OLIVEIRA
Editora



SECCIÓN

DEBATE







DEBATE

Medioambiente, conflictos socioambientales y derechos humanos

Introducción

Hasta 2016 el Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) había identificado más de cien conflictos socioambientales en Chile, definiéndolos como «disputas entre diversos actores —personas naturales, organizaciones, empresas públicas y privadas, y el Estado—, manifestadas públicamente y que expresan divergencias de opiniones, posiciones, intereses y planteamientos de demandas por la afectación (o potencial afectación) de derechos humanos, derivada del acceso y uso de los recursos naturales, así como por los impactos ambientales de las actividades económicas» (INDH, 2015: 5). En el mundo esa cifra asciende a los 2.182 conflictos¹.

No obstante las especificidades locales y regionales de cada uno de esos conflictos, lo cierto es que ellos parecen evidenciar la difícil relación entre el desarrollo humano —que apunta a una racionalidad de crecimiento económico ilimitado (Canut de Bon Lagos, 2007: 38)— y la protección del medioambiente que, a su vez, obedece a una lógica de sostenibilidad.

A su vez, el debate más reciente en esta materia da cuenta de la crisis en que se encuentra el propio concepto de desarrollo sostenible, criticado por ser poco atractivo para la opinión pública y demasiado amplio y tardío para resolver los problemas ambientales del planeta, razón por la que aparecen hoy propuestas terminológicas alternativas y de superación, como *resiliencia*, *justicia ambiental* o *el buen vivir*, entre otras (cf. Dernbach y Cheever, 2015).

Acerca de la tensión entre el uso de recursos naturales a raíz del desarrollo de grandes proyectos y su impacto negativo en el medioambiente y en el ejercicio de otros derechos humanos versa la solicitud de opinión consultiva presentada por Colombia ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, 2016) en marzo de 2016.

Entre los derechos humanos que se pueden ver vulnerados por el daño ambiental están los derechos a la vida, la integridad física y a la salud, pero también se ven afectadas otras esferas, como la seguridad alimentaria y energética (cf. Moraga, 2009: 118). Por otro lado, el derecho al medioambiente puede colisionar con otros derechos

1. Véase Environmental Justice Atlas, disponible en <https://ejatlas.org/>.





humanos que también requieren del uso de recursos naturales (por ejemplo, el derecho a la vivienda en la construcción de proyectos inmobiliarios).

En este contexto surge el debate sobre el contenido que la ley ambiental debiera tener con relación a incentivos al cumplimiento y a la fiscalización, entre otros, con el fin de resguardar bienes jurídicos en disputa (cf. Poklepovic Meersohn, 2010: 176).

La creciente importancia de la temática medioambiental en la arena pública — en especial, la tensión entre la protección del medioambiente, derechos humanos y desarrollo— ha contribuido a la aparición de un «activismo ambiental» y de una «democracia ambiental» (Nalegch, 2014: 575-576), reconocidos por el propio derecho internacional². Este activismo se ha traducido en la búsqueda de otros foros e instrumentos jurídicos de protección de alcance internacional, como las cortes regionales de derechos humanos u organismos de derechos humanos de carácter internacional (Stephens, 2009: 54), y la consulta indígena consagrada en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, OIT (cf. González Carvajal, 2014: 427).

En esta materia, importantes y novedosos planteamientos jurídicos han surgido, como sea considerar a la naturaleza titular de derechos, como lo hizo por primera vez la Constitución del Ecuador de 2008 (Campala, 2013: 10), rompiendo el paradigma clásico, de carácter antropocéntrico (Ávila Santamaría, 2010: 3), del medioambiente como recurso o bien, incluso colectivo, que requiere un uso común sustentable (Lorenzetti, 2008: 7).

Para una reflexión acerca de estos temas, hemos invitado a reconocidos(as) académicos(as) nacionales e internacionales.

Pregunta 1. El derecho al medioambiente y principios rectores

Una relevante discusión jurídica en torno al derecho al medioambiente está relacionada con su naturaleza jurídica y contenido, que ha llevado, por parte de muchos, a reconocerlo como un derecho humano y fundamental, específicamente el derecho a un medioambiente sano, aunque con matices en el derecho comparado. Asimismo, las constituciones incluyen cláusulas ambientales en el apartado de los principios rectores o bases de la institucionalidad. ¿Cuál es su opinión al respecto? ¿Ambas fórmulas son eficaces y necesarias?

Ramiro Ávila Santamaría

La relación entre la naturaleza y el ser humano es una de las cuestiones más importantes en este siglo XXI. A lo largo de la historia, los humanos nos hemos relacionado de cuatro formas diferenciadas con la naturaleza. La primera considera a la natura-

2. La Declaración de Río lo contempla en su principio número 10. Véase Stephens (2009: 249).





leza como un ser superior y hay que venerarla. Una segunda, que lastimosamente es la que predomina, sostiene que somos una especie diferente y superior a la naturaleza y que, por tanto, debemos dominarla. La tercera considera que la naturaleza es necesaria para nuestra sobrevivencia y debemos cuidarla. Finalmente, una cuarta forma reconoce que el ser humano es parte de la naturaleza y hay que respetarla. El derecho se ha adaptado a esas formas. En la primera es la religión confundida con el derecho lo que prima. En la segunda es el derecho civil, que trata a la naturaleza como un objeto y un bien apropiable. La tercera tiene que ver con el derecho humano al medioambiente y con los principios rectores del Estado en política ambiental. En la cuarta, la naturaleza es titular de derechos.

El derecho humano al medioambiente se complementa con los principios rectores de una política pública. El derecho plantea un énfasis en el sujeto titular de los derechos humanos y los principios en la responsabilidad del Estado. Ambos, derechos y principios, ayudan a comprender el contenido y el alcance del derecho al medioambiente. Principios sin derechos permiten mayor discrecionalidad por parte del Estado. Derechos sin principios disminuyen el peso del rol estatal en la protección de la naturaleza. A pesar del reconocimiento del derecho al medioambiente y los principios rectores de una política ambiental, estas regulaciones siguen conviviendo con el derecho civil y el trato a la naturaleza como un bien privado y excluyente. El derecho y los principios han logrado condicionar el derecho de los bienes, estableciendo, por ejemplo, requisitos como la prohibición de contaminación de ciertas actividades económicas, pero siguen subordinados al mercado y al sistema capitalista.

Raúl Campusano Droguett

El artículo 10 de la Constitución de Ecuador establece que la naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución. Más adelante, le reconoce el respeto integral de su existencia, el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos, y el derecho a su restauración. Su equivalente chileno asegura a todas las personas el derecho a vivir en un medioambiente libre de contaminación. En la primera, se le otorga a un ente no humano la calidad de sujeto de derecho, rompiendo con una larga tradición jurídica occidental. En la segunda, se entiende la temática ambiental como un problema de contaminación. Es tanta la distancia entre ambas disposiciones constitucionales que se hace difícil buscar una teoría común sobre el derecho al medioambiente y sus principios rectores. La pregunta, entonces, sobre el derecho al medioambiente desde la perspectiva constitucional requiere opciones previas, no sólo respecto de su ubicación en el texto, sino también sobre la forma en que es entendido en una comunidad dada. O la forma en que se querría que fuera entendido. Así, una primera definición debiera ser aquella entre antropocentrismo y biocentrismo o ecocentrismo. No parece que



el derecho constitucional tradicional se haya hecho esta pregunta, pero desde que textos constitucionales reales incorporan principios ecocéntricos, la pregunta deja de ser académica³. La opción ecocéntrica tiene profundas y diversas consecuencias que van más allá del tema ambiental y desde ya puede generar una tensión con derechos humanos, al menos en el caso que éstos se entienden de una forma tradicional. Una segunda definición dice relación con la jerarquía que se le otorgue a este derecho y su relación con los demás y con conceptos como el libre emprendimiento, la libertad económica, el derecho al desarrollo, el derecho de propiedad, y otros⁴.

Liliana Galdámez Zelada

La cuestión ambiental ha sido paulatinamente incorporada en las constituciones contemporáneas bajo diversas fórmulas, como derecho fundamental, como principio rector, cláusula habilitante para la restricción de derechos, como deber de protección (Yarza Fernando, 2012: 35 y ss.) y, también, especialmente en economías en vías de desarrollo o emergentes, se le ha abordado en relación al modelo económico y su necesaria conciliación con la protección del medioambiente y los recursos naturales⁵.

En Latinoamérica se ha desarrollado una práctica extendida que favorece y valora el reconocimiento de derechos fundamentales de contenido ambiental, además de acoger alguna de las otras fórmulas que he enunciado antes. El entusiasmo por el reconocimiento de derechos y la ampliación de los catálogos (Gargarella, 2015) plantea varias prevenciones. Desde la experiencia chilena, el derecho fundamental a vivir en un medioambiente libre de contaminación y su tutela a través del recurso de protección, ha sido una herramienta para tratar problemas y afectaciones de derechos desde una perspectiva individual. Una tipología de los recursos de protección en materia ambiental (2009-2016) indica que se refieren a dos grandes bloques de problemas: contaminación y problemas que se produce en entornos rurales, urbanos y naturales, por una parte, y afectación de derechos fundamentales por acción de la industria de la minería y de la energía. Sobre el primer bloque, en la mayoría de los casos se trata de conflictos que se producen a raíz de tensiones entre el derecho a la libre empresa, derecho de propiedad y la protección del medioambiente. El problema es que, cuando se acoge el recurso, no existen mecanismos eficientes de supervisión, esenciales

3. Sobre la tensión entre estos paradigmas, véase Canut de Bon Lagos (2016).

4. Sobre la reflexión bioética entre nosotros, véase Lecaros (2009).

5. No sólo en Latinoamérica, varias constituciones africanas replican esta modalidad. Por ejemplo, el artículo 25 de la Constitución de Somalia: «Medio ambiente 1. Toda persona tiene derecho a un medio ambiente que no sea perjudicial para su salud y bienestar, y a estar protegido contra la contaminación y los materiales nocivos. 2. Toda persona tiene derecho a participar en los recursos naturales del país, al mismo tiempo que se le protege contra la explotación excesiva y perjudicial de estos recursos naturales» (traducción de los editores).





para garantizar el efectivo e íntegro cumplimiento de los fallos, que muchas veces enfrentan además problemas técnicos para su implementación y cuyo alcance es siempre para el caso concreto. En cuanto a los problemas que se producen por acción de la minería y de la energía, el asunto es más complejo porque lo que se suele recurrir de protección son decisiones adoptadas en el marco del Servicio de Evaluación Ambiental. El recurso de protección se transforma, en este sentido, en una forma para detener por la vía judicial el desarrollo de los proyectos, pero pocas veces los jueces pueden resolver el fondo de los problemas.

La perspectiva sistémica de lo ambiental (esencial para su pleno tratamiento) no se desarrolla desde el litigio caso a caso. Los jueces resuelven problemas puntuales, pero no llegan a abordar los grandes desafíos que supone la protección del entorno, la regulación de la forma en que nos relacionamos con el mundo que nos rodea. La fórmula de los principios, de los compromisos y de las obligaciones de responsabilidad y reparación, me parece, son la clave para construir las reglas para asegurar la supervivencia del mundo que conocemos. El entusiasmo por la consagración de los derechos no debe nublar la mirada a otras fórmulas imprescindibles para la definición de las reglas de lo común.

Jordi Jaria i Manzano

El reconocimiento del derecho a un medioambiente sano o adecuado se encuadra dentro del patrón de respuesta constitucional a los nuevos problemas sociales que encuentra su raíz en el carácter nuclear de los derechos en la configuración política de la modernidad. En este sentido, desde los años setenta, tanto en el contexto constitucional comparado como en el derecho internacional de los derechos humanos, se ha producido el reconocimiento de algún tipo de derecho subjetivo ambiental en distintos contextos. En cualquier caso, dotar de contenido a un tal derecho no ha sido empresa fácil, lo que ha provocado un cierto rechazo a ese reconocimiento entre la comunidad jurídica.

Sea como sea, el derecho a un medioambiente sano se ha consolidado en el escenario global y cabe entender que proporciona un instrumento para el control de los poderes públicos, lo que no es desdeñable en el contexto de captura del regulador que se produce en la fase actual de evolución de la economía-mundo capitalista. En este sentido, ante la erosión de las instituciones democráticas representativas, el derecho a un medioambiente adecuado, así como los derechos procedimentales que se le asocian —información, participación y acceso a la justicia, de acuerdo con la formulación acuñada en el Convenio de Aarhus—, abre un espacio de posibilidades procesales para el control del poder; en particular, en un escenario donde las instancias estatales tienden a relajar las políticas de protección con el objeto de contentar a los inversores.





La introducción de normas de principio en relación con el medioambiente responde a una lógica distinta. Es claro que, por una parte, puede haber una cierta pretensión de rebajar la eficacia jurídica de las normas constitucionales —en sentido amplio o material, esto es, no necesariamente recogidas en la constitución formal— en relación con la protección del medioambiente, de modo que el legislador tenga un amplio margen de decisión que, en el contexto actual, puede dar lugar a políticas de desprotección. Sin embargo, por otra parte, también es cierto que los principios constitucionales pueden inspirar no solo la acción pública, sino su control. Además, el hecho de que el medioambiente, concebido desde el punto de vista jurídico como configuración normativa del metabolismo social global, sea difícilmente susceptible de individualización en términos de derecho subjetivo, permite pensar que, en realidad, la formulación de la cuestión ambiental en términos de principio fundamental del sistema constitucional —esto es, al nivel del principio democrático o del Estado de derecho— puede ofrecer un camino para la transformación efectiva de la comunidad política en términos de sostenibilidad y justicia. El desarrollo sostenible sería un principio en este sentido, aunque parece cada vez más evidente que presenta carencias muy significativas y que promueve una respuesta puramente gerencial —y, en cierto modo, superficial e inadecuada— a la crisis ambiental.

Andrea Lucas Garín

La incorporación del medioambiente en el catálogo de derechos fundamentales es una decisión del constituyente que ha sido seguida por nuestros países de la mano del constitucionalismo ambiental latinoamericano del que hablaba Raúl Brañes (2001: 12 y ss.). Entiendo que es una decisión trascendental en cuanto asegura que todo el plexo normativo e interpretativo que se ha consolidado en torno a los derechos fundamentales y a la permanente evolución del derecho internacional de los derechos humanos, sea aplicable a este derecho a vivir en un medioambiente libre de contaminación, en terminología de la Constitución de Chile (artículo 19 numeral 8).

Además, la inclusión del medioambiente como principio o base de la institucionalidad en algunas constituciones, de manera expresa y solitaria o sumatoria a la perspectiva de derechos humanos recién mencionada, asegura que la temática sea parte de las políticas públicas de los Estados. Me parece que hay una conexión con la Declaración de Estocolmo del año 1972 en su principio 21, y el desarrollo del derecho internacional ambiental que incorpora el principio de prevención del que deriva la básica obligación para los Estados: tener una política ambiental.

Por todo esto, entiendo que ambas fórmulas constitucionales son necesarias y eficaces. Ellas han permitido una evolución del medioambiente como un derecho fundamental, pero también como parte de la agenda de políticas públicas, ganándose



un lugar en la mesa de las grandes preocupaciones que las sociedades van atendiendo en su propio imaginario.

Este camino del medioambiente es posible observarlo con claridad en el caso de Chile, que desde la década de los noventa fue ocupándose del medioambiente, de manera institucional y normativa, en un desarrollo de menos a más, contando hoy con un Ministerio del Medio Ambiente que iguala en interés y competencias a los ya tradicionales temas de la agenda pública como justicia y salud.

La conceptualización del medioambiente como derecho humano permite asegurar que sea parte de la *fertilización cruzada*, que se enriquezca con la jurisprudencia internacional y que en definitiva se fortalezca de cara al derecho nacional.

Pregunta 2. Conflicto de derechos

En el debate actual una importante y polémica cuestión es la del conflicto de derechos entre, por un lado, la obligación de preservar y conservar la naturaleza y, por otro lado, otros derechos humanos que pueden requerir la utilización inminente de recursos naturales, convirtiendo así el derecho al medioambiente en un límite al ejercicio de otros derechos humanos. Según su visión, ¿qué parámetros jurídicos se deben considerar a la hora de ponderar esos derechos? ¿Puede haber situaciones en que un derecho excluya al otro?

Ramiro Ávila Santamaría

En el constitucionalismo ecuatoriano y boliviano la tensión entre los derechos de la naturaleza y los derechos humanos es evidente, que en otras circunstancias resulta una tensión entre el derecho al medioambiente y otros derechos humanos. Los métodos de resolución de conflictos de antinomias dependen de la jerarquía entre normas. Si hay tensión entre los derechos de la naturaleza y medioambiente y el derecho civil, predominan los primeros por tener rango constitucional y ser parte del «bloque de constitucionalidad». Si hay conflictos entre normas de igual jerarquía, entonces la ponderación es el método. Los parámetros para ponderar dependerán de la regulación constitucional. Si, por ejemplo, la naturaleza es titular de derechos, entonces habrá un mayor peso abstracto. Si el medioambiente, según la Constitución, se regulará «de conformidad con la ley», entonces el peso abstracto será mucho menor. En cuanto al peso concreto, no se puede resolver en abstracto la ponderación, sino que dependerá de la circunstancias y los hechos del caso⁶.

En Ecuador hubo una interesante discusión, que puede ilustrar la complejidad del problema de la ponderación, cuando se discutió el caso del Parque Nacional Yasuní.

6. Sobre la ponderación, véase Cabonell (2008).





Por un lado, el Parque es una de las zonas con mayor biodiversidad del hemisferio, habitan ahí dos pueblos indígenas en aislamiento, 165 especies de mamíferos, 110 de anfibios, 72 de reptiles, 630 de aves, 1.130 especies de árboles, miles de especies de invertebrados y es una reserva del pleistoceno (cf. Larrea, 2011: 12). Por otro lado, en el Parque Nacional Yasuní existen reservas probadas de petróleo valoradas en más de 19 mil millones de dólares que, según el discurso estatal, ayudarán a construir escuelas, hospitales y, en suma, al «desarrollo del país». ¿Qué pesa más? ¿Qué derechos prevalecen? En el caso ecuatoriano no hubo ponderación adecuada, el parlamento resolvió a favor de la explotación petrolera en base al argumento de la pobreza de Ecuador sin considerar lo que significaba el daño que se producía en los pueblos aislados y en la biodiversidad. Yo soy de las personas que creen que la explotación de «recursos naturales» es una maldición que ha contribuido a la destrucción de culturas, al debilitamiento de la democracia, a la corrupción, al daño ambiental y que ha traído más males que beneficios (cf. Acosta, 2009). En últimas, un tagaeri (pueblo en aislamiento) vale más, muchísimo más, que un millón de barriles de petróleo. En otras palabras, si tuviera que ponderarlos, la preservación y conservación de la naturaleza sería un valor mayor a su explotación.

Raúl Campusano Droguett

El tema del conflicto de derechos en materia ambiental ha llevado al desarrollo de la teoría de la justicia ambiental que, como señala Dominique Hervé, «constituye un principio jurídico que debe ser observado por los instrumentos normativos utilizados para regular el acceso, uso y aprovechamiento de los recursos naturales» (2015: 20). El tema de la relación y eventual conflicto de derechos fue tratado en el Informe Brunlandt (1987) que sugiere como camino de salida el concepto de *desarrollo sustentable*: «satisfacer las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer las posibilidades de las del futuro para atender sus propias necesidades». El concepto fue recogido por el juez Christopher Weeramantry en la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso Gabčíkovo Nagymaros, particularmente en su opinión separada. Y, de allí en adelante, ha sido virtualmente adoptada por todo el mundo. Sin embargo, en los últimos años el concepto ha sido objeto de críticas en el sentido que sería tan amplio y abierto que podría satisfacer cualquier interpretación y, por tanto, carecería de significado y contenido.

El tema de conflicto de derechos se complica con la ampliación y diversificación del concepto de medioambiente. Si se entiende como un tema técnico de contaminación, o como una subdivisión del derecho administrativo interesada en permisos ante la autoridad sectorial, es posible acotar el problema. Pero el derecho ambiental es más, mucho más que contaminación y permisos. Se extiende a la relación del ser humano con su entorno, naturaleza, ecosistemas y seres vivos. Y, posiblemente, sea



más amplio aún que lo señalado. Y por ello es que la posibilidad de conflicto con otros derechos se active y amplíe significativamente. La sociedad civil organizada ha jugado y juega un rol importante en la definición de las fronteras entre derechos⁷.

La Constitución chilena establece que la ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medioambiente. Así, consagra la idea de conflicto de derechos: el medioambiente sería una restricción, un obstáculo para el ejercicio de otros derechos o libertades. Dejando de lado la posibilidad real de conflicto, no puede dejar de observarse la mirada del constituyente sobre la materia (cf. Guiloff, 2011).

La respuesta a la pregunta sobre qué parámetros jurídicos se deben considerar a la hora de ponderar esos derechos en conflicto dependerá de la idea de sociedad que se tenga. Al final, el tema deriva necesariamente hacia lo filosófico y lo político. ¿Qué tipo de sociedad es aquella en la que quereos vivir? Si se logra responder y acordar una respuesta, es posible saber si hay situaciones en que un derecho excluya al otro.

Liliana Galdámez Zelada

Para el caso chileno, buena parte de los litigios que ha conocido el Tribunal Constitucional y la jurisdicción ordinaria se relacionan con la tensión entre el derecho fundamental a vivir en un medioambiente libre de contaminación, el derecho de propiedad y la libertad de empresa. La industria minera y la energética han llegado a los tribunales por diversas reclamaciones a raíz de sus efectos en el entorno, la conservación y el acceso a los recursos naturales y la afectación de derechos de las comunidades indígenas.

Sobre el crecimiento económico de Chile, dice la OCDE: «No obstante, este crecimiento sólido se vio acompañado de una tenaz persistencia de la desigualdad de los ingresos y de mayores presiones sobre el medioambiente, sobre todo la contaminación atmosférica, la escasez de agua, la pérdida de hábitats, y la contaminación del agua y el suelo» (Cepal y OCDE, 2016: 3).

Sobre las tensiones entre derechos⁸, en el caso del Tribunal Constitucional es posible apreciar una evolución desde una escasa atención a los derechos de contenido ambiental, hacia un mayor desarrollo y configuración de éstos. La primera etapa se produce en la década de los noventa (sentencias roles 146 de 1992 y 185 de 1994) hasta recientes sentencias (rol 2678-14) que comienzan a desarrollar una mirada más coherente con la doctrina, los criterios de la jurisdicción ordinaria y el conocimiento que se ha desarrollado en torno a lo ambiental, unido a las señales de agotamiento

7. Así, por ejemplo, la ONG Fiscalía del Medio Ambiente (FIMA) que litiga en causas ambientales de interés público.

8. Quisiera referirme a ellos en el marco de los resultados arrojados por el proyecto Fondecyt 11140270.





que el entorno viene dando desde hace un tiempo. Lo llamativo de la manera en que el Tribunal Constitucional ha abordado la tensión entre derechos, viene del hecho de que la Constitución del 1980 desarrolla una protección fuerte del medioambiente (cf. Galdámez, 2017). Esta protección reforzada se expresa en una cláusula de restricción de derechos por la que el constituyente habilita al legislador para introducir límites a determinados derechos cuando se trata de proteger el medioambiente; además, el artículo 19 número 24 considera dentro de la función social de la propiedad la protección del patrimonio ambiental. Estas normas no han desplegado su fuerza normativa sino hasta recientes sentencias. Lo que quiero decir es que no se trata tanto de la existencia de normas que aseguren, prima facie, la protección del entorno —las que por cierto no descartaría, especialmente cuando se trata de la protección de entornos naturales de especial valor—; de lo que se trata es de una valoración seria y responsable sobre las externalidades que la libertad de empresa genera, no solo para las generaciones presentes, sino también para las futuras.

La técnica jurídica para enfrentar las tensiones entre el medioambiente y otros derechos fundamentales requiere de nuevos dispositivos. Por ejemplo, invocación de criterios de interpretación como el preventivo y precautorio, responsabilidad (de las personas jurídicas y naturales), reparación y una valoración de los derechos de futuras generaciones. Esto implica, además, incorporar la perspectiva de la solidaridad y de lo común.

Jordi Jaria i Manzano

La tensión entre la preservación del medioambiente y los derechos es consustancial. La crisis ambiental se produce a partir del crecimiento del metabolismo social en el contexto de la economía-mundo capitalista que viene a mostrar el carácter vulnerable y limitado de la base biofísica para la reproducción social. Por su parte, la cultura de los derechos responde al ideal utópico de la modernidad, de manera que define un sujeto abstracto al que se le atribuyen una serie de derechos, que son independientes de la disponibilidad efectiva de los recursos para satisfacerlos.

En este sentido, incluso los derechos liberales originarios implican una posibilidad de deterioro del entorno físico de la reproducción social, que se ve aumentado con el reconocimiento de derechos sociales, claramente vinculados al uso intensivo de los recursos naturales. Es por ello que, en el fondo, la crisis ambiental, en realidad, impugna la misma consideración de los derechos como núcleo fundamental del consenso político —del mismo modo que sucede con la idea del desarrollo, en el contexto del consenso económico—. Por otra parte, el enfoque holístico y a largo plazo que demanda la respuesta social a la crisis ambiental global, en el contexto del inicio de la era del Antropoceno, parece difícilmente conciliable con el carácter fragmentario e inmediato de los derechos.



Por todo ello, desde la reflexión académica y desde el activismo ambiental, como muestran, por ejemplo, el movimiento de la ecología profunda o el ecofeminismo, se ha propugnado un escenario posderechos, basado en las ideas de cuidado, responsabilidad y precaución, de modo que se superen los déficits de equidad y de sostenibilidad que el manejo actual del metabolismo social global implica. En el contexto constitucional, como he hecho en algún trabajo, podría hablarse de un constitucionalismo de la escasez, por contraposición al constitucionalismo utópico que constituye la matriz hegemónica de la configuración política de la modernidad, o, incluso mejor, de un constitucionalismo de la fragilidad, en el que los derechos humanos continúan ocupando su lugar central en la disciplina de las relaciones interpersonales, pero dejan de hacerlo en la gobernanza del conjunto del sistema Tierra.

Para entender esto correctamente, debe tomarse conciencia de un par de aspectos cruciales. Por una parte, la capacidad de transformación humana del sistema Tierra ha llegado al umbral de que la configuración de éste viene determinada fundamentalmente por la acción de origen antrópico —en esto consiste, fundamentalmente, la narrativa del Antropoceno—, como muestra el fenómeno del cambio climático, lo que exige tomar medidas para sostener la base biofísica de la reproducción social, sin la que los derechos son irrelevantes. Por otra parte, debe tenerse en cuenta la cuestión de las generaciones futuras, de modo que las medidas tomadas para satisfacer derechos de las personas actualmente existentes pueden ir en detrimento de los derechos de las personas por venir. Todo ello, conlleva, a mi juicio, una relativización en sentido estricto de los derechos —esto es, una construcción pragmática, no dogmática, que tenga en cuenta los recursos disponibles y los efectos de la acción humana sobre tales recursos—, así como el avance hacia el reforzamiento de los principios de precaución y responsabilidad como elementos constitucionales basilares de las comunidades políticas del Antropoceno.

Andrea Lucas Garín

Como tema recurrente en la teoría y en la práctica de los derechos humanos, los conflictos de derechos enfrentan al operador jurídico a una tarea desafiante, que de partida debe ubicar el sentido auténtico de los derechos, y que se revaloriza en especial cuando debe rebalancear los derechos humanos. Anne Peters (2016) indica que es necesario dar lugar a una era de armonización y de integración de los esfuerzos en el derecho internacional, lo que pensamos es aplicable a los derechos humanos.

La gran herramienta que tiene el operador jurídico, a mi parecer, es la interpretación como mecanismo para efectivizar y desplegar el derecho. Esta interpretación exige, desde lo formal, que se armonicen las normas nacionales con las internacionales frente a aquellas que las pongan en conflicto. En nuestros sistemas jurídicos quien realiza esta tarea es centralmente el juez (pero no es el único).





Desde lo sustancial, el intérprete debe constatar la existencia de estándares relevantes en materia de derecho internacional de los derechos humanos. Aquí las obligaciones contenidas en los tratados internacionales de derechos humanos son la fuente primordial; se agrega lo establecido por los órganos de supervisión del tratado para aquellos favorables al control de convencionalidad⁹. Por último, debe considerar el *principio pro homine* que señala que debe darse preferencia a la norma y a la interpretación más favorable a los derechos de la persona por sobre la más restrictiva y limitada.

Evitar estos conflictos de derechos es un gran desafío para los Estados. Si son asumidos por las políticas y medidas públicas adecuadas y de manera temprana (por ejemplo, por el área ambiental de manera preventiva), conllevará a una armonización que a la larga implicará un avance en la *humanización*, entendida como ese proceso inacabado de protección de los individuos¹⁰, de modo de asegurar la dignidad y la vida humana siempre.

Pregunta 3. Desarrollo del derecho internacional de medioambiente

En el último año hemos presenciado algunas señales contradictorias en materia ambiental, en especial en cuanto al cambio climático. Por un lado, a nivel internacional, la entrada en vigor el 4 de noviembre de 2016 del Acuerdo de París, y, por otro, a nivel interno, el retroceso en el objetivo de reducir las emisiones de gases de efecto invernadero, por ejemplo, en de Estados Unidos con la firma de la «Orden Ejecutiva de Independencia Energética» por el presidente Donald Trump. ¿Cómo evalúa usted el desarrollo del derecho internacional ambiental como mecanismo que asegure la protección ambiental y la lucha contra el cambio climático a nivel supranacional? En cuanto a los términos en que los Estados contraen obligaciones ambientales en el ámbito internacional, ¿cree que son compromisos claros, capaces de generar obligaciones?

Ramiro Ávila Santamaría

Una de las sorpresas que tuve cuando hice mi maestría fue descubrir la inmensa regulación existente sobre el derecho internacional ambiental: regulación sobre el aire, el agua, la tierra, los mares, los peces, la flora, la vida silvestre, los humedales, la biodiversidad, los desechos tóxicos... hasta llegar al Acuerdo de París, que tiene

9. El control de convencionalidad cuenta con retractores y promotores. Recomendamos el trabajo de Ferrer Mac-Gregor (2011).

10. Coincidimos con Mangas Martín quien señala que «la humanización del derecho internacional ha conllevado importantes limitaciones a la soberanía de los Estados. El trato de las personas no es un asunto interno de los Estados que pueda escapar a la competencia de las organizaciones internacionales, en particular, de Naciones Unidas» (2014: 194).



relación con el cambio climático. Dos problemas profundos enfrentan los acuerdos relacionados a la naturaleza y al medioambiente: la exigibilidad y el capitalismo.

La debilidad de todo instrumento internacional está en la estructura de la gobernanza global. Los Estados se someten a los convenios internacionales bajo la premisa de la soberanía nacional. Esto quiere decir que pueden existir Estados que no firmen ni ratifiquen los convenios internacionales, por más importantes y necesarios que sean para el ser humano y para la naturaleza. También quiere decir que, aun en el caso de ratificar los acuerdos, los Estados podrían no cumplir y no existe mecanismo efectivo para garantizar su efectiva vigencia. Aun cuando hay tribunales internacionales y sentencias condenatorias, al final depende de la buena fe y voluntad de los Estados. En relación al cambio climático, el proceder de los Estados Unidos demuestra que a nivel global existe la ley del más fuerte y esto pesa más que el derecho.

El problema de fondo es el sistema capitalista. El capitalismo, entendido como «el sistema social en que predominan de forma hegemónica los procesos de circulación y acumulación de capital a la hora de proporcionar y configurar las bases materiales, sociales e intelectuales de la vida en común» (Harvey, 2014: 24), se basa, entre otras características, en la acumulación infinita, la apropiación de la naturaleza y en la competencia voraz. Un sistema de estas características —las que explican la posición de los Estados Unidos— es absolutamente incompatible con los derechos de la naturaleza o con una protección seria y eficaz del medioambiente. Mientras exista el capitalismo, no solo no se respetará la naturaleza sino que se garantizará la exclusión, la desigualdad y la inequidad (cf. Piketty, 2014; Klein, 2014).

Raúl Campusano Droguett

El derecho internacional del medioambiente es una disciplina relativamente reciente del derecho y ha tenido desarrollos notables desde sus inicios durante la segunda mitad del siglo XX. Tanto desde la perspectiva organizacional, a través de las cuatro conferencias iniciadas con la de Estocolmo en 1972, y especialmente con la de Río 1992, como con la puesta en vigencia de numerosos tratados multilaterales, como el de cambio climático y el de diversidad biológica, se ha ido configurando una teoría global del derecho ambiental que es alimentada y se expresa en diversos principios, como el de la conservación y preservación, sustentabilidad, desarrollo sustentable, responsabilidad intergeneracional, contaminador pagador, *in dubio pro natura*, etcétera. De esta forma, lo primero es observar y reconocer el enorme éxito que el derecho internacional del medioambiente ha tenido, primero en generar en la sociedad internacional conocimiento y conciencia de los grandes desafíos que enfrentamos. De la misma forma, también debe observarse la diversidad de materias que abarca, desde la protección de humedales y especies migratorias, a la protección de la capa de ozono y la lucha contra la desertificación. También los esfuerzos de descontami-



nación de aire, agua y suelos. Y muchos otros temas. Es en este contexto que debiera analizarse el caso del cambio climático, que pareciera ser el mayor desafío que la Humanidad enfrenta actualmente y que tiene relaciones y efectos con virtualmente todas las actividades e intereses humanos¹¹.

El Acuerdo de París pareciera ser lo mejor que la sociedad internacional estuvo dispuesta a comprometer en su conjunto, pero es probable que sea un acuerdo insuficiente y ni siquiera está claro si será cumplido por todos, aun en sus propios términos. La tendencia iniciada por la Convención Marco y el Protocolo de Kioto pareció perder energía muy pronto; el Acuerdo de París representa un intento por revertir tal pérdida de energía. Así, si el análisis fuera estrictamente sobre su fuerza vinculante en términos tradicionales, habría que expresar cierta desazón. Sin embargo, el derecho internacional del medioambiente avanza también por caminos paralelos al derecho tradicional, especialmente a través del derecho blando (*soft law*) y de la creciente conciencia ciudadana sobre la importancia de la acción local y personal (cf. Campusano, 2012). Y esto abre también interrogantes sobre las mejores formas de mitigar los efectos de la contaminación (cf Klein, 2014). Y, por cierto, sobre una comprensión más holística de los avances (cf. Campusano, 2014).

Liliana Galdámez Zelada

A propósito de este asunto, en el caso de Chile y los compromisos asumidos en la tutela del medioambiente desde la perspectiva del derecho internacional —sin ánimo de ser exhaustiva dado que no existen datos oficiales—, «desde 1925 hasta 2014, Chile ha ratificado 93 tratados, protocolos y enmiendas en materia ambiental [...]. De esos 93 instrumentos, organizados conforme su objeto: sobre protección marítima, se han ratificado veintitrés instrumentos; mientras que dieciséis dicen relación con la conservación de flora y fauna; sobre cambio climático y protección de la capa de ozono se han ratificado once; referidos a la Antártica, ocho; sobre agricultura y alimentación, siete; sobre armas nucleares, siete, y sobre contaminación, seis» (Galdámez, 2017: 137).

La eficacia de estos tratados es relativa, en muchos de ellos se asumen esfuerzos para intentar no contaminar, pero el contenido de las obligaciones es a veces opaco. Así, por ejemplo, a propósito del Acuerdo de París, Chile se comprometió con una «Contribución nacional tentativa de Chile (INDC) para el Acuerdo Climático de París 2015».

Otra cuestión es la extensión e invocación del uso de criterios interpretativos derivados de acuerdos internacionales, no sólo tratados, que han sido importantes, aunque todavía de una manera relativamente marginal, para la invocación de los principios preventivo y precautorio por los jueces. Entre ellos, la «Declaración de la

11. Para múltiples aproximaciones a la pregunta sobre el futuro de la disciplina, véase Leary y Pisupati (2010).



ONU sobre Medio Humano, Estocolmo, 1972, del 5 al 16 de junio 1972; la Declaración de Río sobre el Medioambiente y el Desarrollo, Cumbre de la Tierra, del 3 al 14 de junio de 1992, Brasil; la Declaración Río +20 'El futuro que queremos', del 20 al 22 de junio de 2012» (Galdámez, 2017: 139).

Estos instrumentos han permitido crear conocimiento en torno a los principios preventivo y precautorio y han contribuido a la difusión de conocimiento sobre los problemas que plantea el entorno y los límites del crecimiento.

Jordi Jaria i Manzano

El derecho internacional público, en su configuración actual, responde a una serie de fundamentos sobre los que cabe reflexionar para responder a esta pregunta. Señalaré, especialmente, dos: por una parte, la soberanía y la igualdad entre los Estados; y, por otra parte, la separación nítida entre el derecho internacional —que rige las relaciones entre Estados— y el derecho interno —que rige las relaciones en el interior de éstos.

En relación con la primera de las cuestiones, debe notarse, por una parte, que la estructura de la economía-mundo capitalista parte de la existencia de relaciones de intercambio desigual entre el centro y la periferia, lo que genera relaciones de dependencia en lo político que hacen que la igualdad entre los Estados sea puramente formal. Por otra parte, la fase global y financiera del proceso de acumulación capitalista hace que, en este momento, las relaciones de intercambio se produzcan en niveles que trascienden a los Estados, lo que tiene como consecuencia —una entre otras— que estos acaben siendo dependientes para su propia viabilidad de recursos financieros que se generan más allá de sus fronteras.

Todo ello redundará en perjuicio de una soberanía que ya no es capaz de imponerse. Así, en la negociación internacional, los Estados tienden a comportarse como defensores de las empresas y las inversiones con las se encuentran vinculados, de modo que más bien propugnan estrategias destinadas a preservar las posibilidades de desarrollo de la economía-mundo capitalista y acuden, para ello, a soluciones puramente gerenciales. En este contexto, el derecho internacional del medioambiente, construido sobre la idea fundamental del desarrollo sostenible, a partir de la Declaración de Río de Janeiro de 1992, ofrece un escenario de *business-as-usual*, inadecuado para afrontar los retos planetarios.

Por otra parte, la evolución referida de la economía global hace que las fronteras entre lo interno y lo internacional vayan difuminándose progresivamente, lo que explica construcciones académicas como el constitucionalismo multinivel o la constitucionalización del derecho internacional, que acaban desembocando en la idea de constitucionalismo global como marco conceptual lábil y denso, al mismo tiempo que trasciende los límites de la creación ortodoxa del derecho internacional público a través de la acción de los Estados.



Pues bien, llegados a este punto, por una parte, resulta difícil que los Estados, en las condiciones en que operan en la actualidad, sean capaces de llegar a formular una política climática coherente y eficaz a través de acuerdos internacionales tradicionales, pero, por otra parte, es concebible la existencia de una diversidad de reacciones ciudadanas, que, entre otras cosas, se articulen al entorno de la litigación climática basada en consideraciones constitucionales, construidas a partir de la idea de un constitucionalismo global. En este sentido, puede suceder que determinadas medidas, como las adoptadas por el Presidente Trump, estén más amenazadas ante los tribunales de justicia que en la arena diplomática. Sin embargo, las deficiencias en relación con el Estado de derecho, en el sentido de la existencia de mecanismos jurisdiccionales eficaces de control del poder, en buena parte de los sistemas institucionales del mundo obligan a una cierta prudencia en este campo.

Andrea Lucas Garín

Considero que el derecho internacional ambiental es una de las ramas del derecho internacional que más se ha desarrollado en los últimos años, desde la década de los setenta en adelante, desde temas que tradicionalmente eran ‘internos’ y que de a poco se ha ido ocupando la comunidad internacional, junto con nuevos tópicos que han surgido en base a las informaciones científicas provistas, por ejemplo, por el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC), bajo cuyo alero se ha conformado el Régimen Internacional de Protección del Cambio Climático. Estamos frente a una novel área del derecho internacional que en la cooperación encuentra su herramienta primordial.

Respecto a la lucha contra el cambio climático, hay una preocupación de los Estados por construir una cooperación horizontal entre gobiernos nacionales que se evidencia mucho más al momento de aplicar, por ejemplo, los mecanismos financieros del Protocolo de Kioto¹².

Los tres instrumentos internacionales dedicados al cambio climático denotan una evolución por mejorar los mecanismos de control y cumplimiento con los que los Estados asumen sus obligaciones ambientales. A mi juicio, son considerables en el ámbito climático, en particular en el Acuerdo de París hay un avance en clarificar los compromisos asumidos por los Estados, que son compromisos a largo plazo que prevén una mayor coordinación entre los compromisos internacionales y las acciones a nivel nacional. Esto puede confirmarse al leer la información brindada por Chile en la Tercera Comunicación Nacional de Chile ante la Convención Marco de las

12. Según Petra Lea Lánco (2010: 280), se establecen además relaciones entre instituciones internacionales, organizaciones de integración económica y gobiernos nacionales, el sector empresarial y la sociedad civil.



Naciones Unidas sobre Cambio Climático (2016)¹³; se puede apreciar el esfuerzo de transparentar las medidas de mitigación, de adaptación, transferencia de tecnología y financiamiento que está tomando Chile para enfrentar el fenómeno del calentamiento global.

Hay un traslado de enfoque al campo de la cooperación internacional, y en tratados multilaterales se brindan los lineamientos que luego el derecho nacional deberá asegurar, con considerable libertad para decidir qué hacer para cumplir con sus compromisos. En particular, el Acuerdo de París plantea, de manera más expresa, dos procesos consecutivos. El primero es a propósito de la ratificación de los Estados adhiriendo a estos compromisos (ya resuelto por Chile). El segundo conlleva que los Estados deban profundizar en las políticas para enfrentar el fenómeno a nivel nacional. La exitosa entrada en vigencia del Acuerdo de París (en menos de seis meses) no deja de plantear grandes desafíos para su implementación como una verdadera tarea por hacer; todo esto sumado a los avatares de las políticas internas de los Estados¹⁴.

Pregunta 4. La naturaleza y los animales como titulares de derechos

La visión tradicional, que es también la dominante, en torno al derecho al medioambiente, es antropocéntrica, siendo el titular de este derecho el ser humano. Sin embargo, han surgido concepciones jurídicas alternativas, que atribuyen a la naturaleza la titularidad de derechos. Es el caso, por ejemplo, de las constituciones de Ecuador de 2008 y de Bolivia de 2009. Por otro lado, también han surgido recientes fallos, por ejemplo, en Argentina y en Italia, que abogan por la concepción del animal como un sujeto de derechos y no como un bien. ¿Cuáles son sus apreciaciones respecto a estos nuevos desarrollos legislativos y jurisprudenciales?

Ramiro Ávila Santamaría

La única forma de evitar la quinta extinción (cf. Kolbert, 2015), que tiene relación directa con la actividad del ser humano en el planeta, es a través de una forma distinta de relacionarnos con la naturaleza. Los modelos que consideran como objeto a la naturaleza (derecho civil) o que buscan cuidar a la naturaleza para beneficio del ser humano (derechos humanos), no son suficientes. El derecho civil nos ha llevado a la destrucción y el derecho humano permite la explotación de la naturaleza. La Humanidad debe tomar medidas radicales si queremos preservar el planeta como lo

13. La Comunicación que fue enviada a finales de 2016 cuenta con 505 páginas y está disponible en <http://portal.mma.gob.cl/wp-content/doc/TCN-2016b1.pdf>.

14. No debe olvidarse que en otras ocasiones Estados Unidos ha abandonado las negociaciones climáticas. Véase Lucas Garín (2015).



conocimos hasta hace pocos años atrás. En términos jurídicos esa medida requiere considerar a la naturaleza como sujeto de derechos. El problema es que esta forma de concepción requiere dos elementos: otro paradigma epistemológico y otro derecho.

El paradigma epistemológico exige pasar de un modelo antropocéntrico a uno distinto, que puede ser biocéntrico o, mejor aún, sin centro (cf. Acosta y Martínez, 2011). Esto implica salir de la lógica cartesiana, del racionalismo científico, dejar de creer en esa maldición bíblica de que tenemos que dominar a la naturaleza y de que Dios se hizo hombre. Esto exige humildad. El ser humano es animal. El ser humano es naturaleza. Ni superior ni inferior, simplemente es parte de la naturaleza. Para nutrirnos de otro paradigma tenemos que aprender de saberes desperdiciados, como la filosofía de los pueblos indígenas o como la lógica del pensamiento sistémico. Los pueblos indígenas, desde hace mucho tiempo atrás, en general, saben cómo relacionarse con la naturaleza de forma respetuosa (Hidalgo-Capitán, Guillén García y Déleg Guazha, 2014). El pensamiento sistémico valora, en su justa medida, a todos los seres que habitamos en el planeta, como un sistema complejo y vital (Capra y Luisi, 2014).

El derecho se ha construido con el paradigma antropocéntrico. Otro derecho, por oposición al derecho civil, podría ser un derecho «salvaje» (Cullinam, 2011). El derecho salvaje reconoce los ritmos de la naturaleza, nos obliga a retomar nuestra conexión con ella, impone mayores obligaciones a nuestra especie, prohíbe, por ejemplo, la acumulación para ser más rico y nos condiciona para recuperar lo necesario para la vida. El humano puede tomar de la naturaleza lo que necesita para sobrevivir, no para acumular. Esto es, en términos de lo que interpretó un filósofo ecuatoriano, volver al valor de uso (Echeverría, 2010). Todo lo que satisfaga necesidades artificiales (valor de cambio) tiene que ser desestimulado, desechado y prohibido. ¿De qué sirve acumular oro, llenar de cemento la tierra arable, producir más autos, patentar saberes ancestrales, matar animales por diversión o por colección, talar árboles para adornos...? La naturaleza puede vivir sin nosotros, pero nosotros no podemos vivir sin ella (Weisman, 2007).

La humanidad, la tierra, los seres vivos, la vida plena exige otro paradigma y otro derecho.

Raúl Campusano Droguett

La reflexión sobre si los animales tienen derechos o podrían tener derechos o al menos gozar de algunos derechos es antigua y, sin embargo, en las últimas décadas ha adquirido especial desarrollo, densidad y sofisticación. El tema jurídico se encuentra estrechamente ligado a temas éticos y morales y también espirituales y religiosos. La primera pregunta que antecede al análisis jurídico es sobre si existe un deber ético (y luego jurídico) de los seres humanos respecto de los seres vivos no humanos. Y de la





mano con esta interrogante, la necesaria reflexión sobre la naturaleza moral y jurídica de tales seres vivos no humanos (cf. Campusano, 2017).

La filosofía griega clásica tendió a negar derechos o valía moral a los animales. El derecho romano clásico recogería estas ideas, consagrandos el concepto que los animales no eran ni podían ser sujetos de derecho, sino objetos, cosas. Por su parte, el texto bíblico del Génesis, compartido por varias religiones, señala la primacía del ser humano por sobre el resto de los seres vivos. Un punto de quiebre lo representa Jeremy Bentham, quien argumentó que si los seres humanos eran moralmente dignos de consideración era por su capacidad de placer y dolor. Y observó que los animales también podían sentir dolor (véase el capítulo 17 de su clásico *Introduction to the Principles of Morals and Legislation*). Peter Singer, con su libro *Animal Liberation* (1975), es considerado el desencadenante del movimiento de los derechos de los animales. Tom Regan (1985) postula que los animales no humanos son objeto de derechos morales. Así, Regan postula que los animales no humanos son «sujetos-de-una-vida». Un sujeto de una vida es un alguien, no un algo, es un ser al cual su vida le importa incluso si no le importa a nadie más (Campusano, 2017).

Recientemente, ha habido desarrollos jurisprudenciales y constituyentes sobre la materia. El caso de los chimpancés Hércules y Leo ante la Corte Suprema de New York es especialmente interesante por el desarrollo doctrinario aportados a la causa¹⁵. La Constitución de Ecuador, que otorga derechos a la naturaleza, y la de Bolivia, que avanza en la misma dirección, ameritan una observación atenta en la aplicación y desarrollo de estos derechos (Campusano, 2014b). Todo indica que el derecho del siglo XXI experimentará cambios significativos derivados de los temas indicados.

Liliana Galdámez Zelada

El reconocimiento de la naturaleza como titular de derechos es una de las respuestas que el derecho puede dar a la crisis ecológica, la pérdida de los hábitats, de biodiversidad, el cambio climático y otros fenómenos asociados. Como comente antes, es visible desde hace unos años la tendencia regional a la ampliación de los catálogos de derechos. Fernando Rey Martínez lo explica así: «Nuestro tiempo se caracteriza por una explosiva fundamentación de los derechos. No sólo porque el catálogo de los derechos fundamentales en textos nacionales e internacionales crezca a velocidad geométrica, sino también porque los tribunales constitucionales americanos [...] tienden a fundamentalizar casi todo» (2012: 13).

15. Corte Suprema del Estado de Nueva York, *Matter of Nonhuman Rights Project Inc. (on behalf of Hercules & Leo) v. Stanley*, 29 de julio de 2015. También son interesantes los casos *Chimpancé Cecilia*, del Tercer Juzgado de Garantías del Estado de Mendoza, del 3 de noviembre de 2016, y *Orangután Sandra* de la Segunda Sala de la Cámara Federal de Casación Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, del 18 de diciembre de 2014, entre otros.



Más allá de los problemas técnicos que se asocian a la configuración de derechos para la naturaleza, la pregunta primera es si acaso ésta es la fórmula para asegurar otra forma de convivencia con nuestro entorno. No estoy segura que ésta sea la respuesta adecuada. Me parece que esta fórmula puede encerrar una suerte de populismo ambiental. Más aun en una era que anuncia otros procesos, hasta ahora desconocidos y donde el catálogo de derechos puede ser una respuesta más política, que adecuada:

Más recientemente, sin embargo, se ha sugerido de manera informal que hemos dejado el Holoceno y entrado en una nueva época geológica llamada Antropoceno. Al destacar el papel central de la humanidad en los sistemas geoecológicos, la palabra antropoceno sugiere que la Tierra se está moviendo rápidamente hacia un crítico estado de inestabilidad, en el que los sistemas terrestres se vuelven gradualmente menos predecibles, no estacionarios y menos armoniosos como resultado de la huella humana en la biosfera (Kotze, 2014: 24; traducción de los editores).

A través de los mandatos de protección y principios, creo, es posible desplegar un conjunto de herramientas que permitan asegurar una mejor y más eficaz protección del entorno. Otra cosa es que a través de normas se proteja la diversidad, los paisajes, los glaciares. Esto se consigue mejor con cláusulas generales y no con el establecimiento de derechos. Llegado el momento, la experiencia indica que los jueces tenderán más a proteger los derechos de las personas. No se trata de oponer unos a otros; se trata de propiciar una convivencia respetuosa.

En cuanto los derechos de los animales, ser protegidos no implica que sean titulares de derechos. Su conceptualización como seres sintientes y, por tanto, protegidos contra la violencia y el maltrato, es una fórmula que, creo, satisface los estándares de humanidad que se espera de nuestra sociedad en el siglo XXI. No debemos perder de vista, por otra parte, que en ocasiones determinadas especies se han convertido en una amenaza para la supervivencia de especies nativas (por ejemplo, el drama de los castores en la Tierra del Fuego, o de las cabras en las Islas Galápagos, que afectan el entorno de especies únicas).

Para el futuro, me parece que el derecho debe prepararse para avanzar en nuevas categorías y mecanismos, particularmente para gobernar lo común. Pero sobre todo, y esto es algo que se repite en todos los foros nacionales e internacionales, es el propio modelo el que debe ajustarse a las limitaciones que implica convivir en este planeta. Quizá éste sea el mayor desafío y no es clara todavía la forma en que se concretará el tránsito hacia otro modelo.

Jordi Jaria i Manzano

A pesar de que, como señalé en la respuesta a la segunda pregunta, existen dudas razonables sobre la idoneidad de los derechos en relación con la respuesta social ade-





cuada a los retos que plantea la transición hacia el Antropoceno, es lo cierto que los derechos tienen un atractivo político considerable. De manera que, por una parte, en muchos contextos, parece socialmente inaceptable optar por escenarios de menos derechos, y, por otra parte, se impone la idea de formular nuevos problemas y nuevas necesidades sociales en términos de derechos. Esta última tendencia se hace enlazar con la constatación de que los sujetos de derechos y los mismos derechos se han ido ampliando históricamente, de acuerdo con un tipo de razonamiento progresista que forma parte del arsenal cultural de la modernidad y que no es ajeno a la crisis ambiental, que, de hecho, es una crisis civilizatoria que justamente pone en cuestión los patrones modernos.

A partir de aquí se han desarrollado en tiempos recientes dos tradiciones distintas en relación con la ampliación de los sujetos de derechos: por una parte, los derechos de los animales; y, por la otra, los derechos de la naturaleza. Ambas tradiciones responden a consideraciones diferentes y deben ser tratadas por separado. En relación con los derechos de los animales, la cuestión es extender las categorías propias del pensamiento liberal a individuos no humanos, a saber, a los miembros de ciertas especies animales —no todas—. Esta idea enlaza con una preocupación histórica por el bienestar animal que culmina con su formulación en términos de derechos a partir de la obra de Peter Singer *Animal Liberation* (1975). Esto tiene poco que ver con la crisis ambiental y se formula en términos de dotar de estatus moral a las criaturas capaces de experimentar sufrimiento. Me parece que ésta es una evolución razonable dentro del paradigma de los derechos, que, en todo caso, parece configurarse, sobre todo, como un límite a la crueldad humana, lo que hace perfectamente adecuada la introducción de los derechos aquí, en la medida que estos responden originariamente a la creación de una esfera de intangibilidad ante las agresiones exteriores.

En cualquier caso, los derechos de los animales se encuadran en un patrón moral liberal que es ajeno a las pretensiones holísticas y comunitaristas que se han desarrollado como respuesta radical a la crisis ambiental, cuya relación con los derechos, como ya he dicho, es más bien conflictiva. Esto se pone de manifiesto, a mi juicio, en el caso de los pretendidos derechos de la naturaleza, incorporados por la Constitución de Ecuador en 2008. Teniendo en cuenta el vínculo necesario entre personalidad jurídica y derechos, la consecuencia primera es convertir a la naturaleza en una persona jurídica, lo que, a mi juicio, es totalmente incompatible con su condición de *hólos*, esto es, como totalidad. En este sentido, considerar la naturaleza como un sujeto en conflicto con otros, que es lo propio de la cultura de los derechos, me parece un planteamiento inadecuado del problema, que más bien debilita que refuerza la tutela jurídica de la Tierra. Por otra parte, los efectos reales de tal reconocimiento han sido más bien escasos, en la medida en que los derechos de la naturaleza no han





dado lugar a soluciones sustancialmente distintas de las que ofrecería la protección del dominio público o el cumplimiento de la normativa ambiental sectorial¹⁶.

Andrea Lucas Garín

El medioambiente, como un escenario que nos engloba, incluye sin duda el bienestar animal como un bien jurídico tutelado por el derecho. En este contexto destaca la sentencia del derecho comparado, originada en Argentina en noviembre de 2016, en que se declara a la chimpancé Cecilia sujeto de derecho no humano¹⁷. En igual sentido, en Chile la Ley 20.380 de Protección de los Animales, de octubre de 2009, sigue esta tendencia.

Hay distintos tipos de protección que se otorgan a los animales y, detrás de ellas, hay discusiones legales, filosóficas y políticas frente a los avances de la ciencia y las informaciones sobre animales no humanos (véase González Marino, 2016). Cabe señalar que muchas de estas discusiones se están llevando a cabo en países desarrollados con más ahínco.

Pensar en una visión más holística del derecho podrá acercarnos a una relación más equilibrada entre la naturaleza y el hombre, que devendrá en que el sistema jurídico deba plantearse algunas preguntas sobre cómo colaborar con ese equilibrio y posiblemente repensar la relación entre humanos y animales no humanos. Las sociedades elaboran conceptos como el riesgo, y, en el derecho, como el concepto de persona jurídica: las construcciones sociales nuevas podrían incorporar en el futuro algún tipo de «personalidad» al animal. Pareciera que es un tema en construcción.

Referencias

- ACOSTA, Alberto (2009). *La maldición de la abundancia*. Quito: Abya Yala.
- ACOSTA, Alberto y Esperanza MARTÍNEZ (comp.) (2011). *La naturaleza con derechos. De la filosofía a la política*. Quito: Abya Yala.
- ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro (2010). «El derecho de la naturaleza: fundamentos». *Repositorio UASB Digital*, 3. Disponible en <http://bit.ly/2tCegqv>.

16. Las limitaciones de espacio me han impedido referenciar en detalle las afirmaciones aquí vertidas. En cualquier caso, consigno una serie de trabajos de mi autoría en los que se encuentra citada una amplia bibliografía en relación con las cuestiones aquí tratadas. En relación con la pregunta 1, véase Jaria Manzano (2014); en relación con la pregunta 2, véase Jaria Manzano (2015); en relación con la pregunta 3, véase Jaria Manzano (2016); y en relación con la pregunta 4, véase Jaria Manzano (2013).

17. La chimpancé estaba alojada en el zoológico de la Provincia de Mendoza y por una acción de *habeas corpus* presentada por la Asociación de Funcionarios y Abogados por los Derechos de los Animales (AFADA), el Tercer Juzgado de Garantías de Mendoza ordenó el traslado a un santuario de Brasil. Expediente P-72.254/15, «Presentación efectuada por AFADA respecto del chimpancé Cecilia, sujeto no humano», disponible en <http://bit.ly/2eGOFpP>.



- BRAÑES, Raúl (2001). *Informe sobre el desarrollo del derecho ambiental latinoamericano*. México: Programa de Naciones Unidas para el Medioambiente, Oficina Regional para América Latina y el Caribe.
- CAMPALA, Fait Simon (2013). «Derechos de la naturaleza: ¿Innovación trascendental, retorica jurídica o proyecto político?» *Iuris Dictio*, 13 (15): 9-37. Disponible en <http://bit.ly/2vzALTN>.
- CAMPUSANO, Raúl F. (2012). «Desde la certeza de la regla a la diversidad de la práctica: El nuevo derecho internacional del medioambiente». En Ximena Insunza y otros. *Actas de las VI Jornadas de Derecho Ambiental. Visión ambiental global: presente y futuro*. Santiago: Thomson Reuters.
- . (2014a). «Cambio climático y migraciones: Desafíos para el derecho y las políticas públicas». *Revista Actualidad Jurídica*, 29: 239-253.
- . (2014b). «El buen vivir y los derechos de la naturaleza en las nuevas constituciones de Bolivia y Ecuador». En Ana Lya Uriarte y otros, *Actas de las VII Jornadas de Derecho Ambiental. Recursos Naturales: ¿Sustentabilidad o sobreexplotación?* (pp. 105-130). Santiago: Thomson Reuters.
- . (2017). «Sentencia de alto tribunal que abre la posibilidad de reconocer derechos a animales de acuerdo con doctrina de derecho internacional». *Revista Actualidad Jurídica*, 36.
- CANUT DE BON LAGOS, Alejandro (2007). *Desarrollo sustentable y temas afines*. Santiago: Consejo Minero.
- . (2016). *Ecología y sociedad*. Santiago: Ediciones Universidad Finis Terrae.
- CABONELL, Miguel (compilador) (2008). *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito: MJDH.
- CAPRA, Fritjof y Pier Luigi LUISI (2014). *The systems view of life. A Unifying vision*. Nueva York: Cambridge.
- CIDH, Corte Interamericana de Derechos Humanos (2016). *Solicitud de opinión consultiva presentada por la República de Colombia ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 14 de marzo de 2016*. Disponible en <http://bit.ly/2w8zxWs>.
- CULLINAN, Cormac (2011). *Wild Law. A Manifesto for Earth Justice*. Vermont: Chelsea Green Publishing.
- DERNBACH, John C. y Federico CHEEVER (2015). «Sustainable development and its discontents». *Transnational Environmental Law*, 4 (2): 247-287. DOI: 10.1017/S2047102515000163.
- ECHEVERRÍA, Bolívar (2010). *Valor de uso y utopía*. México D.F.: Siglo XXI.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (2011). «Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: El nuevo paradigma para el juez mexicano». *Estudios constitucionales*, 9(2): 531-622. Disponible en <http://bit.ly/2unRlOM>.
- GARGARELLA, Roberto (2015). *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Buenos Aires: Katz.





- GALDÁMEZ, Liliana (2017). «Medioambiente, Constitución y tratados en Chile». *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 40 (148): 113-144. DOI: 10.22201/ij.24484873e.2017.148.10997
- GONZÁLEZ CARVAJAL, Paola (2014). «Pueblos indígenas y afectación de recursos naturales». En Jorge Aranda y otros (editores), *Actas de las VII Jornadas de Derecho Ambiental: Recursos naturales, ¿sustentabilidad o sobreexplotación?* Santiago: Thomson Reuters.
- GONZÁLEZ MARINO, Israel (coord.) (2016). *Aproximaciones filosóficas y jurídicas al Derecho Animal. Actas de los Primeros Coloquios del Derecho Animal UCN*. Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago.
- GUILOFF, Matías (2011). «El dilema del artículo 19 núm. 8, inciso segundo». *Revista de Derecho Coquimbo*, 18 (1): 147-169. DOI: 10.4067/S0718-97532011000100006
- HARVEY, David (2014). *Diecisiete contradicciones y el fin del capitalismo*. Quito: IAEN.
- HERVÉ, Dominique (2015). *Justicia ambiental y recursos naturales*. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso.
- HIDALGO-CAPITÁN, Antonio Luis, Alejandro GUILLÉN GARCÍA y Nancy DÉLEG GUAZHA (eds.) (2014). *Antología del pensamiento indigenista ecuatoriano sobre Sumak Kawsay*. Huelva: CIM/FIUCUHU/Pydlos.
- INDH, Instituto Nacional de Derechos Humanos (2015). *Mapa de conflictos socioambientales en Chile 2015*. Disponible en <http://bit.ly/2uPhwOn>.
- JARIA I MANZANO, Jordi (2013). «Si fuera solo una cuestión de fe... Una crítica sobre el sentido y la utilidad del reconocimiento de derechos a la naturaleza (en la Constitución del Ecuador)». *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, 4 (1): 43-86.
- . (2014). «Derechos y medioambiente». En Albert Noguera Fernández y Adoración Guamán Hernández (dirs.), *Lecciones sobre Estado social y derechos sociales* (pp. 577-615). Valencia: Tirant lo Blanch.
- . (2015). «El constitucionalismo de la escasez (derechos, justicia y sostenibilidad)». *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, 30: 295-349.
- . (2016). «La externalización de costes ambientales en el acceso a los recursos naturales: Marco institucional y distribución inequitativa». Informe núm. 4 del proyecto «Del desarrollo sostenible a la justicia ambiental: Hacia una matriz conceptual para la gobernanza global». Disponible en <http://bit.ly/2gXgGtY>.
- KLEIN, Naomi (2014). *This changes everything. Capitalism vs the climate*. Nueva York: Penguin Books.
- KOTZE, Louis J. (2014). «The Anthropocene's Global Environmental Constitutional Moment». *Yearbook of International Environmental Law*, 25 (1): 24-60. DOI: 10.1093/yiel/yvvo65.
- KOLBERT, Elizabeth (2015). *The Sixth Extinction. An Unnatural History*. Nueva York: Picador.





