

## EL DELITO DE ESPIONAJE INFORMÁTICO EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y COSTARRICENSE: UNA MODALIDAD DE INFRACCIÓN DEL DERECHO HUMANO DE LA INTIMIDAD\*

*Cyber Espionage in the International and Costa Rican Law:  
A Form of Violation of the Human Right to Privacy*

**Jonathan Masís Solís**

Universidad de Costa Rica, Costa Rica

Abogado graduado en la Universidad de Costa Rica, donde también realizó estudios en la Escuela de Administración de Negocios. Exfuncionario del Poder Judicial de Costa Rica, en el Digesto de Jurisprudencia y ha fungido como juez suplente en materia civil y juez suplente de Tribunal Penal, en distintas zonas del país. Actualmente ejerce liberalmente la abogacía. jomaso13@gmail.com.

### RESUMEN

Los delitos informáticos son una peligrosa consecuencia que lleva aparejada la evolución de las tecnologías de la información. Así se conceptualiza la problemática que trata el presente artículo, en el que, como método de análisis de la cuestión, se abordan artículos de doctrina, se analiza la normativa costarricense e internacional acerca de delitos informáticos como la Convención de Ciberdelincuencia de 2001, y se ilustra con casos de la jurisprudencia costarricense relacionados con la temática. Se aborda el delito cibernético de espionaje como un ejemplo de la forma en que esta delincuencia pone en peligro y afecta significativamente el derecho humano y fundamental a la intimidad. Finalmente, se plantean varias conclusiones entre las que destaca la necesidad de la cooperación internacional para la investigación y sanción de los delitos cibernéticos, así como para localizar a sus infractores, a la vez que deben mantenerse vigentes las garantías procesales en favor de los derechos humanos de las personas involucradas en la fase de investigación.

### PALABRAS CLAVE

Ciberdelincuencia, espionaje informático, derecho a la privacidad.

### ABSTRACT

Cybercrime is a dangerous consequence of the evolution of information technology. This is how it is conceptualized the issues addressed in this paper. As a methodology, it is discussed and analysed published articles, Costa Rican law, and international regulations concerning cybercrime –such as the Convention on Cybercrime of 2001–, and introduce case law connected to the topic. In this paper, cyber espionage is viewed as an example of the way in which cybercrime jeopardizes and radically affects the human and fundamental right to intimacy. Finally, it is presented a number of conclusions in which it is underscored the importance of international cooperation for the investigation and punishment of cybercrime, as well as to locate the offenders.

\* Agradezco la colaboración brindada para la elaboración de este artículo a Marta Rojas Porras, Mercedes Céspedes Canales y Olga Cabezas Piedra.

It is also suggested that it is crucial that due process is respected in the phase of investigation, as well as the human rights of the persons involved.

#### KEY WORDS

Cybercrime; cyber espionage; right to intimacy.

### INTRODUCCIÓN: UNA SOCIEDAD EN ALAMAR

Una de las perspectivas de análisis más atinentes al explicar el surgimiento de los delitos cibernéticos<sup>1</sup> es la originada por la noción de “sociedad del riesgo” (U. Beck), esto es, admitir que toda actividad humana productiva lleva aparejado un riesgo, desde conducir un vehículo hasta navegar por internet. Tal como explica Reyna, el desarrollo de la tecnología lleva consigo, a su vez, la potencialidad de riesgos de diversa índole que acechan a los individuos particulares, pero también a la sociedad en su conjunto; estos son los efectos negativos de las *tecnologías de la información (TIC)*<sup>2</sup>. Uno de los caracteres específicos de la sociedad del riesgo es la noción de caos que produce incertidumbre, generada por estas condiciones de cambios vertiginosos, donde se hace difícil las predicciones a futuro y el control de muchas áreas de la actividad humana, entre ellas la informática. Desde su faceta positiva, la tecnología mejora nuestra vida; pero desde la negativa, produce riesgos a menudo. Por ello, tenemos que encarar esta circunstancia y hacer de la incertidumbre una constante a enfrentar<sup>3</sup>. En este sentido, el desarrollo de las *tecnologías de la información* puede suponer la amenaza hacia algunos bienes jurídicos.

Una premisa básica de cualquier análisis dogmático penal es que este no soluciona los conflictos sociales. El Derecho penal es, ante todo, represivo y entra en acción cuando la infracción ya ha sido cometida y el bien jurídico tutelado por la norma se ha puesto en peligro o dañado significativamente, en perjuicio de una persona. Esto, sin obviar que la impunidad también es un serio problema en el combate de cualquier tipo de delincuencia, y en la lucha por la seguridad jurídica y la paz social.

La vida social actual puede definirse como una en la que la red internet es la protagonista de la mayor parte de las actividades humanas; mediante ella, desarrollamos actividades económicas, nos interconectamos con personas y grupos de personas sin importar distancias, realizamos pagos de facturas y servicios públicos, nos enteramos del acontecer noticioso de cualquier sitio del mundo en segundos. En fin, existe un flujo inmenso, ilimitado de datos que representan conocimiento, intereses económicos, bienes

---

<sup>1</sup> He elegido la acepción delito cibernético por ser la utilizada en los documentos internacionales que tratan este tipo de delincuencia. Además, el adjetivo *cibernético* alude a esa interrelación que el ser humano establece con las máquinas creadas y desarrolladas, y a un campo de estudio más amplio que el informático. Sin embargo, otras acepciones también las considero sinónimas, como sea delincuencia informática, delito informático, delitos de alta tecnología y, en ese sentido, las empleo.

<sup>2</sup> REYNA ALFARO, Luis M. (s. f). *La víctima en el delito informático*. Disponible en: <<http://www.barzallo.com/DOCUMENTOS%20WEB/DOCTRINA/General/delitos%20informaticos/DocPDF/Reina%20Alfaro,%20Luis%20M.%20II%20Congreso%20Mundial%20Derecho%20Informatic.pdf>> [consulta: 20.01.2016].

<sup>3</sup> BARUCH, Fischhoff y John KADVANY (2011). *Riesgo: Una breve introducción*. Traducido por Pepe Ventura. Madrid: Alianza Editorial, p. 11.

privados, de países enteros o grandes corporaciones. Esos *bits* contienen información íntima, personal, que puede afectar desde un mercado económico, hasta nuestro derecho a la imagen: es un mar de datos de variadas categorías y valores. Aunado a ello, otra de las características que incluyen las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) que han demolido las barreras temporales y espaciales al momento de realizar las actividades humanas antes mencionadas, pero principalmente para conectar personas entre sí y obtener conocimiento e información por medio de ellas.

## I. LA CIBERDELINCUENCIA

El ciberespacio nos ofrece infinitas ventajas para el progreso y desarrollo humano, para la igualdad de oportunidades y la democratización de los derechos humanos, vive y sobrevive, evoluciona y se disfraza, de forma paralela, su contracara: la delincuencia cibernética. En otras palabras, en ese espacio coexisten, de igual forma, todas aquellas acciones humanas encaminadas a violentar y poner en peligro bienes jurídicos, ya sea valiéndose del ciberespacio como medio, mediante la instalación de *software* malicioso, o cuyo fin es el daño o el ingreso no permitido a sistemas informáticos.

Con el Derecho penal cibernético se intenta proteger bienes jurídicos similares, pero no iguales, a los que delimitamos como ámbitos de protección jurídica y que las normas penales pretenden tutelar mediante tipos penales. Ciertamente es que los bienes jurídicos siguen siendo la intimidad, la privacidad, la seguridad, el honor, el patrimonio, etc. A todos los anteriores se les debe agregar el calificativo cibernético, teniendo como punto distintivo el contexto antes descrito de intercambio de *bits* de información en medios de almacenamiento, que no son siempre fácilmente accesibles para la investigación policial o judicial, y con posibilidades de producir daños que llegan a abarcar, en gran escala, delitos de la delincuencia organizada o del terrorismo.

Una definición al respecto la ofrece Rico, al indicar que los delitos informáticos son “aquellas conductas que ponen en peligro o lesionan la integridad, confidencialidad o disponibilidad de los datos y sistemas informáticos”, sin perjuicio que se puedan poner en peligro o lesionar otros bienes jurídicos<sup>4</sup>. Vemos cómo, al igual lo que vengo considerando, el acento en el bien jurídico de protección es la información, primordialmente. Mejor aún, podemos pensar que estamos frente a bienes jurídicos de novedosa definición referidos a la integridad y privacidad de la información almacenada en medios electrónicos.

Para la comisión del delito cibernético puede usarse tanto el *software* como el *hardware*. En otros términos, las acciones que comprenderían el *iter criminis* de la ciberdelincuencia pueden pasar por el hurto o robo de una llave maya o un disco duro, como forma de acceder a la información. También las acciones pueden consistir en la instalación de un *software* que de forma remota permita el acceso no autorizado a tales datos.

Por ello, la doctrina nacional ha señalado que los delitos que afectan las altas tecnologías son de dos tipos diferentes: aquellos delitos tradicionales que pueden cometerse

---

<sup>4</sup> RICO CARRILLO, Mariliana (2013). “Los desafíos del Derecho penal frente a delitos informáticos y conductas fraudulentas en los medios de pago electrónicos”. *IU. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla* (31): 209-210. Disponible en: <<http://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v7n31/v7n31a11.pdf>> [consulta: 09.02.2016].

haciendo uso de tecnología electrónica, es caso del delito de la estafa mediante computadoras, actualmente tipificado en el Código Penal de Costa Rica como estafa informática (artículo 217 bis), donde se configuran todos los elementos típicos de una estafa común, con perjuicio patrimonial como elemento objetivo, pero ahora el medio es una computadora, mediante la que se induce a engaño a la víctima; la corrupción de menores (artículo 167), la extorsión (artículo 214), y los daños agravados (artículo 229, inc. 6), expresamente tipificados, igualmente es el caso de otro tipo de delitos como el del blanqueo de capitales o el terrorismo que pueden configurarse mediante el uso de las TIC.

El segundo tipo está constituido por los delitos informáticos en sentido estricto, como por ejemplo<sup>5</sup>, el daño informático (artículo 229); el sabotaje informático (artículo 229 ter); la suplantación de identidad (artículo 230); el espionaje informático (artículo 231); la instalación o propagación de programas informáticos maliciosos (artículo 232); la suplantación de páginas electrónicas (artículo 233); la facilitación de delito informático (artículo 234); la difusión de información falsa (artículo 236). La constante en tales delitos es que<sup>6</sup> su mecanismo de configuración requiere del uso de computadores y, de por medio, la información contenida en ellos.

### **1. Los delitos cibernéticos en los ordenamientos constitucional e internacional**

Actualmente, cierta doctrina propugna que las constituciones políticas incluyan el acceso a internet como un derecho fundamental, que podría denominarse de derecho fundamental de acceso a la red<sup>7</sup>. Nos parece que tal reconocimiento puede darse aún sin reforma constitucional porque es una situación jurídica que puede tutelarse acudiendo a una interpretación evolutiva de los derechos humanos. Incluso, bien podría ser, como tantos otros derechos fundamentales recientes, de creación jurisprudencial, interpretando el acceso a internet como parte del desarrollo humano, de los derechos de la personalidad y del ejercicio de las libertades fundamentales.

El ejercicio de este derecho, al igual que los demás derechos fundamentales, estaría sujeto a limitaciones. La actual Constitución española, en su artículo 18.4, establece una restricción al uso de la red, cuando estipula que “la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”. En similar valor normativo encontramos una disposición en el artículo 36 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> De conformidad con la Ley de Reforma de la Sección VIII (delitos informáticos y conexos) del Título VII del Código Penal, la Ley N° 9048, de 10 de julio de 2012.

<sup>6</sup> GÓMEZ PERALS, Manuel (1994). “Los delitos informáticos en el Derecho Español”. *Informática y Derecho: Revista Iberoamericana de Derecho Informático* (4): 481-496. Disponible en: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/47.pdf>> [consulta: 09.02.2016].

<sup>7</sup> CHILLÓN MEDINA, José María (2004). *Derecho de las telecomunicaciones y de las tecnologías de la información*. Santo Domingo, República Dominicana: Escuela Nacional de la Judicatura, p. 481.

<sup>8</sup> DÍAZ REVORIO, Francisco (2010). “Tecnologías de la información y la comunicación y nuevas dimensiones de los derechos fundamentales”. *Revista Pensamiento Constitucional* 14: 45-46. Disponible en: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/3043>> [consulta: 09.02.2016].

Ahora bien, la comunidad internacional se ha preocupado de la delincuencia cibernética desde distintas aristas y mediante varios instrumentos y órganos del derecho internacional. A la fecha, los mecanismos son tan variados que un recuento sería extenso y excedería los propósitos del presente artículo, razón por la que solo se analizará una de las más recientes resoluciones de la ONU al respeto y el Convenio existente en la materia.

Son de trascendental relevancia las resoluciones de Naciones Unidas, a pesar de que no tienen fuerza vinculante directa hacia los Estados, salvo cuando constitucionalmente se les otorgue. En Costa Rica, la jurisprudencia constitucional ha reconocido un importante valor a los derechos humanos como integrantes de la Constitución, al afirmar que: “todos los instrumentos internacionales sobre derechos humanos han sido elevados a rango constitucional, y por consiguiente estos deben ser incorporados en la interpretación de la Constitución”<sup>9</sup>.

Entre tales resoluciones, la Resolución la 55/63<sup>10</sup> que pone el acento en la necesidad de cooperación internacional para la investigación e insta a los Estados para que unan esfuerzos junto con la empresa privada para enfrentar las nuevas formas de uso tecnológico con fines delictivos. Recomienda a los Estados eliminar los refugios seguros para los ciberdelincuentes; desarrollar herramientas jurídicas para sancionar e investigar delitos informáticos, y establecer deberes de cooperación internacional entre Estados. Estipula que “los sistemas jurídicos deben proteger el carácter confidencial, la integridad y la disponibilidad de datos y sistemas respecto de la injerencia no autorizada y hacer que los abusos graves se tipifiquen como delito”, disposición que expresamente hace referencia al espionaje informático como forma de acceso ilícito a la información contenida mediante las TIC.

Dicha resolución motiva para que los Estados eduquen a la población acerca de esta problemática y el adecuado uso de las TIC. Advierte, de forma adecuada, lo que sería el punto de equilibrio en la cuestión a la hora de desarrollar tanto normativa penal como mecanismos de investigación contra la delincuencia informática: “j) La lucha contra la utilización de la tecnología de la información con fines delictivos requiere la elaboración de soluciones que tengan en cuenta tanto la protección de las libertades individuales y el derecho a la intimidad como la preservación de la capacidad de los gobiernos para combatir esa utilización con fines delictivos”.

En el fondo, acudimos a una antigua pero vigente discusión, desarrollada por la jurisprudencia constitucional que “está consciente de la dificultad de lograr un equilibrio entre los intereses en juego –individuales y sociales–, pero es su deber señalar que tratándose de la libertad e intimidad de los ciudadanos, el Constituyente les garantizó un ámbito propio, su esfera privada, que en principio es inviolable y solo parcialmente allanable con intervención de Juez en procura de resguardar bienes jurídicos de mayor jerarquía”<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COSTA RICA (Sala Constitucional). Resolución N° 2002-10693 de 7 de noviembre de 2002.

<sup>10</sup> ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 55/63, aprobada el 4 de diciembre de 2000. En similar sentido, posteriores resoluciones del mismo órgano, la Resolución 67/189, aprobada el 20 de diciembre de 2012 y la Resolución 56/12, aprobada el 19 de diciembre del 2001.

<sup>11</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COSTA RICA (Sala Constitucional). Voto N° 678-91 de 27 de marzo de 1991.

Así las cosas, es siempre la decisión motivada por un juez que garantiza la realización del acto de investigación respecto de información contenida en medios electrónicos, de conformidad con el respeto al derecho a la privacidad.

Otro instrumento del derecho internacional en similar sentido es el Convenio de Budapest<sup>12</sup>, adoptado en el Consejo de Europa, que ofrece a la comunidad internacional un importante esfuerzo para armonizar la normativa de los delitos cibernéticos. El acuerdo aboga por los mecanismos de cooperación entre Estados a fin de combatir su impunidad y cooperar en la fase de investigación y contención de efectos dañinos adicionales. Al ser el único convenio que actualmente existe concerniente a la materia, es un referente muy valioso para el análisis de este tipo de delincuencia y del delito de espionaje en particular.

Ese Convenio, al igual que la Resolución 55/63, parte de un marco axiológico y jurídico en el que se pretende un equilibrio entre los intereses de las acciones penales en contra de los ciberdelincuentes y, conjuntamente, el respeto de los derechos humanos y fundamentales de las personas<sup>13</sup>. Asimismo, sus Estados firmantes son conscientes de que, frente a la persecución de la delincuencia informática, se deben resguardar durante las fases de investigación ciertos derechos humanos, entre ellos, el derecho a defender la propia opinión sin interferencia, el derecho a la libertad de expresión, incluida la libertad de buscar, obtener y comunicar información e ideas, así como el respeto de la vida privada; todo lo anterior siempre que no sean conductas contrarias al ordenamiento jurídico o que perjudiquen a terceros.

En tal convención, buena parte de su articulado (artículos 14 a 35) está abocado a desarrollar medidas de carácter procesal acerca de la investigación de este tipo de delincuencia. Asimismo, este pacto contiene un amplio capítulo Sobre Cooperación Internacional (artículos 23 a 28). Aspecto fundamental, pues, según vimos, esta criminalidad es de difícil investigación, debido a su capacidad para atravesar barreras de tiempo y espacio.

Dentro de las solicitudes posibles se encuentran las de acceder, registrar, confiscar datos almacenados en un sistema informático localizado en el territorio del Estado requirente, y, asimismo, la de solicitar la obtención o revelación de esos datos almacenados por medio de un sistema informático (artículos 29 a 34).

Un instrumento novedoso son las obligaciones relativas al establecimiento de una *Red de asistencia 24/7* entre Estados para delitos de alta tecnología<sup>14</sup>, con el fin de tener un punto de contacto común para combatir esta delincuencia, donde la comunicación esté garantizada mediante protocolos y medios tecnológicos análogos entre países, con

---

<sup>12</sup> CONSEJO DE EUROPA. *Convenio sobre la Ciberdelincuencia*, aprobado en Budapest, el 23 de noviembre de 2001. A nivel latinoamericano, este Convenio ha sido ratificado por los gobiernos de República Dominicana y Panamá.

<sup>13</sup> Hace referencia expresamente al Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (1950); al Pacto internacional de los derechos civiles y políticos de las Naciones Unidas (1966) y a otros tratados internacionales aplicables en materia de derechos humanos.

<sup>14</sup> A tal herramienta se encuentran actualmente conectados 48 países, incluyendo americanos, como Brasil, Canadá y Chile.

el fin de investigar tales delitos *en tiempo real*<sup>15</sup>, y, así, evitar que se torne imposible la obtención de pruebas electrónicas al respecto. Mediante este mecanismo, los Estados adquieren varios deberes: de asesoría técnica relacionada con la materia, de conservación de datos, de obtención de pruebas concernientes a ilícitos y de detención de personas sospechosas.

El Convenio de Budapest permite recopilar como pruebas electrónicas las contenidas en correos electrónicos, registros de *chats*, de páginas *web* y de datos almacenados en computadoras. En esta red, la mayor parte de la información es obtenida por su contacto con proveedores de servicio de internet (ISP, por sus siglas en inglés), mediante estas se obtienen los datos para impedir la pérdida de pruebas esenciales. Dichas solicitudes requieren una orden judicial para acceder a la petición de información. Como parte del equipo que trabaja en ellas, cuenta con un fiscal que atiende los casos y les da seguimiento<sup>16</sup>.

En resumen, el espíritu y finalidad de la cooperación internacional, en este Convenio, se sintetiza en el artículo 34, que prevé el compromiso de las partes de proveer, cuando sea posible, a las contrapartes información eficaz, útil para la investigación en tiempo real de la comisión de hechos delictivos en internet.

## 2. El espionaje informático

Como mencionado al inicio de este trabajo, se ha delimitado el análisis de la delincuencia cibernética al delito de espionaje informático<sup>17</sup> como una aproximación al tema, y su relación con la violación al derecho humano a la privacidad. Lo anterior sin obviar que actualmente los delitos encaminados a apropiarse ilícitamente del patrimonio de las personas, considerando las cifras que respecto de ello se manejan<sup>18</sup>, generan abultados daños económicos.

El espionaje informático está tipificado en el ordenamiento costarricense desde la reforma de 2012 al Código Penal<sup>19</sup>. Se refiere a actos de injerencia, sin contar con la

<sup>15</sup> Con “tiempo real” se alude a un sistema que es capaz de responder y procesar la información al ritmo en que esta entra o se introduce. El tiempo de proceso (para su salida) puede ser corto o largo. Así, FUNDEU. *En tiempo real*. Disponible en: <<http://www.fundeu.es/consulta/en-tiempo-real-29421/>> [consulta: 09.02.2016]

<sup>16</sup> COMPUTER CRIME AND INTELLECTUAL PROPERTY SECTION OF THE CRIMINAL DIVISION OF THE U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. *Red 24/7 para delitos de alta tecnología*. Disponible en: [http://www.oas.org/juridico/spanish/cyb20\\_network\\_sp.pdf](http://www.oas.org/juridico/spanish/cyb20_network_sp.pdf). Asimismo, mediante el portal del Departamento de Cooperación Jurídica de la Organización de Estados Americanos, Secretaría de Asuntos Jurídicos, se puede acceder al formulario para hacer solicitudes mediante este mecanismo. Disponible en: <[http://www.oas.org/juridico/spanish/cyber\\_g8.htm](http://www.oas.org/juridico/spanish/cyber_g8.htm)>. [consulta: 10.02.2016].

<sup>17</sup> Delincuencia que es también conocida como *hacking*: anglicismo referido a la actividad desplegada por los *hackers* (o *crackers*). Debido a la controversia si este término alude o no a los ciberdelincuentes, he evitado su uso.

<sup>18</sup> Sea un ejemplo, según la *National Consumers League* (quien desarrolla un proyecto –Fraud.org– para proteger a los consumidores frente al fraude por medios electrónicos), únicamente bajo la modalidad de robo de identificación fiscal, la Federal Trade Commission (FTC) revela que para el 2014 los montos de las denuncias ante la FTC se estimaban en 5,2 billones de dólares por año. Disponible en: <[http://www.fraud.org/tax\\_id\\_theft\\_alert](http://www.fraud.org/tax_id_theft_alert)> [consulta: 10.02.2016].

<sup>19</sup> Ley N° 9048, de 10 de julio de 2012, que reforma la Sección VIII (delitos informáticos y conexos) del Título VII del Código Penal.

autorización del titular o responsable de informaciones contenidas en medios electrónicos. Los verbos típicos mediante los que puede llevarse a cabo la acción delictiva son múltiples: apoderarse, transmitir, copiar, modificar, destruir, utilizar, bloquear o reciclar información<sup>20</sup> contenida en cualquier medio digital, con fines de tráfico económico, ya sea industrial o de comercio. El sujeto activo de tales acciones típicas se enfrentaría a una pena de prisión entre tres y hasta seis años, pudiendo incrementarse hasta en un tercio cuando se accede antijurídicamente a datos de carácter político, relacionados con la seguridad del Estado.

A cuatro años de la reforma legal aún no hay una sentencia judicial acerca de este tipo de delitos. Ello puede deberse a su reciente tipificación o a que, como comenta Gómez, esta delincuencia cuenta con altas cifras negras por la dificultad que en ocasiones se tiene para responsabilizar a los delincuentes informáticos. Podría deberse también al temor de algunas empresas de verse enfrentadas al desprestigio o hacerse más vulnerables frente a otros ataques, si hacen públicas sus denuncias<sup>21</sup>.

En el ordenamiento español, este delito ha sido relacionado con el de descubrimiento y revelación de secretos (artículos 497 a 499 Código Penal español), o con el de apoderamiento de cartas o papeles para descubrir informaciones a cambio de remuneraciones. Eso se logra porque doctrinariamente se asimila el concepto de cartas con el de archivos informáticos<sup>22</sup>, recurso al que también ha acudido la jurisprudencia costarricense. En España, con la reforma operada en 1995, se tipificó la conducta de espionaje informático empresarial en contra de acciones que vulneren datos confidenciales de las empresas, contenidos en medios electrónicos (artículo 278 del Código Penal español)<sup>23</sup>.

El bien jurídico vulnerado con este tipo de acciones delictivas, y que la norma penal pretende resguardar es, como indica Rico, la protección de la integridad, confidencialidad y disponibilidad de datos en sistemas informáticos. Aunque bien podemos definirlo como pluriofensivo, porque junto a él se transgreden, con frecuencia, otros bienes jurídicos como el patrimonio, la privacidad o la intimidad, ya sea de manera sucesiva o simultánea con una misma acción típica. Piénsese en una acción delictiva, cuyo *iter criminis* inicia con el espionaje hacia los datos de una cuenta bancaria con la finalidad de apoderarse de sus fondos por parte del sujeto pasivo.

---

<sup>20</sup> Esta modalidad de comisión, conocida técnicamente como *trashing*, consiste en la obtención y recolección de información por medio del acceso a documentos y archivos descargados de internet o eliminados por el usuario, usualmente desechados en la papelera de reciclaje de la computadora, o los datos del historial de navegación y las *cookies* de sitios *web*.

<sup>21</sup> GÓMEZ PERALS, 1994: 483.

<sup>22</sup> GÓMEZ PERALS, 1994: 483.

<sup>23</sup> Expresamente indica el referido texto que “para descubrir un secreto de empresa se apoderare por cualquier medio de datos, documentos escritos o electrónicos, soportes informáticos u otros objetos que se refieran al mismo, o empleare alguno de los medios o instrumentos señalados en el apartado 1 del artículo 197, será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses. 2. Se impondrá la pena de prisión de tres a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses si se difundieren, revelaren o cedieren a terceros los secretos descubiertos. 3. Lo dispuesto en el presente artículo se entenderá sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el apoderamiento o destrucción de los soportes informáticos”.



Las técnicas utilizadas por los delincuentes informáticos para cometer espionaje son diversas y variadas<sup>24</sup>. Podríamos pensar que, incluso a nivel físico, estos ciberdelincuentes pueden valerse de alguna persona dentro de la empresa o domicilio para llevar a cabo la acción delictiva. O bien, como en la mayoría de casos, utilizar *software* malicioso, como virus, que se instalan en los sistemas y roban datos.

Debe advertirse que a veces al sujeto pasivo de ciberespionaje le cuesta enterarse que ha sido víctima de este delito, debido a la complejidad técnica usada. Esa es una circunstancia muy problemática de esta delincuencia, pues conlleva a que su investigación sea sumamente costosa, al requerir de recursos tecnológicos importantes y peritajes técnicos especializados; todo esto, sumado al valor económico en el que pueda traducirse la pérdida de información o cuando directamente significa un perjuicio patrimonial, el deterioro a la imagen y el honor y las dificultades para valorar a cabalidad el daño producido<sup>25</sup>.

## II. DERECHO HUMANO A LA PRIVACIDAD

### 1. Protección en el ordenamiento jurídico internacional

El análisis concerniente al ciberespionaje y el derecho a la intimidad se debe analizar en dos vías. Por una parte, como derecho humano que cobija a quienes somos titulares de intereses jurídicos al navegar en ese mar de información que es la *web* y, por otra parte, desde los derechos humanos que deben resguardarse a quienes son sujetos investigados por posible comisión de hechos delictivos cibernéticos. En relación con este aspecto, en concreto, se refiere el Convenio de Budapest, al disponer expresamente en su artículo 15:

“1. Cada Parte se asegurará de que el establecimiento, la ejecución y la aplicación de los poderes y procedimientos previstos en la presente sección están sujetas a las condiciones y salvaguardas previstas en su derecho interno, que deberá garantizar una protección adecuada de los derechos humanos y de las libertades, incluidos los derechos derivados de las obligaciones asumidas en virtud del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (1950), del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos de las Naciones Unidas (1966),

<sup>24</sup> Acerca de algunas de esas técnicas, véase RICO CARRILLO, 2013: 214. Entre las más conocidas se destacan (1) los *caballos de Troya o troyanos (software)* que se le presenta al usuario con una función benigna, como instalar una barra de herramientas nueva para su navegador, pero contiene un programa malicioso que podría afectar su computadora, robar contraseñas, vulnerar las claves de seguridad, etc); (2) el *phishing* (captación ilícita de datos, pesca de datos, en que el sujeto activo se apodera de información haciéndose valer de un correo electrónico que le informa al usuario de alguna publicidad de determinado producto generalmente financiero. En ese correo se le presenta un vínculo hacia una página *web* falsamente colgada de esa entidad, y una vez que el usuario digita sus datos de acceso como el nombre de usuario y las claves, estos son obtenidos por el programa); (3) el *pharming* o desvío de datos (es una versión similar a la anterior, en que directamente se presenta al usuario no la página original de la entidad financiera sino una *web* falsa, clonada. Esto se logra mediante la vulneración del *Domain Name System* o nombre de dominio (DNS), de forma que al teclearlo el cliente en la barra de direcciones de su navegador, lo dirige a esa falsa *web* que le sustrae los datos).

<sup>25</sup> RICO CARRILLO, 2013: 214.

y de otros instrumentos internacionales aplicables en materia de derechos humanos, y que deberá integrar el principio de proporcionalidad”<sup>26</sup>.

De vieja data se ha considerado vital para el desarrollo de la personalidad humana y su convivencia en comunidad que se cuente con un ámbito de acciones humanas en que ni el Estado ni otros sujetos puedan intervenir, salvo excepción legal. Tan importante ha sido ese ámbito que se le ha catalogado como uno de los derechos que poseemos por la simple condición de persona y debemos respetar sin importar el lugar donde nos encontremos, la jurisdicción en la que se conozca una causa y la situación jurídica que poseamos, de ciudadanos, refugiados o inmigrantes.

Entre las disposiciones más importantes que consagran este derecho se encuentra la Declaración Universal de Derechos Humanos, que en su artículo 12 prohíbe la injerencia arbitraria en la vida privada, incluyendo la correspondencia, y lo relaciona directamente con la protección jurídica de la honra y la reputación de las personas. Esa norma estipula como un derecho de toda persona que el Estado proteja su intimidad. En el ámbito interamericano, la CADH consagra el derecho a la privacidad en su artículo 11. Ello abriría la posibilidad para recurrir ante esta jurisdicción, en casos en que los sistemas judiciales internos de un país sean insuficientes para evitar la impunidad y brindar tutela judicial efectiva ante la vulneración del ámbito de intimidad mediante tecnologías de la información, sea mediante el ciberespionaje o alguno otro. De análoga forma lo estipula el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Debe tenerse presente que vulnerar la intimidad de un sujeto, cuando mediante una orden de allanamiento ingresamos a su domicilio, es similar a ingresar a su información digitalizada<sup>27</sup>, ya sea porque se secuestró un disco duro, una computadora o un teléfono celular. Acción que como tal se puede desplegar mediante *acceso remoto*<sup>28</sup>. Pero sin importar la técnica utilizada, esa actuación debe revestirse con similares requisitos procesales y garantías que impidan injerencias arbitrarias en el ámbito de la intimidad. Igualmente a cuando se accede a un domicilio mediante autorización y presencia judicial, a buscar rastros de la comisión de un hecho delictivo concreto, donde el titular de esos bienes figura como sospechoso.

En ese sentido, se ha pronunciado la jurisprudencia costarricense disponiendo que la orden de allanamiento de morada dictada por un juez penal no incluya la potestad de invadir distintos ámbitos de intimidad, como el contenido en documentos almacenados

---

<sup>26</sup> Dicha disposición encuentra resonancia en las reglas del derecho procesal penal interno. Por ejemplo, en Costa Rica, el artículo 181 del Código Procesal Penal, estipula: “Los elementos de prueba solo tendrán valor si han sido obtenidos por un medio lícito e incorporados al procedimiento conforme a las disposiciones de este Código. A menos que favorezca al imputado, no podrá utilizarse información obtenida mediante tortura, maltrato, coacción, amenaza, engaño, indebida intromisión en la intimidad del domicilio, la correspondencia, las comunicaciones, los papeles y los archivos privados, ni información obtenida por otro medio que menoscabe la voluntad o viole los derechos fundamentales de las personas”.

<sup>27</sup> CHILLÓN MEDINA, 2004.

<sup>28</sup> El “acceso remoto” es la posibilidad técnica de realizar tareas dentro de una computadora sin estar físicamente frente al equipo, sino mediante otra computadora a distancia.

en medios electrónicos (llaves maya, discos duros, teléfonos celulares, acceso a la nube, etc.)<sup>29</sup>.

Mediante tal resolución, se aclaró a las partes que durante la diligencia de registro, por parte del fiscal, se requiere la presencia del juez penal, para seleccionar así la información relevante según la investigación. En esa ocasión se estableció que el acceso a dichos dispositivos,

“... no es equiparable a la figura del registro que se prevé en la orden de allanamiento, pues el mismo alude al registro de la vivienda (ver artículo 193 del Código Procesal Penal) y, en todo caso, si se aceptara que comprende el registro de los aparatos de cómputo o de almacenamiento de datos, con mayor razón debe practicarlo directa y personalmente el juez, aunque no lo haga en el mismo lugar y momento, sino en uno diferente, pues tal actuación no puede ser delegada, sino excepcionalísimamente (...), el espectro de protección de la intimidad para el domicilio es más reducido, en la actualidad, que ese otro, que puede tener importante cantidad de información (fotos, videos, conversaciones grabadas, etc.). La flexibilización de garantías, propia del Derecho Penal Moderno, ha llevado a los operadores jurídicos a desconocer la literalidad de las normas, y el artículo 1 de la ley N° 7425<sup>30</sup> es diáfano en cuanto establece la necesaria la presencia de juez. Hasta tanto no se reformule norma, la obligación existirá”<sup>31</sup>.

Dicha interpretación me parece conforme con un derecho penal democrático que marca el compás según los principios del derecho internacional de los derechos humanos. Hoy es una realidad que mediante los dispositivos electrónicos se almacena la mayor parte de informaciones privadas y susceptibles de privacidad, por lo que la noción de documentos privados debe ensancharse. Así se lo ilustra el caso en mención:

“En el presente asunto, no cabe duda de que las tarjetas SIM que se logran extraer de los celulares que se le decomisaron a los imputados constituyen una forma o medio de registrar información de carácter privado, pues por dicho medio –las tarjetas SIM– no solo existe la posibilidad de almacenar los datos relacionados con el servicio telefónico (datos del teléfono como lo sería el número), sino también otros datos o información de naturaleza privada que pertenece exclusivamente al usuario o dueño del teléfono”.

Es por ello que para su acceso y registro deben respetarse las normas procesales, so pena de que la información obtenida y las pericias que de ella deriven decanten en elementos probatorios inútiles para el proceso por violentar el derecho de la constitución y los derechos humanos.

<sup>29</sup> *Internet en la nube* es un reciente paradigma de internet, que funciona mediante *software* que, entre otras cosas, permite almacenar, gestionar y guardar archivos directamente en un servidor de internet, de manera que se accedan desde diversos dispositivos.

<sup>30</sup> Ley N° 7425 de 9 de agosto de 1994, sobre registro, secuestro y examen de documentos privados e intervención de las comunicaciones.

<sup>31</sup> TRIBUNAL DE APELACIÓN DE SENTENCIA PENAL DEL SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ COSTA RICA. Resolución N° 2013-2718, de 15 de noviembre de 2013. Dicha línea jurisprudencial puede rastrearse desde el entonces TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DEL TERCER CIRCUITO JUDICIAL DE ALAJUELA. Voto N° 2008-551 de 21 de noviembre de 2008.

## 2. Garantía constitucional de la intimidad

El respeto a la intimidad es una garantía en los ordenamientos jurídicos internos de la mayoría de Estados. En Costa Rica, la Constitución, en su artículo 28<sup>32</sup>, define un ámbito de acciones privadas que están fuera del alcance de la ley, siempre que no dañen la moral, ni el orden público y no perjudiquen a terceros.

Asimismo, el artículo 24<sup>33</sup> consagra un fuero de protección al ámbito privado de las personas que debe ser respetado como íntimo e inviolable. Solo una orden judicial razonada, como antes expuse, puede legítimamente invadirlo. La jurisprudencia constitucional ha interpretado que este ámbito está conformado por:

“(…) aquellos fenómenos, comportamientos, datos y situaciones de una persona que normalmente están sustraídos al conocimiento de extraños y cuyo conocimiento por estos puede turbarla moralmente por afectar su pudor y su recato, a menos que esa misma persona asienta a ese conocimiento”<sup>34</sup>.

Ese es el fundamento axiológico de tal protección que cubre el hogar donde habitamos, el centro donde trabajamos, los hogares de amigos y los medios electrónicos de almacenamiento de información.

La vigencia del derecho a la intimidad en la era digital ha sido desarrollada por la jurisprudencia constitucional, que ha concluido:

“En una sociedad profundamente interconectada, con un desarrollo tecnológico acelerado, la intimidad como valor que merece tutela, requiere un enfoque que trasciende la visión tradicional. Bajo estas condiciones, el Estado de Derecho exige un fortalecimiento que le ofrezca al ciudadano una protección real y operativa a su derecho a decidir quién, cuándo, dónde y bajo qué circunstancias, se puede tener acceso a sus datos personales”<sup>35</sup>.

En suma, hoy permanece vigente la protección al ámbito de intimidad incluyendo los medios cibernéticos. Es un derecho humano y fundamental que solo vía excepción y bajo garantía judicial puede quebrantarse. En esa tesitura, hay razones suficientes para

---

<sup>32</sup> “Nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley. Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden públicos, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley. No se podrá, sin embargo, hacer en forma alguna propaganda política por clérigos o seglares invocando motivos de religión o valiéndose, como medio, de creencias religiosas”.

<sup>33</sup> “Se garantiza el derecho a la intimidad, a la libertad y al secreto de las comunicaciones. Son inviolables los documentos privados y las comunicaciones escritas, orales o de cualquier otro tipo de los habitantes de la República. Sin embargo, la ley, cuya aprobación y reforma requerirá los votos de dos tercios de los diputados de la Asamblea Legislativa, fijará en qué casos podrán los Tribunales de Justicia ordenar el secuestro, registro o examen de los documentos privados, cuando sea absolutamente indispensable para esclarecer asuntos sometidos a su conocimiento. Igualmente, la ley determinará en cuáles casos podrán los Tribunales de Justicia ordenar que se intervenga cualquier tipo de comunicación e indicará los delitos en cuya investigación podrá autorizarse el uso de esta potestad excepcional y durante cuánto tiempo. Asimismo, señalará las responsabilidades y sanciones en que incurrirán los funcionarios que apliquen ilegalmente esta excepción. Las resoluciones judiciales amparadas a esta norma deberán ser razonadas y podrán ejecutarse de inmediato. Su aplicación y control serán responsabilidad indelegable de la autoridad judicial”.

<sup>34</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COSTA RICA (Sala Constitucional). Voto N° 8232-12 de 20 de junio de 2012.

<sup>35</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COSTA RICA (Sala Constitucional). Voto N° 2011-7937 de 17 de junio de 2011.

considerar a la información contenida en medios electrónicos o transmitida mediante redes como parte de una zona tan privada de las personas como es su morada<sup>36</sup>.

### 3. Desafíos de la ciberseguridad

Ahora bien, al analizar el respeto a la intimidad en internet, nos enfrentamos a su contrapartida que es el resguardo de los intereses colectivos del bien común. Y al redactar normativa acerca de la materia, el tema álgido de resolver es hasta dónde llega el respeto de la intimidad de las comunicaciones electrónicas. Por otro lado, el deber del Estado de garantizar el bien común y evitar que este medio se torne una guarida para la comisión de delitos de delincuencia organizada, delitos sexuales y estafas patrimoniales, por citar algunos.

Tal discusión ha llevado incluso a proponer modelos donde el Estado tenga acceso a las claves y datos que permitan acceder a información digital de las computadoras personales o empresariales, con el propósito de favorecer la investigación, prevención y ejecución de ciertos delitos, como los ataques terroristas. Por no ser este el tema principal del presente trabajo, se deja apenas planteado como opciones para discutir cuidadosamente en armonía con los derechos humanos y los principios fundantes del Estado de derecho y así enfrentar las nuevas formas de delincuencia mediante nuevas soluciones<sup>37</sup>. Etzioni señala que “después del atentado con bombas en embajadas de Estados Unidos en Kenia y Tanzania en 1998 se reveló que la CIA había frustrado otros tres ataques en 1997 mediante interceptación electrónica”<sup>38</sup>, lo que deja en evidencia las capacidades que tienen los sistemas informáticos de encriptar cierta información que contienen o transmiten por redes, pero que dificulta los procesos de investigación policial pues se debe “desencriptar” esos datos y no siempre es técnicamente posible.

Ahora bien, con frecuencia, en el ámbito cibernético, se da una renuncia tácita a este ámbito de intimidad. Así lo señala una sentencia de un Tribunal penal juvenil de Costa Rica, que apreció como elemento probatorio dentro de una causa por el delito de homicidio un perfil público de una red social digital. Dicha prueba, según la resolución, no fundamentó directamente la comisión del hecho delictivo, pero dio indicios de un vínculo entre la víctima y su agresor.

En su resolución, el órgano jurisdiccional indicó que el uso de tal prueba durante un juicio penal no violenta el derecho a la privacidad, por cuanto, siempre y cuando el perfil sea de libre o de acceso ilimitado a cualquier usuario, es innecesario seguir el trámite establecido legalmente para la violación de comunicaciones privadas, donde se requiere de orden judicial que lo permita. Expresamente en esa causa indicó la Sala:

“El ámbito de intimidad de las personas se encuentra resguardado a nivel convencional y constitucional, precisamente porque hay espacios donde ni el Estado ni terceros deben interferir indebidamente. Sin embargo, al renunciar

<sup>36</sup> Un valioso análisis sobre el derecho de *habeas data* y la libertad de empresa en el orden constitucional, SÁNCHEZ DEL CASTILLO, Vilma (2012). *El ABC del Derecho de Contratación Electrónica*. San José: Editorial Jurídica Continental.

<sup>37</sup> ETZIONI, Amitai (2012). *Los límites de la privacidad*. Traducción de Alexander López Lobo. Buenos Aires: Euros Editores. p. 123.

<sup>38</sup> ETZIONI, 2012: 123.

las personas a su intimidad y exponen sus acciones, vidas, costumbres, pensamientos y otros, en forma voluntaria y sin limitación en redes sociales de acceso público e irrestricto, se renuncia, en cuanto a ellas en particular, a ese ámbito particular de tutela o protección. Las comunicaciones en redes sociales, que tienen por finalidad que se conozca de manera generalizada por “amigos” o público en general de la red, el contenido de dicha información, tienen una naturaleza opuesta a la privacidad o intimidad, precisamente porque están pensadas para ser conocidas por terceros en forma masiva, y se espera, al menos en Facebook, por la naturaleza misma de esta red, que ese público opine o se manifieste sobre la información publicada. Estas redes establecen o permiten formas de administración de la información, siendo por ello que cuando un “perfil” o cuenta de usuario es libre al público, cualquier persona, sea o no usuario de esta red en particular, puede acceder a la información que hay en él, pudiendo ver fotografías y datos del usuario, como amigos y actividades, entre otros”<sup>39</sup>.

Por otra parte, en la actualidad se discuten casos donde el Estado es sospechoso de realizar espionaje informático ya sea contra otros Estados o hacia personas u organizaciones particulares. Por ejemplo, recientemente, con la polémica desatada por la organización de noticias *WikiLeaks*, cuando publicó información financiera del Vaticano (el denominado *Vatileaks*) y la política exterior del gobierno de los Estados Unidos. Todos estos casos se encuentran documentados en fuentes periodísticas y es una tarea pendiente estudiar la jurisprudencia que de ellos surja. Lo que sí logramos constatar es que la comisión de este delito aún no se encuentra tipificado por ninguna norma vinculante de derecho internacional, sino que cada Estado, en su derecho interno, los trata y aprecia según criterios propios, lo que torna imposible la discusión en un tribunal internacional respecto de la cuestión, a menos que se tramite como parte de la realización de otro delito de carácter internacional, como, por ejemplo, el genocidio o atentados contra la paz.

## CONCLUSIONES

El contexto del estudio y análisis jurídico de los delitos cibernéticos debiera ser el de una sociedad interconectada mediante las redes de información, capaces, como toda actividad humana, de generar riesgos que podrían conllevar peligros y afectaciones a bienes jurídicos que el ordenamiento tutela.

La delincuencia cibernética utiliza como medio o fin de la acción delictiva los sistemas informáticos, principalmente la red internet. En Costa Rica se tipificaron conductas propias y conexas al delito cibernético mediante una reforma operada al Código Penal desde el 2012.

En dicha reforma se establecen dos categorías primordiales de delitos: (1) la delincuencia tradicional, que puede hacer uso de los medios electrónicos y de la informática como un nuevo mecanismo para delinquir, como por ejemplo, el delito de corrupción de menores y la extorsión; y (2) un nuevo espectro de delitos propiamente informáticos, por cuanto en su configuración requieren, necesariamente, del uso de las tecnologías de la información, como la estafa informática, el sabotaje y el espionaje informático.

---

<sup>39</sup> TRIBUNAL PENAL JUVENIL DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA. Resolución N° 568 de 10 de diciembre de 2014.

El *software* malicioso es uno de los mecanismos más comunes utilizados por los delincuentes informáticos para configurar conductas de espionaje informático. Para ello pueden valerse de diversas técnicas, como sea la instalación de *software* en apariencia benigno, pero que sustrae datos, mediante la instalación de virus *troyanos*; la clonación de páginas *web*, accediendo, mediante un vínculo que llega con publicidad, al correo electrónico; el *phising* o la pesca de datos; el *pharming*, en que se suplanta con una página *web* falsa, pero idéntica a la original, para sustraer ilícitamente los datos personales que el utilizador digite.

Como se puede apreciar, el espionaje puede ser parte de los actos de un *inter criminis* y también concurrir junto con otras acciones delictivas propias o conexas a los delitos cibernéticos.

Actualmente, a pesar que los Estados también podrían incurrir en violaciones a la intimidad mediante el espionaje informático, en el contexto internacional existe un vacío normativo, pues no se cuenta con normativa que sancione dicha conducta entre Estados. Sin embargo, considero que porque la privacidad es un derecho humano protegido por el ordenamiento jurídico internacional, específicamente en la CADH, nada obsta para que casos donde el derecho interno no lo garantice, la víctima pueda acudir ante esta jurisdicción en búsqueda de tutela judicial efectiva.

#### BIBLIOGRAFÍA

- BARUCH, Fischhoff y John KADVANY (2011). *Riesgo: Una breve introducción*. Traducido por Pepe Ventura. Madrid: Alianza Editorial.
- CHILLÓN MEDINA, José María (2004). *Derecho de las telecomunicaciones y de las tecnologías de la información*. Santo Domingo, República Dominicana: Escuela Nacional de la Judicatura.
- DÍAZ REVORIO, Francisco (2010). “Tecnologías de la información y la comunicación y nuevas dimensiones de los derechos fundamentales”. *Revista Pensamiento Constitucional* (14): 33-67. Disponible en: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/3043>> [consulta: 09.02.2016].
- ETZIONI, Amitai (2012). *Los límites de la privacidad*. Traducción de Alexander López Lobo. Buenos Aires: Euros Editores.
- GÓMEZ PERALS, Manuel (1994). “Los delitos informáticos en el Derecho Español”. *Informática y Derecho. Revista Iberoamericana de Derecho Informático* (4): 481-496. Disponible en: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/47.pdf>> [consulta: 09.02.2016].
- REYNA ALFARO, Luis M. (s.f.). *La víctima en el delito informático*. Disponible en: <[http://www.barzallo.com/DOCUMENTOS%20WEB/DOCTRINA/General/delitos%20inform\\_ticos/DocPDF/Reina%20Alfaro,%20Luis%20M.%20II%20Congreso%20Mundial%20Derecho%20Informatic.pdf](http://www.barzallo.com/DOCUMENTOS%20WEB/DOCTRINA/General/delitos%20inform_ticos/DocPDF/Reina%20Alfaro,%20Luis%20M.%20II%20Congreso%20Mundial%20Derecho%20Informatic.pdf)> [consulta: 20.01.2016].
- RICO CARRILLO, Mariliana (2013). “Los desafíos del Derecho penal frente a delitos informáticos y conductas fraudulentas en los medios de pago electrónicos”. *IU. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla* (31): 207-222. Disponible en: <<http://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v7n31/v7n31a11.pdf>> [consulta: 09.02.2016].

Jonathan Masís Solís

*El delito de espionaje informático en el derecho internacional y costarricense: una modalidad de infracción del derecho humano de la intimidad*

SÁNCHEZ DEL CASTILLO, Vilma (2012). *El ABC del Derecho de Contratación Electrónica*. San José: Editorial Jurídica Continental.

#### LEGISLACIÓN

##### **Costa Rica**

Constitución Política de Costa Rica, de 9 de diciembre de 1949.

Ley N° 7594 de 4 de junio de 1996 (Código Procesal Penal de Costa Rica).

##### **España**

Ley orgánica N° 10/1995, de 23 de noviembre de 1995 (Código penal español).

#### JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COSTA RICA (Sala Constitucional). Voto N° 678-91 de 27 de marzo de 1991.

\_\_\_\_. Voto N° 2011-7937 de 17 de junio de 2011.

\_\_\_\_. Voto N° 8232-12 de 20 de junio de 2012.

\_\_\_\_. Voto N° 2002-10693 de 7 de noviembre de 2002.

TRIBUNAL DE APELACIÓN DE SENTENCIA PENAL DEL SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ COSTA RICA. Resolución N° 2013-2718, de 15 de noviembre de 2013.

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DEL TERCER CIRCUITO JUDICIAL DE ALAJUELA. Voto N° 2008-551 de 21 de noviembre de 2008.

TRIBUNAL PENAL JUVENIL DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA. Resolución N° 568 de 10 de diciembre de 2014.

Recibido: 16 de marzo de 2016

Aceptado: 21 de junio de 2016



## MUCHO RUIDO Y POCOS... DESC. ANÁLISIS DEL CASO *GONZALES LLUY Y OTROS CONTRA ECUADOR* DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

*Much Ado About... ESCR. An Analysis of the Case 'Gonzales Lluy et al. v. Ecuador' at the Inter-American Human Rights Court*

**Liliana Ronconi**

Universidad de Buenos Aires, Argentina

Abogada y Profesora en Ciencias Jurídicas de la Universidad de Buenos Aires (UBA) y Doctoranda en la misma universidad. Becaria de Doctorado CONICET. Investigadora adscripta al Instituto de Investigaciones Jurídicas "A. L. Gioja", Facultad de Derecho, UBA. Profesora Adjunta Regular de "Derechos Humanos", UNPAZ. Auxiliar Docente Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, UBA. lronconi@gmail.com.

### RESUMEN

El propósito de este trabajo es reconstruir la línea argumentativa utilizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la resolución del caso *Gonzales Lluy y otros versus Ecuador*, de 1 de septiembre de 2015, conforme la tesis de que la Corte IDH aplica el argumento de igualdad en la versión del examen de proporcionalidad estricto como eje central de su argumentación, dejando de lado un posible argumento basado en el "principio de no regresividad". Sostengo que la decisión de la Corte IDH se asienta, fundamentalmente, en el trato discriminatorio que sufrió la demandante y su familia al poner en riesgo su vida y su integridad física y su derecho a la educación. Sin embargo, para muchos de los que trabajamos en DESC, el fallo es insuficiente, pues la Corte elude la aplicación del artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos (principio de progresividad y no regresividad). La aplicación y el desarrollo de los estándares contenidos en el artículo 26 de la CADH resultan de gran utilidad práctica para los diferentes Estados de la región, generando pautas interpretativas para la exigibilidad de los DESC y otorgando herramientas concretas para evaluar su incumplimiento.

### PALABRAS CLAVE

Derechos sociales; derecho a la educación; igualdad; Corte IDH.

### ABSTRACT

The aim of this paper is to retrace the line of argument deployed by the Inter-American Court of Human Rights in its ruling on the case 'Gonzales Lluy et al. v. Ecuador' on 1 September 2015, according to which, 'the Inter-American Court of Human Rights uses the equality principle as its main argument in the application of the strict scrutiny test, overlooking the use of the non-regression principle as a potential argument'. I suggest that the decision of the Court rested primarily on the discriminatory treatment suffered by the claimant and her family, jeopardizing her life, bodily integrity, and her right to education. However, for many of us working on ESCR, the ruling was not comprehensive enough, as the Court avoided the enforcement of Article 26 of the American Convention of Human Rights (principle of progressive development and non-regression clause). The application and development of the standards contained in Article 26 of

the Convention are, however, of great practical use to the countries in the region, as they offer interpretive guidelines for the enforceability of ESCR, and provide practical tools to evaluate their breach.

#### KEY WORDS

Social rights; education right; equality; IACHR.

### INTRODUCCIÓN

El 1 de septiembre del 2015, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) resolvió el caso *Gonzales Lluy y otros versus Ecuador*<sup>1</sup>. El caso es paradigmático en el sentido de que se convirtió en el primer pronunciamiento de la Corte IDH respecto de la violación del Protocolo de San Salvador (PSS), como asimismo de la aplicación del concepto de discriminación interseccional. En este trabajo me propongo reconstruir la línea argumentativa de la Corte IDH, siguiendo la siguiente tesis: “la Corte IDH aplica el argumento de igualdad en la versión del examen de proporcionalidad estricto como eje central de su argumentación, dejando de lado un posible argumento basado en el principio de no regresividad”. Sostengo que la decisión de la Corte IDH se asienta, fundamentalmente, en el trato discriminatorio individual que sufrió la demandante y su familia al poner en riesgo su vida y su integridad física y su derecho a la educación. Sin embargo, para muchos de los que trabajamos DESC el fallo se queda a mitad de camino, pues la Corte parece eludir la aplicación del artículo 26 (principio de progresividad y no regresividad)<sup>2</sup>.

El trabajo se dividirá en las siguientes partes: en primer lugar (I) me referiré a los hechos del caso. Luego (II) analizaré los argumentos presentes en la argumentación de la Corte IDH, en lo que respecta al (1) derecho a la vida e integridad física y al (2) derecho a la educación. Esto me permitirá (III) problematizar sobre aquellos argumentos que quedaron afuera y que eran importantes no solo para el caso en cuestión sino para sostener la consolidación de la justiciabilidad de los DESC en la Corte IDH<sup>3</sup>. Por último, (IV) concluiré que la Corte ha dejado pasar una nueva oportunidad de aplicar el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH). La aplicación

<sup>1</sup> CORTE IDH. Caso *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. Sentencia de 1 de septiembre de 2015 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Serie C N° 298.

<sup>2</sup> COURTIS, Christian (2014). “Artículo 26. Desarrollo progresivo”. En: STEINER, Christian y Patricia URIBE (ed.) *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, Fundación Konrad Adenauer, La Paz: Plural Editores, pp. 654-676.

<sup>3</sup> El objetivo del artículo no es hacer una retrospectiva de la jurisprudencia de la Corte IDH en materia de derechos sociales. Al respecto, entre otros, véase, ROSSI, Julieta y Víctor ABRAMOVICH (2009). “La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos* 9: 34-53; KRSTICEVIC, Viviana (2006). “La tutela de los derechos sociales en el sistema interamericano”. En: YAMIN, Alicia (coord.). *Derechos económicos, sociales y culturales en América Latina. Del invento a la herramienta*. Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo/Asociación Pro Derechos Humanos, México D.F.: Plaza y Valdés Editores, pp. 171-194; PARRA VERA, Oscar (2013). “La protección del derecho a la salud a través de casos contenciosos ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. En: CLÉRICO, Laura, Liliana RONCONI y Martín ALDAO. *Tratado de Derecho a la salud*. Tomo I. Buenos Aires: Abeledo Perrot, pp. 761-799.

de esta norma no es solo una cuestión dogmática, sino que es una herramienta potente para la resolución de casos similares, en el ámbito regional y local latinoamericano.

## I. HECHOS

La demandante Talía Gabriela Gonzales Lluy tenía tres años de edad cuando fue contagiada con el virus de VIH al recibir una transfusión de sangre, el 22 de junio de 1998, proveniente de un banco de Sangre de la Cruz Roja, en una clínica privada de salud. Se determinó que la sangre transfundida a Talía estaba contagiada con el virus y no había sido (suficientemente) analizada en el banco de sangre ni en la clínica. Al conocer esto, la madre de la niña presentó varios recursos en instancias civiles y penales en Ecuador. En estas los peritos concluyeron que “desde el punto de vista de la lógica médica, que la única vía de propagación del VIH hacia la niña [Talía] es la transfusión sanguínea” (considerando 105). La acción penal para condenar a los responsables del contagio se declaró prescrita en el 2005 por no haber podido capturar a la imputada (agente a cargo del control de las muestras en el banco de sangre) durante el tiempo transcurrido desde que se cometió el delito investigado. La acción civil para reclamar los daños y perjuicios ocasionados por el contagio de VIH a Talía fue declarada nula (el 18 de mayo de 2006), ya que la Primera Sala de la Corte Superior de Justicia de Cuenca determinó que al no existir sentencia penal, no se cumplía con un requisito indispensable para admitir la acción civil y, por tanto, todo lo actuado era nulo (considerando 131).

Más allá de las idas y venidas judiciales, la vida de Talía y su familia sufrió un fuerte impacto desde el contagio de VIH a la niña. A saber:

- *Afectación en la salud de Talía y en la de su familia:* luego de contraer la enfermedad Talía debía realizarse estudios, tomar medicación, asistir a visitas médicas en hospitales o lugares alejados de su domicilio donde no recibía ningún tipo de trato especial por su situación. Su familia, debido a los esfuerzos para sobrellevar la situación, padeció enfermedades crónicas, entre otras afectaciones.
- *Situación de pobreza de la familia:* la situación económica de la familia era crítica. El padre desapareció un tiempo después de conocer la situación de Talía. La madre, cuando se hizo pública la enfermedad de Talía, fue despedida de su trabajo en la empresa en la que había trabajado por más de 10 años, por “dar una mala imagen a la misma”. Se vio obligada a realizar trabajos domésticos que también perdía cuando sus empleadores conocían la situación de su hija. A esto se sumaban los diversos esfuerzos para que Talía recibiera atención médica, medicamentos, concurrencia a controles médicos varios, entre otros. La falta de entrega de medicamentos y pago de tratamientos obligó a la familia a vender sus pocas pertenencias. Fueron obligadas a mudarse en múltiples ocasiones, debido a la exclusión y el rechazo del que fueron objeto, a lugares alejados donde pudieran encontrar una vivienda o una escuela que aceptara a la niña.
- *Derecho a la educación de Talía:* en 1999 cuando Talía tenía 5 años fue anotada en la escuela pública de la Ciudad de Cuenca cerca de donde vivía con su familia. A los dos meses, cuando las autoridades (maestra, director) conocieron la enfermedad de la niña se decidió que Talía no asistiera más a clases hasta que las autoridades adoptaran una “solución al problema” (considerando 133). En ese tiempo asistieron funcionarios de la Dirección de Salud y explicaron acerca de la “imposibilidad de

contagio”, sin embargo el director del establecimiento decidió apartar definitivamente a la niña y entregar sus papeles de “desglose”. Se alegó “un inminente riesgo en contra de los educandos”, ya que Talía había tenido varias hemorragias y también porque en el primer año se trabajaba con objetos cortopunzantes (considerando 135/8). Esta decisión fue confirmada por el Tribunal Distrital de lo Contencioso N° 3 alegando que ante tal conflicto de intereses predominan los sociales o colectivos del conglomerado estudiantil frente al derecho a la educación de Talía (considerando 141). Además, se argumentó que la niña podía ejercer su derecho a distancia.

## II. ARGUMENTOS DE LA CORTE IDH

La Corte IDH considera que en el caso bajo análisis se violaron múltiples derechos de Talía y su familia, conforme los argumentos que a continuación se analizan<sup>4</sup>:

### 1. *Violación del Derecho a la vida y a la integridad personal*

La Corte IDH recordó la fuerte interdependencia existente entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, reconociendo que no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos sino que además deben adoptar medidas positivas, en función de las particulares necesidades del sujeto de derecho. Asimismo, reconoce que los Estados no son responsables por los hechos de terceros pero afirma que tienen un deber de impedir que terceros interfieran indebidamente en el goce de los derechos (deber de regular/ fiscalizar). En este sentido, y si bien la transfusión de Talía fue realizada en instituciones privadas, la Corte IDH consideró la existencia de violación al derecho a la vida y a la integridad personal de Talía por no haber ejercido controles suficientes respecto de tales agentes. La precariedad e irregularidades en las que funcionaba el Banco de Sangre permitieron que sangre que no había sido sometida a los exámenes de seguridad más básicos como el de VIH fuera entregada a la familia de Talía para la transfusión de sangre, con el resultado de su infección y el consecuente daño permanente a su salud. Por esto, la Corte IDH considera violados los artículos 4 y 5 de la CADH<sup>5</sup>.

Asimismo, la Corte IDH consideró que en el caso existió una violación al derecho a la integridad personal de la familia de Talía, su madre Teresa Lluy y su hermano Iván Lluy. Los esfuerzos por atender a Talía y la situación de discriminación que padecían llevaron a la enfermedad de la madre (diabetes emocional, hipertensión, dolores físicos crónicos). Iván debió salir a trabajar siendo un adolescente, dejó el colegio y fue diagnosticado con depresión. Por esto, la Corte reconoce la violación al derecho a la integridad física de los familiares directos de Talía. Nuevamente en este punto se verifica una ausencia o insuficiencia de los deberes del Estado de acompañar a la familia para superar la precaria situación económica como el estigma social que padecían.

<sup>4</sup> La Corte IDH se refiere también a la violación al artículo 8 de la CADH (garantías judiciales y protección judicial), sin embargo no se toma en cuenta en este trabajo.

<sup>5</sup> La actora también alegaba la violación de los artículos 4 y 5 de la CADH por la falta o la insuficiente disponibilidad de atención médica, la entrega de medicamentos antirretrovirales e información acerca de la enfermedad. La Corte consideró que la prueba existente no era suficiente para condenar al Estado.

## 2. Violación del derecho a la educación

En varias oportunidades Talía fue desplazada de distintas escuelas<sup>6</sup> alegando la supuesta protección a la salud e integridad física de la comunidad académica<sup>7</sup>. La Corte considera que existió una violación del derecho a la educación (artículo 13 PSS) de la niña, a base de los siguientes argumentos<sup>8</sup>:

### a) *La especial situación de Talía otorga mayor preponderancia al derecho a la educación*

El derecho a la educación ha sido y se ha caracterizado como un derecho-llave, pues permite el acceso a otros derechos. En este sentido, no solo contribuye al pleno desarrollo de la personalidad humana, sino también permite el desarrollo o disfrute de otros derechos individuales y colectivos<sup>9</sup>.

Esta caracterización cobra especial relevancia cuando se trata de la afectación del derecho a la educación de una persona perteneciente a un grupo históricamente discriminado como es el caso de Talía por ser portadora de VIH. En este sentido, “las personas con VIH han sido históricamente discriminadas debido a las diferentes creencias sociales y culturales que han creado un estigma alrededor de la enfermedad (...) que una persona viva con VIH/SIDA, o incluso la sola suposición de que lo tiene, puede crear barreras sociales y actitudinales para que esta acceda en igualdad de condiciones a todos sus derechos” (considerando 236). La educación debe ser una herramienta que permita por un lado obtener, garantizar información (libre de prejuicios) sobre el VIH. En este punto, entonces, el derecho a la educación tiene un estrecho vínculo con la autonomía<sup>10</sup>.

<sup>6</sup> O bien, directamente no era recibida.

<sup>7</sup> De hecho, conforme la declaración de la propia Talía, en las audiencias ante la CorteIDH, ella puede terminar su educación gracias a la buena voluntad de las autoridades de una institución que negaban a las autoridades de Educación que ella estuviera cursando allí. Disponible en: <https://vimeo.com/125630336> [consulta: 15 de febrero de 2016].

<sup>8</sup> La Corte IDH tuvo oportunidad de referirse al derecho a la educación en otros casos (véanse, caso *Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Sentencia 8 de septiembre de 2005 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Serie C N° 130 y caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguay*. Sentencia de 24 de agosto de 2010 (fondo, reparaciones y costas). Serie C N° 214). Sin embargo, estos casos fueron resueltos por la violación a la vida digna (por falta de acceso a la documentación o a la tierra) y no por violación al derecho a la educación.

<sup>9</sup> De esta manera, sostiene Tomasevsky, el derecho a la educación es un derecho multiplicador que, cuando está garantizado, aumenta el disfrute de todos los demás derechos, mientras que cuando se niega impide el disfrute de los otros derechos. TOMASEVSKY, Katarina (2004). *El asalto a la educación* Barcelona: Itermon Oxfam, p. 13.

<sup>10</sup> En este sentido, sostiene Nino que “por un lado, la educación es esencial para la posibilidad de elegir libremente planes de vida e ideales del bien. Por el otro lado, una determinada educación es necesaria para materializar el plan de vida o el ideal del bien libremente elegido. NINO, Carlos (2005). *Fundamentos de Derecho Constitucional* (3° reimp.). Buenos Aires: Astrea, p. 293. Destaca la Corte IDH “la importancia que tiene la educación en el objetivo de reducir la vulnerabilidad de los niños con VIH/SIDA, mediante la facilitación de información pertinente y apropiada que contribuya a mejorar el conocimiento y comprensión del VIH/SIDA, así como impedir la manifestación de actitudes negativas respecto de las personas con VIH/SIDA y a eliminar las prácticas discriminatorias. En el caso de las niñas y los niños con VIH/SIDA, es necesario que los Estados tomen medidas para que estos tengan acceso a la educación sin limitaciones” (considerando 278).

Por otro lado, una herramienta que permita la integración y la convivencia democrática. En este sentido, el derecho a la educación implica mucho más que el mero hecho de aprender determinados contenidos mínimos. El derecho a la educación implica garantizar las bases para la convivencia democrática. Sostiene Guttman que la educación refuerza la democracia pues permite desarrollar la capacidad de deliberar en los niños y las niñas, como futuros ciudadanos/as libres e iguales, así, “los valores que la deliberación implica incluyen veracidad, no violencia, criterio práctico, integridad cívica y magnanimidad. Promoviendo estos y otros valores y capacidades deliberativas, una sociedad democrática puede asegurar las oportunidades básicas a los ciudadanos, así como su capacidad colectiva de obtener justicia”<sup>11</sup>. De esta manera, no puede lograrse la integración si existen grupos o personas que son separadas del resto. Esto me lleva al siguiente punto.

b) *El estrecho vínculo entre educación e igualdad: el examen de proporcionalidad*

Talía fue apartada de la escuela a base de su condición de salud. El hecho desencadenante fue la noticia de que Talía estaba contagiada de VIH, aunque asintomática. De esta manera, es posible imaginar la existencia de dos grupos: aquel conformado por las personas (niños/as) que no tienen VIH y pueden asistir a la escuela, y aquel formado por personas con VIH que no pueden asistir a la escuela, grupo del que formaría parte Talía. No existía en el caso una norma que impedía a las personas con VIH asistir a la escuela, sino que esto se originó en las acciones de las autoridades educativas/ judiciales.

Ahora bien, cuando hablamos de igualdad es conocido el argumento de que las diferencias de trato no están prohibidas, siempre que estén justificadas, sean razonables y objetivas y en orden a determinar la legitimidad de una medida es posible aplicar el *examen de proporcionalidad*<sup>12</sup>. De esta manera, toda medida que implique una distinción debe pasar los subexámenes de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto<sup>13</sup>. En el caso particular que estoy analizando, la diferencia de trato a la que ha sido sometida Talía y su familia se asienta sobre una *categoría sospechosa*: la condición de persona con VIH como aspecto potencialmente generador de discapacidad (considerando 255)<sup>14</sup>. La existencia de una categoría sospechosa como base de la distinción exige la aplicación de un *examen estricto de igualdad*. ¿Qué implica? Por

<sup>11</sup> GUTTMAN, Amy (2001). *La educación democrática. Una teoría política de la educación*. Barcelona: Paidós, p. 15. Es por esto que continuar los estudios “a distancia” no era una opción viable en este caso.

<sup>12</sup> La Corte IDH aplicó este juicio en los casos *Kimel vs. Argentina* Sentencia de 2 de mayo de 2008 (fondo, reparaciones y costas). Serie C N° 177 y *Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Sentencia de 24 de febrero de 2012 (fondo, reparaciones y costas) Serie C N° 239, entre otros.

<sup>13</sup> La definición de los tres subprincipios de la proporcionalidad en el Derecho constitucional se debe en principio a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán. Para mayor amplitud véase ALEXY, Robert (1993). *Teoría de los derechos fundamentales* [traducción de Ernesto Garzón Valdés], Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; BERNAL PULIDO, Carlos (2007). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3ª edición, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; CLÉRICO, Laura (2009). *El examen de proporcionalidad en el Derecho constitucional*. Buenos Aires: editorial Eudeba/ Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

<sup>14</sup> Esto fue sostenido anteriormente por la Corte IDH respecto de la “orientación sexual”. Véase, al respecto, caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Asimismo, VON BOGDANDY, Armin, Flávia PIOVESAN y Mariela MORALES ANTONIAZZI (coord.) (2012). *Igualdad y orientación sexual. El Caso Atala de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su potencial*. México DF: Porrúa.

un lado, que la carga de la argumentación queda en cabeza del Estado y, por otro, que las razones alegadas por el Estado para justificar la distinción deben ser de un peso alto, extraordinario (análisis estricto de razonabilidad)<sup>15</sup>.