- LÁNCOS, Petra Lea (2010). «Flexibility and legitimacy. The emissions trading system under the Kyoto Protocol». En Armin von Bogdandy y otros (eds.), *The exercise of Public Authority by International Institutions* (pp. 271-299). Heidelberg: Springer Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht.
- LARREA, Carlos (2011). «La iniciativa Yasuní ITT: Una opción factible hacia la equidad y sustentabilidad». En María Cristina y otros (editores), *La iniciativa Yasuní ITT desde una perspectiva multicriterial*. Quito: PNUD.
- LEARY, David y Balakrishna PISUPATI (eds.) (2010). *The future of international environmental law*. Tokyo: United Nations University Press.
- LECARIOS, Juan Alberto (2009). *Manual introductorio a la ética medioambiental. Principios éticos y valores para el ciudadano de la sociedad global*. Barcelona: Fundación Mapfre.
- LORENZETTI, Ricardo Luis (2008). *Teoría del derecho ambiental*. Buenos Aires: La Ley.
- LUCAS GARÍN, Andrea (2015). «Cambio Climático en Estados Unidos: El caso *Utility Air Regulatory Group v. EPA*». *Revista Tribuna Internacional*, 4 (8): 283-291. DOI: 10.5354/0719-482X.2015.38556
- MANGAS MARTIN, Araceli (2014). *Humanización, democracia y Estado de derecho en el ordenamiento internacional*. Madrid: Real Academia de Ciencias Morales y Políticas.
- MORAGA, Pilar (2009). «Evolución de la política nacional energética frente a la regulación del cambio climático». En Pilar Moraga (editora), *El nuevo marco legal para el cambio climático*. Santiago: Domeyko.
- NALEGCH, Constance A. (2014). «Fortalecimiento de la democracia ambiental a través de un instrumento regional». En Jorge Aranda y otros (editores), *Actas de las VII jornadas de derecho ambiental: Recursos naturales, ¿sustentabilidad o sobreexplotación?* Santiago: Thomson Reuters.
- CEPAL, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, y OCDE, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (2016). *Evaluaciones del desempeño ambiental: Chile 2016*. Santiago.
- PETERS, Anne (2016). «The refinement of International Law: from Fragmentation to regimen interaction and politicization». Research Paper 2016-19. Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL). Disponible en <https://ssrn.com/abstract=2823512>.
- PIKETTY, Thomas (2014). *Capital in the Twenty-First Century*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press.
- POKLEPOVIC MEERSOHN, Iván (2010). «Análisis crítico del sistema de incentivos al cumplimiento ambiental». En Valentina Duran Medina y otros (editores), *Derecho ambiental en tiempos de reformas. Actas de las V Jornadas de Derecho Ambiental*. Santiago: Legal Publishing.





- REGAN, Tom (1985). «The Case for Animal Rights». En Peter Singer (editor), *In defense of animals* (pp. 13-26). Nueva York: Basil Blackwell.
- REY MARTÍNEZ, Fernando (2012). *Los derechos en Latinoamérica: tendencias judiciales recientes*. Madrid: Fundación Internacional y para Iberoamérica de Administración y Políticas Públicas, Editorial Complutense.
- SINGER, Peter (1975). *Animal Liberation: A New Ethics for our Treatment of Animals*. Nueva York: Harper Collins.
- STEPHENS, Tim (2009). *International Courts and Environmental Protection*. Cambridge: Cambridge University Press.
- WEISMAN, Alan (2007). *The World without us*. Nueva York: Picador.
- YARZA FERNANDO, Simón (2012). *Medioambiente y derechos fundamentales. Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Sobre los autores

RAMIRO ÁVILA SANTAMARÍA es doctor en sociología jurídica por la Universidad del País Vasco. Master en Derecho por Columbia University (New York). Master en sociología jurídica por la Universidad del País Vasco-Instituto Internacional de Sociología Jurídica. Abogado y licenciado en Ciencia Jurídicas por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE). Docente de planta del área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar-Sede Ecuador, dirige el área de derecho y coordina la Maestría en Derecho Penal. Es autor y editor de varias publicaciones, entre ellas: *El neoconstitucionalismo andino* (Quito, 2016), *La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos* (Quito, 2013), *Neoconstitucionalismo transformador* (Quito, 2011), *Derechos y garantías. Ensayos críticos* (Quito, 2010). Su correo electrónico es ramiro.avila@uasb.edu.ec.

RAÚL CAMPUSANO DROGUETT es abogado de la Universidad de Chile. Master en Derecho de la Universidad de Leiden, Países Bajos. Master of Arts en Estudios de la Paz Internacional de la Universidad de Notre Dame, Estados Unidos. Profesor titular y Director Académico del Programa de Magister en Derecho Ambiental y Director de Postgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Su correo electrónico es rcampusano@udd.cl.

LILIANA GALDÁMEZ ZELADA es licenciada en ciencias jurídicas y sociales de la Universidad de Chile. Doctora en Derecho por la Universidad de Valladolid. Profesora e investigadora del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Ha desarrollado diversas publicaciones sobre derechos humanos y fundamentales, recepción del derecho internacional de los Derechos Humanos en el ordenamiento interno y es responsable del Fondecyt de iniciación 11140270 sobre derechos, principios y obligaciones ambientales desde una perspectiva consti-



tucional, cuyos resultados son presentados en este trabajo. Su correo electrónico es lgaldamez@derecho.uchile.cl.

JORDI JARIA I MANZANO es profesor agregado Serra Húnter de Derecho Constitucional y Ambiental, Universidad Rovira i Virgili (Tarragona, Cataluña, España) e investigador del Centro de Estudios de Derecho Ambiental de Tarragona (CEDAT). Licenciado en Filosofía y Ciencias de la Educación (Universidad de Barcelona, 1994) y en Derecho (Universidad de Barcelona, 1996). Doctor en Derecho (Universidad Rovira i Virgili, 2004). Ha publicado diversos trabajos en relación con las cuestiones planteadas durante las últimas dos décadas. Actualmente, es investigador principal, junto con Susana Borràs Pentinat, en el proyecto «Constitución climática global: gobernanza y derecho en un contexto complejo» (financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, de España). Su correo electrónico es jordi.jaria@urv.cat.

ANDREA LUCAS GARÍN es doctora en Derecho y Ciencias Sociales Universidad Nacional de Córdoba, LLM in International Law Universidad de Heidelberg y de Chile; abogada por la Universidad Nacional de Córdoba; investigadora de la Universidad Finis Terrae. Esta entrevista se enmarca en el desarrollo del proyecto Fondecyt de iniciación 2015 núm. 11150382 titulado «Instrumentos comerciales para enfrentar el Cambio Climático en Chile: vínculos con el Sistema Internacional de Comercio» en que se desempeña como investigadora responsable. Su correo electrónico es andrealucasg@hotmail.com.





SECCIÓN

DOCTRINA







DOCTRINA

El reconocimiento del estatuto de refugiado por motivo de violencia basada en el género durante situaciones de conflicto armado

Gender-based violence in armed conflicts and the recognition of the refugee status

Sabrina Paula VECCHIONI

Universidad de Buenos Aires, Argentina

RESUMEN La definición clásica de refugiado ha sido puesta a prueba por los eventos de un mundo en constante cambio frente a la necesidad de protección internacional cuando aquella proporcionada por el Estado de nacionalidad o de residencia habitual no resulta efectiva. Los desplazamientos masivos de población originados por conflictos armados pusieron a prueba el estatuto de refugiado a partir de interpretaciones regionales que amplían los supuestos de protección internacional. Sumado a ello, vale señalar el desarrollo, por parte de las teorías feministas, respecto a la violencia basada en el género en dichos contextos. En este trabajo analizamos la complementariedad del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario a la luz del derecho internacional de los refugiados, con el fin de establecer la plena e irrestricta vigencia de la protección internacional en los casos de mujeres forzadas a desplazarse de sus países de origen, como consecuencia de una situación de conflicto armado.

PALABRAS CLAVE Estatuto de refugiado, conflictos armados, violencia basada en el género.

ABSTRACT The common definition of refugee has been put to test by the events of a world in constant change, with regards to the need for international protection when that provided by the State of nationality or habitual residence is not effective. Mass displacement of people caused by armed conflicts put the refugee status to the test on the basis of regional interpretations that broaden the scope of international protection. In addition, we must consider the development of feminist theories on gender-based violence during armed conflicts. The purpose of this paper is to discuss and analyze the complementarity of International Human Rights Law and International Humanitarian Law and their relation with International Refugee Law, in order to establish the full and



VECCHIONI

EL RECONOCIMIENTO DEL ESTATUTO DE REFUGIADO POR MOTIVO DE VIOLENCIA BASADA EN EL GÉNERO

unrestricted validity of international protection in cases of displaced women, as a consequence of armed conflict.

KEYWORDS Refugee status, armed conflicts, gender-based violence.

Nos enfrentamos a la mayor crisis de refugiados y desplazamiento de nuestro tiempo. Y, sobre todo, esta no es solamente una crisis de números; es también una crisis de solidaridad.

BAN KI-MOON¹

Tras vivir los horrores de la guerra en Irak y Siria, estas mujeres lo han arriesgado todo con tal de conseguir seguridad para ellas y para sus hijos. Pero desde el mismo momento en que comienzan su viaje vuelven a verse expuestas a sufrir violencia y explotación, sin recibir apenas apoyo o protección.

TIRANA HASSAN²

Introducción

Los conflictos armados y sus devastadoras consecuencias han acompañado el desarrollo de la historia mundial desde tiempos inmemoriales, al igual que las diversas violaciones y abusos cometidos contra las mujeres durante éstos. Numerosos relatos históricos muestran la crueldad de los ejércitos hacia las mujeres como una forma de debilitar al enemigo y forzarlo a su rendición (Naciones Unidas, 1995: 3).

En la antigua Roma se señala el secuestro y abuso de doncellas en el tristemente célebre episodio conocido como «El rapto de las sabinas», en el que se describe:

Roma era ya tan fuerte, que su potencial bélico estaba a la altura del de cualquiera de los Estados vecinos; [...] se puso en marcha según lo previsto el golpe de fuerza: a una señal dada, los jóvenes romanos se lanzan a raptar a las doncellas. La mayoría de ellas fueron cogidas al azar por el primero que las tuvo a la mano; algunas, especialmente hermosas, reservadas a los senadores más importantes, eran llevadas a casa de éstos por los plebeyos a los que se les había encomendado esta misión (Livio, 1990: 180-181).

1. Centro de Noticias de Naciones Unidas, «Refugee crisis about solidarity, not just numbers, secretary-general says at event on global displacement challenge» (SG/SM/17670-REF/1228), del 15 de abril de 2016. Disponible en <http://bit.ly/2d9wkij>.

2. Amnistía Internacional, «Las refugiadas sufren agresiones físicas, explotación y acoso sexual al atravesar Europa», publicada el 18 de enero de 2016. Disponible en <http://bit.ly/2bYcO5z>.



En la actualidad, el nivel de hostilidad armada se traduce en la creciente necesidad de aniquilar a la población civil atrapada en la geografía donde se desarrollan los combates, por lo que es innegable la utilización de la violencia basada en el género, incluyendo la violencia física en todas sus formas, como una eficaz táctica de guerra y terrorismo. La raza, etnia, pertenencia religiosa o la sola condición de mujer constituyen un elemento válido de ataque por parte de grupos armados, miembros de las fuerzas armadas regulares de los Estados y otros actores no estatales, y su utilización en el conflicto como un medio de combate no regulado ni permitido contra el enemigo (Consejo de Seguridad, 2016b: 1).

Según las cifras oficiales del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), en 2015:

El desplazamiento forzado global [había] aumentado [...], alcanzando una vez más niveles sin precedentes. Al término del año, había 65,3 millones de personas desplazadas forzosamente en todo el mundo a consecuencia de la persecución, los conflictos, la violencia generalizada o las violaciones de derechos humanos. Esto son 5,8 millones de personas más que el año anterior (59,5 millones) (ACNUR, 2015: 2).

Para 2015, el conflicto en la República Árabe Siria transcurría su quinto año consecutivo recibiendo una atención mundial significativa debido a los grandes desplazamientos de refugiados, mayormente hacia Europa, y a las necesidades humanitarias generadas (ACNUR, 2015: 6). Se suman a ello las diversas crisis humanitarias y conflictos no resueltos, como aquellos surgidos a lo largo de 2015 en Burundi, Irak, Libia, Níger y Nigeria, y la reactivación de las crisis no resueltas de Afganistán, la República Centroafricana, la República Democrática del Congo, Sudán del Sur y Yemen. La consecuencia inmediata fue 1,8 millones de nuevos refugiados desplazados, frente a los 1,2 millones registrados en 2014: «Durante 2015 fueron desplazadas de sus hogares una media de veinticuatro personas por minuto en el mundo, frente a las treinta personas por minuto hace un año, que sigue siendo la cifra más alta registrada» (ACNUR, 2015: 6).

La realidad señalada nos permite observar la necesidad de una participación activa de los Estados a los fines de garantizar el pleno acceso a los procedimientos de determinación de la condición de refugiado, en particular de las mujeres que son forzadas a dicho desplazamiento cuando en sus países de origen se verifica una situación de conflicto armado.

Siguiendo la propuesta referida, la hipótesis central del presente artículo es el análisis de las relaciones intrínsecas existentes entre los desarrollos normativos del derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario, y el derecho internacional de los refugiados, en particular, en los casos de solicitudes del reconocimiento de la condición de refugiado de mujeres y por motivos de violencia basada en el género en el marco de un conflicto armado.



Para ello deberemos, en principio, establecer el marco teórico conceptual respecto a qué consideraremos como género en el presente trabajo, al analizar el desarrollo de los movimientos feministas, los cuales, luego de las luchas suscitadas en las décadas de los sesenta y setenta en Europa y los Estados Unidos, logran la inclusión del tratamiento de las mujeres como sujetos de derechos en los marcos normativos internacionales de protección de derechos humanos en el ámbito de las Naciones Unidas y, también, a nivel regional en el sistema interamericano. No podemos hacer a un lado la presencia de estándares propios de los denominados feminismos hegemónicos dentro de cuerpos normativos ampliamente masculinos.

Lo expuesto permitirá introducir el enfoque de género, según se desarrollará seguidamente, en el análisis propuesto, a los fines de lograr la plena vigencia de la protección internacional que los Estados se comprometieron brindar a toda persona que se ve forzada a huir de su país de origen por una situación de conflicto armado.

Un acercamiento a la violencia basada en el género en el contexto de los conflictos armados

Las guerras han llevado consigo el ataque sobre las mujeres y la utilización de sus cuerpos e identidades como un arma poderosa tendiente a devastar al enemigo. No es necesario remontarnos a relatos históricos de la antigua Grecia o Roma, dado que su evolución y utilización constante resulta innegable.

Entre los ejemplos históricos recientes podemos mencionar lo que se dio en llamar el fenómeno de las «mujeres confort», esclavas sexuales al servicio del ejército japonés durante la Segunda Guerra Mundial. Se estima que entre ochenta mil y doscientas mil mujeres, en su mayoría coreanas, fueron víctimas de violencia sexual en burdeles militares japoneses extendidos por toda Asia antes y durante el conflicto, establecidos para elevar la moral de las tropas y evitar que se produjeran abusos sexuales en forma descontrolada en los territorios ocupados por dicho ejército, tras la experiencia de la masacre de Nankín en 1937, durante la cual decenas de miles de mujeres fueron violadas a manos de las tropas japonesas (Chung, 2010). Asimismo, se estima que aproximadamente setenta mil mujeres pudieron ser víctimas de violencia sexual durante la partición del subcontinente que dio lugar a la creación de India y Pakistán como Estados independientes en 1947 (Menon y Bhasin, 1998: 67).

Lo mismo ocurrió en Bangladesh, donde entre doscientas mil y cuatrocientas mil mujeres fueron víctimas de violencia sexual durante el conflicto que dio lugar a la creación del Estado independiente en 1971. La mayoría de ellas eran mujeres bengalíes agredidas por soldados pakistaníes en lo que se concluyó era una estrategia organizada para sembrar el terror en la población de Pakistán Este. No conformes con los abusos sexuales, muchas de estas mujeres fueron luego asesinadas (Saikia, 2004).



En la historia reciente no podemos dejar de mencionar los abusos cometidos contra mujeres en el conflicto armado de la antigua Yugoslavia, donde la práctica de violencia sexual contra las mujeres se tradujo en fenómenos aún más cruentos, como la implementación de «campos de violación», donde las mujeres, además de sufrir abusos físicos concretos, eran forzadas a participar de las violaciones de otras mujeres desconocidas o miembros de sus familias, embarazos forzados y mutilaciones (Bastick, Grimm y Kunz, 2007: 113-125; Skjelsbaek, 2010: 15-28).

Las prácticas referidas también se han hecho presentes en el conflicto armado en Siria, donde diversos informes de las Naciones Unidas y de organizaciones no gubernamentales de dicho país han establecido la utilización de la violencia sexual contra mujeres, hombres y niños considerados «enemigos» por los bandos en combate. Entre las prácticas utilizadas se destacan violaciones, desnudos prolongados, *electroshock* en genitales, tocamientos, amenazas de agresión a familiares y observación forzosa de los abusos a otras personas detenidas. Se estiman que unas seis mil mujeres habían padecido violaciones en el marco del conflicto, en muchos casos con embarazos no deseados como consecuencia de estas violaciones (Nasar, 2013: 12-21).

El efecto de las situaciones descritas, con atención a las normas culturales y religiosas de las sociedades afectadas, no es otro que la discriminación hacia las víctimas por parte de familiares y amigos³, por lo que no pueden integrarse a sus núcleos de vida luego de los eventos traumáticos (Federación Internacional de Derechos Humanos, 2013: 9-15).

Atendiendo al panorama descrito y al tema propuesto en el presente artículo, resulta necesario establecer el significado que se otorgará a las distintas categorías jurídicas a analizar y su relación con los marcos normativos aplicables para una situación de conflicto armado.

Dada la extensión del presente artículo y el objetivo del análisis propuesto, al hablar de «género» como marco teórico conceptual dentro de los marcos normativos internacionales a los que haremos mención, debemos tener presente su referencia al desarrollo de los denominados feminismos hegemónicos⁴, corrientes promotoras de un sujeto mujer blanco occidental, en contraposición al desarrollo posterior de las

3. Las víctimas de violaciones durante situaciones de conflicto armado presentan cuatro tipos de traumas: «i) Médico (incluyendo lesiones a órganos, VIH, pérdida de la virginidad y embarazos no deseados); ii) psicológicos (miedo, ansiedad, enojo, agresión, culpa, aislamiento, vergüenza, pérdida de confianza y rituales de higiene); iii) psiquiátricos (estrés postraumático, depresión, melancolía, neurosis y desórdenes psicosomáticos), y iv) sociales (estigmatización y repudio)». Sentencia del caso *Fiscal con Jean-Pierre Bemba Gombo*, Corte Penal Internacional, ICC-01/05-01/08, 21 de junio de 2016, párrafo 36.

4. Compartimos, así, la postura de los denominados feminismos descoloniales centrados en el análisis del «género» en contraposición al «Género», este último entendido como un concepto enfocado en el estudio y análisis de un sujeto mujer blanca occidental universalizante, en amplia omisión a las realidades de las mujeres de otras geografías.



corrientes feministas descoloniales (Federación Internacional de Derechos Humanos, 2013: 9-15).

Cuando nos referimos a «género», el ACNUR lo ha definido como «la relación entre hombres y mujeres basada en la identidad, las condiciones, las funciones y las responsabilidades según han sido construidas y definidas por la sociedad y la cultura, asignadas a uno y otro sexo» (ACNUR, 2002: 2).

Los aspectos naturales del género, y los procesos naturales del sexo y la reproducción son sólo un telón de fondo, sugerente y ambiguo, de la organización cultural del género y la sexualidad. Qué es el género, qué es un hombre y qué es una mujer, qué relaciones existen o deberían existir entre ellos [...], estos interrogantes no sólo se plantean a partir de los hechos biológicos reconocidos, sino que son también, en gran parte, productos de procesos sociales y culturales (McDowell, 2000: 30).

Surge, así, con mayor fuerza el significado de la categoría de análisis *género* y su entendimiento, según palabras de Simone de Beauvoir⁵, en cuanto a que la mujer no nace como tal por su identidad sexo biológica, sino que *se hace*, como producto del contexto social, político, religioso, económico y familiar en el que se encuentra inserta desde su nacimiento y a lo largo de su vida.

Como observamos de los hechos citados *ut supra*, en el marco de un conflicto armado, la violencia contra las mujeres adopta diversas formas, como asesinatos, abusos físicos, embarazos forzados, esclavitud sexual, mutilaciones, entre otros, con el objetivo de sembrar el terror entre la población civil. Así, se presenta de manera sistemática como un método de combate⁶ con el fin de destruir el tejido social del enemigo, por lo que dichos actos han sido tipificados como crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra⁷ por el derecho penal internacional.

5. Entrevista a Simone de Beauvoir, «Por qué soy feminista» en el programa *Questionnaire*, de 1975. Disponible en <https://youtu.be/txYJ8koZDRI>.

6. Los términos «medios y métodos de combate» designan las herramientas utilizadas en los conflictos armados y las maneras en que son utilizadas. El Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, del 8 de junio de 1977, se refiere alternadamente a «métodos o medios de hacer la guerra» (artículos 35.1, 35.3, 51.5.a y 55.1), «métodos y medios de guerra» (título 3 y sección 1 del título 3), «medios y métodos de ataque» (artículo 57.2.a.ii) y «arma, medio o método de guerra» (artículo 36). La violencia sexual asociada al género de la víctima constituye un «arma de guerra», según la jurisprudencia internacional en la materia. Véase Sentencia del caso *Fiscal con Jean Paul Akayesu*, Tribunal Penal Internacional para Ruanda, rol ICTR-96-4-T, 2 de septiembre de 1998; y Consejo de Seguridad (2008; 2016b).

7. Conforme al Estatuto de la Corte Penal Internacional tipifica en su artículo 7 el crimen de lesa humanidad como: «Cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: [] violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable», y por crimen de guerra: «Cometer actos de violación, esclavitud sexual, pros-





Por su parte, es dable preguntarnos a qué nos referimos con la categoría jurídica de «conflicto armado». El primer acercamiento está dado por la noción histórica de *guerra*, entendida como un estado de beligerancia u hostilidad armada entre dos o más Estados soberanos, debidamente declarada y conducida de acuerdo con las normas propias, finalizada cuando las potencias vencedoras logran la suscripción de un tratado de paz o armisticio (Gutiérrez Posse, 2014: 15-30).

Entendida antiguamente como la forma natural en que los Estados solucionaban sus controversias mediante el recurso ilimitado a la fuerza armada, con el correr del tiempo, la evolución de las armas empleadas en los combates, sumado a las devastadoras consecuencias para las naciones, hace que surja después de 1945 la prohibición de dicho empleo de la fuerza de manera desmedida y su regulación en las definiciones de los Convenios de Ginebra de 1949. Este documento introduce la categoría jurídica de *conflicto armado*, tanto en su faz internacional como no internacional, con lo que hace a un lado los rigorismos técnicos a fin de lograr la aplicación irrestricta de la normativa de protección adoptada en la materia desde la creación del Comité Internacional de la Cruz Roja en 1864 (Comité Internacional de la Cruz Roja, 2008).

Las referencias precedentes deben contextualizarse dentro de la evolución de los marcos normativos en análisis a lo largo de la última mitad del siglo XIX, todo el siglo XX y lo que va del siglo XXI. Lo que nos lleva a un análisis que promueve la conciliación entre las definiciones de género, respecto de aquellas consideraciones propias del derecho internacional de los refugiados, el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos, las que muchas veces en aras de la promoción de estándares de protección, hacen a un lado debates profundos acerca del concepto en análisis, como producto de los momentos históricos que signaron las creaciones de sus contenidos normativos.

En este sentido, no podemos hacer a un lado el hecho de que los principales desarrollos de estas tres ramas del derecho internacional se adoptaron en momentos históricos en que las categorías jurídicas se encontraban estrechamente imbuidas de la óptica propia de la concepción masculina sobre el rol de la mujer en la sociedad. El derecho internacional humanitario, si bien desde sus primeros desarrollos normativos en 1864 establecía normas básicas de protección de las mujeres —tanto civiles como de aquellas incluidas en los cuerpos médicos militares—, responde, al igual que la normativa del derecho internacional humanitario y su definición de refugiado, a la idea de un sujeto de derecho masculino (Butler, 1990: 270-282). Realidad que atraviesa también a los desarrollos en materia de derecho internacional de los derechos humanos posteriores a la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.

titución forzada, embarazo forzado [], esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual que constituya una violación grave de los Convenios de Ginebra» (artículo 8) (Naciones Unidas, 2002).



Este aparente cambio de paradigma no surge de manera espontánea, sino como producto de la introducción en el escenario del derecho del debate social y teórico feminista de los años sesenta y setenta, a los fines de quebrar la dicotomía entre lo público y privado, cuya consecuencia inmediata era la separación de hombres y mujeres, que entendía que estas últimas debían cumplir con roles de cuidado asociados a una fragilidad sexo-biológica elaborada y promovida por el sistema patriarcal y, por lo tanto, era natural su exclusión del ámbito público, como de su concepción como sujetos de derecho (Patentan, 1996).

Uno de los cambios referidos sucede en el ámbito de las Naciones Unidas, con la adopción de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (adoptada el 18 de diciembre de 1979), junto con la celebración periódica de conferencias internacionales tendientes a la actualización de las problemáticas de las mujeres en diversos contextos, bajo la premisa de que el reconocimiento de derechos en una codificación particular significaba, sin lugar a dudas, reconocer la dignidad humana de las mujeres, asumiendo que antes de ello esto era inexistente.

A pesar de dichos esfuerzos, se sucede la exclusión sistemática del vasto universo de diversas realidades que atraviesan las mujeres en el mundo (Quijano, 2000; Mohanty, 2008; Curiel, 2006; Lugones, 2005, 2008, 2012; Espinosa Miñoso, 2013, 2014), lo que constituye el punto de partida para la inclusión de un enfoque de género asociado al concepto de mujer en los diferentes cuerpos normativos vigentes.

Asumir que la adopción de normativa internacional de protección de los derechos humanos de las mujeres constituía la única solución a una realidad devastadora resulta simplista e irreal. En los años posteriores, continuaron produciéndose numerosas y diversas formas de violaciones de derechos de las mujeres en los conflictos armados. En la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, se mencionan, entre otras:

Asesinato, terrorismo, torturas, desapariciones involuntarias, esclavitud sexual, violaciones, abusos sexuales y embarazos forzados en situaciones de conflicto armado, especialmente como resultado de políticas de depuración étnica y otras formas de violencia nuevas e incipientes. Ello se ve agravado por las traumáticas consecuencias de carácter social, económico y psicológico causadas por los conflictos armados y la ocupación y dominación extranjeras, consecuencias que se sufren durante toda la vida (Naciones Unidas, 1995: 135).

Este panorama llevó a un pronunciamiento expreso del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas a través de la adopción de resoluciones tendientes a la incorporación de la perspectiva de género en la interpretación, no solo de la normativa del derecho internacional humanitario (los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales de 1977), sino también de la normativa del derecho interna-



cional de los refugiados. Esto, atendiendo a la particular situación de vulnerabilidad en la que son colocadas las mujeres y los niños en situaciones de conflicto armado, quienes son forzados a desplazarse como producto del temor a la violación de sus derechos, o luego de que dichas violaciones hayan sido cometidas. Todo ello en el entendimiento de que cada esfuerzo tendiente a la protección de la mujer contribuye al esfuerzo por mantener la paz y seguridad internacionales (Consejo de Seguridad, 2000, 2008, 2009a, 2009b, 2010, 2013a, 2013b)⁸.

Violencia basada en el género y su inclusión en el derecho internacional humanitario

La confluencia entre las normas y los debates teóricos respecto del género llevaron a la inclusión de los desarrollos propuestos por los movimientos feministas dentro de la normativa del derecho internacional humanitario, a través de los esfuerzos del Comité Internacional de la Cruz Roja, en un documento titulado «Guía práctica para responder a las necesidades de las mujeres afectadas por conflictos armados», en el que se establece que el concepto *género* alude al comportamiento culturalmente esperado de hombres y mujeres en relación con papeles, actitudes y valores que se les atribuyen en función de su sexo, mientras que el término «sexo» hace referencia a las diferencias biológicas y físicas (Comité Internacional de la Cruz Roja, 2006; 7).

Hilary Charlesworth señala que «el término *género* [...] se refiere a la interpretación social de las diferencias entre hombres y mujeres como conceptos de ‘femineidad’ y ‘masculinidad’: el excedente de bagaje cultural asociado con el sexo biológico» (Charlesworth, 1999: 379). Mientras que Sandra Whithworth, en referencia a las concepciones feministas del género, refiere que

cuando las feministas usan el término «género», habitualmente lo hacen para señalar que rechazan las categorizaciones esencializadas del hombre y la mujer. Usar el género significa, sin embargo, señalar las formas en que los presupuestos predominantes acerca de la mujer y el hombre, y la femineidad y la masculinidad, definen las condiciones de la vida real de las personas y de las instituciones que crean (y reciben, a su vez, la influencia de éstas). Las feministas sostienen que los presupuestos que prevalecen en cualquier momento o lugar acerca de lo que significa ser hombre o mujer o lo que se considera un comportamiento femenino o masculino apropiado incide en la vida de la gente. Esos presupuestos y esas ideas se pueden utilizar como razones para la exclusión o el privilegio, para imponer disciplina o para justificar y conferir naturalidad a una gran variedad de comportamientos esperados o de opciones de política (Whitworth, 2005: 120).

8. Todos estos documentos del Consejo de Seguridad se encuentran disponibles en <http://bit.ly/1ECwWAS>.



En 2007, a instancias del Ministerio de Relaciones Exteriores de Suecia, se celebró una reunión de expertos sobre «Perspectivas de género en torno al derecho internacional humanitario», en la que se buscó ampliar la interpretación de género en el ámbito del derecho internacional humanitario y así conciliar posturas tendientes a su desuso como sinónimo de «mujeres», en el marco de protección necesaria de civiles en un conflicto armado. Se planteó la necesidad de una comprensión más matizada de la aplicación amplia del concepto de género, a fin de garantizar que la protección del derecho internacional humanitario sea lo más sólida posible (Comité Internacional de la Cruz Roja, 2007).

A pesar de los numerosos esfuerzos por dar carácter operativo a estas concepciones y la complejidad que ello implica —puesto que el género resulta una categoría a la vez personal y marcadamente pública—, las definiciones de los roles masculino y femenino en una sociedad determinada suelen recibir la influencia de las instituciones públicas y se encuentran relacionadas con la atribución de poder dentro de las comunidades (Comité Internacional de la Cruz Roja, 2007: 6). El uso del género como categoría de análisis abre el debate sobre la interpretación de las normas sociales (tanto formales como informales) que influyen en las comunidades y sobre el modo en que esos papeles pueden ser modificados, y en la práctica lo son, tanto en tiempos de paz como en situaciones de conflicto armado.

No podemos dejar de mencionar el avance significativo que en la materia se ha dado a partir de la sentencia de la Corte Penal Internacional en el caso *Bemba*, en el cual por primera vez en la historia del Tribunal el análisis de los crímenes se centró en la consideración como crimen de guerra de las diversas formas de la violencia contra la mujer, además de destacar que la violencia sexual en el contexto de un conflicto armado es utilizada como un arma de guerra con efectos devastadores en la población civil.

Éste es el marco en el cual debemos analizar la particular situación de vulnerabilidad en la que se encuentran hombres y mujeres que se ven forzados a desplazarse de sus países de origen como consecuencia de la violencia en un conflicto armado (ONU Mujeres, 2014).

Violencia basada en el género dentro del derecho internacional de los refugiados

Como señalamos precedentemente, la consideración de las mujeres como sujetos de derecho necesitados de protección internacional dentro del marco de los desplazamientos forzados no surge de la definición del estatuto de refugiado brindada por la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo Adicional de 1967 (Naciones Unidas, 1951, 1967), los que reflejaban un concepto masculino acerca de quién debía ser reconocido en dicho estatuto de protección internacional por los Estados signatarios.



La inclusión de la perspectiva de género dentro del derecho internacional de los refugiados sigue los mismos procesos reseñados *ut supra* respecto del derecho internacional humanitario. Con numerosos y variados desarrollos dentro del Comité Ejecutivo del ACNUR (1985, 1993, 1995, 1996, 1997)⁹ no fue hasta el 2002 que se adoptó un documento titulado «Directrices sobre protección internacional: La persecución por motivos de género en el contexto del artículo 1A.2 de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, y/o su Protocolo de 1967» (ACNUR, 2002), el cual reinterpretaba la definición de refugiado contenida en los instrumentos internacionales, para los casos en que las mujeres solicitaran asilo como consecuencia de las diversas formas de violencia basada en su género a la que eran sometidas en sus países de origen.

Una de las cuestiones más significativas de las Directrices es la forma en la que se introduce la necesidad de reinterpretación de la denominada definición clásica de refugiado contenida en la Convención de 1951 y su Protocolo Adicional de 1967, pues se analizó la creciente cifra de mujeres que, en los años posteriores a la adopción de dichos instrumentos, se veían forzadas a desplazarse de sus países de origen producto del «temor fundado de persecución», en referencia a situaciones de violencia basada en su género (ACNUR, 2005: 5-8).

Sin embargo, una de las críticas a estos documentos que constituyen guías de interpretación de los tratados internacionales en materia de determinación de la condición de refugiado, se basa en la nula valoración de las diversas realidades propias que las mujeres viven según sus geografías, sumado al hecho de la necesidad de inclusión en categorías jurídicas que fueron concebidas en momentos históricos ajenos y bajo una óptica estrictamente masculina de protección internacional.

Se deja sentado que no todas las mujeres pueden ser sujetos necesitados de protección internacional bajo el estatuto de refugiado por su sola condición de mujer en una sociedad dada, sino que deberá analizarse cada caso concreto en relación con los elementos de la definición clásica de refugiado (ACNUR, 2002: 1).

Convergencia de protección a las víctimas de violencia basada en el género. Análisis de la normativa del derecho internacional de los refugiados y el derecho internacional humanitario

Debemos preguntarnos qué sucede entonces con aquellas mujeres forzadas a desplazarse como producto de situaciones de conflictos armados en sus países de origen.

9. En las Conclusiones 87.n (ACNUR, 1999) se «[tomó] nota con reconocimiento de los esfuerzos especiales realizados por los Estados para incorporar la perspectiva del género en las políticas, los reglamentos y las prácticas de asilo; [alentó] a los Estados, al ACNUR y a otras partes interesadas a promover una mayor aceptación de la idea de que la persecución puede guardar relación con el género o practicarse mediante la violencia sexual y a incluir esta idea entre sus criterios de protección». Con posterioridad se adoptaron las Directrices sobre Protección Internacional número 9 (ACNUR, 2012).



Es en este punto en que, atendiendo a la interpretación propia de la definición clásica de refugiado, surgen a nivel regional documentos internacionales en los que se introduce la ampliación y consiguiente aplicación del estatuto de refugiado en los casos de violaciones generalizadas a los derechos humanos y situaciones de conflicto interno¹⁰, sin atender en un primer momento a las consecuencias que dichas situaciones generaban en las mujeres como sujetos de derecho.

Recién en 2004, y frente al creciente desarrollo del ACNUR, con la adopción de la Declaración y Plan de Acción de México, documento de reinterpretación de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984, se reconoce:

Que la persecución puede guardar relación con el género y la edad de los refugiados; así como la necesidad de brindar protección y asistencia humanitaria atendiendo a las necesidades diferenciadas de hombres y mujeres, niños y niñas, adolescentes y adultos mayores, personas con discapacidad, minorías y grupos étnicos (OEA, 2004: 3).

Por ello, se obliga a los Estados de la región a la observancia de las particulares necesidades de protección de las mujeres desplazadas como consecuencia de conflictos armados.

A pesar de lo expuesto, las situaciones de violencia basada en el género continuaron sucediéndose a nivel regional. En 2014, a treinta años de la adopción de la Declaración de Cartagena, y a instancias del ACNUR, se adoptó un documento abierto a adhesiones en el que se analizaron los crecientes desafíos en la región en materia de la aplicación de la denominada definición ampliada de refugiado (ACNUR, 2014). En este documento se reconoce y documenta la particular situación de vulnerabilidad de las mujeres desplazadas internamente y de las solicitantes de asilo en los países vecinos, como consecuencia de las violaciones de derecho en el marco de conflictos armados en sus países de origen (ACNUR, 2014: 25-27).

Con posterioridad, el 2 de diciembre de 2016, el ACNUR adoptó las «Directrices sobre protección internacional número 12: Sobre personas que solicitan asilo en situaciones de conflicto armado y violencia dentro del artículo 1A.2 de la Convención

10. La Convención de la Organización para la Unidad Africana (OUA), que rige los aspectos específicos de los problemas de refugiados en África, agrega a las condiciones que definen un refugiado el elemento de las «violaciones masivas de derechos humanos» (OUA, 1969). En el ámbito latinoamericano, los Estados adoptaron en 1984 la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados, adoptada por el «Coloquio sobre la protección internacional de los refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y humanitarios», celebrado en Cartagena, Colombia, del 19 al 22 de noviembre de 1984, cuya definición de refugiado extiende la protección a víctimas de «violencia generalizada» y «conflictos internos», en el marco de los crecientes desplazamientos forzados suscitados en la década de 1980 y 1990 en los países del Caribe como consecuencia de los derrocamientos de gobiernos democráticos y los conflictos armados de carácter no internacional que se sucedieron.



de 1951 y el Protocolo de 1967 en relación con el Estatuto de Refugiado y las definiciones regionales de refugiado», documento destinado a establecer una interpretación uniforme de los cuerpos normativos en análisis frente a una realidad que los pone a prueba de manera constante (ACNUR, 2016).

Cabe destacar que desde la Segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos, realizada en Viena en junio de 1993, tanto el ACNUR como el Comité Internacional de la Cruz Roja buscaron establecer la convergencia y complementariedad de los estándares de protección de derechos dentro de las normativas del derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los refugiados (Naciones Unidas, 1993).

Mediante las directrices señaladas, el ACNUR en 2016 introdujo modificaciones significativas a la interpretación de la definición clásica de refugiado, contenida en la Convención sobre el Estatuto de Refugiado de 1951 y su Protocolo Adicional de 1967, estableciendo que en ningún momento deberá entenderse que la definición de refugiado y sus elementos resultan ajenos a las definiciones del estatuto ampliadas y adoptada bajo distintos desarrollos normativos regionales. Asimismo, señaló que la utilización de las categorías jurídicas de conflicto armado —internacional y no internacional—, tensiones internas y disturbios interiores propios de la normativa del derecho internacional humanitario no implican restricciones en la determinación del estatuto de protección internacional (ACNUR, 2016: 1). De esta manera, se estableció que todas las situaciones de protección internacional en las que resulta vigente el estatuto de refugiado se encuentran contenidas en la definición clásica del estatuto de refugiado de la Convención de 1951 y su Protocolo Adicional de 1967, por lo que cualquier interpretación contraria llevaría a la fragmentación innecesaria de un ordenamiento jurídico homogéneo con objetivos comunes.

En cuanto a las situaciones de violencia basada en el género que provocan los desplazamientos forzados, se reconoció que:

La violencia sexual o basada en el género, la esclavitud sexual y conyugal, el matrimonio forzado son formas de persecución en situaciones de conflicto armado y violencia. La violencia sexual y basada en el género es utilizada como táctica ilegal y criminal, estrategia o política durante situaciones de conflicto armado y violencia, en orden a debilitar al adversario directa o indirectamente, a través de la victimización de las mujeres, niñas, hombres y niños. Más allá de la motivación individual del perpetrador, la violencia sexual o basada en el género puede constituir una parte de la estrategia militar o política para abatir, humillar, aterrorizar o destruir población civil en la persecución de objetivos militares, o derivar en otras formas de discriminación asociadas al género, vinculándose a uno o más de los elementos de la Convención (ACNUR, 2016: 7).

No debe olvidarse que la principal forma en la que se manifiesta la violencia de





género en el marco de un conflicto armado es a través de la violencia sexual, entendida como:

Actos de naturaleza sexual impuestos por la fuerza o mediante coerción, como la causada por el temor a la violencia, la coacción, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder contra cualquier víctima, ya sea hombre, mujer, niño o niña. Sacar ventaja de un entorno coercitivo o de la incapacidad de la víctima para dar su libre consentimiento es también una forma de coacción. La violencia sexual comprende la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado, la esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable (Comité Internacional de la Cruz Roja, 2014).

En el ámbito del desarrollo de las Naciones Unidas, se consideran hechos de violencia sexual relacionados con los conflictos armados:

Incidentes o pautas de violencia sexual [...], es decir, la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, los embarazos forzados, la esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable que se cometa contra las mujeres, los hombres, los niños o las niñas. Estos incidentes o pautas de comportamiento se producen en situaciones de conflicto o posteriores a los conflictos o en otras situaciones motivo de preocupación (por ejemplo, durante un enfrentamiento político). Además, guardan una relación directa o indirecta con el propio conflicto o enfrentamiento político, es decir, una relación temporal, geográfica o causal. Aparte del carácter internacional de los supuestos crímenes, que, dependiendo de las circunstancias, constituyen crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, actos de genocidio u otras violaciones manifiestas de los derechos humanos, la relación con el conflicto puede ser evidente teniendo en cuenta el perfil y las motivaciones del autor, el perfil de la víctima, el clima de impunidad o la situación de colapso en que se encuentre el Estado en cuestión, las dimensiones transfronterizas o el hecho de que violen lo dispuesto en un acuerdo de cesación del fuego (Villellas y otros, 2016: 5).

En cuanto a las cifras de las situaciones que aquí buscan abordarse, éstas resultan innegables y aterradoras: a nivel global, aproximadamente el 13 % de las mujeres sufrió violaciones a lo largo de su vida, ya sea durante su infancia o en su vida adulta, frente al 3 % de los hombres (Spitzberg, 1999). En el 2002, la Organización Mundial de la Salud señalaba que, en ese año, entre el 5 % y 10 % de los hombres había sufrido violencia sexual durante su infancia, un porcentaje que se elevaba a 20 % en el caso de las mujeres (OMS, 2002). En cuanto a la violencia sexual en contextos de conflicto armado, se ha tendido a centrar la atención en los hombres como perpetradores —y en las mujeres como víctimas—, pese a que también existen casos del uso de la violencia sexual contra hombres en diversos conflictos armados, desde la época de la antigua Persia, las Cruzadas o la guerra sino-japonesa, entre otros (Sivakumaran, 2007). Estudios específicos han documentado hechos de violencia sexual en casos como Chile, Croacia,



El Salvador, Grecia, Irán, Kuwait, Sri Lanka, República Democrática del Congo, las antiguas Unión Soviética y Yugoslavia, entre otros (Stemple, 2009).

El escenario actual nos lleva a preguntarnos sobre la proporción de mujeres forzadas a desplazarse de sus países de origen producto de la violencia de género en el marco de los conflictos armados. Una dificultad para arribar a una respuesta lo constituye la falta de estadísticas desagregadas. Sin embargo, de la información más reciente se desprende que «la proporción de mujeres entre las personas refugiadas osciló entre el 47 % y el 49 % entre 2003 y 2015» (ACNUR, 2015: 52). Frente a dicho incremento, la respuesta de la comunidad internacional priorizó cuestiones de seguridad nacional por sobre las obligaciones internacionalmente asumidas de protección, y quienes escapaban producto del temor de los hechos de violencia vividos en sus países de origen se encontraron con rutas de migración aún más agresivas y peligrosas, además de sociedades de acogida donde sus situaciones no eran contempladas de acuerdo con los marcos de protección vigentes.

Cabe destacar que la mayor parte de los Estados no contienen en sus estadísticas sobre reconocimiento del estatuto de refugiado información desagregada en cuanto a los motivos de dichos reconocimientos, pues solo guardan una mera referencia numérica basada en el sexo biológico «hombre/mujer», lo que imposibilita la mayoría de las veces un análisis con perspectiva de género como el que busca realizar el presente trabajo.

A pesar de la falta de información concreta y desagregada, el estado de situación descrito vuelve innegable la necesidad de hacer un reconocimiento irrestricto de la protección internacional ajena a un ámbito temporal de vigencia. El ACNUR reconoce que las consecuencias de los actos referidos cometidos durante una situación de conflicto armado o de violencia generalizada no gozan de una vigencia temporal asociada a la duración de las situaciones antes referidas, respecto del reconocimiento del estatuto de refugiado. El temor de persecución, entendido como la posibilidad de volver a ser receptor de dichos actos atroces, deja consecuencias físicas y psicológicas en las víctimas de tales actos, capaces de proyectarse durante toda su vida, lo cual hace intolerable el regreso a su país de origen y hace aún más necesaria la vigencia de la protección internacional del estatuto de refugiado (ACNUR, 2016: 7).

A la luz del análisis precedente, la protección internacional del estatuto de refugiado se extiende a los fines de propender a una interpretación armónica de los marcos normativos con la finalidad de proteger a las víctimas de violencia basada en el género, pues se debiera considerar los diversos desarrollos normativos a nivel interno de cada Estado con el fin de establecer un procedimiento de determinación de la condición de refugiado acorde con la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967, con miras a la plena vigencia de la perspectiva de género en consonancia con los desarrollos del ACNUR en la materia¹¹.

11. Como ejemplo podemos mencionar el caso de la República Argentina, donde la Ley General de



Sin embargo, pretender que ello resulte suficiente para garantizar la mentada protección internacional de las víctimas sería un tanto utópico, pues hay numerosos factores que influyen y atraviesan el desplazamiento forzado de las personas. Será cada caso concreto el encargado de poner a prueba la voluntad de los Estados asumida a nivel internacional y ratificada mediante los mecanismos internos de aplicación de las normas reseñadas.

Conclusiones

El análisis precedente permite establecer, más allá de las objeciones teórico-feministas, la existencia de un marco normativo internacional complementario de protección conformado por el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los refugiados. Asimismo, tampoco puede hacerse a un lado la implementación progresiva de la perspectiva de género en los procedimientos internos de reconocimiento del estatuto de refugiado.

Siempre quedará la posibilidad de cuestionar los estándares de protección introducidos a partir del desarrollo de los denominados «feminismos hegemónicos». Sin embargo, resulta innegable su influencia a la hora de determinar no sólo la necesidad de protección de las mujeres en las situaciones descritas, sino también su constitución en sujetos de derecho para los marcos normativos analizados, a los cuales los Estados se han obligado.

En este sentido, se hace necesario más que nunca el estudio continuado y la reinterpretación de las normas existentes con la introducción de los debates teóricos propios de los movimientos feministas, con el fin de consensuar estándares de protección acordes con las necesidades propias de las personas forzadas a desplazarse de sus países en conflicto armado por la violencia basada en el género.

La realidad en la que vivimos torna cada vez más ilusorios los objetivos de las diversas conferencias y plataformas internacionales de trabajo en la materia, en los que se señala a las mujeres como los sujetos de derecho proveedores de paz y seguridad en sus comunidades, lo que lleva implícita la pregunta acerca de si las acciones en su contra no constituyen una forma de perpetuación de la violencia en todas sus formas y la aniquilación de un enemigo que parece estar presente en todas las sociedades.

Reconocimiento y Protección al Refugiado establece en su artículo 53 como obligación de la autoridad de aplicación: «[procurar] cuando se tratare de mujeres o menores, en especial si no están acompañados, que hubieren sido víctimas de violencia, la atención psicológica especializada de los mismos, y durante el procedimiento se observará las recomendaciones del ACNUR formuladas en las Guías para la protección de mujeres refugiadas y las directrices sobre persecución por motivos de género. En el caso de los menores se tendrán en cuenta las directrices sobre su protección y cuidado dando cuenta a los organismos con responsabilidad primaria en políticas dirigidas a grupos vulnerables a los fines de una solución eficaz, rápida y de contención efectiva a dichas personas» (Ley 26.165, artículo 53).



Más allá de lo expuesto, debemos atender a la protección existente, que busca la vigencia irrestricta de un núcleo de garantías contra toda situación de violencia basada en el género dentro de un contexto de conflicto armado, y que deja a cargo de los operadores jurídicos la responsabilidad de su aplicación, según el espíritu que guio su adopción y entrada en vigencia de la Convención y su Protocolo, los cuales buscaban dar, según nuestro entendimiento, una respuesta integral a las víctimas los hechos referidos.

Referencias

- ACNUR, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (1985). «Conclusiones número 39: Mujeres refugiadas y protección internacional». Disponible en <http://bit.ly/2v6BJzM>.
- . (1993). «Conclusiones número 73: Protección de los refugiados y violencia sexual». Disponible en <http://bit.ly/2v9skah>.
- . (1995). «Conclusiones del Comité Ejecutivo sobre la protección internacional e los refugiados. Número 77: Conclusión general sobre la protección internacional». Disponible en <http://bit.ly/2haJMGi>.
- . (1996). «Conclusiones del Comité Ejecutivo sobre la protección internacional e los refugiados. Número 79: Conclusión general sobre la protección internacional». Disponible en <http://bit.ly/2vhoo6X>.
- . (1997). «Conclusiones sobre la protección internacional de los refugiados aprobadas por el Comité Ejecutivo. Número 81: Conclusión general sobre la protección internacional». Disponible en <http://bit.ly/2vgXzkI>.
- . (1999). «Conclusiones sobre la protección internacional de los refugiados aprobadas por el Comité Ejecutivo. Número 87: Conclusión general sobre la protección internacional». Disponible en <http://bit.ly/2w9ugNw>.
- . (2002). «Directrices sobre protección internacional: La persecución por motivos de género en el contexto del artículo 1A.2 de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, y/o su Protocolo de 1967». HCR/GIP/02/01. Disponible en <http://bit.ly/2tO3MEA>.
- . (2012). «Directrices sobre protección internacional número 9: Solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y/o la identidad de género en el contexto del artículo 1A.2 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y/o su Protocolo de 1967». 23 de octubre de 2012. HCR/IP/12/09. Disponible en <http://bit.ly/2tStZl6>.
- . (2014). «Iniciativa Cartagena +30. La protección internacional y la efectiva integración: Recomendaciones de la sociedad civil frente a las dimensiones actuales del asilo y la apatridia en América Latina y el Caribe». Disponible en <http://bit.ly/2vgM1hp>.



- . (2015). *Tendencias globales, desplazamiento forzado en 2015. Forzados a huir*. Ginebra: ACNUR. Disponible en <http://bit.ly/2cfweVt>.
- BASTICK, Megan, Karin GRIMM y Rahel KUNZ (2007). *Sexual violence in armed conflict*. Ginebra: DCAF.
- BUTLER, Judith (1990). «Actos performativos y constitución del género: Un ensayo sobre fenomenología y teoría feminista». En *Performing feminisms: Feminist critical theory and theatre* (pp. 296-314). Baltimore: Johns Hopkins University Press.
- CHARLESWORTH, Hilary (1999). «Feminist methods in international law». *The American Journal of International Law*, 93 (2): 379-394. DOI: 10.2307/2997996.
- CHUNG, Haeng-Ja (2010). «The comfort women: Sexual violence and postcolonial memory in Korea and Japan by C. Sarah Soh». *American Anthropologist*, 112 (2): 337-338. DOI: 10.1111/j.1548-1433.2010.01239_17.x.
- COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA (2007). «International humanitarian law and gender. Report summary, international expert meeting: Gender perspectives on international humanitarian law». Disponible en <http://bit.ly/2tSVeMz>.
- (2008). «¿Cuál es la definición de ‘conflicto armado’ según el derecho internacional humanitario?». Documento de opinión. Disponible en <http://bit.ly/1BAVyLL>.
- . (2014). «Violencia sexual en conflictos armados: preguntas y respuestas». Comité Internacional de la Cruz Roja. Disponible en <http://bit.ly/29uRN5G>.
- CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS (1995). «Declaración y Plataforma de Acción de Beijing». Disponible en <http://bit.ly/Ns1QHN>.
- . (2000). «Resolución 1.325». Disponible en <http://bit.ly/2smE6uo>.
- . (2008). «Resolución 1.820». Disponible en <http://bit.ly/2vhzmLg>.
- . (2009a). «Resolución 1.888». Disponible en <http://bit.ly/2vhsr4I>.
- . (2009b). «Resolución 1.889». Disponible en <http://bit.ly/2u7UkqU>.
- . (2010). «Resolución 1.960». Disponible en <http://bit.ly/2vTON9m>.
- . (2013a). «Resolución 2.106». Disponible en <http://bit.ly/2tMNtnr>.
- . (2013b). «Resolución 2.122». Disponible en <http://bit.ly/2w9QNcV>.
- (2016). «Informe del secretario general sobre violencia sexual en los conflictos». S/2016/361. Disponible en <http://bit.ly/2eXx8cK>.
- CURIEL, Ochy (2007). «Crítica postcolonial desde las prácticas políticas del feminismo antirracista». *Nómadas*, 26: 92-101. Disponible en <http://bit.ly/1VZBxcx>.
- ESPINOSA MIÑOSO, Yurderkys (2013). «Feminismos descoloniales de Abya Yala». En Beatrice Didier, *Le dictionnaire des femmes créatrices. À paraître à l'automne* (pp. 309-324). París: Des Femmes-Antoinette Fouque.
- . (2014). «Una crítica descolonial a la epistemología feminista crítica». *El Cotidiano*, 184: 7-12. Universidad Autónoma Metropolitana Unidad Azcapotzalco Distrito Federal, México. Disponible en <http://bit.ly/2we7SDz>.
- FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (2013). *Violence against*





- Women in Syria: Breaking the silence*. París: International Federation for Human Rights.
- GUTIÉRREZ POSSE, Hortensia (2014). *Elementos de derecho internacional humanitario*. Buenos Aires: Eudeba, 2014.
- LIVIO, Tito (1990). «El rapto de las sabinas». En *Ab urbe condita*. Tomo 1. Madrid: Gredos.
- LUGONES, María (2005). «Multiculturalismo radical y feminismos de mujeres de color». *Revista Internacional de Filosofía Política*, 25: 61-75. Disponible en <http://bit.ly/2u7WlxC>.
- . (2008). «Colonialidad y género: Hacia un feminismo descolonial», 13-54. En Walter Mignolo (compilador), *Género y descolonialidad* (pp. 13-54). Buenos Aires: Ediciones del Signo.
- . (2012). «Subjetividad esclava, colonialidad de género, marginalidad y opresiones múltiples». En *Pensando los feminismos en Bolivia* (pp. 129-140). La Paz: Conexión Fondo de Emancipaciones.
- MCDOWELL, Linda (2000). *Gender, identity and place. Understanding feminist geographies*. Madrid: Cátedra de la Universitat de Valencia.
- MENON, Ritu y Bhasin KAMLA (1998). *Borders & boundaries: Women in India's partition*. Piscataway: Rutgers University Press.
- MOHANTY, Chandra (2008). «Bajo los ojos de Occidente. Academia feminista y discurso colonial», p.112-161. En Rosalva Aída Hernández Castillo y Liliana Suárez Navaz (coordinadores), *Descolonizar el feminismo: Teorías y prácticas desde los márgenes*. Madrid: Cátedra, 2008.
- NACIONES UNIDAS (1951). «Convención sobre el estatuto de los refugiados». Disponible en <http://bit.ly/2eoFHTu>.
- . (1967). «Protocolo sobre el estatuto de los refugiados». Disponible en <http://bit.ly/2l9Ebhg>.
- . (1993). «Vienna Declaration and Programme of Action». Disponible en <http://bit.ly/1d6qX9P>.
- . (1995). «Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer Beijing», 4 a 15 de septiembre de 1995. A/CONF.177/20/Rev.1. Disponible en <http://bit.ly/1jAwKqT>.
- NASAR, SEMA (2013). *Violence against women, bleeding wound in the Syrian conflict*. Copenhagen: Euro-Mediterranean Human Rights Network.
- ONU MUJERES (2014). «Recomendaciones generales adoptadas por el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer». Disponible en <http://bit.ly/VoLxjn>.
- OEA, Organización de los Estados Americanos (2004). «Declaración y Plan de Acción de México Para Fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina». Ciudad de México, 16 de noviembre del 2004. Disponible en <http://bit.ly/1qOFBuU>.





- OMS, Organización Mundial de la Salud (2002). *World report on violence and health*. Ginebra: OMS.
- OUA, Organización de la Unión Africana (1969). «Convención de la OUA por la que se regulan los aspectos específicos de problemas de los refugiados en África». Disponible en <http://bit.ly/2eWKQgh>.
- PATENTAN, Carole (1996). «Críticas feministas a la dicotomía público/privado». En Carme Castells (compiladora), *Perspectivas feministas en la teoría política* (pp. 31-52). Barcelona: Paidós.
- QUIJANO, Aníbal (2000). «Colonialidad del poder y clasificación social». *Journal of World-Systems Research*, 6 (2): 342-386. DOI: 10.5195/jwsr.2000.228.
- SAIKIA, Yasmin (2004). «Beyond the archive of silence: Narratives of violence of the 1971 liberation war of Bangladesh». *History Workshop Journal*, 58 (1): 275-287. DOI: 10.1093/hwj/58.1.275.
- SIVAKUMARAN, Sandesh (2007). «Sexual violence against men in armed conflict». *The European Journal of International Law*, 18 (2): 253-276. DOI: 10.1093/ejil/chmo13.
- SKJELSBÆK, Inger (2010). *The elephant in the room: An overview of how sexual violence came to be seen as a weapon of war*. Oslo: PRIO.
- SPITZBERG, Brian (1999). «An analysis of empirical estimates of sexual aggression, victimization and perpetration». *Violence and Victims*, 14 (3): 241-260.
- STEMPLE, Lara (2009). «Male rape and human rights». *Hastings Law Journal*, 60: 605-646. Disponible en <http://bit.ly/L2fY9V>.
- VILLELLAS, Ana y otros (2016). «Violencia sexual en conflictos armados». *Quaderns de Construcció de Pau* (27): 2-16. Disponible en http://escolapau.uab.es/img/qcp/QCP27_ViolenciaSexualE.pdf.
- WHITWORTH, Sandra (2005). «Globalizing gender: Who gets it? Who doesn't?». En Christie Ryerson y Elizabeth Dauphine (editores), *The ethics of building peace in international relations: Selected proceedings of the Twelfth Annual Conference of the Centre for International and Security Studies* (pp. 119-130). Toronto: York Centre for International and Security Studies.

Sobre la autora

SABRINA PAULA VECCHIONI es abogada. Diplomada en Ciencias Sociales con mención en Género, Sociedad y Políticas de Flacso-PRIGEPP. Profesora de Derecho Internacional Humanitario, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Prosecretaria administrativa de la Comisión para la asistencia integral y protección al refugiado y peticionante de refugio, Ministerio Público de la Defensa, Defensoría General de la Nación, Argentina. Su correo electrónico es svecchioni@gmail.com.



DOCTRINA

La «neutralidad» del crimen de guerra de violación sexual en el derecho penal internacional

The «neutrality» of the war crime of rape in International Criminal Law

Rita del Pilar ZAFRA y Pamelhy VALLE

Pontificia Universidad Católica del Perú

RESUMEN En el caso contra Jean Pierre Bemba, la Corte Penal Internacional establece que los elementos del crimen de guerra de violación son neutrales respecto al género. El presente artículo tiene como objetivo probar si es que dicha afirmación es correcta. Para tal efecto, se analizará la definición de género en el estatuto de Roma y se tomará en consideración la forma en la que el derecho internacional y la doctrina lo interpretan. En ese sentido, se busca visibilizar las experiencias de violencia sexual de las personas que se identifican como LGBT en el contexto de los conflictos armados.

PALABRAS CLAVE Derecho penal internacional, Corte Penal Internacional, diversidad de género, violencia sexual, crimen de guerra.

ABSTRACT In the case against Jean Pierre Bemba, the International Criminal Court established that the elements of the war crime of rape are gender neutral. The present article seeks to prove whether that assessment is correct. With that objective, the analysis will be based on the regulation of the notion of gender under the Rome Statute, but, especially, under International Law in general, as well as its development within doctrine. The article therefore aims at shedding some light into the experiences of LGBT people in relation to sexual violence in the context of an armed conflict.

KEYWORDS International criminal law, International Criminal Court, gender diversity, sexual violence, war crime.



Introducción

El derecho penal internacional tiene sus orígenes en los procesos seguidos contra los criminales de guerra del Eje en los Tribunales Militares Internacionales de Núremberg y del Lejano Oriente. En los setenta años que han transcurrido desde dichos acontecimientos, el derecho penal internacional se ha desarrollado considerablemente.

A nivel institucional, se crearon varios tribunales internacionales para juzgar crímenes internacionales (los Tribunales *ad hoc*, por ejemplo) y también tribunales mixtos. Entre los desarrollos más importantes y relativamente más recientes se encuentra la creación de la Corte Penal Internacional (CPI), que tiene naturaleza permanente.

A nivel sustantivo, se puede mencionar la evolución del concepto de crimen de lesa humanidad, que elimina el requisito de la conexión con un conflicto armado¹, y, en lo relativo a los crímenes de guerra, el reconocimiento de que pueden ser perpetrados en el contexto de un conflicto armado no internacional. Asimismo, se reconoció la criminalidad de otras conductas no contempladas en aquellos primeros estatutos. En este punto, se destaca la visibilización de los distintos tipos de violencia sexual a partir de la década de los noventa, gracias al trabajo de los antes mencionados Tribunales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y para Ruanda (TPIY y TPIR, respectivamente). Se reconoció, entonces, un fenómeno que siempre ha existido en contextos de conflicto armado.