Aplicando este test, la Corte IDH analiza si el medio adoptado, esto es, el impedimento de que Talía asista a clases guarda relación de medio a fin con el objetivo perseguido por el Estado, consistente en proteger el derecho a la vida, la integridad física y la salud de la comunidad académica (niños/as y docentes). La pregunta que sigue es si existe dicha relación intensa/estrecha entre medio y fin. La respuesta negativa se impone poniendo en evidencia que el accionar de los distintos agentes educativos y judiciales se basa en una única circunstancia concreta: prejuicios y estigmas respecto de la situación de Talía. En este sentido, “si se estipula una diferencia de trato en razón de la condición médica o enfermedad, dicha diferencia de trato debe hacerse a base de criterios médicos y la condición real de salud tomando en cuenta cada caso concreto, evaluando los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre las personas con VIH/SIDA o cualquier otro tipo de enfermedad” (considerando 258).

En primer lugar es necesario efectuar el análisis de proporcionalidad, comenzando por el primero de los subexámenes, esto es la idoneidad del medio. La pregunta que sigue, entonces, es: ¿constituye la exclusión de Talía de la escuela un medio idóneo para proteger el derecho a la vida, integridad física y salud de la comunidad educativa? No, pues no existió una prueba concreta del daño que podría acarrear la salud de Talía para el resto de la comunidad educativa. El interés superior del niño no puede ser invocado en forma abstracta y genérica<sup>16</sup>, más aun cuando la violación al derecho de Talía es total. La identificación del riesgo de la comunidad académica debía fundarse en criterios médicos atendiendo a lo especializado del análisis para establecer el peligro o riesgo supuesto que se cernía sobre los estudiantes de la escuela (considerando 272). Esto es así ya que cuando se aplica la fórmula de la proporcionalidad en forma intensiva no alcanza con que lo fomento de alguna forma, tiene que existir una relación de fomento bien cercana<sup>17</sup>. En el caso, el medio (exclusión de las escuelas) es inidóneo, pues ha sido seleccionado en función de prejuicios y estereotipos discriminatorios relativos a la situación de Talía de estar contagiada de VIH y no a partir de una evaluación objetiva de los (pocos) riesgos que su situación implicaba para la comunidad académica.

De esta manera, nos encontramos frente a un caso claro de falta de proporcionalidad en sentido amplio de la distinción basada en el hecho de estar contagiada de VIH, ya

<sup>15</sup> En este sentido, “cuanto más se interfiere en la realización de un derecho (...), dejándolo casi sin posibilidad de realización alguna, tanto más fuerte será su capacidad de resistencia, es decir, su peso, y la fuerza de las razones que pretenden justificar (esa falta de realización) deben crecer de forma ‘más que proporcional’ (‘sobreproporcional’), de forma tal que una interferencia en ese ámbito pueda ser justificada”. CLÉRICO, Laura (2010). “El matrimonio igualitario y los principios constitucionales estructurantes de igualdad y/o autonomía”. En: CLÉRICO, Laura y Martín ALDAO (coords.) *Matrimonio igualitario en la Argentina. Perspectivas sociales, políticas y jurídicas*, Buenos Aires: Eudeba, p. 154.

<sup>16</sup> Corte IDH, Caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Sentencia de 24 de febrero de 2012 (fondo, reparaciones y costas). Serie C N° 239; Corte IDH, Caso *Forneron e Hija vs. Argentina* (fondo, reparaciones y costas). Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C N° 242.

<sup>17</sup> Para mayor amplitud, véase CLÉRICO, 2009: 59 ss.

que la medida no llega a superar siquiera el subexamen de idoneidad. Así, la medida tampoco era necesaria siendo que el único medio que fomenta el fin, sin vulnerar derechos, es garantizar la educación de Talía y de sus compañeros/as en condiciones adecuadas, con medidas de bioseguridad o similares para la prevención general de la transmisión de enfermedades (adaptabilidad, en términos de Tomasevsky)<sup>18</sup>. Sin embargo, el medio escogido (“una instrucción particularizada y a distancia”) constituía la alternativa más lesiva y desproporcionada de las disponibles, pues implicaba la negación y total exclusión de una niña, pobre, con una grave enfermedad. En lo que respecta a la proporcionalidad en sentido estricto, queda demostrado que la violación al derecho a la educación (derecho-llave) es casi absoluta, en cambio no sucede lo mismo con el derecho a la vida, integridad y salud de la comunidad académica.

### c) *La discriminación interseccional*

El caso bajo análisis es también paradigmático, ya que es la primera oportunidad en que la Corte IDH se refiere a la situación de *discriminación interseccional*<sup>19</sup>. En este sentido, sostiene que “la discriminación contra Talía ha estado asociada a factores como ser mujer, persona con VIH, persona con discapacidad, ser menor de edad, y su estatus socioeconómico. Estos aspectos la hicieron más vulnerable y agravaron los daños que sufrió” (considerando 285); y agrega que, sin embargo, “la discriminación que vivió Talía no solo fue ocasionada por múltiples factores, sino que derivó en una forma específica de discriminación que resultó de la intersección de dichos factores, es decir, si alguno de dichos factores no hubiese existido, la discriminación habría tenido una naturaleza diferente” (considerando 290).

La “discriminación interseccional” surge de una combinación de elementos que ocasiona un tipo de discriminación diferente de cualquier otra basada en un solo factor. Se trata de factores conexos que agravan la situación de vulnerabilidad. En este sentido, la “vulnerabilidad es una condición acumulativa: los sujetos desprotegidos se ven inmersos en ocasiones en una ‘espiral de la vulnerabilidad’. Se llama espiral de vulnerabilidad a la circunstancia en virtud de la cual a una condición de vulnerabilidad inicial (vejez, discapacidad, minoría de edad), se suma otra, debida a condiciones económicas de pobreza, o condiciones culturales de pertenencia a un grupo minoritario, tradicionalmente discriminado, lo que genera a su vez otras condiciones de vulnerabilidad”<sup>20</sup>. Esta imagen del espiral indica que las causas de discriminación operan en forma concurrente, conexas, produciendo un efecto sinérgico (superior a la suma simple de cada una de las causas de discriminación) que implica una experiencia muy particular de discriminación<sup>21</sup>. Este enfoque resulta útil a la hora de interpretar de manera integral una experiencia

<sup>18</sup> TOMASEVSKY, Katarina (2004a). *Indicadores del Derecho a la Educación. Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos* 40: 341-388.

<sup>19</sup> CONSIDERANDO 290. La utilización incipiente de este concepto puede verse en la citada sentencia de la Corte IDH, caso *Yean y Bosico vs. República Dominicana*.

<sup>20</sup> MOSQUERA QUINTERO, Diana (2011). *La salud como derecho. Estudio comparado sobre grupos vulnerables*. Bogotá: Siglo del Hombre/ Universidad ICESI/ Red ALAS, p. 84.

<sup>21</sup> GÓNGORA MERA, Manuel (2013). “Derecho a la salud y discriminación interseccional: Una perspectiva judicial de experiencias latinoamericanas”. En: CLÉRICO, Laura, Liliana RONCONI y Martín ALDAO, *Tratado de Derecho a la Salud*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, pp. 133-159.



particular usualmente invisibilizada. Son casos donde no estaría ante el mismo supuesto en caso de que los factores de discriminación actuaran en forma individual.

Tomar en cuenta los distintos factores de discriminación que afectan la situación en la que se encuentran estos grupos es interesante, pues demuestra la insuficiencia de las políticas públicas unidireccionales (es decir, aquellas que atacan solo una de las causas de discriminación) y la necesidad de políticas integrales que erradiquen la desigualdad en todos sus aspectos.

### III. LOS ARGUMENTOS AUSENTES

El análisis de los argumentos utilizados por la Corte IDH me permite cuestionar aquellos argumentos que no aparecieron, pero que habrían resultado necesarios para el otorgamiento de plena justiciabilidad a los DESC en el sistema interamericano, aún cuando quizá no tengan un efecto práctico en el caso concreto.

La discusión actual en torno a los DESC está muy vinculada no ya a su operatividad/progamaticidad, sino ante todo a identificar criterios que permitan afirmar en los casos concretos que se está ante un supuesto de vulneración de derechos. Para esto, la aplicación y el desarrollo de los estándares contenidos en el artículo 26 de la CADH resultan de gran utilidad práctica, generando pautas interpretativas para la exigibilidad de los DESC y otorgando herramientas concretas para evaluar su incumplimiento. Sin embargo, esto no aparece en el desarrollo argumentativo de la Corte IDH en el caso bajo análisis. Veamos:

- *Aplicación del estándar de No regresividad*: la Corte IDH considera la violación del derecho a la vida e integridad física de Talía y su familia. Sin embargo, aquí aparece la primera insuficiencia. Lo que estaba en juego era sobre todo el derecho a la salud de Talía y su familia. Específicamente, la obligación que le corresponde al Estado (en virtud del artículo 26 CADH) de garantizar condiciones mínimas del derecho, de adoptar providencias para lograr la plena efectividad de la vigencia de tales derechos (principio de progresividad) y, correlativamente, “de la noción de desarrollo progresivo se desprende un deber condicionado de no regresividad, que requiere del Estado una justificación estricta en caso de adopción de medidas regresivas”<sup>22</sup>. Estos supuestos son de fácil verificación en el caso: (i) el Estado no garantizó las condiciones mínimas para realizar transfusiones de sangre seguras y esto es contrario a la obligación de no regresividad y progresividad, que implican la garantía de acceder a los servicios básicos de salud en condiciones de seguridad; (ii) el reconocimiento de la violación directa al derecho a la salud (no vía un derecho clásico) requiere necesariamente la determinación de las obligaciones concretas del Estado en la materia. Este reconocimiento podría tener efecto en las acciones posteriores del resto de los Estados de la región, al conocer de antemano cuáles son los parámetros con los que se evaluarán sus acciones (u omisiones). La garantía de no regresividad implica que el Estado no debe volver atrás en el reconocimiento de un derecho. En el caso, la afectación al derecho a la salud de Talía y su familia se

<sup>22</sup> COURTIS, 2014: 660.

verifica por violación a esta garantía: el Estado no cumplió con su deber de contralar implicando, por lo tanto, varios *pasos atrás*<sup>23</sup> en el desarrollo de sus obligaciones.

- *Aplicación del estándar de “contenido mínimo”*, en cuanto al derecho a la educación, la aplicación del examen de igualdad para resolver un caso tan claro de negación de un derecho deja ciertas dudas, ya que lo que está en juego es el *contenido mínimo*<sup>24</sup> del derecho. El derecho a la educación básica y elemental también actúa como regla<sup>25</sup>. Esto implica que no puede negarse en ningún caso el derecho a asistir a un establecimiento educativo para recibir educación, más aun cuando se trata de una niña pobre con VIH. Lo que está en juego entonces es aquel contenido básico del derecho que no se puede ponderar frente a otros principios<sup>26</sup>. Respecto de ciertos grupos, como ya sostuve, la educación adquiere mayor preponderancia. Es LA herramienta que permitirá la inclusión. Es por esto que no puede haber ningún justificativo para dejar a un niño/a fuera de la escuela. Este es el impacto de la resolución del caso por aplicación de un estándar internacional distinto al del principio de igualdad. La obligación de garantizar el derecho a la educación no es solo respecto de Talía sino respecto de todos/as aquellos/as niños/as que se encuentran por diversas causas excluidos del acceso a la educación.

Así las cosas, el caso debía resolverse por *violación de contenido mínimo* (negación lisa y llana del derecho) y no por un argumento de igualdad. Aún más, respecto de este argumento. Abordar del caso por trato discriminatorio parece mostrar que se trata de un caso aislado de violación de DESC, cuando en el contexto latinoamericano la falta de acceso o goce de los derechos sociales para las poblaciones más vulnerables indica que es necesario reforzar el reconocimiento de estos derechos y las obligaciones del Estado en la materia. Como la propia Corte reconoce, la niña no solo padeció de discriminación por estar contagiada de VIH, sino principalmente por falta de acceso a los derechos sociales básicos por parte de Talía (salud, educación, vivienda) y su familia (salud, vivienda, derechos laborales, entre otros). No se trata entonces de un caso individual de violación, sino de la situación en la que se encuentran los DESC en el país. La aplicación de un estándar mucho más exigente como el del “contenido mínimo” pondría al país denunciado e incluso al resto de los países de la región, en

<sup>23</sup> COURTIS, Christian (comp.) (2006). *Ni un paso atrás. La prohibición de regresión en materia de derechos sociales*. Buenos Aires: Del Puerto.

<sup>24</sup> RONCONI, Liliana (2012). “Derecho a la salud: Un modelo para la determinación de los contenidos mínimos y periféricos”. *Revista Salud Colectiva*, 8 (2): 131-149. Disponible en <http://www.scielo.org.ar/pdf/sc/v8n2/v8n2a03.pdf> [consulta: 15 de febrero de 2016].

<sup>25</sup> Comité DESC, Observación General N° 3. 21° período de sesiones, 1999. U.N. Doc. E/C.12/1999/10. Asimismo, SCIOSCIOLI, Sebastián (2015). *La educación básica como derecho fundamental. Implicancias y alcances en el contexto de un Estado federal*. Buenos Aires: Eudeba.

<sup>26</sup> El principio de progresividad y de no regresividad deben ser ponderados frente a otros principios (al respecto, Corte IDH. Casos *Cinco Pensionistas vs. Perú*. Sentencia de 28 de febrero de 2003 (fondo, reparaciones y costas). Serie C N° 98 y *Acevedo Buendía y Otros (Cesantes y Jubilados de la Contraloría) vs. Perú*. Sentencia de 1 de julio de 2009 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas). Serie C N° 198). Asimismo, PARRA VERA, Oscar (2011). *Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales ante el Sistema Interamericano*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México; CLÉRICO, Laura (2008). “Las otras caras de los derechos sociales: las obligaciones iusfundamentales y la desigualdad estructural”. En: ASOCIACIÓN POR LOS DERECHOS CIVILES. *La Corte y los derechos 2005/2007. Cómo impactan en la vida de los ciudadanos las decisiones del máximo tribunal*, Buenos Aires: Siglo XXI Editores, pp. 479-494.

situación de conocimiento indubitable respecto de sus obligaciones en lo que respecta al derecho a la educación.

De esta manera, si bien para el caso particular los efectos en la utilización de unos u otros argumentos no reviste mayor importancia, la utilización de los argumentos indicados en este trabajo como ausentes resultaba relevante para los países de la región, ya que la discusión actual en torno a los DESC en el ámbito local no está vinculada tanto a si los mismos resultan exigibles o no, sino más bien a la forma de determinar cuando los mismos han resultado lesionados. En este sentido, la palabra de la Corte IDH indicando que la no garantía de transfusiones de sangre en forma segura es violatoria del derecho a la salud, implica un avance en la determinación de las obligaciones básicas de los Estados de la región respecto de ese derecho. Lo mismo sucede respecto del derecho a la educación. La posición de la Corte IDH asumiendo que la negación lisa y llana del derecho a la educación no admite prueba en contrario hubiera representado un gran avance en términos del contenido del derecho. Esta es la preponderancia que en el caso adquiriría la aplicación del artículo 26 de la CADH.

### CONCLUSIÓN

La resolución de este caso por la Corte IDH resulta relevante en varios aspectos. La Corte realiza una buena conceptualización de la concepción de igualdad interseccional y sus implicancias. Reconoce, asimismo, al VIH como categoría de discriminación prohibida.

Sin embargo, lo más destacable del caso es que es la primera vez que se reconoce la plena justiciabilidad de un derecho social, el derecho a la educación, en clara aplicación del artículo 13 de PSS. Como es sabido, de los múltiples casos que han llegado a la Corte IDH muchos de ellos se vinculan con derechos sociales, sin embargo, la Corte, en general, no ha reconocido su violación, sino solo indirectamente como derecho asociado a un derecho civil o político clásico<sup>27</sup>. Esto puede deberse a la falta de competencia de la Corte en la materia, ya que en virtud del artículo 19 del PSS la Corte solo tiene competencia contenciosa en casos relativos a Derechos Sindicales o el Derecho a la educación. Sin embargo, considero que el artículo 26 de la CADH es muy potente como forma de protección directa del resto de los derechos sociales y que la Corte ha dejado pasar buenas oportunidades en su reconocimiento.

En este sentido, la resolución del caso en virtud del artículo 26 de la CADH hubiera resultado mucho más oportuna y abriría las puertas a la resolución de casos similares, en el ámbito regional como local, ya que la discusión actual gira en torno a la necesidad de determinar en los casos concretos si ha existido o no violación a un derecho social. Para conocer si existe violación, por negación del contenido mínimo, violación al principio de no regresividad o de progresividad se requiere el establecimiento de parámetros claros de referencia. En el caso, la voz de la Corte IDH indicando la afectación del derecho a la salud y a la educación por violación del artículo 26 de la CADH permitiría a los Estados contar con otro tipo de indicador de sus obligaciones en la materia.

---

<sup>27</sup> La excepción puede encontrarse en los votos concurrentes del Juez Ferrer Mac Gregor.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert (1993). *Teoría de los derechos fundamentales* [traducción de Ernesto Garzón Valdés], Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- BERNAL PULIDO, Carlos (2007). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3ª edición, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- CLÉRICO, Laura (2008). “Las otras caras de los derechos sociales: las obligaciones iusfundamentales y la desigualdad estructural”. En: ASOCIACIÓN POR LOS DERECHOS CIVILES. *La Corte y los derechos 2005/2007. Cómo impactan en la vida de los ciudadanos las decisiones del máximo tribunal*, Buenos Aires: Siglo XXI Editores, pp. 479-494.
- (2009). *El examen de proporcionalidad en el Derecho constitucional*. Buenos Aires: editorial Eudeba/Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (tesis).
- (2010). “El matrimonio igualitario y los principios constitucionales estructurantes de igualdad y/o autonomía”. En: CLÉRICO, Laura y Martín ALDAO (coords.). *Matrimonio igualitario en la Argentina. Perspectivas sociales, políticas y jurídicas*, Buenos Aires: Eudeba, pp. 145-170.
- COURTIS, Christian (2014). “Artículo 26. Desarrollo progresivo”. En: Steiner, Christian y Patricia Uribe (ed.). *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, Fundación Konrad Adenauer, La Paz: Plural editores, pp. 654-676.
- (comp.) (2006). *Ni un paso atrás. La prohibición de regresión en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Del Puerto.
- GÓNGORA MERA, Manuel (2013). “Derecho a la salud y discriminación interseccional: Una perspectiva judicial de experiencias latinoamericanas”. En: CLÉRICO, Laura, Liliana RONCONI y Martín ALDAO, *Tratado de Derecho a la Salud*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, pp. 133-159.
- GUTTMAN, Amy (2001). *La educación democrática. Una teoría política de la educación*. Barcelona: Paidós.
- KRSTICEVIC, Viviana (2006). “La tutela de los derechos sociales en el sistema interamericano”. En: YAMIN, Alicia (coord.). *Derechos económicos, sociales y culturales en América Latina. Del invento a la herramienta*. Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo/Asociación Pro Derechos Humanos, México D.F.: Plaza y Valdés Editores, pp. 171-194.
- MOSQUERA QUINTERO, Diana (2011). *La salud como derecho. Estudio comparado sobre grupos vulnerables*. Bogotá: Siglo del Hombre/Universidad ICESI/Red ALAS.
- NINO, Carlos (2005). *Fundamentos de Derecho Constitucional* (3ª reimp.). Buenos Aires: Astrea.
- PARRA VERA, Oscar (2011). *Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales ante el Sistema Interamericano*. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos.
- (2013). “La protección del derecho a la salud a través de casos contenciosos ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. En: CLÉRICO, Laura, Liliana RONCONI y Martín ALDAO. *Tratado de Derecho a la salud*. Tomo I. Buenos Aires: Abeledo Perrot, pp. 761-799.

- RONCONI, Liliana (2012). “Derecho a la salud: un modelo para la determinación de los contenidos mínimos y periféricos”. *Revista Salud Colectiva*, 8(2): 131-149. Disponible en: <<http://www.scielo.org.ar/pdf/sc/v8n2/v8n2a03.pdf>>.
- ROSSI, Julieta y Víctor ABRAMOVICH (2009). “La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos* 9: 34-53.
- TOMASEVSKY, Katarina (2004). *El asalto a la educación* Barcelona: Itermon Oxfam.
- \_\_\_\_ (2004a). *Indicadores del derecho a la educación*. *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos* 40: 341-388.
- SCIOSCIOLI, Sebastián (2015). *La educación básica como derecho fundamental. Implicancias y alcances en el contexto de un Estado federal*. Buenos Aires: Eudeba.
- VON BOGDANDY, Armin, Flávia PIOVESAN y Mariela MORALES ANTONIAZZI (coord.) (2012). *Igualdad y orientación sexual. El Caso Atala de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su potencial*. México DF: Porrúa

#### JURISPRUDENCIA

- CORTE IDH. Caso “*Cinco Pensionistas*” vs Perú. Sentencia de 28 de febrero de 2003 (fondo, reparaciones y costas). Serie C N° 98.
- \_\_\_\_. Caso *Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Sentencia 8 de septiembre de 2005 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Serie C N° 130.
- \_\_\_\_. Caso *Kimel vs. Argentina*. Sentencia de 2 de mayo de 2008 (fondo, reparaciones y costas). Serie C N° 177.
- \_\_\_\_. Caso *Acevedo Buendía y Otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs Perú*. Sentencia de 1 de julio de 2009 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas). Serie C N° 198.
- \_\_\_\_. Caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguay*. Sentencia de 24 de agosto de 2010 (fondo, reparaciones y costas). Serie C N° 214.
- \_\_\_\_. Caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Sentencia de 24 de febrero de 2012 (fondo, reparaciones y costas). Serie C N° 239.
- \_\_\_\_. Caso *Forneron e Hija vs. Argentina*. Sentencia de 27 de abril de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C N° 242.
- \_\_\_\_. Caso *Gonzales Lluy y otros versus Ecuador*. Sentencia de 1 de septiembre de 2015 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Serie C N° 298.

#### OBSERVACIONES GENERALES

- COMITÉ DESC. Observación General N° 3 “Derecho a la Educación”. 21° período de sesiones, 1999, U.N. Doc. E/C.12/1999/10.

Recibido: 19 de febrero de 2016  
Aceptado: 28 de mayo de 2016



# Sección Nacional





**LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL DE PROTECCIÓN DE DERECHOS  
FUNDAMENTALES EN LA JURISPRUDENCIA CHILENA (COMENTARIO  
AL FALLO DE LA CORTE SUPREMA ROL N° 17.393-2015)**  
*Universal Jurisdiction for the Protection of Fundamental Human  
Rights in Chilean Case Law (A Commentary of the Supreme Court  
Ruling Number 17.393-2015)*

**Javier Gallego Saade**

Universidad Adolfo Ibáñez, Chile

Abogado, Universidad de Chile. Profesor de Derecho Público y Ética Profesional (UAI). Profesor de Derecho Penal Internacional (U. de Chile, UAI). javier.gallego@uai.cl.

**Juan Francisco Lobo**

Universidad Adolfo Ibáñez, Chile

Abogado, Universidad de Chile. Profesor de Derecho Penal Internacional (U. de Chile, UAI), Derechos Humanos y Teoría del Derecho (UDP) y Derecho Internacional Público (UAI). jflobo@ug.uchile.cl.

**RESUMEN**

La Corte Suprema, en su fallo de 18 de noviembre de 2015, Rol N° 17.393-2015, ha resuelto requerir al gobierno de Chile (materialmente a la Cancillería) que solicite a la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos que se constituya en Caracas, Venezuela, de modo de constatar el estado de salud y privación de libertad de Leopoldo López y Daniel Ceballos, identificados en el fallo como prisioneros políticos. El fundamento de dicho requerimiento es el deber de protección de los derechos fundamentales a la vida, igualdad, privacidad, de petición y de asociación, consagrados en el artículo 19 de la Constitución chilena, números 1, 2, 4, 14 y 15, respectivamente. La Corte ha entendido que el deber de protección de derechos fundamentales que la Constitución le impone al Estado de Chile la habilita para extender la vigencia de las normas que consagran esos derechos extraterritorialmente. Ha llamado a este ejercicio “jurisdicción universal de protección de derechos humanos”. Este artículo evalúa esta práctica desde las perspectivas del derecho constitucional (I), derecho internacional (II) y derecho penal (III). La tesis del artículo es que la Corte en cada una de estas dimensiones incurre en confusiones y errores dogmáticos importantes.

**PALABRAS CLAVE**

Recurso de protección; derechos constitucionales; derechos humanos; jurisdicción universal; comunidad internacional.

**ABSTRACT**

The Chilean Supreme Court, in its ruling 17.393-2015 of 18 November 2015, resolved that the Chilean Government (specifically, the Chancery) should demand that the Inter-American Commission of Human Rights meet in Caracas, Venezuela, in order to ascertain the health status

and the conditions of the arrest of Leopoldo López and Daniel Ceballos, identified in the ruling as political prisoners. The motive behind such a request is the obligation to protect the fundamental right to life, equality, privacy, petition, and freedom of association, established in Article 19 of the Chilean Constitution –numbers 1, 2, 4, 14 and 15, respectively. The Court considered that the obligation to protect fundamental rights imposed on the Chilean State by the Constitution allowed it to extend the validity of the norms that establish such rights extraterritorially. The Court called this power ‘Universal Jurisdiction for the Protection of Fundamental Human Rights’. This paper evaluates this decision from the perspective of constitutional (I), international (II), and criminal law (III). The thesis of this paper is that the Court runs into confusion and makes serious dogmatic mistakes in each of these areas.

#### KEY WORDS

Appeal for legal protection; constitutional rights; human rights; international jurisdiction; international community.

### I. DERECHOS CONSTITUCIONALES Y DERECHOS HUMANOS

El fallo de la Corte Suprema (la Corte) que aquí se comenta revoca en segunda instancia la decisión de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, frente a esta se dedujo un recurso de protección en favor de los ciudadanos venezolanos. El estado de riesgo que legitima, desde la perspectiva de los recurrentes, la acción constitucional de protección es la huelga de hambre que llevan adelante dichos ciudadanos y el peligro para la vida que su prolongación implica. La Corte reconoce que el principal objeto de la medida cautelar de requerimiento dirigida a la Comisión de Derechos Humanos de la OEA es la protección de la vida, pues “el resto de los derechos que se insinúan amagados, aparecen solamente como ilustrativos” (considerando cuarto). Respecto de ese derecho a la vida, la Corte constata su reconocimiento “en todos los ordenamientos jurídicos del mundo”, y su configuración como norma tanto en el artículo 19 N° 1 de la Constitución chilena como en la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Sin embargo, es en torno a esta diferencia, entre derechos constitucionales y derechos humanos, que el razonamiento de la Corte se vuelve errático, y a ratos incomprensible. Así, para efectos de legitimar un ejercicio de jurisdicción de protección de derechos constitucionales que se pretende tenga efectos fuera del territorio nacional, la Corte considera primero la pretensión de los requirentes, fundada en el hecho de que la regulación de la acción de protección (en sus requisitos de legitimación en el artículo 20 de la Constitución, y en lo procedimental en un auto acordado, varias veces reformado) no distingue, o más bien, no especifica, ni la persona ni el lugar en el que se produce el acto u omisión lesivo de derechos, para efectos de su legitimación activa (considerando primero). La Corte hace suyo este razonamiento en el considerando noveno, e insiste que ni el artículo 19 N° 1 ni el artículo 20 de la Constitución distinguen nacionalidad o ubicación geográfica para efectos de dispensar protección constitucional a la vida.

Ahora bien, sin perjuicio de esto, la Corte intenta justificar su decisión disponiendo del factor de conexión “personalidad pasiva” (una conexión de pertenencia al Estado que ejerce jurisdicción de protección por parte de los afectados por un acto que lesiona sus derechos fundamentales). La regulación que contiene el auto acordado en cuestión distribuye competencia entre Cortes de Apelaciones en razón del territorio en que se comete el acto o se incurre en la omisión lesiva del derecho. Se ha entendido que en caso

de diferir el domicilio del titular del derecho lesionado y el lugar en que se produce el hecho lesivo, la competencia recae en la Corte de Apelaciones respectiva del primero<sup>1</sup>. El razonamiento de la Corte extiende el criterio de admisibilidad de la acción, pues declara que los jueces chilenos son competentes para conocer de un hecho lesivo del derecho a la vida en Venezuela, porque los efectos del mismo alcanzan a ciudadanos chilenos, de modo que el domicilio de los afectados, en este sentido, determina la Corte de Apelaciones competente. Los recurrentes sostienen que la huelga de hambre que tiene lugar en Venezuela “les afecta personal y directamente”; argumento que la Corte acoge, pues concluye, en este considerando, que “la Corte de Apelaciones de Valparaíso resulta competente para conocer territorialmente de ese asunto”.

Si es el caso que la competencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso queda determinada territorialmente en razón de que a ciudadanos chilenos les afecta “personal y directamente” que en Venezuela se realice una huelga de hambre con riesgo para la vida, la Corte debiera hacer explícito que el fundamento de su decisión es la protección de la integridad psíquica (como manifestación del derecho a la vida) de personas ubicadas en Chile, y no el reforzamiento del derecho a la vida de ciudadanos venezolanos. Si la Corte entiende que la jurisdicción de protección no necesita factor de conexión, demostrar que la Corte de Apelaciones es competente en razón del territorio resulta innecesario.

Es cierto que el recurso de protección ha sido instrumentalizado por la jurisprudencia chilena al punto de transformarlo en un mecanismo de control jurisdiccional de actos de la administración, a falta de una vía específica para ello<sup>2</sup>, pero nunca antes se había extendido este uso al control de actos de la administración central de un Estado no sometido a la Constitución chilena. La razón es obvia: disponer de mecanismos de reforzamiento de derechos fundamentales domésticos para elevar un reclamo por el desconocimiento de esos derechos por otro Estado es innecesario. La comunidad latinoamericana dispone de su propio arreglo para dicho procedimiento, la Convención Americana de Derechos Humanos. Este tratado configura, en su artículo 45, un procedimiento de comunicaciones dirigidas a la Comisión, que permite a los Estados parte reclamar lesiones a los derechos humanos por parte de otros Estados, y ventilar un procedimiento (artículos 48-50) cuyo desarrollo es condición previa para que intervenga en el asunto la Corte Interamericana (artículo 61.2). La competencia de la Comisión ha sido reconocida (en virtud de lo que señala el artículo 45.1) tanto por Chile como por Venezuela<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Ríos, Lautaro (2007). “La Acción Constitucional de Protección en el Ordenamiento Jurídico Chileno”. *Estudios Constitucionales* 5(2): 58.

<sup>2</sup> FERRADA, Juan Carlos, Andrés BORDALÍ y Kamel CAZOR (2003). “El recurso de protección como mecanismo de control jurisdiccional ordinario de los actos administrativos: una respuesta inapropiada a un problema jurídico complejo”. *Revista de Derecho* XIV: 67-81.

<sup>3</sup> Chile lo hizo al momento de la ratificación, el 8 de octubre de 1990. Venezuela, por su parte, la reconoció en una declaración de 24 de junio de 1981. Se debe hacer presente en todo caso que Venezuela denunció el sistema continental de derechos humanos, en virtud de lo que dispone el artículo 78 de la Convención. Acerca de esta denuncia en detalle véase OCHOA, María Julia (2014). “La protección de los derechos humanos en Venezuela frente a la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos* 25(1): 195-211. Agradecemos a los editores del *Anuario* por hacernos notar este punto.

Por cierto, disponer de dicho procedimiento le corresponde al Poder Ejecutivo, no a los tribunales. La Corte desconoce no solo este principio básico de distribución de competencias, sino también el rol de los derechos humanos en el derecho doméstico. En efecto, invoca en el considerando tercero la Convención Americana, y declara que la vigencia de los derechos humanos que este y otros tratados consagran solo es posible “si se autoriza y [...] se obliga a los Estados a su cabal ejercicio a través de sus tribunales nacionales”. Es cierto que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha declarado que los tribunales de los Estados están no solo autorizados, sino obligados a disponer de la Convención como premisa de sus decisiones. Desde el célebre fallo *Almonacid-Arellano v. Chile*<sup>4</sup>, se ha denominado a esta práctica “control de convencionalidad”<sup>5</sup>, y ha permitido, según la doctrina especializada, un cambio de paradigma, desde una lógica subsidiaria (en la relación entre la Convención y el derecho doméstico de los Estados parte) a una de integración, es decir, de pleno reconocimiento de las normas de derechos humanos en el derecho doméstico, y asentamiento de la Convención como norma de superior jerarquía<sup>6</sup>. Pero la Corte IDH nunca ha interpretado esta práctica como una facultad de los jueces para elevar requerimientos a otros Estados parte. Al contrario, la ha restringido al “marco de [las] respectivas competencias y regulaciones procesales” del Poder Judicial<sup>7</sup>, materializada en una revisión de adecuación de “disposiciones legales domésticas”, frente al derecho de la Convención<sup>8</sup>.

De esta manera, la Corte desconoce la diferencia estructural entre derechos constitucionales y derechos humanos<sup>9</sup>. En este sentido, resulta incomprensible que en uno de los considerandos del fallo (considerando octavo) se suscriba la tesis del rango supraconstitucional de las normas de derecho internacional de derechos humanos, para argumentar en el considerando inmediatamente siguiente (considerando noveno) que la justificación externa de la decisión apela al derecho a la vida del artículo 19 n° 1 de la Constitución. Un razonamiento que parece confuso, o propio de un estado de indecisión, puede explicarse más bien como una instrumentalización de la categoría de los derechos constitucionales, con la excusa de inventar una nueva forma de jurisdicción de protección de los derechos humanos, que hace enteramente dispensable el sistema convencional de derechos humanos de la Convención Americana. En esta invención la Corte se ha servido de la autoridad de una práctica mucho más asentada en el ejercicio de jurisdicción punitiva estatal: la jurisdicción universal.

<sup>4</sup> CORTE IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C N° 154.

<sup>5</sup> DULITZKY, Ariel (2015). “An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights”. *Texas International Law Journal* 50(1): 45-93.

<sup>6</sup> DULITZKY, 2015: 52 ss.

<sup>7</sup> CORTE IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C N° 158, párr. 128; *caso Gelman vs. Uruguay* (fondo y reparaciones). Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C N° 221, párr. 193; *caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C N° 239, párr. 282.

<sup>8</sup> CORTE IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C N° 220, párr. 225.

<sup>9</sup> Fundamental al respecto, GARDBAUM, Stephen (2008). “Human Rights as International Constitutional Rights”. *European Journal of International Law* 19(4): 749-768.

## II. LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL

El concepto de jurisdicción envuelve las potestades que posee un Estado para prescribir normas, adjudicarlas y hacerlas cumplir<sup>10</sup>. La jurisdicción universal, que corresponde a uno de los títulos de que disponen los Estados para ejercer extraterritorialmente su *jus puniendi*, consiste en una especie de jurisdicción criminal en virtud de la cual un Estado está facultado para conocer hechos respecto de los cuales no existe ningún factor de conexión, como territorialidad, personalidad activa, pasiva o protección de intereses nacionales<sup>11</sup>.

Se trata de una jurisdicción basada exclusivamente en la naturaleza del crimen cometido<sup>12</sup>, la que ha sido caracterizada como una verdadera *actio popularis* ejercida por un Estado en el concierto internacional<sup>13</sup>. Históricamente, la jurisdicción universal ha sido reservada por las naciones para el enjuiciamiento de los piratas en tanto *hoste humani generis*<sup>14</sup>.

Este tipo de jurisdicción se clasifica en “absoluta” o “condicionada”, dependiendo de si se exige la presencia del acusado en el territorio del Estado persecutor (condicionada) o si se puede aplicar en contra de una persona ubicada en cualquier lugar del mundo (absoluta)<sup>15</sup>. El tipo más común en la práctica de los Estados corresponde a la jurisdicción universal condicionada<sup>16</sup>.

Ahora bien, en el fallo en comento la Corte incurre en varios errores en relación con el concepto y con la correcta aplicación de la jurisdicción universal como institución del derecho internacional. El principal de ellos se refiere a las fuentes normativas de la jurisdicción universal, mientras que los otros dicen relación con su naturaleza y su práctica.

### 1. Fuentes internacionales de la jurisdicción universal

El considerando tercero del fallo señala tres fuentes normativas internacionales desde las que emanaría supuestamente la facultad de dicha magistratura de ejercer la jurisdicción universal para proteger los derechos humanos de ciudadanos extranjeros: (i) los tratados internacionales; (ii) la costumbre internacional; y (iii) las normas de *jus cogens*.

<sup>10</sup> BASSIOUNI, M. Cherif (2001). “Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice”. *Virginia Journal of International Law* 42(1): 89.

<sup>11</sup> BROWNLIE, Ian (2012). *Principles of Public International Law*. Edited by James Crawford. 8<sup>th</sup> Edition. Oxford: Oxford University Press, pp. 687-688.

<sup>12</sup> MACEDO, Stephen (ed.) (2001). *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction*. Princeton: Princeton University, Principle 1, p. 28.

<sup>13</sup> BASSIOUNI, 2001: 88.

<sup>14</sup> BASSIOUNI, 2001: 108-112.

<sup>15</sup> CASSESE, Antonio *et al.* (2013). *International Criminal Law*. 3rd Edition. Oxford: Oxford University Press, p. 278.

<sup>16</sup> WERLE, Gerhard (2014). *Principles of International Criminal Law*, 3rd Edition. Oxford: Oxford University Press, p. 78.

La Corte admite que los tratados invocados en su considerando tercero no contemplan “taxativamente” la jurisdicción universal, pero soslaya este hecho excusándose en la adhesión universal de la que gozan los derechos humanos.

En realidad, tres de los tratados citados por la Corte no regulan en absoluto la jurisdicción universal, sino que establecen disposiciones referidas a jurisdicción territorial<sup>17</sup> o internacional<sup>18</sup>. De los demás tratados mencionados, uno regula la jurisdicción universal “condicionada”, con cláusula alternativa *aut dedere aut judicare*<sup>19</sup>. Únicamente los Convenios de Ginebra de 1949 y su Protocolo Adicional I de 1977, citados por la Corte, establecen una jurisdicción universal obligatoria y sin condiciones expresas<sup>20</sup> de territorialidad para los Estados partes<sup>21</sup>.

En definitiva, tan solo los tratados internacionales referidos a los delitos de tortura y crímenes de guerra regularían expresamente la posibilidad, e incluso el deber para los Estados, de ejercer la jurisdicción universal. No obstante, en el recurso a favor de los prisioneros políticos venezolanos no se denuncia ni la comisión de tortura ni de crímenes de guerra en su contra, por lo que mal podrían aplicarse dichos instrumentos internacionales.

En cuanto a la costumbre internacional, la Corte no aporta antecedentes que permitan acreditar la existencia de una norma consuetudinaria que justifique el ejercicio de jurisdicción universal para dispensar protección constitucional, sino que se limita a señalar en el considerando tercero algunos de los criterios fijados por los tratadistas para la procedencia de esta jurisdicción, a saber, (i) la subsidiariedad del tribunal que ejerce jurisdicción universal respecto del tribunal con competencia territorial originaria; (ii) que la jurisdicción emane de una fuente idónea del derecho internacional; y (iii) que la legislación nacional aplicable no sea contraria al derecho internacional.

La doctrina especializada ha denominado a estos estándares como “criterios de razonabilidad”, los que constituyen un umbral que es necesario sobrepasar para justificar la injerencia de un sistema jurisdiccional en el ámbito de otro. En tal sentido, Ximena Fuentes ha indicado los siguientes criterios de razonabilidad para justificar dicha intromisión: (i) la existencia de consenso internacional acerca del ejercicio del *jus puniendi* para ciertos tipos de hechos; (ii) la razonabilidad de las penas prescritas; (iii) la preeminencia del Estado territorial por sobre el que pretende ejercer jurisdicción universal por encontrarse en mejor posición para administrar justicia; (iv) la persecución de un interés legítimo reconocido así por la comunidad internacional; (v) el

<sup>17</sup> ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio*, adoptada el 9 de diciembre de 1948, art. 6.

<sup>18</sup> Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Adoptado el 17 de junio de 1998, art. 1; ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Convención Americana de Derechos Humanos*, adoptada el 22 de noviembre de 1969, art. 33.

<sup>19</sup> ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Convención contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos y Degradantes*, adoptada el 10 de diciembre de 1984, art. 6.

<sup>20</sup> No obstante, Cassese considera que la mejor interpretación consiste en exigir la presencia del acusado en el territorio del Estado persecutor. Véase CASSESE *et al.* (2013): 287.

<sup>21</sup> ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Convenios de Ginebra I, II, III y IV*, adoptados el 12 de agosto de 1949, CGI, art. 49; CGII, art. 50; CGIII, art. 129; CGIV, art. 146; y *Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra*, adoptado el 10 de junio de 1977, art. 85.

cumplimiento de las disposiciones de debido proceso; (vi) el respeto por las instituciones de la inmunidad estatal y (vi) por la integridad territorial de los demás Estados. Solo respetando todos estos criterios se podrá defender la libertad de los Estados de ejercer jurisdicción universal<sup>22</sup>, considerando que de acuerdo con la opinión separada de los jueces de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) Higgins, Kooijmans y Buergenthal en el caso *Arrest Warrant*, “la legislación nacional y la jurisprudencia –esto es, la práctica estatal– es neutral en cuanto al ejercicio de la jurisdicción universal”<sup>23</sup>.

Por último, por lo que se refiere al *jus cogens*, este es definido, en el considerando tercero del fallo, como una norma imperativa de derecho internacional general, en los términos de la Convención de Viena de 1969, es decir, como “una norma aceptada y reconocida por la comunidad de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”<sup>24</sup>.

Es importante señalar que las normas de *jus cogens* operan en el derecho internacional a la manera de disposiciones de orden público indisponibles para los Estados en sus relaciones convencionales<sup>25</sup>. La Corte Internacional de Justicia ha indicado como ejemplo de tales normas indisponibles la prohibición del uso de la fuerza<sup>26</sup> y del genocidio<sup>27</sup>.

Sin embargo, de la existencia de tales normas no se sigue *eo ipso* la facultad de ejercer jurisdicción universal, como lo demuestra el caso de la prohibición del uso de la fuerza, cuyo correlato punitivo, el crimen de agresión, no da todavía lugar a la jurisdicción universal en la práctica internacional<sup>28</sup>.

## 2. Naturaleza de la jurisdicción universal

En adición al fracaso de la Corte por identificar las fuentes formales del derecho internacional de las cuales supuestamente emanaría su potestad para ejercer el tipo de jurisdicción invocado, el máximo tribunal comete un segundo error manifiesto al desnaturalizar la jurisdicción universal y extendiéndola más allá de materias criminales, en particular, aplicándola a la tutela constitucional de derechos fundamentales.

En efecto, la Corte contraviene incluso la opinión de Gonzalo Aguilar por ella misma citada en su considerando octavo, autor que al reflexionar respecto de la jurisdicción

<sup>22</sup> FUENTES, Ximena (2004). “La Jurisdicción Universal y la Corte Penal Internacional”. *Revista de Estudios de la Justicia* 4: 129-130.

<sup>23</sup> CIJ. *República Democrática del Congo v. Bélgica (Arrest Warrant)*. Fondo. Opinión separada de los jueces Higgins, Kooijmans y Buergenthal, de 14 de febrero de 2002, Serie 837, párr. 45.

<sup>24</sup> ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, adoptada el 23 de mayo de 1969, art. 53.

<sup>25</sup> GÓMEZ, Antonio (2003). *El Ius Cogens Internacional*. Estudio histórico-crítico. México D.F.: UNAM, p. 88.

<sup>26</sup> CIJ. *Nicaragua v. Estados Unidos (Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua)*. Fondo. Sentencia de 27 de junio de 1986. Serie 520, párr. 190

<sup>27</sup> CIJ. *República Democrática del Congo v. Ruanda*. Fondo. Sentencia de 3 de febrero de 2006. Serie 126, párr. 64.

<sup>28</sup> WERLE, 2014: 76. VILLARINO, Cristina (2006). “The Crime of Aggression before the House of Lords”. *Journal of International Criminal Justice* 4: 866-877.

universal remarca que “es necesario insistir en que esta última denominación se utiliza en relación con el ejercicio de la jurisdicción penal”<sup>29</sup>.

De este modo, la Corte deliberadamente se aleja del consenso doctrinario existente en torno a la naturaleza exclusivamente penal de la jurisdicción universal, como fue plasmado en el documento autoritativo generado por un panel de expertos acerca del tema, quienes invitados por la Universidad de Princeton produjeron los “Principios de Princeton sobre la Jurisdicción Universal” en 2001. De conformidad con el principio número 1.1, “la jurisdicción universal es jurisdicción penal basada únicamente en la naturaleza del delito”, dando lugar a su ejercicio solamente crímenes graves tales como la piratería, la esclavitud, los crímenes de guerra, los crímenes contra la paz, los crímenes de lesa humanidad, el genocidio y la tortura (principio 2.1)<sup>30</sup>. A ellos Bassiouni agrega el crimen de *apartheid*<sup>31</sup>.

Para algunos autores, los delitos que justificarían el ejercicio de la jurisdicción universal deberían limitarse aún más, reduciéndose a los crímenes de guerra, el genocidio y la tortura<sup>32</sup>, a los cuales los jueces Higgins, Kooijmans y Buergenthal de la Corte Internacional de Justicia añaden la piratería<sup>33</sup>.

La Corte, por el contrario, asegura en su considerando sexto que la jurisdicción universal se ha expandido hacia el derecho privado, incluyendo el derecho de familia y comercial, sin proporcionar mayores antecedentes para demostrar su aserto. Todavía más, la Corte omite toda mención a la norma comparada arquetípica para el ejercicio civil de la jurisdicción universal, la *Alien Tort Claims Act* (ATCA) de Estados Unidos<sup>34</sup>.

De conformidad con dicha norma, los tribunales federales norteamericanos “tendrán jurisdicción original para conocer cualquier acción civil ejercida por un extranjero a causa exclusivamente de un ilícito extracontractual (*tort*), cometido en infracción al derecho de las naciones o a un tratado de los Estados Unidos”<sup>35</sup>. Instaurada en el siglo XVIII para resguardar los derechos de agentes diplomáticos, la ATCA fue remozada en 1980 en el caso *Filártiga v. Peña-Irala*, en que un ciudadano paraguayo obtuvo en Estado Unidos la indemnización de perjuicios por la tortura cometida por otro ciudadano paraguayo en Paraguay. En adelante, se han conocido reclamaciones análogas por crímenes de lesa humanidad, de guerra y genocidio<sup>36</sup>. Sin embargo, se ha tratado de pretensiones orientadas a perseguir responsabilidades pecuniarias, y en ningún caso la jurisdicción universal civil fundada en la ATCA se ha extendido a la tutela de derechos constitucionales en los Estados Unidos, atendido que solamente habilita para conocer causas entre extranjeros ante sus tribunales.

<sup>29</sup> AGUILAR, Gonzalo (2006). “El Principio de Jurisdicción Universal: Una Propuesta de Aplicación en Chile”. *Estudios Constitucionales* 4(1): 341.

<sup>30</sup> MACEDO, 2001: 28-29.

<sup>31</sup> BASSIOUNI, 2001: 108.

<sup>32</sup> WERLE, 2014: 75; FUENTES, 2004: 130.

<sup>33</sup> CIJ. República Democrática del Congo v. Bélgica (*Arrest Warrant*). Opinión separada, párrs. 60-62.

<sup>34</sup> HIGGINS, Rosalyn (2010). *Problems and Process. International Law and How We Use it*. Oxford: Clarendon Press, p. 58; CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. República Democrática del Congo v. Bélgica (*Arrest Warrant*). Opinión separada, párr. 48.

<sup>35</sup> U.S.C. § 1350.

<sup>36</sup> MURPHY, Sean (2012). *Principles of International Law*. 2<sup>nd</sup> Edition. Michigan: Thomson Reuters, pp. 260-262.



### 3. *Práctica de la jurisdicción universal*

Por último, no habiendo identificado correctamente las fuentes de la jurisdicción universal y habiendo desnaturalizado su concepto doctrinario, la Corte describe erróneamente la práctica de este tipo de jurisdicción al indicar en su considerando séptimo como ejemplo de la misma el caso de Augusto Pinochet, detenido y procesado ante los tribunales británicos entre 1998 y 1999.

Según Bassiouni, el caso *Pinochet* fue en realidad motivado por el ejercicio de jurisdicción penal extraterritorial por España a base del criterio de la personalidad pasiva, ante esto el Reino Unido se vio enfrentado al dilema jurisdiccional *aut dedere aut judicare*<sup>37</sup>, optando por la primera de las opciones.

Si bien es cierto que el caso *Pinochet* confirió breve *momentum* a la doctrina de la jurisdicción universal a fines del siglo XX, lo cierto es que nuestra Corte Suprema convenientemente omite mencionar el episodio más conspicuo del fracaso de dicha institución por exceso de celo político, esto es, el caso de Bélgica. Dicho país ejerció una agresiva política de jurisdicción universal desde 1999, la que fue abruptamente frenada en 2002 por la Corte Internacional de Justicia en *Arrest Warrant*, y sobre todo, por la presión política de Estados Unidos en 2003<sup>38</sup>.

### III. DERECHOS FUNDAMENTALES Y DERECHO PENAL

¿Por qué la Corte incurre en estos errores al invocar la práctica de la jurisdicción universal? Una respuesta posible es que no conoce la regulación internacional al respecto ni ha puesto suficiente atención a su ejercicio en el derecho comparado. Una revisión de este material, como se acaba de mostrar, es suficiente para constatar que se trata de una práctica históricamente reservada al ejercicio de punición, y no de protección (de derechos fundamentales).

Existe, por cierto, otra manera de responder esa pregunta. Para atenderla es necesario volver a los instrumentos normativos internacionales citados por la Corte. Como ya se hizo notar, la Corte cita primordialmente tratados punitivos, esto es, cuerpos de normas que configuran estándares de comportamiento y establecen sanciones para reforzar su cumplimiento. La Corte admite que estos tratados no regulan taxativamente el ejercicio de jurisdicción universal, pero postula que ello es irrelevante pues los derechos humanos gozan de validez universal. Más arriba ya se hizo notar que algunos de estos tratados no regulan en absoluto la práctica. Uno de estos es el Estatuto de Roma que establece la Corte Penal Internacional. Resulta esclarecedor para efectos de comprender la función que la Corte le asigna a este tratado, el hecho que lo presente (junto con otros tratados punitivos) junto a la Convención Americana, en el mismo considerando tercero, como antecedentes a favor de la adhesión universal a los derechos humanos, y en consecuencia como respaldo a la invención de una jurisdicción universal de protección de derechos fundamentales.

<sup>37</sup> BASSIOUNI, 2001: 125.

<sup>38</sup> LANGER, Máximo (2011). "The diplomacy of universal jurisdiction: The political branches and the transnational prosecution of international crimes". *American Journal of International Law* 105(1): 26-32.

Esto evidencia no ya solo la falta de comprensión de la posición de la jurisdicción universal en el derecho internacional, sino también que para la Corte no hay ninguna diferencia relevante entre las normas de la Convención Americana y las normas del Estatuto de Roma. Para la Corte, ambos tratados regulan la misma institución: derechos humanos.

En este punto nuestra Corte no está sola. Al inicio de este artículo se hacía referencia a la diferencia estructural entre derechos constitucionales y derechos humanos: es decir, entre derechos fundamentales frente al Estado y derechos fundamentales frente a la comunidad universal. El surgimiento del derecho internacional de derechos humanos, y de sus diversos mecanismos institucionales de consagración y adjudicación, hizo necesaria la diferenciación estructural. El mismo derecho internacional de derechos humanos, sin embargo, ha contribuido a deshacer la distinción crucial entre normas punitivas y normas de derechos fundamentales, al punto que actualmente no es inusual que en la literatura especializada el derecho penal internacional se presente como un subsistema del derecho internacional de derechos humanos<sup>39</sup>, antes que como la proyección internacional del derecho penal estatal.

Esta confluencia estructural la ha identificado nítidamente Darryl Robinson, quien es escéptico frente al discurso que asume que las normas penales deben ser coextensivas con normas de derechos humanos o derecho humanitario. Robinson sostiene que no reparar en las diferencias de estructura y fines de estas áreas del derecho conlleva a omitir o descuidar principios legitimatorios del ejercicio de castigo penal<sup>40</sup>. El autor presenta esta tensión intrínseca como una “crisis de identidad”, y se la imputa al derecho penal internacional, al menos en la forma en que lo presenta el discurso más generalizado.

Por cierto, más allá de la crisis de identidad, existe una relación importante entre el derecho penal internacional y los derechos humanos: una relación que admite una reconstrucción dogmática sensible a principios liberales de legitimación del *ius puniendi*. En primer lugar, puede ser el caso que el principio legitimatorio de protección de bienes jurídicos adquiera una estructura propia en la dimensión internacional. Así, puede ser que para el derecho internacional, los derechos humanos individuales sean el objeto de protección que legitima el derecho penal internacional<sup>41</sup>, así como en la historia de la categoría del bien jurídico los derechos subjetivos alguna vez ocuparon ese lugar<sup>42</sup>.

<sup>39</sup> Véase SMEULERS, Alette y Fred GRÜNFELD (2011). *International Crimes and other Gross Human Rights Violations*. Leiden and Boston: Martinus Nijhoff Publishers, pp. 14 y ss. Por lo demás, nuestro Tribunal Constitucional, al someter a control de constitucionalidad el Estatuto de Roma, se dedicó a desarrollar la discusión en torno a la correcta interpretación del inciso segundo del art. 5° de la Constitución, implícitamente asignándole al Estatuto la condición de tratado de derechos humanos. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO. Fallo Rol 346. 8 de abril de 2002: cons. 59° a 73°.

<sup>40</sup> ROBINSON, Darryl (2008). “The identity crisis of International Criminal Law”. *Leiden Journal of International Law* 21: 929.

<sup>41</sup> Véase, por ejemplo, AMBOS, Kai (2013). *Derecho Penal y Procesal Penal Internacional y Europeo. Nuevos Ensayos*. Santiago: Legal Publishing, Thomson Reuters. También SAFFERLING, Christoph (2004) “Can Criminal Prosecutions be the Answer to Massive Human Rights Violations?”. *German Law Journal* 5(12): 1474 (“A primera vista parece natural que, inspirada en el funcionamiento del sistema de derecho penal en el nivel nacional, la comunidad internacional decida revestir sus bienes más valiosos bajo una forma similar de protección, de este modo dando origen al derecho penal en el nivel internacional”).

<sup>42</sup> SCHÜNEMANN, Bernd (2007). “El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación”, en *La Teoría del Bien Jurídico* (editor: HEFENDEHL, Ronald), Madrid: Marcial Pons, pp. 203 y ss.

Ahora bien, ello es especialmente problemático en este caso considerando las referencias del Preámbulo del Estatuto de Roma (el instrumento autoritativo del derecho penal internacional convencional) a “la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad”; identificados como intereses protegidos por dicho sistema. La doctrina tempranamente notó la correspondencia de intereses entre la Carta de las Naciones Unidas y este Preámbulo, al menos en lo que respecta al reforzamiento de la paz y la seguridad<sup>43</sup>.

De este modo, solo el objeto “humanidad” puede proveer un fundamento independiente a la punición de crímenes internacionales. Esto trae aparejada una enorme carga de reconstrucción dogmática en torno a este concepto, para efectos de diferenciarlo de los derechos humanos individuales, e identificar el objeto lesionado con el quebrantamiento de normas punitivas internacionales. Las estrategias disponibles para asumir este desafío son variadas, desde su categorización como bien jurídico colectivo (asumiendo un concepto material de humanidad, como agregación de individuos de la especie humana), hasta la asunción del rol simbólico del concepto, que opera como expresión del desarrollo individual de acciones o actitudes humanas<sup>44</sup>. Como estrategia intermedia, se ha sostenido (interpretando el mismo Estatuto de Roma) que la lesión a la humanidad en la comisión de un crimen internacional se traduce en que el hecho interesa a la comunidad universal, debido a la gravedad del mismo y a la incapacidad de sistemas judiciales domésticos de enfrentarlo<sup>45</sup>.

Este es el primer vínculo dogmático que se puede establecer entre el derecho penal internacional y los derechos humanos. Como se aprecia, dependiendo del rendimiento doctrinario de la categoría “humanidad”, el esfuerzo de legitimación del derecho penal internacional en atención a los intereses protegidos puede aspirar a desembarazarse del discurso de los derechos humanos individuales. Esta autonomía discursiva es la que exigen autores como Robinson, en atención a que la lógica del discurso del derecho internacional de derechos humanos es puramente prospectiva, y desatiende la dimensión retrospectiva del derecho punitivo, que se expresa en los requisitos legitimatorios de agencia intencional y culpabilidad<sup>46</sup>.

Existe una segunda dimensión en la que se relacionan ambos sistemas, que es de orden pragmático. Fuera de problemas de legitimación, el establecimiento de normas de derechos humanos puede fundar deberes de establecimiento de normas punitivas

<sup>43</sup> WERLE, 2014: 27-28, con referencias ulteriores.

<sup>44</sup> Uno de los esfuerzos más notables en esta dirección es el de LUBAN, David (2004). “A Theory of Crimes Against Humanity”. *The Yale Journal of International Law* 29: 85-167. Esta estrategia individualiza el carácter colectivo de la categoría “humanidad”, de modo que tiene el potencial de asimilarla al atributo de la dignidad. Así, por ejemplo, Nicolás Carrillo reemplaza a la humanidad con la dignidad humana, la que, junto a la protección de la paz y la seguridad, constituyen genuinos bienes jurídicos globales [*global legal goods*], cuyas fuentes de protección no son solo los catálogos de derechos, sino también las garantías del derecho humanitario y las normas de derecho penal internacional. CARRILLO, Nicolás (2013). “The protection of global legal goods”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* XIII: 424-425. Para un análisis de la dignidad humana como objeto de protección del derecho penal doméstico, incluyendo una taxonomía de delitos (que no incluyen crímenes internacionales) y una breve discusión de la posibilidad de objetivar el valor en cuestión, véase HÖRNLE, Tatjana y Mordechai KREMNETZER (2011). “Human dignity as a protected interest in criminal law”. *Israel Law Review* 44: 143-167.

<sup>45</sup> Así SCHABAS, William (2011). *An introduction to the International Criminal Court*. 4th Edition. Cambridge: Cambridge University Press, p. 90.

<sup>46</sup> ROBINSON, 2008: 947.

internacionales. Como lo señala el mismo Robinson, la necesidad estricta de configurar un deber de punición a partir de la consagración de un deber de protección (humanitario o de derechos humanos) ha sido defendida irreflexivamente por la doctrina especializada<sup>47</sup>. Es decir, se ha asumido que todo lo que protege el derecho humanitario o los derechos humanos debe ser criminalizado.

Esta correlación de deberes ha sido asumida por la jurisprudencia internacional. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en *Pretty v. United Kingdom*, no solo negó la existencia de un derecho a morir, sino que afirmó que la protección del derecho a la vida “debe extenderse más allá del deber primario de aseguramiento [del derecho] y debe incluir la implementación de disposiciones efectivas de derecho penal para prevenir la comisión de actos lesivos contra la persona (...)”<sup>48</sup>. Por cierto, sin perjuicio de que la correlación se pueda construir en la dimensión internacional, el origen de esta se encuentra en el derecho doméstico. Fue formulada por primera vez por el Tribunal Constitucional Federal alemán, en su célebre fallo de control abstracto de constitucionalidad relativo a la regulación del aborto consentido (*BVerfGE* 39, 1). Allí el Tribunal estableció que el deber constitucional de proteger la vida del que está por nacer se extendía como mandato dirigido al legislador de dispensar protección penal de modo de asegurar dicho derecho a la vida.

En la dimensión doméstica, como ya se aprecia, la fundamentación de un deber de punición a partir de un deber de protección tiene como parámetro la Constitución, y por esa razón fue planteada por primera vez por un Tribunal Constitucional. Esto implica que el deber de punición puede ser interpretado como una concreción del mandato constitucional dirigido al legislador de proteger derechos fundamentales<sup>49</sup>. El correlato negativo de ello es la pérdida de autonomía que sufre el legislador, en el ejercicio de su prerrogativa de punición. Este es el aspecto problemático que está ausente en la dimensión internacional. En este plano no hay tal cosa como un parámetro normativo de distribución de competencias, ni tampoco un órgano legislador que reclame autonomía, de modo que la necesidad de establecimiento de deberes de punición a partir de deberes de protección solo puede presentarse como parte de una reconstrucción doctrinaria, pues carece de desempeño institucional.

En definitiva, los dos vínculos que se han planteado presuponen sistemas, en principio, diferenciados; y en cada caso hay costos que asumir. En el primer caso se retrocede a formas poco sofisticadas de legitimación racional del derecho punitivo, y se priva a la legislación punitiva de fundamento autónomo; y en el segundo caso se sacrifica la autonomía competencial del legislador punitivo. Por cierto, ninguno de estos costos es asumido por la Corte al presentar conjuntamente un tratado punitivo con un tratado de derechos humanos.

<sup>47</sup> ROBINSON, 2008: nota 129.

<sup>48</sup> TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Caso *Pretty v. United Kingdom*. Sentencia de 29 de abril de 2002. Nr. 2346/02 párrafo 38.

<sup>49</sup> Fundamental VIGANÒ, Francesco (2014). “La Arbitrariedad del No Punir. Sobre las Obligaciones de Tutela Penal de los Derechos Fundamentales”. *Política Criminal* 9(18): 428-476.

## CONCLUSIÓN

El fallo de la Corte invoca una práctica que denomina jurisdicción universal de protección de derechos fundamentales. Se trata de una invención de la Corte. Para permitirle algún desempeño a su invención, la Corte desconoce la regulación vigente de las instituciones que invoca. Debe hacerlo, pues invoca sistemas estructuralmente diferenciados. Así, desconoce el rol que juega la Convención Americana en la coordinación de intereses de Estados miembros en torno al respeto de derechos humanos, en la medida en que dispone de una categoría de derecho doméstico (los derechos constitucionales) para manifestar una expectativa de reforzamiento de derechos fundamentales de ciudadanos venezolanos, a la luz de actos que tienen lugar en territorio venezolano. Justifica su decisión apelando a la práctica histórica de jurisdicción punitiva universal por crímenes internacionales, invocando instrumentos normativos internacionales y jurisprudencia comparada, sin detenerse a analizar si efectivamente dan cuenta de la práctica de que se trata. Este razonamiento la lleva, por último, a asimilar irreflexivamente el derecho punitivo y los derechos fundamentales.

En la conclusión de este artículo, sin embargo, se ofrecerá una interpretación caritativa del fallo. El punto de partida se encuentra en la asunción de que, en algún nivel, tanto el derecho penal internacional como el derecho internacional de los derechos humanos se orientan a la protección de intereses comunes de toda la humanidad y son, entonces, funcionales a la conformación de una comunidad internacional.

Bajo cierta interpretación posible del fallo, la decisión se explica como una anticipación de la conformación de una comunidad internacional latinoamericana, cuyos miembros se coordinan disponiendo de estándares comunes. La Corte de hecho es explícita en que la jurisdicción extraterritorial no mediada por factores de conexión ni tratados internacionales se justifica en “casos de singular importancia y trascendencia para la pervivencia de la propia comunidad internacional” (considerando tercero). En una interpretación caritativa de dicha expresión, el desprecio que la Corte ha mostrado por la soberanía estatal se explica porque anticipa una convivencia regional en condiciones de postsoberanía, como la que caracteriza a la comunidad europea<sup>50</sup>.

Lo cierto es que la conformación de una comunidad internacional, coordinada y situada regionalmente, es un proceso que implica asentar instituciones jurídicas, a la vez que resolver diferencias políticas. El asentamiento del sistema jurídico internacional exige compromiso institucional por parte de los Estados con los mecanismos de resolución de controversias dispuestos en los cuerpos normativos internacionales, lo que implica disponer de ellos como mediadores en el proceso de coordinación. En ese sentido la jurisdicción universal es problemática, pues supone que el Estado cuyo Poder Judicial la ejerce se arroga la representación de toda la comunidad universal y la aptitud para proteger los intereses de la humanidad<sup>51</sup>. Esto explica que hasta hoy la relación entre la práctica de la jurisdicción (punitiva) universal y la jurisdicción internacional de un

<sup>50</sup> MAC CORMICK, Neil (2002). *Questioning Sovereignty. Law, State and Nation in the European Commonwealth*. Oxford: Oxford University Press, pp. 123-136.

<sup>51</sup> Sobre la doble dimensión de la jurisdicción universal, como protección de la humanidad y como ejercicio de violencia MANN, Itamar (2010). “The Dual Foundation of Universal Jurisdiction: Towards a Jurisprudence for the ‘Court of Critique’”. *Transnational Legal Theory* 1(4): 485-521.

tribunal penal permanente como la Corte Penal Internacional no sea una relación del todo resuelta, y haya quienes aboguen por transferir la una a la otra<sup>52</sup>. Ello revela una diferencia crucial entre el derecho penal internacional y los derechos humanos: mientras que los segundos se desempeñan en un sistema asentado, la comunidad universal sigue hasta hoy expectante frente a la evolución del primero, y la jurisdicción universal ha jugado un rol importante en esa incertidumbre. Si bien existe un proyecto antropocéntrico común a estas dos ramas del derecho internacional público, de manera tal que ambas han contribuido a perfilar al individuo como un nuevo sujeto normativo de este sistema jurídico durante los últimos 70 años, lo cierto es que dichas ramas se refieren a dimensiones diferentes, aunque complementarias, de la personalidad jurídica internacional. Dicha personalidad se define en función de dos cualidades copulativas: (i) la capacidad de ser titular de derechos y de presentar reclamaciones ante instancias jurisdiccionales para defenderlos (la “dimensión de derechos”); y (ii) la condición de ser destinatario de deberes jurídicos y de poder ser hecho responsable internacionalmente por su infracción (la “dimensión de deberes”)<sup>53</sup>. A partir de 1945 se ha intentado extender ambas dimensiones de la personalidad jurídica internacional, más allá de los Estados, a los individuos<sup>54</sup>, en la forma de los derechos humanos (dimensión de derechos) y del derecho penal internacional<sup>55</sup> (dimensión de deberes reforzados punitivamente, que han sido filosóficamente caracterizados como verdaderos “deberes humanos”)<sup>56</sup>.

De este modo, la decisión de la Corte, aun en caso de estar inspirada en un afán de integración y conformación de una genuina comunidad internacional, puede estar dando un paso en falso al trasladar la jurisdicción punitiva universal hacia el ámbito de la protección de derechos fundamentales universales, acentuando el ya exacerbado protagonismo de la dimensión de titularidad de derechos humanos de que gozan los individuos, en desmedro del desarrollo de la dimensión referida a los “deberes humanos” de comportamiento reforzados punitivamente que tiene todo ser humano para con sus congéneres.

#### BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR, Gonzalo (2006). “El Principio de Jurisdicción Universal: Una Propuesta de Aplicación en Chile”. *Estudios Constitucionales* 4(1): 333-366.
- AMBOS, Kai (2013). *Derecho Penal y Procesal Penal Internacional y Europeo. Nuevos Ensayos*. Santiago: Legal Publishing-Thomson Reuters.
- BASSIOUNI, M. Cherif (2001). “Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice”. *Virginia Journal of International Law* 42(1): 82-162.

<sup>52</sup> HOOVER, Dalila (2011). “Universal Jurisdiction not so Universal: A Time to Delegate to the International Criminal Court”, *Cornell Law School Inter-University Graduate Student Conference Papers*, 6-4.

<sup>53</sup> BROWNIE, 2012: 115.

<sup>54</sup> Una mirada crítica de este proceso y del éxito de su pretensión puede encontrarse en CRAWFORD, James (2014). *Chance, Order, Change: The Course of International Law*. La Haya: The Hague Academy of International Law, p. 210.

<sup>55</sup> BROWNIE, 2012: 126.

<sup>56</sup> HÖFFE, Otfried (2008). *El proyecto político de la modernidad*. Buenos Aires: FCE, p. 141.