No obstante, el reconocimiento de los distintos tipos de violencia sexual dentro de los conflictos armados, incluida la violación, no se dio de manera uniforme. Gracias a la influencia de la lucha por el reconocimiento de la violencia sexual contra las mujeres, ésta se logró criminalizar y perseguir a nivel internacional. A pesar de esto, la violación sexual contra hombres siguió siendo invisible hasta hace poco y recientemente tribunales como el TPIY y la CPI han establecido condenas por su comisión. La violencia sexual contra personas LGTBI, por el contrario, sigue siendo casi completamente invisible. No ha habido una judicialización de dichos casos y la doctrina tampoco se ha abocado a desarrollar un marco teórico sobre el tema, a pesar de existir evidencia sobre su comisión.

De esta manera, en el presente trabajo buscamos analizar, a través del caso de Jean Pierre Bemba, si la definición de violación sexual existente en el Estatuto de Roma es realmente neutral en lo que respecta al género y, en ese sentido, si dicha definición incluye también a las personas con identidad de género no binaria.

1. Decisión relativa a la apelación de la defensa concerniente a la excepción prejudicial de incompetencia del caso *Fiscal contra Dusko Tadic*, Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, 2 de octubre de 1995, párrafo 141.



Marco conceptual: El «género» como categoría de análisis en los casos de violencia sexual perpetrados en el marco de los conflictos armados

El empleo del «género» como categoría de análisis implica como primer paso establecer qué se entiende por dicho concepto. Así, se entiende al género como el «conjunto de características asociadas generalmente a la feminidad y masculinidad, que se define de acuerdo a cada sociedad» (No Tengo Miedo, 2016: 13). El género² no es lo mismo que el sexo, pues este último es un «sistema de diferenciación de los cuerpos basado en la presencia de determinados cromosomas, niveles hormonales, órganos reproductivos, órganos genitales externos y características sexuales secundarias» (No Tengo Miedo, 2016: 13).

La definición de género se encuentra íntimamente relacionada con la de «identidad de género» (Comité CEDAW, 2010: párrafo 18), aunque hay que diferenciarlas. Esta última categoría se refiere a la «autopercepción y autoidentificación del género, y puede coincidir o no con lo que se espera socialmente de una persona en función al sexo que se le asignó al nacer» (No Tengo Miedo, 2016: 13). La identidad de género se distingue además de la orientación sexual, la cual describe la relación entre el género de la persona y el género de las personas hacia las que siente atracción, ya sea esta afectiva, romántica o erótica (No Tengo Miedo, 2016: 13).

En ese sentido, la identidad de género de una persona puede corresponder a una amplia gama de posibilidades. Puede identificarse como una persona cisgénero, es decir, una persona cuyo sexo asignado al nacer corresponde con su identidad; o una persona trans, esto es, una persona que no se siente identificada con dicho sexo asignado. También puede ser una persona de género no binario, es decir, que no se identifica como hombre ni como mujer o que se identifica con los dos (No Tengo Miedo, 2016: 13-15).

De esta manera, la necesidad de utilizar la noción de «género» como punto de partida del análisis de la violencia que tiene lugar dentro de los conflictos armados se basa en que la misma afecta de manera diferente a grupos distintos de personas. Así, durante los conflictos armados, las diversas formas de violencia ejercidas en tiempos de paz, entre ellas las de naturaleza sexual, se ven agravadas debido a la alteración del orden social establecido (Urban Walker, 2009: 31). Esta última afirmación, no obstante, no deja de reconocer que las afectaciones sufridas por mujeres, hombres y personas LGTB durante un conflicto armado son antecedidas por una larga cadena de situaciones de discriminación que vienen desarrollándose en el contexto de paz,

2. En ese sentido, es entendido como un sistema de organización social que construye la desigualdad en base a la diferencia sexual, con el fin de determinar los roles asignados culturalmente a las personas como propios de un sexo u otro (No Tengo Miedo, 2016: 13).



generadas por una sociedad que tiene inscrita una visión hetero³ cisnormativa⁴ de comprender las relaciones de género.

En efecto, los hechos violentos perpetrados contra mujeres y hombres⁵ sólo acen-túan los estereotipos socialmente dominantes y las formas de discriminación existen-tes antes del conflicto (Defensoría del Pueblo de Colombia, 2015: 30), los mismos que legitiman un sistema que concibe las relaciones de género como relaciones de poder entre mujeres y hombres, y entre hombres, que parten de dos instancias: la primera, de la superioridad de lo masculino y subordinación de lo femenino, y la segunda, de la masculinidad hegemónica (o parámetro social para llegar a ser «un verdadero hombre») (Menjívar Ochoa, 2001: 2).

Esta manera de concebir las relaciones de poder forma también parte de la expli-cación de la violencia sexual dirigida contra las personas LGBT y aquellas que no se identifican con una de las identidades del binomio hombre/mujer⁶, o, aun hacién-dolo, no rechazan el binarismo (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015: párrafo 34) y la cisnormatividad. El uso de la violencia contra estas personas responde a «la necesidad de explorar los ‘usos de la homofobia’ [bifobia y transfobia] como mecanismo de construcción, destrucción y reconstrucción de relaciones socia-les de poder» (Serrano-Amaya, 2014: 5), necesidad que se ve también fomentada por un modelo de masculinidad exacerbado. En esa línea, debe reconocerse el carácter constructivo de la violencia (Serrano-Amaya, 2014: 182), esto es, en su papel, por un lado, de eliminador de las transgresiones que atentan el equilibrio de poder y el control sobre los cuerpos, identidades y los roles de género asignados a estos por el patriarcado, y, por otro lado, de refundador del binomio hombre/mujer.

De este modo, las distintas formas de violencia sexual en el contexto de los con-flictos armados se basan en el poder y la dominación (Sivakumaran, 2007: 267), por lo que se encuentran relacionadas con la necesidad del mantenimiento y restableci-

3. Hace referencia al sesgo cultural a favor de las relaciones heterosexuales, las cuales son consideradas «normales, naturales e ideales» y son preferidas sobre relaciones del mismo sexo o género (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015: párrafo 31). Asimismo, la heteronormatividad parte de un discurso opresor que propone como «válida» y «natural» una única forma de ser, estar y sentir, altamen-te adverso a la creación de nuevas categorías (No Tengo Miedo, 2016: 24-25).

4. Hace referencia a la expectativa de que todas las personas a las que se les asignó masculino al nacer siempre crecen para ser hombres y a las que se les asignó femenino, crecen para ser mujeres (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015: párrafo 32).

5. Para efectos del presente artículo, cuando hacemos mención a «hombres» o «mujeres» nos referi-mos a hombres o mujeres heterosexuales y cisgénero.

6. El cual es concebido como modelo social imperante que considera que el género y el sexo son dos categorías rígidas (masculino/hombre y femenino/mujer), el cual excluye a personas que no se identi-fican con estas dos categorías (trans no binarios e intersexo) (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015: párrafo 34).



miento de ciertos equilibrios de poder (Sivakumaran, 2007: 267). En ciertas culturas en que las mujeres representan la castidad de la familia y de la propia comunidad (Sivakumaran, 2007: 268-269) y están vinculadas al espacio privado (el hogar) (Montoya, 2011: 21), la violencia sexual perpetrada contra ellas refuerza y transmite la noción de «impotencia masculina», esto es, el fracaso de los hombres de la comunidad en su papel como protectores (Sivakumaran, 2007: 268-269).

Asimismo, esta manera de comunicar dicha impotencia se encuentra presente, incluso es más evidente, en los casos de violencia sexual sufrida por hombres. Como la imagen de «masculinidad» se ha construido en base a la capacidad del hombre de ejercer poder sobre otros, al interior de la familia y de la comunidad, la violencia sexual contra hombres representa no sólo el reforzamiento de la masculinidad del perpetrador, sino también la pérdida de empoderamiento de la víctima (Sivakumaran, 2007: 268-269). En el caso de las personas lesbianas, gays y bisexuales, al ser percibidas como aquéllas que ponen en riesgo el equilibrio de poder del patrón heterosexual y moral imperante, los casos de violencia sexual de los que son víctimas son cometidos con el «fin de ‘castigarlos’ por traspasar las barreras del género o por cuestionar ideas predominantes con respecto al papel de cada sexo» (Naciones Unidas, 2001: párrafo 17).

El poder que se ejerce sobre mujeres, hombres y personas LGBT durante la ruptura de las hostilidades busca reforzar y reafirmar la posición de dominio preexistente. Así, la extensión de la violencia basada en género en tiempos de paz predispone aquella que se desarrolla en tiempos de guerra (Leatherman, 2012: 34).

En este contexto, una construcción de los elementos del crimen de violación que parte del género como categoría de análisis reconoce que las víctimas no sólo pueden ser mujeres. Ello conllevaría a identificar el término «género» con mujer, lo cual no solo ignora las experiencias de los hombres⁷, sino sobre todo las experiencias de personas que se identifican como LGBT, pues son también de género y, por tanto, deben incluirse dentro de la categoría.

En esa línea, el análisis de los casos de violencia sexual tampoco puede desconocer que los conflictos armados afectan en distinta proporción a mujeres y hombres, y que ambos son víctimas de formas particulares de violencia sexual (Sivakumaran, 2007: 275-276): «Como consecuencia de la inequidad de género, la violencia sexual contra las mujeres no sólo es cuantitativamente diferente (hay mucha más de ella), sino cualitativamente diferente de aquélla que afecta a los hombres» (Gardam, 2014: 5).

En efecto, los hombres también sufren un tipo de violencia particular por su condición de hombres. Por ejemplo, la violación, mutilación genital, obligar a violar otras personas o practicar felación han sido actos asociados a querer atacar el concepto de

7. Véase el artículo de Paul Kirby y Kathleen Kuehnast, «What do we really know about wartime rape?», publicado en Foreign Policy en 2014. Disponible en <http://atfp.co/1wzUh73>.



masculinidad de las víctimas (Gorris, 2015) y, en ese sentido, desmoralizar a las sociedades que tienen a la masculinidad como símbolo de su poder (Kapur y Muddell, 2016: 6). Dichos actos provocan que las víctimas se sientan castrados o feminizados (Kapur y Muddell, 2016: 9).

De igual forma, en la violencia sexual contra personas LGBT están también contenidas particulares formas de violencia, pues, por ejemplo:

La experiencia de las mujeres lesbianas no puede igualarse con la de los hombres gays, pues, aunque ambas son estigmatizadas, la primera está atravesada por la experiencia de «ser mujer» en contextos profundamente marcados por la jerarquía de género que privilegia el «ser hombre» (Centro Nacional de Memoria Histórica, 2015: 24).

Cabe destacar en este punto que el enfoque interseccional hace necesario reconocer y analizar la situación cultural, étnica y económica de las víctimas y perpetradores, toda vez que ésta brinda un significado propio al acto de agresión sexual. Así, Grey afirma que para calificar la naturaleza sexual del acto es necesario tomar en cuenta qué es considerado como de naturaleza sexual en la sociedad en la que se produce el crimen (Grey, 2014a: 276), así como la percepción del perpetrador respecto a la pertenencia de la víctima como parte de un grupo social determinado. De esta manera, el análisis de las motivaciones racistas, homofóbicas, xenófobas o sexistas de su comisión no debe realizarse de manera separada, sino conjunta, ya que estos factores interactúan en las estructuras de poder en las que se comete el acto de violencia sexual (Grey, 2014a: 283).

Un análisis del artículo 7.3 del Estatuto de Roma desde la noción de «género»

En lo que respecta al derecho penal internacional y género, tomaremos como marco el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional⁸. Esto, debido a que, además de ser el primer instrumento convencional multilateral que institucionaliza el derecho penal internacional (Condorelli, 1999: 9, citado en Salmón y García, 2000: 21), es el primer tratado de este derecho que menciona y define la palabra «género». No obstante, la definición que brinda sobre dicho término es muy limitada:

A los efectos del presente Estatuto se entenderá que el término «género» se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término «género» no tendrá más acepción que la que antecede (artículo 7.3).

8. Adoptado en la ciudad de Roma, Italia, el 17 de julio de 1998, en el marco de la «Conferencia diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional». En vigor a nivel internacional desde el 1 de julio de 2002.



Se pueden apreciar tres puntos esenciales en dicho numeral. En primer lugar, se equivale «género» con «sexo», cuando ambos son categorías diferentes, como se ha explicado con anterioridad en este trabajo. En segundo lugar, se señala que los dos sexos deben ser definidos según el contexto de cada sociedad. Esto último puede tener consecuencias positivas y negativas, como se explicará posteriormente. Y, finalmente, una cláusula de «seguridad», la cual sería redundante, de no ser porque su objetivo es excluir expresamente cualquier otra definición de género que difiera de la establecida en el Estatuto de Roma.

Como afirma Oosterveld, la inclusión de esta definición fue el punto medio que se logró acordar con los países fundamentalistas y religiosos que querían excluir toda mención al género dentro del Estatuto (Oosterveld, 1999: 39-40). La adopción de dicho texto puede ser considerado una victoria en materia de negociación internacional; no obstante, fue mucho lo que se tuvo que sacrificar para poder llegar a un acuerdo. Estas concesiones ocasionaron que el texto tuviera ciertas inconsistencias, lo cual dio origen a sendas críticas.

En principio, hay una obvia confusión entre género y sexo en dicho numeral (Charlesworth, 1999: 394; Rittich y otros, 1999: 207, citado en Oosterveld, 2005: 71). La identificación de género con «femenino y masculino», en lugar de «hombre y mujer», confunde la forma en que la persona se desenvuelve en sociedad de acuerdo a determinados roles y características —género— y la forma de clasificar las características biológicas que presente una persona en «mujer» u «hombre» —sexo—. Es necesario recalcar, además, que el sexo también es una construcción social, no es un hecho biológico innato (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015), más bien es la manera en que la sociedad asigna una categoría, ya sea masculino o femenino, a un cuerpo tomando en consideración sus caracteres genitales.

Aunque algunos autores han afirmado que la referencia al contexto social en el citado numeral es positiva, puesto que reconoce el elemento cultural de la construcción del género —o lo que erróneamente se entiende como género en el Estatuto—, otros afirman que se trata de un esfuerzo para encapsular la concepción de hombre y mujer dando como cierto el concepto existente en cada sociedad (Cossman, 2002: 284, citado en Oosterveld, 2005: 71, 74).

Entre los argumentos en contra, tenemos los de Charlesworth, Moshan, Chinkin y Freedman, quienes critican que únicamente el género sea concebido como un constructo social y no también el sexo, cuando ambos lo son (Oosterveld, 2014). Por otro lado, autores como Chinkin argumentan que dicha definición excluye los crímenes motivados por la orientación sexual de la víctima (Oosterveld, 2014: 569). Ambas posiciones son críticas al carácter limitativo y excluyente de la definición de género según el Estatuto de Roma.

Por otra parte, entre los argumentos a favor de una interpretación inclusiva del referido numeral, se encuentran los de Copelon, quien ha afirmado que en una defini-





ción amplia de género también puede incluirse la orientación sexual, lo que permite la criminalización de actos de violencia sexual que la tengan como motivación (Oosterveld, 2005: 77-79; 2014: 570-571). No obstante, nosotras no estamos de acuerdo con dicha postura, debido a que, como bien lo afirma la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), se trata de conceptos distintos, independientes el uno del otro (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015: párrafo 19). No se trata de nociones intercambiables. Afirmar esto ocasiona más confusiones en detrimento de la protección que se quiere llegar a ofrecer.

A nuestra interpretación, aún si se considerara que existiese un reconocimiento a la naturaleza de construcción social del género o del sexo en dicho numeral, la restricción a las categorías de «femenino o masculino» impide cualquier intento de realizar una interpretación idónea conforme al concepto de género y sexo aceptados por la doctrina. El entendimiento de género adoptado en el Estatuto de Roma corresponde a una concepción binaria de género, en que las personas sólo podrían identificarse con uno de los dos géneros del binomio hombre/mujer. En consecuencia, se negaría la diversidad de identidades con las que las personas se identifican, más allá de dicho binomio: trans femeninas, trans masculinas, no binarias y andróginas, entre otras.

Así, lo cierto es que, más allá de dicha discusión, bloquea cualquier posibilidad de incluir los crímenes cometidos contra personas que poseen una identidad de género no binaria. Aunque dentro de las categorías de hombre y mujer sí podrían ser incluidas algunas personas que se identifican como trans femeninas o masculinas, no lo harían personas que se identifican fuera del binomio hombre/mujer, por lo tanto, las experiencias específicas de estas personas no serían consideradas.

El 30 de junio de 2014, la Oficina del Fiscal de la CPI publicó su «Policy paper on sexual and gender-based crimes», que es un instrumento —no jurídicamente vinculante— en el que se manifiesta el entendimiento del término género dentro su labor en la CPI. En dicho documento, se define género y sexo de la siguiente manera:

Gender: «Gender, in accordance with article 7.3 of the Rome Statute ('Statute') of the ICC, refers to males and females, within the context of society. This definition acknowledges the social construction of gender, and the accompanying roles, behaviours, activities, and attributes assigned to *women* and men, and to girls and boys».

Sex: «Sex refers to the biological and physiological characteristics that define men and women» (Oficina del Fiscal de la Corte Penal Internacional, 2014: 3).

Como se observa, la Fiscalía de la CPI adopta una definición que acoge la naturaleza de construcción social del género. No obstante, aún se enmarca en una perspectiva muy estrecha de interpretación, esto es, dentro del esquema binario de género, que sólo reconoce la femineidad y la masculinidad como únicas realidades (No Tengo Miedo, 2016: 26). En ese sentido, aunque haga un esfuerzo de distinguir el concep-



to de género y de sexo, continúa apostando por entender que el género sólo existe al servicio de la concepción binaria del sexo (Butler, 2002: 182).

Así, y habiendo establecido las limitaciones que el concepto de género presenta en el marco normativo del derecho penal internacional actual, corresponde analizar cuál es el concepto de «género», «identidad de género» y «sexo» existentes en el marco del derecho internacional de los derechos humanos. Esto, tomando en consideración que, en su artículo 21, el Estatuto de Roma reconoce como parámetro interpretativo, en defecto del propio Estatuto y de las Reglas de Procedimiento y Prueba, las normas de otras ramas del derecho internacional relevantes. Por lo tanto, en dicho artículo se especifica que, por ejemplo, podrán aplicarse los principios y normas del derecho internacional, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados.

Asimismo, se afirma que:

La aplicación e interpretación del derecho de conformidad con el presente artículo deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, sin distinción alguna basada en motivos como el género, definido en el párrafo 3 del artículo 7, la edad, la raza, [...] u otra condición (artículo 21 del Estatuto de Roma).

No podemos terminar este apartado sin mencionar que, en el citado *policy paper*, la Fiscalía destaca que el artículo 21 dispone que se debe interpretar el término «género» del artículo 7.3 de conformidad con los derechos humanos internacionalmente reconocidos (Oficina del Fiscal de la Corte Penal Internacional, 2014: párrafos 26-27). No obstante, ambos artículos, aunque amplían el marco del derecho al que se puede recurrir, más allá de las normas propias del Estatuto de Roma, aún restringen la noción de género a aquella definida en el artículo 7.3.

El concepto de «género» en el derecho internacional

La Declaración de Beijing y la Plataforma de Acción de Beijing de 1995 brindan un acercamiento al término «género» a nivel internacional. Para ello, ambos documentos se remiten al Anexo 4, el cual especifica:

En consecuencia, el grupo de contacto reafirmó que la palabra «género» usada en la Plataforma de Acción fue pensada para ser interpretada y entendida de acuerdo con el uso ordinario y generalmente aceptado. El grupo de contacto también acordó que el presente reporte debe ser leído por el presidente de la Conferencia como una declaración del presidente, y que la declaración debe ser parte del reporte final de la Conferencia.

Tomando en cuenta la forma en que la palabra «género» es utilizada a lo largo del anexo, ésta se refiere a los hombres y las mujeres, e incluso podría interpretarse que se refiere sólo a las mujeres, lo que deja de lado además cualquier relación con la





identidad de género e incluso orientación sexual (no normativas) de las mismas. Así, el concepto «mujer» fue construido desde una visión hetero/cisnormativa, la cual no incluía a la mujer lesbiana, bisexual y trans.

Cabe resaltar, además, que en la negociación del Estatuto de Roma se dejó de lado de manera intencional la definición de género establecida en dichos documentos adoptados en Beijing (Oosterveld, 2005: 63-65). Dicho acuerdo significó que el concepto de género en el derecho penal internacional y en el derecho internacional de los derechos humanos se desarrollase de manera paralela y diferenciada.

A nivel del desarrollo actual del derecho internacional de los derechos humanos, si bien no existe una definición convencional de «género», más allá de la definición contenida en el Estatuto de Roma, sí se puede vislumbrar que existe, o que empieza a existir, una concepción de «identidad de género», que requiere la preexistencia de una concepción de «género» determinada.

Los Principios de Yogyakarta, los cuales son un ejercicio de interpretación de las obligaciones en materia de derechos humanos de los Estados aplicados a la población LGBTI, establecen que la identidad de género se refiere a:

La vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo [...] y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales (segunda nota al pie de página de los Principios de Yogyakarta, 2007. El énfasis es nuestro).

En dicha definición se resalta la naturaleza de construcción social y cultural del género, así como del sexo (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015: párrafos 16-18). La misma ha sido adoptada por la CIDH en su informe sobre violencia contra la población LGTBI en las Américas.

Tanto en los Principios como en el informe⁹ subyace una noción de género que va más allá del binomio masculino/hombre y femenino/mujer.

Asimismo, el reciente nombramiento del experto independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, creado por el Consejo de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas y ratificado por la Asamblea General de Naciones Unidas, evidencia que existe cierto consenso sobre la noción de identidad de género a nivel internacional, aunque ésta se encuentre aún en nacimiento. Tampoco se puede obviar que hay una fuerte preocupación internacional por todo intento de socavar el reco-

9. En el informe se sostiene que los sistemas binarios de sexo y género excluyen a aquellas personas que pueden no identificarse dentro de las categorías masculino/hombre y femenino/mujer, como, por ejemplo, algunas personas trans o algunas personas intersexo (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015: párrafo 34).



nocimiento de derechos relacionados con las categorías de «identidad de género» y de «orientación sexual» (preámbulo de Naciones Unidas, 2016).

Avances históricos respecto al crimen de guerra de violación sexual: un primer acercamiento al reconocimiento de la violación contra hombres y la invisibilización de la violación contra personas LGTB

Lamentablemente, la violencia sexual siempre ha estado presente en la mayoría de los conflictos armados. Respecto a los crímenes juzgados ante los Tribunales Militares Internacionales de Núremberg y Tokio, existe un consenso en la crítica a la falta de inclusión en los cargos y de juzgamiento de los crímenes de violencia sexual en general, y de violación, en específico, que fueron constantes durante los enfrentamientos entre los Aliados y el Eje. Esto se predica, sobre todo, frente a crímenes devastadores como la masacre de Nanking, perpetrada contra la población china de esa ciudad por parte de las fuerzas armadas japonesas, y por las mujeres «confort» proporcionadas también a los soldados japoneses de la población de mujeres coreanas y chinas.

Cabe resaltar que la violencia sexual contra hombres y niños también estuvo presente en la masacre de Nanking (Falk y Wright, 1971: 124; Chang, 1997: 88-89, 95, citado en Sivakumaran, 2007: 264). Sin embargo, en estos contextos, la discusión sobre los posibles casos de violación y otros tipos de violencia sexual contra la población LGTB ni siquiera ha sido planteada de una manera seria y profunda.

El patrón de invisibilización de la violencia sexual contra determinado grupo de personas¹⁰ durante los conflictos armados también se repitió en el ámbito nacional. Por ejemplo, en el caso del conflicto armado no internacional vivido en Perú de 1980 al 2000, además de cruentos casos de violencia sexual hacia mujeres, también hubo casos de violencia sexual contra hombres. En concreto, se puede señalar el caso de los hechos que tuvieron lugar en el cuartel Los Cabitos, en el cual a los detenidos se les obligaba a desnudarse y electricidad era aplicada a sus genitales (Comisión de la Verdad y Reconciliación, 2003: 82).

Sin embargo, estos hechos no fueron clasificados como actos de violencia sexual, sino como tortura o tratos crueles (Sivakumaran, 2007: 256-257), aunque la desnudez y la manipulación de los genitales tienen una clara connotación sexual.

Asimismo, en el informe final se afirma que la conducta del Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (MRTA) estimuló prejuicios contra homosexuales. Así, entre su accionar estuvo el asesinato de un homosexual, cuyo cuerpo fue hallado junto a un cartel que decía «Así mueren los maricones». Este grupo armado justificó la comisión de dichos crímenes bajo el argumento de que «estas lacras sociales» corrompen a los jóvenes (Comisión de la Verdad y Reconciliación, 2003: 432-433).

10. Léase hombres heterosexuales y personas que se identifican como LGBT.





En el marco del conflicto armado no internacional colombiano, en cambio, la discusión sobre posibles casos de violación contra la población LGTB se ha venido planteando de una manera seria. Se ha reportado una serie de actos violación sexual, calificados como tal, contra lesbianas, gays, hombres y mujeres trans que respondería a una práctica de «castigo» y «corrección» por su orientación sexual e identidad de género (Centro Nacional de Memoria Histórica, 2015: 246-248). Se habla, en ese sentido, de actos de carácter estratégico ejercidos por los grupos armados o las fuerzas estatales «para instaurar un orden moral que refuerza los órdenes de género y sexualidad hegemónicos» (Centro Nacional de Memoria Histórica, 2015: 251). Al respecto, el Centro Nacional de Memoria Histórica narra, entre otros testimonios, los de una mujer lesbiana (víctima de un grupo de paramilitares), un hombre trans (víctima de un miembro de la guerrilla de las FARC) y de un hombre gay (víctima de un grupo de paramilitares), en ese orden:

Una amiga le dijo que no siguiera molestando porque yo era lesbiana [...]. Eso fue la ofensa más grande para él... [...] me dijo que me iba a enseñar a ser mujer y empezó a golpearme y me violó (Centro Nacional de Memoria Histórica, 2015: 252).

Por mi condición de chico trans, he recibido insultos de parte de paramilitares, [...] fui víctima de violencia sexual [...], durante el momento de la violación siempre me estaban diciendo que yo no era un hombre, que a mí me podían hacer lo que le hacían a cualquier mujer, que el hombre tenía pene y que dónde estaba mi pene [...] (Centro Nacional de Memoria Histórica, 2015: 258).

Me echaron escopolamina y el cuerpo se me durmió [...] ellos me agarraron y me subieron en una camioneta [...]. Luego de eso yo alcanzaba a ver que me tiraron como en un espacio oscuro inmenso [...] ellos me hicieron todas las barrabasadas más grandes del mundo [...]. Me violaron, me pegaron, me ultrajaron (Centro Nacional de Memoria Histórica, 2015: 265).

Punto aparte merece mención el desarrollo jurisprudencial del TPIY y el TPIR¹¹, los cuales si bien marcaron un hito en el reconocimiento y castigo de los distintos tipos de violencia sexual cometidas contra mujeres en contextos de conflicto armado, lo cierto es que los distintos actos de naturaleza sexual cometidos contra hombres no fueron considerados como tales, aunque, nuevamente, dichos actos fueran descritos en los casos (Sivakumaran, 2007: 259-261). Así, por ejemplo, el 80 % de 5.000 hombres que se encontraban en Sarajevo fueron violados (Mudrovic, 2001: 60-76, citado en Sivakumaran, 2007: 263). No obstante ello, encontramos un primer acercamiento al reconocimiento del crimen internacional de violación sexual como una experiencia también de hombres, aunque en esta etapa se estuvo aún muy lejos de reconocer las experiencias de las personas que se autoidentifican como LGBT.

11. En sus estatutos no se consideró a la violación como crimen de guerra ni tampoco como genocidio, pero sí como crimen de lesa humanidad.



El caso *Dusko Tadic* es el primer caso analizado por el TPIY y el primero que describe diversos actos de violencia sexual contra hombres, incluida la violación. En la sentencia, si bien se detallan actos de mutilación sexual, sexo oral, felación y desnudamiento forzado contra hombres¹², no se clasifican tales actos como de índole sexual. Al momento de la calificación, el TPIY consideró que dichos actos eran actos de trato inhumano y que, al ser cometidos en el marco de un conflicto armado como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, constituían crímenes de lesa humanidad¹³.

De igual modo, en el caso conocido como *Celebic, Zejnil Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic y Esad Landzo*, ellos fueron acusados de cometer, además de violación sexual¹⁴ contra mujeres —considerada como tortura siempre que cumplía con los requisitos establecidos en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984—¹⁵, otros actos de clara connotación sexual contra hombres, aunque, otra vez, fueran clasificados como actos de trato inhumano y trato cruel (recogidos en los artículos 2.b y 3 del Estatuto, referidos a «infracciones graves a la Convención de Ginebra de 1949» y «violaciones de las leyes o prácticas de guerra», respectivamente). Dentro de estos actos se encontraba la violación, al haber obligado a dos hombres a cometer felación entre ellos¹⁶.

A diferencia de los casos contra Tadic y Celebic, en el caso contra Ranko Cesic existe un reconocimiento explícito de que ciertos actos de naturaleza sexual ejercidos contra hombres, como el sexo oral forzado, constituyen violación. En esa línea, el TPIY condenó por violación a Ranko Cesic al haber obligado a dos hermanos musulmanes a cometer felación entre ellos en presencia de otras personas, con lo cual establecieron que este acto de agresión sexual constituía un crimen de lesa humanidad (violación) y un crimen de guerra (trato humillante e inhumano)¹⁷.

En este punto, cabe preguntarnos si el hecho de que no se haya clasificado, en casi la totalidad de los casos en los que se recogió, actos de violación cometidos contra hombres como crimen internacional, con lo cual fueron tratados como un tipo de violencia sexual invisible, se debe a que la definición de violación adoptada por

12. Sentencia del caso *Fiscal con Dusko Tadic y otros*, Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, 7 de mayo de 1997, párrafos 194, 198, 206.

13. Sentencia del caso *Fiscal con Dusko Tadic y otros*, párrafo 730.

14. Recoge la definición de violación sexual adoptada en el caso contra Jean Paul Akayesu del Tribunal Penal para Ruanda.

15. Sentencia del caso *Fiscal con Zejnil Delalic, Zdravko Mucic alias «Pavo», Hazim Delic, Esad Landzo y otros*, Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, 16 de noviembre de 1998, párrafo 493

16. Sentencia del caso *Fiscal con Zejnil Delalic, Zdravko Mucic alias «Pavo», Hazim Delic, Esad Landzo y otros*, párrafos 26, 1.065.

17. Sentencia del caso *Fiscal con Ranko Cesic y otros*, Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, 11 marzo de 2004, párrafos 13, 107.





los Tribunales *ad hoc* no permitía considerar como víctimas a hombres y mujeres indistintamente.

El TPIY, en el caso *Anto Furundzija*, en el que nuevamente se considera la violencia sexual contra mujeres como tortura y se precisa además los elementos de ésta en el contexto de los conflictos armados¹⁸, establece un concepto de violación estricta. Así, define a la violación como un acto que implica la penetración de la vagina o el ano de la víctima por parte del perpetrador o cualquier otro objeto usado por éste; o de la boca de la víctima por el pene del perpetrador, en que la penetración debe realizarse bajo coacción o amenaza de emplear la fuerza contra la víctima o tercera persona¹⁹.

En el caso *Dragoljub Kunarac*, este mismo tribunal condenó a los acusados (Kunarac, Kovac y Vukovic) también por violación sexual contra mujeres, al afirmar que dicho crimen constituía un crimen de lesa humanidad y un crimen de guerra²⁰. Asimismo, destacó que los distintos actos de violencia fueron ejercidos con fines discriminatorios: entre los motivos se encontraba la discriminación por género, y estaban dirigidos especialmente a mujeres y niñas vulnerables e indefensas²¹. En este caso, se señaló que el *actus reus* del crimen de violación es la penetración sexual, aunque sea leve, de la vagina o el ano de la víctima por el pene del perpetrador o cualquier otro objeto empleado por el perpetrador; o de la boca de la víctima por el pene del perpetrador²², en que la penetración sexual ocurre sin el consentimiento de la víctima, teniendo en cuenta el contexto en el que se desarrolla²³. En este último aspecto se diferencia de la definición de violación adoptada en el caso contra Furundzija, pues en esta la penetración sexual requería el empleo de la coacción, fuerza o amenaza contra la víctima o una tercera persona²⁴.

El TPIR, en el caso *Jean Paul Akayesu*, es el primero en ofrecer una definición de violación bastante amplia, pues la concibe como una invasión física de naturaleza sexual cometida contra una persona bajo circunstancias coactivas²⁵. En sí, considera como violencia sexual la violación y todo acto de índole sexual ejercido contra una persona bajo circunstancias coactivas. Resalta, además, que la violencia sexual no se

18. Sentencia del caso *Fiscal con Anto Furundzija y otros*, Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, 10 de diciembre de 1998, párrafo 162.

19. Sentencia del caso *Fiscal con Anto Furundzija y otros*, párrafo 185.

20. Sentencia del caso *Fiscal con Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac, Zoran Vukovic y otros*, Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, 22 de febrero de 2001, párrafos 4, 9-10.

21. Sentencia del caso *Fiscal con Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac, Zoran Vukovic y otros*, párrafo 867.

22. Sentencia del caso *Fiscal con Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac, Zoran Vukovic y otros*, párrafo 437.

23. Sentencia del caso *Fiscal con Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac, Zoran Vukovic y otros*, párrafo 460.

24. Sentencia del caso *Fiscal con Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac, Zoran Vukovic y otros*, párrafo 437.

25. Sentencia del caso *Fiscal con Jean-Paul Akayesu y otros*, Tribunal Penal Internacional para la antigua Unión Soviética, 2 de setiembre de 1998, párrafo 688.



limita a la invasión física, dado que puede incluir actos que no impliquen la penetración ni el contacto físico. Se aprecia que, a diferencia de otros casos, aquí se menciona el término «invasión» y no «penetración» para definir la violación sexual; asimismo, que no todo acto de índole sexual requiere un contacto físico. Esto último permitió considerar a la desnudez forzada como violencia sexual. Por último, este Tribunal sostuvo que las mencionadas circunstancias coactivas no necesariamente implican el empleo de la fuerza física, sino que las amenazas, la intimidación, la extorsión, el miedo y ciertas circunstancias como la existencia de un conflicto armado constituyen también formas de coacción²⁶.

Nótese, entonces, que la evolución del concepto de crimen de violación, así como el análisis de los casos en la citada jurisprudencia internacional, ha estado principalmente ligada a la experiencia de las mujeres y niñas, y no de los hombres, a pesar de que a partir de la definición de violación adoptada por los Tribunales *ad hoc* se infiera que, indistintamente, hombres y mujeres podían ser juzgados como perpetradores o protegidos como víctimas. Esto se debió a que lamentablemente era común el empleo del «género» como sinónimo de mujeres para comprender la comisión de todo acto de violencia sexual, a lo que se suma el reforzamiento de estereotipos en narrativas que concebían a la mujer siempre como víctimas y a los hombres como victimarios²⁷.

Definición del crimen de guerra de violación en el Estatuto de Roma

La violación es una de las formas de violencia sexual criminalizadas bajo el Estatuto de Roma, con lo que constituye un crimen de guerra que se puede perpetrar tanto en un conflicto armado internacional como no internacional. Cabe observar que la protección otorgada en los dos contextos es la misma, por lo que se trata de una protección uniforme en todo contexto de conflicto armado.

La definición de dicho crimen incorpora los aportes de la jurisprudencia de los TPIY y TPIR, sobre todo en lo que corresponde a los elementos del *actus reus* sobre invasión del cuerpo y contextos coercitivos, tal como fue establecido en el antes mencionado caso *Akayesu*. De esa forma, el Estatuto de Roma es el resultado de todos los avances originados desde los Tribunales Militares Internacionales y, por lo tanto, refleja sus virtudes, pero también sus deficiencias.

En lo que respecta a la práctica, la persecución de la violencia sexual ha sido un tema relegado en los primeros casos que abordó la CPI. En su primer caso contra Thomas Lubanga Dyilo se criticó duramente que la Fiscalía no incluyera crímenes de violencia sexual dentro de los cargos (Tan, 2014; Grey, 2014b: 606). Aunque posteriormente hubo un intento de incluir dichos hechos dentro de algunos de los cargos

26. Sentencia del caso *Fiscal con Jean-Paul Akayesu y otros*, párrafo 688.

27. Véase el artículo de Paul Kirby y Kathleen Kuehnast en *Foreign Policy*, antes mencionado.



presentados (Tan, 2014: 122-123; Grey, 2014b: 606), la Corte rechazó dicha argumentación²⁸ (Tan, 2014: 118-119). Es recién en el caso contra Bosco Ntaganda en el cual se presentan y formalizan cargos por crímenes de guerra por violencia sexual²⁹. Y, finalmente, es en el caso contra Jean Pierre Bemba cuando se establece una condena por el crimen de guerra de violación sexual.

El caso contra Jean Pierre Bemba: Una oportunidad perdida para el reconocimiento de un concepto de violación inclusivo

Jean Pierre Bemba fue un comandante del Mouvement de la Liberation du Congo (MLC), grupo armado que protagonizó un conflicto en la República Centroafricana del 2002 al 2003 contra las Fuerzas Armadas Centroafricanas (FACA) (Corte Penal Internacional, 2016).

El 21 de marzo de 2016, Jean Pierre Bemba fue hallado culpable de cinco cargos: asesinato y violación (ambos como crimen de guerra y crimen de lesa humanidad) y del crimen de guerra de pillaje. Por estos crímenes, fue condenado a dieciocho años de privación de libertad, de los cuales se deducirán el tiempo que ha estado en custodia de la CPI durante su juzgamiento. En la actualidad, el caso se encuentra en la etapa de apelación, recurso presentado tanto por la Fiscalía como por la Defensa (Corte Penal Internacional, 2016).

Los jueces encontraron que Bemba era responsable de, entre otros, el crimen de guerra de violación contra mujeres y hombres. Respecto a los actos de violación contra hombres, se encontró que los perpetradores invadieron por la fuerza los cuerpos de P23³⁰ y P69³¹ «al penetrar sus [...] anos, y/u otras aperturas del cuerpo con sus penes»³².

Al realizar el análisis de los elementos objetivos y subjetivos del crimen de violación para la calificación de tales actos, la CPI encontró que:

La Cámara enfatiza que, según los elementos de los crímenes, «el concepto de «invasión» pretende ser lo suficientemente amplio como para ser neutral al género». En consecuencia, «invasión», en el marco legal de la Corte, incluye penetración entre personas del mismo sexo, y abarca víctimas y perpetradores tanto masculinos como femeninos³³.

28. Sentencia del caso *Fiscal Thomas Lubanga Dyilo*, Corte Penal Internacional, 14 de marzo de 2012, párrafo 630.

29. Decisión de confirmación de cargos del caso *Fiscal con Bosco Ntaganda*, Corte Penal Internacional, 9 de junio de 2014.

30. Sentencia del caso *Fiscal con Jean Pierre Bemba*, Corte Penal Internacional, 21 de marzo de 2016, párrafo 494.

31. Sentencia del caso *Fiscal con Jean Pierre Bemba*, párrafos 498, 501.

32. Sentencia del caso *Fiscal con Jean Pierre Bemba*, párrafo 633.

33. Sentencia del caso *Fiscal con Jean Pierre Bemba*, párrafo 100.



Según la Corte, el concepto de «invasión» es neutro en lo que respecta al género, lo que permite juzgar tanto perpetradores o proteger a víctimas que sean hombres o mujeres. Esta definición es acorde con el antes expuesto desarrollo en los Tribunales *ad hoc*. No obstante, ¿es eso lo que en realidad significa ser *gender-neutral*?

La Universidad Berkeley define a dicho término como:

Lenguaje inclusivo para describir relaciones («cónyuge» [*spouse*] y «pareja» [*partner*] en vez de «esposo/novio» y «esposa/novia»), espacios (baños inclusivos o de género neutro, usados por todos los géneros), pronombres ([*they and ze*³⁴] son pronombres inclusivos y de género neutro) entre otras cosas (Berkeley's Gender Equity Resources Center, 2013).

Nótese que la definición se refiere a todos los géneros, no a los dos géneros. La definición de género que utiliza dicha casa de estudios remite a su vez a la definición de «identidad de género», en la que se resalta que «algunas identidades de género son «mujer», «hombre trans» [*transman*] y «agénero» [*agender*], pero hay muchas otras» (Berkeley's Gender Equity Resources Center, 2013). Es decir, dicha inclusividad permite el reconocimiento de identidades de género diferentes a las asociadas al binomio masculino/femenino.

Aunque el afirmar explícitamente (a nivel jurisprudencial) que la penetración entre personas del mismo sexo (de conformidad con el entendimiento de sexo genital según el Estatuto) también es considerada como invasión representa un avance positivo sobre la materia, no es suficiente para incluir a las personas que no se encuentran dentro del concepto binario de género y de sexo en los roles de perpetrador y víctima. Así, la CPI replica el problema que arrastra la redacción del Estatuto mismo y pierde la oportunidad de extender el entendimiento jurisprudencial de víctimas de violación sexual.

Por otro lado, si bien podría afirmarse que los hechos en el caso *Bemba*, al no recoger testimonios de víctimas LGTB, no obligaban a la CPI a pronunciarse, consideramos que ya habiéndose arriesgado a declarar el concepto de crimen de violación como *gender-neutral*, hubiera sido una oportunidad clave para visibilizar la posibilidad de que las personas LGTB puedan ser vistas como víctimas y perpetradores de dicho crimen. No obstante lo anterior, lo cierto es que la CPI aún estaría regida por la definición limitativa del artículo 7.3, por lo que las experiencias de aquellas personas con identidades no binarias no podrían ser consideradas.

En ese sentido, hay que recordar que: «Mientras este modelo parece ser neutral respecto al género, se basa de todos modos en nociones de cuerpos y acciones generalizados. Entendimientos generalizados particulares de cuerpos y sexualidad definen el contenido del daño de la violencia sexual» (Campbell, 2007: 416-417).

34. Formas para «ellos» y «ellas» intraducibles al castellano.



Afirmar que la definición de violación es neutral porque sólo lee los cuerpos y no identidades de género de las personas es negar que los cuerpos se encuentran generizados. El Estatuto de Roma limita esta lectura al binomio sexo masculino/sexo femenino. Al excluir todo tipo de identidad de género distinta a la que calce en dicho binomio, se invisibiliza las experiencias de las personas cuyos cuerpos están siendo leídos.

La CPI, en este caso, recoge la percepción de P23 respecto a la experiencia que sufrió como víctima de violación. Al respecto, P23 afirmó que debido a ese hecho la gente de su comunidad lo despreciaba y que él se consideraba un «hombre muerto»³⁵. Este testimonio es un aporte importante a efectos de una mayor consciencia sobre la existencia de hombres víctimas de violación por su condición de hombres; para, así, evitar el reforzamiento de narrativas sobre mujeres como víctimas y hombres como perpetradores. De esta manera, la CPI hizo uso del caso para conceptualizar, identificar, describir, calificar y hacer visible la violación sexual contra hombres (Kapur y Muddell, 2016: 27-28).

Hubiese constituido también una oportunidad para abrir la posibilidad de visibilizar la violación hacia personas LGTB como crimen de guerra, lo cual es esencial para lograr a futuro la condena de tal acto y asegurar la inclusión de todas las víctimas, en particular las más invisibles y también vulnerables (Kapur y Muddell, 2016: 27-28).

Se evitaría, así, que únicamente las experiencias de las personas heterosexuales y cisgénero se conviertan en la base de los criterios mediante los cuales la CPI analice y califique los casos de violación u otros actos de violencia sexual como crimen internacional.

Conclusiones

La definición de «género» en el Estatuto de Roma es bastante limitada. En concreto, se confunde con la de sexo. En segundo lugar, adopta una postura acorde con las concepciones binarias de género y sexo, que excluye a toda la diversidad existente sobre identidad de género.

En el caso *Bemba* se afirma que la definición de «invasión» es neutral respecto al género. No obstante, el concepto de género está estrechamente vinculado al de identidad de género, por lo que la neutralidad incluye a todos los géneros, no sólo al masculino y al femenino, sino también trans no binarios, andróginos, etcétera.

La CPI perdió la oportunidad de afirmar que las personas LGTB también pueden ser víctimas del crimen de guerra de violación sexual, en razón de la definición neutral antes mencionada, y no sólo abrir esa posibilidad para los hombres. De esa manera, se hubiera podido visibilizar la violación sexual contra estas personas y, así, alcanzar su condena a futuro.

35. Sentencia del caso *Fiscal con Jean Pierre Bemba*, párrafo 498.



Sin perjuicio de lo anterior, en tanto existe la restricción del artículo 7.3, ninguna definición de crimen internacional puede ser realmente neutral, puesto que no alcanza a considerar identidades no binarias.

Referencias

- BERKELEY'S GENDER EQUITY RESOURCE CENTER (2016). «Definition of terms». Disponible en <http://bit.ly/2cCO6tW>.
- BUTLER, Judith (2002). *El género en disputa*. Buenos Aires: Paidós.
- CAMPBELL, Kirsten (2007). «The gender of transitional justice: Law, sexual violence and the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia». *The International Journal of Transitional Justice*, 1 (3): 411-432. DOI: 10.1093/ijtj/ijmo33.
- CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA (2015). *Aniquilar la diferencia: Lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas en el marco del conflicto armado colombiano*. Bogotá: CNMH, UARIV, USAID, OIM.
- CHANG, Iris (1997). *The rape of Nanking*. Bronx: Basic Books.
- CHARLESWORTH, Hilary (1999). «Feminist methods in international law». *American Journal of International Law*, 93 (2): 379-394. DOI: 10.2307/2997996.
- COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN (2003). *Informe final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación*. Lima.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2015). «Informe sobre la violencia contra las personas LGBTI en las Américas». OAS/Ser.L/V/II.rev.2. Disponible en <http://bit.ly/2vyAKoV>.
- COMITÉ CEDAW (2010). «Recomendación general 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer». CEDAW/C/GC/28. Disponible en <http://bit.ly/2myt2Kc>.
- CONDORELLI, Luigi (1999). «La Cour Pénale Internationale: Un pas de géant (pourvu qu'il soit accompli)». *Revue Générale de Droit International Public*, 103 (1): 7-21.
- CORTE PENAL INTERNACIONAL (2016). «Case information sheet. Situation in the Central African Republic. *The Prosecutor v. Jean Pierre Bemba*». Disponible en <http://bit.ly/2f2KFQx>.
- COSSMAN, Brenda (2002). «Gender performance, sexual subjects and international law». *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 15 (2): 281-296. DOI: 10.1017/S0841820900003623.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE COLOMBIA (2015). *Voces ignoradas: La situación de personas con orientación sexual e identidad de género diversas en el conflicto armado colombiano*. Bogotá: Defensoría del Pueblo de Colombia.
- FALK, Richard y Quincy WRIGHT (1971). *The international law of civil war*. Baltimore: John Hopkins.
- GARDAM, Judith (2014). «More of the same. Feminist interactions with IHL». Docu-



- mento presentado en Centre for International Governance and Justice Workshop: Recent Developments in Feminist Thinking in International Law and Human Rights. Disponible en <http://bit.ly/2uPotvO>.
- GORRIS, Ellen Anna Philo (2015). «Invisible victims? Where are male victims of conflict-related sexual violence in international law and policy?». *European Journal of Women's Studies*, 22 (4): 412-427. DOI 10.1177/1350506815605345.
- GREY, Rosemary (2014a). «Conflicting interpretations of 'sexual violence' in the International Criminal Court. Recent cases». *Australian Feminist Studies*, 29 (81): 273-288. DOI: 10.1080/08164649.2014.958123.
- . (2014b). «Sexual violence against child soldiers: The limits and potential of international criminal law». *International Feminist Journal of Politics*, 16 (4): 601-621. DOI: 10.1080/14616742.2014.955964.
- KAPUR, Amrita y Kelli MUDDLE (2016). *When no one calls it rape. Addressing sexual violence against men and boys in transitional contexts*. Nueva York: International Center for Transitional Justice.
- KERRY RITTICH Y OTROS (1999). «The gender of international law». Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law), 93: 206-209. Disponible en <http://bit.ly/2uZdlh5>.
- LEATHERMAN, Janie (2012). «Violencia sexual, guerra globalizada y el colapso de los espacios seguros». *Polítai*, 3 (4): 29-43. Disponible en <http://bit.ly/2vc8jQY>.
- MENJÍVAR OCHOA, Mauricio (2001). «Masculinidad y poder». *Revista Espiga*, 2 (4): 1-8. DOI: 10.22458/re.v2i4.735.
- MONTOYA, Iván (2011). *La impunidad en los delitos sexuales cometidos contra niñas, niños y adolescentes del distrito de El Agustino*. Lima: Sinco Editores.
- MUDROVICIC, Zeljka (2001). «Sexual and gender-based violence in post-conflict regions: The Bosnia and Herzegovina case». En *The impact of armed conflict on women and girls. A consultative meeting on mainstreaming gender in areas of conflict and reconstruction*. Bratislava: UNFPA.
- NACIONES UNIDAS (2001). «Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes». A/56/156. Disponible en <http://bit.ly/2udCwdG>.
- . (2016). «Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos el 30 de junio de 2016. Protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género». A/HRC/RES/32/2. Disponible en <http://bit.ly/2vZnsTj>.
- NO TENGO MIEDO (2016). *Nuestra voz persiste: Diagnóstico de la situación de personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero, intersexuales y queer en el Perú*. Lima: Tránsito, Vías de Comunicación Escénica.
- OFICINA DEL FISCAL DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL (2014). «Policy paper on sexual and gender based crimes». Disponible en <http://bit.ly/2vZjvOg>.



- OOSTERVELD, Valerie (1999). «The making of a gender-sensitive International Criminal Court». *International Law FORUM du droit international* 1 (1): 38-41. DOI: 10.1163/15718049920961729.
- . (2005). «The definition of gender in the Rome Statute of the International Criminal Court: A step forward or back for international criminal justice». *Harvard Human Rights Journal*, 18: 55-84.
- . (2014). «Constructive ambiguity and the meaning of ‘gender’ for the International Criminal Court». *International Feminist Journal of Politics*, 16 (4): 563-580. DOI: 10.1080/14616742.2014.950818.
- SALMÓN, Elizabeth y Giovanna GARCÍA (2000). «Los tribunales internacionales que juzgan individuos: El caso de los Tribunales *ad hoc* para la ex-Yugoslavia y Ruanda y el Tribunal Penal Internacional como manifestaciones institucionales de la subjetividad internacional del ser humano». *Derecho y Sociedad*, 15: 9-28. Disponible en <http://bit.ly/2vhOp7m>.
- SERRANO-AMAYA, José Fernando (2014). *Chiaroscuro: The uses of «homophobia» and homophobic violence in armed conflicts and political transitions*. Tesis doctoral presentada en la Facultad de Educación y Trabajo Social de la Universidad de Sidney. Disponible en <http://bit.ly/2udBK7h>.
- SIVAKUMARAN, Sandesh (2007). «Sexual violence against men in armed conflict». *The International Journal of European Law*, 18 (2): 253-276. DOI: 10.1093/ejil/chm013.
- TAN, Joe (2014). «Sexual violence against children on the battlefield as a crime of using child soldiers. Square pegs in round holes and missed opportunities in Lubanga». *Yearbook of International Humanitarian Law*, 15: 117-151. DOI: 10.1007/978-90-6704-924-5_6.
- URBAN WALKER, Margareth (2009). «Gender and violence in focus: A background for gender justice in reparations». En Ruth Rubio-Marin (editora), *The gender of reparations. Unsettling sexual hierarchies while redressing human rights violations* (pp. 18-62). Cambridge: Cambridge University Press.

Agradecimientos

Las autoras quisiéramos agradecer a Michelle Reyes Milk y a Karen Anaya por sus inconmensurables aportes y comentarios en la elaboración del presente artículo. Asimismo, la autora Rita Zafra quisiera agradecer a la Beca MISEREOR.

Sobre las autoras

RITA DEL PILAR LUCILA ZAFRA RAMOS es bachillera en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Maestría en Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Investigadora del Grupo de Investigación en Derecho,



ZAFRA Y VALLE

LA «NEUTRALIDAD» DEL CRIMEN DE GUERRA DE VIOLACIÓN SEXUAL EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Género y Sexualidad de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Su correo electrónico es rita.zafra@pucp.edu.pe.

PAMELHY ISABEL VALLE CHACALTANA es bachillera en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Su correo electrónico es pamelhy.valle@pucp.edu.pe.



SECCIÓN

INTERNACIONAL







INTERNACIONAL

La construcción del estigma como límite a los derechos sociales de las personas trans desde una perspectiva internacional

Stigma construction as a boundary to transgender people's social rights from an international approach

Eduardo ARRUBIA y Mariana BROCCA

Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, Argentina

RESUMEN La igualdad formal constituye una reivindicación necesaria para lograr el reconocimiento estatal de las personas LGBTI. Sin embargo, puede advertirse que más allá de las normas jurídicas existe una plataforma fáctica de desigualdad en la que se construye el estigma, al punto de impedir el goce efectivo de derechos sociales como la educación y la salud, entre otros. En este orden, los Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género ilustran las expectativas de satisfacción de derechos de este colectivo. Es por ello que puede advertirse respecto a personas trans, a través de casos y documentos oficiales que han surgido en el último año en distintos países, que estos principios han cobrado mayor virtualidad. Así, el material analizado en este trabajo refleja que el estigma contra la diversidad sexual se construye en el ámbito más inmediato de la cotidianidad, lo cual exige que el respeto hacia los derechos de este grupo debe comenzar en los niveles próximos de los derechos domésticos por medio de políticas públicas con enfoque de derechos.

PALABRAS CLAVE Personas trans, LGBTI, Discriminación, DESC.

ABSTRACT Formal equality constitutes a paramount vindication in order to achieve the state acknowledgment of LGBTI people. However, it can be observed that there is a factual platform of inequality beyond juridical norms, whereby stigma is constructed so as to impede the effective enjoyment of social rights such as education and health, among others. In this sense, the Yogyakarta Principles on the Application of International Human Rights Law in relation to Sexual Orientation and Gender Identity illustrate the expectations of compliance with this group's rights. Therefore, it can be noticed



that these principles have attained major fulfilment throughout cases and official papers, which have emerged in different countries over last year. Then, the material analysed in this essay reflects that the stigma against sexual diversity is constructed in the immediate scope of daily life. This demands that the respect towards LGBTI people's rights shall begin from the closest levels of domestic laws based on public policies designed with a human rights approach.

KEYWORDS Transgender people, LGBTI, discrimination, ESCR.

Introducción

La indagación acerca de los derechos sociales de las personas trans supone de antemano la afirmación lógica de que existe otra categoría de derechos humanos que no serían «sociales». Al respecto, debemos dejar en claro que si bien no compartimos la clasificación generacional de los derechos, menos aún cuando es utilizada para negar la exigibilidad de los llamados derechos económicos, sociales y culturales (DESC), reconocemos que dicha rotulación tiene cierto valor heurístico, es decir, explicativo (Abramovich y Courtis, 2002: 27), que adquiere utilidad a los efectos de individualizar y narrar las experiencias de vulnerabilidad de este colectivo. En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha advertido que las personas LGBTI y en especial las personas trans enfrentan un ciclo de exclusión y pobreza que profundiza la exposición cotidiana a situaciones de violencia (CIDH, 2015: 217). En un esquema en que la igualdad formal en términos de derechos civiles (por ejemplo, derecho al matrimonio, a la filiación, a la identidad de género, a la vida privada, etcétera) aparece como una reivindicación necesaria para lograr el reconocimiento estatal, la heterogeneidad de las vivencias particulares evidencia que la desigualdad material atraviesa a este colectivo en cuanto a la salud y la educación, entre otros de los derechos económicos, sociales y culturales. Existe una heteronormatividad cultural que determina y disciplina a las personas al punto de definir el goce efectivo de derechos o la privación de ellos.

En este orden de ideas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha sostenido que a la hora de interpretar el sentido de la expresión «otra condición social», propia del artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), corresponde escoger la alternativa hermenéutica más favorable a la tutela de los derechos de la persona humana, conforme a la aplicación del principio *pro persona*¹. Por eso, en la misma ocasión este tribunal internacional ha reconocido que los derechos relativos a la diversidad sexual están amparados por la norma cita-

1. Sentencia de fondo, reparaciones y costas del caso *Atala Riffo y niñas contra Chile*, Corte IDH, Serie C núm. 239, 24 de febrero de 2012, foja 84.



da². Para esto, se ha hecho expresa referencia a las resoluciones que la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos ha adoptado, como así también a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que en el mismo sentido ha incluido a la orientación sexual en el marco normativo del artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Con idéntico alcance ha sido interpretada la expresión análoga contenida en el artículo 2 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, dentro de la cual el Comité de control de este instrumento ha establecido que la orientación sexual se encuentre vedada como motivo de discriminación (Comité de los Derechos del Niño, 2003: párrafo 6).

Entonces, tal como ha quedado dicho, estos despliegues del derecho internacional evidencian avances trascendentes en cuanto a la tutela del colectivo de la diversidad sexual. Sin embargo, surge el interrogante de cuál es el estado de situación de los derechos sociales de las minorías sexuales más allá de estos desarrollos. Para analizar el problema, nos limitamos al análisis del derecho a la educación y del derecho a la salud de personas trans, sin pretender agotar con ellos el universo de los derechos económicos, sociales y culturales. Tomamos el universo de personas trans porque consideramos que es prudente desplazar la mirada del reconocimiento anclado en la identidad en términos de pertenencia al grupo LGBTI, para pensarlo en clave de estatus individual de cada miembro del colectivo en tanto participante de la interacción social (Fraser, 2000: 61). Con esta finalidad, abordaremos casos judiciales que han trascendido en el último año en países de Latinoamérica, los que sumados a otros documentos oficiales en la materia vienen demostrando la operatividad de los Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género. De esta manera, asumimos el objetivo de dar visibilidad a la problemática trans mediante el análisis de la jurisprudencia aquí citada.

La identidad de género en la educación

En relación con el derecho a la educación, debe reconocerse ante todo que éste constituye un multiplicador, es decir, su goce efectivo aumenta el disfrute de todos los derechos y libertades en general (Tomasevski, 2003: 11). El proceso educativo aparece regulado desde la normativa internacional no sólo como mero derecho, sino también en relación con el rol que los derechos humanos conllevan en la educación y en su vinculación como contenido de la enseñanza (Tomasevski, 2003: 12). Por lo tanto, en el marco del paradigma de los derechos humanos, la educación ya no puede fundamentarse únicamente en una racionalidad técnica que verse sobre parámetros de cientificidad, sino que además debe necesariamente incorporar un enfoque de

2. *Atala Riffo y niñas contra Chile*, foja 91.





racionalidad práctica (Hevia, 2006: 73). Esto implica pensar la educación no sólo en términos de contenidos duros, sino a través de los valores inherentes a la humanidad misma, a la aceptación y el respeto por el prójimo. En este sentido, los Principios de Yogyakarta antedichos resultan ilustrativos, ya que establecen la protección de la igualdad de condiciones en cuanto al acceso de los estudiantes al sistema educativo, pero también el trato igualitario en clave de orientación sexual e identidad de género no sólo de éstos, sino también de los docentes y el personal en general³.

En este orden, advertimos que el escenario jurídico latinoamericano viene dando señales que adjudican virtualidad a estos principios. Así, en 2016 dos sentencias valiosas en esta materia fueron dictadas por dos máximos tribunales, esto es, la Corte Constitucional de Colombia y la Suprema Corte de Justicia de México. El primero se trata de un caso vinculado a un hombre trans, es decir, una persona que biológicamente nació como mujer pero que siente su género como hombre. Por lo tanto, en consonancia con dicho sentir petitionó al Servicio Nacional de Aprendizaje colombiano (SENA) que le fuera permitido usar en la institución educativa un uniforme masculino acorde con su género autopercebido y que se le dispensara un trato igualitario en las aulas de clases por parte del cuerpo de docentes, que se refirieran a su persona con sustantivos y artículo masculinos y que se abstuviesen de atentar de manera alguna contra su personalidad y forma de ser⁴. Frente a la negativa de respuesta por parte de la entidad, se inició una acción de tutela. En esta oportunidad, los argumentos esgrimidos por el SENA se concentraron en exigir al estudiante que modificara la inscripción registral de su género y, por consiguiente, su documento de identidad. Así, se buscó condicionar el ejercicio del derecho a un trato digno supeditando algo tan simple como la vestimenta de un uniforme a un trámite registral de reasignación de sexo. La acción de tutela fue concedida por un juez de segunda instancia y luego la Corte Constitucional colombiana determinó que el SENA había vulnerado los derechos a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad del estudiante, al haberse negado a brindarle un trato acorde con su identidad de género como hombre transexual y al haberle prohibido utilizar el uniforme atribuido a los aprendices de género masculino y lucir el cabello corto, bajo el argumento de que la información que el accionante había suministrado al momento de su inscripción correspondía al sexo femenino⁵.

Por otra parte, como hemos señalado, la relación entre educación y derechos humanos debe ser abordada desde una mirada multidimensional que permita ahondar

3. Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, principio 16. Disponible en <http://bit.ly/2iBpGov>.

4. Sentencia de la Corte Constitucional colombiana, T-363/16, 11 de julio de 2016, foja 19, apartado 2.2.

5. Corte Constitucional colombiana, apartado 2.37.



en todas las implicancias que pueda tener el derecho a la educación. En este sentido, el pronunciamiento del Superior Tribunal mexicano constituye una pieza clave al consolidar el acceso a una formación educativa en materia de diversidad sexual desde la infancia como una herramienta esencial para el desarrollo potencial y pleno de la personalidad humana. En esta ocasión, la Corte mexicana se expidió en un caso en el cual la madre de un niño alegó la presunta inconstitucionalidad de la Ley General de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, ya que esta norma contempla la educación sexual refiriéndose a la «preferencia sexual», como así también al uso de métodos anticonceptivos⁶. Según su parecer, la accionante consideraba que, de este modo, el Estado se entromete ilegítimamente en sus derechos inherentes a la patria potestad. Al respecto, la Corte sostuvo que precisamente el artículo 1 de la Constitución de México asume el mandato de prohibición de discriminación por los motivos que allí se enuncian, entre los cuales destaca expresamente el de «preferencia sexual»⁷. Por consiguiente, resulta que la norma que la accionante intenta impugnar es consecuente con la Ley Fundamental del Estado mexicano, sobre todo si se considera que la finalidad de la misma está enmarcada en el resguardo del interés superior del niño, de manera congruente con la tutela que emana de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, y que ella de ninguna forma está encaminada a determinar la sexualidad de los infantes, sino que, por el contrario, su misión radica en inculcar el respeto a la diversidad sexual evidenciando la pluralidad de preferencias sexuales que pueden asumirse⁸. En esta línea, se derrumba la alusión a la incolumidad de la patria potestad, ya que se entiende que de ninguna manera puede anular o sustituir la voluntad de un niño, en este caso vinculada a la elección de la sexualidad sentida⁹.