- BROWNLIE, Ian (2012). *Principles of Public International Law*. Edited by James Crawford. 8<sup>th</sup> Edition. Oxford: Oxford University Press.
- CARRILLO, Nicolás (2013). “The protection of global legal goods”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* XIII: 405-450.
- CASSESE, Antonio *et al.* (2013). *International Criminal Law*. 3rd Edition. Oxford: Oxford University Press.
- CRAWFORD, James (2014). *Chance, Order, Change: The Course of International Law*. La Haya: The Hague Academy of International Law.
- DULITZKY, Ariel (2015). “An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights”. *Texas International Law Journal* 50(1): 45-93.
- FERRADA, Juan Carlos, Andrés BORDALÍ y Kamel CAZOR (2003). “El recurso de protección como mecanismo de control jurisdiccional ordinario de los actos administrativos: una respuesta inapropiada a un problema jurídico complejo”. *Revista de Derecho* XIV: 67-81.
- FUENTES, Ximena (2004). “La Jurisdicción Universal y la Corte Penal Internacional”. *Revista de Estudios de la Justicia* 4: 123-134.
- GARDBAUM, Stephen (2008). “Human Rights as International Constitutional Rights”. *European Journal of International Law* 19(4): 749-768.
- GÓMEZ, Antonio (2003). *El Ius Cogens Internacional. Estudio histórico-crítico*. México D.F.: UNAM.
- HIGGINS, Rosalyn (2010). *Problems and Process. International Law and How We Use it*. Oxford: Clarendon Press.
- HOOVER, Dalila (2011). “Universal Jurisdiction not so Universal: A Time to Delegate to the International Criminal Court”, *Cornell Law School Inter-University Graduate Student Conference Papers*, 6-4.
- HÖFFE, Otfried (2008). *El proyecto político de la modernidad*. Buenos Aires: FCE.
- HÖRNLE, Tatjana y Mordechai KREMNITZER (2011). “Human dignity as a protected interest in criminal law”. *Israel Law Review* 44: 143-167.
- LANGER, Máximo (2011). “The diplomacy of universal jurisdiction: The political branches and the transnational prosecution of international crimes”. *American Journal of International Law* 105(1): 1-49.
- LUBAN, David (2004). “A Theory of Crimes Against Humanity”. *The Yale Journal of International Law* 29: 85-167.
- MAC CORMICK, Neil (2002). *Questioning Sovereignty. Law, State and Nation in the European Commonwealth*. Oxford: Oxford University Press.
- MANN, Itamar (2010). “The Dual Foundation of Universal Jurisdiction: Towards a Jurisprudence for the ‘Court of Critique’”. *Transnational Legal Theory* 1(4): 485-521.

- MURPHY, Sean (2012). *Principles of International Law*. 2<sup>nd</sup> Edition. Michigan: Thomson Reuters.
- MACEDO, Stephen (ed.) (2001). *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction*. Princeton: Princeton University.
- OCHOA, María Julia (2014). “La protección de los derechos humanos en Venezuela frente a la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos* 25(1): 195-211.
- RÍOS, Lautaro (2007). “La Acción Constitucional de Protección en el Ordenamiento Jurídico Chileno”. *Estudios Constitucionales* 5(2): 37-60.
- ROBINSON, Darryl (2008). “The identity crisis of International Criminal Law”. *Leiden Journal of International Law* 21: 925-963.
- SAFFERLING, Christoph (2004). “Can Criminal Prosecutions be the Answer to Massive Human Rights Violations?”. *German Law Journal* 5(12): 1469-1488.
- SCHABAS, William (2011). *An introduction to the International Criminal Court*. 4th Edition. Cambridge: Cambridge University Press.
- SCHÜNEMANN, Bernd (2007). “El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación”, en *La Teoría del Bien Jurídico* (editor: HEFENDEHL, Ronald), Madrid: Marcial Pons.
- SMEULERS, Alette y Fred GRÜNFELD (2011). *International Crimes and other Gross Human Rights Violations*. Leiden and Boston: Martinus Nijhoff Publishers.
- VIGANÒ, Francesco (2014). “La Arbitrariedad del No Punir. Sobre las Obligaciones de Tutela Penal de los Derechos Fundamentales”. *Política Criminal* 9(18): 428-476.
- VILLARINO, Cristina (2006). “The Crime of Aggression before the House of Lords”. *Journal of International Criminal Justice* 4: 866-877.
- WERLE, Gerhard (2014). *Principles of International Criminal Law*. 3rd Edition. Oxford: Oxford University Press.

#### TRATADOS INTERNACIONALES

- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio*, adoptada el 9 de diciembre de 1948.
- \_\_\_\_\_. *Convenios de Ginebra I, II, III y IV*, adoptados el 12 de agosto de 1949.
- \_\_\_\_\_. *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, adoptada el 23 de mayo de 1969, art. 53.
- \_\_\_\_\_. *Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra*, adoptado el 10 de junio de 1977.
- \_\_\_\_\_. *Convención contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes*, adoptada el 10 de diciembre de 1984.
- ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Convención Americana de Derechos Humanos*, adoptada el 22 de noviembre de 1969.
- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, adoptado el 17 de junio de 1998.



### JURISPRUDENCIA

CORTE IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C N° 154.

—. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C N° 158.

—. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C N° 220.

—. *Caso Gelman vs. Uruguay* (fondo y reparaciones). Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C N° 221.

—. *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C N° 239.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *República Democrática del Congo v. Bélgica (Arrest Warrant)*. Fondo. Sentencia de 14 de febrero de 2002. Serie 837.

—. *Nicaragua v. Estados Unidos (Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua)*. Fondo. Sentencia de 27 de junio de 1986. Serie 520.

—. *República Democrática del Congo v. Ruanda*. Fondo. Sentencia de 3 de febrero de 2006. Serie 126.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO. Fallo Rol 346. 8 de abril de 2002 (control de constitucionalidad del Estatuto de Roma).

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Pretty v. United Kingdom*. Sentencia de 29 de abril de 2002. Nr. 2346/02.

Recibido: 15 de marzo de 2016

Aceptado: 1 de junio de 2016



## **RADIOS COMUNITARIAS Y SU CRIMINALIZACIÓN EN CHILE** *Chile's Community Radio Stations and Their Criminalization*

### **Gustavo Andrés Alfonsi Canales**

Defensoría Popular, Chile

Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Diego Portales. Abogado de la Defensoría Popular e integrante del Grupo de acción para comunicadores en conflicto en Santiago de Chile. gustavo.alfonsi@gmail.com

### **Javier García García**

Defensoría Popular, Chile

Graduado en Derecho y Magíster en Derechos Fundamentales, Universidad Nacional de Educación a Distancia, España. Actualmente desarrolla estudios de Doctorado en Derecho en la Universidad de Castilla y La Mancha, España. Forma parte del Grupo de acción para comunicadores en conflicto de la Defensoría Popular en Santiago de Chile. javgarcia@ucm.es

### **RESUMEN**

El artículo realiza un análisis de la aplicación de sanciones penales a la radiodifusión sin autorización en Chile. Esta situación comenzó en 1991 al incluirse en la Ley general de telecomunicaciones (Ley N° 18.168): la imposición de multa, comiso de equipos e incluso pena privativa de libertad, sanciones que se mantienen en la actualidad a pesar de las críticas realizadas a Chile por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en sus informes anuales. En 2010 es promulgada una ley de radios comunitarias y ciudadanas (Ley N° 20.433) para dar respuesta a la demanda de mejores condiciones para estas emisoras sustituyendo la normativa de radios de mínima cobertura precedente. Sin embargo, el análisis de los datos existentes permite concluir que a cinco años de su aprobación es más alto el número de sanciones penales aplicadas que las concesiones otorgadas a nuevas emisoras. Esta situación provocó las protestas de las organizaciones del sector que contribuyeron a que el poder legislativo esté discutiendo actualmente la modificación del artículo 36B letra a) de la Ley N° 18.168.

La incompatibilidad de esta normativa con los tratados internacionales acerca de derechos humanos se ha puesto de manifiesto en las reiteradas menciones a Chile en los Informes de la Relatoría para la Libertad de Expresión de la CIDH en las que pide la sustitución de las sanciones penales por sanciones de carácter administrativo. Los senadores que participan del debate del Proyecto de Ley para modificar el artículo 36B muestran su acuerdo respecto de la eliminación de la pena de presidio, pero existen discrepancias respecto de mantener otras sanciones penales como el comiso. En este artículo proponemos su eliminación por considerarlo una medida desproporcionada y contraria a los estándares interamericanos que consideran la radiodifusión sin autorización como una infracción que debe ser abordada mediante sanciones de carácter administrativo.

### **PALABRAS CLAVES**

Radios comunitarias; libertad de expresión; radiodifusión sin autorización; sanciones penales.

#### ABSTRACT

The article examines the application of criminal sanctions to unauthorized radio broadcasting in Chile. The origins of the current state of affairs can be dated back to 1991, when fines, seizure of equipment and even imprisonment were incorporated into the General Law of Broadcasting (Bill Number 20.433). These sanctions have remained in effect in spite of the criticism leveled against Chile by the Inter-American Commission of Human Rights in its annual reports. In 2010 a community and citizens radio stations Bill was passed (Law Number 20.433) to address the demand of these broadcasting entities for better broadcasting conditions, thus replacing previous legislation on minimum broadcasting radio stations. However, an analysis of existing data shows that five years after the bill was passed, the number of criminal sanctions applied is greater than the number of licenses issued to new stations. The organisations in the industry have (since then) put forward complaints, which have contributed to current discussions in Congress about the possibility of modifying Article 36 B, Letter a) of the Law Number 18.168.

That there is an incompatibility between this legislation and international human rights treaties is evident given the repeated mentions of Chile in the reports of the Rapporteurship for Freedom of Expression of the Inter-American Commission of Human Rights, which suggests replacing criminal sanctions with administrative ones. The senators who debated the Bill to modify Article 36 B agreed on eliminating imprisonment, but there was a lack of consensus as to whether other criminal sanctions such as equipment seizure should remain in effect. This paper suggests that seizure should be eliminated as it is a disproportionate measure. As such, it also opposes Inter-American standards, which view unauthorized radio broadcasting as an infraction that needs to be addressed with administrative sanctions.

#### KEY WORDS

Community Radio Stations; freedom of expression; unauthorized broadcasting; criminal sanctions.

#### INTRODUCCIÓN

Organizaciones como la Red de Medios de los Pueblos o el capítulo chileno de la Asociación Mundial de Radios Comunitarias (AMARC) vienen denunciando los obstáculos y restricciones que encuentran las radios comunitarias en Chile<sup>1</sup>. Las mayores críticas se refieren a la aplicación de sanciones penales a las emisoras que carecen de autorización que fueron incluidas en 1991 en la Ley N° 18.168 de 2 de octubre de 1982 que establece la Ley general de telecomunicaciones (artículo 36 B).

El maltrato a las emisoras de radio sin fines de lucro en Chile ha sido constatado también por organismos internacionales siendo reiteradas las menciones a Chile en los Informes de la Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). A esto se suma la reciente publicación por la CIDH del Informe de Fondo del caso *Miguel Ángel Millar Silva y otros (Radio Estrella del Mar de Melinka)*<sup>2</sup>. En el citado caso, la CIDH declaró la responsabilidad

<sup>1</sup> LAGOS, Claudia y Raúl RODRÍGUEZ (2014). "Al borde del dial: Radio comunitaria y libertad de expresión en Chile: 2000-2010". *Revista Faro* (10): 30-49. <http://www.revistafaro.cl/index.php/Faro/article/view/313> [consulta: 01.02.2016].

<sup>2</sup> CIDH. Informe N° 77/15. Caso 12.799 Miguel Ángel Millar Silva y otros, radio Estrella del Mar de Melinka. 28 octubre 2015. OEA/Ser.L/V/II.156. Doc.30. El Estado se comprometió a otorgar una reparación

internacional del Estado de Chile por la violación del derecho a la libertad de expresión y a la igualdad. Chile aceptó las recomendaciones de la CIDH mediante un acuerdo con los peticionarios, el que reconoce la deficiente implementación de la ley de radios comunitarias y se compromete a realizar programas de fomento de la radiodifusión ciudadana<sup>3</sup>.

## I. LA LEGISLACIÓN DE LAS RADIOS COMUNITARIAS EN CHILE

Las radios comunitarias son emisoras de ámbito local sin finalidad lucrativa y con fines informativos, comunitarios, sociales o culturales que se encuentran reguladas en la Ley N° 20.433 de 2010<sup>4</sup>. Esta normativa supone una mejora respecto de la precedente regulación de servicios de radiodifusión de mínima cobertura<sup>5</sup>, por lo que generó una expectativa en la sociedad chilena que animó a muchos grupos sociales a crear sus propias emisoras de radio. Pero la lenta y deficiente implementación de la ley ha contribuido a que estas iniciativas quedaran al margen de la legalidad al no poder acceder a concesiones mientras se procedía al despeje del segmento especial del espectro radioeléctrico destinado a radios comunitarias<sup>6</sup>.

No ha sido hasta el primer cuatrimestre de 2013 cuando se ha comenzado a realizar los primeros llamados a concursos<sup>7</sup>. Hasta enero de 2016 solo constaba la otorgación de apenas dieciocho nuevas concesiones de radiodifusión comunitaria<sup>8</sup>.

La siguiente tabla muestra una correlación entre el número de denuncias y el número de concesiones: mientras no se asignaron concesiones, hubo un número creciente de denuncias por emisión sin autorización.

---

pecuniaria, a favor de cada una de las víctimas; garantías de no repetición mediante la implementación de la Ley N° 20.433, "Creación de los Servicios de Radiodifusión Comunitaria", con la implementación de programas de fomento de la radiodifusión ciudadana en las Regiones X y XI (con énfasis en Chiloé y Guaitecas); realización de un seminario sobre aspectos de la implementación de dicha ley a la luz de los estándares internacionales de acceso a una radiodifusión libre e incluyente, a cargo de la Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores y con la participación de la Subsecretaría de Comunicaciones del Gobierno de Chile, el Instituto Nacional de Derechos Humanos.

<sup>3</sup> CIDH. Informe N° 77/15.

<sup>4</sup> Ley N° 20.433 de 2010, que crea los Servicios de Radiodifusión Comunitaria Ciudadana, de 4 de mayo de 2010.

<sup>5</sup> Ley N° 19.277 de 1994, que introduce modificaciones que indica a la Ley N° 18.168, general de telecomunicaciones, de 20 de enero de 1995. Art. 2: Los servicios de radiodifusión de mínima cobertura están constituidos por una estación de radiodifusión cuya potencia radiada no exceda de 1 watt como máximo, dentro de la banda de los 88 a 108 MHz.

<sup>6</sup> Ley N° 20.433 (2010), artículo 3.

<sup>7</sup> Hasta esa fecha, las concesiones de radiodifusión comunitarias se limitaron a la transformación de la concesión de 238 de las 287 radios de mínima cobertura existentes previamente a la Ley N° 20.433.

<sup>8</sup> Orden N° 1405 del Subsecretario de Telecomunicaciones de Chile, de 12 de febrero de 2016.

**Tabla 1.** Número de denuncias y nuevas concesiones comunitarias (2010-2015)

<b>36 B, apartado a)</b>	<b>2010</b>	<b>2011</b>	<b>2012</b>	<b>2013</b>	<b>2014</b>	<b>2015</b>	<b>Total</b>
Denuncias ingresadas por SUBTEL en Ministerio Público	14	13	15	22	30	11	105
Nuevas concesiones de Radio Comunitaria	0	0	0	0	5 <sup>9</sup>	13	18 <sup>10</sup>

**Fuente:** Elaboración propia a partir de datos Subsecretaría de Telecomunicaciones.

## II. SANCIONES PENALES A LA RADIODIFUSIÓN SIN AUTORIZACIÓN

### 1. *La radiodifusión sin autorización como un delito*

La Ley General de Telecomunicaciones recoge las distintas infracciones y sanciones derivadas del incumplimiento de la normativa de radiodifusión (artículos 36 a 39 bis). Este régimen sancionador incluye medidas de carácter administrativo (amonestación, multas, suspensión de transmisiones y caducidad de la concesión) y de carácter penal, en el caso de infracciones de mayor gravedad (artículo 36 B). Entre estas últimas encontramos el artículo 36B letra a) que tipifica como delito la radiodifusión sin autorización y establece penas de presidio menor en su grado mínimo a medio (61 días a 3 años), multa de 5 a 300 unidades tributarias y comiso de equipos. La conducta es perseguible independientemente de que existan terceros perjudicados o la actividad se realice sin fines lucrativos o maliciosos.

Al tratarse de un delito de acción pública cualquier persona está legitimada para realizar una denuncia ante el Ministerio Público, si bien lo habitual es la participación de la Subsecretaría de Telecomunicaciones del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones para verificar que la emisora denunciada carece de concesión.

La policía es la encargada de realizar la investigación del delito, de personarse en la emisora de radio para proceder a la incautación de sus equipos y proceder a la detención de las personas que se encuentren en ese momento operando la emisora para conducir las a la unidad policial respectiva donde se les toman los datos. Si los detenidos son formalizados por la Fiscalía se iniciará un juicio penal en el Juzgado de Garantía correspondiente.

En los procesos judiciales a los cuales se ha tenido acceso no se ha encontrado ninguna condena de presidio, ya sea, en algunos casos, (i) por el archivo provisional del procedimiento, en otros, (ii) por la suspensión condicional y, en otros, (iii) por la aplicación del principio de oportunidad, ya que el delito no compromete gravemente el interés

<sup>9</sup> Resoluciones exentas N<sup>os</sup> 4.496, 4.497, 4.498, 4.715 y 4.716, todas de la Subsecretaría de Telecomunicaciones.

<sup>10</sup> Orden N<sup>o</sup> 1405.

público<sup>11</sup>. Por tanto, si no hay sanción penal efectiva, el 36B, letra a), es una forma de criminalización y castigo por medio de su procedimiento, que además tiene una duración prolongada.

## 2. *El origen de la criminalización a las radios comunitarias*

Tras el fin de la dictadura comenzaron a operar en Chile pequeñas emisoras de radio que carecían de concesión al no estar este tipo de emisoras previstas en la normativa de telecomunicaciones. En enero de 1990 se constituye la Agrupación Nacional de Radio Popular (ANARAP) y en abril de 1990 comienza sus emisiones Radio Villa Francia. Meses después ANARAP llega a contabilizar 58 experiencias radiales, 32 pertenecen a la Región Metropolitana y 26 a regiones<sup>12</sup>.

Ante esta situación la Asociación de Radiodifusores (ARCHI) presionó al gobierno para que procediera a la clausura de estas emisoras, especialmente a partir del asalto sufrido a su sede en octubre de 1990 por parte de un grupo subversivo que realizó pintadas con alusiones a las emisoras sin autorización<sup>13</sup>.

Desde la Unión Demócrata Independiente (UDI) se refirieron a las radios comunitarias como “emisoras clandestinas ligadas al Partido Comunista” y como “caballos de Troya del PC”, llegando a vincular a algunos de sus promotores con Sendero Luminoso<sup>14</sup>. En mayo de 1991 diez Diputados de Renovación Nacional presentaron una Acusación Constitucional<sup>15</sup> contra el Ministro de Transportes y Telecomunicaciones, Germán Correa, por permitir la existencia y proliferación de las emisoras ilegales. La acusación fue rechazada el 11 de junio de 1991 al mismo tiempo que ingresó en el Senado el Proyecto de Ley cuyo objeto era impedir la existencia de radios sin autorización.

La penalización de la explotación de servicios de radiodifusión sin autorización fue introducida poco después, en agosto de 1991<sup>16</sup>, en la Ley General de Telecomunicaciones junto con otros delitos de muy distinta naturaleza, como sean la interferencia, la interceptación o la interrupción maliciosa de servicios de telecomunicaciones. Paralelamente, el 9 de julio de 1991 el gobierno presentó un Proyecto de Ley para que las radios comunitarias puedan acceder a concesiones, pero no fue hasta 1994 cuando se aprobó la norma que permitió la existencia de servicios de radio de mínima cobertura<sup>17</sup>.

<sup>11</sup> En 2011, en el caso N° RUC 1100758696-7, en XIV Región, el Fiscal del Ministerio Público resolvió aplicar el principio de oportunidad por considerar que no existe compromiso grave del interés público. Esta medida implicó que la Fiscalía haya determinado finalizar la investigación en la causa por no comprometer gravemente la seguridad pública y por las bajas penalidades que contempla el delito.

<sup>12</sup> AGUILERA, Oscar (1998). *Radios Comunitarias 1990-1996: origen y proceso de legalización*. Santiago de Chile: Programa Comunicación Social de Base. ECO, Educación y Comunicaciones. Disponible en: <[http://www.ongeco.cl/wp-content/uploads/2015/04/estudio\\_ley\\_minima\\_cobertura.pdf](http://www.ongeco.cl/wp-content/uploads/2015/04/estudio_ley_minima_cobertura.pdf)> [consulta: 01.03.2016].

<sup>13</sup> HERRERA, Jaime (1997). *Estatuto jurídico de la radiodifusión*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, pp. 217 ss.

<sup>14</sup> AGUILERA, 1998: 8.

<sup>15</sup> Cámara de Diputados, Sesión 6ª 11 de junio de 2011. Oficio 348.

<sup>16</sup> Ley N° 19.091, que modifica título VIII de la Ley 18.168, Ley general de telecomunicaciones, de 7 de noviembre de 1991, artículo único.

<sup>17</sup> Ley N° 19.277 (1994), artículo 2.

### III. EL DEBATE SOBRE LA DESPENALIZACIÓN DE LA RADIODIFUSIÓN SIN AUTORIZACIÓN

#### 1. *Incompatibilidad con el Derecho internacional*

Tanto desde la doctrina como desde las organizaciones de derechos humanos se ha considerado la improcedencia de la penalización de la radiodifusión sin autorización por su incompatibilidad con los tratados internacionales en materia de derechos humanos<sup>18</sup>.

La Relatoría Especial para la libertad de expresión de la CIDH ha señalado en diferentes oportunidades que “la utilización del derecho penal para sancionar violaciones del régimen de radiodifusión puede resultar problemática a la luz de la Convención Americana<sup>19</sup>”.

La citada Relatoría se ha referido en varios de sus informes a la aplicación de sanciones penales a la radiodifusión sin autorización en Chile. En su Informe anual de 2011 manifestó que “toda restricción impuesta a la libertad de expresión por las normas sobre radiodifusión debe ser proporcionada, en el sentido que no exista una alternativa menos restrictiva del derecho a la libertad de expresión para lograr el fin legítimo perseguido. Así, el establecimiento de sanciones penales ante casos de violaciones a la legislación sobre radiodifusión no parece ser una restricción necesaria”<sup>20</sup>. Cuestión que reiteró en su Informe de 2012 en el que se hizo eco del allanamiento de emisoras de radio en las comunas de Paine y de Puquiñe Lumaco e insistió en que “las leyes en materia de radiodifusión deben adecuarse a los estándares internacionales y deben hacerse cumplir mediante el uso de sanciones administrativas proporcionales y no mediante el empleo del derecho penal”. Asimismo, recordó “que no es suficiente el reconocimiento legal de la radiodifusión comunitaria si existen normas que establecen condiciones discriminatorias para su operación o sanciones desproporcionadas como el uso del derecho penal”<sup>21</sup>. En su último Informe la Relatoría se hace eco de los allanamientos realizados contra Radio 1, de Concón; Radio La Victoria, de Pedro Aguirre Cerda; Radio La Voz de Nueva Braunau, de Puerto Varas; y Radio Manque, de Rancagua y reitera que “el establecimiento de sanciones de tipo penal para la radiodifusión comercial o comunitaria, que pueda verse enfrentada a una falta por la inexistencia o el mal uso de la licencia, es una reacción desproporcionada”<sup>22</sup>.

#### 2. *Propuestas legislativas y el debate sobre la despenalización*

En los últimos años se han producido intentos para modificar las penas incluidas en el artículo 36B letra a) de la Ley General de Telecomunicaciones. En 2012, dentro de la tramitación del Proyecto de Ley que crea la Superintendencia de Telecomunicaciones, se

<sup>18</sup> LORETI, Damián (2006). *Razones jurídicas que determinan la improcedencia de la penalización de la radiodifusión sin autorización*. Asociación Mundial de Radios Comunitarias, pp. 18-19.

<sup>19</sup> ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, adoptada el 22 de noviembre de 1969.

<sup>20</sup> CIDH. *Informe anual de la Relatoría para la libertad de expresión*, de 30 de diciembre de 2011. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 69.

<sup>21</sup> CIDH. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 69.

<sup>22</sup> CIDH. *Informe anual de la Relatoría para la libertad de expresión*, de 31 de diciembre de 2015. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 48/15.



propuso una disminución de las multas y la eliminación de la pena privativa de libertad a quienes operen servicios de telecomunicaciones o de radiodifusión sin autorización<sup>23</sup>. Sin embargo, en las indicaciones presentadas se mantenía la pena de comiso y la tipificación como delito o como falta, por lo que no se producía una despenalización total.

Ante la paralización en 2014 del Proyecto de Ley de la Superintendencia de Telecomunicaciones y la sucesiva aplicación de lo dispuesto en el artículo 36B a emisoras comunitarias el senador Alejandro Navarro presentó en diciembre de 2015 una moción para modificar la pena por la radiodifusión no autorizada. El texto inicial del Proyecto de Ley, que se encuentra en discusión, indica que “Comete falta el que opere o explote servicios o instalaciones de radiodifusión sin autorización de la autoridad correspondiente, y el que permita que en su domicilio, residencia, morada o medio de transporte, operen tales servicios o instalaciones. La multa en estos casos será de 1 a 3 UTM<sup>24</sup>”.

### ***3. Argumentos para la eliminación de toda sanción penal y su sustitución por sanciones administrativas***

Sin duda, la correcta administración del espectro radioeléctrico es un bien jurídico que amerita protección por parte del Estado. El espectro o espacio radioeléctrico es un bien escaso, y su naturaleza es la de ser un bien nacional, cuyo dominio pertenece a toda la Nación. El correcto uso del espacio radioeléctrico busca facilitar el uso y goce de este bien por parte de la mayor cantidad de agentes posibles, en condiciones de libertad e igualdad (artículo 2 de la Ley General de Telecomunicaciones).

No obstante lo señalado, hoy existen evidencias de que en Chile no se cumple a cabalidad con este objetivo, situación que a nuestro juicio ha comenzado a deslegitimar el sistema de regulación de medios existente hoy en el país.

Una primera evidencia apunta al sistema de concesiones y permisos establecido en la Ley General de Telecomunicaciones, así como también a la Ley N° 20.433 que crea los servicios de radiodifusión comunitaria ciudadana.

Por un lado, la Ley General de Telecomunicaciones si bien en su artículo 3 reconoce diferentes tipos de servicios de radiodifusión, al momento de asignar los permisos utiliza solo parámetros estrictamente técnicos<sup>25</sup>, y al privilegiar estos criterios omite otros posibles, como por ejemplo tomar en cuenta la concentración de propiedad que hay detrás de cada permiso o la pluralidad de contenido necesaria para evitar la formación de un discurso comercial hegemónico en los medios de radiodifusión.

Por su parte, la Ley N° 20.433 de radios comunitarias en su artículo tercero limita el acceso de este tipo de radios a solo el 10% del espectro radioeléctrico. Esta limitación trae como consecuencia la competencia entre radios comunitarias por un espacio ínfimo en el dial, provocando situaciones de arbitrariedad como la señalada en el artículo

<sup>23</sup> Boletín N° 8.034-15, sobre Informe de la Comisión de Ciencia y Tecnología recaído en el proyecto de Ley que crea la Superintendencia de telecomunicaciones, de 01 de agosto de 2012.

<sup>24</sup> SENADO DE LA REPÚBLICA DE CHILE. Boletín N° 10.456-15, que modifica la pena para la radiodifusión no autorizada, de 21 de diciembre de 2015.

<sup>25</sup> Al respecto véanse los artículos 12 y 13 inciso 5 de la Ley General de Telecomunicaciones.

octavo de dicha ley, que señala que “En el caso de que dos o más concursantes estén en condiciones similares y no teniendo ninguno de ellos la calidad de anterior concesionario, el concurso se resolverá por sorteo público”.

Un segundo indicio de que en Chile no se accede en condiciones de libertad e igualdad al espectro radioeléctrico, es la preocupante concentración de medios de comunicación que existe en el país. Esta tendencia se debe en parte a una política de desregulación que el Estado chileno ha seguido desde comienzos de los años noventa<sup>26</sup>. Hoy en el mundo de la radiodifusión chilena podemos encontrar seis grandes grupos económicos que abarcan el 70% de las radios a nivel nacional, tres de estos grupos abarcan el 50%<sup>27</sup>. De esta manera, las radios comerciales ajenas a los grandes grupos económicos solo pueden acceder al 20% del espacio radioeléctrico, y las radios sin fines de lucro, como las radios comunitarias, solo pueden obtener licencias dentro del 10% del espacio radioeléctrico.

Un tercer indicio de esta falta de legitimidad en el uso del espacio radioeléctrico es la norma del artículo 36B letra a) de la Ley General de Telecomunicaciones. En la práctica esta norma permite perseguir y sancionar penalmente a las radios comunitarias que transmitan sin la autorización de la autoridad, la que en los últimos 5 años ha tenido un bajo índice de otorgamiento de licencia a radios comunitarias, afectando desmedidamente su derecho a la libertad de expresión e información, bajo el pretexto del resguardo del correcto uso del espectro radioeléctrico<sup>28</sup>.

De todo lo precedentemente expuesto, es posible advertir que hoy muchas radios comerciales y no comerciales encuentran serios problemas para acceder en condiciones de libertad e igualdad al espectro radioeléctrico. Debido a lo anterior, es sensato cuestionar la legitimidad del sistema de sanciones establecidos en la Ley General de Telecomunicaciones, así como también la real necesidad de que este sistema sea tutelado mediante el uso del derecho penal, no solo porque mediante él se puede estar defendiendo situaciones injustas en un contexto de democracia moderna y plural, sino también porque está empíricamente comprobado que no existe una correlación significativa entre la severidad de las penas y la disminución de la criminalidad, por lo que dicha norma termina apareciendo como poco idónea e innecesaria<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> Pedro Anguita expresa que “los gobiernos de la Concertación se basaron en un principio formulado hace mucho tiempo por la cultura anglosajona, que ha sostenido que la mejor política legislativa relativa a los medios de comunicación es no tenerla. Con ello se dejó el campo abierto a los agentes del mercado, sin una mínima regulación”. UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES (2011). *Informe anual sobre Derechos Humanos en Chile 2010*. Santiago de Chile: Universidad Diego Portales. Disponible en: <<http://www.derechoshumanos.udp.cl/derechoshumanos/index.php/publicaciones/func-startdown/535/>> [consulta: 30.05.2016].

<sup>27</sup> RED DE MEDIOS DE LOS PUEBLOS (2009). *Radiodifusión en Chile: Informe sobre la penalización de la transmisión sin licencia y cierre de radios comunitarias en Chile*. Santiago de Chile: ECO Comunicaciones.

<sup>28</sup> Es importante señalar que estas radios que operan sin licencia lo hacen debido a que los concursos de adjudicación de concesiones no comenzaron hasta 2013 y han sido limitados en número, por lo que en muchas comunas ni siquiera se han efectuado llamados a concurso como muestran los datos de la SUBTEL disponibles en: <<http://www.subtel.gob.cl/inicio-concesionario/llamados-a-concurso/radiodifusion-sonora/>> [consulta: 30.05.2016].

<sup>29</sup> En los Estados Unidos el uso de la pena de muerte en los distintos estados en los que está vigente no ha significado un descenso en las tasas de criminalidad. Véase ZÚÑIGA, Laura (2001). *Política Criminal*. Madrid: Editorial Colex, p. 41.

A mayor abundamiento, y en estricta relación con lo ya señalado, es importante destacar que la aplicación del artículo 36B letra a) se ha llevado a cabo en clara contravención con los principios de proporcionalidad penal y *ultima ratio* del derecho penal, y de las recomendaciones de la CIDH que ha condenado enérgicamente el uso del derecho penal en materias de derecho a la comunicación y libertad de expresión<sup>30</sup>.

A nuestro juicio el artículo 36B letra a) de la Ley General de Telecomunicaciones soslaya un principio penal propio de un Estado de Derecho moderno como lo es el principio de proporcionalidad en materia penal, el que como lo ha entendido la doctrina alemana y española, abarca los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto<sup>31</sup>. Si analizamos cada uno de estos subprincipios encontraremos que ninguno de ellos es satisfecho íntegramente por el artículo 36B letra a).

El principio de idoneidad, en términos generales, ordena que el derecho penal intervenga solo cuando sea eficaz e idóneo para prevenir el delito. En este sentido la aplicación del artículo 36B letra a) no ha sido apta para prevenir que las radios operen sin la debida autorización ni tampoco ha evitado la proliferación de este tipo de radios. Al contrario, desde el 2010 hasta el 2014 se evidenció un sustancial aumento de estos casos en parte debido a la mala implementación de la Ley N° 20.433<sup>32</sup>.

Tampoco ha sido idóneo por cuanto en la práctica no se ha logrado una generalizada aplicación efectiva de las penas, la mayoría de los casos se resolvieron mediante salidas alternativas a la pena o por aplicación del principio de oportunidad por parte de los fiscales<sup>33</sup>.

En cuanto al principio de necesidad o de la exclusiva protección de bienes jurídicos, consistente en que solo se deben atacar penalmente las ofensas *más graves* a bienes jurídicos en un tiempo y sociedad determinada, creemos que tampoco se cumple. Hoy no puede sostenerse seriamente que las radios comunitarias con una mínima cobertura y ejerciendo actividades de servicio a la comunidad representen una grave amenaza a bienes jurídicos tales como el orden público, la legalidad y menos aún a la libertad de expresión de las radios comerciales, las que como ya señalamos, gozan del 90% del espectro radioeléctrico, de una variada oferta comercial y de una potencia suficiente para emitir sus señales a lo largo de todo el país.

<sup>30</sup> CIDH (2010). *Estándares de libertad de expresión para una radiodifusión libre e incluyente*, párr. 41: “establecimiento de sanciones penales ante casos de violaciones a la legislación sobre radiodifusión no parece ser una restricción necesaria. En tal sentido, resulta relevante mencionar que tanto la CIDH como la Corte Interamericana han considerado, en todos los casos concretos que han sido objeto de su estudio y decisión, que la protección de ciertos derechos vulnerados por el ejercicio de la libertad de expresión por medio de sanciones penales resultaba desproporcionada e innecesaria en una sociedad democrática”.

<sup>31</sup> AGUADO, Teresa (1999). *El principio de proporcionalidad en el Derecho Penal*. Madrid: Edersa, p. 67.

<sup>32</sup> El propio Estado de Chile ha reconocido ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos la deficiente implementación de la Ley N° 20.433 de 2010 y se ha comprometido a realizar programas de fomento de la radiodifusión ciudadana. CIDH (2015). Informe N° 77/15. Caso 12.799 Miguel Ángel Millar Silva y otros (Radio Estrella del Mar de Melinka).

<sup>33</sup> SENADO DE LA REPÚBLICA DE CHILE. Boletín N° 10.456-15. *Informe de la Comisión de Transportes y Telecomunicaciones del Senado*, de 9 de abril 2016. Luis Pardo, Presidente de la Asociación de Radiodifusores de Chile (ARCHI) señala que “Durante los diez años que la entidad que representa se ha involucrado en este ámbito, jamás se ha verificado la aplicación efectiva de una pena privativa de libertad o de una multa, no obstante contemplarse en la legislación actual”.

Respecto del subprincipio de proporcionalidad de las penas en sentido estricto, implícito en nuestra legislación y directamente vinculado con el concepto de justicia y de igualdad ante la ley, debemos señalar que a nuestro juicio este principio tampoco es respetado al aplicarse el artículo 36B letra a), ya obliga al Estado a una adecuada justicia penal, que no puede ser sobredimensionada. Así, debe existir una adecuada proporción entre la amenaza penal y el daño social del hecho. Esta adecuación, que a nuestro juicio no se da en la especie, ya que no hay un riesgo efectivo de vulneración de la libertad de expresión de los medios de comunicación comerciales producto de la actividad de radios sin licencia, sino más bien situaciones marginales que si bien requieren cierto control, no justifica la aplicación del derecho penal sobre ellas.

De esta forma, el artículo 36B letra a) resulta desproporcionado, pues en muchos de los casos en que este se aplica, resulta tanto desmerecido como no necesario. Así, bajo el pretexto de la protección al correcto uso del espectro radioeléctrico, se sanciona de la misma forma tanto al que opera una estación de televisión clandestina de gran alcance, que incluso pueda difundir contenidos contrarios al orden o salud pública, como al que opera a una radio comunitaria de extensión muy restringida y local, que divulgue noticias de interés público para la comunidad<sup>34</sup>. Entonces, es evidente que la gravedad de la pena en la mayoría de los casos no se condice con la gravedad del delito.

Otro argumento para la eliminación de todo tipo de sanción penal respecto de actividades de radios comunitarias que operan sin licencia, resulta al utilizar el test de la CIDH, específicamente los dos más pertinentes a la afectación de la libertad de expresión. El primero informa que debe haber un juicio de razonabilidad calificada (adecuada relación entre fines legítimos y medios legales, necesarios e idóneos) para tener por válida una restricción de derechos fundamentales; y el segundo llama a elaborar un juicio de ponderación estricto, para habilitar, de modo excepcional, la aplicación de medidas penales<sup>35</sup>.

Respecto del primer test, creemos que no hay evidencia clara de que con la actividad de las radios comunitarias sin licencia se pongan gravemente en peligro bienes jurídicos relevantes que justifiquen los medios actualmente utilizados para protegerlos. Las radios comerciales están en una ventajosa posición respecto de las no comerciales, con una legislación y una capacidad económica a su favor. Por tanto, pese a existir un eventual fin legítimo a proteger, la utilización del derecho penal como medio no logra satisfacer las exigencias de ser idóneo y necesario, máxime si se toma en cuenta que el derecho administrativo chileno cuenta con una amplia gama de potestades sancionatorias, algunas de ellas presentes en la Ley General de Telecomunicaciones<sup>36</sup>.

En cuanto al llamado juicio de ponderación, podemos señalar que obliga a realizar un breve análisis desde tres perspectivas del problema del conflicto de principios: (i) El

<sup>34</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE CHILE (TC). Rol N° 2022-2011-INA. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Claudio Rafael Segovia respecto del artículo 36 B letra a) de la Ley N° 18.168, de Telecomunicaciones. Sentencia de 29 de marzo de 2012. pp. 25 y ss.

<sup>35</sup> ARAUJO, Jaime (2006). "Los métodos Judiciales de Ponderación y Coexistencia entre derechos fundamentales". *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano II*: 853-877.

<sup>36</sup> Título VII de la Ley N° 18.168, de Telecomunicaciones, artículos 36, 36B y 38.

grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada. Debido a la baja intensidad con la que pueden transmitir las radios comunitarias sin licencia<sup>37</sup> y sus fines no comerciales, parece difícil argumentar en favor de una importante afectación al derecho de libre expresión de las radios comerciales, por lo que solo habría una afectación moderada de esos derechos; (ii) la importancia de la satisfacción del bien contrario. En este caso debemos señalar que ante un escenario adverso a las radios comunitarias, debido a la baja cantidad de llamados a concursos en los últimos años –particularmente en la Región Metropolitana, producto de la deficiente implementación de la Ley N° 20.433<sup>38</sup>–, resulta atendible la necesidad de suavizar el control de las radios sin licencia que no buscan cometer daño alguno, sino más bien ejercer su legítimo derecho a la libertad de expresión y comunicación y (iii) que la satisfacción del bien contrario justifique la restricción del derecho a la libertad de expresión. Desde nuestra perspectiva, la noción actual del “correcto uso del espectro radioeléctrico” no ha hecho más que transformarse en instrumento de mantención de un sistema desregulado, que favorece a un solo segmento de la radiodifusión, por lo que no creemos que su resguardo mediante sanciones penales justifique la aplicación del derecho penal<sup>39</sup>. Más aún, no creemos que esté en serio riesgo el orden público o los derechos de terceros, por lo que solo se justifica el uso de sanciones administrativas, por resultar menos gravoso para la libertad de expresión de las radios comunitarias sin licencia.

En conclusión, creemos que existen importantes razones doctrinarias y de hecho para considerar seriamente la eliminación de toda sanción penal que pudiese afectar el derecho a la libertad de expresión e información, no solo de las radios comunitarias sino de cualquier actividad que importe el ejercicio de este derecho. Considerando la importancia del respeto al Estado de Derecho, la eliminación de sanciones penales debe en la práctica dar paso a una sustitución de estas penas por sanciones de carácter administrativo, las que a nuestro juicio son más proporcionales e idóneas para avenir el conflicto entre las regulaciones de bienes escasos y las libertades civiles de quienes los utilizan.

<sup>37</sup> Ley N° 20.433 (2010), art. 4: “los servicios estarán conformados por una estación de radiodifusión cuya potencia radial mínima será de 1watt y máxima de 25 watts...”.

<sup>38</sup> Senado de la República de Chile, boletín N° 10.456-15. Informe de la Comisión de Transportes y Telecomunicaciones del Senado. 9 de abril 2016. Chiara Sáez, Académica del Instituto de la Comunicación e Imagen de la Universidad de Chile. “con la aprobación en el año 2010 de la Ley N° 20.433, que crea los servicios de radiodifusión comunitaria ciudadana, que define a tales radios como emisoras sin ánimo de lucro con fines informativos, comunitarios, sociales o culturales, se dejaron sin efecto alrededor de ciento cincuenta llamados a concurso para todo tipo de radios, lo que generó una verdadera congestión en las asignaciones posteriormente efectuadas (...). Muestra de ello, explicó, ha sido el lento avance de los concursos en este contexto, siendo adjudicados los primeros de ellos solo a finales del año 2013, más de tres años luego de la publicación de la mencionada ley, existiendo a la fecha solo 15 nuevas radios comunitarias”, pp. 7-8.

<sup>39</sup> Corte IDH (2011). Caso *Kimel vs. Argentina*, párr. 76. “El derecho penal es el más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita. En una sociedad democrática el poder punitivo solo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro. Lo contrario conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado”.

#### **4. Argumentos a favor de la eliminación del comiso como sanción penal o administrativa en la Ley General de Telecomunicaciones**

Sin ánimo de profundizar en el concepto mismo, señalamos que su definición generalmente aceptada es la de ser “una pena accesoria y pecuniaria, pues afecta el patrimonio del sentenciado y consiste en ‘la pérdida de los instrumentos y efectos del delito’”<sup>40</sup>.

El comiso como sanción se manifiesta tanto en el derecho penal como en el derecho administrativo. De hecho, el artículo 38 de la Ley General de Telecomunicaciones otorga a la Subsecretaría de Telecomunicaciones, la facultad de utilizarlo para sancionar las infracciones a dicha ley<sup>41</sup>.

El Código Penal chileno señala en su artículo 31 que “[t]oda pena que se imponga por un crimen o un simple delito, lleva consigo la pérdida de los efectos que de él provengan y de los instrumentos con que se ejecutó, a menos que pertenezcan a un tercero no responsable del crimen o simple delito”. La doctrina ha señalado que de esta norma es posible distinguir dos tipos de comiso: por una parte, el comiso de instrumentos, que corresponden a los medios directos con los que se ejecutó el delito, y por otra, el comiso de efectos, que corresponde a los objetos o el dinero de que se apropió el infractor o delincuente<sup>42</sup>, cuyo fundamento se encontraría en el enriquecimiento ilícito o injusto de aquel<sup>43</sup>.

En el contexto de la actual discusión en el Senado sobre la moción del senador Navarro<sup>44</sup>, respecto de la reforma al artículo 36B letra a) de la Ley General de Telecomunicaciones, pretendemos generar un espacio de discusión crítica en torno a la idea de eliminación del comiso como forma de sanción en contra de actividades que impliquen el legítimo ejercicio de la libertad de expresión. Esto porque, sin duda, la parte menos aceptada de dicho proyecto por parte de los parlamentarios es la eliminación del comiso.

Con esa intención creemos importante aportar ideas que favorezcan esta discusión, las que a continuación presentamos:

##### *a) Ineficacia del uso del comiso para evitar la proliferación de radios sin licencia*

Durante los más de 25 años de la aplicación del artículo 36B letra a)<sup>45</sup> de la Ley General de Telecomunicaciones, ni la pena de cárcel ni la de comiso han sido eficientes para prevenir la proliferación de radios sin licencia.

<sup>40</sup> GARRIDO MONTT, Mario (2001). *Derecho Penal, Parte General*, tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 300.

<sup>41</sup> Ley N° 18.168, art. 38. “Además, los equipos y medios de transmisión de telecomunicaciones instalados, operados y explotados sin la debida autorización, caerán en comiso y deberán ser destinados a institutos profesionales, industriales o universidades que impartan enseñanza sobre telecomunicaciones, con prohibición de ser usados en alguna forma de radiodifusión pública”.

<sup>42</sup> ANANÍAS, Ignacio (2014). “El comiso de Ganancias”. *Revista de Estudios de la Justicia* (21): 153-196.

<sup>43</sup> ANANÍAS, 2014: 188.

<sup>44</sup> Boletín 10.456-15. Modifica la pena para la radiodifusión no autorizada. Moción para modificar la Ley general de telecomunicaciones, con el objeto de sustituir la sanción penal por sanciones de carácter administrativo.

<sup>45</sup> Ley N° 19.091, que modifica título VIII de la Ley N° 18.168, Ley general de telecomunicaciones, de 7 de noviembre de 1991, artículo único.

Debido a la deficiente implementación de la Ley N° 20.433 y a otras barreras de acceso, muchas radios sin fines de lucro se han visto impedidas de acceder a concursos con el fin de obtener el permiso de la autoridad para poder funcionar dentro de la legalidad<sup>46</sup>, provocando lógicamente que muchas de estas radios, en vez de esperar años para obtener una licencia, opten por transmitir sin autorización a la espera de su regularización.

A mayor abundamiento y como ya hemos señalado, en muchos de los casos judicializados solo ha habido *incautaciones* de bienes, no lográndose por parte del sistema judicial una efectiva aplicación de la pena de comiso, lo que ha implicado un considerable gasto de tiempo y recursos por parte del Estado.

La evidencia empírica ha demostrado que no hay una relación causal entre el aumento de la intensidad de las penas y la disminución de los actos ilícitos<sup>47</sup>. Por lo mismo, insistir en aplicar penas tan gravosas para las radios comunitarias, como el comiso de especies, ha dejado de tener sentido; este camino solo evade la solución de fondo, que implicaría diseñar una nueva política relativa al acceso al espacio radioeléctrico y mejorar el proceso de obtención de permisos para poder transmitir.

#### b) *Desproporcionalidad del comiso como sanción*

El proyecto de ley que busca eliminar las sanciones penales en contra de las actividades de radiodifusión sin licencia, en general, ha tenido una gran aceptación entre los parlamentarios de la Comisión de Transportes y Telecomunicaciones del Senado. Sin embargo, algunos sectores sostienen que, si bien eliminar la pena de cárcel es importante para alcanzar los estándares interamericanos de derechos humanos, se justifica la mantención del comiso como sanción<sup>48</sup>. Nosotros, por el contrario, sostenemos que no se justifica en estos casos.

El artículo 13 inciso segundo de la Convención Interamericana de Derechos Humanos señala que “el ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar (...) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o (...) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”<sup>49</sup>. De esta manera, según la Convención, las sanciones a las cuales puede estar sujeto el ejercicio de la libertad de expresión deben cumplir con los requisitos de legalidad, necesidad y fin legítimo.

<sup>46</sup> SENADO DE LA REPÚBLICA DE CHILE. Boletín N° 10.456-15. *Informe de la Comisión de Transportes y Telecomunicaciones del Senado*, de 9 de abril de 2016. Chiara Sáez, Académica del Instituto de la Comunicación e Imagen de la Universidad de Chile.

<sup>47</sup> ZÚÑIGA, 2001: 41.

<sup>48</sup> SENADO DE LA REPÚBLICA DE CHILE. Boletín N° 10.456-15. *Informe de la Comisión de Transportes y Telecomunicaciones del Senado*, de 9 de abril 2016. José Manuel Ossandón: “En su opinión, no son correctos los argumentos que vinculan las sanciones establecidas con vulneraciones a la libertad de expresión, en tanto se trata de un ámbito en donde la propia ley ha regulado los aspectos lícitos e ilícitos de su ejercicio. Finalmente, propuso mantener la pena de comiso para desincentivar la realización de este tipo de actividades, sin perjuicio de sugerir que tal sanción solo sea aplicada en caso de reincidencia”.

<sup>49</sup> OEA. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, adoptada el 22 de noviembre de 1969.

La correcta interpretación del valor de la “necesidad” es la de la “necesidad social imperiosa”<sup>50</sup>. De esta manera, y según el sistema interamericano, el término “necesario”, en el contexto del artículo 13.2, debe considerarse como algo más que “útil”, “razonable” o “conveniente”. Para que una limitación sea necesaria, debe demostrar que el fin legítimo que se persigue no pueda alcanzarse razonablemente por un medio menos restrictivo de la libertad de expresión<sup>51</sup>.

A la luz de estas definiciones concluimos que se debe establecer que la necesidad de la medida se oriente a la protección de un bien jurídico valorado y que se encuentra en un efectivo peligro ante las transmisiones sin licencia de radios sin fines de lucro y particularmente de las radios comunitarias<sup>52</sup>.

Según Loreti, el ejercicio de la radiodifusión sin autorización, a menos que exista interferencia dolosa contra una emisión, no afecta derechos de terceros y por tal motivo no sería un fin legítimo a proteger. Por cierto, de generar interferencia a sus contenidos, este sería una afectación menor atendida la baja capacidad para transmitir que tienen estas radios, que varía entre 1 y 20 *watts*.

Para dicho autor tampoco afectaría la honra y reputación de terceros. Así también sostiene que respecto del orden público, al menos en el caso del soporte técnico mediante el que se efectúa, no habría una mayor afectación, sobre todo si atendemos a que el problema del 36B letra a) apunta a la interferencia de los medios de comunicación electrónicos y no a la protección de la inviolabilidad de las comunicaciones<sup>53</sup>. Asimismo, Loreti advierte que tampoco estaría afectado de manera significativa el orden público, ya que si de lo que se trata es la protección de la navegación aérea, no habría necesidad de protección, porque esta puede ser afectada por radios con o sin licencia, y más importante aún, los Estados ya suelen incorporar medidas en sus legislaciones penales para evitar este problema. Finalmente, señala que si es por la afectación del derecho de propiedad del espectro radioeléctrico, este no reconoce propiedad individual, por lo que no habría una situación de hurto que justificara una sanción tan gravosa.

En resumen, la actividad de transmisión sin licencia, cuando no media dolo<sup>54</sup>, no afecta gravemente bienes jurídicos, como los derechos de terceros consagrados en la

<sup>50</sup> CIDH. *Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, de 17 febrero 1995. OEA/Ser.L/V/II.88, Doc. 9.

<sup>51</sup> CIDH. OEA/Ser.L/V/II.88, Doc. 9. Véase también Corte IDH. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (artículos 13 y 29 de Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A N°5, párr. 46: “La necesidad, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas en el artículo 13.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido... es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese objetivo”.

<sup>52</sup> Según la convención, estos bienes o fines legítimos serían el respeto a los derechos o a la reputación de los demás y la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

<sup>53</sup> La interceptación de comunicaciones está prevista en el artículo 36 B letra b) de la Ley General de Telecomunicaciones, situación que escapa completamente del problema jurídico tratado en este informe.

<sup>54</sup> El artículo 36 b letra a) es un delito de resultado, por lo que para su cometido no requiere de la existencia de dolo o culpa.



Convención Americana, la honra e imagen de las personas o el orden público. Por ello, las medidas de responsabilidad ulteriores deben ser proporcionales a la baja necesidad de protección de estos bienes jurídicos.

Lo señalado por Loreti parece evidente respecto de las penas de cárcel, pero no lo parece tanto respecto del comiso, que puede incluso aplicarse administrativamente. Por lo mismo, debemos preguntarnos si el comiso en el caso concreto de las radios comunitarias es o no una sanción desproporcionada. Para obtener una respuesta debemos entender el contexto en que estas radios actúan.

Las radios comunitarias son organizaciones sociales sin fines de lucro, conformadas por miembros de comunidades o intereses colectivos, tales como organizaciones vecinales, clubes deportivos, comunidades originarias o simplemente grupos afines; por lo general, el pago de sus costos de operación depende solo de la solidaridad y capacidad económica de sus miembros. Esta situación de precariedad económica se acentúa aún más ante el hecho de que estas radios, por ley, no pueden realizar publicidad, limitándose solo a “menciones” publicitarias en un espacio territorial no superior a tres kilómetros. Es esta fragilidad económica la que las hace especialmente vulnerables ante la aplicación del comiso de especies en contra de ellas.

La mantención del comiso no solo significa seguir exponiendo estos grupos al actuar de las policías<sup>55</sup>, provocando un efecto intimidatorio entre las radios comunitarias, sino que además imponerles un alto menoscabo económico<sup>56</sup>.

De esta manera, creemos que es importante oponerse a la mantención del comiso como sanción, por cuanto su aplicación no solo implica intimidar a los miembros de las radios comunitarias, sino que además provocar un desequilibrio económico devastador, el que termina siendo un medio indirecto de naturaleza económica en contra de la libertad de expresión.

### *c) Alternativas al comiso y eficiencia en su aplicación*

Desde nuestra posición, creemos que el único sistema de sanciones en contra de las radios sin licencia debe ser uno basado en la aplicación progresiva de multas —que podrían variar de 1 a 10 U.T.M.—, y cuya aplicación y repetición dependa de la reiteración de la conducta antijurídica y el carácter lucrativo o no de la radio sancionada, toda vez que no es lo mismo castigar a una radio sin fines de lucro que a una con fines de lucro.

A favor de este sistema sancionatorio, argumentamos que es común encontrar leyes donde la sanción para evitar conductas que requieren el previo permiso de una autoridad se solucionan mediante la sola aplicación de multas, como por ejemplo, en el caso de la Ley del Tránsito, en la que situaciones como el manejo en condiciones físicas o psicológicas inadecuadas —sin causar lesiones o daños—, circular con la revisión técnica pendiente o rechazada, andar sin licencia de conducir o con una cédula vencida, son

<sup>55</sup> Por cuanto para hacer efectivo el comiso se requeriría allanar el domicilio con el uso de la fuerza pública.

<sup>56</sup> El artículo 36B letra a) de la Ley general de telecomunicaciones señala de manera general que la sanción consistirá en el “comiso de los equipos e instalaciones” sin especificar qué se debe entender por “equipos” o “instalaciones”.

sancionadas solo con multas. Así también, en el caso de la Ley de Municipalidades, se autoriza a la autoridad para cobrar patente municipal para el funcionamiento del comercio; su infracción es sancionada solo con multas y sanciones civiles, mas no comiso de bienes ni menos aún prisión.

La crítica usual a este tipo de sistemas es la poca eficacia de las multas para disuadir conductas antijurídicas y la dificultad de su aplicación efectiva. Respecto del primer cuestionamiento, esto es, si las multas pueden o no disuadir a las radios de operar sin licencia, es posible señalar que tal y como se intentó mostrar anteriormente, la experiencia señala que el legislador, en muchos casos relativamente similares al de la Ley General de Telecomunicaciones, confía en la aplicación de multas para prevenir actos de mínima o mediana lesividad, reservando la aplicación de sanciones penales y comiso solo a los casos más graves.

Respecto del segundo punto, esto es, la viabilidad del cobro de dichas multas, la doctrina ha sugerido la utilización de métodos que no atenten contra garantías constitucionales como la igualdad o la libertad de expresión. Por ejemplo, condonar la deuda en caso de no pago por causas ajenas a la voluntad del condenado, embargar la remuneración, sus bienes o devoluciones de impuestos hasta cierto límite, imponer trabajos en beneficio de la comunidad o la retención de los equipos de manera momentánea, y no definitiva, como en el caso del comiso<sup>57</sup>.

De esta forma, creemos que es perfectamente posible regular la situación de las radios comunitarias sin licencia mediante la aplicación de multas en concurso con sanciones civiles, ya que existe evidencia en la legislación de que, en casos aún más graves, las multas logran evitar la comisión de infracciones.

#### d) *Afectación a terceros derivadas de la aplicación del comiso*

La aplicación del comiso afecta a terceros ajenos al ilícito e implica gastos innecesarios tanto para terceros como para el Estado.

En los allanamientos realizados por las policías en contra de radios comunitarias, algunos de los bienes son incautados por error, solo por estar en posesión de los detenidos o en el lugar donde se asienta la radio<sup>58</sup>.

Esta situación ha provocado que terceros ajenos a los hechos tengan que iniciar acciones legales mediante la interposición de tercerías, cuyo objetivo es la devolución de las especies incautadas, debiendo contratar abogados y buscar testigos y documentos para poder probar el dominio o posesión de estas especies.

Luego de lo señalado precedentemente, solo queda preguntarse si vale o no la pena tal gasto de tiempo, recursos y energías en la persecución de radios comunitarias.

<sup>57</sup> MUÑOZ, Nicolás y Germán WELSCH, (2012). “La pena de multa en Chile y su efecto en la población penal”. *Revista Conceptos* (25): 1-20.

<sup>58</sup> En ocasiones, durante los allanamientos, las policías incautan bienes que no son de propiedad de los imputados; esto se produce porque dichos bienes se encontraban en manos de los detenidos en virtud de préstamos o de la mera tolerancia de terceros.

## CONCLUSIÓN

Es urgente la eliminación de toda sanción penal en contra de la actividad de las radios comunitarias en Chile. La incompatibilidad del artículo 36B letra a) de la Ley General de Telecomunicaciones con los tratados internacionales sobre derechos humanos se ha puesto de manifiesto en las reiteradas menciones a Chile en los Informes de la Relatoría para la Libertad de Expresión de la CIDH respecto del trato a las radios sin autorización y a la existencia de condiciones discriminatorias en el acceso a concesiones.

Atendiendo a los estándares interamericanos sobre libertad de expresión, la radiodifusión sin autorización no puede ser considerada como un delito, sino como una infracción de la normativa de telecomunicaciones, debiéndose proceder a sustituir las sanciones penales por sanciones administrativas.

La despenalización no debe limitarse a la eliminación de toda sanción privativa de libertad, sino que debe conllevar la supresión del comiso como pena accesoria a alguna sanción administrativa, como las multas. No solo porque de esta manera no se lograría alejar al derecho penal de actividades que implican el ejercicio de la libertad de expresión, sino porque a nuestro juicio importaría una violación al principio de proporcionalidad de las penas.

La aplicación del régimen sancionador por parte de la autoridad de telecomunicaciones puede contar con el auxilio policial, pero este debe ser de carácter subsidiario y aplicarse solo en caso de obstrucción a la labor de la autoridad de telecomunicaciones o por el incumplimiento reiterado de las sanciones. La sustitución de las sanciones penales por sanciones administrativas supone no solo que el procedimiento sancionador resulte más proporcionado, sino que sea además más simple, rápido y eficiente, resultando en una mejor utilización y un menor gasto de los recursos públicos destinados a la protección del correcto uso del espectro radioeléctrico.

El cumplimiento de la normativa de radiodifusión no solo se promueve mediante la imposición de sanciones por su incumplimiento, se requiere intervenir sobre las causas que propician la existencia de radios sin autorización. Hemos comprobado que existe una relación entre la proliferación de radios sin autorización y la persistencia de barreras de acceso a las concesiones de radiodifusión, que en el caso de las radios comunitarias se ha visto agravada por la deficiente implementación de la Ley N° 20.433 de 2010, que crea los servicios de radiodifusión comunitaria ciudadanas. Por ello, junto con la existencia de sanciones proporcionadas, deberían revisarse algunas de las normativas existentes en el sector de la radiodifusión.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGUADO CORREA, Teresa (1999). *El principio de proporcionalidad en el Derecho Penal*. Madrid: Edersa.
- AGUILERA, Oscar. (1998). *Radios comunitarias 1990-1996: origen y proceso de legalización*. Santiago: Programa Comunicación Social de Base. ECO, Educación y Comunicaciones. Disponible en: <[http://www.ongeco.cl/wp-content/uploads/2015/04/estudio\\_ley\\_minima\\_cobertura.pdf](http://www.ongeco.cl/wp-content/uploads/2015/04/estudio_ley_minima_cobertura.pdf)> [consulta: 01.03.2016].
- ANANÍAS, Ignacio (2014). "El comiso de Ganancias". *Revista de Estudios de la Justicia* (21): 153-196.

- ARAUJO, Jaime (2006). “Los métodos Judiciales de Ponderación y Coexistencia entre derechos fundamentales”. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* II: 853-877.
- GARRIDO MONTT, Mario (2001). *Derecho Penal. Parte General*, tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- HERRERA, Jaime (1997). *Estatuto jurídico de la radiodifusión*. Santiago: Editorial jurídica de Chile.
- LAGOS, Claudia y Raúl RODRÍGUEZ (2014). “Al borde del dial: Radio comunitaria y libertad de expresión en Chile: 2000-2010”. *Revista Faro* (19): 30-49. <<http://www.revistafaro.cl/index.php/Faro/article/view/313>> [consulta: 01.02.2016].
- LORETI, Damián (2006). *Razones jurídicas que determinan la improcedencia de la penalización de la radiodifusión sin autorización*. Asociación Mundial de Radios Comunitarias: Buenos Aires.
- MUÑOZ, Nicolás y Germán WELSCH (2012). “La pena de multa en Chile y su efecto en la población penal”. *Revista Conceptos* (25): 1-20.
- RED DE MEDIOS DE LOS PUEBLOS (2009). Radiodifusión en Chile: Informe sobre la penalización de la transmisión sin licencia y cierre de radios comunitarias en Chile. Santiago de Chile: ECO Comunicaciones.
- UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES (2011). *Informe anual sobre Derechos Humanos en Chile 2010*. Santiago de Chile: Universidad Diego Portales. Disponible en: <<http://www.derechoshumanos.udp.cl/derechoshumanos/index.php/publicaciones/funcstartdown/535/>> [consulta: 30.05.2016].
- ZÚÑIGA, Laura (2001). *Política Criminal*. Madrid: Editorial Colex.

#### LEGISLACIÓN

- Boletín N° 10.456-15, que modifica la pena para la radiodifusión no autorizada, de 21 de diciembre de 2015.
- Ley N° 18.168, sobre Ley general de comunicaciones, 2 de octubre de 1982.
- Ley N° 19.091, que modifica título VIII de la Ley N° 18.168, Ley general de telecomunicaciones, de 7 de noviembre de 1991.
- Ley N° 20.433 de 2010, que crea los Servicios de Radiodifusión Comunitaria Ciudadana, de 25 de abril de 2010.
- Orden N° 1405 del Subsecretario de Telecomunicaciones de Chile, de 12 de febrero de 2016.

#### TRATADOS INTERNACIONALES

- ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Convención Americana sobre Derechos Humanos* adoptada el 22 de noviembre de 1969.

#### INFORMES DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe anual de la Relatoría para la libertad de expresión*, de 30 de diciembre de 2011. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 69.

—. *Informe N° 77/15. Caso 12.799 Miguel Ángel Millar Silva y otros, radio Estrella del Mar de Melinka*, de 28 de octubre 2015. OEA/Ser.L/V/II.156. Doc.30.

—. *Informe anual de la Relatoría para la libertad de expresión*, de 31 de diciembre de 2015. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 48/15.

#### JURISPRUDENCIA

CORTE INTERAMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A N° 5.

—. *Caso Kimel vs Argentina* (fondo, reparaciones y costas). Sentencia del 2 de mayo de 2008. Serie C N° 177.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE CHILE. Rol N° 2022-2011-INA. *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Claudio Rafael Segovia respecto del artículo 36 B letra a) de la Ley N° 18.168, de Telecomunicaciones*. Sentencia de 29 de marzo de 2012.

Recibido: 29 de marzo de 2016  
Aceptado: 1 de junio de 2016



## TERROR, MEMORIA Y ARCHIVOS\*

*Terror, Memory, and Archives*

**Juan Pablo Mañalich R.**

Universidad de Chile, Chile

Doctor en derecho, Universidad de Bonn. Licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile. Profesor titular del Departamento de Ciencias Penales. Coordinador académico del Programa de Doctorado en Derecho de la Facultad de Derecho, Universidad de Chile. [jpmanalich@derecho.uchile.cl](mailto:jpmanalich@derecho.uchile.cl)

### RESUMEN

En atención al debate suscitado a propósito de los esfuerzos por desclasificar los antecedentes sometidos a la regla de secreto establecida por la ley que instituyera la así llamada “Comisión Valech”, el trabajo indaga en la significación de la publicidad de los archivos que documentan el padecimiento de la violencia criminal ejercida por la dictadura cívico-militar chilena, desde la perspectiva de un eventual proceso constituyente. Para ello, se propone una comprensión de ese ejercicio de violencia como una agresión desplegada en contra del pueblo, lo que se apoya en una reinterpretación específicamente democrática del concepto de violaciones de derechos humanos. Tras reseñar un argumento encaminado a demostrar la radical insuficiencia del mero recurso a la aplicación del derecho para la superación política del pasado marcado por el terror, el trabajo analiza la noción misma de memoria para sustentar la tesis de que el registro de la memoria experiencial de las víctimas empíricas de ese ejercicio de violencia es políticamente indispensable para la construcción de una memoria declarativa colectiva que pueda llegar a expresarse en una reversión constituyente de la pretensión refundacional bajo la que fuera desplegado el terror dictatorial.

### PALABRAS CLAVE

Desclasificación de archivos, violaciones de derechos humanos, memoria experiencial, memoria declarativa.

### ABSTRACT

Taking into account the efforts to declassify the records currently subject to the secrecy rule, itself established by the same statute that put in place the so-called ‘Valech Commission’, the paper analyses the significance of the archives that document the suffering resulting from the criminal violence exercised by the Chilean civilian-military dictatorship from the perspective of a potential constitution-making process. To this end, it is argued that the display of that violence should be understood as an aggression against the people, which rests upon a speci-

---

\* El presente trabajo tiene su origen en una ponencia (considerablemente más breve) presentada en el seminario chileno-argentino *Graves Violaciones a los Derechos Humanos*, coorganizado por el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y la Embajada de la República Argentina, y celebrado el 9 de noviembre de 2015. Agradezco a las y los participantes en la sesión de discusión por sus observaciones a los planteamientos aquí desarrollados.

fically democratic reinterpretation of the concept of human rights violations. After sketching an argument directed at demonstrating the radical insufficiency of the bare expedient to law's application for the political overcoming of the past marked by terror, the notion of memory is brought into consideration. The central claim then made is that the records documenting the victims' experiential memory of violence are essential for the construction of a collective memory which may come to express itself in a constitutional reversion of the re-foundational pretension which animated the display of the dictatorial terror.

#### KEY WORDS

Declassification of archives; human rights violations; experiential memory; declarative memory.

*Chile solo existe para quien lo ha perdido*<sup>1</sup>  
GUMUCIO, Rafael (2013). *Historia personal de Chile*,  
Santiago: Hueders, p. 41.

### I. EL CONTEXTO: LA DESCLASIFICACIÓN DE LOS ANTECEDENTES DEL “INFORME VALECH”

Recientemente, en Chile se ha activado —o más bien: reactivado— el debate acerca de la publicidad de archivos en los cuales se registra el padecimiento de la violencia criminal desplegada por las agencias represivas de la dictadura cívico-militar que gobernó el país a partir del golpe de Estado<sup>2</sup>, propinado el 11 de septiembre de 1973. La cuestión ha estado centrada en el alcance de la regla de secreto a la que el art. 15 de la Ley N° 19.992 somete “los documentos, testimonios y antecedentes aportados por las víctimas ante la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura (también conocida como “Comisión Valech”)<sup>3</sup>, por un plazo de 50 años<sup>4</sup>. En el esfuerzo por impugnar tal regla de secreto, además del proyecto de ley presentado el 11 de septiembre de 2014, por moción

<sup>1</sup> El extracto corresponde a una cita que Gumucio pretende hacer del pasaje de una carta que el jesuita Manuel Lacunza, desde su exilio en Imola, dirigiera a su hermana. La carta, que data del 19 de mayo de 1794, contiene, más bien, el siguiente pasaje: “Solamente saben lo que es Chile los que lo han perdido”. Véase ESPEJO, Juan Luis (1914). “Cartas del Padre Manuel Lacunza”. *Revista Chilena de Historia y Geografía* IX (13): 219. Como es notorio, solo el pasaje reproducido por Gumucio exhibe radicalidad suficiente.

<sup>2</sup> El concepto de *agencia represiva* es empleado, en el presente contexto, como uno funcional, de manera tal que su alcance se corresponde con el conjunto de organismos, instituciones y grupos que estuvieron efectivamente involucrados en la práctica de la represión, constitutiva de terrorismo de Estado, implementada y favorecida por la dictadura cívico-militar.

<sup>3</sup> Para una exhaustiva contextualización de su creación y funcionamiento, así como del impacto del informe correspondiente, véase GUZMÁN DALBORA, José Luis (2009). “Chile”. En: AMBOS, Kai *et al.* (eds.), *Justicia de Transición. Informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, Berlín y Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, pp. 216 ss., 222 s. y 229 s.

<sup>4</sup> Acerca de la significación ético-política de la regla de secreto en cuestión, en el marco más general del funcionamiento y el legado de la Comisión Valech, véase STERN, Steve y Peter WINN (2014). “El tortuoso camino chileno a la memorización”. En: WINN, Peter, Steve STERN, Federico LORENZ y Aldo MARCHESI, *No hay mañana sin ayer. Batallas por la memoria histórica en el Cono Sur*, Santiago: LOM, pp. 237 ss. y 242 s.



del diputado Hugo Gutiérrez<sup>5</sup>, destacan especialmente la campaña “No más archivos secretos”, promovida por la organización Londres 38, espacio de memorias<sup>6</sup>, así como la iniciativa “Desclasificación Popular”, impulsada por el artista Francisco Papas Fritas y la agrupación de ex presos políticos del Movimiento de Izquierda Revolucionaria<sup>7</sup>.