En relación con esta última sentencia, advertimos cierta vaguedad en la Constitución mexicana, que sólo contempla como categorías prohibidas de discriminación al «género» y a las «preferencias sexuales». Sin embargo, sostenemos que, aunque no es lo mismo hablar de identidad de género que de preferencias sexuales, aquella aparece incluida dentro de éstas. De este modo, la identidad de género queda comprendida como una expresión más de la sexualidad humana, digna de ser respetada por la sociedad y abarcada desde la planificación educativa que está destinada a engendrar dicho respeto en los infantes. Simultáneamente, advertimos que estos pronunciamientos evidencian el cumplimiento de los estándares que el comité de DESC ha fijado para el derecho a la educación (CESCR, 1999: párrafo 6). Así, se logra la accesibilidad, ya que se reprocha una práctica discriminatoria que impedía a un estudiante asumir

6. Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de México, amparo de revisión 203/2016, 9 de noviembre de 2016, fojas 13-14.

7. Suprema Corte de Justicia de México, foja 17.

8. Suprema Corte de Justicia de México, foja 18.

9. Suprema Corte de Justicia de México, foja 53.



externamente su propia identidad de género en el establecimiento educativo. En el caso mexicano, la aceptabilidad exigida para este derecho es lograda a través de la reivindicación de la constitucionalidad de una norma que establece contenidos educativos en materia de respeto por la diversidad sexual. La característica de la adaptabilidad está presente en ambas decisiones, ya que se refuerzan prácticas educativas acordes con los nuevos tiempos en que los derechos humanos exigen el respeto a la diversidad sexual.

En definitiva, el panorama internacional reciente que podemos ejemplificar con los dos casos jurisprudenciales aquí reseñados demuestra en el terreno fáctico la existencia de prejuicios y estigmas que amenazan el pleno goce de los derechos humanos referidos a la sexualidad en el plano educativo. Esto se ve reflejado en hechos tales como el de un estudiante a quien no se le dispensa un trato digno de parte de autoridades escolares y docentes, ya que amedrentan su derecho personalísimo a la identidad de género, con lo que menoscaban su personalidad en virtud de un documento formal en el que consta su género. Asimismo, la preocupación de una madre que llega al punto de accionar judicialmente para impugnar una norma estatal, en el entendido de que es perjudicial para su hijo que sea formado en asuntos de sexualidad, pone en evidencia las tensiones que socialmente experimentan los derechos del colectivo LGBTI. En este contexto de conflicto, la actividad judicial ha operado favorablemente en aras de lograr el respeto y el desarrollo de las prerrogativas fundamentales de la diversidad sexual que redundan en beneficio propio y de la sociedad en general. Además, este escenario muestra la necesidad de desarrollar políticas públicas con enfoque de derechos, es decir, que garanticen los estándares internacionales más elementales en materia de derechos humanos. Éstos se basan en la obligación de satisfacer, por lo menos, el contenido mínimo de los derechos y de utilizar al máximo los recursos disponibles, en el principio de progresividad y no regresividad, en el principio de no discriminación, en la producción de información, en la participación de los sectores afectados en el diseño de las políticas públicas y en el acceso a la justicia (Abramovich y Pautassi, 2009: 283).

Bienestar y diversidad sexual: el derecho a la salud como elemento constitutivo de la identidad de género

En consonancia con el argumento que venimos desarrollando, enfocado en la desigualdad material más allá de las normas formales, puede afirmarse que a pesar de que el derecho a la salud se encuentre regulado en todos aquellos tratados dedicados a los derechos económicos, sociales y culturales, lo cierto es que la comunidad LGBTI ha debido tolerar continuos detrimentos a este derecho (ACNUDH, 2011: párrafos 54-57). En este sentido, surge a partir de trabajos doctrinarios que, dentro del ámbito público, el sector sanitario es el que más discrimina negativamente a las personas por



su orientación sexual e identidad de género (Jaime, 2013: 17; Godoy, González y Rivero, 2013: 10-17). En efecto, se ha logrado constatar la existencia de prácticas discriminatorias generalizadas por parte de los profesionales de la salud hacia la comunidad LGBTI en los centros sanitarios (CIDH, 2015: párrafo 196). A modo de ejemplo, el maltrato, la falta de confidencialidad y el retraso injustificado en la atención son algunos de los hechos más comunes (ACNUDH, 2011: párrafo 56).

Conforme lo ha podido constatar la CIDH, las personas LGBTI «han visto su salud deteriorada rápidamente a causa de la negativa de asistencia médica, e incluso casos de muertes que pudieron ser prevenidas si se hubiese proporcionado un tratamiento médico apropiado» (CIDH, 2015: párrafo 199). Asimismo, la violencia y los prejuicios contra la comunidad LGBTI han ocasionado que gran parte de ella se abstenga de asistir a dichos establecimientos, lo que trae como consecuencia que su salud alcance un estado sumamente crítico (CIDH, 2015: párrafos 198-199). Así:

La Oficina Panamericana de la Salud (OPS) y la Organización Mundial de la Salud (OMS) han identificado en algunas de sus publicaciones que la homofobia, la discriminación y el estigma hacia las personas por su orientación sexual e identidad sexual y de género constituye una barrera para el acceso de las personas a los servicios de salud, a la consulta y la continuación de tratamientos (Godoy, González y Rivero, 2013).

En esta línea de pensamiento, ciertos países de Latinoamérica cuentan con informes recientes en el tema. En efecto, la Defensoría del Pueblo de Perú, a través de su Informe de 2016, ha podido observar que:

Los prejuicios y estereotipos hacia las personas LGBTI inciden en el tipo de tratamiento brindado por los profesionales de salud. De los testimonios recabados e informes publicados por sus organizaciones, se desprende que cuando una persona de este colectivo se acerca a un establecimiento de salud por una dolencia cualquiera y es identificada como tal, una reacción común que obtiene del personal de salud es interrogarla sobre si tiene alguna infección de transmisión sexual (ITS) o viven con el VIH (Defensoría del Pueblo, 2016: 145).

Asimismo, la Fundación Ecuatoriana Equidad, en su último informe en el tema, presentado en mayo de 2016, ha expuesto que:

Entre las problemáticas graves que se evidenciaron en Ecuador se encuentran: inexistente acceso a tratamiento hormonal y otras terapias para personas trans a través de agencias estatales de salud, la falta de educación y prevención de VIH en personas trans (la educación se centra en hombres gays) y un ineficiente sistema de salud estatal que no cuenta con estudios y estadísticas propias sobre la prevalencia de VIH en la comunidad LGBTI, ni métodos de prevención y tratamiento con protocolos que tengan enfoque especializado. A todo esto se le debe sumar el estigma



y discriminación que sufre la población gay y trans con respecto al VIH y la irresponsabilidad del estado ecuatoriano con respecto a la prevención de esta epidemia (Fundación Ecuatoriana Equidad, 2016: 7-8).

En relación con esto, debe dejarse constancia de que los Principios de Yogyakarta antes mencionados incluyen el derecho a la salud, que establece el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud y la protección contra abusos médicos.

En el caso de Argentina, en donde el derecho a la identidad de género aparece reconocido por una ley especial, en el año 2015 el Poder Ejecutivo reglamentó la incorporación de determinadas prácticas médicas al Plan Médico Obligatorio. Esto implica que dichos tratamientos son de cobertura obligatoria para las obras sociales y constituyen prestaciones que el Estado se obliga a otorgar de manera gratuita. Al respecto, es importante traer a colación un caso de la jurisprudencia argentina que fue resuelto en la ciudad de Rosario¹⁰. En esa oportunidad, una mujer trans demandó a su obra social por negarse a dar cobertura a los tratamientos de gluteoplastia de aumento y depilación definitiva de rostro. La parte demandada alegó en su defensa que se trataba de meros tratamientos estéticos que en nada se relacionaban con la salud de la afiliada. Sin embargo, resulta muy valioso el pronunciamiento del juez que dictaminó que cuando estas prácticas están vinculadas a la asunción de una corporalidad diferente del género atribuido culturalmente a la persona, lo que está en juego es la identidad misma del sujeto y no una finalidad meramente estética. Así, estos tratamientos se imponen como indispensables para resguardar el derecho a la salud que va ligado a la identidad de género de la persona, ya que en casos como éstos forman parte del completo bienestar físico, emocional y social, que redundan intrínsecamente en la identidad personal.

A modo de cierre

En suma, entendemos que el avance más sistematizado de protección a los derechos de la comunidad LGBTI en el plano internacional se encuentra reflejado en los Principios de Yogyakarta antes mencionados. A pesar de no ser un instrumento convencional vinculante, su formulación deviene de imperiosa utilidad como pauta hermenéutica para iluminar la comprensión de la vulnerabilidad que esta población experimenta. Asimismo, debemos destacar que dicha experiencia de debilidad jurídica queda evidenciada en el marco fáctico, que plaga a la diversidad sexual con prejuicios y estereotipos que atentan directamente contra el disfrute de los derechos más elementales de la persona humana. La igualdad formal constituye siempre un primer paso necesario para el reconocimiento del sujeto de derecho en cuanto tal. Pero dicho

10. Sentencia de Juzgado Civil y Comercial, número 6 SS con IAPOS, del 21 de septiembre de 2016.



reconocimiento se desvanece si no es acompañado de una cultura de respeto en las vivencias más inmediatas de la cotidianidad. De esta manera, los casos aquí analizados muestran un esquema material de acumulación de desventajas socialmente condicionadas en la vida de las personas LGBTI.

Las sentencias de los organismos judiciales tienen un enorme valor ejemplarizante. Sin embargo, es sumamente necesario arribar al entendimiento de que estos niveles de estigma sólo podrán ser erradicados en el marco de una cultura democrática en la que los distintos niveles y poderes del Estado se articulen para configurar políticas públicas con un enfoque de derechos. Sólo de esta manera podrá apuntarse a un plano más profundo que el mero reconocimiento, es decir, un plano de construcción de una conciencia moral de la humanidad acerca de los derechos humanos y de la aberración inherente a toda acción dirigida a desconocerlos (Nino, 2007: 4).

Referencias

- ABRAMOVICH, Víctor y Christian COURTIS (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta.
- ABRAMOVICH, Víctor y Laura PAUTASSI (2009). «El enfoque de derechos y la institucionalidad de las políticas sociales». En Víctor Abramovich y Laura Pautassi (editores), *La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de casos* (pp. 279-340). Buenos Aires: Editores del Puerto.
- ACNUDH, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2011). «Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género». A/HRC/19/41. Disponible en <http://bit.ly/2uFf9Ph>.
- CIDH, Comisión Interamericana de Derecho Humanos (2015). «Violencia contra personas lesbianas, gais, bisexuales, trans e intersex en América». OAS/Ser.L/V/II.rev.2. Disponible en <http://bit.ly/2vyAKoV>.
- CESCR, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1999). «Observación General número 13». E/C.12/1999/10. Disponible en <http://bit.ly/2uzosz2>.
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2003). «Observación General número 4. La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño». CRC/GC/2003/4. Disponible en <http://bit.ly/2u4XZY3>.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO (2016). *Derechos humanos de las personas LGBTI. Necesidad de una política pública para la igualdad en el Perú*. Lima.
- FRASER, Nancy (2000). «Nuevas reflexiones sobre el reconocimiento». *New Left Review*, 4: 55-68. Disponible en <http://newleftreview.es/4>.
- FUNDACIÓN ECUATORIANA EQUIDAD (2016). *Resumen del informe en curso sobre la situación de los derechos humanos de las poblaciones LGTBI*. Quito.
- GODOY, Diana, Soraya GONZÁLEZ y Javier RIVERO (2013). «Componentes de forma-





ción para la atención en salud de personas sexo-género diversas», *Comunidad y Salud*, 11 (1): 10-17. Disponible en <http://bit.ly/2tCJwkl>.

HEVIA, Ricardo (2006). «Frente a la crisis de sentido, una pedagogía de la confianza». Revista *PRELAC*, 2: 70-75. Disponible en <http://bit.ly/2tvon9x>: <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001455/145502s.pdf#nameddest=145879>.

JAIME, Martín (2013). *Diversidad sexual, discriminación y pobreza frente al acceso a la salud pública. Demandas de la comunidad TLGBI en Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú*. Buenos Aires: CLACSO.

NINO, Carlos (2007). *Ética y derechos humanos*. Buenos Aires: Astrea.

TOMASEVSKI, Katarina (2001). *Contenido y vigencia del derecho a la educación*. Serie Cuadernos pedagógicos núm. 6. San José: IIDH. Disponible en <http://bit.ly/2gXs6hb>.

Sobre los autores

EDUARDO ARRUBIA es abogado. Becario de investigación doctoral del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas de la República Argentina (Conicet). Docente auxiliar interino en la cátedra de Filosofía del Derecho y Ética de la Abogacía, Facultad de Derecho, Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires (Unicen). Doctorando en Derecho, UBA. Miembro del Centro de Estudios en Derechos Humanos (CEDH-Unicen). Integrante del Foro Ciudadano de Participación por la Justicia y los Derechos Humanos (FOCO). Su correo electrónico es eduardo.arrubia@azul.der.unicen.edu.ar.

MARIANA BROCCA es estudiante avanzada de la carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho, Unicen. Auxiliar alumna de la cátedra de Derechos Humanos y Garantías de dicha carrera. Becaria de investigación del Consejo Nacional Interuniversitario de la República Argentina. Miembro del Centro de Estudios en Derechos Humanos (CEDH-Unicen). Su correo electrónico es mariana.brocca@azul.der.unicen.edu.ar.



INTERNACIONAL

Educación en derechos humanos como política pública: La experiencia de la Coordinación de Educación en Derechos Humanos de la Secretaría Municipal de Derechos Humanos y Ciudadanía de la ciudad de São Paulo

*Human Rights Education as a Public Policy: The experience of São Paulo's
Municipal Secretariat Coordinating Human Rights Education*

Eduardo C. B. BITTAR

Universidade de São Paulo, Brasil

RESUMEN Este artículo es un informe sobre las experiencias en gestión pública y coordinación de políticas públicas municipales de educación en derechos humanos, en el contexto de la creación de la primera Secretaría Municipal de Derechos Humanos y Ciudadanía (SMDHC) de la historia de la ciudad de São Paulo, Brasil. Este informe expone los principales resultados de cuatro años de trabajo de construcción y articulación de políticas, con vistas a un proceso que culmina en la publicación del Decreto Municipal 57.503/2016, que crea el Plan Municipal de Educación en Derechos Humanos de la ciudad de São Paulo. Fue así como, a lo largo de un período relativamente corto, y por medio de esfuerzos colectivos internos y externos, se construye la SMDHC en el marco municipal, con relevantes conquistas reales y simbólicas, y haciendo que la política municipal de derechos humanos no solamente llenase una laguna en la historia del municipio, sino que también presentara políticas transversales, innovadoras, valientes y desafiantes en el «corazón simbólico» de la ciudad de São Paulo.

PALABRAS CLAVE Educación en derechos humanos, políticas públicas, gestión pública.

ABSTRACT This article is an experience report about coordinating municipal public policies on human rights education, in the context of the creation of the Municipal Secretary of Human Rights and Citizenship (SMDHC) of the City of São Paulo, Brazil. This paper presents the main results of four years of construction work and articulation of policies, with a view to a process that culminates in the publication of Municipal Law 57.503/2016, that creates the Municipal Plan of Education in Human Rights of the City of



São Paulo. Thus, over a relatively short period of time, and through internal and external collective efforts, the SMDHC is built in the municipal framework, with significant real and symbolic achievements, and making municipal human rights policy not only fill a gap in the history of the Municipality, but also present transversal, innovative, courageous and challenging policies in the «symbolic heart» of the City of São Paulo.

KEYWORDS Human rights education, public policy; public administration.

La creación de la Secretaría Municipal de Derechos Humanos

En este artículo se encontrará un relato de experiencia que es resultado de un trabajo cuatro años de la Coordinación de Políticas Públicas de Educación en Derechos Humanos en la ciudad de São Paulo. El artículo está dividido en cuatro partes: la primera está dedicada a presentar el proceso de creación de la Secretaría Municipal de Derechos Humanos (SMDHC), la segunda a presentar la política municipal de educación en derechos humanos, la tercera a presentar los resultados cuantitativos del periodo, y finalmente una conclusión.

Todo empezó con el proceso de creación de la primera Secretaría Municipal de Derechos Humanos en la historia de la ciudad de São Paulo (Decreto Municipal 53.685, del 1 de enero de 2013; Ley Municipal 15.764, del 27 de mayo de 2013). En una ciudad cuya historia se remonta, en su período fundacional, a la población de São Paulo de Paraitinga, el 25 de enero de 1554, esto no es algo simple de explicar. Se puede abordar desde diversas perspectivas, con enfoques que enfaticen éste o aquel aspecto. Por eso mismo, la narrativa a utilizar para la creación de este *informe de experiencia* buscará destacar los principales resultados de las políticas públicas municipales, con énfasis en el área de educación en derechos humanos, así como presentar las producciones de la época de la forma más consolidada y sistematizada posible.

Se dio inicio así, y en medio de discusiones de gestión pública, al proceso de implementación de políticas públicas de educación en derechos humanos partiendo de una clara comprensión y concepción sobre el significado de «educación en derechos humanos» (EDH)¹, a través de la Coordinación de Educación en Derechos Humanos de la SMDHC (artículo 242, inciso 2 de la Ley Municipal 15.764). En su misión institucional, se definió como plan de trabajo y directrices de acción colectiva, conforme

1. En la lapidaria definición de Maria Victória Benevides, que la caracteriza de la siguiente forma: «Para ello, se debe partir de tres puntos esenciales: primero, es una educación de naturaleza permanente, continuada y global. Segundo, es una educación necesariamente volcada hacia el cambio. Y tercero, es una formación en valores, para alcanzar corazones y mentes, y no sólo instrucción, meramente transmisora de conocimientos» (Benevides, 2009: 323). Esta y todas las traducciones en este artículo son nuestras.



consta en la página electrónica del SMDHC (enlace de la Coordinación de Educación en Derechos Humanos)².

La política municipal de educación en derechos humanos

La determinación inicial que movilizó los esfuerzos por convertir las metodologías de la educación en derechos humanos —sus objetivos, sus contornos y marcos conceptuales³— en iniciativas, acciones, proyectos y formaciones fue la percepción de que la escuela contemporánea se encuentra entrecortada por fenómenos que mutilan la propia consistencia de la sociedad actual, en especial frente a la violencia, lo que perjudica el ejercicio del derecho a la educación (Schilling, 2014: 16). Para hacer frente a este tipo de desafío, el punto de partida para la construcción de proyectos, iniciativas y consensos en torno al tema de la educación en derechos humanos fue el Plan Nacional de Educación en Derechos Humanos (PNEDH) de 2006, que desempeñó el papel de documento rector de todas las políticas del área, desde la idea de una actuación en que la formación humana, crítica, reflexiva y pluralista fuese el objetivo metodológico de la perspectiva y abordaje de la temática en derechos humanos.

A partir de esta definición, fue posible superar rápidamente la cultura de iniciativas aisladas de educación en derechos humanos, para ir construyendo una «cultura de políticas públicas» (Bucci, 2002: 249) sistemáticas, continuas y enraizadas en el trabajo de diversos actores esparcidos por los territorios de la ciudad. Pero, construir los proyectos con el y los otros, en los espacios colectivos de decisión y deliberación, respondiendo a presiones internas y externas, y, progresivamente, con la capacidad de entrever sus futuros pasos, fue algo desarrollado, en el caos de lo cotidiano, con vistas a la atribución de un carácter permanente, territorial, autónomo e independiente de las acciones, iniciativas y políticas públicas.

Los desafíos no fueron pocos a lo largo del tiempo, pues implicaban demandas simultáneas en torno a cuestiones ligadas a la gestión administrativa y a la implementación de políticas. Y, de hecho, se exigió un trabajo muy dedicado y proactivo de todos los equipos que compusieron la Coordinación de Educación en Derechos Humanos, espacio creado para trabajar la educación en derechos humanos, en la que se encontró la necesidad de ejercer las funciones profesionales con una polivalencia que exigió un máximo de capacidades, habilidades y conocimientos de cada uno.

Por eso, los caminos de escucha y valorización de experiencias de los territorios

2. El sitio web de la Coordenação de Educação em Direitos, SMDCH, de la Alcaldía de São Paulo se encuentra disponible en <http://bit.ly/2ueOokF>.

3. «Así, cuando en los estudios contemporáneos se quiere desvelar un concepto adecuado de educación en derechos humanos, se debe enfatizar que educar sólo tiene sentido mientras se valore la dignidad de la persona humana como fundamento de la convivencia pluralista, abierta, democrática, inclusiva, participativa y no violenta» (Bittar, 2016: 165).





fueron elementos valiosos en el proceso y en los resultados de las políticas, por lo que se evitaron construcciones «de arriba abajo», propias de jerarquías institucionales, y sí se usaron las «construcciones en conjunto con» para la búsqueda de participación de los actores involucrados y cambios recíprocos permanentes con los territorios afectados por las acciones. Al final, la concepción de educación en derechos humanos, a partir de la cual se derivaron todas las iniciativas, parte de un modelo teórico en que estas dimensiones son innegociables, pues tiene como objetivo trabajar con «sujetos de derechos»⁴, considerando que la experiencia del otro está imbuida en el modo de ser del otro, sea del estudiante, sea del gestor, sea del educador:

Por qué no aprovechar la experiencia que tienen los alumnos de vivir en áreas de la ciudad descuidadas por el poder público para discutir, por ejemplo, la contaminación de los riachuelos y las corrientes, los bajos niveles de bienestar de las poblaciones, los vertederos y los riesgos que provocan para la salud de la gente (Freire, 2013: 31-32).

La garantía de que la educación en derechos humanos sería, de hecho, implementada y ejecutada, y no quedaría como parte superficial o residual de las políticas municipales, emergió de la propia postura asumida por el Programa de Metas del Ayuntamiento de São Paulo, en el que se inscribieron varios objetivos por parte de la SMDHC, entre ellos se destacaron la meta 63 («implementar la educación en derechos humanos en la red municipal de enseñanza») y la meta 39 («capacitar seis mil agentes de la Guardia Civil Metropolitana en derechos humanos y dos mil en mediación de conflictos»), considerado el propio programa de transparencia y presentación de cuentas del desempeño de las políticas públicas, frente a la población y los electores.

Esto porque se era consciente de la importancia de no paralizar en un momento decisivo, en que Brasil cuenta con un importante trabajo de incorporación de la educación en derechos humanos ya realizado, si además se considera que el Programa Mundial de Educación en Derechos Humanos se encuentra actualmente en su tercera fase de ejecución (2015-2019). En especial, la ciudad de São Paulo tiene un trabajo importante, que puede servir de referencia para otras ciudades del país y del mundo, para tantas otras capitales mundiales con los mismos problemas y dimensiones, por ser la principal ciudad brasileña en número de población y en producción económica, además de su importancia cosmopolita.

4. «Hacer que el educador se perciba sujeto de derechos y de deberes, se responsabilice como perteneciente a una comunidad de socios de derecho, y se haga consciente de todo el poder de su empoderamiento en esta condición, son los efectos buscados en el perfil de formación en educación de derechos humanos» Bittar, 2016: 168).



Los legados de las políticas públicas de educación en derechos humanos

Los legados de este proceso constructivo pasan por incorporar marcas visibles e invisibles de derechos humanos en la ciudad de São Paulo. Entre las marcas visibles se encuentran aquellas realizadas con técnicas artísticas en los muros de las calles de la ciudad, a lo largo de los cuatro festivales Ciudadanía en las Calles; durante y después de conciertos al aire libre, con gran asistencia de público, en el Auditorio del Parque de Ibirapuera; el cambio de nombres en vías públicas dentro del proyecto Calles de Memoria, en especial el cambio del nombre del viaducto («elevado Presidente Arthur Costa e Silva» para «elevado João Goulart»), así como del Monumento a los 436 Muertos y Desaparecidos Políticos, proyectado por Ricardo Ohtake e instalado en el parque de Ibirapuera; de varios equipamientos públicos esparcidos por diversos territorios de la ciudad, en centros de educación en derechos humanos, centros de ciudadanía de emigrantes y de centros de ciudadanía LGBT. Entre las marcas invisibles se encuentra un trabajo de cambio de mentalidad, y, por tanto, de transformación de personas, en la formación de educación en derechos humanos, ya sea dentro o fuera de la SMDHC, pues se sabe que el primer esfuerzo en esta área tendría que haber sido exactamente el de «mirar hacia adentro» antes de «mirar hacia afuera».

Es importante citar, sin embargo, que la legitimidad del discurso de la educación en derechos humanos y su entrada en determinados espacios, institucionalizados o no institucionalizados, fue conquistada paulatinamente, superando resistencias, de un modo recoveco y con retrocesos, en ciertas agendas y niveles, muchas de las cuales fueron frustradas, y, por eso, los resultados se fueron consolidando en la medida en que crecía la capacidad de generar adhesión de los socios de ejecución de las políticas públicas, sea en el ámbito de Secretarías, sea en el ámbito de los territorios. Para la adhesión de los socios, participantes activos de las etapas de trabajo, en tareas específicas compartidas y dentro de espacios en consolidación, se utilizaron canales e instancias y se enfatizó especialmente en el proceso de construcción democrática, el cual de por sí sólo ejerce el papel de generar aprendizaje colectivo como proceso participativo dentro de una concepción de democracia participativa⁵, y no únicamente en resultados, tomados como productos finales de las acciones, proyectos y políticas públicas.

Por eso mismo, un aspecto decisivo en la generación de resultados de escala y de impacto fue la institucionalización de espacios e instancias colectivas de construcción de las políticas públicas, tales como el Consejo de Educación en Derechos Hu-

5. «Por eso, la teoría del discurso considera impensable la democracia sin derechos humanos, y viceversa [...]. Así es que el desarrollo de una cultura social fundada en la amplia perspectiva de los derechos humanos tiene un papel central en la propia construcción de la democracia deliberativa y participativa» (Bittar, 2013: 402).



manos (CEDH) y, enseguida, el Comité Municipal de Educación en Derechos Humanos (CMEDH), el Grupo de Trabajo Intersecretarial del Festival Entre Todos (GTIE), el Grupo de Trabajo Intersecretarial de Educación en Derechos Humanos de la Red Municipal de Enseñanza (GTI-EDH), el Núcleo de Educación en Derechos Humanos de la Red Municipal de Enseñanza (NEDH), compuesto por las trece Direcciones Regionales de la Red Municipal de Enseñanza, y el Grupo de Trabajo de los Centros de Educación en Derechos Humanos (GT-CEDH central y GT-CEDH locales).

Así, a lo largo de la época, y sabiéndose que el trabajo diario es mucho más costoso y difícil de lo que muestra la narrativa sobre los datos generados, determinadas marcas centrales se consolidaron como principales resultados del área, con conquistas simbólicas y reales en el campo de la EDH, a saber:

- Formación de educadores: 6.265 educadores formados en temas de educación en derechos humanos, a través de varias estrategias, tales como la oferta de especializaciones de la UNIFESP/UFABC (GDE, EDH-MEC-SECADi), la realización de dos Seminarios Municipales (evento centralizado en 2014 con 182 participantes y evento descentralizado en 2015, con 1.394 participantes), participación en cursos presenciales y a distancia, formaciones «¡Respetar Es Necesario!», conferencias, ruedas de interlocución y otras actividades.
- Formación de agentes de seguridad urbana: 6.420 agentes de la Guardia Civil Municipal capacitados en derechos humanos y 4.547 agentes capacitados en mediación de conflictos pasaron por ciclos de formación (trece temas de derechos humanos) en el Centro de Formación en Seguridad Urbana de la Guardia Civil Municipal (SMSU, SMDHC).
- Participación junto al Centro de Formación de la Guardia Civil Municipal para la promoción de los derechos humanos en la cultura institucional, a través de diversas estrategias, tales como: formalización de la sociedad ENAM/MJ, SMSU y SMDHC para formación en mediación de conflictos; reformulación del currículo del Centro de Formación en Seguridad Urbana (doblando el número de horas en el curso anual de práctica profesional (Estágio de Qualificação Profissional, EQP, de cuatro a ocho horas aula); propuestas de nuevas disciplinas en el currículo de formación continua de los cursos del Centro de Formación en Seguridad Urbana; alteración del decreto de contratación de 2.000 nuevos GCM; actuación junto al Consejo Académico del Centro de Formación en Seguridad Urbana; distribución de kits temáticos de Entretodos; preparación de materiales pedagógicos y fortalecimiento de la colección del Centro de Formación en Seguridad Urbana; realización de formaciones temáticas.
- Creación y realización anual de las ediciones de cuatro versiones del Premio Municipal de Educación en Derechos Humanos de la Red Municipal de En-



señanza (2013-2016), el cual fomenta, incentiva y destaca más de cuarenta proyectos premiados, en las categorías de unidad escolar, profesor, estudiante, gremio estudiantil e iniciativas de las unidades educacionales en temas de educación en derechos humanos y de derechos humanos, provenientes de varios territorios, relativos a temas diversificados en derechos humanos (violencia, sustentabilidad, memoria y verdad, nutrición, racismo en la infancia, primera infancia, gestión democrática, movilidad urbana, racismo, igualdad, arte y cultura, diversidad, entre otros), de todas las trece Direcciones Regionales de Enseñanza de la ciudad.

- Creación del Premio de Derechos Humanos Don Paulo Evaristo Arns: por medio del Decreto 55.759/2014 y del Edicto 037/SMDHC/2015, en cuanto homenaje del Municipio de São Paulo a personas (físicas o jurídicas) destacadas en la lucha por la defensa y por la promoción de los derechos humanos, a través de homenaje regularmente concedido en evento público en el Día Internacional de los Derechos Humanos (10 de diciembre), se han homenajeado a tres personalidades públicas, con respeto a la alternancia de género en la deliberación de los nombres, en la lucha histórica por los derechos humanos en la ciudad de São Paulo (Frei Betto, Luiza Erundina y el padre Jaime Crowe).
- Creación del curso de formación de funcionarios públicos municipales: iniciada por la necesidad de formación del gestor público de la propia SMDHC, en sociedad con la Escuela Municipal de Administración de São Paulo (EMASP) y la Secretaría Municipal de Gestión (SMG), ejecutada por la Escuela de Gobierno, con metodologías de enseñanza innovadoras (aulas expositivas, charlas temáticas, vivencias de campo, cine-debates, discursos, conferencias, declaraciones de funcionarios), habiéndose formado y diplomado a 190 funcionarios en derechos humanos de dieciocho Secretarías Municipales diferentes, con matriz curricular, metodología y educadores para la formación de cursos permanentes para funcionarios públicos en temas de derechos humanos («Formación Fundamental en Derechos Humanos y Ciudadanía», 24 horas aula; «Formación en Derechos Humanos EAD», 90 horas-aula)⁶.
- Participación política e intervención en las decisiones sobre el Plan Municipal de Educación de la ciudad de São Paulo: garantía de previsión (SME, SMDHC) en el Plan Municipal de Educación (PME) (Ley Municipal 16.271, del 17 de septiembre de 2015), documento orientador de la actuación de la Secretaría Municipal de Educación, con dos directrices para la educación municipal sobre educación en derechos humanos, válidas para la definición de los caminos

6. El contenido de estos cursos están disponibles en <http://bit.ly/zhKFc1x>.





de la educación para los próximos diez años: «Promoción de la educación en derechos humanos» y «Difusión de los principios de equidad, de la dignidad de la persona humana y del combate a cualquier forma de violencia».

- Creación del Plan Municipal de Educación en Derechos Humanos de la ciudad de São Paulo: producción participativa (que involucra a actores múltiples y varias etapas participativas, a lo largo de un año de trabajo de consultas), y sistematización final del texto del Plan Municipal de Educación en Derechos Humanos (PMEDH), a partir del texto inicial del Plan Nacional de Educación en Derechos Humanos (PNEDH), creado por Decreto Municipal 57.503, del 6 de diciembre de 2016, con vistas a comprobar la unidad y atribuir la fuerza de un marco normativo municipal a las políticas municipales de educación en derechos humanos, a través de siete ejes de organización (educación básica, educación superior, educación no formal, educación en derechos humanos en el servicio público, educación de profesionales de los sistemas de justicia y seguridad urbana, educación y medios de comunicación).
- Creación de cuatro centros de educación en derechos humanos: institucionalización de cuatro centros de educación en derechos humanos (CEDH) (SMDHC, SME/SDH-PR) en centros de educación unificada (CEU), los que actúan como polos de diseminación de la EDH en los siguientes contextos: zona norte (CEU Jardim Paulistano, colección João Eloi do Nascimento); zona sur (CEU Casa Blanca, colección Doña Lurdes-Maria Cecília de Luna); zona este (CEU São Rafael, colección Brayan Yamarico); zona oeste (CEU Pera Marmelo, colección Seu Souza). Estos centros tienen como pilares de actuación los siguientes ejes de trabajo: gestión democrática, articulación territorial, producción de material didáctico-pedagógico, formación de profesionales de la educación y, por fin, colecciones temáticas de educación en derechos humanos en las bibliotecas de los CEU (que reúnen, en total, más de 5.400 libros y materiales de derechos humanos). El proyecto fue semifinalista, de entre 346 proyectos inscritos de dieciséis países, del concurso Derechos Humanos en América Latina: ¡Impulsando la Transformación!, organizado y promovido por la entidad Ashoka Changemakers⁷.
- Promoción de festivales de cine: coordinación y realización de cuatro Festivales de Cortometrajes en Derechos Humanos «Entretodos» (SMDHC, SME, SMC, SPCINE), con realizaciones temáticas anuales (2013, «transformaciones»; 2014, «ciudadanía cultural»; 2015, «ciudad educadora»; 2016, «refugiados») junto con formaciones en audiovisual y derechos humanos que alcanzaron a

7. Información sobre el concurso disponible en <http://bit.ly/2uFRqgU>.





2.062 personas y lograron un impacto general de público en las exposiciones estimado en 32.000 personas, quienes llegaron a puntos de exhibición (de cultura y de educación) esparcidos por los diversos territorios de São Paulo, en especial los espacios de las periferias (2013, 45 puntos; 2014, 57 puntos; 2015, 76 puntos; 2016, 20 puntos). En ellos se premió a veintidós directores de cine y productores culturales.

- Estructuración de instancias políticas participativas y democráticas: formación de instancias colectivas de deliberación sobre la política municipal de educación en derechos humanos, tales como el Grupo de Trabajo Intersecretarial de Educación en Derechos Humanos (GTiEDH, SME/SMDHC), el Núcleo de Educación en Derechos Humanos (NEDH, SME/SMDHC), el Grupo de Trabajo Intersecretarial de Entretodos (SMC, SME, SMDHC, SPCine), todos activos de 2013 a 2016, cuando crearon e institucionalizaron el Comité Municipal de Educación en Derechos Humanos (CMEDH).
- Promoción de seminarios de educación en derechos humanos: coordinación y realización de un Seminario Municipal de Seguridad Urbana y Promoción de los Derechos Humanos (SMDHC, SMSU) y dos Seminarios Municipales de Educación en Derechos Humanos (SMDHC y SME).
- Producción de materiales pedagógicos: desarrollo de materiales pedagógicos de calidad, libres, públicos y gratuitos para apoyar acciones formativas, que consideran los diversos públicos afectados (profesionales de la educación, funcionarios públicos municipales, guardias civiles municipales, público del área de cine y cultura), tales como: mil ejemplares del libro *Primer Premio Municipal de Educación en Derechos Humanos. Informes de experiencia*; los tres libros en formato PDF *Segundo, Tercero y Cuarto Premio Municipal de Educación en Derechos Humanos. Informes de experiencia*; cinco mil ejemplares del Plan Nacional de Educación en Derechos Humanos (PNEDH); mil ejemplares del material «¡Respetar es necesario! Educación en derechos humanos»; cinco mil ejemplares del libro *Sistematización de prácticas de la Educación Básica* (organizado por Paulo César Carbonari); el libro *Centros de educación en derechos humanos de la ciudad de São Paulo. Territorios, educación y ciudadanía*; seis mil copias de los DVD temáticos «Entretodos» (*Ancianos; Emigrantes; Juventud; Niños y adolescentes; Derecho a la memoria y a la verdad/Violencia urbana; LGBT; Medios de comunicación y derechos humanos/Trabajo decente; Derecho a la ciudad/Participación social; Población de las calles/Alcohol y drogas*)⁸.

8. Todos los materiales se encuentran disponibles de forma abierta para uso y consulta en <http://portaledh.educapx.com>.



- Elaboración de dictamen pareceres: dictamen favorable a la inclusión, en el currículum escolar de la red municipal de enseñanza, de la temática «derechos humanos» en la enseñanza fundamental, por medio de proyecto de ley 261/11 del Concejal Jamil Murad, a través de la Ley 16.493, de 18 de julio de 2016, que, en su artículo 1 dispone: «Queda incluido en las disciplinas de Historia/Geografía del currículum de la enseñanza fundamental de las escuelas de la red municipal de enseñanza, un tema específico para debate y comprensión de los derechos humanos».
- Creación del Comité Municipal de Educación en Derechos Humanos: creación, por medio de Decreto Municipal, del Comité Municipal de Educación en Derechos Humanos (CMEDH) de 2016, con la tarea de acompañar y monitorear la implementación del Plan Municipal de Educación en Derechos Humanos y las políticas públicas municipales de educación en derechos humanos.
- Apoyo a la Política Municipal de Primera Infancia: colaboración en el desarrollo de la política municipal volcada en la primera infancia, con énfasis en la actuación del proceso de creación de la Fundación de Protección y Defensa del Consumidor Municipal, y en el desincentivar la publicidad infantil abusiva o engañosa, actuándose bajo consulta preparatoria del Decreto Municipal 56.871, del 15 de marzo de 2016.
- Desarrollo de normas legales para el desincentivo a la publicidad infantil: creación de previsión legal de la necesidad de que la Fundación de Protección y Defensor del Consumidor actúe para «participar en la elaboración y acompañamientos de políticas públicas de desestimulo de publicidad engañosa y abusiva, inclusive la dirigida a niños y adolescentes» (artículo 5, inciso 18), y la «promoción de actividades y eventos educativos, culturales y científicos y en la edición de material informativo relacionado con la educación, protección y defensa del consumidor, inclusive en campañas de prevención de publicidad engañosa y abusiva dirigida a niños y adolescentes» (artículo 17, inciso 2), por medio de las sugerencias de texto participativo en el momento de la formulación jurídica del texto del Decreto Municipal 56.871, que creó la figura del Defensor del Consumidor Paulistano.

Conclusiones

El esfuerzo mayor del desafío de hacer posible la educación en derechos humanos en la realidad de los estudios y trabajos de muchas personas en la ciudad de São Pablo fue entre 2013 y 2016. Desde la creación de la Secretaría Municipal de Educación en Derechos Humanos, las etapas del trabajo fueron integralmente realizadas, y las



«metas da Prefeitura» en este ámbito fueron cumplidas en su totalidad, con destaque de los resultados objetivos y cuantitativos alcanzados, y el que éstos hayan sido muy productivos, junto con la incorporación en las leyes municipales de algunos de los legados de las políticas públicas.

Así, como balance, se considera que la Política Municipal de Educación en Derechos Humanos fue institucionalizada e introducida en los ámbitos más importantes en que su presencia era urgente y necesaria. Pero, posiblemente, la consolidación de las políticas públicas de educación en derechos humanos ocurrirá en una etapa posterior, a medida que hayan disminuido las primeras barreras y prejuicios en torno al tema, pues se sabe que los caminos en la educación en derechos humanos se encuentran mejor encauzados, situados y dirigidos, y se tiene presente que el objetivo para futuras iniciativas y políticas del área está mejor definido, conforme al plan de acción, por medio del documento normativo municipal que da forma al conjunto de conquistas para la ciudad de São Paulo en este campo: el Decreto 57.503/2016, que institucionaliza el Plan Municipal de Educación en Derechos Humanos (PMEDH). Queda claro que los avances y conquistas invitan a nuevas tareas futuras⁹ y que este documento puede servir de base para inspirar otras experiencias municipales, estatales y nacionales. Así, la experiencia de una megalópolis como la ciudad de São Paulo puede también fortalecer e inspirar la ejecución de experiencias en otros países.

Pero, teniendo presente el actual alto nivel de inestabilidad, considerados el escenario de crisis económica y las dificultades políticas actuales del Brasil, es difícil anticipar cualesquiera que sean las perspectivas de futuro para la educación en derechos humanos.

Referencias

- BENEVIDES, Maria Victoria (2009). *Fé na luta*. São Paulo: Lettera.doc.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca (2013). *Democracia, justiça e emancipação social. Reflexões jusfilosóficas a partir do pensamento de Jürgen Habermas*. São Paulo: Quartier Latin.
- . (2016). «Os desafios de implementação das diretrizes nacionais para a educação em direitos humanos». En Gilberto Bercovici y otros (coordinadores), *Desafios dos direitos humanos no século XXI*, 163-176. São Paulo: Quartier Latin.
- BUCCI, Maria Paula Dallari (2002). *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- FREIRE, Paulo (2013). *Pedagogia da autonomia. Saberes necessários à prática educativa*. 46.^a ed. Río de Janeiro: Paz e Terra.

9. «Una vez más, y a base de insistir: avanzamos, y tenemos un largo camino por delante» (Benevides, 2009: 339).





SCHILLING, Flávia (2014). *Educação e direitos humanos. Percepções sobre a escola justa*. São Paulo: Cortez.

Apêndice: Outros recursos consultados

- ARAÚJO, Ulisses Ferreira (2010). «Ética e direitos humanos na formação docente». En Lúcia de Fátima Guerra y otros (organizadores), *Direitos humanos na educação superior. Subsídios para a educação em direitos humanos na Pedagogia*, 327-337. João Pessoa: Editora Universitária da UFPB.
- BARBOSA E MELO, Vilma de Lurdes (2014). «Mídias e material didático no espaço escolar. A abordagem dos direitos humanos e diversidades no livro didático». En Elio Chaves Flores y otros (organizadores), *Educação em direitos humanos e educação para os direitos humanos*, 141-169. João Pessoa: Editora Universitária da UFPB.
- BENEVIDES, Maria Victoria. (2010). «Direitos humanos: desafios para o século XXI». En Rosa Maria Godoy Silveira y otros, *Educação em direitos humanos. Fundamentos teórico-metodológicos*, 335-350. Brasília: Secretaria Especial de los Derechos Humanos de la Presidencia de la República.
- . (2015). *Respeitar é preciso! Educação em direitos humanos*. São Paulo: Instituto Vladimir Herzog; Secretaria Municipal de Direitos Humanos e Cidadania; Secretaria Municipal de Educação.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca (2011). *Democracia, justiça e direitos humanos. Estudos de teoria crítica e filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva.
- . (2014). «A experiência da Associação Nacional de Pesquisa e Ensino em Direitos Humanos (ANDHEP). Gestão, execução e representação». En Giuseppe Tosi y otros (organizadores), *A formação em direitos humanos na educação superior no Brasil. Trajetórias, desafios e perspectivas*, 375-396. João Pessoa-Paraíba: Editorial Universitária da UFPB.
- . (2016). «O procon municipal e a publicidade infantil». En Ana Estela Haddad (organizadora), *São Paulo Carinhosa. O que grandes cidades e políticas intersetoriais podem fazer pela primeira infância*, 413-421. São Paulo: Secretaria Municipal de Cultura.
- CARBONARI, Paulo César (coordenador) (2014). *Educação em direitos humanos. Sistematização de práticas da educação básica*. São Paulo, Passo Fundo: Município de São Paulo, IFIBE.
- COMITÊ NACIONAL DE EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS (2013). *Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos*. Brasília, São Paulo: Secretaria de Derechos Humanos de la Presidencia de la República; Secretaria Municipal de Derechos Humanos y Ciudadanía; Unesco; MEC; MJ.





- HARVEY, David (2014). *Cidades Rebeldes: do direito à cidade à revolução urbana*. São Paulo: Martins Fontes.
- PREFEITURA DE SÃO PAULO (2015). *Respeitar é preciso! Educação em direitos humanos*. São Paulo: Instituto Vladimir Herzog; Secretaría Municipal de Derechos Humanos y Ciudadanía; Secretaría Municipal de Educación.
- . (2014). 1º. *Prêmio Municipal de Educação em Direitos Humanos da cidade de São Paulo. Relatos de experiência*. 1.ª ed. São Paulo: Secretaría Municipal de Derechos Humanos y Ciudadanía; Secretaría Municipal de Educación.
- . (2015). 2º. *Prêmio Municipal de Educação em Direitos Humanos da cidade de São Paulo. Relatos de experiência*. 1.ª ed. São Paulo: Secretaría Municipal de Derechos Humanos y Ciudadanía; Secretaría Municipal de Educación, 2015.
- . (2016a). 3º. *Prêmio Municipal de Educação em Direitos Humanos da cidade de São Paulo. Relatos de experiência*. 1.ª ed. São Paulo: Secretaría Municipal de Derechos Humanos y Ciudadanía; Secretaría Municipal de Educación.
- . (2016b). 4º. *Prêmio Municipal de Educação em Direitos Humanos da Cidade de São Paulo. Relatos de experiência*. 1.ª ed. São Paulo: Secretaría Municipal de Derechos Humanos y Ciudadanía; Secretaria Municipal de Educación.
- . (2016c). *Centros de Educação em Direitos Humanos da cidade de São Paulo. Territórios, educação e cidadania*. São Paulo: Ciudad Escuela Aprendiz; Secretaría Municipal de Derechos Humanos y Ciudadanía, Secretaria Municipal de Educación.
- VAINER, Carlos (2013). «Quando a cidade vai às ruas». En *Cidades Rebeldes. Passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil*, 35-40. São Paulo, Carta Maior: Boitempo.

Sobre el autor

EDUARDO C. B. BITTAR es profesor asociado del Departamento de Filosofía y Teoría General del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo. Doctor en Filosofía y Teoría Derecho (1999) de la misma casa de estudios. Fue vicepresidente de la Asociación Brasileña de Filosofía del Derecho (ABRAFI-IVR). Fue coordinador de Educación en Derechos Humanos de la Secretaría Municipal de Derechos Humanos y Ciudadanía de São Paulo (SMDHC). Artículo traducido por Ana Bilbao. Su correo electrónico es edubittar@uol.com.br.





INTERNACIONAL

Internamientos involuntarios y tratamientos forzados en psiquiatría: Autonomía y no discriminación como estándar de derechos humanos

*Involuntary placement and forced treatment in psychiatry:
Autonomy and non-discrimination as a human rights standard*

Francisca FIGUEROA SAN MARTÍN

Pontificia Universidad Católica de Chile

RESUMEN El artículo describe los actuales estándares de derechos humanos aplicables a las prácticas de internamiento involuntario y tratamiento forzado que se despliegan cotidianamente en el contexto psiquiátrico. Amparadas por la legalidad y el discurso terapéutico, permanecen vigentes en Chile y parte importante del mundo formas invisibilizadas de privación de libertad y sujeción de las personas a intervenciones altamente invasivas para su integridad física y psíquica en centros de salud mental, las que, en ausencia de un consentimiento libre e informado, constituyen una grave vulneración de los derechos reconocidos por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Se expondrá el contenido de aquellos estándares y las recientes recomendaciones para su implementación, a la luz de los pronunciamientos del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el informe sobre integración en salud mental y derechos humanos, elaborado por el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

PALABRAS CLAVE Autonomía, no discriminación, discapacidad, salud mental, psiquiatría.

ABSTRACT This article describes the current standards of human rights, applicable to involuntary placement and forced treatment practices that take place daily in the context of psychiatry. Protected by legality and a therapeutic discourse, there remain in Chile and in an important part of the world, invisible ways of deprivation of liberty and subjection of people to highly invasive interventions, affecting their physical and mental integrity in mental health centers, which in the absence of free and informed consent, constitute serious violations of the rights recognized by the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. The content of those standards and recent recommendations



on their implementation will be offered, in light of the comments made by the Committee on the Rights of Persons with Disabilities and the report about integration in Mental Health and Human Rights prepared by the United Nations High Commissioner for Human Rights.

KEYWORDS Autonomy, non-discrimination, disability, mental health, psychiatry.

Planteamiento y metodología

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CRPD) (Naciones Unidas, 2006a) constituye actualmente el más específico estándar de protección de derechos humanos respecto de las personas en situación de discapacidad mental o psicosocial. Fruto de un proceso de negociaciones inclusivo, que atendió desde la horizontalidad las voces de quienes han padecido la experiencia de la internación involuntaria y el tratamiento forzado en los dispositivos de salud mental (Palacios, 2008: 424), el instrumento tomó posición por la prohibición absoluta de aquellas prácticas coactivas que, amparadas en racionalidades decimonónicas de tutela y defensa social, se despliegan en ausencia del consentimiento libre y voluntario de la persona a quien afectan. De esta forma, dicha Convención ha promovido un cambio cultural basado en el reconocimiento de la dignidad, autonomía y no discriminación de las personas con discapacidad en la toma de decisiones respecto a su salud (Figueroa, 2017: 138).

Tales prácticas, que obedecen a un paradigma *medicalizador* respecto a la diversidad psíquica, el cual actualmente se encuentra cuestionado desde el enfoque de derechos humanos, son de tal afectación para la integridad de la persona que, cometidas sin su consentimiento libre y voluntario, constituyen actos de discriminación por motivos de discapacidad y abren paso a un debate de fondo respecto a su carácter de tortura, de conformidad al artículo 15 de la CRPD en relación al artículo 1 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (CAT) (Naciones Unidas, 1984; Minkowitz, 2007: 413-426; Relator sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, 2008, 2013).

Previo a esta consideración, en el derecho internacional de los derechos humanos se encontraban permitidas tales prácticas. El ejemplo más claro son los Principios de protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental, adoptados por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1991, que sirvieron de marco a la mayoría de las legislaciones en salud mental vigentes en el mundo (Organización Mundial de la Salud, 2006). En éstos se utiliza un lenguaje *patologizador* respecto a las afectaciones psicosociales, y si bien en su oportunidad constituyeron un avance al incorporar el derecho a defensa de la persona ante la internación psiquiátrica involuntaria —no implementado en Chile—, establecen mecanismos de sustitución de la voluntad que exceptúan el ejercicio de su derecho al consentimiento



libre e informado a criterio médico. Es por este motivo que dichos estándares han sido sustituidos por aquellos contenidos en la CRPD en cuanto instrumento más avanzado de protección, de conformidad al principio de no regresividad en materia de derechos humanos (ACNUDH, 2007: párrafo 22).

Anclado en el reconocimiento de la autonomía y capacidad jurídica de la persona para la toma de decisiones en relación a su salud, y en una aplicación incondicional del principio de no discriminación, la CRPD abre paso a un cambio de paradigma en el derecho internacional de los derechos humanos, pues prohíbe de forma absoluta por discriminatoria la privación de libertad por motivos de discapacidad, aun cuando tal condición se considere asociada a otros factores, como la necesidad de cuidado o el riesgo de daño a sí mismo o terceros. De igual forma, prohíbe la aplicación de tratamientos forzados o no consentidos en el contexto del internamiento psiquiátrico (Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2015: párrafo 11), con el objetivo de resguardar la autonomía e integridad física y psíquica de la persona.

Revisados antecedentes documentales respecto a la emergencia de los estándares de la CRPD en materia de salud mental, y su actual fenómeno de expansión y difusión por parte de las agencias de Naciones Unidas, se expondrán los recientes lineamientos para su implementación, con el objetivo de contribuir a su comprensión y promover directrices que faciliten el proceso de armonización de leyes y políticas públicas en el ámbito local.

Autonomía y no discriminación, el amparo normativo contenido en la CRPD

El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, reconocido en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Naciones Unidas, 1996), contiene tanto una dimensión asociada al acceso a los servicios, como una esfera de libertades. Lo último contempla el derecho a la libertad para decidir sobre la propia salud y cuerpo, libre de interferencias, tortura e intervenciones médicas no consentidas (Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2013: párrafo 37; ACNUDH, 2017: párrafo 7). Tal contenido se recoge indubitadamente por la CRPD al reconocer en el artículo 12 el *igual reconocimiento como persona ante la ley*, que encuentra en este ámbito aplicación concreta en el ejercicio del derecho al consentimiento libre e informado, contenido en el artículo 25 del instrumento, que resguarda el derecho a la salud sin discriminación por motivos de discapacidad.

Si bien la CRPD se enmarca en la protección de las personas con discapacidad —entendida ésta desde el modelo social—, conforme se pronunció recientemente el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) en su informe de integración de derechos humanos y salud mental, tal marco de protección de derechos humanos debe aplicarse sin distinción tanto a personas con





discapacidades psicosociales, como respecto de personas que, sin encontrarse en tal situación, son usuarias de los servicios de salud mental o padecen alguna condición de salud mental (ACNUDH, 2017: párrafo 5).

Gracias a que comprende la salud mental no sólo como un asunto de carácter médico o científico, sino como un asunto de derechos humanos, dignidad y justicia social, en que se encuentran implicadas las condicionantes de exclusión y precariedad que dan paso a la aflicción psicoemocional en las personas y la construcción de la discapacidad en su contexto (ACNUDH, 2017: párrafos 12-14, 34), el actual posicionamiento de la CRPD es reconocido como el más avanzado estándar de derechos humanos en la materia (ACNUDH, 2017: párrafo 22). Abre cuestionamientos de fondo a las prácticas de internamiento involuntario y tratamiento forzado que se despliegan en los dispositivos de psiquiatría, insta a su abolición (Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2015: párrafo 10; ACNUDH, 2017: párrafo 42) y las coloca dentro del marco jurídico específico sobre privación de libertad, entendida ésta como «cualquier forma de detención o encarcelamiento o de custodia de una persona por orden de una autoridad judicial o administrativa o de otra autoridad pública, en una institución pública o privada de la cual no pueda salir libremente» (Naciones Unidas, 2006b: artículo 4).

El artículo 14 de la CRPD resguarda el derecho a la libertad y seguridad de la persona, esto es, el derecho a la libertad respecto al confinamiento del cuerpo y respecto a lesiones que comprometan la integridad física y mental de la persona en tal contexto (ACNUDH, 2017: párrafo 31). Como bien ha señalado el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2015: párrafo 4), ésta es en esencia una disposición de no discriminación, que prohíbe de forma indubitada la privación de libertad por motivos de discapacidad, esté o no considerada en combinación a otros factores. Este estándar es el que actualmente permite observar críticamente las prácticas de internación involuntaria e institucionalización en psiquiatría, así como los tratamientos que tienen lugar en tal contexto y en ausencia del consentimiento libre e informado, pues las prohíbe de forma categórica y dispone su equivalencia a la privación de libertad arbitraria (Comité sobre los Derechos de las Personas, 2015: párrafo 6).

De igual forma se aplican, respecto al tratamiento forzado, las normas contenidas en los artículos 15 sobre protección contra la tortura, 16 sobre protección contra la explotación, violencia y abuso, y 17 sobre protección a la integridad personal. Esto dado que, como ha señalado el Comité y ACNUDH, el tratamiento forzado y otras prácticas como el aislamiento¹, el uso de contenciones físicas y farmacológicas y la

1. Respecto a este punto, la Declaración de Estambul sobre la utilización y los efectos de la reclusión en régimen de aislamiento prohíbe totalmente su uso en personas con padecimientos mentales. Véase el Anexo 1 en Relator sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (2008).



sobremedicación no sólo violan el artículo 25 de la CRPD, sino que representan de-rechamente malos tratos y pueden llegar a constituir tortura, por lo que se insta a su abolición y la articulación de mecanismos que favorezcan el ejercicio del consentimiento libre e informado en los servicios de salud mental, sin excepción (Comité sobre los Derechos de Personas con Discapacidad, 2013: párrafo 38; 2015, párrafo 12; ACNUDH, 2017: párrafo 33).

Por tanto, aún en el evento de que una persona se encuentre en situación de crisis, vea disminuida su capacidad mental en un caso concreto o se encuentre en una situación en que sea difícil determinar su voluntad, los agentes de los servicios de salud deben abstenerse de sustituir la voluntad de la persona por el criterio médico o de familiares, ajustados a la consideración de la «mejor interpretación de la voluntad y preferencias de la persona», en reemplazo del criterio del «interés superior» (Comité sobre los Derechos de Personas con Discapacidad, 2015: 22-23; ACNUDH, 2017: párrafo 28).

El actual estándar es de fondo. No consiste en la articulación de resguardos procesales para habilitar la intervención psiquiátrica coactiva, sino en su prohibición absoluta, por constituir una vulneración a la dignidad, libertad e integridad de la persona. Tal compromiso no implica en caso alguno la desatención de la persona en el ámbito de su salud; por el contrario, promueve el ejercicio de derechos y su empoderamiento en la experiencia de recuperación. Sobre este punto, el Comité ha referido:

Históricamente, a las personas con discapacidad se les ha negado en muchas esferas de una manera discriminatoria su derecho a la capacidad jurídica, en virtud de regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones como la legislación sobre la salud mental, la tutela y la custodia que permiten el tratamiento obligatorio. Esas prácticas deben ser abolidas, a fin de que las personas con discapacidad recobren la plena capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás (Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2013: párrafo 7).

El fin de la coacción en salud mental, lineamientos iniciales para su implementación

La implementación de los desafíos contenidos en la CRPD implica un posicionamiento ético profundo por la igualdad de derechos, no discriminación y legítima diversidad respecto de quienes padecen la discapacidad psicosocial. En pleno siglo XXI, el instrumento adopta un enfoque de vanguardia desde la óptica del modelo social, que entiende la discapacidad como:

Un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás (CRPD, preámbulo, letra 3).



Esta consideración se hace en contraposición al anterior modelo biomédico-rehabilitador de corte decimonónico, en que la discapacidad se entendía como una enfermedad del sujeto que la padece, respecto de quien deben operar los mecanismos de normalización desarrollados por las disciplinas médicas (Palacios, 2008: 67).

Es precisamente en el contexto psiquiátrico en el que aquella consideración se torna especialmente relevante, por cuanto la *patologización* de la diversidad y malestar psicoemocional habilita una radical asimetría entre las voces terapéuticas y las de quienes son diagnosticados. El Relator sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes refiere esta circunstancia como una desigualdad estructural que habilita terreno a la tortura y malos tratos en el contexto hospitalario, por cuanto:

El desequilibrio en las relaciones de poder entre médicos y pacientes, agravadas por el estigma y la discriminación, hace que las personas de determinados grupos se vean, de forma desproporcionada, en la tesitura de no poder ejercer su derecho al consentimiento informado (Relator sobre tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, 2013: párrafo 29).

Esto los priva de su capacidad jurídica al despojarla de su derecho a tomar decisiones.

Compartiendo la postura de la CRPD y reconociendo sus estándares como frutos de un cambio de paradigma socionormativo, en el cual han sido protagonistas las propias voces del movimiento de usuarios y sobrevivientes de la psiquiatría (Palacios, 2008: 424; Figueroa, 2017: 128), se presentarán algunos lineamientos para su implementación entregados recientemente tanto por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad como por ACNUDH en su informe de integración sobre salud mental y derechos humanos.

En términos generales, se pone de manifiesto la necesidad de generar cambios de fondo, cambios culturales, normativos, de políticas públicas, anclados en el reconocimiento de la autodeterminación e igualdad de derechos de las personas con afectaciones de salud mental (ACNUDH, 2017: párrafo 34), incluyendo niños y niñas. De esta forma, se vuelve esencial la participación de las personas a quienes las prácticas de los servicios de salud mental afectan, cuyas voces deben ser determinantes en la elaboración de políticas públicas que propendan a la implementación de la CRPD en los ámbitos locales, para lo cual el Estado de ejercer un rol de promoción y fortalecimiento de la sociedad civil (ACNUDH, 2017: párrafos 43-44).

Tanto el Comité como ACNUDH han instado a los Estados a revisar la legislación interna de acuerdo con una cabal comprensión de los estándares de la CRPD, por lo que han recomendado evitar políticas públicas que los disminuyan (ACNUDH, 2017: párrafos 23, 28), derogar las leyes que establecen discriminaciones a las personas por motivos de salud mental (ACNUDH, 2017: párrafo 39) y atender a los determinantes



sociales que contribuyen a la construcción de la discapacidad en el ámbito psicosocial, con enfoque intersectorial y de género (ACNUDH, 2017: párrafo 40).

Se insta a articular políticas tendientes a disminuir el estigma y discriminación que sufren las personas con afectaciones de salud mental, a proteger a la persona del internamiento involuntario y tratamiento forzado favoreciendo el ejercicio de su derecho al consentimiento libre e informado, prohibiendo toda forma de sustitución de su voluntad y asegurando disponibilidad y acceso igualitario a los servicios de apoyo para las personas con afectaciones de salud mental. Estas políticas deben incluir en su cobertura a quienes se encuentran en prisiones u otros recintos de detención, y asegurar el acceso a la justicia en el caso de ser víctimas de violaciones de derechos humanos en tal contexto (ACNUDH, 2017: párrafo 41).

En cuanto a la legislación en salud mental, se recomienda que ésta no aborde aspectos relacionados con la capacidad jurídica ni con el derecho a la libertad y seguridad, pues tales ámbitos deben regularse en conformidad con la normativa general aplicable a todas las personas. Se insta a prohibir la privación de libertad basada en la discapacidad o afectación de salud mental, lo que incluye aquellos casos en que se invoca la necesidad de tratamiento o posible peligro para sí o terceros, asegurando el ejercicio del consentimiento libre e informado en todos los casos mediante ajustes de accesibilidad en la información. Así mismo, los Estados deben adoptar un marco legal de apoyo en la toma de decisiones, uno que promueva herramientas como las declaraciones de voluntad anticipadas y el uso del criterio de «la mejor interpretación de la voluntad y preferencias de la persona», en caso de no poder determinarse el contenido de su voluntad (ACNUDH, 2017: párrafos 28, 42).