Al respecto, no deja de ser llamativo que, en su informe anual de 2015, el Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) declarase que “[d]icho secreto legal impide que estos registros documentales sean conocidos por cualquier entidad, incluidos los tribunales de justicia que actualmente investigan estos hechos”<sup>8</sup>. El antecedente inmediato de tal declaración está constituido por el Dictamen N° 41.230, de 10 de junio de 2014, emitido por la Contraloría General de la República (CGR) a solicitud del propio INDH, por el que la CGR mantuvo su parecer, ya oficializado mediante el Dictamen N° 77.470, de 12 de diciembre de 2011, en cuanto a que la regla del art. 15 de Ley N° 19.992 establecería “una de las excepciones al principio de publicidad” en conformidad con lo dispuesto en el art. 1° transitorio de la Ley N° 20.285, sobre acceso a la información pública (y más generalizadamente conocida como “Ley de transparencia”)<sup>9</sup>. Ello es llamativo, porque del hecho de que, en cuanto custodio y depositario —entre otros— de los antecedentes reunidos por la Comisión Valech I<sup>10</sup>, al INDH esté vedado dar acceso a esos antecedentes a “cualquier entidad, incluidos los tribunales de justicia”, en virtud del secreto al que aquellos se encuentran sometidos, en efecto no se sigue que esos mismos antecedentes no puedan llegar a ser “conocidos”. Pues semejante inferencia desconoce que el propio art. 15 de la Ley N° 19.992 reconoce el “derecho personal que asiste a los titulares de los documentos, informes, declaraciones y testimonios incluidos en ellos, para darlos a conocer o proporcionarlos a terceros por voluntad propia”.

El alcance de este derecho legalmente reconocido ha sido recientemente determinado por medio de una sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago el 21 de diciembre de 2015<sup>11</sup>, conociendo de una acción de protección interpuesta justamente en contra del INDH y su directora, por parte de Fabiola Valenzuela Valladares, “calificada como víctima de violaciones a los derechos humanos en la nómina de la Comisión Valech I” (cons. 1°), en razón de la negativa manifestada por el INDH ante la solicitud, formulada en el correspondiente “sistema integrado de atención a la ciudadanía” de 26 de agosto de 2015, en orden a recibir “toda la documentación relativa a

<sup>5</sup> Boletín N° 9598-17. Al día 19 de mayo de 2016, la tramitación del proyecto no registra actividad tras la cuenta que se diera del mismo con fecha 23 de septiembre de 2014.

<sup>6</sup> Véase <http://www.londres38.cl/1937/w3-article-95544.html> [consulta: 27.01.2016].

<sup>7</sup> Véase <http://desclasificacionpopular.cl/web/> [consulta: 27.01.2016].

<sup>8</sup> INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (2015). *Situación de los derechos humanos en Chile. Informe anual 2015*. Santiago: Andros, p. 211.

<sup>9</sup> Acerca de la situación jurídica vigente en relación con el asunto controvertido, con referencias a los pronunciamientos emitidos por la CGR, véase MEZA-LOPEHANDÍA, Matías (2015). “El carácter secreto de los antecedentes de la Comisión Valech: derechos humanos y experiencia extranjera”. Biblioteca del Congreso Nacional, Asesoría Técnica Parlamentaria. Disponible en: <<http://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/22364/1/FINAL%20-%20El%20secreto%20de%20los%20antecedentes%20de%20la%20Comisi%C3%B3n%20Valech.pdf>> [consulta: 19.05.2016].

<sup>10</sup> En conformidad con lo dispuesto en el art. 3° N° 6 de la Ley N° 20.405, del Instituto Nacional de Derechos Humanos. Congreso Nacional de la República de Chile, 10 de diciembre de 2009.

<sup>11</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 91155-15. Sentencia de 21 de diciembre de 2015.

[su] calificación como víctima de la Comisión Valech I<sup>12</sup>. Reconociendo la relatividad del secreto establecido en el art. 15 de la Ley N° 19.992, la corte constató la existencia del derecho legalmente reconocido a la recurrente, en referencia a los antecedentes en cuestión, “para darlos a conocer o proporcionarlos a terceros para otros objetivos, pudiendo disponer de ellos como estim[e] conveniente” (considerando 7°). Sobre tal base, y afirmando que la negativa, por parte del INDH, a proporcionar la información solicitada resultaba ilegal y arbitraria, vulnerando tanto el derecho de propiedad (respecto de los antecedentes) como el “derecho a la información” constitucionalmente reconocidos a la recurrente, la corte impuso al INDH la obligación de dar a este acceso a los antecedentes por ella solicitados (considerando 8°).

De los dos derechos constitucionales cuya vulneración fue esgrimida por la Corte como fundamento para acoger la acción de protección, es la “libertad de informar”, consagrada en el N° 12 del art. 19 de la Constitución, la que resulta determinante desde el punto de vista que hace suyo el presente trabajo. Mientras la apelación al derecho de propiedad acerca de los antecedentes da cuenta del potencial privatizador ínsito a la codificación jurídica de los derechos humanos como derechos fundamentales constitucionalmente configurados, la invocación de la libertad de expresión —que es lo que errática y eufemísticamente reconoce la Constitución en el ya mencionado N° 12 del art. 19— se deja reconducir a la validación de un ideal de autonomía pública, precisamente en razón de la contribución que el ejercicio de la libertad de expresión representa para con la sustentación de una forma de vida democrática<sup>13</sup>. Y es aquí donde emerge la consideración decisiva para la reflexión que se ofrecerá en lo que sigue: la publicidad de los archivos que registran los testimonios de las víctimas empíricas del terror dictatorial tendría que dar lugar a una resignificación política de su padecimiento como uno en el que *todos* nos reconocemos *representados*, de modo tal que *su* memoria experiencial sea políticamente validada como *nuestra* memoria colectiva.

## II. EL PUEBLO Y LA VIOLACIÓN DE SUS DERECHOS HUMANOS

Cuando discutimos, en el Chile de hoy, acerca de lo que puede significar la publicidad de los archivos que registran las declaraciones entregadas por quienes fueran víctimas de la tortura sistemáticamente practicada por los agentes de la dictadura cívico-militar, aunque no lo hagamos explícito, estamos discutiendo acerca de uno de los puntos capitales que tendrían que marcar la fisonomía de un posible proceso constituyente. Para fundamentar esta proposición, es factible partir ofreciendo una mínima reflexión acerca de la conexión existente entre constitución y democracia.

En su escrito titulado “¿Qué es una Constitución?”, el socialista (“utópico”) Ferdinand Lasalle sostenía que entre la moderna disposición a la escrituración constitucional y el proyecto político definitorio de la democracia se deja reconocer la siguiente conexión interna: lo que está en juego es la neutralización de cualquier otro factor real de

<sup>12</sup> Según la relación de las circunstancias del caso contenida en el informe evacuado por la Directora del INDH, en representación de este, en su calidad de recurrida en el marco del proceso desarrollado a partir de la interposición de la acción de protección.

<sup>13</sup> Para una explicación canónica de tal conexión interna entre libertad de expresión y democracia, véase ARBLASTER, Anthony (2012). *Democracy*, 3ª ed. Buckingham y Filadelfia: Open University Press, pp. 86 ss.

poder que no sea la voluntad popular como fundamento-no-fundado de juridicidad<sup>14</sup>. Esto quiere decir que, según Lassalle, la única manera por la que la realización de la voluntad popular podría superar su déficit de organicidad, en cuanto factor de poder, consiste en su *institucionalización* por la vía de su reconocimiento *constitucionalmente declarativo*<sup>15</sup>. Y que la voluntad popular se vea institucionalizada como factor de poder constitucionalmente *supremo* depende, críticamente, de que todo otro factor de poder se vea institucionalmente sometido a ella.

Sobre esta base, el carácter específicamente democrático de una constitución depende –para ponerlo en la terminología de Heller– de que el “poder objetivo de la organización”, instituida como Estado, tenga como único soporte al pueblo en cuanto titular del “poder subjetivo sobre la [misma] organización”, esto es, en cuanto *soberano*<sup>16</sup>. Sin embargo, es crucial advertir que, desde el punto de vista de la tradición democrática, no es posible sostener que la constitución del Estado *constituya* al pueblo como tal<sup>17</sup>. Democráticamente, la constitución necesita ser interpretada como una decisión del pueblo, el que en tal medida tiene que preexistir a la decisión constituyente. Como observara Marx: “Así como la religión no crea al ser humano, sino el ser humano la religión, así tampoco la constitución crea al pueblo, sino el pueblo la constitución”<sup>18</sup>. Esto quiere decir, más precisamente, que cuando hablamos, desde la tradición democrática, de la “constitución *del* pueblo”, la expresión “del pueblo” no especifica el objeto transitivo de la respectiva constitución –esto es, lo constituido mediante la correspondiente decisión constituyente– sino un vínculo propiamente genitivo: la constitución del pueblo es la constitución imputable al pueblo, esto es, la constitución que el pueblo se da a sí mismo.

Esto último encuentra resistencia en quienes creen identificar una “paradoja del constitucionalismo” en el hecho de que “pueblo y constitución s[erían] co-origenarios”<sup>19</sup>. Esta tesis desconoce, sin embargo, la necesidad de diferenciar la pregunta acerca de la existencia (política) del pueblo en cuanto *sujeto* colectivo, por un lado, de la pregunta acerca de si ese mismo pueblo logra darse (“a sí mismo”), por vía de institucionalización, el estatus de *agente* político supremo, por otro. La sugerencia de que, a menos que el pueblo logre constituirse como el agente político supremo por una correspondiente decisión *constituyente* (exitosa), en realidad no tendría sentido hablar de pueblo alguno, sino a lo sumo de una “multitud”, o –en la jerga chilena contemporánea– de “la gente”<sup>20</sup>,

<sup>14</sup> LASSALLE, Ferdinand (2005). *¿Qué es una constitución?*. Bogotá: Temis, pp. 56 ss.

<sup>15</sup> Desarrollando el planteamiento de Lassalle, véase MAÑALICH, Juan Pablo (2015). “La democracia como programa constitucional: el lugar de los derechos fundamentales”. En: CHIA, Eduardo y Flavio QUEZADA (eds.). *Propuestas para una nueva Constitución (originada en democracia)*, Santiago: Instituto Igualdad, Fundación Friedrich Ebert y Facultad de Derecho, Universidad de Chile, pp. 256 ss.

<sup>16</sup> HELLER, Hermann (1968). *Teoría del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica, pp. 263 ss.

<sup>17</sup> Véase, sin embargo, ATRIA, Fernando (2013). *La constitución tramposa*. Santiago: LOM, p. 38, quien sostiene que “[l]a constitución es una decisión del pueblo”, a la vez que “[n]o hay pueblo sin constitución, porque antes de darse una constitución la suma de individuos no constituye un ‘pueblo’, un agente político [...]”.

<sup>18</sup> MARX, Karl (1971). *Frühe Schriften*. Estútgart: Cotta Verlag, p. 293.

<sup>19</sup> SALGADO, Constanza (2015). “Comentario”. En: CHIA, Eduardo y Flavio QUEZADA (eds.). *Propuestas para una nueva Constitución (originada en democracia)*. Santiago: Instituto Igualdad, Fundación Friedrich Ebert y Facultad de Derecho, Universidad de Chile, p. 293.

<sup>20</sup> SALGADO, 2015: 293.

no es solo teóricamente errada, sino políticamente perversa. Pues lo que semejante proposición de ontología política desconoce, flagrantemente, es que el pueblo puede ser *derrotado*, y que esa derrota, como bien lo sabemos en Chile, puede asumir forma constitucional.

Es crucial, justamente para lo que aquí interesa, no perder de vista la posibilidad de que el pueblo sea derrotado, en el sentido de que se impida su constitución como agente político supremo o se lo prive de ese estatus en cuanto estatus ya previamente adquirido. Esto nos lleva a la pregunta que en nuestro presente contexto resulta crucial: ¿contra quién fue ejercida la violencia criminal desplegada por la dictadura de Pinochet a partir del 11 de septiembre de 1973? La respuesta que aquí se propone es la siguiente: esa violencia criminal fue ejercida en contra del pueblo.

Por supuesto, esto no quiere decir que la única descripción verdadera, y relevante, de esa violencia criminal sea la que la presenta como ejercida en contra del pueblo. Pues el terrorismo de Estado puesto en marcha por la dictadura tuvo, inequívocamente, víctimas empíricas. Lo que aquí interesa poner de manifiesto, más bien, es que es necesario resistir la reducción de esa violencia criminal a *nada más* que la violencia inmediatamente padecida por sus víctimas empíricas<sup>21</sup>. Para evitar esa reducción podemos recurrir a una categoría fundamental del pensamiento jurídico, a saber: la noción de representación. Esto significa que en el padecimiento inmediato de ese ejercicio de violencia criminal por parte de cada una de sus víctimas empíricas tiene que ser posible reconocer un padecimiento del pueblo en su conjunto, precisamente porque de eso depende que podamos ver en cada una de esas víctimas a un *representante* del pueblo, lo que quiere decir: a uno de nosotros. Y esta es la condición de posibilidad para que, en nuestro procesamiento colectivo de esa experiencia de violencia criminal, esta no quede reducida a la experiencia de una perpetración de hechos delictivos –de particular gravedad– desde el propio aparato del Estado, sino que al mismo tiempo sea caracterizada como la experiencia de la puesta en marcha de un proyecto encaminado a aplastar al pueblo –y no, simplemente, a “una muchedumbre”–.

Mantener esta referencia a la dimensión políticamente colectiva del padecimiento de la violencia criminal desplegada por la dictadura es indispensable para reconstruir adecuadamente lo que hacemos, discursivamente, cuando caracterizamos el ejercicio de esa misma violencia criminal, constitutiva de terrorismo de Estado, como una *praxis* de violación de derechos humanos<sup>22</sup>. Pero aquí se impone una prevención, encaminada a evitar un posible malentendido: si los hechos constitutivos de violaciones de derechos humanos pueden ser entendidos como fragmentos de un programa de aplastamiento del pueblo en su conjunto, entonces es necesario renunciar a cualquier intento de identificación esencialista –por ejemplo, mediante la aplicación de un criterio de pertenencia a un grupo nacional, étnico, o de otro tipo– de lo que puede contar como el referente de la expresión “el pueblo”, que es justamente lo que está implicado en la idea de que la existencia del pueblo, como tal, es siempre políticamente contingente<sup>23</sup>. Solo así es

<sup>21</sup> MAÑALICH, Juan Pablo (2010). *Terror, pena y amnistía*. Santiago: Flandes Indiano, pp. 29 ss.

<sup>22</sup> MAÑALICH, 2010: 12 ss.

<sup>23</sup> MAÑALICH, Juan Pablo (2014). “¿Democracia liberal o libertad democrática?”. *Estudios Públicos* (134): 162 ss.

posible honrar la pretensión de radical universalidad exhibida por la postulación de derechos humanos, entendidos como los derechos de la humanidad toda potencialmente presentes en cada persona humana, sin abandonar el compromiso con su dimensión políticamente constitutiva.

De ello se sigue que el reconocimiento de la dimensión políticamente constitutiva de nuestra autocomprensión colectiva como titulares de derechos humanos exige hacer explícito que la descripción definida “el pueblo” solo puede comportarse como un *significante vacío*.<sup>24</sup> Y de esto se sigue que, como nos enseña Badiou, haya que “desconfiar de la palabra ‘pueblo’ [...] cuando va seguida de un adjetivo”<sup>25</sup>. Semejante resistencia a toda propuesta de identificación esencialista del pueblo como una unidad pretendidamente *sustancial*—esto es, *prepolítica*—supone validar, como ya se sostuviera, la proposición de que su *extensio* es necesariamente indeterminada. Pero esto no significa que la existencia del pueblo hubiera de ser entendida, entonces, como la existencia de una entelequia abstracta. Por el contrario, la radical contingencia política de su existencia determina que el pueblo solo pueda ser reconocido como un sujeto colectivo concreto, cuyo sustrato último es la *materialidad histórica* de la lucha por su auto-producción como agente políticamente supremo.

Lo anterior contribuye a calibrar la significativa contribución reconocible en el esfuerzo de Norbert Lechner, plasmado en un notable trabajo titulado “Los derechos humanos como categoría política”, por hacer explícita la función de los derechos humanos como un horizonte de sentido, al mismo tiempo trascendente y secular, en donde se asienta el autorreconocimiento de un grupo social como productor de su propio orden<sup>26</sup>, horizonte de sentido en referencia al que “los individuos aislados pueden concebirse y afirmarse a sí mismos como una comunidad de hombres [y mujeres] libres e iguales”.<sup>27</sup> La radical indeterminación de la extensión de lo que identificamos como “el pueblo” resulta, así, internamente posibilitada por la radical universalidad de los derechos humanos cuya proclamación es tenida por fundante de toda legitimidad política.

### III. ¿SUPERACIÓN JURÍDICA DEL PASADO?

Pero tras el reconocimiento del carácter fundante-de-legitimidad-política de la proclamación de los derechos humanos yace una paradoja. La paradoja consiste en que, desde un punto de vista genealógico, los derechos humanos solo son originariamente reconocibles en la experiencia misma de su violación. De ahí que Luhmann haya caracterizado las violaciones de derechos como “escándalos con potencia generativa de normas”<sup>28</sup>. Esto no quiere decir, ciertamente, que las normas que consagran derechos humanos sean *creadas* después del acaecimiento de su respectiva violación, para así posibilitar su valoración retroactiva como violaciones de derechos humanos. Se trata,

<sup>24</sup> LACLAU, Ernesto (2005). *On Populist Reason*. Nueva York: Verso, pp. 67 ss. y 101 ss.

<sup>25</sup> BADIOU, Alain (2014). “Veinticuatro notas sobre los usos de la palabra ‘pueblo’”. En: BADIOU *et al.* *¿Qué es un pueblo?*, Santiago: LOM, p. 10.

<sup>26</sup> LECHNER, Norbert (2007). *Obras escogidas 2*. Santiago: LOM, pp. 231 ss.

<sup>27</sup> LECHNER, 2007: 235.

<sup>28</sup> LUHMANN, Niklas (1993). *Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen?* Heidelberg: C.F. Müller, pp. 31 ss.

antes bien, de que, como también observara Lechner, “los derechos humanos simbolizan un referente trascendente y, por tal razón, no factible. Por consiguiente, nunca y en ningún lugar se realizan los derechos humanos”, de modo tal que “[s]u realidad es la realidad de una carencia radical”<sup>29</sup>.

La clave está, sin embargo, en que en esa misma precariedad de la consagración de los derechos humanos se muestra su potencia políticamente constitutiva. Nuevamente en palabras de Lechner: “No podemos concebir la realidad posible sino mediante una concepción de lo imposible”, con lo que “[e]s recién a la luz de aquella imagen de [una] comunidad plena que la construcción de una comunidad política se hace presente como tarea”<sup>30</sup>. Para mantener semejante apelación, virtuosamente utópica, al espacio de trascendencia política que emerge por medio de la autointerpretación colectiva de los miembros de una comunidad como titulares de derechos humanos, es imprescindible –agregaba Lechner– no reducir los derechos humanos a su sola dimensión jurídica. Y quisiera sostener que es precisamente el peligro de semejante reducción lo que se activa cuando el procesamiento de la experiencia histórica del terrorismo de Estado queda exclusivamente circunscrito a la esfera judicial.

La aplicación del derecho es insuficiente para la superación política del terror<sup>31</sup>. Esa superación tendría que consistir en la demostración concluyente de un quiebre definitivo entre la manera en que la respectiva comunidad política se llegó a autocomprender antes, en el pasado en que emergió el terror, y la manera en que esa (*misma*) comunidad política se autocomprende hoy. Dicho de otro modo, la superación del pasado tendría que consistir en la demostración de la inconmensurabilidad entre el pasado y el presente de la respectiva comunidad política. Pero es exactamente esto, la producción de un quiebre en la autocomprensión de la respectiva comunidad política, lo que no puede operar jurídicamente, esto es, mediante la aplicación del derecho. Porque cada aplicación del derecho encierra el alegato implícito de una congruencia entre ayer y hoy, entre el tiempo (pasado) del hecho juzgado y el tiempo (presente) del juzgamiento del hecho.

Lo anterior se sigue de que el derecho –o más precisamente: la operación de un sistema jurídico– solo está en condiciones de procesar aquello que la propia praxis jurídica vuelve *jurídicamente conmensurable*. ¿Y qué significaría hacer de la experiencia histórica del terrorismo de Estado un fenómeno jurídicamente conmensurable? La respuesta a esta pregunta es exactamente aquella que, en el contexto de la transición chilena, se ha dado a la pregunta por la significación de la actividad desplegada por las agencias represoras de la dictadura cívico-militar, a saber: una actividad consistente en la perpetración masiva de crímenes de particular gravedad. Semejante descripción conlleva una trivialización.

Pero es crucial advertir que la trivialidad de una descripción no la hace falsa. Por el contrario, una descripción es trivial, justamente, cuando es tan evidentemente verdadera que como tal deja de ser interesante. El punto es que la circunstancia de que la descripción de los hechos constitutivos del terror como hechos delictivos sea verdadera no implica que esa sea una descripción verdadera del terror *en cuanto*

<sup>29</sup> LECHNER, 2007: 239.

<sup>30</sup> LECHNER, 2007: 239.

<sup>31</sup> MAÑALICH, 2010: 38 ss.

*terror*. Pues que el terror esté constituido por un conjunto de hechos en sí mismos delictivos no significa que el terror *no sea más que* un conjunto de hechos delictivos. No reconocer esta diferencia es incurrir en un error categorial. Si bien el terror no es algo distinto de esto, ciertamente es algo más. A lo menos, el terror encierra ya el momento en que, como observara Hegel, la determinación cuantitativa se vuelve cualitativa<sup>32</sup>. Y el derecho penal no es capaz –y esto es virtud, no defecto– de advertir este salto cualitativo, por el que la ontología del terror se hace irreductible al conjunto de “hechos puntuales que pudieron haber cometido militares o carabineros”, según la ilustrativa descripción ofrecida por el general Salgado una vez concluida su participación en la así llamada “Mesa de Diálogo”<sup>33</sup>, quien mostraba plena conciencia de la relación dialéctica entre cantidad y cualidad cuando negaba que en relación con esos hechos pudiese hablarse de una política sistemática, ya que “lo sistemático implica cifras muy distintas”<sup>34</sup>.

El problema está en que, *desde el punto de vista del derecho*, no es posible evitar la reducción del terror a un fenómeno meramente criminal, esto trae consigo su normalización<sup>35</sup>. Pues el derecho, como observara Kelsen, se comporta como el rey Midas: todo lo que el derecho toca adquiere, *eo ipso*, carácter jurídico<sup>36</sup>. Así se hace evidente una dificultad que es inmanente a la noción misma de crímenes de Estado. La transformación de (a lo menos) una parte del aparato estatal en un aparato criminal supone ya una supresión de las condiciones de la juridicidad de la praxis de ese Estado, sin que esa pérdida de juridicidad pueda ser radicalmente tematizada, sin embargo, bajo el derecho de ese Estado.

Lo anterior quiere decir que el derecho del Estado no es epistémicamente capaz de advertir la supresión del Estado de derecho. Pues ni la concepción interna ni la estructura del derecho penal de un Estado de derecho se ajustan a los requerimientos de “asimilación” de un régimen definido, precisamente, por el socavamiento de esa concepción y esa estructura<sup>37</sup>. Nótese que ello no representa, en modo alguno, una razón para poner en duda la necesidad de que el procesamiento del terror incluya, como uno de sus componentes, la (efectiva) punición jurídica de los responsables de los crímenes cuya conjunción representa el sustrato ontológico de la praxis del terrorismo de Estado. El punto es, más bien, que el procesamiento del terror no

<sup>32</sup> HEGEL, Georg Friedrich Wilhelm. (1986). *Wissenschaft der Logik I*. Fráncfort del Meno: Suhrkamp, pp. 383 y s.: “en su verdad”, la cantidad es “la cualidad misma”. Acerca de la conceptualización de los crímenes contra la humanidad como “crímenes de masa”, en términos de la dicotomía de cantidad y cualidad, véase MANSKE, Gisela (2003). *Verbrechen gegen die Menschlichkeit als Verbrechen an der Menschheit*. Berlín: Duncker & Humblot, pp. 291 ss.

<sup>33</sup> Iniciativa del gobierno de Ricardo Lagos que culminó en un acuerdo que contenía una propuesta consensuada acerca del “problema de los detenidos desaparecidos”. Para una mirada de conjunto acerca del proceso de instalación y funcionamiento de la mesa por parte de uno de sus integrantes véase ZALAQUETT, José (2000). “La Mesa de Diálogo sobre derechos humanos y el proceso de transición política en Chile”. *Estudios Públicos* (79): *passim*.

<sup>34</sup> SALGADO, Juan Carlos (2000). “No es que haya ganado uno u otro, ganamos todos”. *Estudios Públicos* (79): 502.

<sup>35</sup> Para lo que sigue, véase, MAÑALICH (2010): 30 ss.

<sup>36</sup> KELSEN, Hans (2002). *Teoría Pura del Derecho*, 2ª ed. México: Porrúa, p. 284.

<sup>37</sup> ZIELCKE, Andreas *et al.* (1990). “Diskussion Amnestie für in der DDR begangene Straftaten?”. *Kritische Justiz* 23(4): 464 ss.

puede ser reducido a ese único componente, sin que el terror resulte, por esa misma vía, jurídicamente trivializado. Según ya se sugiriera, cada aplicación del derecho encierra el alegato implícito de una congruencia entre el tiempo (pasado) del hecho juzgado y el tiempo (presente) del juzgamiento del hecho. Es así como se produce, en efecto, la constitución jurídica de la memoria: “el pasado recuperado no puede sino estar reconciliado con el presente”<sup>38</sup>.

Políticamente, que en el marco del Chile transicional nuestro presente esté *reconciliado* con nuestro pasado significa que nuestro actual estado de cosas es entendido como el resultado del ejercicio del terror dictatorial como el vehículo para la instauración fundacional del orden que hasta hoy habitamos<sup>39</sup>. Para revertir esa interpretación del presente, impugnando así su reconciliación con el pasado, es imperativo impugnar el monopolio del dominio del derecho como el único campo dotado de legitimidad para la construcción de la memoria del padecimiento del terror. Instalar esa impugnación como un “punto de tabla” en la imaginación de un proceso genuinamente constituyente significaría, debido a nuestras circunstancias, articular ese mismo proceso como uno *reconstituyente*, por el que tendría que superado todo resabio de la ideología, políticamente amnésica, de la reconciliación<sup>40</sup>. Para hacer menos improbable la generación de un proceso reconstituyente, por el que el pueblo de Chile deje atrás –y (solo) en esa medida “olvide”– el pasado marcado por la pretensión fundacional del terror pinochetista, la apuesta por hacer públicamente accesible todos y cada uno de los archivos que registran la experiencia del padecimiento del terror resulta de la mayor urgencia política.

#### IV. MEMORIA Y ARCHIVOS

Para que la superación del pasado marcado por la praxis del terrorismo de Estado pueda adquirir el estatus de la producción política de un nuevo comienzo, es necesario que cada uno de nosotros pueda reconocerse a sí mismo en quienes fueron víctimas (empíricas) de ese despliegue de violencia criminal. Pues de eso depende que podamos identificar en el padecimiento de esas víctimas el padecimiento del pueblo en su conjunto. Y solo entonces adquirirá el compromiso colectivo, con el reconocimiento de los derechos humanos, de auténtica fuerza productiva de un nuevo espacio de legitimidad política.

Lo que aquí está en juego se deja caracterizar más precisamente recurriendo al análisis de los procesos de producción de subjetividad democrática, que Norval ofrece siguiendo algunas claves de la metafísica delineada por Wittgenstein en sus *Investigaciones Filosóficas*<sup>41</sup>, en particular aquellas concernientes a la gramática de situación en que

---

<sup>38</sup> Fundamental al respecto, CHRISTODOULIDIS, Emiliós (2001). “Law’s Immemorial”. En: CHRISTODOULIDIS, Emiliós y Scott VEITCH (eds.). *Lethe’s Law. Justice, Law and Ethics in Reconciliation*, Oxford y Portland: Hart Publishing, pp. 217 ss. y 222 ss.

<sup>39</sup> MAÑALICH, 2010: 9 s.

<sup>40</sup> La impertinencia de la categoría de la reconciliación en el marco de los procesos de justicia transicional ha sido correctamente advertida por GUZMÁN DABLORA (2009): 204 y 206 s. Acerca de la ideología de la reconciliación como ideología de la amnesia, véase, MAÑALICH, 2010: 50 ss.

<sup>41</sup> Para una muy exhaustiva descripción del giro metodológico plasmado en las *Investigaciones Filosóficas*, asociado a la comprensión de la actividad filosófica como una de naturaleza terapéutica, véase, BAKER, George P. y Peter M.S. HACKER (2005). *Wittgenstein: Understanding and Meaning. Part I: Essays*, 2ª ed.



se experimenta un “cambio de aspecto” al observar algo que ha estado siendo visto desde una determinada perspectiva, y que entonces súbitamente aparece bajo una luz distinta<sup>42</sup>. Como sugiere Norval, la ocurrencia de un “cambio de aspecto” depende de la emergencia de una nueva manera de mirar y de observar, que permita al sujeto en cuestión decir: “ahora veo las cosas diferentemente”<sup>43</sup>. A este respecto, es crucial reparar en que el vuelco de perspectiva involucrado en tal experiencia de un cambio de aspecto exhibe una dimensión irreductiblemente interpretativa, en el sentido de que el vuelco no depende de la obtención de nueva evidencia, “puesto que no son ‘hechos’ lo que está en cuestión aquí”, sino más bien “el marco al interior del cual algo puede contar como un hecho”<sup>44</sup>. Y tal marco no es sino el espacio gramatical que hace ya identificable aquello que se observa, constata y registra *como* aquello que se observa, constata y registra, esto es: que confiere significación a lo que solo en tal medida puede ser (re)presentado como un posible fragmento de experiencia.

Para la reinterpretación de la violencia criminal inmediatamente padecida por las víctimas empíricas del terror como un ataque en contra del pueblo, cuya reelaboración pueda ser fundante de un nuevo espacio de legitimidad política, es necesaria la operación de un cambio de aspecto en la observación, la constatación y el registro colectivos del padecimiento de esa misma violencia. Pues solo así podrá tal reelaboración dar forma a una gramática política capaz de reclamar hegemonía, configurando así una nueva subjetividad política de quienes se identifican como partícipes de esa misma reelaboración<sup>45</sup>.

Tal producción de una nueva subjetividad política mediante una correspondiente reconstrucción interpretativa del pasado supone la elaboración de una memoria compartida, que asuma la forma de lo que filosóficamente se conoce como una “memoria declarativa”<sup>46</sup>, que también puede ser denominada “memoria factual”, justamente porque lo que esa memoria articula y registra son *hechos*. La implicación de esto último es tan elemental como determinante: si un determinado *corpus* de memoria declarativa es el resultado de la integración discursiva de determinados hechos, y si estos no consisten sino en un determinado conjunto de proposiciones verdaderas<sup>47</sup>, entonces es

---

Malden, Oxford y Carlton: Blackwell, pp. 271 ss.; véase, también, STERN, David (2004). *Wittgenstein's Philosophical Investigations*. Cambridge y Nueva York: Cambridge University Press, pp. 124 ss.

<sup>42</sup> NORVAL, Aletta (2006). “Democratic Identification. A Wittgensteinian Approach”. *Political Theory* (34, 2): 229 ss. y 246 ss.

<sup>43</sup> NORVAL, 2006: 238.

<sup>44</sup> NORVAL, 2006: 233.

<sup>45</sup> NORVAL, 2006: 248 ss.

<sup>46</sup> SUTTON, John (2012). “Memory”. *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, pp. 4 ss. Disponible en: <<https://leibniz.stanford.edu/friends/members/view/memory/sc/>> [consulta: 18.01.2016]. En la terminología favorecida por Burge, se trata de una “memoria-de-contenido-sustantivo”; véase BURGE, Tyler (2013). *Cognition Through Understanding*. Oxford: Oxford University Press, pp. 407 ss., distinguiendo de aquella tanto la “memoria experiencial” como la “memoria puramente preservativa”.

<sup>47</sup> Acerca de la relación categorial entre proposiciones y hechos, en el sentido de que un hecho no es sino una proposición verdadera, véase DAVIDSON, Donald (2005). *Language, Truth, and History*. Oxford: Oxford University Press, pp. 122 ss., 126 ss. Fundamental al respecto PATZIG, Günther (1996). *Gesammelte Schriften IV. Theoretische Philosophie*. Gotinga: Wallstein Verlag, pp. 9 ss., 22 ss. y 34 ss., quien —más precisamente— identifica un hecho con el conjunto de condiciones de verdad de la oración que expresa ese mismo hecho.

posible concluir que entre memoria y verdad existe una conexión interna que exhibe la forma de una relación constitutiva: solo es posible recordar aquello que se (re) presenta como verdadero<sup>48</sup>.

En lo tocante a la reelaboración del terror practicado por las agencias represivas de la dictadura, la producción de la correspondiente memoria declarativa depende críticamente de la reproducción de la “memoria experiencial” (o “episódica”) directamente sustentada por quienes padecieron el terror. Pues de esto depende que sea su perspectiva la que resulte validada por medio del correspondiente “cambio de aspecto” en la recuperación y reapropiación narrativa de lo acontecido. Esto exige indagar, con algo más de cuidado, en un aspecto específico de la memoria experiencial susceptible de ser reelaborada como una memoria declarativa compartida.

Burge ha sostenido que es característico –aun cuando no privativo– de la memoria experiencial tener “forma *de se*”, esto es, estar “ego-céntricamente indexada”<sup>49</sup>. Esta indexación egocéntrica, a su vez, puede exhibir tres grados: en cuanto “unidad particular” de memoria experiencial del sujeto S, el recuerdo R estará indexado, en un primer nivel, a haber sido S quien experimentó el suceso recordado; pero R también puede estar indexado, en un segundo plano, a haber sido S quien dio lugar a la ocurrencia del suceso (como agente) o lo padeció (como víctima o “paciente”); y finalmente, R también puede estar indexado, en un tercer nivel, a la propia perspectiva de S, como la perspectiva *desde la cual* el suceso es recordado. En este último caso, observa Burge, tiene sentido hablar de una memoria experiencial “desde dentro”<sup>50</sup>.

Lo anterior sugiere cómo ha de ser entendida, más precisamente, la función que desempeñan los “archivos del sufrimiento”<sup>51</sup>, en los cuales se encuentra plasmada la memoria experiencial del padecimiento (empírico) del terror. En ellos se plasma la narración “perspectivada” (en el sentido del tercer nivel de indexación) de lo ocurrido, ofrecida por parte de quienes recuerdan lo ocurrido (en el sentido del primer nivel de indexación) porque padecieron lo ocurrido (en el sentido del segundo nivel de indexación). Esto quiere decir que los correspondientes archivos constituyen el *soporte de reproducción* de esa memoria experiencial, en cuanto memoria indexada a la perspectiva de cada una las víctimas, haciendo de ella, entonces, una memoria experiencial constituida “desde dentro”.