En cuanto al gasto público en salud mental, se realiza un importante cuestionamiento al advertir que los países cuentan con un escaso presupuesto asignado a tal ítem, destinado principalmente al financiamiento de hospitales psiquiátricos e instituciones asociadas a graves vulneraciones de derechos humanos. En esta línea, se insta a detener la inyección de recursos públicos en el modelo *manicomial* y sus prácticas, y propender a su supresión redireccionando el financiamiento a políticas sociales que tiendan al ejercicio efectivo y sin discriminación de los derechos económicos, sociales y culturales.

Debe fortalecerse la investigación científica en el ámbito de la salud mental, a través de la promoción de enfoques *desmedicalizadores*, como son las técnicas de acompañamiento no coactivas sobre la base de grupos de apoyo mutuo y otras metodologías de diálogo abierto y horizontal que centran los procesos de recuperación de las personas en la intervención comunitaria (ACNUDH, 2017: párrafos 51, 54).

Se debe prohibir la institucionalización forzada en dispositivos de salud mental y promover el ejercicio del derecho a vivir de forma independiente y ser incluido en la comunidad, contenido en el artículo 19 de la CRPD (ACNUDH, 2017: párrafos 11, 19, 20, 45-46, 59), mediante la implementación de políticas de desinstitucionalización





que garanticen un acceso a la asistencia, a cuidados sanitarios, a sistemas de respuesta a las crisis, a grupos de apoyo al interior de la comunidad y a alojamiento en situaciones de emergencia, entre otras (ACNUDH, 2017: párrafo 57).

En relación con la especial situación de salud mental en niños y niñas, se advierte a los Estados que la institucionalización causa importantes daños, al estar asociada a formas de violencia y abuso, por lo que debe propenderse a su fin independiente de si están o no en situación de discapacidad, con el objetivo de resguardar su derecho a vivir en la comunidad y tener una familia (ACNUDH, 2017: párrafo 58).

Por último, el Comité ha instado a la implementación de mecanismos independientes de observación y monitoreo a las instituciones psiquiátricas, con el objetivo de que, contando con participación de la sociedad civil, ejerzan labores de supervisión y revisión a las internaciones involuntarias, sin que esto implique su aceptación (Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2015: párrafo 19). Sobre este punto, tal labor de monitoreo debe contemplar instrumentos específicos y adecuados a los estándares de la CRPD, así como observadores capacitados en tal enfoque, con el objeto de identificar las prácticas de tortura y malos tratos presentes en el contexto hospitalario (Asociación para la Prevención de la Tortura, 2016: 39-41). En éste, el discurso terapéutico es utilizado desde la verticalidad para justificar la sujeción y control de las personas privadas de libertad mediante el uso de contenciones físicas y químicas, aislamiento y procedimientos de gran afectación para su integridad, los que en algunos casos llegan a tener efectos irreversibles, lo cuales causan graves sufrimientos físicos y mentales en quienes los padecen (FRA, 2012: 42, 44).

En tal ámbito de encierro, junto a la posibilidad de eventualmente advertir formas de castigo, intimidación o coacción, encontramos que aun desplegándose tales prácticas sobre la base de una justificación terapéutica, la circunstancia de negar a la persona el ejercicio de su derecho al consentimiento libre e informado en la toma de decisiones, negar la accesibilidad en la información para tomar cabal conocimiento de los riesgos asociados a los tratamientos propuestos, negar el acceso a apoyos para decidir y el no establecimiento de salvaguardias que cautelen que en su decisión no han mediado injerencias indebidas, constituye una evidente discriminación por motivo de discapacidad que vulnera los derechos reconocidos en los artículos 12, 14, 15 y 25 de la CRPD, y habilita espacio al análisis de tales circunstancias bajo el enfoque de la CAT (Relator sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, 2008: párrafos 45-51; 2013: párrafos 17-22). Por su parte, el artículo 15 de la CRPD extiende literalmente la protección de la persona respecto a experimentos médicos o científicos, por lo que prohíbe su realización sin libre consentimiento. Todo lo cual implica necesariamente que los instrumentos de monitoreo de tortura y malos tratos aplicables a las instituciones psiquiátricas deben contar con una arista específica de observación a la internación involuntaria, tratamiento forzado y experimentación en personas con discapacidades psicosociales, para adecuar la observación de tales cir-





cunstancias en conformidad con los estándares contenidos en la CRPD y promover la implementación de los mismos mediante la visibilización de tales prácticas en su tan cuestionada dimensión.

Conclusiones

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad constituye el marco normativo más avanzado y específico en materia de protección de derechos humanos respecto de las personas con discapacidad psicosocial o usuarias de los servicios de salud mental y psiquiatría.

Tal instrumento constituye un cambio de paradigma en la forma de abordar la discapacidad, pues toma posición por una comprensión social de aquella condición mediante el reconocimiento de la diversidad psíquica como parte de la diversidad humana, con lo cual abandona el estigma de enfermedad, peligrosidad e incapacidad en que se anclan las prácticas de internación involuntaria y tratamiento forzado en el contexto psiquiátrico, las que gozan de lamentable actualidad en Chile y el mundo.

En lo medular, el actual estándar de derechos humanos prohíbe de forma absoluta la privación de libertad por motivos de discapacidad, por lo que insta al reconocimiento de la capacidad jurídica de la persona en lo que respecta a la toma de decisiones en materia de salud, a la disponibilidad y accesibilidad en la información para hacerla efectiva, al establecimiento de mecanismos de apoyo para el ejercicio de tal voluntad mediante el consentimiento libre e informado respecto de todas y cada una de las prácticas que puedan afectarle, así como al instauración de salvaguardias que cautelen su voluntad y preferencias.

Los actuales estándares de derechos humanos nos muestran que las prácticas de internamiento involuntario y tratamiento forzado que se despliegan en los contextos hospitalarios de salud mental deben derechamente abolirse, por cuanto constituyen discriminaciones por motivos de discapacidad, equivalen a la privación de libertad arbitraria y, en la medida en que cumplan con los estándares establecidos en la CAT, pueden dar lugar además a su calificación como tortura.

Para efecto de su implementación, las agencias de las Naciones Unidas se encuentran en proceso de generar lineamientos y directrices que permitan a los Estados avanzar hacia la erradicación de las prácticas coactivas en el ámbito psiquiátrico, y a la configuración de políticas sociales de desinstitucionalización y acceso a la salud con un enfoque de derechos humanos, de acompañamiento *desmedicalizador*, horizontal y comunitario, que centre su atención en los determinantes sociales que se implican en los estados de aflicción de las personas y la configuración de la discapacidad psicosocial en su contexto.





Referencias

- ACNUDH, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2017). «Mental health and human rights». A/HRC/34/32.
- ASOCIACIÓN PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA (2016). *Monitoring psychiatric institutions. Outcome report*. Ginebra: Asociación para la Prevención de la Tortura, 39-41. Disponible en <http://bit.ly/2kwaucY>.
- COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (2013). *Observación general sobre el artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley*. CRPD/C/11/4.
- . (2015). *Guidelines on article 14 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. The right to liberty and security of persons with disabilities*. Ginebra: Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.
- FIGUEROA, Francisca (2017). «Voces de usuarios y sobrevivientes de la psiquiatría contenidas en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Un nuevo paradigma abre camino en Chile». *Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos*, 1 (1): 123-142. Disponible en <http://bit.ly/2vwccxm>.
- FRA, Agencia de la Unión Europea para los Derechos Fundamentales (2012). *Involuntary placement and involuntary treatment of persons with mental health problems*. Viena: Agencia de la Unión Europea para los Derechos Fundamentales.
- MINKOWITZ, Tina (2007). «The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the right to be free from nonconsensual psychiatric interventions». *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, 34 (2): 405-428. Disponible en <http://bit.ly/2vMiMiO>.
- NACIONES UNIDAS (1966). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Adoptada el 16 de diciembre de 1966.
- . (1984). *Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*. Adoptada el 10 de diciembre de 1984.
- . (1991). *Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental*. Adoptada el 17 de diciembre de 1991.
- . (2006a). *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Adoptada el 13 de diciembre de 2006.
- . (2006b). *Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*. Adoptado el 22 de junio de 2006.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (2006). *Manual de recursos de la OMS sobre salud mental, derechos humanos y legislación*. 1.^a ed. Ginebra: Organización Mundial de la Salud. Disponible en: <http://bit.ly/1ys6t4b>.
- PALACIOS, Agustina (2008). *El modelo social de discapacidad. Orígenes, caracteriza-*





ción y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. 1.^a ed. Madrid: Cinca.

RELATOR SOBRE LA TORTURA Y OTROS TRATOS O PENAS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES (2008). *Informe provisional del relator sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*. A/63/175.

—. (2013) *Informe del relator sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*. A/HRC/22/53.

Sobre la autora

FRANCISCA FIGUEROA SAN MARTÍN es abogada. Licenciada en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Máster en Criminología, Política Criminal y Sociología Jurídico-Penal de la Universidad de Barcelona, y máster en Derecho Penal de la Universidad de Sevilla. Leasur ONG, Santiago de Chile. Su correo electrónico es franciscafsm@gmail.com.





INTERNACIONAL

Cambio de foco en la priorización de casos de la Corte Penal Internacional: Los delitos ambientales

*Changing the scope in the prioritization of the International Criminal Court:
Environmental crimes*

Sebastián SMART

University College, Londres

RESUMEN El 15 de septiembre de 2016, la Oficina del Fiscal de la Corte Penal Internacional emitió un documento sobre priorización y selección de casos a ser investigados que tuvo gran repercusión mediática en grupos defensores del medioambiente. Dicha repercusión se basó principalmente en los párrafos 40 y 41 del documento, que abren la puerta a la focalización de investigación y persecución de crímenes ambientales en el contexto de la CPI. A pesar del impacto mediático, la doctrina no ha elaborado las potencialidades y limitaciones de esta nueva herramienta. Bajo un análisis del documento de priorización, este trabajo busca contribuir a dicha discusión, hasta llegar a la conclusión de que si bien esta nueva política no significa que se cambia la competencia de la Corte, se trata de un importante cambio de foco que puede avanzar en evitar la impunidad con la que la comunidad internacional ha tratado dichos crímenes.

PALABRAS CLAVE Corte Penal Internacional, delitos ambientales, defensores de derechos humanos.

ABSTRACT On September 15, 2016, the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court issued a document on prioritization and case selection of cases to investigate that had great media impact, mainly on groups that defend the environment. This impact was primarily based on paragraphs 40 and 41 of the document, which leaves an open door to investigate and prosecute environmental crimes in the context of the ICC. Despite the media impact, the doctrine has not elaborated the potentialities and limitations of this new tool. Under an analysis of the prioritization document, this paper seeks to contribute to this discussion, concluding that although this new policy does not mean that the Court's competence is been modified, it is an important change of focus that can contribute to avoid the current impunity existent in such crimes.



KEYWORDS International Criminal Court, environmental crimes, human rights defenders.

Introducción

Desde que la Corte Penal Internacional tiene jurisdicción, ésta ha investigado principalmente crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, por lo que ha dejado de lado la investigación de crímenes que tendrían similar relevancia en materia de violaciones del derecho internacional de los derechos humanos, dentro de ellos, los delitos económicos, sociales y culturales, los delitos ambientales y los delitos que se cometen contra defensores del medioambiente¹. En este sentido, la Corte ha evadido tanto la relación que existe entre los principios y obligaciones generales del derecho internacional de los derechos humanos y del medioambiente (Naciones Unidas, 1968)² como la profundización y elaboración de dicha interconexión realizada por una vasta jurisprudencia internacional (Sands y Peel, 2012: 773-798).

Aunque se entienden los factores históricos y políticos que explican la focalización de la Corte, no deja de llamar la atención que las víctimas de ciertas violaciones de derechos económicos, sociales y culturales consagradas como crímenes graves en un contexto de guerra queden desprotegidas en contextos de paz³. Con ello se genera un marco de impunidad penal por las graves violaciones a derechos humanos que se relacionan, dentro de otros, con el medioambiente (Drumbl, 2000; Skogly, 2001). Con el fin de comenzar a dar solución a dichas violaciones, el 15 de septiembre de 2016, la Fiscalía de la Corte publicó un nuevo documento de priorización y selección de casos que, dentro de otros, focaliza la selección de casos que han sido históricamente desatendidos, entre ellos la destrucción del medioambiente, la explotación ilegal de los recursos naturales y la desposesión ilegal de tierras (Corte Penal Internacional, 2016: párrafos 40-41), lo que deja una ventana abierta para conocer los delitos medioambientales.

1. Todos los casos cerrados en la Corte (cinco casos) tratan sobre crímenes de lesa humanidad y dos de ellos tratan también sobre casos de crímenes de guerra, ninguno de ellos referidos a la destrucción ambiental como forma de crimen de guerra. Por otra parte, ninguno de los diez casos que actualmente se encuentran bajo investigación hacen referencia a crímenes relacionados con violaciones de defensores de las tierras o del medioambiente. Ver más información en el sitio de la Corte Penal Internacional, disponible en <http://bit.ly/2cXvC5N>.

2. Véase el vigésimo tercer período de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, resolución 2.398 (XXIII), adoptada el 3 de diciembre de 1968. En el preámbulo se declaran los principios de protección y prevención ambiental para la presente y futuras generaciones. Principios que también se han consagrado a nivel regional. Ver, por ejemplo, el artículo 11 del Protocolo de San Salvador en Organización de Estados Americanos (1988).

3. El Estatuto de Roma consagra el delito de destrucción ambiental, experimentos médicos en personas o derecho a la alimentación. Véase Naciones Unidas (1998), artículos 8.2.b.iv, 8.2.b.x y 8.2.b.xxv.





Se trata de una transformación novedosa de la Corte cuyo potencial efecto en materia de protección y reparación de derechos ambientales y de violaciones de derechos de defensores de derechos humanos y del medioambiente ha sido escasamente desarrollado por la doctrina. La novedad de este trabajo recae, pues, precisamente en iniciar la discusión sobre el potencial efecto de dicho documento de priorización. Para ello, en la primera parte de este trabajo se tratará sobre los aspectos novedosos y los pasos metodológicos utilizados por la Fiscalía para seleccionar casos, en la segunda parte se analizan tanto el potencial impacto como las limitaciones del documento de priorización, mientras que en la tercera parte se elaboran las formas que podría utilizar la Corte para tratar los delitos ambientales y aquellos que se cometen contra defensores de derechos humanos y del medioambiente. El trabajo concluye que la transformación en la priorización y selección de casos no significa que se amplía la competencia de la Corte, sino simplemente —pero no menos importante— una nueva forma de seleccionar casos a investigar ampliando la posibilidad para que la Corte se enfoque en violaciones a derechos humanos que ocurren, por ejemplo, en el contexto extractivista que predomina en América Latina.

El documento de priorización

El documento de priorización propuesto por la Fiscalía resume las guías para el ejercicio discrecional que ejerce dicho órgano de la Corte en la selección y priorización de casos en una situación grave o casos graves que ocurren en distintas situaciones. Es un documento que autorreconoce sus limitaciones, ya que se basa en la incapacidad práctica de la Corte de investigar y perseguir todos y cada uno de los crímenes cometidos en una situación específica (Corte Penal Internacional, 2016: párrafo 11). Es, pues, un mecanismo para que la Fiscalía determine la relevancia de los casos a ser investigados y, aunque el esperado criterio es que éste evolucione en concordancia con la jurisprudencia de la Corte (Corte Penal Internacional, 2016: párrafos 4-5), lo esperable sería justamente lo contrario, es decir, que la jurisprudencia de la Corte evolucione de acuerdo con la ruta propuesta por la Fiscalía. Aunque la decisión de la Corte no signifique la consagración de nuevos derechos, ni mucho menos la ampliación de su competencia, es un pequeño paso que permite pensar en la posibilidad de futura jurisprudencia en materia de delitos ambientales en virtud de la actual consagración de delitos establecidos en el Estatuto de Roma.

En términos concretos, la nueva política de la Fiscalía propone seleccionar casos de acuerdo con principios, criterios legales y características específicas de los crímenes. El primer filtro para dicha selección se basa entonces en los principios de independencia, imparcialidad y objetividad⁴. Sin embargo, el Estatuto de Roma reconoce

4. El principio de independencia señala que la Fiscalía debe actuar independiente de las instrucciones





que la Corte debe también observar —para la selección de casos— su jurisdicción⁵ y seguir los criterios de complementariedad y gravedad para determinar su competencia⁶. Además, al menos desde el año 2007, la Corte reconoce el interés de las víctimas para obtener justicia y su protección en la selección de los casos a ser investigados (Corte Penal Internacional, 2007). Por último, como aspecto novedoso de las regulaciones recientes de la Fiscalía, la Corte se basará en las características específicas del caso que dicen relación con la gravedad de los crímenes, el grado de responsabilidad del autor y las acusaciones aplicables al caso en concreto.

Lo novedoso del documento recae entonces en la metodología que utilizará la Fiscalía para seleccionar los casos a investigar. En este sentido, el documento emitido por la Fiscalía viene a complementar la guía adoptada el año 2013, que establece el mecanismo para definir las situaciones prioritarias y que se basan en los ya descritos principios y reglas legales (Corte Penal Internacional, 2013b). Tomando en consideración dicha metodología, la Fiscalía establece tres criterios para la selección de casos.

El primero es el criterio de gravedad de los crímenes. Para determinar la gravedad, la Fiscalía establece reglas específicas que permiten evaluar la escala, naturaleza, forma de comisión e impacto de los crímenes. La escala sería medida, dentro de otros parámetros, por el número de víctimas directas e indirectas, la extensión del daño (particularmente daño físico y psicológico de las víctimas y sus familiares) y la intensidad geográfica y temporal de los crímenes (Corte Penal Internacional, 2016: párrafo 38). La naturaleza de los crímenes se refiere a los elementos objetivos del delito, es

de cualquier agente externo, en este sentido, la Fiscalía no está sujeta a las comunicaciones de Estados, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas o de comunicaciones individuales (Corte Penal Internacional, 2013a: capítulo 2, sección 2). El principio de imparcialidad se refiere a la obligación de la Fiscalía de investigar a todos los grupos o partes que se ven involucrados en una particular situación de gravedad, sin hacer distinción de Estados ni de individuos (Corte Penal Internacional, 2013a: capítulo 2, sección 6). Por último, el principio de objetividad se refiere a que en el proceso de selección de casos se debe atender a la información y evidencia disponible y accesible.

5. Para determinar la jurisdicción de la Corte se deben observar los principios de nacionalidad y territorialidad y las limitaciones impuestas a ellos por el artículo 12 del Estatuto de Roma. El principio de territorialidad permite a la Corte investigar crímenes cometidos en un Estado parte, aunque estos hayan sido cometidos por una persona que tenga la nacionalidad de un Estado que no es parte del Estatuto de Roma. El principio de nacionalidad señala que podrá investigarse la comisión de delitos cometidos por quien tenga la nacionalidad de un Estado parte, aunque éstos hayan sido cometidos en un territorio de un Estado que no es parte del Estatuto de Roma. La excepción a los principios de territorialidad y nacionalidad está expresada en el artículo 13 del Estatuto de Roma.

6. En este sentido, la Corte observará si el Estado parte está ya investigando los mismos crímenes y las mismas conductas, además de observar si los procedimientos locales tienen la capacidad de realizar dicha investigación sin vicios. En cuanto a la gravedad, la Corte hace un examen cualitativo y cuantitativo de la escala, naturaleza, forma de comisión e impacto de los crímenes (Corte Penal Internacional, 2013b: párrafos 59-66).



decir, si ocasionó muerte, violación o crímenes sexuales, crímenes contra niños, persecución o imposición de formas de vida a un grupo de personas determinado (Corte Penal Internacional, 2016: párrafo 39). La forma de comisión se refiere a los métodos empleados para cometer el delito, dependiendo de si ellos fueron sistemáticos, organizados, en abuso de poder, dentro de otros parámetros (Corte Penal Internacional, 2016: párrafo 40). La Fiscalía también tomará en consideración el impacto de los crímenes, según la vulnerabilidad de las víctimas, el terror instalado o el daño social, económico o ambiental infligido a las comunidades (Corte Penal Internacional, 2013: párrafo 41).

El segundo criterio es el de responsabilidad de los autores. Tomando en consideración este criterio, la Fiscalía ha determinado que lo primero que hará será enfocarse en la identificación de las organizaciones (incluidas sus estructuras) y en los individuos responsables por la comisión de los crímenes. El foco se pondrá en mandos altos y medios de las organizaciones, a menos que alguna persona, ejerciendo cargos menores, haya cometido una actuación particularmente grave o notoria. Se señala, además, que la responsabilidad será evaluada con base en la naturaleza del comportamiento ilegal, al nivel de participación e intención, a la existencia de algún motivo que conlleve discriminación y a cualquier tipo de abuso de poder (Corte Penal Internacional, 2016: párrafo 43)⁷.

Finalmente, el tercer criterio para la selección de casos se basa en las acusaciones aplicables al caso en particular. En este sentido, señala la Fiscalía que los cargos elegidos pretenden no sólo buscar que los crímenes atroces no queden impunes, sino también que las acusaciones elegidas constituyan una muestra representativa de los tipos de victimización y de las comunidades afectadas por dichos crímenes. En un acto novedoso, la Oficina Fiscal señala que pondrá especial atención a los crímenes que han sido especialmente desatendidos por la Corte, tales como crímenes que afectan a niños, violaciones y otros delitos sexuales, ataques contra la cultura, religión u objetos históricos y protegidos, y crímenes cometidos por fuerzas humanitarias de paz (Corte Penal Internacional, 2016: párrafo 46).

¿Se amplía la competencia de la Corte Penal Internacional a delitos medioambientales?

La prensa y el mundo medioambiental reaccionó rápidamente al documento de priorización planteado por la Fiscalía señalando que con esto se estaría generando una importante transformación en la competencia de la Corte⁸, pues la destruc-

7. Véase, además, Naciones Unidas (1998), artículos 8.2.b.ix y 8.2.e.iv.

8. Véase, por ejemplo, el artículo de John Vidal y Owen Bowcott publicado en *The Guardian* el 15 de septiembre de 2016, disponible en <http://bit.ly/2cdfv6E>; o de Chris Arsenault, publicado por Thomson





ción medioambiental podría ser catalogada como un crimen de lesa humanidad⁹ y que los directores de empresas podrían ser acusados ante la Corte por delitos medioambientales¹⁰.

El impacto en las organizaciones ambientalistas sobre esta nueva focalización de la Corte tiene su fundamento en los párrafos 7, 40 y 41 del documento de priorización. El párrafo 7 señala que la Corte respetará y fomentará la jurisdicción local actuando como un sistema complementario de justicia penal. En este sentido, señala que cooperará con los Estados para investigar y perseguir a los individuos que hayan cometido o hayan facilitado la comisión de los delitos expresados en el Estatuto de Roma. Además, señala que pone a disposición de los Estados su asistencia técnica y cooperación para perseguir crímenes reconocidos bajo la jurisdicción nacional, tales como la explotación ilegal de recursos naturales, el tráfico de armas, el tráfico de personas, el terrorismo, crímenes financieros, desalojos forzosos o la destrucción del medioambiente (Corte Penal Internacional, 2016: párrafo 7). El párrafo 40 consagra la *forma* de la comisión de los crímenes, pues señala que se priorizarán, dentro de otras, aquellas acciones que se cometan con el objeto de o que resulten en la destrucción del medioambiente. Por último, el párrafo 41 trata sobre los impactos de los crímenes señalando que la Fiscalía pondrá especial atención a perseguir los crímenes del Estatuto de Roma, cometidos por o que resulten de, entre otros, la destrucción del medioambiente, la explotación ilegal de los recursos naturales o la desposesión ilegal de tierras (Corte Penal Internacional, 2016: párrafo 41).

Cabe señalar que ni la ayuda técnica que fortalece la complementariedad, ni la especial atención a crímenes medioambientales en su forma o resultado, generan un cambio en la competencia de la Corte. Ella continúa sujeta a los crímenes más graves para la comunidad internacional en su conjunto, esto es: genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y el crimen de agresión. La Oficina del Fiscal es enfática en señalar que los *policy papers* no son más que documentos que permiten dar a conocer de manera transparente la forma en que la Fiscalía selecciona los casos a ser investigados, pero que en ningún caso constituyen derechos para las partes (Corte Penal Internacional, 2016: párrafos 4-5). A su vez, el deber de cooperar con los Estados Parte en la investigación de crímenes es una facultad de la Corte que ya estaba expresada en el artículo 93.10 del Estatuto de Roma.

Lo novedoso recae en el énfasis que pondría la Fiscalía en la selección de casos de que han sido poco tratados por la Corte, dentro de los cuales se encuentran los

Reuters Foundation el 15 de septiembre de 2016, disponible en <http://tmsnrt.rs/2d2RWuo>.

9. Por ejemplo, el artículo de Adam Taylor publicado en *The Washington Post* el 16 de septiembre de 2016, disponible en <http://wapo.st/2cDikwQ>.

10. Así indica el artículo de Shehab Khan, publicado en *The Independent* el 19 de septiembre de 2016, disponible en <http://ind.pn/2coxBRS>.



delitos medioambientales. La pregunta es si de por sí esto es de importante para la persecución de delitos medioambientales a nivel internacional.

Crímenes de lesa humanidad: Crímenes contra el medioambiente y contra defensores

La nueva política de selección de casos puede resultar importante para el campo del derecho internacional de derechos humanos, toda vez que ahora la Corte puede considerar relevantes actos o elementos del contexto para determinar ciertos crímenes de lesa humanidad, esto no sin las limitaciones que la propia jurisdicción de la Corte se ha autoimpuesto.

Existe extensa evidencia en la doctrina y en la práctica sobre la apropiación indebida de tierras, explotación de recursos naturales y contaminación del medioambiente que afecta principalmente a pueblos indígenas o grupos desaventajados. La Federación Internacional de Derechos Humanos ha reconocido que los defensores de derechos humanos son constantemente amenazados, difamados, torturados y asesinados por defender el medioambiente y la tierra, un fenómeno global que se da particularmente en zonas con altos niveles de extractivismo y proyectos de desarrollo (FIDI y OMCT, 2014). La ONG Global Witness ha llegado a similares conclusiones al señalar que el 2015 «fue el peor de la historia en lo que respecta al asesinato de defensores de la tierra y el medioambiente», con 185 asesinatos en 16 países, un aumento de 59 % respecto del 2014 (Global Witness, 2016: 4). Dicha preocupación es también compartida por la organización Global Diligence, que ha reconocido que la apropiación indebida de tierras y los consecuentes desplazamientos forzados son hoy en día uno de los mayores problemas de derechos humanos a nivel global, pues genera efectos dañinos principalmente en los países más pobres. Es a partir de dicha situación que el año 2014 presentaron una comunicación individual para que la Corte investigara el desplazamiento forzado de cerca de 830.000 personas (principalmente minorías indígenas) en Camboya¹¹. La Corte tendría al menos dos opciones para que ello ocurra.

La primera vía sería mediante el artículo 8.2.b.iv del Estatuto de Roma, que consagra la destrucción ambiental como una forma de crimen de guerra¹². Para que la

11. Así indica el comunicado de Global Diligence del 15 de septiembre de 2016, disponible en <http://bit.ly/2vDikns>. Dicha comunicación busca responsabilizar a altos miembros del gobierno de Camboya, sus fuerzas de seguridad y líderes de negocios conectados con el gobierno que llevaron a cabo un ataque a la población civil con un doble objetivo, el autoenriquecimiento y la conservación del poder. Parte de los crímenes denunciados incluyen el asesinato, el traslado forzoso, la prisión ilegal y otros actos inhumanos.

12. Estatuto de Roma, artículo 8.2.b.iv: «Lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas incidentales de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medioambiente natural que serían manifestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea».



Oficina del Fiscal pueda perseguir dichos crímenes, debe generar suficiente evidencia respecto a que: i) dicho acto haya sido intencional; ii) el daño causado haya sido de largo plazo, severo o generalizado, y iii) la existencia de desproporción en el umbral de responsabilidad. En este sentido, los requisitos de intencionalidad, daño y desproporción generan una barrera de entrada para que la Fiscalía pueda siquiera comenzar a aplicar los criterios establecidos en la nueva política de selección y priorización de casos. Tanto así que el artículo 8.2.b.iv del Estatuto de Roma no ha sido nunca invocado en el contexto de la Corte (Anton, 2016). La opción de invocar la destrucción ambiental como crimen de guerra estaría puesta entonces en casos decididos por entidades distintas a la Corte¹³.

A estas trabas de entrada para que la Fiscalía investigue ciertos casos se le debe agregar un problema adicional: la responsabilidad de parte importante de estos crímenes recae en agentes no estatales, generalmente en empresas multinacionales. La pregunta es si la Corte tiene o no la capacidad para perseguir dicha responsabilidad, pues en un mundo de economías globalizadas y con escasez de control estatal, se vuelve fundamental la necesidad del control internacional ante eventuales violaciones de derechos humanos por parte de las empresas multinacionales, en especial si se toma también en consideración el importante peso que tienen en la adopción estatal de tratados internacionales¹⁴.

A pesar de las analizadas barreras, existiría, en principio, una solución jurídica de más fácil acceso. El artículo 7 del Estatuto de Roma define los crímenes de lesa humanidad como:

Cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque [...] h) persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte.

Esta definición no requiere que el acto sea llevado a cabo en un contexto de guerra, sino que sea un «ataque generalizado o sistemático contra una población civil», la que puede resultar o no de la violencia física, sin excluir los denominados delitos cometidos contra los defensores de tierras o del medioambiente. Ello puede resultar en una importante herramienta de defensa del derecho internacional de los derechos humanos, por lo que la nueva focalización de la Fiscalía podría perfectamente adop-

13. Véanse los ejemplos puestos en Jacobsson (2015; 2016).

14. Véase, por ejemplo, Gowland-Debbas (2013). En materia de empresas y derechos humanos, véase Alston (2005) y De Schutter (2006).



tar esta estrategia para terminar con la impunidad que actualmente existe en materia de crímenes graves en un contexto de destrucción medioambiental y de persecución a defensores del medioambiente.

Algunas consideraciones finales

Los crímenes contra el medioambiente y contra defensores de derechos humanos golpean principalmente a países que basan sus economías en el extractivismo o que se encuentran en desarrollo de grandes obras de infraestructura. La focalización presentada por la Fiscalía de la Corte Penal Internacional es pues una mirada directa a los sucesos que ocurren en el sur del planeta. Si bien gran parte del foco de la Corte ha estado puesto en el continente africano, esta nueva focalización abre las puertas a América Latina. Dicha afirmación se vuelve evidente al observar las cifras de conflictos socioambientales a nivel global, toda vez que un 37 % de dichos conflictos están concentrados en territorio americano¹⁵, cifra que es aún más preocupante si se considera que el 66 % de los casos de asesinatos originados por la defensa del medioambiente o de las tierras, reportados por Global Witness entre 2010 y 2015, ocurrieron en territorio latinoamericano (Global Witness, 2016: 9). La pregunta que habrá que analizar a la luz de la implementación del documento de priorización es hasta qué punto este nuevo foco presentado por la Corte colaborará en disminuir la impunidad existente en la gran mayoría de estos casos.

Para contribuir a dicho análisis, en este trabajo se ha analizado tanto la metodología de selección y priorización de casos elaborado por la Fiscalía, como su intención de tratar casos en materia de violaciones de derechos ambientales y de persecución contra defensores del medioambiente. Un análisis crítico de dicho documento lleva a concluir que si bien la intención de la Fiscalía reconoce las graves violaciones a derechos humanos que ocurren en un contexto de defensa del medioambiente y la potencial responsabilidad penal de ciertos agentes, las barreras de entrada para seleccionar casos hacen difícil su aplicación práctica. Y si bien existe cierta posibilidad de utilizar el artículo 7 del Estatuto de Roma para perseguir dichos delitos, la comunidad internacional debiese reaccionar con mayor vehemencia frente a las violaciones a derechos humanos y derechos del medioambiente.

Referencias

ALSTON, Philip (2005). «The 'not-a-cat' syndrome: Can the international human rights regime accommodate non-State actors?». En Philip Alston (editor), *Non-State actors and Human Rights* (pp. 3-36). Oxford: Oxford University Press.

15. Véase el mapa interactivo «Environmental Justice Atlas», disponible en <https://ejatlas.org/>.





- ANTON, Don (2016). «Adding a green focus: The Office of the Prosecutor of the International Criminal Court highlights the ‘environment’ in case selection and prioritisation». *Australian Environment Review*, 31 (1): 1-13. Disponible en <https://ssrn.com/abstract=2879775>.
- CORTE PENAL INTERNACIONAL (2007). «Policy paper on the interests of justice». Disponible en <http://bit.ly/2vJWDT6>.
- . (2013a). «Código de conducta de la Fiscalía». OTP 2013/024322. Disponible en <http://bit.ly/2v1K2xh>.
- . (2013b). «Policy paper on preliminary examinations». Disponible en <http://bit.ly/2eOqVQD>.
- . (2016). «Policy paper on case selection and prioritisation». Disponible en <http://bit.ly/2uYtHZV>.
- DE SCHUTTER, Olivier (2006). «The challenge of imposing human rights norms on corporate actors». En Olivier de Schutter (editor), *Transnational corporations and human rights* (pp. 1-40). Oxford: Hart Publishing.
- DRUMBL, Mark (2000). «International human rights, international humanitarian law, and environmental security: Can the International Criminal Court bridge the gaps?». *ILSA Journal of International & Comparative Law*, 5 (2): 1-27. DOI: 10.2139/ssrn.263443.
- FIDH Y OMCT (2014). «No tenemos miedo»: *Defensores del derecho a la tierra. Atacados por enfrentar el desarrollo desenfrenado*. París.
- GLOBAL WITNESS (2016). *En terreno peligroso*. Londres: Global Witness. Disponible en <http://bit.ly/28Jbse8>.
- GOWLAND-DEBBAS, Vera (editor) (2013). *Multilateral treaty-making. The current status of challenges to and reforms needed in the international legislative process*. Dordrecht: Springer.
- JACOBSSON, Marie (2015). «Segundo informe sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados». A/CN.4/685. Disponible en <http://bit.ly/2gY2Ya4>.
- . (2016). «Tercer informe sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados». A/CN.4/700. Disponible en <http://bit.ly/2uTVZUR>.
- NACIONES UNIDAS (1998). «Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional». 2187 UNTS 90, 37 ILM 1002. Disponible en <http://bit.ly/2uv13g6>.
- ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (1988). «Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales». Disponible en <http://bit.ly/2q3FKn1>.
- SANDS, Philippe y Jaqueline PEEL (2012). *Principles of international environmental law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- SKOGLY, Sigrun (2001). «Crimes against humanity revisited: Is there a role for econo-



mic and social rights?». *The International Journal of Human Rights*, 5 (1): 58-80.
DOI: 10.1080/714003700.

Sobre el autor

SEBASTIÁN SMART es licenciado en Derecho de la Universidad Católica de Chile, magíster en Derechos Humanos de la University College of London y candidato a doctor en la misma casa de estudios. Es diplomado en Descentralización y Desarrollo Local de la Universidad Alberto Hurtado. Ha trabajado en la ONG Techo en Chile, Haití y el Reino Unido. Además, ha sido consultor de diversas organizaciones internacionales, tales como London Mining Network y Colombian Caravana, y ha colaborado con el estudio jurídico Deighton, Pierce & Glynn en casos de derechos humanos en el Reino Unido. Su correo electrónico es juan.smart.12@ucl.ac.uk.





INTERNACIONAL

Caso *Duque con Colombia*: Un caso de discriminación estructural

Case Duque v. Colombia: A case of structural discrimination

Camila TRONCOSO ZÚÑIGA y Natalia Paz MORALES CERDA

Universidad de Chile

RESUMEN En este artículo se analizará críticamente la sentencia del caso *Duque con Colombia* dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 26 de febrero de 2016, con el propósito de destacar la importancia de reconocer las situaciones de desigualdad estructural que afectan a determinados grupos de la población en la dictación de reparaciones adecuadas que permitan superar las condiciones de exclusión que causaron el conflicto.

PALABRAS CLAVE Orientación sexual, desigualdad estructural, reparaciones transformadoras, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

ABSTRACT The aim of this article will be to critically analyse the judgement of the Inter-American Court of Human Rights of February 26, 2016 in the case *Duque vs Colombia*, to emphasize the importance of recognizing structural inequality situations that affect some social groups, with the purpose of stating adequate reparations that make possible to overcome the conditions of exclusion that caused the conflict.

KEYWORDS Sexual orientation, structural inequality, transformative reparations, Inter-American Court of Human Rights.

Introducción

El 26 de febrero de 2016, la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó al Estado de Colombia por vulnerar el derecho a la igualdad ante la ley y a la no discriminación de Ángel Duque, por no permitirle acceder en condiciones de igualdad a la pensión de sobrevivencia luego de la muerte de su pareja el año 2001, por tratarse de una pareja del mismo sexo.





En aquel momento, la normativa interna colombiana disponía que únicamente quien fuere cónyuge, compañero o compañera permanente sobreviviente de sexo diferente al del causante tenía derecho a la pensión de sobrevivencia (Ley 100 de 1993), y que se denomina Unión Marital de Hecho a aquella formada entre un hombre y una mujer que, sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente. Igualmente, se denomina compañero permanente, al hombre y la mujer que conforman la Unión Marital de Hecho (Ley 54 de 1990).

El 2007 la Corte Constitucional de Colombia reconoció jurisprudencialmente a las parejas del mismo sexo los beneficios de pensión, seguro social y derechos de propiedad, al señalar que lo establecido en la Ley 54 de 1990 también aplica para las parejas del mismo sexo. Luego, en 2008, en la sentencia C-336, la misma Corte concluyó que las parejas permanentes del mismo sexo que acrediten dicha calidad tienen derecho a la pensión de sobrevivencia.

En el análisis del fondo, la Corte estimó que negar el acceso en condiciones de igualdad a la pensión de sobrevivencia constituyó un hecho ilícito internacional. Declaró a Colombia responsable por la violación al derecho a la igualdad y no discriminación contenido en el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento. Con respecto a las reparaciones, la Corte estableció que su sentencia constituye una forma de reparación y ordenó al Estado: i) publicarla; ii) garantizar al señor Duque tramitar la solicitud a una pensión de sobrevivencia, y iii) pagar la cantidad fijada por concepto de daño inmaterial, además de costas y gastos.

A continuación, analizaremos las conclusiones a las que arribó la Corte, con particular énfasis en las consecuencias que la aproximación al caso generó en las reparaciones ordenadas. Utilizaremos el marco conceptual de la desigualdad estructural, con el propósito de sostener que la vulneración de los derechos del señor Duque es una manifestación de la discriminación histórica y sistemática a las parejas del mismo sexo. Finalmente, nos referiremos al rol de las reparaciones con vocación transformadora en la superación de la discriminación estructural.

Derecho a la seguridad social de las parejas del mismo sexo

La Corte se ha referido, indirectamente, al derecho a la seguridad social a través de vulneraciones a la propiedad (artículo 21 de la CADH), a la progresividad en el desarrollo de los derechos sociales (artículo 26) y al derecho a la igualdad ante la ley (artículo 24).

En el caso *Cinco Pensionistas* (2003) el argumento relativo a la progresividad de los derechos sociales fue rechazado por considerar que no se afectaba la progresividad en general, pues los alegatos se referían a las circunstancias sufridas por un grupo



de personas y no a una situación general¹. La controversia en este punto difiere del caso *Duque*, pues en aquel lo que se buscaba dilucidar era si tenían o no derecho a un monto determinado de pensión; en el caso en comento, la controversia es si existe un derecho a dicha pensión.

En el caso *Furlán y familiares* (2012)² se había concedido una indemnización a la víctima de un accidente sufrido en un recinto militar. Dicho monto fue restringido debido a la dictación de la Ley 23.803 que, con el objetivo de disminuir la crisis económica, la modificó. Por lo tanto, la Corte buscó dilucidar si la restricción al derecho a la propiedad que la víctima tenía sobre dicha indemnización fue una restricción legítima o no. Nuevamente, no se cuestiona el derecho a la indemnización, sino el monto.

El Comité de Derechos Humanos ya había emitido un pronunciamiento en el caso *Young con Australia* (2003) sobre hechos similares al caso *Duque*. En éste analizó la diferencia entre parejas de hecho del mismo y de distinto sexo, tras lo cual señaló que una diferencia entre una pareja heterosexual casada y una heterosexual de hecho sí es objetiva y razonable, ya que las personas podrían escoger acogerse a los derechos que un determinado estado otorga³, pero ambas se ajustan a la definición de «miembro de una pareja», por lo que son aptas para recibir los beneficios de la pensión. Sin embargo, la distinción entre parejas de hecho heterosexuales y parejas del mismo sexo no es considerada objetiva y razonable, por lo que se vulneró el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El Comité, según señala la Corte, indica que la distinción mencionada «no es razonable ni objetiva y no existen factores que justifiquen la existencia de la distinción, por lo que constituye una discriminación con base en la orientación sexual de las personas»⁴.

En Colombia, lo señalado anteriormente no tenía consagración legal. La Ley 100 de 1993, que instauró un sistema de seguridad social integral, señalaba que la pensión de sobrevivencia era otorgada en forma vitalicia al cónyuge o compañero permanente (artículo 10)⁵. El problema consistía, entonces, en determinar quiénes podían ser miembros de la pareja permanente. No fue hasta el 2007, gracias al pronunciamiento de la Corte Constitucional de Colombia, que las parejas permanentes del mismo sexo pudieron acceder a beneficios de seguridad social. Al respecto, el Tribunal recalcó el

1. Sentencia del caso *Cinco Pensionistas con Perú*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, serie C 98, 28 de febrero de 2003, fondo, reparaciones y costas, párrafos 147 y 148.

2. Sentencia del caso *Furlan y familiares con Argentina*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, serie C 246, 31 de agosto de 2012, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.

3. Caso *Young con Australia*, Comité de Derechos Humanos, 2003, párrafo 10.4.

4. Sentencia del caso *Duque con Colombia*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, serie C 310, 26 de febrero de 2016, párrafo 111.

5. Caso *Duque con Colombia*, párrafo 72, haciendo alusión a Comité de Derechos Humanos. Caso *Young con Australia*, párrafo 10.4.





principio de universalidad, que la dignidad pertenece a todos y, por tanto, no es posible que unas personas gocen de ciertos derechos y otras no⁶. Precisamente esa es la característica que la Ley 100 de 1993 y su reglamento omite, pues no consideran que a todos les correspondan los mismos derechos.

Así, aun cuando las parejas del mismo sexo no estén excluidas expresamente de los beneficios,

sí resultan de hecho exceptuadas del sistema de seguridad social, pues la falta de claridad del legislador ha conducido a implementar una situación contraria a los valores del Estado social de derecho, a los principios de reconocimiento y respeto por la dignidad de la persona humana, y a las normas que desde la Constitución amparan el libre desarrollo de la personalidad y su extensión: la libertad de opción sexual⁷.

Lo anterior deriva en una desprotección del sistema hacia miembros de la pareja del mismo sexo, la que debe ser enfrentada desde una mirada estructural del principio de igualdad, como explicaremos a continuación.

Discriminación estructural a parejas del mismo sexo en Colombia

Roberto Saba distingue dos nociones de igualdad (Saba, 2005: 18-19). La primera es una visión «individualista», que se corresponde con el principio de no discriminación y está anclada en las concepciones liberales clásicas que ubican al individuo esencialmente desprovisto de su contexto, con independencia de su pertenencia a un grupo social. Así, es necesario identificar en el tratamiento diferenciado ilegítimo una «intención» de discriminación que se caracteriza por la irracionalidad del criterio seleccionado, cuestión que desde el derecho internacional de los derechos humanos conocemos como «categorías sospechosas».

La segunda, en cambio, es una noción «estructural» de la igualdad, referida al principio de no sometimiento o exclusión. A la luz de esta concepción, Saba plantea que el propósito de la igualdad es evitar que existan grupos sometidos, excluidos o sojuzgados por otros grupos y, para ello, debemos reconocer al individuo en su contexto. De esta forma, una reinterpretación del principio de igualdad, ya no desde el prisma tradicional, propone la formulación de un concepto de igualdad que nos permita superar el *statu quo* o «perpetuación de inferioridad de grupos».

La igualdad estructural tiene la virtud de corregir desigualdades que no son posibles de asir desde las categorías sospechosas insertas en la interpretación tradicional,

6. Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, C-336/08, 16 de abril de 2008, punto 6.8, demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1 (parcial) de la Ley 54 de 1990 y 47 (parcial), 74 (parcial) y 163 (parcial) de la Ley 100 de 1993.

7. Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, C-336/08, punto 7.





en la medida en que reconoce categorías sospechosas que se corresponden con la igualdad como no sometimiento y se dirige a «revertir prácticas sociales de exclusión y «perpetuación de situaciones de inferioridad»» (Saba, 2005: 28). Luego, responde a una subordinación sistemática que inhibe la eficacia de la igualdad de derechos y alude a la situación de determinados sectores de la población que, debido a prácticas sociales, culturales e institucionales, no gozan de derechos en las mismas condiciones que el resto de la sociedad.

Estos conceptos han sido recogidos por la jurisprudencia de la Corte. En el caso *González y otras con México* (2009), siguiendo la línea de lo expresado en el caso *Penal Miguel Castro Castro con Perú* (2006), afirmaba, en relación a la violencia de género, que los asesinatos, secuestros, desapariciones y las situaciones de violencia doméstica e intrafamiliar «no se trata de casos aislados, [...] sino de una situación estructural y de un fenómeno social y cultural enraizado en las costumbres y mentalidades» fundadas «en una cultura de violencia y discriminación basada en el género»⁸. En el caso *Atala Riffo y niñas con Chile* (2012), el mismo tribunal reconoció la existencia de una discriminación histórica y estructural que afectaba a las minorías sexuales, y que no puede perpetuarse ni reproducirse so pretexto de que no existe consenso al interior de algunos Estados sobre el pleno respeto por los derechos de estos grupos⁹. En el caso *Trabajadores de la Hacienda Verde Brasil con Brasil* (2016), la Corte reafirmó la obligación de los Estados de otorgar una protección especial a quienes se encuentren en una situación de vulnerabilidad; no basta que éstos se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas. Luego, un Estado incurre en responsabilidad internacional en aquellos casos en que, habiendo discriminación estructural, no adopta medidas específicas¹⁰.

Resulta entonces esencial preguntarnos si las parejas del mismo sexo en Colombia se encuentran en una situación de desigualdad que podemos catalogar de estructural. Esto es, si el tratamiento diferenciado del cual han sido objeto las parejas del mismo sexo en el ámbito del derecho a la seguridad social responde a un conjunto de prácticas sociales, jurídicas e institucionales que han perpetuado su exclusión del goce del derecho en comento.

En exámenes de este tipo, la Corte ha atendido a elementos contextuales a partir de los cuales ha reconocido patrones colectivos de exclusión que afectan a determi-

8. Sentencia del caso *González y otras («Campo Algodonero») con México*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, serie C 205, 16 de noviembre de 2009, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, párrafo 229.

9. Sentencia del caso *Atala Riffo y niñas con Chile*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, serie C 239, 24 de febrero de 2012, fondo, reparaciones y costas, foja 92.

10. Sentencia del caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde con Brasil*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, serie C 318, 20 de octubre de 2016, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, párrafo 337.



nados grupos de personas; en los términos de Iris Marion Young (2001: 38-65), de opresión y dominación. Así, en el caso *Campo Algodonero*, la Corte hizo referencia a «un fenómeno social y cultural enraizado en las costumbres y mentalidades»¹¹; mientras que en el caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde*, afirmó que el tratamiento discriminatorio era *histórico* en razón de la posición económica de los trabajadores, destacando que no todas las violaciones de derechos humanos se presentan como hechos aislados, sino que en ocasiones éstas responden a contextos específicos e institucionales de negación de derechos humanos¹².

Luego, en el caso de las parejas del mismo sexo en Colombia, si bien ni los representantes ni la Comisión aludieron a una noción de justicia que englobe las condiciones necesarias para el desarrollo y ejercicio individual de capacidades, así como a la cooperación y la comunicación colectiva (Young, 2004: 38), en cuyo seno podemos identificar situaciones de discriminación estructural, los representantes dieron indicios del contexto de discriminación al reconocer las dificultades de implementación de las sentencias de la Corte Constitucional en la materia.

En el ámbito patrimonial, las parejas del mismo sexo han estado históricamente desprotegidas, lo que ha lesionado su dignidad y el derecho al libre desarrollo de la personalidad¹³. Esto se ve reforzado por la legislación vigente en materia de pensiones de sobrevivencia y uniones maritales de hecho, que excluye expresamente a las parejas del mismo sexo. Sin embargo, la Corte no realizó un análisis de los estereotipos presentes al afirmar que el problema era normativo, sin hacer referencia a los problemas de implementación posteriores, en los cuales inciden aspectos sociales y culturales arraigados en la sociedad colombiana. En efecto, a pesar de la evolución jurisprudencial que ha permitido reconocer derechos a la comunidad LGTBI, los cambios han sido formales y parciales; la jurisprudencia favorable para las parejas del mismo sexo no ha tenido repercusión en un cambio normativo. Como señalarle Bonilla, Colombia, «[e]n materia de orientación sexual [está] hasta ahora [aproximándose] al siglo XVIII. La discriminación social y la violencia en contra de la comunidad LGBT sigue siendo un hecho evidente» (Bonilla, 2010: 10). La violencia por prejuicio, el abuso policial, la ausencia de políticas públicas, la situación en los recintos penitenciarios, la forma diferenciada en que el conflicto armado ha afectado a la población LGTBI, entre otras, dan cuenta de que nos enfrentamos a un patrón social y cultural de conducta enraizado en la comunidad social y política¹⁴.

11. Sentencia del caso *Caso Atala Riffo y niñas con Chile*, párrafo 127.

12. Voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor en el caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde con Brasil*, párrafo 56.

13. Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, C-075/07, 7 de febrero de 2007, demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1 y 2 (parciales) de la Ley 54 de 1990, modificada parcialmente por la Ley 979 de 2005.

14. Al respecto, ver el informe alternativo de la organización Colombia Diversa (2016).





Cuando nos enfrentamos a casos como el del señor Duque, no podemos soslayar ese contexto, a la luz del cual la Corte debió ser capaz de reconocer una «disfunción sistemática inadmisibles»¹⁵, que ha generado que a todo un grupo de la población se le niegue el goce del derecho a la seguridad social. Luego, la Corte debió responder las siguientes preguntas: a) ¿se refiere la política a un grupo que presenta características comunes?; b) ¿es el grupo vulnerable marginalizado o está en una posición de desventaja frente a otros; c) ¿es la causa de dicha situación el contexto histórico, económico o sociocultural?; d) ¿existen patrones sistemáticos de discriminación?, y e) la medida o norma en cuestión, ¿crea una situación de desventaja? (Pelletier, 2014: 215).

El caso en análisis presenta una situación que afecta a un grupo con características comunes: orientación sexual no heterosexual¹⁶. Las personas pertenecientes a dicho grupo se encuentran en una situación de desventaja en relación con quienes no pertenecen al mismo, toda vez que estas últimas sí pueden acceder a determinados beneficios sociales o patrimoniales, y es precisamente esa pertenencia la causa de la exclusión en el goce de derechos. Esta discriminación es histórica y se ancla en el entramado social y cultural, el cual responde a un patrón sistemático de discriminación que la norma consagra, con lo que perpetúa una situación de desventaja. Si bien la jurisprudencia de la Corte Constitucional intentó salvar aquello, aún persisten problemas de implementación que perturban el goce efectivo de los derechos, toda vez que la superación de la discriminación estructural exige adoptar medidas positivas que permitan eliminar las causas históricas de dicha desigualdad.

Rol de la reparaciones y garantías de no repetición

Los desafíos que enfrenta una sociedad que, como consecuencias de prácticas sociales, jurídicas e institucionales arraigadas en su cultura, ha perpetuado la exclusión de un grupo de la población del goce de determinados derechos son complejos. La reconstrucción de la confianza pública, que es la base de la convivencia social y política, requiere, por un lado, satisfacer las razonables expectativas de reparación de quienes han sido vulnerados en sus derechos; por otro lado, decisión de un Estado que restaure los imperativos éticos y jurídicos de igual consideración de todas las

15. Expresión utilizada por el Tribunal Europeo para referirse a un problema generalizado, resultado de un mal funcionamiento de la legislación, de la práctica administrativa que afectó el derecho de propiedad de un gran número de personas. No había sido motivada por un incidente aislado: el problema fue consecuencia de la conducta administrativa y normativa de las autoridades hacia una clase específica de ciudadanos. Sentencia del caso *Broniowski con Polonia*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, número 31443/96, 22 de junio de 2004, párrafo 189.

16. Las personas de un grupo determinado se reconocen por poseer características comunes (afinidades, modos de vida, etcétera) y se diferencian a su vez de otros, pero particularmente se definen por un sentido de identidad (Young, 2004: 40).





personas. En ese contexto, cabe preguntarse desde qué perspectiva debemos pensar las reparaciones.

Uprimny y Saffon (2009: 33) plantean que el enfoque puramente restitutivo de las reparaciones resulta limitado, pues no atiende a los factores estructurales del conflicto, cuya transformación es esencial no sólo para garantizar la no repetición, sino para la superación de una situación estructuralmente injusta. Luego, el enfoque normativo tradicional de restitución integral, aunque deseable, tiene dificultades para superar violaciones masivas de derechos humanos en sociedad desiguales y excluyentes. En su lugar, proponen lo que han llamado «reparaciones transformadoras», que identifiquen como una oportunidad de impulsar transformaciones democráticas.

Los autores plantean que lo que resulta útil para comprender la esencia del enfoque de reparaciones con vocación transformadora es mirar la concepción original de la reparación en el derecho internacional. De acuerdo con Rhodri Williams, esta concepción surgió en las disputas internacionales, que por lo general versaban sobre bienes susceptibles de ser devueltos y, por tanto, la restitución constituía el componente esencial de la reparación y se consideraba jerárquicamente superior a cualquier otro componente. No obstante, cuando la reparación comenzó a utilizarse como mecanismo para enfrentar graves violaciones de derechos humanos, esta visión comenzó a resultar limitada, pues, como sostienen, «por lo general tales violaciones no atacan única ni principalmente contra bienes patrimoniales y en muchos casos los daños causados por las mismas impiden o tornan inadecuada la devolución de la víctima a la situación anterior» (Uprimny y Saffon, 2009: 39). En ese escenario, si se considera jurídica y socialmente deseable corregir el desequilibrio producido en aras de satisfacer los principios democráticos, no parece suficiente pensar en la restitución como el elemento central de la reparación.

La jurisprudencia constante de la Corte (Nash, 2009: 95-104) ha conjugado la restitución, la compensación, la rehabilitación, la satisfacción y las garantías de no repetición como componentes de la reparación, dependiendo de cada caso. De esta forma, mediante la restitución se busca devolver a la víctima a la situación que se encontraba antes de producirse la violación de sus derechos, cuando ello sea pertinente. A través de la compensación se busca reparar a la víctima por los daños sufridos, lo que incluye costos, gastos, pérdidas de ingreso y oportunidades. Los mecanismos de rehabilitación, por su parte, incluyen medidas de atención que pueda requerir la víctima, como, por ejemplo, atención médica, jurídica o social. Las medidas de satisfacción buscan reconocer públicamente el daño sufrido por la víctima y, a través de ello, dignificarlas. Las garantías de no repetición consisten en reformas institucionales u otras medidas que buscan evitar que las violaciones de derechos que se trate no vuelvan a ocurrir.

La vocación transformadora debiese hilvanar los cinco elementos y favorecer reparaciones cuyo propósito es subvertir las relaciones de poder que trasuntan las



estructuras que permitieron la vulneración de los derechos fundamentales de un determinado grupo social. No viene a reemplazar los mecanismos descritos, sino a nutrirlos, propiciando un cambio en las dinámicas que dieron lugar a las violaciones de derechos humanos que se busca reparar.

En esta línea, en el caso *Campo Algodonero* la Corte recordó que si se tiene en cuenta la situación de discriminación estructural, las reparaciones debían tener una vocación transformadora, de tal forma que tengan un efecto correctivo y no sólo restitutivo, pues no era admisible una restitución a la misma situación estructural de violencia y discriminación¹⁷. Lo mismo en el caso *Atala Riffo y niñas*, ocasión en la cual el tribunal sostuvo que, a la luz de los actos discriminatorios que se relacionan con la reproducción de estereotipos, asociados a la discriminación estructural e histórica que han sufrido las minorías sexuales,

algunas de las reparaciones deben tener una vocación transformadora [...], de tal forma que las mismas tengan un efecto no sólo sustitutivo sino también correctivo hacia cambios estructurales que desarticulen aquellos estereotipos y prácticas que perpetúan la discriminación contra la población LGTBI¹⁸.

En definitiva, las reparaciones deben atender a la naturaleza de la violación de derechos humanos que se trate y al contexto en el cual incidirán, con el propósito de generar un cambio estructural. En este caso, el sometimiento y la exclusión histórica de las parejas del mismo sexo desnuda las deficiencias de la reparación restitutiva y justifica una reparación con vocación transformadora.

Reflexiones finales

El caso en comento concitó expectación porque, con posterioridad a la sentencia del caso *Atala Riffo y niñas*, este tribunal no había vuelto a pronunciarse sobre discriminación por orientación sexual. Además, se afectó el goce del derecho a la seguridad social, temática sobre la cual la Corte se ha pronunciado escasamente y en forma indirecta. Por ello, representaba una oportunidad para fortalecer su jurisprudencia en materia de igualdad y no discriminación, particularmente aquella que afecta a las parejas del mismo sexo. Sin embargo, nos encontramos con un silencio que contrasta con los importantísimos avances que la Corte ha realizado tanto en materia de igualdad y no discriminación, como en materia de reparaciones.

El tímido análisis que realizó la Corte para sostener que Colombia vulneró el derecho a la igualdad y no discriminación prescindió de elementos contextuales que permitieran reconocer fenómenos de discriminación históricas, con lo que ignoró la

17. Caso *González y otras («Campo Algodonero») con México*, párrafo 450.

18. Caso *Atala Riffo y niñas con Chile*, párrafo 100.





sistemática exclusión a la que han sido sometidas las parejas del mismo sexo. Esta deficiencia tiene importantes consecuencias prácticas, toda vez que la identificación de una situación de desigualdad estructural obliga a los Estados no sólo a evitar acciones discriminatorias, sino a adoptar medidas positivas para eliminar las causas históricas de dicha desigualdad.

Desconocer la existencia de patrones sociales de exclusión fuertemente arraigados en la sociedad colombiana, los que deben ser cuestionados y subvertidos en aras de la igual consideración de todas las personas, determinó que la Corte fuera discreta en las reparaciones. Esto, pues una reparación puramente restitutoria, como la otorgada, no asegura uno de los objetivos centrales de la reparación, que es garantizar la no repetición de la vulneración de derechos que se trate, toda vez que deja intactas las condiciones de exclusión que se encuentran en la base del conflicto.

En suma, la sentencia del caso *Duque con Colombia* ha dejado una importante deuda en el reconocimiento de situaciones de desigualdad estructural que afectan a la población LGTBI, pues ha revelado una Corte que, lejos del activismo que la caracterizó en el caso *Atala Riffo y niñas*, ha actuado de forma insuficiente.

Referencias

- BONILLA, Daniel (2010). «Parejas del mismo sexo en Colombia. Tres modelos para su reconocimiento jurídico y político». *Anuario de Derechos Humanos*, 6: 183-200. DOI: 10.5354/0718-2279.2010.11492.
- COLOMBIA DIVERSA (2016). «Situación de derechos humanos de las personas LGBT en Colombia, 2010-2015». Disponible en <http://bit.ly/2uRoGle>.
- NASH, Claudio (2009). *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988-2007)*. Santiago: Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho Universidad de Chile.
- PELLETIER, Paola (2014). «La ‘discriminación estructural’ en la evolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos». *Revista IIDH*, 60: 205-215. Disponible en <http://bit.ly/2eIIrpa>.
- SABA, Roberto (2005). «(Des)igualdad estructural». *Revista de Derecho y Humanidades*, 11: 123-147. Disponible en <http://bit.ly/2tUcL2o>.
- UPRIMNY, Rodrigo y Paula SAFFON (2009). «Reparaciones transformadoras, justicia distributiva y profundización democrática». En Catalina Díaz Gómez y otros (editores), *Reparar en Colombia: Los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión* (pp. 31-60). Bogotá: ICTJ; DeJuSticia.
- YOUNG, Iris Marion (2004). «Five faces of oppression». En Lisa Heldke y otros (editores), *Oppression, privilege and resistance*. Boston: McGraw Hill.
- . (2011). *Justice and the politics of difference*. Nueva Jersey: Princeton University Press.



Sobre las autoras

CAMILA TRONCOSO ZÚÑIGA es abogada. Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Coordinadora de gestión académica de la Escuela de Postgrado, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Investigadora de la Fundación Diálogo Jurisprudencial Iberoamericano. Su correo electrónico es camila.troncoso@derecho.uchile.cl.

NATALIA PAZ MORALES CERDA es abogada. Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Abogada del Departamento de Reformas Legales del Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género. Su correo electrónico es natapaz-morales@gmail.com.





SECCIÓN

NACIONAL







NACIONAL

El derecho al nombre social en las atenciones de salud respecto de pacientes transgéneros menores de edad: *El caso Araya Astudillo con Clínica Alemana*

*The right to a social name in health care with respect of minor transgender patients:
The case Araya Astudillo v. Clínica Alemana*

Pablo ETEROVIC BARREDA

Universidad de Chile

RESUMEN A cinco años de la entrada en vigor de la Ley 20.584, que regula los derechos y deberes en relación con acciones vinculadas a la atención en salud, las personas transgéneros siguen viendo vulnerados sus derechos en esta materia, en específico el derecho a recibir un trato digno y ser llamados por su nombre, toda vez que no se respeta su nombre social ni éste ha sido incorporado en su ficha clínica. El presente artículo tiene por objeto establecer el marco jurídico vigente respecto de las personas transgénero y el derecho que tienen a que su nombre social sea considerado en materia sanitaria, incluso en el sector privado, aun a falta de norma expresa, con un comentario en específico sobre una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago dictada el 6 de octubre de 2016 y ratificada luego por la Corte Suprema el 14 de noviembre del mismo año, que establece esta obligación respecto de un menor de edad, sin que dicho derecho esté condicionado a la rectificación de partida de nacimiento.

PALABRAS CLAVE Derechos de los pacientes, derecho al nombre social, ficha clínica, personas transgéneros, interés superior del niño.

ABSTRACT Almost five years after the enforcement of Law 20,584, which regulates the rights and duties in relation to health care, transgender people continue to see their rights in this matter violated, specifically the right to receive a decent treatment and be called by their name, as long as their social name is not respected nor has it been incorporated into their medical record. This article aims to establish the legal framework currently in force under which transgender people have the right to have their social name considered in health matters at a private clinic, even in the absence of an express rule, commenting specifically on a judgment of the Court of Appeals of Santiago issued on October 6, 2016 and subsequently ratified by the Supreme Court on November 14,



under which this obligation is established with respect to a minor, right that cannot be conditioned to the legal procedure to rectify the birth certificate.

KEYWORDS Health care rights, right to a social name, medical records, transgender people, best interests of the child.

Introducción

Si bien el debate sobre los derechos de las personas transgéneros —es decir, las personas cuya identidad de género¹ difiere en definitiva del sexo y género que se la ha asignado documentalmente al momento de su inscripción— está instalado en el mundo social y político, no deja de ser cierto que la «reivindicación» de sus derechos parece encontrarse en un estado de eterno alejamiento. Lo anterior en cuanto la supuesta solución transversal a sus problemas lleva años de discusión sin poder concretarse en un cuerpo normativo acorde a los estándares internacionales. Hablamos del proyecto de ley que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género presentado el 7 de mayo del 2013 (Boletín 8924-07), de actual discusión en el Senado.

Aunque el panorama a nivel legislativo no parece del todo prometedor, lo cierto es que las personas transgéneros, y en específico los niños, niñas y adolescentes, han logrado algunas victorias en ámbitos específicos de la vida social. Esos triunfos aislados se manifiestan ordenando que se les reconozca por su nombre social, lo que ha sucedido recientemente en materia de educación² y, como veremos en este trabajo, en materia de salud respecto la Red Nacional de Servicios de Salud. El nombre, de esta manera, se vuelve un verdadero atributo de la personalidad reconociéndose parte fundamental en la construcción de la identidad de una persona.

A pesar de ser esperanzadores, estos logros deben ser dimensionados en su justa medida. A falta de consagración legal vinculante de forma general, la tónica es que las personas transgéneros vean vulnerados sus derechos más de lo que nos gustaría

1. De acuerdo a los principios sobre la aplicación internacional de los derechos humanos respecto a la orientación sexual y la identidad de género, también conocidos como Principios de Yogyakarta, se refiere a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales.

2. El 27 de abril de 2017 la Superintendencia de Educación emitió la Circular 0768 que regula los derechos de niñas, niños y estudiantes trans en el ámbito de educación. Su contenido, que resulta aplicable a todos los establecimientos educacionales sin excepción, establece dentro de las medidas básicas de apoyo el uso del nombre social en todos los espacios educativos y, en la medida de lo posible, los documentos oficiales, sin que ello constituya infracción a las disposiciones vigentes.



asumir. En específico, la situación se agrava cuando concurren, además, otras circunstancias que en nuestro país se vuelven sinónimo de discriminación o parecen justificar la adopción de una postura paternalista más allá de todo criterio razonable, como, por ejemplo, cuando un niño, niña o adolescente transgénero requiere atención de salud, circunstancia en la que vive vulneraciones a sus derechos como minoría sexual, menor de edad y paciente. Su situación podría verse agravada en cuanto se discute si los niños, niñas y adolescentes podrán ser titulares de los derechos que el proyecto de ley consagrará³.

El presente trabajo busca demostrar, a propósito de un pronunciamiento de nuestros Tribunales Superiores de Justicia, que en el sector privado y respecto del trato conforme a su nombre social y el registro de él en la documentación clínica, basta la normativa vigente, en la medida en que se interprete armónicamente la normativa internacional (principalmente la Convención de Naciones Unidas Sobre los Derechos del Niño), los principios que subyacen a la Ley 20.584 y se promueva la adopción en los privados de los estándares por los cuales hoy en día se rige el sector público.

El derecho a ser tratado por el nombre y a una ficha clínica en el derecho chileno

Tras años de discusión, fue publicada el 24 de abril de 2012 en el *Diario Oficial* la Ley 20.584. Dicho texto legal se encuadra dentro de lo que se conoce como el tercer momento en la visión histórica de los derechos de los pacientes, con la formalización de sus derechos en cuerpos normativos específicos, basados ellos principalmente en el respeto al principio de autonomía del paciente (Terribas, 2012: 181). En cuanto al ordenamiento jurídico nacional, la Ley 20.584 vino a ser el cierre a la reforma del sistema de salud, teniendo como pilares fundamentales la Ley 19.966 de Régimen de garantías en salud; la nueva regulación de Isapres (Ley 20.015) y la nueva ley de autoridad sanitaria y sistemas de gestión (Ley 19.937).

De acuerdo con el Mensaje de la Presidencia de la República, la Ley 20.584 buscaba la aplicación de los derechos fundamentales a situaciones concretas que se producen en el escenario salud, se trate de prestadores públicos o privados. El proyecto estaba motivado por los principios de dignidad en materia sanitaria, el respeto al ejercicio de decisiones autónomas, el derecho de las personas a decidir informada-

3. En efecto, durante la tramitación del proyecto en la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía del Senado, se ha discutido fuertemente la posibilidad de que los menores de edad puedan acogerse a este procedimiento, y la forma de dicho procedimiento de reconocimiento de la identidad de género (administrativa o judicial, esta última de manera contenciosa o no). A junio de 2017, el proyecto de ley que ha sido enviado desde la Comisión al Senado para su discusión en sala permite al oficial del Registro Civil declarar inadmisibile la solicitud del menor de edad, pues restringe el procedimiento a quienes han alcanzado la mayoría.





mente, el respeto de los menores de edad en las decisiones que involucren su cuerpo y salud incorporando ideas de capacidad progresiva, etcétera⁴.

Derecho a ser tratado por el nombre

Consagración del derecho

El título 2 de la Ley 20.584 está dedicado a los derechos que las personas tienen en materia de salud, al establecer como garantía general el derecho a un trato digno. Así, en el artículo 5 se establece que las personas tienen derecho a recibir un trato digno y respetuoso *en todo momento y en cualquier circunstancia*. En consecuencia, los prestadores deberán velar por que se adopten actitudes que se ajusten a las normas de cortesía y amabilidad generalmente aceptadas, y «por que las personas atendidas sean tratadas y llamadas por su nombre».

El nombre bajo el contexto de la Ley 20.584

Si bien el derecho al nombre está establecido de forma expresa en la Ley 20.584, su contenido no es claro, pues establece un derecho a ser tratado por él, pero no dice qué entiende por el mismo. La respuesta a esta pregunta tampoco viene dada por la historia de la Ley (este derecho siguió su tramitación sin comentarios ni modificaciones sustanciales).

Circular 21 de la Subsecretaría de Redes Asistenciales del Ministerio de Salud, de 14 de junio de 2012

Luego de una infructuosa primera instrucción a finales del año 2011, que quedó como una simple declaración de intenciones sujeta al «debido criterio» del funcionario e institución frente a las situaciones que se le fueran presentado⁵, la Circular 21 estableció de forma obligatoria que la identificación verbal de los pacientes transgéneros sea siempre mediante el nombre social, mientras que la documentación clínica debe señalar tanto el nombre legal como social, junto con ciertos protocolos al momento de la anamnesis, dentro de otras materias. De esta manera, la autoridad solventaba los dos primeros estadios que, en materia de salud, reclaman los transgéneros: un trato

4. Mensaje 223-354 de la Presidenta de la República, con el que inicia un proyecto de ley que regula los derechos y deberes que las personas tienen en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, del 26 de julio de 2006. Historia de la Ley 20.584, página 10, disponible en <http://bit.ly/2u8Vd41>.

5. Ver para tales efectos la Circular 34, del 13 de septiembre de 2011, que instruye sobre la atención que debe brindarse a las personas transexuales y transgéneros, con lo que fortaleció las estrategias del Plan Hospital Amigo a personas de diversidad sexual, y el caso *Michel Riquelme Norambuena con Ministerio de Salud*, Consejo para la Transparencia, rol C1421-11.



conforme a su identidad de género y la rectificación de la documentación conforme a dicha identidad.

¿Pero qué hacemos respecto de los pacientes de centros particulares? La Circular 21 establece ciertas instrucciones en virtud de la dignidad de personas que no serían exigibles a los establecimientos particulares. Por otro lado, el derecho al trato digno es reclamable en todo momento y cualquier circunstancia. ¿Vincula ello a las clínicas privadas? ¿Tienen los pacientes transgénero ciertos derechos a los ojos de un centro privado y otros a los ojos de un centro público?

El derecho a una ficha clínica

Concepto de ficha clínica

Si bien la Ley 20.584 otorga una definición legal de ficha clínica, creemos conveniente construir un concepto de ficha clínica que haga confluir los intereses jurídicamente relevantes al respecto: paciente, médicos o profesionales y administración. En función de lo anterior, la ficha clínica es el documento escrito, sin importar su soporte, desarrollado obligatoriamente por el facultativo, que emana de la relación comunicacional médico-paciente, en el que constan interpretaciones subjetivas del médico y el conjunto de análisis objetivo de exámenes, con el fin de establecer, a lo largo de un proceso asistencial, los distintos estados de evolución del paciente, su ingreso, tratamiento, pronóstico y estado hasta el alta, garantizando el ejercicio de la autonomía del paciente a través de la toma de decisiones informada y el correcto ejercicio de la profesión.

Rol de la ficha clínica en el acto médico

En la actualidad se vive un verdadero cambio de paradigma en la atención de los pacientes, situación que influye en la forma en que entendemos la ficha clínica como instrumento, en virtud de los avances en la bioética desde la irrupción del principialismo en la praxis médica. Hablamos de un cambio de «paradigma» y no simplemente normativo, pues se trata de un nuevo enfoque que, a falta de cambios legales, busca influir en la forma de practicar la salud en la actualidad proyectándose en modificaciones legislativas futuras, pero también influyendo en el ejercicio de la medicina, lo que abarca etapas formativas, de educación y de información, entre muchas otras.

La posición que podríamos denominar clásica o paternalista entiende la ficha clínica como una herramienta dedicada, exclusivamente, a facilitar la asistencia o tratamiento al paciente como herramienta del médico⁶. Sería una prolongación o mezcla

6. Para Ruiz Orejuela, «el fin principal de la historia clínica es facilitar la asistencia al ciudadano [...] por los sanitarios que le atienden. Esta finalidad es la razón de ser de la historia clínica» (Ruiz Orejuela, 2004: 131; el énfasis es nuestro).



entre la memoria y el criterio del doctor, pensada en su exclusiva utilidad⁷. Así, el médico particular o su equipo de salud se vuelven los únicos destinatarios de ella. Este modelo, que se define como «modelo de eficacia terapéutica», promueve que la ficha clínica sea una herramienta en que esté toda la información necesaria y útil para el proceso asistencial del paciente, pero ello en beneficio y desde la perspectiva del médico⁸.

La posición moderna, en cambio, entiende la ficha clínica como un instrumento consagrado principalmente en beneficio de la autonomía del paciente. Este nuevo enfoque emana, para Martínez Aguado, de la dignidad moral y la condición de ciudadano del paciente (Fernández Hierro, 2002: 77). Lamentablemente, la Ley 20.584 terminó siendo un texto legal bastante esquizofrénico, en el que si bien se adhiere a la autonomía como principio general, lo cierto es que en determinados escenarios el principio ha sido directamente vulnerado⁹.

Es en virtud de la autonomía de las personas y el respeto a su dignidad, que nos permitimos asegurar que una ficha clínica debe incorporar siempre el nombre social. Si un paciente tiene la libertad para consentir o no con determinado tratamiento, lo anterior a partir de la información que reciba y que se encuentre incorporada en su ficha clínica, con más razón puede regular el contenido no sanitario de ella. Un paciente con mayor sentido de pertenencia de su historial médico es un paciente más informado y, en consecuencia, un paciente más autónomo.

El nombre como contenido de la ficha clínica

Por expreso mandato de la Ley 20.584, el Ministerio de Salud se vio en la obligación de dictar un reglamento que complementase las disposiciones de la Ley 20.584. Lo anterior se realizó mediante la aprobación del Reglamento 41 sobre Fichas Clínicas, publicado en el *Diario Oficial* el 15 de diciembre de 2012.

En cuanto al contenido de la ficha clínica, el Reglamento señala en su artículo 6 ciertas condiciones mínimas sobre identificación actualizada del paciente, entre las que se encuentra el *nombre completo*. Qué se entiende por ello, no lo señala. El Ministerio de Salud tampoco ha sido capaz de aclararlo¹⁰. Con todo, en específico, respecto

7. Utilidad que no debe, necesariamente, entenderse en un sentido sanitario estricto, sino en uno amplio, pues cumple además roles preventivos y rehabilitadores (Fernández Hierro, 2002: 6).

8. Otra perspectiva del paso de un modelo paternalista a uno del «consentimiento informado» en Noriega Potocnjak (2011: 14).

9. El mensaje original señalaba que el proyecto buscaba respetar la dignidad de las personas, pero no como una mera afirmación declarativa o una bien fundada pretensión programática. Al contrario, «ésta se traducía en formulaciones y hechos concretos, especialmente en el respeto por su libertad». Mensaje de Ley 20.584, página 6.

10. Consultada al respecto, la ministra de Salud señaló que «no existen antecedentes que consten en



de los «registros en ficha clínica», la Circular 21 ya señalada instruyó que todos los registros derivados de la atención de salud deben contemplar, en primer lugar, el nombre legal de la persona (consignado en su cédula de identidad) y, en segundo lugar, el nombre social con el cual dicha persona se identifica. Aunque dicha norma no sería vinculante en principio a los prestadores particulares, su influencia como principio inspirador no puede ser negada.

Rol del nombre en la ficha clínica

El único instrumento válido que permite vincular a una persona con una ficha clínica específica es el rol único nacional (RUN). No cumple este rol el nombre de la persona. Es respecto del RUN que el centro asistencial debe otorgar un número interno, en especial por su invariabilidad. Esto porque en el procedimiento de rectificación de partida de nacimiento se mantiene invariable el RUN.

En este sentido, el nombre viene a formar parte de lo que denominamos elemento de «identificación» del paciente, algo muy distinto de la «identidad». Este segundo concepto, que apunta a cualidades personales relevantes para el servicio de salud, se construye principalmente sobre la base de los elementos de anamnesis y diagnóstico (Gherzi y Weingarten, 2005: 51). Definida la identidad del paciente y vinculada ella a un RUN, es claro que un cambio del nombre registrado en la ficha clínica no afecta en ningún sentido la calidad de atención que recibe el paciente ni puede arriesgar su tratamiento. Por el contrario, es especialmente importante en el caso de personas cuyo nombre legal no es el que socialmente quiere utilizar, logrando que el paciente sea reconocido de acuerdo con su identidad de género.

Rectificación de la ficha clínica y principios

Se vuelve obligatorio incorporar el nombre social en la ficha clínica en virtud de los siguientes principios que la rigen:

- El principio de tutela de derechos del paciente, que busca el respeto no sólo de aquellos derechos de índole de la salud, sino todos aquellos derechos fundamentales del paciente, como la dignidad, la honra y la igualdad, entre otros.
- El principio de veracidad, el cual «se proyecta doblemente: por un lado, es requisito inexcusable de cualquier dato e información que se incluya en la his-

actas de comisiones, expedientes u otras actas administrativas en las cuales consulte el trabajo del Ministerio de Salud para la confección del reglamento de fichas clínicas, lo anterior debido a que se trabajó sobre la base de la misma Ley 20.584 y la Ley 19.628 sobre protección a la vida privada y datos de carácter personal». En caso *Pablo Eterovic Barreda con Ministerio de Salud*, Consejo para la Transparencia, rol C591-15. La respuesta específica en Ord. A/102 número 1407, del 22 de mayo de 2015.





toria clínica; de otra parte, el conjunto de la información contenida en la historia clínica debe permitir un conocimiento cierto —veraz— de la situación del enfermo» (Rebollo Delgado y Gómez Sánchez, 2008: 285). El nombre social es el nombre con el cual la persona es y quiere ser conocida, pues va de la mano con su condición transgénero y construcción de su identidad.

El caso Araya Astudillo con Clínica Alemana

Antecedentes

El menor NN presentaba un diagnóstico de disforia de género, el cual había sido establecido incluso por el mismo centro asistencial contra quien se acciona. Identificada inicialmente como hombre, la menor había iniciado ya su tránsito social y los padres solicitaron al centro de salud que se le tratara como niña, de acuerdo a su identidad de género y respetando su nombre social. El centro asistencial señaló que lo anterior no era posible «toda vez que la información de los pacientes se asocia a su cédula de identidad, y para efectuar u otorgar cualquier atención, se requiere contar con la identificación y datos que ésta arroja». Concluyeron entonces que «mientras la identidad legal de una persona no es modificada legalmente, Clínica Alemana no puede cambiarla»¹¹. A petición posterior de los padres, mantuvieron la negativa amparándose esta vez en el «marco legal referente a la verdadera identidad de un paciente» (Ley 4.808 sobre Registro Civil) y el mandato del Reglamento de señalar en la ficha clínica «la verdadera y real identidad de cada paciente». Actuar de distinta manera, sostuvieron, significaría una vulneración a los protocolos internos, toda vez que «la ficha clínica necesariamente debe ir asociada a la cédula de identidad de cada paciente, lo que importa su identificación precisa y real en todo aspecto, ello con el objeto de evitar cualquier confusión en torno a ello»¹². Los padres decidieron presentar el recurso en análisis, solicitando en específico que se ordene a la Clínica que incluya en la ficha clínica de la menor su identidad social y que asimismo se respete dicha identidad en todo ámbito de actuación.

A continuación, se analiza el fallo de primera instancia (sentencia del 6 de octubre de 2016, dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, rol 35.639-2016), que fuera ratificado luego por la Corte Suprema, con voto de minoría (sentencia del 14 de noviembre de 2016, rol 79.930-2016). Se debe tener presente, en todo caso, que durante la tramitación del recurso la causa voluntaria seguida ante el Séptimo Juzgado Civil de Santiago por rectificación de la partida de nombre había llegado a su fin, con lo que se acogió en definitiva la solicitud de los padres y se ordenó al Registro Civil la

11. Carta enviada por María Francisca Geisse Ovalle, jefa de Atención al Cliente, Clínica Alemana, 27 de enero de 2016.

12. Carta enviada por Eduardo Belmar García, abogado de Clínica Alemana, 8 de abril de 2016.



rectificación correspondiente para dar cuenta del nuevo nombre y sexo¹³. Si bien el escenario que justificaba la negativa habría mutado durante la tramitación (tratar de acuerdo al nombre social incondicionalmente frente a tratar conforme al nombre social establecido en la sentencia hasta su total inscripción), los principios en uno y otro caso son los mismos y los Tribunales Superiores no desestimaron la oportunidad de pronunciarse.

Análisis jurídico e importancia de la resolución

Violación por acción pero también omisión

El primer elemento a considerar es que la clínica recurrida fue condenada por una acción (no tratar a la menor de acuerdo con su identidad social), pero también por una omisión (no incorporar su nombre social en su ficha clínica).

Constante violación del derecho

El recurso de protección acá analizado fue presentado con anterioridad en otras dos ocasiones, pero fue declarado inadmisibile por encontrarse fuera de plazo, contado por la Corte de Apelaciones desde la carta de negativa recibida por los padres¹⁴, haciendo mención expresa en el último de los casos que «las reclamaciones posteriores, y en particular la reiteración de la misma solicitud a la clínica, no puede servir para computar un nuevo plazo»¹⁵. En el fallo que analizamos, la Corte de Apelaciones dio marcha atrás en su decisión, en cuanto acogió a tramitación el recurso presentado en

13. Sentencia del Séptimo Juzgado Civil de Santiago, rol V-53-2016, del 22 de agosto de 2016, que acoge por primera vez la rectificación de partida de un menor de edad amparado en la disconformidad entre el sexo asignado al nacimiento y la identidad de género. El juez que dictó dicha resolución fue objeto de una querrela criminal por prevaricación judicial por parte de la ONG Comunidad y Justicia, la que fuera en definitiva desestimada por ser los hechos no constitutivos de delito. Véase causa RIT 6315-2017, del Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago.

14. La primera de las sentencias señala: «2) Que en su presentación el recurrente señala haber tomado conocimiento del acto que lo motiva para deducir esta acción constitucional en enero de este año, circunstancia que se corrobora con la copia de la carta que se lee [...]; 3) que habiendo deducido el presente recurso con fecha 15 de marzo de 2016, no puede ser acogido a tramitación por extemporáneo». Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, rol 20.170-2016, 16 de marzo de 2016.

15. En este sentido, señaló la Corte de Apelaciones de Santiago: «3) Que, tenido a la vista el Ingreso Corte número 20.170-2016, se advierte que los padres de T.I.A.F. han solicitado a Clínica Alemana la modificación de los datos de su hijo en varias oportunidades, como se advierte de la carta [...] fechada en enero de 2016, de modo que es posible colegir que los recurrentes han tomado conocimiento del acto que los motiva a recurrir de protección con una antelación superior al plazo previsto para su interposición, razón por la cual no puede ser acogido a tramitación por extemporáneo». Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, rol 32.429-2016, 28 de abril de 2016.





los mismos términos y amparado en la misma negativa que días antes había declarado inadmisibile.

La reclamación de extemporaneidad no fue tomada en cuenta, pues, a juicio de la Corte de Apelaciones, la acción, «que constituye el fundamento del presente recurso, *continúa produciéndose*»¹⁶. De esta forma, se establece que una persona transgénero ve vulnerados sus derechos cada vez que no es llamada por su nombre social al momento de atenderse. El voto de minoría del fallo de la Corte Suprema postulaba rechazar la protección y revocar la sentencia por extemporaneidad.

Apelación a la dignidad humana

A falta de norma específica que resuelva el asunto por tratarse de un centro privado, y amparándose en la inexcusabilidad, la Corte de Apelaciones acudió a la dignidad de la persona, al advertir:

Que el derecho al completo y total desarrollo de la personalidad va de la mano con un concepto primordial que constituye la base de todos los principios y derechos que la Carta Fundamental y los tratados internacionales ratificados por nuestro país sobre la materia consagran, cual es el de la dignidad de la persona¹⁷.

Vulneración del derecho fundamental de igualdad ante la ley

La Constitución, en su artículo 19 número 2, asegura a todas las personas la igualdad ante la ley. De acuerdo con la Corte de Apelaciones, la igualdad debe entenderse como un principio y como un derecho que demanda ciertos enfoques, reivindicaciones y contenidos sustantivos. Citando a la Corte Internacional de Derechos Humanos, señala que la noción de igualdad:

Es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio, o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. En consecuencia, los Estados sólo pueden establecer distinciones objetivas y razonables cuando éstas se realicen con el debido respeto a los derechos humanos y de conformidad con el principio de la aplicación de la norma que mejor proteja los derechos de la persona¹⁸.

16. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, rol 35.639-2016, 6 de octubre de 2016, considerando sexto.

17. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, rol 35.639-2016, considerando décimo.

18. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, rol 35.639-2016, considerando undécimo. La Corte hizo propia la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos OC-4/84,



De acuerdo con la Corte de Apelaciones, la igualdad se afectó en virtud de no haberse respetado el principio de interés superior del niño (ISN). Por remisión al artículo 5 de la Constitución, los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes resultan aplicables internamente. A partir del artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño y el Comité de los Derechos del Niño, la Corte de Apelaciones acogió la interpretación del ISN como un concepto triple. Primeramente, es un *derecho sustantivo* (de aplicación inmediata y reclamable ante los tribunales), luego un *principio jurídico interpretativo*, por lo que se elige la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el ISN. Y, finalmente, se trata de una *norma de procedimiento*, esto es, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones positivas o negativas de la decisión en el niño o los niños interesados.¹⁹ De esta manera, y a falta de norma, el ISN debe ser siempre una máxima de interpretación para los jueces perfectamente exigible en el ámbito de las relaciones privadas, como sería en la atención de salud.

*No modifica la interpretación anterior la existencia
de un procedimiento paralelo de rectificación de partida de nacimiento*

La Corte de Apelaciones sostuvo que:

La actuación de la recurrida en orden a no incorporar en sus diversos registros al niño con su nueva identidad, establecida por sentencia ejecutoriada, sólo porque no se ha materializado la inscripción correspondiente en el Servicio de Registro Civil e Identificación, resulta completamente infundada, especialmente si se tiene en cuenta que la referida inscripción sólo tiene un sentido de publicidad, la que en caso alguno puede prevalecer sobre la dignidad de la persona, el interés superior del niño y la garantía constitucional de la igualdad; derechos todos que se han conculcado por la recurrida con su negativa caprichosa y antojadiza que sin duda la torna arbitraria, por lo que la acción de protección será acogida²⁰.

Aceptación del recurso y condena en costas

Fue por ello que la Corte de Apelaciones acogió el recurso, «debiendo en consecuencia Clínica Alemana de Santiago inscribir en la correspondiente ficha clínica de la menor su identidad legal XX, como asimismo en todo ámbito de actuación de la recurrida para con la niña»²¹. La recurrida fue expresamente condenada en costas.

«Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización», del 19 de enero de 1984.

19. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, rol 35.639-2016, considerando duodécimo.

20. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, rol 35.639-2016, considerando duodécimo.

21. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, rol 35.639-2016, parte resolutive.





Conclusión

Si bien en materia de atención pública existe una norma expresa que obliga a tratar a las personas transgénero por su nombre social, a la misma conclusión se puede llegar respecto de pacientes que se atienden en el sector privado mediante una interpretación armónica de nuestro ordenamiento, en especial en virtud de la Convención de Naciones Unidas Sobre los Derechos del Niño, de la Ley 20.584 (que consagra el principio de autonomía y dignidad que subyace a la ficha clínica) y el Reglamento 41.

Enfrentada al escenario de ausencia normativa, la Corte de Apelaciones, en fallo ratificado por la Corte Suprema, ha establecido el derecho a ser tratado por el nombre social en materias vinculadas a la atención de salud, respecto de un menor de edad, de acuerdo con la dignidad de la persona, igualdad ante la ley y el ISN. Dicho fallo, además de la interpretación de las normas sobre derechos de los pacientes ya expuesta, invita a incorporar en los centros privados, al menos como buenas prácticas, los protocolos que rigen a las instituciones públicas. De esta manera, no tendremos tratos discriminatorios entre pacientes y se respetará el derecho al nombre y al trato digno del paciente, en todo momento y circunstancia, como mandata la Ley 20.584.

Referencias

- FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel (2002). *La historia clínica*. Granada: Comares.
- GHERSI, Carlos y Celia WEINGARTEN (2005). *Historia clínica*. Rosario: Editorial Jurídica Nova Tesis.
- NORIEGA POTOENJAK, Fernando (2011). *La negligencia médica ante la doctrina y jurisprudencia nacionales*. Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago.
- REBOLLO DELGADO, Lucrecio y Yolanda GÓMEZ SÁNCHEZ (2008). *Biomedicina y protección de datos*. Madrid: Dykinson.
- RUIZ OREJUELA, Wilson (2004). *Responsabilidad médica estatal*. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. Limitada.
- TERRIBAS, Nuria (2012). «Derechos del paciente». En Juan Pablo Becerra y Carmen Astete (editores), *Bioética clínica* (pp. 178-204). Santiago: Mediterráneo.

Sobre el autor

PABLO ETEROVIC BARREDA es licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Estudiante del Magíster en Derecho Tributario en la misma casa de estudios. Su correo electrónico es pabloeterovicb@gmail.com.



NACIONAL

Jara con Barrientos: El caso Víctor Jara ante la justicia universal

Jara vs Barrientos: The Víctor Jara case before universal justice

Francisco JARA BUSTOS

Universidad de Chile

Francisco UGÁS TAPIA

Universidad Carlos III de Madrid, España

RESUMEN El presente trabajo busca analizar la decisión de 27 de junio de 2016, mediante la cual un jurado de la Corte Distrital del Distrito Medio de Florida, Orlando, Estados Unidos, declaró que Pedro Pablo Barrientos Núñez era culpable de haber participado en la tortura y el asesinato de Víctor Lidio Jara Martínez, crímenes ocurridos en septiembre de 1973. En la primera parte se relata quién fue Víctor Jara y su significación histórica, para luego dar cuenta de las circunstancias de su muerte en el entonces Estadio Chile, emplazado en Santiago de Chile, por oficiales del Ejército. Seguidamente, se analiza el devenir del caso judicial en nuestro país y el problema de que uno de los implicados se encontrara fuera de las fronteras chilenas. Como tercer punto, se examina el proceso en los Estados Unidos de América, y la Torture Victims Protection Act y el Alien Tort Statute como una forma de justicia universal morigerada.

PALABRAS CLAVE Víctor Jara, derechos humanos, justicia universal, Torture Victims Protection Act, Alien Tort Statute, dictadura cívico-militar chilena.

ABSTRACT The present paper seeks to analyze the decision of June 27, 2016, in which a jury of the District Court of the Middle District of Florida, Orlando, United States of America, declared that Pedro Pablo Barrientos Núñez was guilty of having participated in torture and murder of Víctor Lidio Jara Martínez, crimes committed in September of 1973. In the first part it's reported who was Víctor Jara and its historical significance, then given an account of the circumstances of his death in the former Chile Stadium, in Santiago, Chile, by Army officers. Then the future of the judicial case in our country will be analyzed, and the problem of one of those involved outside the Chilean borders. As a



JARA BUSTOS Y UGÁS TAPIA
JARA CON BARRIENTOS: EL CASO VÍCTOR JARA ANTE LA JUSTICIA UNIVERSAL

third point, the process in the United States of America will be examined, as will be the Torture Victims Protection Act and the Alien Tort Statute as a form of universal justice.

KEYWORDS Víctor Jara, human rights, universal justice, Torture Victims Protection Act, Alien Tort Statute, civil-military dictatorship of Chile.

*Somos cinco mil aquí
en esta pequeña parte de la ciudad.
Somos cinco mil.
¿Cuántos somos en total
en las ciudades y en todo el país?
Somos aquí diez mil manos
que siembran y hacen andar las fábricas.
¡Cuánta humanidad
con hambre, frío, pánico, dolor,
presión moral, terror y locura!*
VÍCTOR JARA, SOMOS CINCO MIL

¿Quién es Víctor Jara?

Víctor Lidio Jara Martínez es un importante referente cultural y político del Chile contemporáneo¹. Desgraciadamente, su trascendente vida de entrega a su familia y a su Pueblo se vio truncada súbitamente, pocos días después del golpe militar del 11 de septiembre de 1973, por la acción criminal de agentes del Ejército de Chile, quienes lo ejecutaron en el entonces llamado Estadio Chile, rebautizado posteriormente como Estadio Víctor Jara.

Víctor nació el 28 de septiembre de 1932 en la región del Biobío. Hijo de Manuel Jara y de Amanda Martínez, desde pequeño demostró una gran atracción por las artes, especialmente la música y la actuación, por lo que orientó su formación académica y profesional al desarrollo de las mismas. Junto con ello, cultivó una sentida conciencia social y de amor hacia su Pueblo, por lo que asumió la responsabilidad que, como artista, él tenía para con una sociedad que anhelaba ser más justa y democrática. Dichos ideales eran representados, primero, por el partido político en el cual militó, el Partido Comunista, y luego, por el proyecto político que, para él y para muchos compatriotas, representó la Unidad Popular, encabezada por el entonces presidente de la República, Salvador Allende. En sus expresiones artísticas intentó transmitir su mensaje, en el que resaltó la dignidad de la persona humana y bregó por la necesidad de que la justicia social se erigiera como un valor y realidad en nuestro país.

1. Sobre su vida, véase Jara (2007).



Es recordado mundialmente en canciones de grupos musicales, como Los Fabulosos Cadillacs, Inti-Illimani o U2, en calles, placas, teatros e incluso en el cinturón de asteroides, pues uno de ellos recibió su nombre².

Las circunstancias del golpe y su fallecimiento

El 11 de septiembre de 1973, las Fuerzas Armadas y de Orden, encabezadas por una Junta de Gobierno, dieron un golpe de Estado que depuso al gobierno democrático dirigido por Salvador Allende. Esta sublevación, que se venía fraguando hace ya tiempo (Herrero, 2014: 300-301; Kornbluch, 2013), puso fin al estado constitucional y democrático vigente y dio inicio a una cruenta dictadura cívico-militar³.

En aquella época, Víctor se desempeñaba como profesor e investigador en la Universidad Técnica del Estado (UTE). Esa mañana, el cantautor popular se encontraba en su hogar cuando se enteró del golpe que se estaba desarrollando. Junto a él, estaban Joan Alison Turner Roberts, su cónyuge, y sus dos pequeñas hijas, Manuela y Amanda. Pese a lo que estaba ocurriendo en el país, Víctor estimó necesario trasladarse hasta las dependencias de la universidad, ubicadas en el centro de la capital, no sin antes despedirse de su familia. Ese día estaba previsto que, en la universidad, el presidente de la República inaugurara la exposición «Por la vida. Contra el fascismo», la que nunca se realizó. Luego de que el cantante arribara a la UTE, ésta fue sitiada por efectivos del regimiento Arica del Ejército de Chile, provenientes de la ciudad de La Serena, región de Coquimbo, bajo el mando del entonces capitán Marcelo Moren Brito⁴. Las tropas mantuvieron cercadas las dependencias de la institución universitaria y, al día siguiente, previo disparos de proyectiles de diversa naturaleza hacia el recinto, procedieron a allanar y ocupar sus dependencias, deteniendo masivamente a docentes, alumnos y administrativos. También se asesinó a algunos de los presentes⁵.

Posteriormente, los detenidos, Víctor incluido, fueron trasladados en buses hasta el entonces Estadio Chile, el cual fue habilitado con antelación como recinto de detención, con la coordinación del Comando de Apoyo Administrativo del Ejército, y

2. El 22 de septiembre, a pocos días de su muerte, el astrónomo soviético Nikolai Stepanovich Chernykh nombró al entonces recién descubierto asteroide 2.644 Víctor Jara (Schmadel, 2013: 342).

3. Sobre los alcances del mismo, véase Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación (1991).

4. Marcelo Moren Brito fue uno de los represores más brutales del régimen. Participó en la Caravana de la Muerte e integró la Dirección de Inteligencia Nacional (DINA), donde lideró el campo de concentración de Villa Grimaldi. Fue condenado a más de trescientos años de presidio por torturas, ejecuciones, asociación ilícita y desapariciones forzadas que incluían la de su propio sobrino. Fue condenado en 2004 y recluido en el privilegiado penal Cordillera, hasta su cierre, cuando pasó a Punta Peuco. Murió en prisión el 11 de septiembre de 2015.

5. Contamos, entre otros, a Martha Vallejos Buschmann y a Hugo González Araya. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile, rol 22.206-2016, 13 de octubre de 2016.





resguardado su interior por contingente militar de dotación de diversos regimientos del país, entre ellos, el Regimiento Blindado número 2 de Santiago, el regimiento Esmeralda de Antofagasta, el regimiento Maipo de Valparaíso y el regimiento de Tejas Verdes de San Antonio⁶.

Ese 12 de septiembre, Víctor, encontrándose privado de su libertad, fue ingresado al señalado recinto de detención, para ser luego ubicado con múltiples detenidos en las graderías del lugar⁷. Reconocido por un oficial, fue derribado de un culatazo y golpeado. Posteriormente, fue separado del resto de las personas detenidas y trasladado a la zona de camarines, ubicada en el subterráneo, habilitada previamente por los militares para la práctica de interrogatorios y torturas a los detenidos. Estos actos se desarrollaron entre los días 13 y 16 de septiembre de 1973, y fueron ejecutados por oficiales del Ejército de Chile. Estas sesiones fueron desarrolladas incluso por personal de la Segunda Fiscalía Militar de Santiago, dependiente del Juzgado Militar respectivo, así como por algunos militares que hasta el día del golpe se encontraban detenidos por el intento de sublevación del 29 de junio de 1973, al mando del sedicioso coronel Souper⁸.

A partir del 15 de septiembre, las personas que se encontraban detenidas en el Estadio Chile, a excepción de Víctor y otras pocas víctimas, comenzaron a ser trasladadas al Estadio Nacional, locación que también había sido habilitada como recinto de detención. Víctor, junto con Littré Quiroga Carvajal, quien fuera director nacional del Servicio de Prisiones, y Danilo Bartulín Fodich, médico y amigo personal del presidente Allende, fueron separados del grupo que era trasladado al Estadio Nacional por el encargado militar del Estadio Chile, quien ordenó su envío al subterráneo del recinto, específicamente a los camarines, donde se encontraba personal militar. Cuando la mayoría de los detenidos del recinto del Estadio Chile había abandonado tal lugar, oficiales del Ejército de Chile procedieron a ejecutar sumariamente a los prisioneros que no habían sido trasladados. Víctor Jara recibió, al menos, 44 impactos de bala, calibre 9,23 mm, según se establece en el informe de autopsia de la víctima. Las armas que proferían balas de tal calibre sólo eran utilizadas por los oficiales del Ejército de Chile, como los que se encontraban en el recinto⁹.

6. Lo anterior, según se estableció en la investigación desarrollada por el ministro en visita extraordinaria, Miguel Vázquez Plaza, de lo cual dan cuenta los basamentos respectivos de los procesamiento pronunciados por el referido ministro instructor, de fechas 26 diciembre de 2012 —complementado por resolución de 28 de diciembre del mismo año—, 10 de octubre de 2013, 29 de agosto y 2 de septiembre, ambos de 2014, y en la acusación fiscal dictada el 21 de julio de 2015, todas resoluciones expedidas en la actual causa rol 16.379-2005, a la cual se acumuló la causa rol 108.496-9, en la que originalmente se comenzaron a indagar los hechos criminales perpetrados en la persona de Víctor Lidio Jara Martínez.

7. Sobre la llegada al Estadio Chile, véase Escalante y otros (2013).

8. Sobre el golpe frustrado de 29 de junio de 1973, conocido como Tanquetazo o Tancazo, véase Prats (1985: 620).

9. Según consta en el numeral 7 del fundamento segundo de la acusación de oficio, pronunciada el día





El cuerpo sin vida de Víctor, junto con el de otras tres personas más, fue hallado por pobladoras que habitaban en las inmediaciones del Cementerio Metropolitano de Santiago, en un terreno baldío, el 16 de septiembre de ese año. Su identificación se debió, en buena medida, a las pobladoras y a la acción de personas como Héctor Herrera Olguín, funcionario del Servicio de Registro Civil e Identificación, en comisión de servicios en el entonces Instituto Médico Legal, quien logró comprobar la identidad del cuerpo y ubicar a su mujer, Joan Turner, para evitar que las autoridades militares intentaran ocultarlo¹⁰.

El caso judicial en Chile

El proceso judicial en Chile se inició el 12 de septiembre de 1978, mediante la denuncia que realizó Joan Jara, quien en ese entonces se encontraba radicada en Londres, y fue patrocinada por el abogado Luis Ortiz Quiroga. La referida denuncia fue presentada ante el Quinto Juzgado de Letras en lo Criminal de Santiago, individualizada bajo el rol 108.496-9. La jueza titular de dicho tribunal, Adela Manquilef Vargas, proveyó la querrela ordenando la instrucción del respectivo sumario criminal¹¹.

Diversas diligencias fueron realizadas, pese a la vigencia del Decreto Ley de Amnistía¹². Sin embargo, dado el contexto vivido en la época, el proceso criminal no

21 de julio de 2015 por el ministro en visita extraordinaria Miguel Vázquez Plaza, que obra a fojas 11.422 y siguientes de la causa rol 16.379-2005.

10. Esta historia consta en el documental *Víctor Jara número 2.547*, de Elvira Díaz, que estrenó en Francia el 16 de septiembre de 2013.

11. Este caso fue sustanciado bajo las normas contenidas en el Código de Procedimiento Penal, que establecía un sistema de enjuiciamiento escriturado. Si bien la justicia procedimental criminal chilena ha sido reformada, esta norma continúa siendo aplicable debido a su vigencia en la época de ocurrencia de los hechos, y a lo indicado en la Disposición Transitoria Octava de la Constitución Política de la República, lo cual ha sido ratificado por el Tribunal Constitucional en diversos fallos. Véase, Tribunal Constitucional de la República de Chile, rol 2991-2016-INA. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Hugo Prado Contreras respecto del artículo 483 del Código Procesal Penal, en los autos rol 39.122, seguidos ante el ministro en visita extraordinaria Mario Carroza de la Corte de Apelaciones de Santiago, en actual conocimiento de la Corte Suprema, por recursos de casación en la forma y en el fondo, bajo el rol 8.642-2015 y rol 1327-09-INA. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Angélica Carvajal Fuenzalida, respecto de los artículos 274, 424, 109, 110 inciso 1, 499 inciso 3, 61 inciso final del Código de Procedimiento Penal y artículo 483 del Código Procesal Penal, en causa rol 39.224-2003 del Juzgado del Crimen de Viña del Mar.

12. El Decreto Ley 2.191, de 19 de abril de 1978, concedió amnistía por crímenes cometidos entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978. Esta autoamnistía tenía por propósito asegurar la impunidad de los responsables de graves violaciones a los derechos humanos. Desde hace casi una década la norma no es aplicada por la judicatura, lo que coincide con la condena internacional al Estado de Chile por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Almonacid Arellano*. Véase Sentencia del caso *Almonacid Arellano y otros con Chile*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, serie C 154, 26





pudo prosperar y así satisfacer sus fines. Finalmente, la causa fue sobrepasada temporalmente, lo que reafirmó la sensación de impunidad y desamparo de su familia sobreviviente.

Tras la reactivación de la causa y luego del retorno de la democracia, el Poder Judicial realizó diversos esfuerzos para proseguir con la persecución penal (Jara Bustos, 2016). Jueces con dedicación exclusiva y ministros en visita extraordinaria conocieron estos antecedentes. Veintiséis años transcurrieron desde el inicio del proceso hasta que el 6 de diciembre de 2004, el entonces juez con dedicación exclusiva del Quinto Juzgado de Letras del Crimen de Santiago, Juan Carlos Urrutia Padilla, dictó el primer auto de procesamiento en la causa¹³, en contra de Mario Manríquez Bravo, oficial militar a cargo del Estadio Chile, por su participación en calidad de autor del delito, consumado, de homicidio calificado de Víctor Jara.

Tras dicha resolución, el 26 de mayo de 2009, el ministro en visita Juan Eduardo Fuentes Belmar sometió a proceso a José Paredes Márquez, en la época de los hechos un soldado conscripto, por su participación punible en calidad de autor del delito consumado de homicidio calificado en la persona de Víctor. Este conscripto fue la primera persona del Ejército en relatar cómo había muerto Víctor Jara; sin embargo, al ser el último eslabón en la cadena de mando, todavía quedaba mucho por investigar¹⁴.

Debe destacarse que el mayor avance en lo que a la satisfacción de los fines del proceso criminal se refiere se produjo principalmente bajo la instrucción desarrollada por el ministro Miguel Vázquez Plaza, de la Corte de Apelaciones de Santiago, quien agotó todos los medios a su disposición para esclarecer los hechos criminales y determinar las participaciones de los sujetos que intervinieron en los mismos. Expresión de ello son los autos de procesamiento que se dictaron el 26 de diciembre de 2012 —complementado por decisión del 28 del mismo mes—, el 10 de octubre de 2013, el

de septiembre de 2006. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sin embargo, la misma no ha sido anulada, como sí ocurrió en Argentina.

13. Conforme al artículo 274 del Código de Procedimiento Penal, el procesamiento es una resolución que el juez dirige contra el inculcado que ha sido interrogado judicialmente en tal calidad, ya reunidos, además, antecedentes de la causa que justifiquen la existencia del hecho punible y, asimismo, con presunciones fundadas de que el inculcado ha tenido participación criminal en él, ya sea como autor, cómplice o encubridor.

14. Auto de procesamiento de 26 de mayo de 2009, dictado por el entonces ministro en visita extraordinaria Juan Eduardo Fuentes Belmar, quien a la época del pronunciamiento de la referida resolución integraba la Corte de Apelaciones de Santiago. La investigación desplegada posteriormente por el ministro Miguel Vázquez Plaza evidenció que ésta, en la época de la dictación de la decisión señalada, no estaba agotada, por lo que era necesario desplegar todos los medios posibles para finalizar debidamente la etapa investigativa.



29 de agosto de 2014 y el 2 de septiembre de 2014¹⁵. Entre estos sujetos procesados se encuentra uno que, en la época de los hechos, detentaba el grado de teniente en el Ejército de Chile, llamado Pedro Pablo Barrientos Núñez, quien luego del término de la dictadura se desvinculó del Ejército de Chile y abandonó nuestro país con rumbo a Estados Unidos, país en el cual se radicó y en donde reside en la actualidad. Dada tal condición, el 26 de diciembre de 2012, el ministro instructor requirió a la Corte Suprema la extradición activa de este sujeto, petición que fue acogida por el Tribunal el 30 de enero de 2013, ampliada por decisión del 31 de agosto de 2016, y formalizada al estado requerido, encontrándose ésta pendiente de resolución.

Cabe señalar, además, que el 18 de diciembre de 2013, el ministro Miguel Vázquez Plaza ordenó la acumulación del proceso sustanciado para investigar la causa Víctor Jara, a la causa rol 16.379-2005, también instruida por él, en calidad de ministro de fuero, para investigar los hechos criminales perpetrados contra Littré Quiroga Carvajal y sancionar a los responsables.

El 21 de julio de 2015, el ministro, previo cierre del sumario criminal, elevó la causa a plenario y acusó¹⁶ como autores del delito de homicidio calificado de Víctor Lidio Jara Martínez a Hugo Hernán Sánchez Marmonti, Raúl Aníbal Jofré González, Edwin Armando Roger Dimter Bianchi, Nelson Edgardo Haase Mazzei, Jorge Eduardo Smith Gumucio, Ernesto Luis Bethke Wulf, Juan Renán Jara Quintana, Hernán Carlos Chacón Soto y Patricio Manuel Vásquez Donoso; como autores del delito de secuestro simple cometido en la persona de Víctor, a Hugo Hernán Sánchez Marmonti, Edwin Armando Roger Dimter Bianchi, Nelson Edgardo Haase Mazzei, Jorge Eduardo Smith Gumucio, Ernesto Luis Bethke Wulf, Juan Renán Jara Quintana, Hernán Carlos Chacón Soto y Patricio Manuel Vásquez Donoso; como encubridor del delito de homicidio calificado, a Rolando Camilo Humberto Melo Silva; como encubridor del delito de secuestro simple, a Ramón Camilo Humberto Melo Silva; y, como autor del delito de secuestro calificado con grave daño cometido en la persona de Víctor, a Raúl Aníbal Jofré González.

Actualmente, la causa judicial sustanciada en Chile prosigue en el mencionado estado procesal de plenario, por lo que se encuentra pendiente su juzgamiento definitivo.

15. Los mismos han sido objeto de recursos en su contra y han sido confirmados después de sus respectivas revisiones por el tribunal de alzada.

16. De acuerdo con los artículos 403 y 424 del Código de Procedimiento criminal, una vez ejecutoriada la resolución que declara cerrado el sumario, si existen procesados, el juez debe dictar una resolución fundada que dé cuenta de los delitos cometidos y de la participación que a ellos les cupiera, con expresión de los medios de prueba del sumario para acreditar unos y otros. El querellante puede adherir en esta etapa, o bien formular acusación particular.



El caso en los Estados Unidos: La Torture Victims Protection Act

Al tratarse de crímenes contra la humanidad¹⁷, hay consenso en el derecho internacional de que se trata de hechos imprescriptibles e inamnistiables (Naciones Unidas, 1946; 1948; 1968)¹⁸. Sin embargo, surgió el problema de cómo hacer efectiva la responsabilidad de Pedro Barrientos en Estados Unidos.

En mayo de 2012, el Programa de Derechos Humanos¹⁹, entonces dependiente del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, tomó contacto con la abogada Almudena Bernabeu, directora del Centre of Justice and Accountability de Estados Unidos. Cabe señalar que la referida organización no gubernamental, con anterioridad, había promovido, entre otras, una demanda en contra de Armando Fernández Larios²⁰, quien a la época de ser demandado también tenía residencia en el referido país, por el caso de Winston Cabello Bravo, víctima de la Caravana de la Muerte, episodio Copiapó, por los hechos ocurridos en octubre de 1973, en la referida ciudad. Este caso (*Cabello con Fernández Larios*) constituyó la primera sentencia dictada por un jurado en la historia de Estados Unidos por un crimen calificado como de lesa humanidad (Bernabeu, 2007: 48).

Tras conocer los antecedentes del caso de Víctor Jara, Almudena Bernabeu, en representación del Centro y en conjunto con su equipo, decidieron promover la de-

17. Esta clasificación, y en menor medida la de crímenes de guerra, ha permitido encuadrar los crímenes de la dictadura cívico-militar (Schabas, 2010: 142 y siguientes). A diferencia de la experiencia argentina, en nuestro país no se ha defendido la idea de que estaríamos ante un caso de genocidio (Feierstein, 2015: 119 y siguientes).

18. Véase también la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Almonacid Arellano y otros con Chile*, párrafos 110 y siguientes. Esta doctrina es plenamente aceptada por la Sala Penal de la Corte Suprema.

19. El Programa Continuación Ley 19.123, conocido como «Programa de Derechos Humanos», fue creado con la finalidad de continuar con la tarea de la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, por lo que debía prestar asistencia legal y social a los familiares de las víctimas. Con la promulgación de la Ley 20.405 se le reconoce la posibilidad de presentar querellas por víctimas calificadas de ejecuciones sumarias y desapariciones forzadas (artículo 10 transitorio). Actualmente depende de la recién creada Subsecretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (Ley 20.885 de 2016).

20. Entre otros casos, fue requerido por los Estados Unidos por el asesinato de Orlando Letelier del Solar y Ronni Moffitt en Washington D.C. Además, ha sido requerido por la justicia de Chile en múltiples procesos, entre ellos, por ejemplo, su participación en calidad de autor en el homicidio calificado de Carmelo Soria Espinosa, en el contexto de la causa rol 1-1993, instruida por el ministro Lamberto Cisternas Rocha de la Corte Suprema; por su participación como autor en el homicidio calificado de quince víctimas, en el marco de la causa rol 2.182-1998 «Caravana de la Muerte, episodio La Serena», indagada por el ministro Mario Carroza Espinosa de la Corte de Apelaciones de Santiago; y por su participación en calidad de autor en el homicidio calificado de Ronni Moffitt, en el contexto de la causa rol 910-2011, instruida por el ministro Mario Carroza Espinosa de la Corte de Apelaciones de Santiago, entre otros.





manda ante la justicia de Estados Unidos con el apoyo *pro bono* de la firma Chadbourne & Parke de Nueva York.

El estatuto legal a emplear sería la Torture Victims Protection Act, invocado también en el caso de Winston Cabello. Si bien los Estados Unidos son conocidos por su política regresiva en lo relativo a la justicia internacional, y se han restado de suscribir algunos de los principales instrumentos internacionales tanto del sistema universal, del sistema interamericano o, incluso, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, como destaca Almudena Bernabeu, no deja de llamar la atención en su sistema jurídico la existencia de normas que consagran, aunque sea civilmente, el principio de la jurisdicción universal (Bernabeu, 2007: 40 y siguientes).

Entre ellas se cuentan la Alien Tort Statute²¹, y específicamente, la Torture Victims Protection Act de 1992. Se permite, con esta última norma, presentar demandas civiles en los Estados Unidos contra individuos que, actuando en una función pública, cometan torturas o ejecuciones extrajudiciales. Si bien se trata de un procedimiento entre privados, proporciona una instancia de jurisdicción universal, aunque de alcance limitado.

Múltiples fueron los objetivos planteados por el equipo conformado al instar por la promoción de esta demanda, entre los que se destacan: i) desarrollar un trabajo conjunto con la familia de Víctor Jara, de tal manera de hacerla partícipe y protagonista de todo este proceso, teniendo en consideración que este proceso civil operaría como un juicio complementario al proceso criminal sustanciado en Chile, el que tenía por objeto el esclarecimiento de los hechos y la sanción punitiva de los sujetos que intervinieron en aquéllos; ii) dar un mensaje a los criminales de lesa humanidad de que estén donde estén, en la medida en que exista una normativa que permita investigarlos y enjuiciarlos, serán perseguidos y, para ello, todas las herramientas que franquea el derecho serán empleadas para satisfacer la eficacia de los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación, que asisten a las víctimas; y iii) ejercer una acción que pudiese facilitar y favorecer el que Estados Unidos pusiera a disposición de nuestra justicia al requerido, para su debido juzgamiento.

El trabajo desarrollado se extendió entre 2012 y 2016. Para afirmar la competencia de la Corte Distrital del Distrito Medio de Florida, División Orlando, de Estados Unidos para conocer del caso, se argumentó que: i) la acción deducida se ejerce bajo la Torture Victim Protection Act; ii) el Alien Tort Statute es aplicable porque los hechos constitutivos de tortura cometidos en la persona de la víctima fueron ejecutados en violación de derecho de las naciones; y iii) el demandado poseía nacionalidad chilena y estadounidense, con residencia en Deltona, Florida.

21. Esta norma es original de 1789, tras la independencia norteamericana. Su idea era proteger a embajadores y funcionarios europeos contra actos de piratería y otros que en dicha época pudieran considerarse «violaciones del derecho de las naciones». Actualmente, se considera que permite demandar por violaciones de normas internacionales universales y obligatorias (Bernabeu, 2007: 46).





El 27 de junio de 2016, el jurado de la señalada Corte Distrital declaró que Pedro Pablo Barrientos Núñez era culpable de los cargos que habían sido formulados en su contra, por su participación en los delitos de tortura y asesinato extrajudicial de Víctor Lidio Jara Martínez, hecho ocurrido en septiembre de 1973 en Santiago de Chile. El culpable fue condenado a pagar la suma de 28 millones de dólares por concepto de indemnización de perjuicios por el daño que se causó a la familia de la víctima, constituida, como se mencionó previamente, por su cónyuge sobreviviente y por sus hijas²². El jurado que emitió dicho veredicto de condena era un cuerpo colegiado, integrado por personas legas aunque dirigido por un juez letrado. Dicho jurado se limitó a pronunciar su decisión de culpabilidad y a definir las cuantías de los montos indemnizatorios por los crímenes establecidos. El texto definitivo de la sentencia, redactada por el juez de distrito Roy B. Dalton hijo, de 29 de junio de 2016, se limitó a establecer que el juzgamiento final era en contra de Pedro Pablo Barrientos Núñez y en favor de las demandantes ya señaladas, por lo que se ordenaba el pago de las compensaciones indemnizatorias correspondientes²³.

La justificación de la intervención de la justicia de los Estados Unidos se encuentra en el concepto de *justicia universal*, la cual ha sido definida como la capacidad de los tribunales de cualquier Estado para iniciar enjuiciamientos por delitos cometidos fuera de su territorio y no relacionados con ese Estado por la nacionalidad del acusado o de las víctimas, ni por daños causados a sus intereses nacionales (Amnistía Internacional, 2014: 5). En doctrina se la ha definido como aquellas normas que permiten la competencia de un Estado para perseguir, juzgar y sancionar a los responsables de determinados crímenes independiente del lugar de comisión del delito, así como de cualquier vínculo de nacionalidad, activa o pasiva, u otros motivos de jurisdicción reconocidos en el derecho internacional (Shawn, 2008: 669), aunque con el alcance limitado antes señalado. Esta jurisdicción universal se erige como una excepción al principio de territorialidad de la ley. La justicia universal, así descrita, es conocida como *justicia universal plena*. Cualquier restricción o limitación que se imponga al ejercicio de la justicia universal, ya sea, por ejemplo, en relación con la materia de enjuiciamiento, a la víctima o al victimario —como podría serlo la nacionalidad o la ubicación de uno u otro, por ejemplo—, o bien la exigencia de un interés nacional, nos conlleva a una *justicia universal limitada, condicional o morigerada*. El fundamento de la justicia universal lo constituye el carácter excepcionalmente grave de los crímenes de derecho internacional, lo que justifica el deber universal de perseguir y sancionar a quienes los han cometido.

22. Sentencia del caso *Jara con Barrientos*, Corte Distrital del Distrito Medio de Florida, División Orlando, Estados Unidos, caso 6:13-cv-1426-Orl-37GJK, 27 de junio de 2016.

23. Para un análisis, véase Aceves (2007: 108 y siguientes).



Conclusiones

La justicia universal para crímenes de derecho internacional, cuando es reconocida en las legislaciones internas de los Estados y es aplicada por los órganos competentes, constituye un mecanismo que permite dar verdad, justicia y reparación a las familias de las víctimas. La condena civil de Pedro Pablo Barrientos por un tribunal extranjero por los crímenes comentados perpetrados en Chile, en la persona de Víctor Jara, es una expresión de jurisdicción universal, aun cuando los Estados Unidos no la reconozcan en plenitud.

En su vertiente más conocida, la justicia universal otorga competencia a un Estado para enjuiciar a los responsables de crímenes de derecho internacional, independiente del lugar de comisión del delito, así como cualquier vínculo o motivo de jurisdicción generalmente reconocido en el derecho internacional. En este caso, al ser un procedimiento privado, constituye una manifestación limitada de la misma, sin perjuicio de constituir, igualmente, una forma de reparación y un antecedente que podría servir para la solicitud de extradición que pesa sobre Pedro Barrientos Núñez, requerido en Chile.

El caso de Víctor Jara Martínez representa uno de los múltiples crímenes de la dictadura que esperan justicia. Como su familia sabe bien, la preocupación que existe internacionalmente respecto de su caso permite abrir el debate sobre las demás víctimas de la dictadura cívico-militar chilena, en el entendido de que todos los casos son igualmente importantes y que no existen ni debe haber tratamientos privilegiados, lo que es plenamente coherente con el compromiso político y moral de Víctor Jara. En ese contexto, se debe entender que, por mucho que se empleen procedimientos civiles o criminales, lo cierto es que, más que ser un juicio entre dos partes (con intereses exclusivamente privados), éste es un asunto que compete a la sociedad en su conjunto.

De experiencias como ésta se construye un futuro en que se reconozca el derecho de vivir en paz, lo que legitima la idea de una justicia que pueda proteger a las personas de las atrocidades, sin importar su nacionalidad y ni el lugar del mundo donde se encuentren.

Referencias

- ACEVES, William (2007). *The anatomy of torture. A Documentary History of Filartiga v. Pena Irala*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL (2014). *Análisis de Amnistía Internacional sobre la reforma de la jurisdicción universal en España tras la aprobación de la LO 1/2014*. Madrid: Amnistía Internacional. Disponible en <http://bit.ly/ZGimtO>.
- BERNABEU, Almudena (2007). «La jurisdicción universal en Estados Unidos». En Sil-



- via Escobar, Carlos Castresana, Carmen Lamarca, Almudena Bernabeu, Hernán Hormazábal, Manuel Ollé, Antonio Aranibar, María Elena Rodríguez, José María Medina y Carlos Santos, *Derechos humanos y desarrollo. Justicia universal en el caso latinoamericano*. Barcelona: Icaria.
- COMISIÓN NACIONAL DE VERDAD Y RECONCILIACIÓN (1991). *Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación*. Tomos I, II y III. Santiago: La Nación.
- ESCALANTE, Jorge y otros (2013). «Víctor Jara, cuarenta años esperando justicia». En *Los crímenes que estremecieron a Chile. Las memorias de La Nación para no olvidar* (pp. 26 y siguientes). Santiago: Ceibo.
- FEIERSTEIN, Daniel (2015). *Juicios. Sobre la elaboración del genocidio II*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- HERRERO, Víctor (2014). *Agustín Edwards. Una biografía desclasificada del dueño de El Mercurio*. Santiago: Debate.
- JARA, Joan (2007). *Víctor, un canto inconcluso*. Santiago: Lom.
- JARA BUSTOS, Francisco (2016). «Entrevista a Nelson Caucoto: 'Hay delitos que son perseguibles en cualquier tiempo o lugar. La imprescriptibilidad es un logro de nuestra época'». *Anuario de Derechos Humanos*, 12: 253-259. DOI: 10.5354/0718-2279.2016.42727.
- KORNBLUH, Peter (2013). *Pinochet. Los archivos secretos*. 2.^a ed. ampliada. Barcelona: Crítica.
- NACIONES UNIDAS (1946). «Afirmación de los principios de derecho internacional reconocidos por el estatuto del Tribunal de Núremberg».
- . (1948). «Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio».
- . (1968). «Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad».
- PRATS, Carlos (1985). *Memorias*. Santiago: Pehuén.
- SCHABAS, William (2010). *The International Criminal Court: A commentary on the Rome Statute*. Oxford: Oxford University Press.
- SCHMADEL, Lutz (2013). *Dictionary of minor planet names*. 3.^a ed. Heidelberg: Springer.
- SHAW, Malcolm (2008). *International Law*. Cambridge: Cambridge University Press.

Sobre los autores

FRANCISCO JARA BUSTOS es abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Becario del Magíster en Derecho con mención en Derecho Internacional por la misma universidad. Profesor colaborador del curso «Migraciones contemporáneas y racismo en Chile», Universidad de Chile. Integrante del equipo jurídico de la Agrupación de Familiares de Ejecutados Políticos (AFEP). Su correo electrónico es franciscojarabustos@gmail.com.

FRANCISCO UGÁS TAPIA es abogado. Licenciado en Derecho y Bachiller en Cien-





cias Sociales y Humanidades por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Máster en Derechos Fundamentales por la Universidad Carlos III de Madrid, España, y estudiante del Programa de postgrado en Estudios Avanzados en Derechos Humanos impartido por la misma universidad. Integrante del estudio jurídico Nelson Caucoto Pereira y Abogados Asociados. Su correo electrónico es fugas@uc.cl.







NACIONAL

Violencia sexual y de género y los mecanismos de protección jurídica en la legislación laboral chilena

Sexual and gender violence and legal mechanisms of protection in Chilean labor law

Sergio Esteban MUNDACA CASTILLO

Universidad de Chile

RESUMEN El presente artículo es una revisión de la legislación laboral chilena en búsqueda de las respuestas legislativas que se otorgan a las situaciones de violencia sexual y de género sufridas por las personas en el contexto de la empresa. Para ello, se analizan en primer momento los conceptos de violencia sexual y de género, con un repaso de aquello que implica cada uno de los mismos. Posteriormente, se analizan los mecanismos que la legislación nacional laboral otorga para hacer frente a tales vulneraciones, para dar cuenta de que los mismos tienen una dimensión represiva y no disuasiva. Así las cosas, se revisa la aplicación de las obligaciones de contenido del reglamento interno de orden, higiene y seguridad; el despido por causal grave; el despido indirecto; el procedimiento de tutela laboral, y la denuncia ante la inspección del trabajo. Finalmente, se revisa su utilidad para evitar la ocurrencia de situaciones de violencia sexual o de género, de sancionarlas y, en definitiva, el resguardo de los derechos de la persona que sufra tales vulneraciones.

PALABRAS CLAVE Violencia sexual, violencia de género, protección del trabajador, acoso laboral, igual remuneración.

ABSTRACT The following article is a review of Chilean labor law that searches for legal answers to sexual and gender violence suffered by people in the workplace context. Firstly, the concepts of sexual and gender violence are analyzed. Then, the mechanisms that the national labor law gives to deal with the violations are analyzed, exposing that they have a repressive rather than a dissuasive dimension. With that in mind, the mandatory contents of the Order, Hygiene and Safety Internal Regulation, dismissal by severe grounds, indirect dismissal, the labor protection procedure and the complaints before the Labor Inspection are reviewed. Finally, the effectiveness of those mechanisms in preventing the occurrence of sexual or gender violence, in sanctioning them and in protecting the rights of the person who suffered such violations will be reviewed.



KEYWORDS Sexual violence, gender violence, worker protection, workplace harassment, equal remuneration.

Introducción

El análisis que se presenta tiene como finalidad otorgar una visión respecto de las herramientas que se otorgan para enfrentar situaciones de violencia sexual y de género en el Código del Trabajo, por lo que se interioriza en la situación actual de las instituciones relacionadas que allí se recogen y la forma en que los medios que se otorgan al afectado por situaciones de vulneración pueden utilizarse, además de su funcionamiento. Finalmente, se busca analizar si tales mecanismos de defensa resultan suficientes para dar cara a las situaciones vejatorias que puedan ser vividas en este contexto.

Resulta trascendental plantearse estas interrogantes, puesto que, como señala la Organización Mundial de Salud:

Los estudios iniciales indican que el problema está muy difundido, especialmente porque más mujeres se incorporan a la fuerza laboral. Las encuestas han revelado que 40 % a 50 % de las mujeres de la Unión Europea han sufrido alguna forma de acoso sexual o comportamiento sexual no deseado en el lugar de trabajo (Comisión Europea, 1998: iii).

En el estudio más reciente al respecto, publicado en 2014 por la Agencia de la Unión Europea para los Derechos Humanos, se señala que esta cifra ha disminuido a 20 % de las mujeres (Agencia Europea de Derechos Fundamentales, 2014). A su vez, en la realidad nacional, según antecedentes del Instituto Nacional de Estadísticas (INE), en 2016 el 38,1 % de los trabajadores asalariados eran mujeres, lo que equivale a cerca de 3.500.000 personas. De ellas, el 57,3 % lo hacía en virtud de un contrato de trabajo, fuera a plazo fijo (24,5 %) o con contrato indefinido (32,8 %). A su vez, el 28,8 % se encontraban prestando servicios en jornada parcial (30 o menos horas a la semana), cerca del 19,6 % en jornada intermedia (31 a 44 horas semanales) y 51,6 % en jornada completa (45 o más horas a la semana) (Instituto Nacional de Estadísticas, 2016).

De esta forma, en 2016, aproximadamente 1.707.325 mujeres estuvieron en una empresa, sometidas a subordinación y dependencia, durante 45 o más horas a la semana, vale decir, a lo menos entre 7,5 y 9 horas diarias dentro del recinto en que prestan servicios. Lo que hace que resulte de relevancia dar una visión a las posibles formas de vulneración que pueden sufrir y las respuestas que la legislación laboral les otorga ante ellas.

Para ello, se presentan tres grandes partes: una introductoria en la que se presentan conceptos claves para la dilucidación de nuestros fines; se pasa luego a una parte central, en la que se revisan los mecanismos que el Código del Trabajo ofrece a la



persona vulnerada en sus derechos para hacer frente a las mismas, relacionándolas y explicando su funcionamiento ante cada tipo de afección, para finalmente indicar si resultan idóneas para la finalidad buscada.

Conceptos clave

Con el objetivo de dotar al lector de herramientas clave para entender el análisis propuesto en este trabajo, el presente apartado otorga ciertos conceptos fundamentales en la materia.

Como un preámbulo de las definiciones que pretendemos otorgar, señalaremos que, en vista de que no resulta fácil separar la violencia sexual de la violencia de género, es trascendental plantear el concepto de sexualidad y lo que la compone, para así buscar elementos que permitan diferenciarlas. Este término es un constructo en que tiene especial importancia el proceso de *socialización*, referido a las maneras en que la sociedad transmite al individuo sus normas o expectativas en cuanto a su comportamiento (Shibley Hide y DeLamater, 2006: 339-341). En otras palabras, «la socialización consiste en el proceso de internalización de valores, creencias y formas de percibir el mundo, que son compartidas por un grupo» (Gauché Marchetti, 2011: 72).

Dicho lo anterior, debe entenderse que la sexualidad, como concepto complejo, involucra mucho más que el sexo de un ser humano, pues incluye, entre otros, el género de una persona y su orientación sexual. Estos aspectos toman distintas formas y se expresan de diversos modos en cada ser humano, sea mediante gestos, palabras, sentimientos, valores, fantasías o creencias, que se construyen a lo largo de la vida y condicionan las relaciones con los demás, puesto que forman una esencial faceta de la identidad personal, en particular, la identidad sexual (Gauché Marchetti, 2011: 72).

En este sentido, ha de precisarse, brevemente, el concepto de cada uno de los elementos más importantes que conforman la sexualidad, para así dotar de contenido a esta poderosa palabra.

El *sexo*, como elemento biológico de la sexualidad, se refiere a las diferencias biológicas entre hombres y mujeres, que se proyectan en la anatomía, fisiología y respuestas sexuales del individuo. Sus componentes son: i) la composición cromosómica; ii) los órganos reproductores; iii) los genitales externos; iv) los genitales internos; v) el componente hormonal, y vi) las características sexuales secundarias¹. De esta forma, el sexo será la caracterización biológica, en principio, ajena a la voluntad de la persona.

En segundo término, la dimensión constructiva social, es decir, el *género* de la persona, se define según su función, consistente en poner de relieve un sistema com-

1. Todos estos elementos superan las finalidades de este ensayo, por lo cual no son explicadas. Sin embargo, para un análisis profundo y detallado al respecto, véase Gauché Marchetti (2011: 74-78).





pleto de relaciones, que, si bien puede incluir el sexo, no está directamente determinada por el mismo. Por el contrario, este elemento es, en primer lugar, constitutivo de las relaciones sociales basadas en las diferencias que distinguen los sexos y, en segundo término, la forma primaria de relaciones significativas de poder. Hemos de señalar en breve que: «Género es hoy una construcción social compleja, [...] habla del lenguaje de masculinidad y feminidad, en código de lo que significa ser varón o ser mujer en una sociedad determinada» (Gauché Marchetti, 2011: 81).

Como último elemento, de los más relevantes a la hora de determinar la sexualidad, está la conducta sexual del individuo, vale decir, su *orientación sexual*, caracterizada como la «tendencia interna y estable que provoca tener reacciones psicológicas de tipo sexual, así como el deseo de mantener conductas sexuales con personas del mismo, o diferente, sexo» (Baile Ayensa, 2008: 30).

Dicho lo anterior, debemos revisar el concepto general de violencia, en el cual se denotan elementos clave. En primer lugar, se la define como el uso efectivo o la amenaza de usar intencionalmente la fuerza física o el poder, en contraposición a uno meramente accidental. Vale decir, cuando conscientemente se desea emplear la violencia, y no cuando, sabiéndose que puede influirse en un actuar ajeno en virtud de una posición de privilegio o especial, se actúa de igual forma aceptando que el posible resultado pueda ser vulneratorio de derechos. En segundo lugar, se señala que la acción debe tener posibilidades de o efectivamente causar lesiones, muerte, daño psicológico, trastornos del desarrollo o privaciones, lo que considera, por tanto, un efecto en la vida, integridad física o psíquica de aquel que la recibe. Así, se dejan fuera posibles lesiones o daños en aspectos fundamentales pero no amparados dentro de la vida o integridad física o, incluso, psíquica, sino que, por ejemplo, dentro de la esfera económica del individuo, como podría ser la pérdida del trabajo o limitar el posible crecimiento de una persona dentro de una empresa (Oficina Regional para las Américas de la Organización Mundial de la Salud, 2002).

En particular, son elementos clave de la violencia sexual, primero, cualquier acto sexual, incluso comentarios o insinuaciones de tal carácter. En segundo lugar, que, con frecuencia, la relación entre agresor y víctima se funda en una asimetría de poder y la coerción que ejerce el primero es una forma de dominación sobre el segundo, sin que importe la relación que entre los sujetos pueda existir. Tercero, que puede darse en cualquier contexto o ámbito. Por último, debe resaltarse que la notoriedad de las lesiones físicas que se producen en las víctimas de violencia sexual no se relaciona necesariamente con la magnitud del impacto sobre la misma, pues generalmente las secuelas psicológicas son las que muestran consecuencias más claras en distintos aspectos de la vida de la víctima a corto, mediano y largo plazo (Servicio Médico Legal, 2016; Jewkes, 2002: 1.423-1.429)².

2. En igual sentido indica la Organización Mundial de la Salud en su comunicado de noviembre de





Por tanto, para la finalidad de este trabajo, entenderemos por *violencia sexual* la coacción, física o moral, que se produce en contra de una persona, mayoritariamente mujeres³, que involucre o tienda a involucrar un acto de características sexuales, ejercido en la esfera pública o privada del o los individuos afectados.

En cuanto a la violencia de género, en la ley gallega, para prevenir y sancionar la violencia de género, se señala que lo es:

Cualquier acto violento o agresión, basados en una situación de desigualdad en el marco de un sistema de relaciones de dominación de los hombres sobre las mujeres que tenga o pueda tener como consecuencia un daño físico, sexual o psicológico, incluidas las amenazas de tales actos y la coacción o privación arbitraria de la libertad, tanto si ocurren en el ámbito público como en la vida familiar o personal (Ley 11/2007 Para la Prevención y el Tratamiento Integral de la Violencia de Género, Presidencia de la Junta de Galicia, 27 de julio de 2007).

Por su parte, Naciones Unidas considera que importa:

Todo acto de violencia de género que resulte, o pueda tener como resultado un daño físico, sexual o psicológico para la mujer, inclusive la amenaza de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, tanto si se produce en la vida pública como la privada⁴.

Por tanto, entenderemos por *violencia de género*, la coacción, física o moral, que se produce en contra de una persona o grupo de personas en atención al rol que habitualmente su entorno cultural le asigna a la construcción social a la que adscribe, mayoritariamente la femenina⁵, con la finalidad de mantener el control sobre la víctima, para obligarla a actuar según los parámetros presentes en el agresor, lo que tiene como resultado, o posible resultado, un daño físico, sexual o psicológico, sea éste presente o futuro, ejercido en la esfera pública o privada del o los individuos afectados.

Habiendo dejado claro tales conceptos, habrá de revisarse cuáles son las respuestas que otorga nuestro ordenamiento jurídico en materia de derecho del trabajo, para enfrentarlos y determinar su suficiencia.

2016 publicado por su Centro de Prensa, disponible en <http://bit.ly/VNwSyz>.

3. Al respecto, según cifras publicadas por la Dirección del Trabajo, el 2008, de un total de 302 denuncias recibidas, el 96,8 % corresponde a mujeres (Carrasco Oñate y Vega López, 2009).

4. Citado en el comunicado de la Organización Mundial de la Salud de noviembre de 2016.

5. Se reconoce que la violencia de género no es la que se ejerce en contra de una mujer sólo por el hecho de serlo en Corcoy Bidasolo (2010: 305-347).



Mecanismos de protección jurídica en la legislación laboral chilena

En el presente apartado se analizan los mecanismos de protección jurídica que otorga la legislación laboral, sin perjuicio de que, como se verá, ellos no resultan serlo, sino que normalmente nos encontramos con que el Código del Trabajo otorga, más bien, mecanismos represivos ante una vulneración de carácter sexual y de género, en lugar de buscar resguardar que ellos no ocurran.

Ahora bien, resulta indicado precisar que

la protección del trabajador se materializa por una doble vía. Por un lado, se mantiene la tutela tradicional contenida en el ordenamiento jurídico laboral, manifestada en el ámbito de las relaciones contractuales individuales, en el otorgamiento de un conjunto de derechos mínimos irrenunciables a favor del trabajador que limitan la autonomía de la voluntad de las partes del contrato de trabajo y, en el ámbito de las relaciones colectivas, mediante el reconocimiento de la autotutela colectiva expresada en el ejercicio de la libertad sindical. Por otro lado, la aceptación de la ciudadanía laboral agrega todo el abanico de protección a la esfera individual de las personas que conllevan los derechos fundamentales consagrados tanto en la Constitución, como en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile, los que se van a erigir como un límite natural al ejercicio de los poderes empresariales, como a su vez, en valores orientadores e integradores de la normativa laboral tradicional (Caamaño Rojo, 2001: 216-217).

Es este segundo punto el que la doctrina laboral llama «ciudadanía en la empresa» o «derechos laborales inespecíficos» (Gamonal Contreras, 2004; Ugarte, 2009a).

De esta forma, excluiríamos en esta oportunidad el análisis de la aplicación horizontal de los derechos fundamentales no propiamente laborales como límite de los poderes del empleador (Gamonal Contreras, 2008), para centrarnos únicamente en aquellos mecanismos que el Código del Trabajo reconoce expresamente⁶.

Así las cosas, se divide este apartado en: 1) obligaciones de contenido del reglamento interno de orden, higiene y seguridad; 2) despido indirecto o autodespido; 3) procedimiento de tutela laboral, y 4) denuncia ante la Inspección del Trabajo.

Obligaciones de contenido del reglamento interno de orden, higiene y seguridad

Se define este reglamento como el conjunto normativo, emanado del empresario, que regula el funcionamiento interno de la empresa en sus diversos aspectos (Thayer y Novoa Fuenzalida, 2009: 159).

Se encuentran obligadas a tener un reglamento, de acuerdo con el artículo 153

6. Sin perjuicio de ello, un texto de consulta obligada al respecto es Gamonal Contreras (2015).





del Código del Trabajo, todas aquellas empresas, establecimientos, faenas o unidades económicas que ocupen normalmente diez o más trabajadores permanentes. A su vez, ha de destacarse aquello señalado por el artículo 156 del Código del Trabajo, en el sentido de que debe ponerse en conocimiento de los trabajadores treinta días antes de que empiece a regir, fijarse a lo menos en dos sitios visibles del lugar de las faenas y, por último, que el empleador deberá entregar gratuitamente a los trabajadores un ejemplar, con lo que la ley busca cerciorarse de que el trabajador pueda conocer los preceptos que allí se contienen antes de verse obligado a cumplirlos.

Esto cobra especial relevancia, toda vez que no es la autoridad administrativa la que debe de revisar y aprobar el reglamento presentado por el empleador —sin perjuicio de que puede revisarlo y ordenar modificaciones de oficio—, sino que la ley deja tal función, eminentemente, a los propios afectados por el mismo, al señalar en el artículo 153 del Código del Trabajo, inciso final, que el delegado del personal, cualquier trabajador o las organizaciones sindicales de la empresa podrán impugnar las disposiciones que estimaren ilegales, exigir su modificación o solicitar que se incorpore alguna de las menciones obligatorias del mismo.

Si bien, como se dijo, el reglamento emana únicamente de la voluntad del empresario, con la finalidad de normar el funcionamiento de la empresa, la legislación establece determinados contenidos que, a lo menos genéricamente, han de aparecer en el mismo. Todo lo cual se encuentra en el artículo 154 del Código del Trabajo, siendo relevantes, para nuestros fines, los numerales siguientes:

12. El procedimiento al que se someterán y las medidas de resguardo y sanciones que se aplicarán en caso de denuncias por acoso sexual.

En el caso de las denuncias sobre acoso sexual, el empleador que, ante una denuncia del trabajador afectado, cumpla íntegramente con el procedimiento establecido en el título 4 del libro 2, no estará afecto al aumento señalado en la letra c) del inciso primero del artículo 168, y

13. El procedimiento a que se someterán los reclamos que se deduzcan por infracción al artículo 62 bis. En todo caso, el reclamo y la respuesta del empleador deberán constar por escrito y estar debidamente fundados. La respuesta del empleador deberá ser entregada dentro de un plazo no mayor a treinta días de efectuado el reclamo por parte del trabajador (Decreto con Fuerza de Ley 1 que Fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Código del Trabajo, artículo 2).

Resulta, por tanto, que como contenido mínimo del reglamento debe haber una respuesta jurídica ante posibles situaciones de violencia sexual que puedan existir dentro del contexto de la empresa, lo que obliga al empleador a establecer un procedimiento al cual someter denuncias por acoso sexual. A su vez, como respuesta jurídica ante violencia de género, se le obliga a otorgar un procedimiento escrito para recibir y dar respuesta de diferencias en los salarios, para el mismo cargo, entre





hombres y mujeres (artículo 61 bis del Código del Trabajo). Revisaremos, por tanto, ambas obligaciones.

Respecto de la denuncia por acoso sexual⁷

Consideraciones previas. Dicho lo anterior, puede verse el concepto que otorga el Código del Trabajo al tratar esta situación de violencia sexual, en su artículo 2, inciso 2, que indica:

Las relaciones laborales deberán siempre fundarse en un trato compatible con la dignidad de la persona. Es contrario a ella, entre otras conductas, el acoso sexual, entendiéndose por tal el que una persona realice en forma indebida, por cualquier medio, requerimientos de carácter sexual, no consentidos por quien los recibe y que amenacen o perjudiquen su situación laboral o sus oportunidades en el empleo.

Es relevante destacar que se recoge este tipo con limitaciones que pueden interpretarse con absoluta discrecionalidad. En este sentido, el Código pareciera asumir que existen requerimientos de carácter sexual realizados de forma debida, pese a no ser consentidos por quien los recibe. De igual forma, en cuanto a que la antijuricidad se da si los requerimientos no son consentidos por quien los recibe, pareciera limitarse la posibilidad de denuncia únicamente a la víctima, en tanto será sólo ella la que podrá determinar si los requerimientos indicados son o no consentidos (Carrasco Oñate y Vega López, 2009: 37). Y, por último, se relaciona esta conducta con un efecto reducido y limitado, como amenazar o perjudicar su situación laboral u oportunidades en el empleo, lo que deja fuera cualquier conducta con requerimientos sexuales, no consentida, indebida y ejercida por cualquier medio en contra de la víctima que no amenace o perjudique su situación laboral u oportunidades en el empleo⁸.

Se aparta la legislación laboral chilena de la definición que la Organización Internacional del Trabajo recoge como acoso sexual, puesto que ella señala:

Insinuaciones sexuales indeseables, o un comportamiento verbal o físico de índole sexual que persigue la finalidad o surte el efecto de interferir sin razón alguna en el rendimiento laboral de la persona, o bien de crear un ambiente de trabajo intimidante, hostil, injurioso u ofensivo (Organización Internacional del Trabajo, 2003: 14).

No se limita allí a que las insinuaciones o comportamientos se realicen de forma indebida; a su vez, no restringe la antijuridicidad de la conducta a que la víctima consienta en recibir los requerimientos, pues señala que las prácticas o insinuaciones deberán ser indeseables, lo que podría también ser calificado por terceros ajenos a la

7. Para un muy buen análisis sobre esta institución, véase Carrasco Oñate y Vega López (2009).

8. Estas críticas son plasmadas en mayor detalle en Ramos Muñoz y Sánchez Romero (2015).



vulneración. Por último, se acepta que el efecto de la conducta no es sólo el señalado por la legislación nacional, sino que también puede ser el de afectar el rendimiento laboral de la persona, o el de crear un ambiente de trabajo intimidante, hostil, injurioso u ofensivo, lo que amplía el reconocimiento que realiza la legislación nacional.

Del procedimiento de denuncia. Ahora bien, en cuanto al contenido obligatorio del reglamento, se señala que debe incluir el procedimiento y las medidas de resguardo y sanciones que se aplicarán en caso de acoso sexual, al indicar que, si la investigación se ciñe al procedimiento establecido por la ley, no procederá el aumento de 80 % de la indemnización que corresponde al trabajador encontrado culpable, por lo cual resulta desvinculado, cuando, en definitiva, el mismo es encontrado inocente en un procedimiento posterior seguido ante los tribunales laborales.

El procedimiento señalado se regula en los artículos 211-A, 211-B, 211-C, 211-D y 211-E del Código del Trabajo. Allí se indica, en primer lugar, que la persona afectada deberá hacer llegar su reclamo por escrito a la dirección de la empresa, establecimiento o servicio o a la respectiva Inspección del Trabajo. Se ha entendido que, cuando es el propio empleador el denunciado por acoso sexual, debe recurrirse directamente a la Inspección del Trabajo, aun si el reglamento contuviera un procedimiento interno ante acoso sexual (Ordinario 1133/36 de la Dirección del Trabajo).

De esta forma, se iniciará el procedimiento sólo con el reclamo escrito presentado por la víctima, que ha de contener su individualización, una descripción de los hechos denunciados y la referencia a quien fuera responsable. Con ello, no se permite a trabajadores que conocen de la ocurrencia de situaciones de acoso sexual en contra de alguno de sus colegas denunciar por ellos. Sin embargo, según ha dispuesto la Dirección del Trabajo, sí puede denunciar, en lugar de la víctima, el sindicato al cual se encuentre afiliada (Ordinario 1133/36 de la Dirección del Trabajo).

A su vez, no se determina un área en específico de la dirección de la empresa, ni el nivel jerárquico del funcionario competente para recibir el reclamo, por lo que queda a discreción de la institución, en atención a su orgánica interna, determinar quién lo será⁹. A su vez, se reconoce la posibilidad del trabajador de recurrir directamente ante la Inspección del Trabajo. En este sentido, útil resulta el modelo de reglamento que otorga la Asociación Chilena de Seguridad, en el cual se sugiere a la empresa derivar las denuncias a la Inspección del Trabajo, dentro de los plazos legales, para que realice la investigación respectiva.

Esta mención en el reglamento reviste especial importancia al considerar datos históricos, tales como la encuesta del Centro de Estudios de la Mujer de 1993, en la que se nos indicaba que el 42,3 % de las asediadas manifestó que al sufrir acoso sexual recurrirían a la jefatura máxima, al jefe directo o a alguna institución pública, en cir-

9. Para revisar las eventuales vulneraciones que podría sufrir el trabajador denunciado, véase Ramos Muñoz y Sánchez Romero (2015).



cunstancias que el 21,3 % señala que no recurriría a persona alguna y el 32 % que no sabe dónde acudir (Délano y Todaro, 1993).

De las medidas de resguardo. Tras recibida la denuncia por el empleador, según el artículo 211-B inciso 1 del Código del Trabajo, se deberán adoptar las medidas de resguardo necesarias respecto de los involucrados, en consideración de la gravedad de los hechos imputados y las posibilidades derivadas de las condiciones de trabajo. Tales medidas de resguardo podrán ser adoptadas unilateralmente por el empleador, en virtud de su *ius variandi* (artículo 12 del Código del Trabajo), debiendo, sin embargo, respetarse los límites de tal institución y siempre adoptarse en atención a la gravedad de los hechos imputados (Ordinario 5268/309 de la Dirección del Trabajo).

Por el contrario, si la denuncia fue realizada directamente a la Inspección del Trabajo, ésta sugerirá, a la brevedad posible, la adopción de determinadas medidas de resguardo al empleador.

De la investigación de la denuncia. En caso de ser llevada por la Inspección del Trabajo, esta investigación se encuentra regulada por la Circular 88 de la Dirección del Trabajo, dictada el 5 de julio de 2001. Allí se establece que, recibida la denuncia, se le asignará un fiscalizador, de preferencia aquellos con experiencia en el tema o que tengan habilidades para la mediación y tratamiento de conflictos. Posteriormente, se hará una visita inspectiva, la que debe contemplar en su logística que, si se alcanzan suficientes antecedentes como para suponer o presumir la existencia del acoso, se ponga un especial acento en encarar al presunto acosador para, tras comprobar o presumir razonablemente la efectividad de la denuncia, inhibir su repetición. De igual forma, se buscará involucrar a los superiores jerárquicos de la empresa para hacerles ver su responsabilidad.

Señalado lo anterior, pasa la referida circular, de manera muy preocupante, a indicar:

El enfoque y la orientación para tratar el tema están más relacionados con la prevención que con la actitud punitiva o sancionadora, pues, además de las dificultades de acreditación de las conductas, no existe una sanción específica para ellas en la legislación laboral. Así, se espera que la aproximación a la materia en comento tenga un carácter educativo, más bien de gestión oficiosa y mediadora tanto para empleadores como para trabajadores. Se procurará, conjuntamente con poner fin a las posibles conductas acosadoras, preservar la relación laboral evitando eventuales represalias [*sic*] (Circular 88 de la Dirección del Trabajo).

Pese a lo evidentemente retrasado de tal párrafo, puesto que la legislación en esta materia fue modernizada en 2005, con la tipificación del acoso sexual, esta circular sigue siendo la que ordena el actuar de los inspectores del trabajo a la hora de fiscalizar una denuncia por acoso sexual, por lo que no deja de ser preocupante.



Por su parte, en caso de que la denuncia se interponga ante el empleador, se otorga una opción al mismo para seguir la investigación de manera interna o, en un plazo de cinco días, remitir los antecedentes a la Inspección del Trabajo respectiva, con un plazo fatal para el término de la investigación de treinta días. Además, se señala que toda la investigación interna debe llevarse por escrito, en estricta reserva, lo que garantiza a ambas partes ser oídas y fundamentar sus dichos. Por último, las conclusiones que se alcancen tras la misma deben de remitirse a la Inspección del Trabajo respectiva.

Si bien nada se indica del plazo para que el empleador remita las conclusiones de su investigación a la Inspección, la Dirección del Trabajo ha indicado que tal es de cinco días (Ordinario 100/002 de la Dirección del Trabajo). Debe de notarse, además, que no se hace referencia al funcionario que deberá investigar la denuncia, ni siquiera indicando si deberá tener un grado de superioridad jerárquico al denunciante o denunciado, lo que deja absoluta libertad al empleador en este sentido.

Tras este procedimiento, las conclusiones de la investigación realizada por la Inspección del Trabajo, o las observaciones que otorgue de las conclusiones de la investigación interna, serán puestas en conocimiento del empleador, denunciante y denunciado. Si bien no se señala qué tipo de observaciones puede hacer el órgano administrativo, se ha entendido que serán de carácter eminentemente jurídico, refiriéndose al cumplimiento de los principios de bilateralidad, escrituración y secreto, y a la calificación jurídica de los hechos constitutivos de acoso sexual (Lizama Portal y Ugarte Cataldo, 2005: 43).

De las medias a tomar como resultado de la investigación. Finalmente, se señala que, en mérito de tal informe de la Inspección del Trabajo, en un plazo de quince días contados desde su recepción, el empleador deberá disponer y aplicar las medidas y sanciones que corresponda en contra del trabajador culpable de acosar sexualmente a otro¹⁰. La doctrina ha señalado que tales sanciones tienen como finalidad la intimidación en contra del sancionado y restantes trabajadores, en búsqueda de un desenvolvimiento normal de la actividad empresarial y convivencia entre los trabajadores en el futuro (Fernández Toledo, 2015a)¹¹.

Las mismas consisten en la simple amonestación verbal, la amonestación escrita, multa de hasta 25 % de la remuneración diaria y el despido por conductas indebidas de carácter grave, acorde al artículo 160 número 1 del Código del Trabajo.

En definitiva, las sanciones que se establezcan deberían haber sido tomadas, a lo menos, 55 días después de recibida la denuncia de acoso sexual.

10. Sobre la finalidad de esta sanción, resulta interesante la publicación de Fernández Toledo (2015a).

11. Se otorga un muy interesante análisis del poder disciplinario del empleador en Fernández Toledo (2015b).



*Respecto del reclamo por infracción del principio de igualdad de remuneraciones*

Señala el Código del Trabajo, en su artículo 62 bis, que:

El empleador deberá dar cumplimiento al principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres que presten un mismo trabajo, no siendo consideradas arbitrarias las diferencias objetivas en las remuneraciones que se funden, entre otras razones, en las capacidades, calificaciones, idoneidad, responsabilidad o productividad (Decreto Fuerza del Ley 1, artículo 62 bis).

De esta forma, se elimina la posibilidad de hacer diferencias en la remuneración de los trabajadores del mismo cargo en atención al sexo de la persona, sin perjuicio de que las causales que se señalan para establecerse diferencias resultan bastante interpretables, sin permitirse un efectivo control por este punto.

Es así como, pese a la existencia de esta normativa desde 2009, según datos de INE, en octubre de 2012, tres años después de haberse agregado este precepto a nuestro ordenamiento laboral, la brecha salarial de ocupados era en Chile de 32,3 %, vale decir, en promedio las mujeres trabajadoras en nuestro país ganaban \$161.996 menos que los hombres trabajadores. El rubro con mayor desigualdad era el de oficiales, operarios y artesanos de artes mecánicas, con una brecha de 65,9 % (\$223.493) y el de menor el de los empleados de oficina, con una brecha de 19 % (\$77.974).

Este mecanismo represivo jurídico, según el artículo 154 número 13 del Código del Trabajo, indica que tal reclamo y la respuesta del empleador deberán constar por escrito y estar debidamente fundamentados. A su vez, la respuesta del empleador ha de otorgarse en un plazo no mayor a treinta días desde efectuado el reclamo por parte del trabajador.

Por su parte, el artículo 62 bis indica que las diferencias salariales entre trabajadores hombres y mujeres no pueden ser arbitrarias, entendiendo que no lo son aquellas objetivamente fundadas en las razones que allí se indican. Señala en su inciso segundo, que, tras sustanciarse con acuerdo a lo dispuesto en el reglamento, este reclamo se sustanciará con acuerdo a las normas del procedimiento de tutela laboral, lo que de igual forma podría haber sido inferido toda vez que tal procedimiento se aplicará a los actos discriminatorios, dentro de los cuales, sin lugar a duda, se encuentra realizar diferencias salariales arbitrarias en atención al sexo de la persona.

Así, se reconoce constantemente en la jurisprudencia nacional que

al comparar remuneraciones no basta establecer diferencias meramente numéricas, pues para que ellas tengan valor irrefutable y objetivo deben homologarse también las completas circunstancias que a cada trabajador y a cada trabajadora correspondan. De modo que, si se acreditan circunstancias diferentes, resultará lógico colegir que las consecuencias, en este caso el monto de los salarios, serán también



diferentes. La actuación administrativa, antecedente de este procedimiento de tutela, debía considerar todos los factores que pudieran provocar legítimas diferencias¹².

Por su parte, como un paso para buscar dotar de objetividad a los criterios por los cuales se fija una remuneración, el mismo artículo 154 del Código del Trabajo indica en su numeral sexto que en instituciones con doscientos trabajadores o más, el reglamento deberá incluir un registro que consigne los diversos cargos o funciones en la empresa y sus características técnicas esenciales. Esta obligación resulta de suma utilidad a la hora de analizar una diferenciación arbitraria basada en el sexo en las remuneraciones de los trabajadores, toda vez que permite saber qué hace, esencialmente, cada cargo, pues se podría descubrir cargos que, teniendo diverso título, realizan la misma función, lo que facilita el reclamo por quien resulte afectado.

Sin embargo, sigue resultando corto este avance por los múltiples límites que reconoce, primero en cuanto a que sólo sea un deber para grandes empresas, en los términos del artículo 505 bis del Código del Trabajo. Además, se limita en demasía esta institución en tanto se otorgan demasiadas posibles justificaciones que, con una aparente objetividad, pueden albergar una discriminación, tal como es la capacidad e idoneidad del trabajador, por nombrar sólo algunos.

Despido por causa grave

Otra medida que otorga la legislación es la de que el empleador ponga término al contrato de trabajo, sin derecho a indemnización alguna, de aquel trabajador que incurra en alguna de las causales que señala expresamente el artículo 160 del Código del Trabajo.

En este sentido, se señala:

1. alguna de las conductas indebidas de carácter grave, debidamente comprobadas, que a continuación se señalan:
 - b) Conductas de acoso sexual.
 - f) Conductas de acoso laboral (Decreto con Fuerza del Ley 1, artículo 160).

Podemos conceptualizar la terminación del contrato de trabajo como el fenómeno jurídico por el cual se extingue el contrato, queda disuelta la relación laboral y dejan de existir para las partes las obligaciones jurídicas y ético-jurídicas, patrimoniales y personales que las vinculaban (Thayer y Novoa Fuenzalida, 2009: 28).

Debe de destacarse que cualquiera de estas causales ha de ser de gravedad y debidamente comprobada, entendido como que se acredite en el proceso en forma indubitable, de manera que produzca sobre el sentenciador plena convicción sobre su configuración (Thayer y Novoa Fuenzalida, 2009: 50).

12. Sentencia de Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol 297-2015, 29 de septiembre de 2015, recurso de nulidad, considerando quinto.



En este sentido, siempre habrá un riesgo para el empleador al invocar alguna de estas causales, pues debe contar con antecedentes probatorios suficientes como para darles aplicación. Así las cosas, ha de realizarse dos precisiones.

Respecto del acoso sexual¹³

El hecho de incurrir el trabajador en esta conducta, encontrándose ello acreditado tras la realización de la investigación que el empleador o la Inspección del Trabajo llevan, siempre ha de ser sancionado mediante la aplicación de la medida de despido por causa grave. Ello, en tanto es la ley la que expresamente señala que será aplicada en caso de conductas de acoso sexual. A su vez, la propia ley resguarda al empleador que, erróneamente, tras realizar un procedimiento investigativo acorde a las normas ya señaladas, despide a un trabajador por aplicación de esta causal.

En este sentido, el artículo 168 del Código del Trabajo señala que aquel trabajador cuyo contrato terminare por aplicación de los artículos 159, 160 y 161, que considere su aplicación injustificada, indebida o improcedente, o que no se ha invocado alguna causal legal, podrá recurrir al juzgado competente para que éste ordene el pago de la indemnización sustitutiva del aviso previo y por años de servicio, aumentada, en lo que nos interesa, en 80 % si se hubiera dado término por aplicación indebida de las causales del artículo 160 del Código del Trabajo, entre las cuales se cuenta la conducta de acoso sexual. Además, si se hubiere aplicado esta causal, y el despido fuere carente de motivo plausible, la indemnización se incrementará en 100 %. Todo lo cual será determinado por el juez de la causa.

Sin embargo, no se aplicará tal recargo si se considerare el despido injusto, indebido o improcedente, según mencionan los artículos 154 número 12 y 168 el Código del Trabajo, cuando el empleador haya realizado la investigación por denuncia de acoso sexual siguiendo los lineamientos que la legislación establece, esto es, cumpliendo los plazos indicados y guardando los principios formativos del procedimiento que allí se establecen.

Respecto del acoso laboral

Señala el ya citado artículo 2 del Código del Trabajo¹⁴:

Asimismo, es contrario a la dignidad de la persona el acoso laboral, entendiéndose por tal toda conducta que constituya agresión u hostigamiento reiterados, ejercida por el empleador o por uno o más trabajadores, en contra de otro u otros trabaja-

13. Ordinario 1133/36 de 2005.

14. Elementos muy similares consideran Caamaño Rojo (2001) Caamaño Rojo y Ugarte Cataldo (2014) y Ugarte Cataldo (2012).



dores, por cualquier medio, y que tenga como resultado para el o los afectados su menoscabo, maltrato o humillación, o bien que amenace o perjudique su situación laboral o sus oportunidades en el empleo (Decreto con Fuerza de Ley 1, artículo 2).

La mentada legislación surgió para ratificar una línea que se daba en la práctica, tanto por el actuar de la Dirección del Trabajo como por el de los Tribunales de Justicia, quienes desde el establecimiento del Procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales habían comenzado a recoger, jurisprudencialmente, esta institución. La relevancia de establecer esta institución se hacía manifiesta especialmente en los datos manejados por la entidad administrativa, por aplicación de la encuesta CERC sobre la percepción de la ciudadanía del mundo del trabajo, en cuyas consultas a nivel nacional destacaba que, en 2002, ante la pregunta de si, en general, los trabajadores recibían un trato respetuoso por parte de sus jefes en el trabajo, el 69 % indicó que no y sólo el 26 % que sí. En 2005, ante la pregunta: «¿Cree usted que en Chile los empleadores otorgan un trato digno a los trabajadores?», sólo el 22 % opinó que sí, el 49 % señaló que a veces y el 24 % que nunca o casi nunca. En abril del año en curso, el 39 % de los trabajadores encuestados señaló que en su empresa han ocurrido malos tratos de parte de jefes a trabajadores, mientras que el 23 % indicó que ocurrió alguna situación de acoso laboral (Acción Empresas, 2017).

De esta forma, el hecho de que un trabajador incurra en esta conducta, de igual forma hace que el empleador pueda poner término a su contrato de trabajo. Sin perjuicio de ello, debe entenderse sujeto a las mismas limitaciones ya señaladas, en cuanto a la gravedad y comprobación de la misma, lo que lleva a una aplicación muy limitada.

Despido indirecto o autodespido (artículo 171 del Código del Trabajo)¹⁵

Recoge la normativa la posibilidad de que sea el empleador el que incurra en alguna de las conductas señaladas expresamente en el artículo 171 del Código del Trabajo, de aquellas contenidas en el artículo 160. Indica, en particular, que procederá cuando concurren conductas indebidas de carácter grave (número 1), entre los que se cuenta la falta de probidad, acoso sexual, vías de hecho, injurias, conducta inmoral que afecte a la empresa y acoso laboral. De igual forma (número 5), los actos, omisiones o imprudencias temerarias que afecten a la seguridad o al funcionamiento del establecimiento, la seguridad o la actividad de los trabajadores o su salud. Por último, si incumpliera gravemente las obligaciones que impone el contrato de trabajo (número

15. Es por esta vía que la Corte Suprema dictó un fallo emblemático en la materia, al señalar que la negligencia imputable al empleador consistía en no haber adoptado las medidas adecuadas para resguardar la salud e integridad tras conocer prácticas que una trabajadora calificaba como acoso sexual. Su análisis en Carvajal Godoy (2005: 43-48).



7). De igual forma, se señala que responderá acorde a estos preceptos aquel empleador que, mientras investiga y sanciona una denuncia de acoso sexual, no respete lo dispuesto en los artículos 211-A y siguientes.

En este sentido, si fuere el empleador el que incurre en las conductas indicadas, el trabajador podrá poner término al contrato y recurrir al juzgado respectivo, en un plazo de sesenta días hábiles desde la terminación del mismo, para que éste ordene se otorguen la indemnización sustitutiva del aviso previo, señalada en el artículo 162 del Código del Trabajo, y la indemnización por años de servicio, contenida en los incisos 1 y 2 del artículo 163. Todas ellas aumentadas en 50 % en el caso de la causal de incumplimiento grave de las obligaciones del contrato, o hasta en 80 % en el caso de aquélla de los números 1 o 5 del artículo 160.

Precisa posteriormente el artículo 171 que cuando se invoque la falta de probidad del empleador, el acoso sexual o el acoso laboral, se podrá reclamar a la vez las indemnizaciones a las que el trabajador tenga derecho. Para finalizar, indica que si el Tribunal rechaza el reclamo del trabajador se entenderá que el contrato ha terminado por renuncia del mismo. Lo que podría tenerse como una sanción para aquél que invoca esta causal sin fundamento suficiente.

Más, el nuevo inciso final agregado en la Ley 20.607 de agosto de 2012 es una sanción aún más directa y evidente, en tanto se señala que aquel que invoque la causa de acoso sexual o acoso laboral para dar término a su contrato falsamente o con el propósito de lesionar la honra del empleador, siempre que la demanda sea declarada carente de motivo plausible por el juez del Trabajo, estará obligado a indemnizar los perjuicios causados al afectado. Además, si sumado a todo lo anterior se invocan estas causales maliciosamente, estará sujeto también a otras acciones legales que procedan.

Procedimiento de tutela laboral (485 y siguientes)¹⁶

Este medio de protección otorgado por la legislación laboral, que podría ser el más directo de todos, es el procedimiento de tutela laboral, contenido en el párrafo 6 del título 1 del libro 5 del Código del Trabajo. Tiene lugar ante una vulneración genérica de derechos fundamentales, consagrados en el propio artículo 485 del Código del Trabajo, o en particular por el inciso segundo del mismo precepto.

Este procedimiento tuvo una aplicación histórica fuerte en la lucha contra el acoso laboral, en tanto mientras esta institución no fue recogida en la legislación chilena, la herramienta jurídica se utilizó ampliamente para resguardar al trabajador ante cualquier vulneración de sus derechos fundamentales en el ámbito laboral, por lo que corresponde a los jueces laborales la tarea de velar por su protección y eficacia (Caamaño Rojas y Ugarte Cataldo, 2014: 77-80).

16. Véase Caamaño Rojo y Ugarte Cataldo (2014: 67-90).



Además, cabe destacar que tal utilidad histórica no ha sido modificada por la regulación de esta temática en el ordenamiento laboral chileno, en tanto la Ley 20.607 de agosto de 2012 omite modificar o incluso tratar de modo alguno el artículo 485. Esto ha sido comprendido por la doctrina como que el legislador ha deseado mantener la competencia de los tribunales laborales, en iguales términos, respecto del acoso laboral (Caamaño Rojas y Ugarte Cataldo, 2014: 87).

Por último, no puede dudarse de lo beneficioso de la aplicación de este procedimiento ante estas vulneraciones, en especial en atención a lo señalado en el artículo 493, conocido por prueba indiciaria, indirecta o circunstancial. En tanto, lo que corresponde probar al trabajador son los «hechos que generen en el juez una sospecha razonable de que ha existido una conducta lesiva» (Ugarte Cataldo, 2009b). De esta forma, cuando los antecedentes aportados por la parte denunciante resulten indicios suficientes de que se ha producido la vulneración de derechos fundamentales, será el denunciado quien deba explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y su proporcionalidad.

De esta forma, resulta de absoluta utilidad para resguardar los derechos de los trabajadores ante situaciones de acoso sexual, acoso laboral e, incluso, ante la vulneración del principio de igualdad de remuneraciones.

Sin embargo, y pese a lo amplio que podría parecer el tratamiento del acoso laboral y su resguardo por la tutela de derechos fundamentales, el legislador se ha encargado de poner ciertos límites que presenten cargas probatorias para el denunciante, todo con miras a la seguridad jurídica (Caamaño Rojas y Ugarte Cataldo, 2014: 82-87). En este sentido, será el trabajador el encargo de probar que la conducta antijurídica proviene de su empleador, de sus compañeros de trabajo o, por último, que ambos han concurrido, de acción u omisión, en la situación vulneratoria.

Otro límite al respecto es la exigencia de reiteración de la conducta, lo que genera un efecto negativo (Caamaño Rojas y Ugarte Cataldo, 2014: 85), toda vez que, al no configurarse la persistencia temporal de la agresión, la lesión de derechos fundamentales sufrida por el trabajador, aquello verdaderamente importante, pasa a ser minimizado.

Recurrir a la Inspección del Trabajo

Como es habitualmente conocido por los trabajadores, siempre es posible acudir a la Inspección del Trabajo para denunciar alguna vulneración de derechos. Así lo establece el artículo 505 del Código del Trabajo, el cual señala que la fiscalización del cumplimiento de la legislación laboral y su interpretación corresponde a la Dirección del Trabajo, la que actuará en la forma en que su Ley Orgánica Constitucional y demás leyes reguladoras determinan.



Reflexiones finales

Una primera conclusión es que los mecanismos otorgados por el legislador tienen un carácter represivo, sin contar con alguno que busque evitar o prevenir el actuar lesivo. Tal mecanismo podría ser, por ejemplo, que al momento de ingresar un trabajador a la empresa, se le otorgue una charla sobre acoso sexual o laboral.

Segundo, en cuanto a la reiteración de la violencia sufrida por la persona agredida, en todos los mecanismos señalados debe constar la identidad de la víctima. Por ejemplo, pese a que el procedimiento de investigación de acoso sexual debe ser secreto, a la hora de cursarse una multa administrativa por ello, siempre se menciona su nombre, lo que podría llevar a que personas ajenas a la investigación se enteren de la misma sólo por ser los encargados de recibir las multas dentro de la empresa.

Respecto del procedimiento de investigación de acoso sexual por el empleador, no se cuenta con suficientes resguardos para la víctima, toda vez que, normativamente, no se establece que el funcionario investigador requiera formación ni rango específico. Tampoco se establecen, normativamente, resguardos para el agresor. Todo queda, por tanto, sólo a criterio del empleador.

Sobre el despido por causal grave, su aplicación puede resultar limitada debido a los resguardos que se deben al trabajador. Esto porque utilizarlo redundaría en un riesgo demasiado alto para el empleador, quien de seguro, especialmente ante acoso laboral, preferirá buscar una medida alternativa, que podría ser menos grave para el agresor, en perjuicio del denunciante.

Con relación al autodespido, resulta insuficiente, en tanto lleva a que la persona que ha sufrido una situación como las descritas, además, pierda su fuente de ingresos y ocupación habitual. Esto sin lugar a duda llevaría a ampliar los efectos psicológicos negativos sufridos por la víctima.

Por su parte, el procedimiento de tutela laboral parece el más adecuado; sin embargo, también se pone en la situación del término de la relación laboral respecto del vulnerado, por lo que de igual forma envuelve un perjuicio psicológico para él. A su vez, las cargas probatorias que se imponen al recurrir por acoso laboral o por vulneración al principio de igualdad de remuneraciones hacen que no resguarde debidamente los derechos de los afectados, al constatar la vulneración, pero no sancionarla por falta de requisitos.

Como se dijo, sobre la igualdad remuneratoria, ella resulta insuficiente por las justificaciones legales que se otorgan, en tanto son de tal magnitud que permiten fundar cualquier tipo de diferencia, incluso si ella resulta discriminatoria, pues se le recubre de legalidad mediante cualquiera de los conceptos claves que allí se señalan.

Por último, como se reconoce desde la propia institución, las multas administrativas no tienen un lugar especial en cuanto a crear un buen ambiente de trabajo, sino que ellas se imponen sólo como sanción, sin poder modificar los elementos vulneratorios.



Por tanto, en el entendido de que las relaciones de subordinación y dependencia han avanzado hacia un punto en el cual las personas pasan gran parte de su vida en el contexto de una empresa, pues se mantienen largas horas al día prestando servicios a su empleador, un ordenamiento jurídico que propenda a buscar crear y mantener relaciones laborales sanas y carentes de vulneración debe ser la meta máxima del sistema.

En este sentido, falla el ordenamiento jurídico laboral, puesto que pone su mirada sólo en la sanción ante el hecho dañino en el que se incurre, sin contemplar mecanismos que permitan adecuar las condiciones de trabajo a aquellas que eviten la ocurrencia de estos hechos.

Referencias

- ACCIÓN EMPRESAS (2017). *Relaciones laborales para un desarrollo sostenible*. Disponible en <http://bit.ly/2vMY6aY>.
- AGENCIA EUROPEA DE DERECHOS FUNDAMENTALES (2014). *Violence against women: an EU-wide survey. Main results*. Viena. Disponible en <http://bit.ly/1BSvRbD>.
- BAILE AYENSA, José Ignacio (2008). *Estudiando la homosexualidad. Teoría e investigación*. Madrid: Pirámide.
- CAAMAÑO ROJO, Eduardo (2001). «La noción de acoso moral laboral o ‘mobbing’ y su reconocimiento en la jurisprudencia en Chile». *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 37: 215-240. DOI: 10.4067/S0718-68512011000200005.
- CAAMAÑO ROJO, Eduardo y José Luis UGARTE CATALDO (2014). «El acoso laboral: Tutela y prueba de la lesión de los derechos fundamentales». *Ius et Praxis*, 20 (1): 67-90. DOI: 10.4067/S0718-00122014000100004.
- CARRASCO OÑATE, Celina y Patricia VEGA LÓPEZ (2009). *Acoso sexual en el trabajo. ¿Denunciar o sufrir en silencio? Análisis de denuncias..* Santiago: Dirección del Trabajo.
- CARVAJAL GODOY, Gabriela (2005). «Antecedentes de la legislación sobre acoso sexual: Jurisprudencia y tramitación legislativa». En Eduardo Caamaño Rojo y otros (editores), *El acoso sexual en la empresa. Análisis de la Ley 20.005* (pp. 43-48). Santiago: Lexis-Nexis.
- COMISIÓN EUROPEA (1998). *Sexual harassment at the workplace in the European Union*. Bruselas. Disponible en <http://bit.ly/2w3zAls>.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (2010). «Problemática jurídico-penal y político-criminal de la regulación de violencia de género y doméstica». *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 34: 305-347. DOI: 10.4067/S0718-68512010000100009.





- DÉLANO, Bárbara y Rosalba TODARO (1993). *Asedio sexual en el trabajo*. Santiago: Centro de Estudios de la Mujer.
- FERNÁNDEZ TOLEDO, Raúl (2015a). «El poder disciplinario del empleador: Configuración jurídica de la sanción laboral que puede imponer al trabajador dependiente». *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 44: 267-316. DOI: 10.4067/S0718-68512015000100013.
- . (2015b). «Poder disciplinario del empleador: Configuración jurídica de la falta laboral cometida por el trabajador dependiente». *Ius et Praxis*, 21 (2): 423-460. DOI: 10.4067/S0718-00122015000200008.
- GAMONAL CONTRERAS, Sergio (2004). *Ciudadanía en la empresa o los derechos fundamentales inespecíficos*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- . (2008). *El procedimiento de tutela de derechos laborales*. 2.^a ed. Santiago: Legal Publishing.
- . (2015). *La eficacia diagonal u oblicua y los estándares de conducta en el derecho del trabajo*. Santiago: Thomson Reuters.
- GAUCHÉ MARCHETTI, Ximena (2011). *Sexualidad diversa y discriminación. Una mirada desde el derecho internacional de los derechos humanos*. Madrid: Editorial Academia Española.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS (2016). «Encuesta nacional de empleo». Disponible en <http://bit.ly/2vNtSF8>.
- JEWKES, Rachel (2002). «Intimate partner violence: Causes and preventions». *The Lancet*, 359 (9.315): 1.423-1.429. DOI: 10.1016/S0140-6736(02)08357-5.
- LIZAMA PORTAL, Luis y José Luis UGARTE CATALDO (2005). *Nueva ley de acoso sexual*. Santiago: Lexis-Nexis.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2003). *ABC de los derechos de las trabajadoras y la igualdad de género*. 1.^a ed. Ginebra: OIT.
- OFICINA REGIONAL PARA LAS AMÉRICAS DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE SALUD (2002). *Informe mundial sobre la violencia y la salud: Resumen*. Disponible en <http://bit.ly/WrmOvv>.
- RAMOS MUÑOZ, Ana Paula y Danilo SÁNCHEZ ROMERO (2015). *La idoneidad del procedimiento de investigación interna por parte del empleador ante la denuncia de acoso sexual*. Tesis de pregrado. Santiago: Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
- SHIBLEY HIDE, Janet y John DELAMATER (2006). *Sexualidad humana*. Ciudad de México: Mc Graw-Hill Interamericana.
- SERVICIO MÉDICO LEGAL (2016). *Norma general técnica para la atención de víctimas de violencia sexual*. Santiago: Servicio Médico Legal. Disponible en <http://bit.ly/2vJWgrC>.
- THAYER, William y Patricio NOVOA FUENZALIDA (2009). *Manual de derecho del trabajo*. Tomo 4. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.



- UGARTE CATALDO, José Luis (2012). «El acoso laboral: Entre el derecho y la psicología». *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 39: 221-231. DOI: 10.4067/S0718-68512012000200008.
- . (2009a) *Tutela de derechos fundamentales del trabajador*. Santiago: Abeledo Perrot Legal Publishing.
- . (2009b) «Tutela laboral de derechos fundamentales y carga de la prueba». *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 33: 215-228.

Sobre el autor

SERGIO ESTEBAN MUNDACA CASTILLO es abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Su correo electrónico es sergiomundacc@ug.uchile.cl.





SECCIÓN

TEMAS EMERGENTES







TEMAS EMERGENTES

El derecho a un mínimo vital y el derecho a la renta básica¹

The right to a minimum level of subsistence and the right to a basic income

Encarna CARMONA CUENCA

Universidad de Alcalá, España

RESUMEN Aunque podemos encontrar el reconocimiento del derecho a un mínimo vital en algunas declaraciones internacionales, esto no es habitual en las constituciones nacionales. En este trabajo se busca definir este derecho, su concepto, fundamento y fuentes de derecho internacional, europeo y americano, pues desde distintos foros se viene reivindicando como un derecho social fundamental para la garantía de los derechos civiles y políticos. También se analiza el denominado derecho a la renta básica como un mecanismo para hacer efectivo el derecho a un mínimo vital, así como su justificación y las posibilidades de su puesta en práctica.

PALABRAS CLAVE Derecho a un mínimo vital, renta básica, derechos sociales.

ABSTRACT Although we can find the recognition of the right to a minimum level of subsistence in some international declarations, this is not usually the case of national constitutions. In this article I attempt to define this right, its concept, foundation and the sources of International, European and American Law), because several forums have claimed that it is merely a fundamental social right to guarantee civil and political rights. I also analyze the so-called right to a basic income, as a mechanism to enforce the right to a minimum level of subsistence, as well as its justification and the possibilities of its implementation.

KEYWORDS Right to a minimum level of subsistence, basic income, social rights.

1. Una primera versión más amplia de este artículo se publicó en el número 172 de la Revista *Estudios Internacionales* (Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile) en 2012. Esta versión se ha actualizado con algunas experiencias recientes.





Introducción

Entre los derechos sociales de prestación que reconocen las constituciones democráticas de los países de nuestro entorno no es habitual encontrar el reconocimiento expreso del derecho a un mínimo vital o a unos recursos mínimos garantizados, del mismo modo que, con distinta justiciabilidad, sí se reconocen el derecho a la educación, al trabajo, a la seguridad social, a la protección de la salud, a la vivienda, etcétera². Sin embargo, el Tribunal Constitucional Federal alemán ha afirmado en su jurisprudencia el derecho fundamental a un mínimo de subsistencia o mínimo vital derivado del artículo 1.1 (respeto de la dignidad humana) y del artículo 20 (principio de Estado social) de la Ley Fundamental de Bonn de 1949³.

A pesar de esta falta de reconocimiento constitucional, desde distintos foros se viene reivindicando, como objetivo central de cualquier sistema de protección social en sociedades avanzadas, la garantía de unos recursos mínimos de subsistencia para toda persona, independiente de su situación personal, laboral, familiar, etcétera, como una concreción del derecho a un mínimo vital (Jimena Quesada, 1997: 277-278).

En este trabajo trataré de definir el *derecho a un mínimo vital* y su relación con el denominado *derecho a una renta básica*, concepto que se está imponiendo en los últimos años en el debate doctrinal y político. Ambos derechos están muy relacionados pero existen diferencias entre ellos que trataré de mostrar.

El derecho a un mínimo vital

Concepto

No existe una definición única de este derecho, ni siquiera su propia denominación es pacífica. Jimena Quesada habla del «derecho a recursos mínimos garantizados» (1997: 277) para referirse a la atención por el Estado de las necesidades básicas (alimentación, vivienda, salud y educación) que deben estar cubiertas por los servicios públicos de forma que lleguen a los sujetos que no estén en condiciones de proveerse por sí mismos de los recursos precisos. Sin embargo, considero que esta concepción es muy amplia y con ella el derecho a un mínimo vital se solaparía con otros derechos sociales que tienen una historia constitucional más extensa, como son el derecho a la vivienda, a la protección de la salud o a la educación.

2. Notables excepciones a esta ausencia de reconocimiento constitucional son las Constituciones de algunos entes territoriales en los Estados compuestos. Así, en las Constituciones de algunos *Länder* alemanes se reconoce el derecho a la subsistencia en caso de penuria. El mismo camino se ha seguido en algunos Estatutos de Autonomía que han sido reformados en España en 2006-2007. Asimismo, en algunas Constituciones latinoamericanas, como la de Bolivia o Ecuador, se reconoce el «derecho a la alimentación».

3. Sentencia 5/2010 del Tribunal Constitucional Federal de Alemania del 9 de febrero de 2010.



Cuando hablamos del derecho a un mínimo vital debemos referirnos al derecho de todas las personas que forman una comunidad a contar con una cantidad mínima de recursos para hacer frente a sus necesidades más básicas (como la alimentación y el vestuario). Los derechos a la educación y a la protección de la salud son objeto de reconocimiento expreso en las Constituciones y en las declaraciones internacionales y además cuentan, en la mayor parte de los Estados, con una infraestructura de servicios públicos para garantizarlos a todos los ciudadanos (y, en algunos casos, a todas las personas). A su vez, la vivienda, que también es una necesidad básica, viene siendo objeto también de un reconocimiento expreso en varias constituciones y declaraciones internacionales y plantea una problemática específica, que no será abordada aquí.

El derecho a un mínimo vital se refiere más bien a la libre disposición de recursos económicos mínimos para hacer frente a las necesidades más perentorias del ser humano, como hemos visto. Dejando aparte el caso de las personas que cuentan con suficientes medios propios para subsistir, estos recursos pueden provenir bien del pago de un salario a los trabajadores por cuenta ajena o bien de una cantidad periódica abonada por los poderes públicos a aquellos ciudadanos que no realizan un trabajo remunerado (desempleados, ancianos, enfermos, discapacitados, etcétera).

En un principio, se puede pensar que las necesidades a las que trata de hacer frente el derecho a un mínimo vital son, por una parte, las que pueden tener los trabajadores para evitar que los salarios que perciben sean insuficientes para asegurar una subsistencia digna y, por otra parte, las que pueden tener las personas que, por una u otra razón, no realicen un trabajo remunerado. Pero es preciso distinguir ambos supuestos. El derecho a un mínimo vital trataría de dar respuesta a la segunda necesidad, la de las personas que no realizan un trabajo remunerado (ni disponen de medios económicos para vivir, por supuesto). La necesidad de los trabajadores está atendida por el derecho a un salario suficiente, que cuenta con un reconocimiento expreso en diversas declaraciones internacionales y estatales y con una importante legislación de desarrollo en los diversos países, que incluye el establecimiento del denominado *salario mínimo interprofesional*. Sin embargo, la estrecha relación que mantienen ambos derechos explica su reconocimiento conjunto en las declaraciones internacionales, como veremos.

Así pues, el derecho a un mínimo vital trata de dar respuesta a la problemática de las personas que, por no realizar un trabajo remunerado ni disponer de medios económicos propios, necesitan de prestaciones públicas para sobrevivir. Frente a esto se plantea una primera interrogante: ¿es legítimo y/o conveniente garantizar el derecho a un mínimo vital para las personas que no disponen de medios propios de subsistencia? En el siguiente apartado se expondrán algunas de las respuestas que se han formulado.



Fundamento

La primera justificación que se ha esgrimido para legitimar el derecho a un mínimo vital es el argumento de la libertad real. Uno de los pilares básicos del Estado de derecho es la garantía de la libertad, reconocida en las declaraciones internacionales de derechos humanos y en la mayor parte de las constituciones democráticas actuales. Pero, para que los individuos puedan disfrutar realmente su libertad, es preciso que dispongan de un mínimo de seguridad económica⁴. Si no cuentan con recursos materiales mínimos, su derecho a la libertad será ficticio.

Una segunda justificación del derecho a un mínimo vital es el principio de igualdad, reconocido también en las declaraciones de derechos humanos y en la mayor parte de las constituciones democráticas actuales. El principio de igualdad en nuestros días no debe ser entendido solamente como prohibición de la discriminación (igualdad formal), sino que ha de ser entendido también como igualdad material, es decir, como equiparación en las condiciones reales de la existencia, finalidad para la que puede ser necesario establecer normativamente un trato diferenciado. De esta forma, para conseguir la igualdad real de todos los individuos de una comunidad es necesario asegurar las condiciones materiales mínimas de existencia⁵.

En una economía de mercado son las relaciones económicas libres las que disponen la distribución de bienes en la comunidad. Pero esta libertad económica no debe suponer que determinados individuos queden totalmente al margen del proceso de distribución, sumidos en la pobreza y sin medios económicos para subsistir con dignidad. El Estado social de nuestros días se plantea como una de sus finalidades asegurar el bienestar de sus ciudadanos y, sin recursos económicos mínimos, estos ciudadanos entran en un proceso de marginación del que es muy difícil, si no imposible, salir⁶. Para que las relaciones económicas puedan desarrollarse en libertad es preciso asegurar un mínimo de recursos para todos los miembros de la comunidad. A partir de ese mínimo, serán las capacidades individuales y las leyes económicas de la oferta y la demanda las que determinen las diferencias en el disfrute de los bienes por unos y otros ciudadanos.

4. En la construcción de Robert Alexy (1993: 486-487), la primera justificación de los derechos fundamentales sociales es, también, la libertad fáctica.

5. Para una justificación del derecho a un mínimo vital y de los derechos sociales de prestación en general, con apoyo en el principio de igualdad, véase, entre otros, Pérez Luño (1981).

6. Sobre el Estado social, puede verse, entre muchos otros, Carmona Cuenca (2000) y la bibliografía allí recogida.



Reconocimiento en el derecho internacional

Ámbito de Naciones Unidas

En la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, después de reconocer el derecho del trabajador a «una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana» (artículo 23.3), se proclama también el derecho de toda persona a «un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar y, en especial, la alimentación, el vestido, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios» (artículo 25.1).

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1966, contiene también esta doble referencia. En el artículo 7 se reconoce el derecho de todos los trabajadores a una remuneración suficiente para proporcionarles, a ellos y a sus familias, unas condiciones de existencias dignas. Y en el artículo 11 se reconoce «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».

Ámbito europeo

En el ámbito del Consejo de Europa, los derechos sociales de prestación están reconocidos fundamentalmente en la Carta Social Europea, aprobada en 1961 y revisada en 1996, en la que también encontramos la doble referencia a la que se ha aludido. En primer lugar, en el artículo 4 se reconoce el derecho de los trabajadores a una remuneración suficiente para asegurar a sí mismos y a sus familias un nivel de vida «decoroso». En segundo lugar, se reconocen los derechos a la «asistencia social» (artículo 13) y a los «beneficios de los servicios sociales» (artículo 14). Con el primero, los Estados partes se comprometen a «velar por que toda persona que no disponga de recursos suficientes y no esté en condiciones de conseguir éstos por sus propios medios o de recibirlos de otras fuentes, especialmente por vía de prestaciones de un régimen de seguridad social, pueda obtener una asistencia adecuada».

En el mismo ámbito del Consejo de Europa, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), aprobado en Roma en 1950, no contiene un reconocimiento expreso de los derechos sociales de prestación, puesto que es básicamente una declaración de derechos civiles y políticos. Sin embargo, existe alguna jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ha deducido derechos sociales de determinados derechos de libertad reconocidos en el Convenio⁷. Aunque el Convenio

7. Así, en su sentencia del 27 de marzo de 1998 (caso *Gaygusuz contra Austria*), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a partir del derecho de propiedad privada reconocido en el artículo 1 del





no reconoce expresamente el derecho a un mínimo vital, algunos autores consideran que este derecho podría deducirse de otros derechos garantizados, como el derecho a la vida (artículo 2), la prohibición de tratos inhumanos o degradantes (artículo 3) o el derecho a la libertad y seguridad, consideradas efectivas (artículo 5), entre otros (Jimena Quesada, 1997: 289; en el mismo sentido, Sudre, 2004: 117).

Por otra parte, el Consejo de Europa ha promovido o elaborado un gran número de documentos no vinculantes que tienen que ver con la protección social y el derecho a un mínimo vital. Estos documentos están dirigidos a los Estados miembros para que adopten medidas a favor de los trabajadores migrantes y de los pobres. De ellos destaca la «Recomendación 1196 (1992): Extrema pobreza y exclusión social: hacia recursos mínimos garantizados», del 7 de octubre de 1992, en la que se hace hincapié en la tensión entre los derechos humanos y la pobreza y en la imposibilidad fáctica de disfrute de estos derechos por las personas que se encuentran en la situación de extrema pobreza.

En el marco de la Unión Europea, además de otros documentos⁸, destaca la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000⁹, que contiene un apartado denominado «Solidaridad» en el que se reconocen varios de los derechos denominados económicos y sociales. En el artículo 31 se consagra el derecho a unas «condiciones de trabajo justas y equitativas», aunque no se enuncia expresamente el derecho a un salario suficiente. Y en el artículo 34 se reconoce el derecho a las prestaciones de la seguridad social en caso de necesidad y el derecho a una ayuda social «para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes»¹⁰.

También el Tratado de la Unión Europea contiene algunas referencias a la lucha contra la pobreza. El artículo 3 afirma en su apartado tercero que: «La Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales», y en su apartado 5 se fija como objetivo la «erradicación de la pobreza».

El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea contiene varias referencias a la materia que nos ocupa. En el Título X, dedicado a la «Política social», el artículo 153 establece que la Unión apoyará la acción de los Estados para «la integración de las personas excluidas del mercado laboral» (apartado h); para «la lucha contra la exclusión social» (apartado i) y para «la modernización de los sistemas de protección social» (apartado k).

Protocolo 1 del CEDH, construye el derecho a la pensión de un trabajador y le aplica la prohibición de discriminación del artículo 14. Véase Carmona Cuenca (2014).

8. Como la Carta de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, aprobada el 9 de diciembre de 1989.

9. Y dotada del mismo valor vinculante que los Tratados Constitutivos de la Unión por el Tratado de Lisboa, que entró en vigor en 2009.

10. Sobre este precepto, véase Carmona Cuenca (2009).



A su vez, el Parlamento Europeo ha aprobado la Resolución del 20 de octubre de 2010, sobre el papel de la renta mínima en la lucha contra la pobreza y la promoción de una sociedad integradora en Europa.

Ámbito americano

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en 1948, reconoce el derecho al trabajo en su artículo 14 y añade: «Toda persona que trabaja tiene derecho de recibir una remuneración que, en relación con su capacidad y destreza, le asegure un nivel de vida conveniente para sí misma y su familia».

A su vez, la Convención Americana de Derechos Humanos, suscrita en San José en 1969, si bien no contiene una declaración de derechos económicos y sociales, éstos están incluidos en el Protocolo Adicional de San Salvador, firmado en 1988. En este Protocolo no existe un reconocimiento explícito de un «derecho a un mínimo vital», pero sí del derecho al trabajo, «el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa» (artículo 6) y también del derecho a la alimentación, que establece que «toda persona tiene derecho a una nutrición adecuada que le asegure la posibilidad de gozar del más alto nivel de desarrollo físico, emocional e intelectual» (artículo 12).

El derecho a la renta básica

Como un medio para hacer efectivo el derecho a un mínimo vital con carácter universal, existe un movimiento doctrinal que propugna la concesión de un «derecho a una renta básica» y entiende éste como un derecho derivado de la ciudadanía, con independencia de cualesquiera otras consideraciones económicas, laborales, familiares, etcétera. Este movimiento cuenta con más de veinte años de antigüedad y uno de sus representantes más importantes es el filósofo belga Phillippe Van Parijs. En España, Raventós Pañella define la renta básica como:

Un ingreso pagado por el Estado a cada miembro de pleno derecho de la sociedad, incluso si no quiere trabajar de forma remunerada, sin tomar en consideración si es rico o pobre o, dicho de otra forma, independientemente de cuáles puedan ser las otras posibles fuentes de renta y sin importar con quién conviva. Más escuetamente: es un pago por el mero hecho de poseer la condición de ciudadanía (2001: 1)¹¹.

Aunque los titulares del derecho a un mínimo vital serán, potencialmente, todas las personas, quienes tendrán interés en hacerlo valer ante los tribunales son aquellos que no disponen de medios propios de subsistencia (derivados de las rentas del capi-

11. Véase, además, Raventós Pañella (1993; 1996).



tal o del trabajo o de otros ingresos). Este derecho protegerá a quienes dependen de una prestación económica pública para subsistir. Sin embargo, el derecho a la renta básica implica la concesión de una cantidad a todos y cada uno de los miembros de una comunidad parte del Estado, con independencia de que estas personas tengan o no otros ingresos propios.

En cuanto a la concreción de la titularidad del derecho a la renta básica, existe un acuerdo más o menos generalizado entre los autores que se han ocupado de la cuestión en el sentido de que dicha renta debería ser concedida no sólo a los ciudadanos, sino también a los residentes legales que hubieran acreditado una antigüedad en el territorio nacional de por lo menos un año, para evitar discriminaciones (Rey Pérez, 2007: 23). Esta extensión plantearía una serie de problemas que no se pueden abordar aquí, pero sería coherente con la concepción del derecho a la renta básica como desligado de la laboralidad.

Según la definición de renta básica que hemos visto, ésta no se identificaría con las llamadas en España *rentas mínimas de inserción*, puesto que éstas son ingresos condicionados al cumplimiento de una serie de requisitos no son universales (situación de desempleo, necesidades familiares, compromiso de formación para el empleo, etcétera). La cobertura real varía de unas administraciones a otras, pero en ningún caso es total¹².

Según pone de manifiesto Raventós Pañella, cuando nos planteamos seriamente la posibilidad de establecer una renta básica ciudadana, nos encontramos con dos objeciones importantes. La primera es de naturaleza ética y puede expresarse con una pregunta: Quien no quiera trabajar de forma remunerada en el mercado, ¿tiene derecho a percibir una asignación incondicional?, ¿no incitaría a los ciudadanos a no trabajar el hecho de tener asegurados unos recursos económicos mínimos? La segunda es una objeción de carácter técnico, según la cual la idea es muy loable, pero imposible de llevar a la práctica. La primera objeción tiene un carácter previo: es decir, si no se supera, no merece la pena intentar superar la segunda. Si la renta básica no puede ser justificada éticamente, no es preciso entrar a dilucidar si es técnicamente posible establecerla (Raventós Pañella, 2002: 25 y ss.).

Con respecto a la primera objeción, Raventós Pañella establece dos posibles fundamentaciones del derecho a una renta básica: una justificación liberal y una justificación republicana, aunque apunta a que la renta básica tiene una vocación «ecuménica», es decir, puede ser legitimada desde varias ideologías políticas, de derechas o de izquierdas.

Aunque el liberalismo clásico propugna la no intervención del Estado para corregir las desigualdades, dentro de la tradición liberal, no obstante, Steiner (1992) considera que, aunque los productos del trabajo son propiedad de cada individuo,

12. Sobre la regulación de las rentas mínimas de inserción en España, véase Carmona Cuenca (2012).



los recursos naturales son propiedad común. Como no es posible repartir el planeta Tierra entre todos, este imposible reparto se podría sustituir por una renta básica para todos los individuos.

El republicanismo (corriente a la que se adhiere al propio Raventós Pañella) se define por su defensa de la libertad frente a la tiranía y está interesado en la independencia de los individuos de todo condicionante externo y, como concreción esencial de la misma, está interesado en la independencia socioeconómica de toda la ciudadanía. La instauración de una renta básica supondría una independencia socioeconómica mucho mayor que la actual para buena parte de esa ciudadanía, precisamente para los sectores más vulnerables a la dominación en las sociedades actuales (trabajadores asalariados, pobres, desempleados, etcétera). Esta corriente de pensamiento considera que la existencia de una renta básica garantizada constitucionalmente proveería de un derecho a la existencia que añadiría alcance e intensidad a la libertad como no dominación (Raventós Pañella, 2002: 30-32).

Siguiendo con el esquema de Raventós Pañella, éste considera que la renta básica favorecería la libertad real de todos los ciudadanos y, por ello, aborda la cuestión de la posibilidad técnica de garantizar la renta básica como un derecho de la ciudadanía (Raventós Pañella, 2002: 33 y ss.). Una de las objeciones técnicas que se han planteado es que contradiría el principio de reciprocidad, en virtud del cual se afirma, como un principio aceptado en nuestras sociedades, que «quien no trabaja no cobra». Ahora bien, considera Raventós Pañella que este principio no es aplicable a toda la población, puesto que hay un sector de la población que, por disponer de medios económicos suficientes, no necesita trabajar para comer. Con una renta básica garantizada, todos los ciudadanos estarían en la misma situación de poder elegir entre realizar un trabajo remunerado o no realizarlo. Para ampliar esa renta básica, los ciudadanos podrían optar por realizar un trabajo remunerado, pero sin sentirse compelidos por la necesidad perentoria de satisfacer necesidades de subsistencia. Esta renta básica no debería ser muy cuantiosa, pero la propuesta del autor es que se sitúe por encima del umbral de la pobreza. Económicamente, podría satisfacerse esta cantidad: no es algo muy diferente a lo que hoy se abona entre pensiones contributivas y no contributivas, subsidios de desempleo y rentas mínimas de inserción. La diferencia es que también la percibirían los trabajadores asalariados.

No sería preciso comprobar la situación económica de ninguna persona para abonarle la renta básica. Eso reduciría el fraude que se produce para evitar perder una prestación de desempleo o una prestación asistencial. La financiación sería a través de los impuestos, pero los trabajadores con salarios más bajos se verían favorecidos al percibir más como renta básica que la cantidad que tienen que pagar en concepto de impuestos. Las personas con mayor capacidad económica pagarían más en impuestos de lo que percibirían como renta básica.

Finalmente, aumentaría el poder contractual de los trabajadores, al no verse obli-





gados a aceptar cualquier trabajo con retribución ínfima. En suma, con una argumentación más detallada que la que se puede ofrecer aquí, Raventós Pañella considera económicamente viable la propuesta de renta básica, a la vez que éticamente deseable.

Consideraciones finales

Aunque en la mayoría de las constituciones actuales el derecho a un mínimo vital no está reconocido expresamente, el debate sobre su incorporación a los ordenamientos jurídicos democráticos ha comenzado hace algún tiempo y sigue vivo a pesar de la crisis económica y financiera de dimensión global que estamos atravesando.

Aquí se han mostrado el reconocimiento internacional y algunas construcciones doctrinales que pretenden su reconocimiento a nivel estatal, a partir de otros derechos que sí están reconocidos. También se ha descrito un mecanismo que pretende hacer efectivo el derecho a la renta básica.

La finalidad es desterrar esas lacras que subsisten en nuestras sociedades desarrolladas: la pobreza y la exclusión social. La propuesta de una renta básica puede parecer hoy todavía una solución demasiado innovadora y arriesgada, pero la discusión sobre ella ya ha comenzado, y empieza a verse como una posibilidad a tener en cuenta si de verdad queremos conseguir una democracia real que alcance a todos los ciudadanos y no sólo a los que han tenido habilidad o suerte en una economía de mercado que tantas veces funciona despiadadamente. Además, hay algunos datos que hacen pensar que puede llegar a ser una solución imprescindible en un futuro cercano, pues las nuevas tecnologías y, en especial, la robótica pueden hacer desaparecer millones de puestos de trabajo en las sociedades desarrolladas tecnológicamente.

Existen ya algunas experiencias en varios países que pueden ilustrar el debate. En Finlandia se prepara una prueba piloto para realizar en 2017-2018, en la que se abonará una renta de 550 euros al mes a los ciudadanos a cambio de eliminar algunos beneficios y ayudas sociales que ya tienen. En Holanda, la ciudad de Utrecht pagará 660 euros al mes a los más necesitados que participen en la prueba piloto. Y en Canadá, la provincia de Ontario tiene una partida asignada en los presupuestos de 2017-2018 para una renta básica. Sin embargo, en Suiza se realizó en 2016 un referéndum para implantar una renta básica y fue rechazado por una mayoría de los ciudadanos.

En mi opinión, es oportuno y conveniente realizar un debate serio sobre las ventajas e inconvenientes de esta propuesta y sobre las posibilidades reales de su implantación, debate que aquí sólo puede quedar apuntado.

Referencias

ALEX, Robert (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.



- CARMONA CUENCA, Encarna (2000). *El Estado social de derecho en la Constitución*. Madrid: Consejo Económico y Social.
- . (2009). «El derecho a la protección social y la lucha contra la pobreza y la exclusión (artículo 34 CDFUE)». En Javier García Roca y Pedro A. Fernández Sánchez (coordinadores), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado* (pp. 561-588). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- . (2012). «El derecho a un mínimo vital». En Guillermo Escobar Roca (director), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- . (2014). «La prohibición de discriminación. Nuevos contenidos (artículo 14 y Protocolo 12)». En Javier García Roca y Pablo Santolaya (coordinadores), *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos* (pp. 733-764). 3.^a edición. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- JIMENA QUESADA, Luis (1997). *La Europa social y democrática de Derecho*. Madrid: Dykinson.
- PÉREZ LUÑO, Antonio (1981). «El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales». *Anuario de Derechos Humanos*, 1: 257-275.
- RAVENTÓS PAÑELLA, Daniel (1993). *¿Qué es una sociedad justa?* Barcelona: Ariel.
- . (1996). *Libertad real para todos. Qué puede justificar al capitalismo (si hay algo que pueda hacerlo)*. Barcelona: Paidós.
- . (2001). «La renta básica: Introito». *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 4. Disponible en <http://www.uv.es/cefd/4/raventos.html>.
- . (2002). *La renta básica. Por una ciudadanía más libre, más igualitaria y más fraterna*. Barcelona: Ariel.
- REY PÉREZ, José Luis (2007). *El derecho al trabajo y el ingreso básico. ¿Cómo garantizar el derecho al trabajo?* Madrid: Dykinson.
- STEINER, Hillel (1992). «Three just taxes». En P. Van Parijs (editor), *Arguing for Basic Income*. Londres: Verso.
- SUDRE, Frederic (2004). *La Convention européenne des droits de l'home*. París: Presses Universitaires de France.

Sobre la autora

ENCARNA CARMONA CUENCA es doctora en Derecho por la Universidad de Alcalá (1991) y profesora titular de Derecho Constitucional. Coordinadora adjunta del Programa de Doctorado en Derecho. Coordinadora del Grupo de Investigación «Extranjería, Inmigración y Asilo». Todo ello en la Universidad de Alcalá, España. Su correo electrónico es e.carmona@uah.es.







TEMAS EMERGENTES

El derecho humano a la ciencia: Un viejo derecho con un gran futuro

The human right to science: An old right with a great future

Mikel MANCISIDOR

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Naciones Unidas, Suiza

RESUMEN Cuando hablamos del derecho humano a la ciencia se puede pensar que nos referimos a un derecho nuevo, creado recientemente para hacer frente a los desafíos que la ciencia y la tecnología generan en nuestra sociedad del siglo XXI. Sin embargo, el derecho a la ciencia es un derecho ya recogido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966. Lo podemos encontrar incluso antes, en el sistema regional interamericano, en particular, en la Carta de la Organización de los Estados Americanos y en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. Pocos saben que, de hecho, los países latinoamericanos, en general, y Chile, muy en particular, tuvieron un papel crucial en el reconocimiento universal de este derecho. La primera parte del artículo está dedicada a explicar la historia de este derecho y su reconocimiento jurídico internacional. En una segunda parte estudiaremos su situación institucional actual en el ámbito de las Naciones Unidas y, finalmente, en la tercera parte indagaremos en las características de este derecho, su contenido normativo, elementos y tipo de obligaciones que crea.

PALABRAS CLAVE Derecho a la ciencia, derechos culturales, derechos humanos.

ABSTRACT When we talk about the human right to science, many may think that we are speaking about a new right, recently created to face the challenges that science and technology generate in our society of the 21st century. However, the right to science is already enshrined in the Universal Declaration of Human Rights (1948) and in the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (1966). We can find it even earlier in the inter-American regional system, particularly, in the Charter of the Organization of American States (1948) and in the American Declaration of the Rights and Duties of Man (1948). Few know that, in fact, the Latin American countries in general and Chile in particular played a crucial role in the universal recognition of this



right. The first part of the article explains the history of the right to science and its international legal recognition. In a second chapter, we will study its current institutional situation within the United Nations and, finally, in the third chapter, we will analyze the characteristics of this right, its normative content, elements and type of obligations that it creates.

KEYWORDS Right to science, culture rights, human rights.

Introducción

El derecho humano a la ciencia es un gran desconocido incluso entre muchos activistas, académicos y expertos en derechos humanos. Ha sido un derecho por mucho tiempo olvidado por los organismos internacionales encargados de la defensa y promoción de los derechos humanos, incluyendo a Naciones Unidas, y lo es igualmente para buen número de Estados que están obligados a proteger y fomentar este derecho.

El derecho a la ciencia pertenece al grupo de los derechos culturales. Muchas veces se ha dicho que los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) son, por su menor desarrollo, los hermanos pobres de la familia de los derechos humanos¹. Y dentro de los DESC, los derechos culturales son los menos elaborados y protegidos. Podríamos dar un paso más y situar el derecho a la ciencia a la cola, a su vez, de los derechos culturales. Al menos así ha sido hasta la fecha. Pero las cosas tal vez estén cambiando.

Frente a la importante literatura que en los últimos años ha desarrollado la doctrina de los DESC, son pocos los artículos consagrados al derecho a la ciencia² y menos aún las monografías dedicadas específicamente a este derecho, lo que ha llevado a una de las mayores especialistas en este derecho a afirmar que el actual reto de desentrañar los contenidos de este derecho y su aplicabilidad corrige seis décadas perdidas sin avances (Shaver, 2010: 152).

En la práctica judicial, mientras que en los últimos años se ha dado un importante desarrollo de la jurisprudencia comparada en materia de protección y aplicación de los DESC (derecho a la vivienda o derecho al agua, por poner sólo dos ejemplos), no ha sucedido lo mismo con el derecho a la ciencia. Seguramente podemos contar con los dedos de una mano las sentencias de altos tribunales que han fundamentado sus decisiones, siquiera de manera secundaria, complementaria o como *obiter dictum*, en el derecho a la ciencia.

1. En Mancisidor (2010) defendimos que, si bien esta idea de los DESC como hermanos pobres fue cierta durante mucho tiempo, el abismo que separaba los derechos civiles y políticos de los DESC se va poco a poco reduciendo. Véase, además, Mancisidor, 2015a y b.

2. Dicho sea esto con el pleno conocimiento y la más alta consideración hacia los imprescindibles escritos pioneros de Richard Pierre Claude, William Schabas, Audrey R. Chapman, Yvonne Donders, Lea Shaver, Jessica Wyndham, Samantha Besson, Farida Shaheed y Margart Vitullo.



Estamos pues ante un derecho aparentemente precario que, sin embargo, está consagrado en lo más alto del derecho internacional de los derechos humanos. No estamos ante un derecho nuevo ni secundario. Es por eso que creemos que ha llegado el momento de tomárselo en serio, sacarlo de su ostracismo, para ponerlo al día y colocarlo en igualdad de condiciones entre el resto de derechos humanos, para desplegar todas sus potencialidades que, siendo las de la ciencia, son las infinitas de la creatividad humana.

Contexto histórico, el papel de Chile y el alcance del derecho

El contexto histórico y el papel de Chile

El derecho a la ciencia fue reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en su artículo 27, de la siguiente forma: «Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten».

Debemos remitirnos a los trabajos preparatorios³ de la Declaración para descubrir por qué sus redactores eligieron estas precisas palabras y, al hacerlo, qué quisieron decir⁴.

Para ello debemos situarnos en su momento histórico, en los primeros años de la posguerra y en el inicio de la Guerra Fría. Pero sin olvidar que ya en enero de 1941 el Presidente Roosevelt hizo referencia, en su famoso discurso de las Cuatro Libertades, al «disfrute de los frutos del progreso científico» en un contexto que nos puede permitir considerarlo como un precedente directo del derecho a la ciencia.

Ya en la posguerra, dos nuevas circunstancias influyeron gravemente en los debates sobre la ciencia: el recuerdo de las dos bombas atómicas lanzadas sobre Hiroshima y Nagasaki en agosto de 1945, que colocó la cuestión de la ciencia, sus límites, control y la responsabilidad social de los científicos en el centro de muchos debates⁵, y la rivalidad entre los Estados Unidos y la Unión Soviética que afectaría de forma muy viva a la cuestión de la ciencia y su papel en la esfera internacional.

Lo que luego sería la Declaración Universal de los Derechos Humanos se fue trabajando por medio de sucesivos borradores durante año y medio. El primer borrador

3. Para esta parte histórica me he basado en dos clásicos imprescindibles: Morsink (1999) y Glendon (2001), y en una obra reciente escrita por uno de los grandes expertos en el derecho humano a la ciencia: Schabas (2013).

4. Bien sabemos que, como establece el artículo 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, «los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración» no constituyen medios principales de interpretación del texto a los efectos de su aplicación, sino sólo «medios complementarios», pero sí nos sirve su estudio para conocer en profundidad este derecho.

5. Para una historia de los científicos y la bomba atómica, véase Preston (2005).





fue el del jurista canadiense John Peters Humphrey, en el que nos encontramos ya con un derecho a la ciencia relacionado, en el mismo artículo, con la cultura y las artes. Según René Cassin (Morsink, 1999, 218), la norma fue incluida a solicitud de algunas organizaciones culturales, entre ellas la Unesco⁶. El derecho viene formulado en esta primera versión como derecho (*right*) a «participar en los beneficios de la ciencia».

Esta formulación está inspirada, como la activa delegación chilena se esmeró en recordar, en los trabajos preparatorios de la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA) y de la Declaración Americana de Derechos⁷, que terminó siendo aprobada en Bogotá poco meses antes de la Declaración Universal y que incluía un artículo que decía: «toda persona tiene el derecho de participar en la vida cultural de la comunidad, gozar de las artes y disfrutar de los beneficios que resulten de los progresos intelectuales y especialmente de los descubrimientos científicos».

La Carta de la OEA, en su artículo 38, decía incluso con ambición más general: «los Estados miembros difundirán entre sí los beneficios de la ciencia y de la tecnología, promoviendo, de acuerdo con los tratados vigentes y leyes nacionales, el intercambio y el aprovechamiento de los conocimientos científicos y técnicos».

Chile fue protagonista de la inclusión de este derecho en la Declaración Universal de los Derechos Humanos gracias al trabajo de su primer embajador ante la ONU, el diplomático Hernán Santa Cruz: destacado miembro de la Comisión de Derechos Humanos y del Comité redactor de la Declaración y, en muchos casos, líder de la posición latinoamericana (hay que recordar que América Latina aportaba 20 miembros de los 51 Estados parte de la ONU original, así que se trataba de un grupo potentísimo, especialmente en un sistema en que cada país representaba un voto). Hernán Santa Cruz fue uno de los más firmes defensores de la inclusión de los DESC en la Declaración y, muy en particular, de la inclusión del derecho de todas las personas a participar de los beneficios del avance científico.

Durante el proceso negociador de la Declaración, la formulación del derecho a la ciencia pasó desde la inicial versión basada «en los beneficios» a la más amplia idea del derecho «a participar en el avance científico». Este transcendental cambio fue aprobado a propuesta de China en base, según el propio delegado Peng Chun Chang, a la autoridad de Francis Bacon (Schabas, 2007: 276; Morsink, 199: 219)⁸.

6. Sobre la aportación intelectual de la Unesco a la redacción de la Declaración Universal, véase el documento «Human Rights: Comments and interpretations. A symposium edited by Unesco», del 25 de julio de 1948, con aportaciones de Maritain, Gandhi, E. H. Carr, B. Croce, Teilhard de Chardin, A. Huxley y dos ponencias específicas sobre temas científicos, a saber, de Jan M. Burgers, «Rights and Duties Concerning Creative Expression, in particular in Science», y de William A. Noyes, «Science and the Rights of Man». Documento disponible en <http://bit.ly/2uyERSp>.

7. Claude (2002: 250), a su vez, busca los orígenes de esa aportación en la *Inter-American Conference on the Problems on War and Peace*, realizada en México en 1945.

8. Es curioso que, en su fundamentación, P. C. Chang haya recurrido a la autoridad de un clásico occi-



Sin embargo, este cambio y la pérdida de la palabra «beneficios» no terminó de convencer y rápidamente se buscó su recuperación (Morsink, 1999; Schabas 2007). La palabra fue recuperada a propuesta de Cuba con el argumento de que «no todo el mundo está suficientemente capacitado para jugar un papel en el avance científico». Los representantes de Cuba argumentaron que lo necesario era que el texto dijera que todo el mundo tiene el derecho «a participar en los beneficios que resulten del avance científico». René Cassin y Hernán Santa Cruz apoyaron la propuesta cubana. La delegaciones de China y de Arabia Saudí respondieron que, aun en ausencia de conocimientos científicos, todos tenemos la capacidad de cierto disfrute más amplio de la ciencia que sus solos beneficios directos.

El comentario de Cuba puede sugerir la idea de una renuncia a una consideración amplia del derecho a participación (activa) en la ciencia y la opción por un derecho más limitado a beneficiarse (pasivamente) de ella. Pero el concepto de *beneficios de la ciencia* se recuperó por consenso, sumándose al texto chino y no sustituyéndolo⁹, lo que tuvo consecuencias más importantes de lo que puede parecer.

Alcance del derecho a la ciencia

Este debate bien puede explicar la idea que a menudo tenemos de este derecho sólo como una forma de participar de los beneficios de la ciencia; por ejemplo, a tener acceso asequible a medicamentos. Pero queremos hacer una lectura más amplia y más ambiciosa que la mera idea de recibir pasivamente. El derecho a la ciencia va más allá de la visión de «beneficiarse» y aboga por contenidos más amplios de «participación»; es un derecho que incluye contenidos como la divulgación, la participación

dental: «El Dr. Chang fue uno de los pocos miembros de la Comisión que de manera constante recordó a sus colegas que una Declaración Universal debía incorporar otros sistemas filosóficos aparte de los de Occidente, y él mismo a menudo citó principios confucianos para informar la discusión. Humphrey le reconoce su dominio de la filosofía confuciana para encontrar un lenguaje de compromiso en puntos particularmente difíciles» (Johnson y Symonides, 1998: 22; traducción de los editores). La importancia de la aportación de Chang fue indicada en un sentido distinto al que aquí se sugiere por Claude: «el tono elitista del texto original, al parecer sólo para proteger a los científicos, fue así superado por la propuesta de Chang de que todos tienen el derecho a participar en los avances de la ciencia (científicos y estudiantes de ciencia) y de sus beneficios (el público en general)» (Claude 2002: 253-254; traducción de los editores).

9. Es posible que esto sea simplemente un resultado vestigial, no completamente intencional, propio de las lógicas redactoras de un texto internacional, pero no deja de ser un afortunado equilibrio que debemos aprovechar cuando, como es bien sabido, el derecho internacional no nos condena a la voluntad de los negociadores, sino que nos anima a interpretar el texto «conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos [...] y teniendo en cuenta su objeto y fin» (artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969).





en la creación científica¹⁰ (*citizen science*)¹¹, la participación en las políticas científicas¹², la responsabilidad en la gestión de riesgos¹³, las libertades y responsabilidades de quienes hacen ciencia y tantos otros aspectos, como veremos, adicionales al «beneficiarse de las aplicaciones» científicas.

Este mismo debate entre una *participación* multidimensional o un *disfrute* más pasivo puede aplicarse al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. La formulación aparentemente más restrictiva con que comienza el artículo —«Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones» (artículo 15, 1 b)—, debe ser interpretada conjuntamente con el más amplio mandato que inmediatamente se añade de que «los Estados partes en el presente Pacto deberán adoptar (medidas para) la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura» (artículo 15, 2)¹⁴, el compromiso de «respetar la indispensable libertad para la investigación científica» (artículo 15, 3) para garantizar el «el respeto por la libertad indispensable para la investigación científica y la actividad creativa» y el «fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas» (artículo 15, 4).

Como se ve, son suficientes elementos como para que también en relación al artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como hicimos en el caso del artículo 27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, defendamos la idea de un derecho mucho más amplio que la idea restrictiva de beneficiarse pasivamente de los avances científicos y tecnológicos.

Situación institucional actual

Ya en el siglo XXI, una iniciativa conjunta de la Unesco, del *Amsterdam Center for International Law* y del *Irish Centre for Human Rights*, iniciada en 2007, supuso el inicio

10. «Se va abriendo paso la idea de que el saber es un asunto de todos, una tarea a la que [...] contribuyen todos los ciudadanos. Poco a poco ha ido reconociéndose a todos los seres humanos la capacidad de participar en la investigación, inventar y hacer ciencia, o al menos juzgar algunas de sus conclusiones. A principios de los noventa, organizaciones como la American Association for the Advancement of Science (AAAS) y la Unesco propagaban el lema «Science for all», resumido en el siguiente principio: no sólo ciencia al servicio de todos, sino ciencia por todos» (Innerarity, 2011: 130).

11. «La idea de una ‘ciencia cívica’ [...] o de una ‘ciudadanía científica’ [...] alude a los actuales desafíos acerca de cómo introducir a los agentes no científicos en los procesos de decisión, cómo tener en consideración el saber y la experiencia local, cómo realizar una comunicación transparente del riesgo u otras exigencias de democratización similares» (Innerarity, 2011: 114).

12. Sobre la participación en las decisiones y sobre sus obstáculos y formas de superarlos, con importantes ideas e interesantes ejemplos, véase Kleinman (2000).

13. Sobre el principio de precaución, que se presta muy fácilmente a debates maniqueos, véase el inteligente planteamiento de Whiteside (2006) en el capítulo «Science or Precaution? A Misleading Dichotomy»: frente a una visión simplista despliega una «panoplia de medidas de precaución».

14. Sobre el significado de estos importantes contenidos adicionales, véase Claude (2002: 259-260).





del regreso del derecho a la ciencia al escenario internacional. Hasta esa fecha sólo algunos autores aislados y algunas pocas organizaciones científicas habían mostrado interés¹⁵.

La Unesco y los centros citados organizaron en el 2007 una reunión de expertos en Ámsterdam en cuyas conclusiones se tocaban bastantes de los puntos tratados en este artículo. Además se propusieron importantes acciones de seguimiento que en parte se han cumplido y en parte quedan aún por cumplir, pero que siguen teniendo sentido. Estos actores llamaron a «una coalición para la promoción del derecho [a la ciencia]» cuyo gran objetivo sería el debate sobre el contenido normativo del derecho, incluyendo a todos los agentes relevantes¹⁶.

A este encuentro siguieron otros dos de las mismas características en Galway (2008), Irlanda, y Venecia (2009). Hoy los trabajos presentados en estos tres encuentros, así como sus conclusiones y declaraciones finales, forman un corpus de imprescindible consulta para quien quiera tratar de este asunto.

Farida Shaheed, experta independiente sobre derechos culturales, tomó el testigo y presentó ante el Consejo de Derechos Humanos, en su vigésima sesión, un informe temático sobre este asunto (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2012a). Este informe pudo completarse tras un proceso de consulta en el que participaron 21 Estados y 13 organizaciones.

Este informe supuso un importante paso adelante en el proceso iniciado por la Unesco y sus socios para el desarrollo del derecho humano a la ciencia y la definición de sus contenidos. La relatora recomendó al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales «revisar el artículo 15 de una manera integral y considerar la adopción de un nuevo Comentario General que recogiera todos los derechos recogidos en ese artículo» (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2012a: 21).

En octubre de 2013, la Oficina de la Alta Comisionada organizó, por mandato del Consejo de Derecho Humanos (Asamblea General de Naciones Unidas, 2012b) un seminario de dos días sobre el artículo 15.1 b), en Ginebra, con el objetivo de «facilitar clarificación adicional sobre el contenido normativo del derecho a gozar del desarrollo científico y sus aplicaciones; y clarificar su relación con otros derechos humanos». En este seminario se unieron varias voces al llamado al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales para avanzar hacia un Comentario General sobre el derecho a participar en los beneficios que resulten del avance científico y de sus aplicaciones.

15. La Unesco había trabajado sobre la cuestión de una forma más bien indirecta o con enfoques temáticos muy especializados (bioética y genoma humano). Para un estudio de la labor de la Unesco en la implementación de este derecho entre 1948 y 1998, véase Symonides (1998: 83-84).

16. Véase «Report of the Unesco Experts' Meeting on the Right to Enjoy the Benefits of Scientific Progress and its Application», (Amsterdam, 2007), disponible en <http://bit.ly/2vYAPSO>.



El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales asumió su tarea y se encuentra en este momento debatiendo los borradores de un futuro Comentario General sobre el Derecho a la Ciencia que deberá determinar el contenido normativo de este derecho y orientar a los Estados, en particular, y a la sociedad, en general.

Contenido normativo

Como queda dicho, el contenido normativo de este derecho será el objeto del Comentario General, pero aquí podemos presentar algunas de las ideas ya aportadas por los eminentes expertos que han tratado hasta la fecha el asunto.

Aquí me basaré en las ideas, aportaciones y propuestas presentadas por Claude (2002), Schabas (2007), Chapman (2009), Donders (2009), Shaver (2010), Shaheed (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2012a) y Margaret Weigers Vitullo y Jessica Wyndham (AAAS Science and Human Rights Coalition, 2013).

Claude (2002) realizó un importantísimo primer acercamiento a la cuestión que nos ocupa, en el que ya tocaba muchos de los puntos que vamos a ver en otros autores y con la ventaja añadida de que incluía importantes ejemplos y casos prácticos para cada tipo de obligación o tipo de vulneración. El primer esfuerzo de Claude incluía, además, un muy rico planteamiento que ponía en relación el artículo 15.1 b) del derecho a participar en los beneficios que resulten del avance científico y de sus aplicaciones con el resto de contenido del artículo 15. El trabajo de Claude sigue siendo actual.

En 2009 se celebró la reunión de expertos de Venecia donde Donders (2009: 9) analizó el derecho mediante una interpretación textual y aplicando el marco conceptual que había sido ya empleado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales para otros derechos. Donders propuso cuatro contenidos del derecho, a saber: 1) libertad científica; 2) el derecho a ser protegido de posibles efectos dañinos de la ciencia; 3) el acceso (en el que incluye ciertos elementos de participación); y 4) la cooperación internacional.

Tanto Donders (2009), como Chapman (2009), Shaver (2010) y la AAAS Science and Human Rights Coalition (2013) adoptan a la interpretación de este derecho dos de los criterios que ya habían sido adoptados por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en las observaciones generales relativas a otros importantes derechos: el esquema de triple tipología de obligaciones¹⁷ y, con distintos matices, los criterios de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad, calidad y adaptabilidad.

Chapman (2009: 18-57) desarrolla en extenso la aplicación de la ya clásica triple tipología de obligaciones (respetar, proteger y hacer efectivos) al caso del derecho a la ciencia. Igualmente interesantes son las consideraciones que la autora hace sobre

17. En la Declaración de Venecia se incorporan cuatro puntos (del 13 al 17) sobre el contenido normativo que recogen también el esquema de triple obligación.



la relación de este derecho con las cuestiones de participación, transparencia y rendición de cuentas (2009: 15-16).

Shaver (2010: 167) enumera los conceptos necesarios para la interpretación de este derecho, que deben incluir, entre otros, la «no discriminación, realización progresiva y obligaciones básicas esenciales».

Farida Shaheed presentó, como ha quedado dicho, en 2012 su informe ante el Consejo de Derechos Humanos, en el que dedica veinticuatro numerales al contenido normativo del derecho, y que recogen mucho de lo indicado por los autores citados. Estos numerales suponen todo un corpus básico que será fundamento indispensable para los siguientes intentos «onusianos» de desarrollar este derecho. A los efectos de este trabajo, valga decir aquí que, para la experta independiente, este contenido normativo debe contener: a) el acceso a los beneficios de la ciencia por parte de todos, sin discriminación; b) oportunidades para todos de participar en la empresa científica y la libertad indispensable para la investigación científica; c) la participación de las personas y las comunidades en los procesos de toma de decisiones; y d) facilitar un entorno que favorezca la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y la tecnología (AAAS Science and Human Rights Coalition, 2013: 9).

Conclusión

En conclusión, estamos ante un derecho que puede denominarse ya «derecho a la ciencia» y que tiene contenidos de derecho de participación, derecho de acceso (que implica libertades) y derecho con importantes claves de cooperación internacional. Confío en que en unos meses podamos ver ya aprobado el Comentario General del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del que tengo el honor de ser relator, y ver en él recogidas algunas de las ideas que en este artículo hemos comentado.

Este futuro comentario general debe servir de guía a los Estados, pero también debe aportar elementos a las organizaciones científicas, los científicos y la sociedad civil, en general, para conocer mejor sus derechos y sus responsabilidades.

Referencias

- AAAS SCIENCE AND HUMAN RIGHTS COALITION (2013). «Defining the right to enjoy the benefits of scientific progress and its applications: American scientists' perspectives». Informe preparado por Margaret Weigers Vitullo y Jessica Wyndham. Disponible en <http://bit.ly/2eFMSkO>.
- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS (2012a). Report of the Special Rapporteur in the field of cultural rights, Farida Shaheed. The right to enjoy the benefits of scientific progress and its applications. Documento A/HRC/20/26. Disponible en <http://bit.ly/2tRBqnS>.



- . (2012b). *Promoción del disfrute de los derechos culturales de todos y respeto de la diversidad cultural* de 2 de julio de 2012 (A/HRC/20/L.18). Disponible en <http://bit.ly/2tIokuV>.
- CHAPMAN, Audrey R. (2009). «Towards an understanding of the right to enjoy the benefits of scientific progress and its applications». *Journal of Human Rights*, 8 (1): 1-36.
- CLAUDE, Richard Pierre (2002). «Scientists rights and the human right to the benefits of science». En Audrey Chapman y Sage Russel (editors), *Core obligations: Building a framework for economic, social and cultural rights* (pp. 247-278). Amheres, Oxford: Intersentia.
- DONDERS, Yvonne (2009). «Right to enjoy the benefits of the scientific and technological progress and its applications». Report of the Experts' Meeting. París: Unesco.
- GLENDON, Mary Ann. (2001). *A World Made New: Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights*. Nueva Iork: Random House.
- INNERARITY, Daniel (2011). *La democracia del conocimiento. Por una sociedad inteligente*. Barcelona: Paidós.
- JOHNSON, M. Glen y Janusz SYMONIDES (eds.) (1998). *The Universal Declaration of Human Rights A history of its creation and implementation 1948-1998*. París: Unesco.
- KLEINMAN, Daniel Lee (2000). «Democratization of science and technology». En Daniel Lee Kleinman (editor), *Science, technology and democracy* (pp. 139-165). Nueva York: State University of New York Press.
- MANCISIDOR, Mikel (2010). «Los derechos económicos, sociales y culturales: Una puesta al día». En Manuela Mesa Peinado (coordinadora), *Anuario CEIPAZ 2010-2011. Balance de una década de paz y conflictos: Tensiones y retos en el sistema internacional* (pp. 105-127). Barcelona: Icaria.
- . (2015a). «Is there such a thing as a human right to science in international law?». *ESIL Reflections*, 4 (1): 1-6. Disponible en <http://www.esil-sedi.eu/node/896>.
- . (2015b). «Historia del derecho humano a la ciencia». En Niko Huhle y Teresa Huhle (editores), *Die Subversive Kraft der Menschenrechte. Rainer Huhle zum radikalen Jubiläum*. Oldenburg: Paulo Freire Verlag.
- MORSINK, Johannes (1999). *The Universal Declaration of Human Rights: Origins, drafting and intent*. Filadelfia: University of Pennsylvania Press.
- PRESTON, Diana (2005). *Before the fall-out. From Marie Curie to Hiroshima*. Nueva York: Walker & Company.
- SHAVER, Lea (2010). «The right to science and culture». *Wisconsin Law Review*, 1: 121-184.
- SCHABAS, William A. (2007). «Study of the right to enjoy the benefits of the scientific and technological progress and its applications». En Yvonne Donders y Vladimir Volodin (editores), *Human Rights in education, science and culture* (pp. 273-308). París: Unesco.



—. (2013). *The Universal Declaration of Human Rights. The travaux préparatoires*. Cambridge: Cambridge University Press.

SYMONIDES, Janusz (1998). «Unesco and the Universal Declaration of Human Rights».

En M. Glen Johnson y Janusz Symonides (editores), *The Universal Declaration of Human Rights A history of its creation and implementation 1948-1998* (pp. 77-110). París: Unesco.

WHITESIDE, Kerry H. (2006) *Precautionary politics. Principle and practice in confronting environmental risk*. Cambridge, Massachusetts: MIT Press.

Agradecimientos

El autor agradece a la Diputación Foral de Bizkaia el apoyo al proyecto de reconocimiento internacional del derecho humano a la ciencia. Este artículo forma parte de las actividades de investigación, divulgación e incidencia de dicho proyecto.

Sobre el autor

MIKEL MANCISIDOR es licenciado en Derecho por la Universidad de Deusto y doctor en Relaciones Internacionales por la Geneva School of Diplomacy and International Relations. Es profesor adjunto del Washington College of Law de la American University y miembro del Comité de Derechos Económicos. Relator para la Observación General sobre el «Derecho Humano a la Ciencia». Su correo electrónico es mikel.mancisidor@deusto.es.





SECCIÓN

ENTREVISTA







ENTREVISTA

Francisco Tapia y Javiera Campos (Desclasificación Popular) sobre los archivos de la Comisión Valech I: «La desclasificación debe ser total ya que en la lectura total está el verdadero secreto»

Rita LAGES y Camila PARDO

Universidad de Chile

Transcurridos seis años de la conclusión del informe de la Comisión Nacional de Prisión Política y Tortura, también conocida como «Comisión Valech I», creada por el Decreto Supremo 1.040 de 2003 con el propósito de identificar a las víctimas de privación de libertad y tortura por razones políticas durante la dictadura chilena y proponer medidas de reparación, el carácter de secreto de la información y documentación recogida y sistematizada por la Comisión sigue siendo cuestionado y objeto de recursos judiciales.

Hasta agosto de 2016, la Corte de Apelaciones de Santiago ha acogido catorce recursos de protección en favor expresos políticos, al amparo de la excepción del artículo 15 de la Ley 19.992, y ha ordenado al Instituto de Derechos Humanos (INDH), como organismo depositario y custodio de dicha información y documentación, dar acceso a los antecedentes solicitados por los recurrentes, en su calidad de víctimas y titulares de «los documentos, informes declaraciones y testimonios incluidos en ellos».

Para las víctimas y sus familiares, la desclasificación de los archivos de la Comisión Valech I se revela como condición esencial para conocer la verdad de los hechos ocurridos durante la dictadura cívico-militar chilena y, con ello, apurar las responsabilidades y ejercer su derecho a una reparación por la vía judicial. Para la sociedad en su conjunto, y tal como lo señaló la Corte Interamericana de Derechos Humanos, «el derecho a la verdad tiene un carácter colectivo, que conlleva el derecho de la sociedad a ‘tener acceso a información esencial para el desarrollo de los sistemas democráticos’»¹.

1. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia del 25 de noviembre de 2000, párr. 197.



En esta edición 2017 del *Anuario de Derechos Humanos* hemos entrevistado a Francisco Tapia, *alias* Francisco Papas Fritas, artista visual y activista, y Javiera Campos, magíster cientista política de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Ambos son fundadores e integrantes de Desclasificación Popular, colectivo que ha hecho de la desclasificación de los archivos de la Comisión Valech I su lucha. Entre las acciones más emblemáticas de la agrupación, se destacan, a título de ejemplo, el *Manual para desclasificar* —una guía de instrucciones de cómo solicitar al INDH la desclasificación del archivo²—, o la Exposición 2054, así nombrada por ser el año en que terminará el secreto legal de cincuenta años y compuesta por cuadros, fotografías y otros materiales que documentan la información contenida en los archivos de la Comisión Valech I. En la actualidad están construyendo un archivo de acceso público, con miras a terminar con el secreto de cincuenta años y contribuir a la reconstrucción de la historia detrás de la tortura y la prisión política durante la dictadura cívico-militar.

El establecimiento del carácter de secreto durante 50 años de los documentos, testimonios y antecedentes aportados por las víctimas a la Comisión Valech I sigue siendo un tema controvertido. En su opinión, ¿cuáles son los fundamentos para su existencia y vigencia hasta el presente?

Francisco Tapia [FT]: Crear una bio-impunidad. Con esto me refiero a que las políticas públicas esperan que los cuerpos implicados perezcan y, con ellos, su memoria. Abrir la información posterior a ello es de una violencia similar a un asesinato, donde el Estado no se ensucia las manos y mantiene la impunidad de los implicados en violaciones de derechos humanos, pasando a ser un anecdotario.

En su opinión, ¿qué especificidades tiene el secreto de la Comisión Valech I respecto de lo establecido por las otras comisiones de verdad que se han constituido en Chile?

Javiera Campos [JC]: Si comparas la legislación de las comisiones Rettig, Valech I y Valech II, se puede ver que solo para la comisión Valech I se establece el secreto en una ley. Y, en esa misma ley, se regula la reparación. Nos llama la atención que se haya puesto este secreto en una ley de reparación, porque no fue establecido en el decreto que crea la comisión. Las demás comisiones sólo tienen reserva. Por ejemplo, en [la comisión] Rettig: el decreto que la crea establece la reserva y la obligación de pasar los archivos a los tribunales; en la ley de Comisión Valech II también hay reserva y asimismo en la ley que crea el INDH.

El levantamiento del secreto es la principal causa del colectivo Desclasificación Popular. ¿Cuáles son los motivos y los objetivos de su reivindicación?

2. El manual se encuentra disponible en <http://bit.ly/2vGBLvN>.





FT: Construir memoria y sobre todo una memoria rebelde hacia la dictadura, de la rebeldía de quienes cayeron en manos de la violencia y resistieron ante ello. No una memoria cargada de tristeza, sino de orgullo de lucha. Y para ello creo que debe existir una participación de las expresas y expresos políticos en escribir esta historia sin esperar que el Estado cree un hito de desclasificación. Ahora, en términos técnicos, creemos que el hecho de que más personas usen esta vía de desclasificación nos permite cruzar la mayor cantidad de información y abrir esa información para que otras personas u orgánicas desarrollen investigación. Y que no sea solo para un uso institucional y reservado.

El secreto que establece la ley no es absoluto, ya que existe la excepción contemplada en el artículo 15 que se configura con el derecho de los titulares para acceder a los antecedentes. ¿Por qué es importante que exista una desclasificación total de los archivos?

FT: Bueno, ese derecho personal no se conocía hasta que nosotros nos preocupamos de ello y hemos dado difusión a este derecho. Aparte de ganar este derecho contra el INDH que no lo aceptaba y realizaba otra lectura de esta ley. Ahora, para mí en especial retirar [los antecedentes] y el gesto de hacerlo público es un acto de desobediencia civil, que no acepta los cincuenta años de secreto, ni una revelación sectorial de la información para jueces y fiscales. Este acto se realiza entendiendo que los documentos por sí solos no tienen el mismo peso que tienen al construirse una base de datos que haga cruces de información entre un archivo y otro. Por eso, la desclasificación debe ser total ya que en la lectura total está el verdadero secreto.

JC: Hemos trabajado sobre la base de que nadie le ha preguntado a los expresos y expresas si querían que esta información se hubiera establecido como secreta. Nosotros consideramos que es válido que las personas quieran hacer pública esta información. Por lo tanto, esa es la primera reivindicación: lograr que las personas dueñas de esos archivos los recuperen. Incluso, si hay gente que no los quiera en sus manos, dado el fuerte trauma que sufrió y que no quiere revivir, es su decisión no recuperarlos.

Consideramos que es muy importante que los tribunales tengan acceso a esos archivos. De octubre de 2015 hasta febrero de 2017, hemos desclasificado 63 archivos de las comisiones Valech I y II, no calificados como víctimas. Nos hemos dado cuenta de que en la sola lectura es posible recabar mucha información: se ahorrarían años de investigación en los procesos judiciales. Si un juez o ministro en visita tuviera en sus manos estos documentos, que son acreditados por una institución del Estado, podría dar por acreditados los hechos. (...) Hemos identificado que hay una base de datos informática, en la que uno podría ingresar un centro de detención y saldría una lista de todas las personas que estuvieron detenidas en tal recinto, tanto de Valech I como de Valech II.



Haydée Oberreuter, exprisionera política y dirigente de derechos humanos, solicitó el acceso a dicha base de datos, esta solicitud fue rechazada por el Consejo para la Transparencia y por el INDH. Ante esta decisión se interpuso un recurso por ilegalidad presentado ante la Corte de Apelaciones de Santiago. El 3 de mayo tuvieron lugar los alegatos, y en unos días más, la Corte de Apelaciones de Santiago deberá decidir si denegar esta base de datos es un acto legal o no. Esta herramienta es crucial para que la justicia sepa en detalle sobre los crímenes de lesa humanidad y torturas realizados en la dictadura cívico-militar. También ayudaría a esclarecer los casos de detenidos desaparecidos y ejecutados políticos.

Hay muchas historias que no hemos abordado porque este secreto lo han acallado. Entonces es también un aprendizaje de nuestra historia política más allá de la historia oficial, la que se enfoca [principalmente] en la tortura física. Como hemos dicho en otras instancias, en Desclasificación Popular queremos hacer la historia de la resistencia a la dictadura cívico-militar.

Ante este derecho que reconoce la ley y que podría entenderse de su interpretación literal, ¿cuáles han sido las razones del INDH para negarse a entregar los antecedentes que se solicitan? ¿Cómo se explican esa negativa ante una ley que parece tan clara?

JC: Hubo dos etapas con el INDH: entre octubre y noviembre de 2015 nosotros hicimos la primera solicitud a través de una carta formal con doce expresos. Ellos se reunieron con Lorena Frías y ella les dijo que el artículo del secreto no se ha derogado y debe cumplirlo. Por lo tanto, lo que se entregaría serían los documentos que cada expreso entregó a la comisión. El trabajo de la comisión no se entregaría porque no se podía hacer más con este artículo.

En el momento en que presentamos los recursos de protección, hubo un cambio en la dirección del INDH y asume Branislav Marelic, con quien nos reunimos y nos señaló que se establecería un nuevo criterio para entregar la información solicitada. Tal criterio sería que, si se solicitan los antecedentes, el INDH revisaría previamente los antecedentes y se tacharían a terceros víctimas, pero no de los terceros victimarios. Otro de los criterios establecidos es que, si se apela de ese tachado, el INDH también alegaría y llegarían hasta las últimas consecuencias para proteger esos datos sensibles. Ese es el criterio que rige hoy. Estamos estudiando la pertinencia y conveniencia de ese criterio.

Antes de la interposición de los recursos de protección, ¿quiénes y qué otras vías se ejercieron para exigir que el INDH entregara los antecedentes?

JC: Las campañas anteriores al trabajo de Desclasificación Popular apelaban a cambiar los cincuenta años de secreto por ley. Por lo tanto, tenía que haber un proyecto de ley. En 2015, antes de los recursos de protección, teníamos la idea de la carta



formal, pero no había respuesta positiva por parte del INDH, o entregaban solamente los documentos que aportó el expreso. Y en los casos que negaban los antecedentes, no hubo respuesta negativa expresada en algún documento. Ante esta situación, los abogados [Paz Becerra y Álvaro Aburto] idearon solicitar la información por la Ley de Acceso a la Información Pública. Ellos asesoraron a las víctimas en la solicitud. Nosotros el 2016 hicimos lo mismo, y de esta manera obtuvimos la respuesta del INDH de manera expresa en un documento, lo que nos permitió interponer los recursos de protección posteriormente y obtener los archivos íntegros.

Es incuestionable que los fallos de la Corte de Apelaciones que han ordenado el acceso a la información y documentación solicitada por los recurrentes, en su calidad de víctimas y titulares de «los documentos, informes declaraciones y testimonios incluidos en ellos», marcan un hito importante en la jurisprudencia nacional sobre el carácter secreto de los archivos recabados por la Comisión Valech I. En su opinión, ¿cuál puede ser el real alcance de estas sentencias en cuanto a la vigencia del secreto y qué significa para la causa por la desclasificación total?

JC: Creo que cada día es más insostenible. Todo el mundo al menos está consciente de que en tribunales ya no es tan válido. Tengo entendido que muchos expresos que tienen causas judiciales han pasado sus archivos a tribunales. Entre más expresos y expresas desclasifiquen sus archivos, con nosotros o fuera de Desclasificación Popular, va a llegar un momento en que la opinión pública exigirá que se avance en un proyecto de ley. Después del fracaso del proyecto de ley del año pasado, se presentó otro que tiene lo mínimo: corrige el artículo 15 permitiendo el acceso a los tribunales a los archivos, lo que nos acercará, modestamente, a lo que fue [la comisión] Rettig. Hoy se están liberando los antecedentes para que el resto de los ciudadanos y el resto del mundo lean los archivos, y que los jueces y abogados empiecen a ocuparlos. Algo va a pasar, se les va a pedir la cuenta tanto a los legisladores como al gobierno. Hay académicos leyendo los archivos y trabajando a partir de esta desclasificación, tanto en Chile como en otras partes del mundo.

Nosotros tenemos un archivo: el de la última *Exposición 2054*, de una persona de Quinta Tilcoco que tiene el nombre de su torturador. Mucha gente le decía a esa persona que nosotros estábamos equivocados en la interpretación del artículo 15 de la Ley 19.992, y que en los archivos no había nada. En el archivo que comento se señala que el teniente Medina había torturado. Esa es una prueba.

La Corte de Apelaciones, a través de los fallos, ha ordenado al INDH entregar los antecedentes, pero nada dice en cuanto a lo que se debe entregar y cómo entregarlos, quedando el criterio a cargo del INDH. Según su experiencia, ¿qué antecedentes se están entregando y cuáles son los criterios del INDH para proceder a esa entrega?





JC: En el dictamen de la Corte de Apelaciones, tanto el de diciembre de 2015 como el de septiembre de 2016, la entrega fue íntegra: la Corte ordenó entregar todos los antecedentes, sin tachados. Después de septiembre, el INDH adoptó el criterio de tachar los antecedentes. Nosotros creemos que esa entrega debe ser íntegra. Considero que es inconcebible que el INDH esté aplicando la Ley de Datos Personales a asuntos de derechos humanos. Tengo entendido que esa ley actualmente es bastante mala y antigua.

[Los abogados] Paz Becerra y Francisco Jara presentaron un recurso de ilegalidad por una expresa ante la negativa de entregar la base de datos. El caso que les comenté anteriormente. En su alegato dijeron que de acuerdo al artículo 20 de la Ley de Acceso a la Información Pública, si hay datos de terceros, la institución pública debe contactar a los terceros mencionados en los antecedentes. El INDH no lo está haciendo. Nosotros le hemos consultado al INDH y nos han señalado que contactar a terceros es insostenible.

En septiembre de 2016, el INDH, dando cumplimiento a las decisiones judiciales, ha entregado los antecedentes solicitados a las víctimas recurrentes. En diciembre del mismo año, mucho de ese material se ha dado a conocer al público, por primera vez, en una exhibición titulada 2054 y organizada por ustedes. ¿Qué otras iniciativas y actividades tienen pensadas?

FT: Por ahora, mi obra fue crear Desclasificación Popular, posicionarlo desde distintos flancos en conjunto con el colectivo que se fue creando, como una organización sería que seguirá desarrollando investigaciones al respecto de los archivos y el secreto. Todo este trabajo tenía contemplada una exposición que muestra el trabajo de dos años y nuestra posición política frente al Estado y sus políticas de «la medida de lo posible», y de impunidad. Mi objetivo es que se cree la ONG Desclasificación Popular, para así dar un paso al costado y dedicarme a otras investigaciones.

JC: Ahora estamos organizando distintos conversatorios, porque nos importa llegar a personas que no necesariamente sean activistas de derechos humanos, sino personas jóvenes de distintos lados que se enteren de este proceso de desclasificación. Hay un tema recurrente en Chile, el del cerco comunicacional: a nosotros nos cuesta mucho salir en los medios de comunicación. Los conversatorios nos han ayudado a difundir. El otro plan es llegar a regiones, porque hay varios expresos en regiones que no están vinculados a organizaciones. Tenemos que encontrar una forma de llegar a ellos.

¿Cuáles son las conclusiones que sacan de todo este proceso?

FT: Es difícil sacar conclusiones de algo que está en proceso. Pero aun así puedo decir que este proyecto ha generado una forma de hacer las cosas sin esperar que el Estado les dé una solución. Es una forma alternativa, pero sobre todo desobediente que permite que el cuerpo social y popular restaure la historia y su presente. Y a mi



parecer, ése debe ser el mecanismo que debemos tomar contra las estructuras de poder, que negocian la estabilidad económica por sobre la verdad y la justicia de una sociedad que fue acribillada, violentada y torturada.

¿Cuál es el objetivo de mediano y largo plazo de vuestra organización respecto del tratamiento de la información obtenida por las víctimas, que eventual y voluntariamente vayan ustedes recogiendo?

JC: Por el momento hay dos personas de Desclasificación que se encargan de los archivos: un historiador y una antropóloga, Luciano y Daniela. Ellos están armando el archivo y decidiendo cómo subirlo, qué datos subir. Porque, independiente de que nos pasen los archivos íntegramente, hay datos que proteger, como direcciones, teléfonos y datos personales que tachamos. Por el momento, estamos viendo la integridad del archivo y a futuro se van a implementar reglas de cómo citar el archivo, para que pueda usarse. Hay una red de archivos: nos invitaron y estamos en proceso y en conversaciones para hacer alianzas.

Frente a este acceso efectivo por parte de las víctimas a los antecedentes recabados por la Comisión Valech I, ¿cómo las organizaciones de derechos humanos pueden contribuir en el proceso de construcción de memoria colectiva?

FT: Generando una red de apoyo y confianza entre las organizaciones y con los expresos y expresas políticas, enseñándoles a desclasificar y publicar, o poniéndolos en contacto con nosotras y nosotros. También apoyando futuras campañas de difusión para que esta vía de desclasificación avance sin esperar una ley del gobierno. Creo que los gobiernos han hecho oídos sordos y han hecho una gran política de maquillaje frente a la realidad de los derechos humanos. Por eso, creo que es necesaria la unión y responder desde fuera del Estado con una herramienta que es útil para todos los que no creemos en el perdón ni en el olvido o creemos en frases como «sin memoria no hay futuro».

Sobre las autoras

RITA LAGES es profesora asistente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Actualmente es la encargada de contenidos de extensión del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Licenciada y magíster por la Facultad de Derecho de la Universidad de Coimbra, Portugal. Diploma en Estudios Avanzados en Derecho Europeo y candidata a doctora por la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.

CAMILA PARDO es egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Ayudante *ad honorem* del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.







El Centro de Derechos Humanos (CDH) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile es una unidad académica creada el año 2002 que aporta de manera efectiva, y desde una perspectiva jurídica, a promover y garantizar el respeto de los derechos humanos mediante el cumplimiento de tareas de investigación y de extensión en este ámbito específico. El CDH cumple sus tareas de investigación mediante la adjudicación de fondos concursables y la ejecución de proyectos por parte de sus investigadores, que permiten generar publicaciones validadas por terceros.

En cuanto al desarrollo de tareas de extensión, el CDH se vincula con la sociedad mediante la elaboración y difusión de productos de calidad. Brinda apoyo y trabaja en conjunto preferentemente con otras unidades académicas y con reparticiones estatales cuyo quehacer es relevante para promover y lograr el respeto efectivo de los derechos humanos. También colabora con organizaciones de la sociedad civil que persiguen objetivos comunes, procurando que ese trabajo sea relevante sobre todo para los sectores más marginados de la sociedad.

Adicionalmente, el CDH se vincula con el medio nacional y con el extranjero mediante los contenidos disponibles en su sitio web. El CDH presta servicios de conformidad con la ley si existe un interés público en promover o garantizar el respeto de los derechos humanos.







~

Este decimotercer número
del *Anuario de Derechos Humanos*
de la Universidad de Chile
fue editado, diseñado y diagramado
en la oficina de Tipográfica,
por Marco Antonio Coloma
y Miguelángel Sánchez,
y luego impreso en 500 ejemplares
por Andros Impresores.

Santiago de Chile,
30 de agosto de 2017,
año del aniversario número 69
de la Declaración Universal
de los Derechos Humanos.