En jerga filosófica, la función de los archivos es proveer la base material para la sustentación de una “memoria externa”<sup>52</sup>, esto es, externa al espacio psíquico de cada uno de los participantes en la elaboración de la correspondiente memoria declarativa compartida y, en tal medida, *pública*, la que se construye a partir de una validación universalizada de la memoria experiencial de las víctimas empíricas del terror. Es

---

<sup>48</sup> Esta noción de presentar-como-verdadero (en referencia a algún contenido proposicional cualquiera) está extraída de BURGE, 2013: 229 ss. y 240 ss.

<sup>49</sup> BURGE, 2013: 409 ss.

<sup>50</sup> BURGE, 2013: 410 ss.

<sup>51</sup> Para esta noción, véase PEÑALOZA, Carla (2015). *El camino de la memoria*. Santiago: Cuarto Propio, pp. 41 ss.

<sup>52</sup> Al respecto SUTTON, 2012: 36 ss.

altamente significativo que, desde un punto de vista más general, el descubrimiento de la función de semejantes “rastros externos” de memoria sea contemporáneamente invocado para dar verosimilitud a lo que en la filosofía de la mente se conoce como la hipótesis de la “mente extendida”<sup>53</sup>, de cuya plausibilidad ontológica depende que tenga sentido postular tal cosa como un auténtico *sujeto* colectivo. Y esto no deja de ser relevante en el presente contexto, precisamente porque tal es el estatus ontológico de aquello que podemos entender por “el pueblo”, cuya autoconsciencia histórica, *qua* sujeto colectivo, dependerá de la efectividad del proceso de reelaboración de su memoria.

Pero aquí es importante no perder de vista que la construcción de semejante soporte público para la construcción de una memoria declarativa compartida, en lo tocante a la experiencia del terror, depende de la contribución de quienes están en condiciones de dejar huella de su memoria experiencial de su padecimiento, justamente porque es su perspectiva la que debe ser asumida como *nuestra*. Por eso, lo que ellas y ellos hacen, o pudieran hacer, al poner esos registros en lo que técnicamente tendríamos que llamar el “dominio público”, no admite ser entendido, meramente, como el ejercicio de una prerrogativa individual. Antes bien, se trata de una contribución cuya valía política radica justamente en ponernos a todos en condición de advertir que, por la humanidad que compartimos con ellos, su brutal padecimiento es hecho, respetuosamente, nuestro. Justamente en lo tocante a la configuración de la memoria del terror dictatorial, el punto ha sido muy precisamente formulado por Mascareño:

*Por esto cualquier cosa que se recuerde no puede ser llamada memoria. La memoria debe cumplir con condiciones de universalización que la hagan significativamente aprehensible para otros en lugares y tiempos indeterminados. Se debe poder sentir el sufrimiento de la víctima aunque no se sienta; se debe poder experimentar el dolor aunque no se experimente; se debe poder vivenciar la esperanza de restaurar la injusticia aun cuando la justicia permanezca siendo siempre una esperanza. Todo ello se debe reconocer por otros indeterminados, en cualquier momento, especialmente en aquellos en que la experiencia propia hace visible la de otros así como la norma que emergió de su propio quebrantamiento*<sup>54</sup>.

<sup>53</sup> SUTTON, 2012: 30 ss. Fundamental al respecto CLARK, Andy y David CHALMERS (1998). “The Extended Mind”. *Analysis* 58(1): 7 ss. y 12 ss., quienes defienden un argumento favorable a identificar sistemas de cognición constituidos mediante una interacción bidireccional entre procesos cerebrales y una o más entidades o artefactos externos al organismo del sujeto de cuya operación cognitiva se trata, en la forma de un “externismo activo”, ello sustentaría la conclusión de que la mente involucrada en tal operación cognitiva no se encuentra “contenida” en el cerebro respectivo, sino que “se extiende en y hacia el mundo”.

<sup>54</sup> MASCAREÑO, Aldo (2014). “La memoria como proyección de futuro. Transtemporalidad y autotranscendencia en la sociedad moderna”. En: ESTEFANE, Andrés y Gonzalo BUSTAMANTE (comps.). *La agonía de la convivencia. Violencia política, historia y memoria*, Santiago: RIL Editores, pp. 167 s.

## V. LA REVERSIÓN CONSTITUYENTE DEL TERROR

En este punto de la argumentación se vuelve crucial reparar en una implicación de la condición de universalización a la que queda sometida la elaboración de la memoria declarativa, por vía de validación de la memoria experiencial indexada a la perspectiva de las víctimas. Esta implicación consiste en que, satisfaciéndose tal condición de universalización, “cualquier otra pseudomemoria que dispute su lugar es particularista; es memoria de un grupo; no memoria universal”<sup>55</sup>. Esto quiere decir, formulando el punto en un vocabulario alternativo, que la construcción de la memoria, como ya se anticipara, no es sino un proceso —políticamente contingente— de reelaboración *hegemónica* de aquello que se (re)presenta como un pasado compartido, lo que justamente explica que, *stricto sensu*, no puede haber tal cosa como “memorias en pugna”<sup>56</sup>. Y como también observa Mascareño, esto significa que

*[p]uede haber distintas versiones del Golpe Militar [sic] en Chile, pero solo hay una memoria de él: la que rescata la expectativa de justicia quebrantada, la que busca proyectar ese pasado ominoso en un futuro que impida su reedición, la que hace consciente a quien no vivió esa época de la inaceptabilidad de su retorno. Si otra quiere ser llamada “memoria”, tendría que mostrar la aceptabilidad simbólica generalizada del exterminio de los opositores, de la tortura como método de obtención de finalidades políticas, de la persecución como estrategia de mantención del poder [...]. La “memoria” de la derecha golpista chilena es anti-memoria; es la negación de lo que la (única) memoria defiende<sup>57</sup>.*

Una auténtica superación del pasado pinochetista solo será posible mediante una reinterpretación de ese pasado que se vuelva efectivamente hegemónica. Esa reinterpretación tiene que consistir en una *reversión* de la comprensión de la violencia criminal desplegada por la dictadura como una violencia fundacional, en cuyo contexto el padecimiento del terror por parte de sus víctimas empíricas es sometido a una operación de sublimación, que lo representa como un costo que hubo de ser pagado en pos del establecimiento del orden político que se sustenta en la constitución de 1980. Esto significa que, se haga explícito o no, el orden político que habitamos es uno que descansa en una legitimación de la violencia criminal padecida por las víctimas empíricas del terror.

<sup>55</sup> MASCAREÑO, 2014: 168.

<sup>56</sup> MASCAREÑO, 2014: 168: “La pugna de memorias es solo una construcción hegemónica para transformar la injusticia en posibilidades de debate”. Véase, sin embargo, PEÑALOZA (2015): 20 ss., quien identifica la noción de memoria con una mera interpretación del pasado; en el mismo sentido argumenta GARRETÓN, Manuel Antonio (2014). “Memorias en disputa: consenso fáctico y lucha de contenidos”. En: ESTEFANE, Andrés y Gonzalo BUSTAMANTE. *La agonía de la convivencia. Violencia política, historia y memoria*. Santiago: RIL Editores, pp. 153 ss. Para calibrar las implicaciones de este debate es importante no perder de vista que la tesis de Mascareño tiene que ser entendida como concerniente al estatus de la memoria en cuanto *producto*, y no al *proceso* mismo de su producción, el que se deja tematizar más precisamente por la noción de “memorialización”, como esta es articulada en STERN y WINN (2014): 205 s., en el sentido de un conjunto de “luchas por la memoria”.

<sup>57</sup> MASCAREÑO, 2014: 168.

La reversión de esta comprensión solo será posible si el rechazo incondicional de la pretensión de legitimación constitucional de esa violencia adquiere, a su vez, significación fundacional. Ello solo podrá ocurrir por el desarrollo de un proceso constituyente que, desconociendo toda sujeción al marco institucional sustentado en esa legitimación de la violencia dictatorial, transforme el compromiso incondicional con el reconocimiento de los derechos humanos que recíprocamente nos atribuimos, como integrantes del pueblo, en la clave de una nueva gramática política.

### BIBLIOGRAFÍA

- ARBLASTER, Anthony (2012). *Democracy*, 3ª ed. Buckingham y Filadelfia: Open University Press.
- ATRIA, Fernando (2013). *La constitución tramposa*. Santiago: LOM.
- BADIOU, Alain (2014). “Veinticuatro notas sobre los usos de la palabra ‘pueblo’”. En: BADIOU *et al.* *¿Qué es un pueblo?*, Santiago: LOM, pp. 9-18.
- BAKER, George P. y Peter M.S. HACKER (2005). *Wittgenstein: Understanding and Meaning. Part I: Essays*, 2ª ed. Malden, Oxford y Carlton: Blackwell.
- BURGE, Tyler (2013). *Cognition Through Understanding*. Oxford: Oxford University Press.
- CHRISTODOULIDIS, Emilios (2001). “Law’s Immemorial”. En: CHRISTODOULIDIS, Emilios y Scott VEITCH (eds.), *Lethe’s Law. Justice, Law and Ethics in Reconciliation*, Oxford y Portland: Hart Publishing, pp. 207-227.
- CLARK, Andy y David CHALMERS (1998). “The Extended Mind”. *Analysis* 58 (1): 7-19.
- DAVIDSON, Donald (2005). *Language, Truth, and History*. Oxford: Oxford University Press.
- ESPEJO, Juan Luis: “Cartas del Padre Manuel Lacunza”. *Revista Chilena de Historia y Geografía* IX (13): 200-219.
- GARRETÓN, Manuel Antonio (2014). “Memorias en disputa: consenso fáctico y lucha de contenidos”. En: ESTEFANE, Andrés y Gonzalo BUSTAMANTE (comps.). *La agonía de la convivencia. Violencia política, historia y memoria*, Santiago: RIL Editores, pp. 153-160.
- GUZMÁN DALBORA, José Luis (2009). “Chile”. En: AMBOS, Kai *et al.* (eds.), *Justicia de Transición. Informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, Berlín y Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, pp. 201-234.
- HEGEL, Georg Friedrich Wilhelm. (1986). *Wissenschaft der Logik I*. Fráncfort del Meno: Suhrkamp.
- HELLER, Hermann (1968). *Teoría del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica.
- INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (2015). *Situación de los derechos humanos en Chile. Informe anual 2015*, Santiago: Andros.
- KELSEN, Hans (2002). *Teoría Pura del Derecho*, 2ª ed. México: Porrúa.
- LACLAU, Ernesto (2005). *On Populist Reason*. Nueva York: Verso.
- LASSALLE, Ferdinand (2005). *¿Qué es una Constitución?* Bogotá: Temis.

- LECHNER, Norbert (2007). *Obras escogidas 2*. Santiago: LOM.
- LUHMANN, Niklas (1993). *Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen?* Heidelberg: C.F. Müller.
- MANSKE, Gisela (2003). *Verbrechen gegen die Menschlichkeit als Verbrechen an der Menschheit*. Berlín: Duncker & Humblot.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2010). *Terror, pena y amnistía*. Santiago: Flandes Indiano
- MAÑALICH, Juan Pablo (2014). “¿Democracia liberal o libertad democrática?”. *Estudios Públicos* (134): 155-167.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2015). “La democracia como programa constitucional: el lugar de los derechos fundamentales”. En: CHIA, Eduardo y Flavio QUEZADA (eds.). *Propuestas para una nueva Constitución (originada en democracia)*, Santiago: Instituto Igualdad, Fundación Friedrich Ebert y Facultad de Derecho, Universidad de Chile, pp. 253-261.
- MARX, Karl (1971). *Frühe Schriften*. Estútgart: Cotta Verlag.
- MASCAREÑO, Aldo (2014). “La memoria como proyección de futuro. Transtemporalidad y autotranscendencia en la sociedad moderna”. En: ESTEFANE, Andrés y Gonzalo BUSTAMANTE (comps.), *La agonía de la convivencia. Violencia política, historia y memoria*, Santiago: RIL Editores, pp. 161-170.
- MEZA-LOPEHANDÍA, Matías (2015). “El carácter secreto de los antecedentes de la Comisión Valech: derechos humanos y experiencia extranjera”. Biblioteca del Congreso Nacional, Asesoría Técnica Parlamentaria. Disponible en: <<http://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/22364/1/FINAL%20-%20El%20secreto%20de%20los%20antecedentes%20de%20la%20Comisi%C3%B3n%20Valech.pdf>> [consulta: 19.05.2016].
- NORVAL, Aletta (2006). “Democratic Identification. A Wittgensteinian Approach”. *Political Theory* 34(2): 229-255.
- PATZIG, Günther (1996). *Gesammelte Schriften IV. Theoretische Philosophie*. Gotinga: Wallstein Verlag.
- PEÑALOZA, Carla (2015). *El camino de la memoria*. Santiago: Cuarto Propio.
- SALGADO, Constanza (2015). “Comentario”. En: CHIA, Eduardo y Flavio QUEZADA (eds.). *Propuestas para una nueva Constitución (originada en democracia)*, Santiago: Instituto Igualdad, Fundación Friedrich Ebert y Facultad de Derecho, Universidad de Chile, pp. 289-299.
- SALGADO, Juan Carlos (2000). “No es que haya ganado uno u otro, ganamos todos”. *Estudios Públicos* (79): 499-508.
- STERN, David (2004). *Wittgenstein's Philosophical Investigations*. Cambridge y Nueva York: Cambridge University Press.
- STERN, Steve y Peter WINN (2014). “El tortuoso camino chileno a la memorización”. En: WINN, Peter, Steve STERN, Federico LORENZ y Aldo MARCHESI, *No hay mañana sin ayer. Batallas por la memoria histórica en el Cono Sur*, Santiago: LOM, pp. 205-326.

SUTTON, John (2012). "Memory". *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, disponible en: <<https://leibniz.stanford.edu/friends/members/view/memory/sc/>> [consulta: 18.01.2016].

ZALAQUETT, José (2000). "La Mesa de Diálogo sobre derechos humanos y el proceso de transición política en Chile". *Estudios Públicos* (79): 5-30.

ZIELCKE, Andreas *et al.* (1990). "Diskussion Amnestie für in der DDR begangene Straftaten?". *Kritische Justiz* 23(4): 460-475.

#### LEGISLACIÓN

Constitución Política de la República de Chile. Decreto Supremo N° 100, Ministerio Secretaría General de la Presidencia, 22 de septiembre de 2005.

Ley N° 19.992, que establece pensión de reparación y otorga otros beneficios a favor de las personas que indica. Congreso Nacional de la República de Chile, 24 de diciembre de 2004.

Ley N° 20.285, sobre acceso a la información pública. Congreso Nacional de la República de Chile, 20 de agosto de 2008.

Ley N° 20.405, del Instituto Nacional de Derechos Humanos. Congreso Nacional de la República de Chile, 10 de diciembre de 2009.

#### JURISPRUDENCIA

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Rol N° 91155-15. Sentencia de 21 de diciembre de 2015.

#### DICTÁMENES

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Dictamen N° 77.470, de 12 de diciembre de 2011.

\_\_\_\_. Dictamen N° 41.230, de 10 de junio de 2014.

Recibido: 7 de marzo de 2016  
Aceptado: 17 mayo de 2016.





## EL DERECHO DE HUELGA EN LA JURISPRUDENCIA CHILENA *The Right to Strike in Chilean Case Law*

**Javier Nicolás Pineda Olcay**

Universidad de Chile, Chile

Egresado de Derecho de la Universidad de Chile. Ayudante *ad honorem* de las cátedras de derecho penal, derecho administrativo y de derecho internacional de los derechos humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Miembro de la Alianza Latinoamericana y Caribeña de Juventudes, organización vinculada a la revisión del Plan de acción de la conferencia internacional sobre población y desarrollo y a la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible de las Naciones Unidas. Encargado de relaciones internacionales de la organización de derechos humanos “Corporación 4 de Agosto” y miembro del Comité de iniciativa por la unidad sindical (CIUS). pinedaolcay@gmail.com

### RESUMEN

Este artículo analiza la jurisprudencia reciente de los tribunales superiores de justicia chilenos respecto del derecho de huelga. Para estos efectos, se analiza la normativa internacional respecto del derecho de huelga y los criterios para su ejercicio efectivo, en especial, el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales y el Convenio N° 87 de la OIT, como también se analiza la normativa nacional, en especial, las disposiciones acerca de la materia en la Constitución Política de la República, en el Código del Trabajo y en la Ley de Seguridad del Estado. Posteriormente, se analiza el cambio de paradigma de los tribunales superiores de justicia en su jurisprudencia reciente respecto del derecho de huelga, que establece la extensión de su ejercicio fuera del procedimiento de negociación colectiva reglada y prohíbe el “reemplazo interno”, lo que representa un avance en su tratamiento como derecho fundamental. Finalmente, se establecen las conclusiones a partir de los cambios de la jurisprudencia y se menciona la amenaza que representa la nueva reforma laboral para los derechos de los trabajadores.

### PALABRAS CLAVES

Derecho de huelga; reemplazo interno; reforma laboral; conflicto capital-trabajo.

### ABSTRACT

This paper examines recent case law of the Chilean High Courts of Justice with regard to the right to strike. I analyse international legislation pertaining the right to strike, and the criteria for its effective practice. In particular, I look at the International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights and the ILO Convention 87, as well as national law, chiefly, the provisions made on that subject in the Political Constitution of the Republic, the Labour Code, and Internal State Security Law. I then examine the shift of paradigm that has taken place within The High Courts of Justice with regard to recent jurisprudence on the right to strike, a change that establishes the extension of this right beyond negotiation procedures and bans ‘internal replacement’, which amounts to a step forward in its treatment as a fundamental right. Finally, I draw a number of conclusions from the changes in the jurisprudence, and discuss the threat that the New Labour Reform poses for workers’ rights.

### KEY WORDS

Right to strike; replacement workers; labour reform; capital-work conflict.

## INTRODUCCIÓN

La huelga ha sido conceptualizada por el tesoro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) como una “garantía jurídica de los derechos humanos realizada a través de la acción concertada por los obreros de cesar en el trabajo, bien con la finalidad de asegurar los derechos económico, sociales y culturales, bien con la finalidad de asegurar cualquier otro derecho fundamental”<sup>1</sup>.

En un sistema económico capitalista, el dueño del medio de producción o empresario controla y dirige el devenir de la empresa, mientras el trabajador solo cuenta con su fuerza de trabajo. En ese contexto de notoria subordinación del trabajador, el derecho de huelga y las medidas de autotutela actúan como un reequilibrio mínimo de fuerza entre empleadores y trabajadores<sup>2</sup>.

El conflicto capital-trabajo<sup>3</sup> es propio de las sociedades industriales actuales, y el derecho del trabajo ha actuado como canalizador de dicha contradicción, estableciendo una regulación e institucionalidad sobre la materia para contenerla. En un primer momento se desarrolló el derecho individual del trabajo, que mediante los contratos y la intervención estatal en ellos buscó equilibrar las relaciones laborales, sin embargo, resultó insuficiente para lograr una efectiva protección del trabajador, por ello surgió el derecho colectivo del trabajo que permitió a los trabajadores cautelar sus propios intereses. Así ha emergido el derecho de libertad sindical, el que permite a las y los trabajadores que mediante su organización puedan celebrar convenios y contratos colectivos con el empleador, superando la regulación de mínimos que disponen las leyes laborales. Luego, para que una negociación colectiva llegue a “buen puerto” para los trabajadores, es necesario el derecho de huelga, pues, de lo contrario, la libertad sindical solo existiría sobre el papel<sup>4</sup> y, como sostiene el célebre fallo del Tribunal Federal del Trabajo alemán, la negociación colectiva se reduciría a una “petición colectiva de limosna” o “mendicidad colectiva”<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> CORTE IDH. *Tesoro sobre Derechos Humanos*. Disponible en: <<http://www.corteidh.or.cr/index.php/biblioteca/biblioteca-tesauro>> [consulta: 8.03.2016].

<sup>2</sup> GAMONAL, Sergio (2013). “El Derecho de Huelga en la Constitución Chilena”. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte* 20 (1): 105-127.

<sup>3</sup> Este conflicto se da por la necesidad en un sistema capitalista de aumentar permanentemente la tasa de ganancia, mediante la explotación y extracción de plusvalía al trabajador. La principal fuente de explotación se da mediante la apropiación de plusvalía absoluta: reduciendo el costo de la mano de obra (aumentos de jornada laboral y reducción de salarios). Tras la Segunda Guerra Mundial, en los países desarrollados, el capital logró la apropiación de plusvalía relativa, gracias al desarrollo de la tecnología y los nuevos procesos de intensificación de la industria que aumentaron la productividad, sin embargo, las nuevas tendencias modernas del trabajo han vuelto a la extracción de plusvalía absoluta mediante la externalización laboral (que produce reducciones de salarios) y la flexibilización laboral (que permite jornadas superiores a las máximas por la posibilidad de trabajar en varios lugares).

<sup>4</sup> KAHN-FREUND, Otto (1987). *Trabajo y Derecho*. Traducción de Jesús Galiana Moreno. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. p. 389 *apud* GAMONAL, 2013: 108.

<sup>5</sup> UGARTE, José Luis (2008). “La huelga como derecho fundamental”. En: *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2008*, Santiago, UDP, p. 135.

## I. EL DERECHO DE HUELGA EN LA NORMATIVA INTERNACIONAL

El derecho de huelga como piedra angular de la libertad sindical ha sido reconocido como un derecho fundamental por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

El Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales (PIDESC)<sup>6</sup>, en su artículo 8 N° 1, literal d), dispone que “[l]os Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar (...) [e]l derecho a huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país”.

Asimismo, la doctrina ha considerado que el derecho de huelga también estaría establecido implícitamente en el Convenio N° 87 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, de 9 de julio de 1948<sup>7</sup>, que consagra el derecho de las organizaciones de trabajadores de “organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción” (artículo 3) y establece como objeto de dichas organizaciones “fomentar y defender los intereses de los trabajadores” (artículo 10). A partir de estas disposiciones, el comité de libertad sindical de la OIT y la comisión de expertos en aplicación de convenios y recomendaciones han reconocido al derecho de huelga como uno de los elementos esenciales del derecho sindical y como derecho fundamental de los trabajadores y de sus organizaciones, elaborando un cuerpo de principios sobre el derecho de huelga<sup>8</sup>.

Entre las finalidades que se le ha reconocido a la huelga puede hablarse de tres categorías: las de naturaleza laboral (que buscan garantizar o mejorar las condiciones de trabajo y de vida de los trabajadores), las de naturaleza sindical (que persiguen garantizar y desarrollar los derechos de las organizaciones sindicales y de sus dirigentes) y las de naturaleza política (donde se incluye la huelga meramente política y la de solidaridad)<sup>9</sup>. La legitimidad de las dos primeras no está en duda conforme a las decisiones del comité de libertad sindical. Sin embargo, respecto de la huelga de naturaleza política ha existido mayor discusión, aun cuando existen ordenamientos jurídicos que admiten su ejercicio<sup>10</sup>. De todas formas, tanto el Comité de Libertad Sindical como la Comisión de Expertos han rechazado la tesis de que el derecho de huelga debería limitarse a los conflictos de trabajo susceptibles de finalizar en un convenio colectivo<sup>11</sup>.

<sup>6</sup> Entró en vigencia en Chile el 3 de enero de 1976.

<sup>7</sup> Ratificado por Chile el 1 de febrero de 1999.

<sup>8</sup> Estos principios se han recogido principalmente en *Libertad sindical y negociación colectiva*, un estudio general sobre los Convenios N°s 87 y 98 elaborado en 1994 por la comisión de expertos en aplicación de convenios y recomendaciones y en *Recopilación de decisiones y principios del comité de libertad sindical del consejo de administración de la OIT*. En: GERNIGON *et al.* (1998). *Principios de la OIT sobre el Derecho de Huelga*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, p. 8.

<sup>9</sup> GERNIGON *et al.*, 1998: 13.

<sup>10</sup> Principalmente, en los países del sur de Europa, como Italia, España y Portugal, cuyos ordenamientos reconocen más ampliamente el derecho de huelga como forma de tutela de los trabajadores en cuanto clase social, de manera que se puede ejercitar frente a los poderes privados como frente a los poderes públicos y la huelga no se encuentra constreñida por los límites del convenio.

<sup>11</sup> GERNIGON *et al.*, 1998: 13.

En el ámbito del derecho interamericano, la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, de 1948, dispone en su artículo 27 que: “Los trabajadores tienen derecho a la huelga. La ley regula este derecho en cuanto a sus condiciones y ejercicio”. Por su parte, el Protocolo adicional a la Convención americana sobre derechos humanos (CADH), en materia de derechos económicos, sociales y culturales (el “Protocolo de San Salvador”), en su artículo 8 N° 1, literal b), dispone que “[l]os Estados partes garantizarán (...) el derecho a la huelga”.

Asimismo, la Corte IDH, en el *Caso Baena, Ricardo y otros versus Panamá*, consideró que el derecho de huelga es una de las expresiones del derecho a la libertad de asociación sindical<sup>12</sup>. Además de señalar que “la libertad de asociación, en materia sindical, reviste la mayor importancia para la defensa de los intereses legítimos de los trabajadores y se enmarca en el *corpus juris* de los derechos humanos”<sup>13</sup>.

En definitiva, el derecho de huelga es considerado como un derecho fundamental por los Tratados Internacionales y ha sido incorporado al catálogo de Derechos Humanos, siendo uno de los medios legítimos fundamentales de que disponen los trabajadores y sus organizaciones para la promoción y defensa de sus intereses económicos y sociales.

## II. EL DERECHO DE HUELGA EN LA NORMATIVA CHILENA

La regulación de la huelga en Chile es particularmente hostil al compararla con la regulación de otros derechos fundamentales y con la normativa internacional. Tanto el legislador constituyente como el laboral consideraban la huelga como una “etapa indeseable” y negaban la existencia del conflicto capital-trabajo<sup>14</sup>, reduciendo los derechos laborales a una regulación gremial desprovista de todo contenido político.

### 1. Regulación constitucional

En el ámbito constitucional no existe una regulación expresa del derecho de huelga. El artículo 19 N° 19 de la Constitución Política de la República (CPR) consagra la libertad sindical y su artículo 19 N° 16 inciso sexto tiene una regulación negativa o prohibitiva de la huelga, estableciendo que “[n]o podrán declararse en huelga los funcionarios del Estado ni de las municipalidades. Tampoco podrán hacerlo las personas que trabajen en corporaciones o empresas, cualquiera sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional”.

La autoridad administrativa mediante un criterio amplio ha determinado las empresas que cumplen “servicios esenciales” y a cuyos trabajadores se les impide ejercer su derecho de huelga. Esto resulta contrario a los principios de la OIT, la que ha desarrollado el

<sup>12</sup> CORTE IDH. *Caso Baena, Ricardo y otros vs. Panamá* (fondo, reparaciones y costas). Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C N° 72, párr. 95.

<sup>13</sup> CORTE IDH. *Caso Baena, Ricardo y otros vs. Panamá*, párr. 158.

<sup>14</sup> José Piñera sostuvo que “[l]a idea básica fue sacar a este proceso [de negociación colectiva] de la arena de conflicto y confrontación social en que había sido situado históricamente –con gran satisfacción de los partidos de la lucha de clases– y devolverlo a su función natural, que es mantener la más estrecha correspondencia posible entre las remuneraciones de los trabajadores y la productividad del trabajo”. PIÑERA, José (1990). *La revolución laboral en Chile*. Santiago: Zig-Zag, p. 49.

concepto de “servicios esenciales en sentido estricto”, que los identifica como aquellos servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población<sup>15</sup>, lo que no es coincidente con la regulación constitucional chilena.

Algunos miembros de la Comisión Ortúzar, redactora de la CPR de 1980, actualmente vigente, plantearon prohibir expresamente la huelga. Ante ello, Jaime Guzmán, principal ideólogo de la dictadura, sostuvo que “no se podía”, pues el PIDESC la reconoce expresamente. Ante esto, buscaron la redacción más hostil que no contrariara –al menos textualmente– los Tratados Internacionales respecto de la materia<sup>16</sup>.

Bajo la inspiración del constituyente, algunos autores plantearon una tesis restrictiva, argumentando que el derecho de huelga no se encontraría regulado constitucionalmente y solo tendría regulación de rango legal. Sin embargo, dicha posición ha sido abandonada por la doctrina actual, que es unánime en considerar al derecho de huelga como un derecho fundamental, ya sea mediante la tesis del bloque de constitucionalidad, que considera incorporados a nuestra Constitución los Tratados Internacionales ratificados por Chile como el PIDESC y el Convenio N° 87 de la OIT en virtud del artículo 5° inciso segundo, o por la tesis dogmática, que sostiene que el derecho de huelga forma parte de la libertad sindical reconocida expresamente por la Constitución<sup>17</sup>.

A pesar de que el derecho de huelga es un derecho fundamental, la mayoría de la doctrina nacional<sup>18</sup> sigue considerando su ejercicio restringido al procedimiento de la negociación colectiva reglada, tratando como “ilegal” a toda huelga fuera de dicho procedimiento.

## 2. Regulación en el Código del Trabajo

El modelo laboral recogido por el actual Código del Trabajo<sup>19</sup> (CT) tiene sus orígenes en el “Plan Laboral”, el que fue parte de las reestructuraciones impulsadas por la dictadura para lograr la “modernización neoliberal”.

Este Plan Laboral, en primer lugar, atomizó las organizaciones sindicales, pues solo a los sindicatos de empresa les reconoció el derecho a negociar colectivamente. En segundo lugar, quitó toda efectividad al ejercicio del derecho a huelga, impidiendo que los trabajadores logren la capacidad de paralizar los centros de trabajo. En tercer lugar, creó un paralelismo organizacional entre grupos negociadores y sindicatos y también

<sup>15</sup> GERNIGON *et al.*, 1998: 20.

<sup>16</sup> UGARTE, José Luis (2011). “La huelga, ese incómodo derecho”. *El Mostrador. Periódico Digital*, Chile, 5 de enero. Disponible en: <<http://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2011/01/05/la-huelga-ese-incomodo-derecho/>> [consulta: 1.03.2016].

<sup>17</sup> GAMONAL, 2013: 121.

<sup>18</sup> HUMERES N., Héctor (2009). *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. 2., 18ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, pp. 296 y ss.; MACCHIAVELLO, Guido (1989). *Derecho Colectivo del Trabajo: teoría y análisis de sus normas*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 445; PINERA, José (1990). *La revolución laboral en Chile*. Santiago: Zig-Zag, pp. 51-52; TAPIA, Francisco (2005). *Sindicatos*. Santiago: LexisNexis, p. 75; THAYER, William (1991). *Sindicatos y Negociación Colectiva*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 163.

<sup>19</sup> DECRETO CON FUERZA DE LEY N° 1 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código del Trabajo. Ministerio del Trabajo y Previsión Social, República de Chile, 31 de julio de 2002.

entre los propios sindicatos (mediante los sindicatos amarillos o proempresa). Por último, produjo la despolitización sindical, anclando al sindicato a meras reivindicaciones económicas, desvinculándolo de los asuntos generales de la sociedad al censurar los temas a negociar y al tipificar los fines sindicales, entre otros mecanismos. Estos cuatro pilares del Plan Laboral conforman lo que su autor denominó como las “cuatro patas de la mesa”<sup>20</sup>, que se mantienen hoy. Ante ello, se ha afirmado que las reformas legislativas realizadas por los gobiernos postdictadura han sido “simples retoques o ajustes al modelo imperante, dejando intactas sus bases esenciales”<sup>21</sup>.

El derecho de huelga se redujo a su mínima expresión, regulándose solo respecto del procedimiento de negociación colectiva reglada, con excesivo detallismo. Asimismo, se restringió su aplicación solo al momento previsto por la ley, es decir, posterior al fracaso de la negociación directa entre las partes.

Además, el derecho de huelga presenta una excesiva “procedimentalización” para su ejercicio, estableciéndose en el procedimiento reglas de oportunidad, de declaración de la huelga, quórum de aprobación, plazo para implementar la huelga y buenos oficios<sup>22</sup>. La reforma laboral complicará aún más dicho procedimiento, estableciendo nuevas votaciones y judicializando aún más su ejercicio.

Finalmente, se contempla la figura del reemplazo de los trabajadores en huelga. En prácticamente todos los ordenamientos del mundo la sustitución de los trabajadores en huelga se encuentra prohibida, pues vacía de toda eficacia al derecho de huelga, lesionando gravemente su contenido esencial. Sin embargo, el artículo 381 del CT, que ha sufrido diversas modificaciones desde su redacción original, sigue manteniendo el “espíritu” del Plan Laboral, pues permite el reemplazo de trabajadores en huelga bajo ciertas condiciones de escasa complejidad de cumplimiento por el empleador. Todos estos elementos han restado toda eficacia al derecho de huelga.

### **3. La huelga como delito**

El legislador también criminalizó y reguló la huelga como un delito. La Ley sobre Seguridad Interior del Estado<sup>23</sup>, en su artículo 11, dispone que: “Toda interrupción o suspensión colectiva, paro o huelga de los servicios públicos, o de utilidad pública, o en las actividades de la producción, del transporte o del comercio producidos sin sujeción a las leyes y que produzcan alteraciones del orden público o perturbaciones en los servicios de utilidad pública o de funcionamiento legal obligatorio o daño a cualquiera de las industrias vitales, constituye delito y será castigado con presidio o relegación menores en sus grados mínimo a medio”.

El Comité de libertad sindical ha recomendado a Chile derogar dicha disposición, pues a todas luces resulta contraria a los Tratados Internacionales sobre la materia. A pesar

<sup>20</sup> PINERA, José (1995). “Proyecto reforma sindical: atentado contra Chile”. *Economía y Sociedad* (74). Disponible en: <[http://www.josepinera.org/RevChilena/chile\\_afp\\_demagogiafrei.htm](http://www.josepinera.org/RevChilena/chile_afp_demagogiafrei.htm)> [consulta: 1.03.2016].

<sup>21</sup> VARAS, Karla y César TOLEDO (2014). “La Huelga, un derecho fundamental”. En: *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2014*. Santiago, UDP, p. 64.

<sup>22</sup> CAAMAÑO, Eduardo (2008). *La Negociación Colectiva en el Derecho del Trabajo chileno. Un análisis en ambiente comparado y según estándares OIT*. Valparaíso: s.e., p. 79.

<sup>23</sup> Ley N° 12.297 de Seguridad del Estado. Congreso de la República de Chile, 6 de agosto de 1958.

de que dicha normativa no ha sido aplicada postdictadura, ha sido utilizada como un arma de amenaza política ante las movilizaciones de los trabajadores. Así, las últimas amenazas proferidas por autoridades públicas afectaron a los trabajadores del Registro Civil, realizadas por el Subsecretario del Interior<sup>24</sup>, y a los conductores de transporte público de Valparaíso, amenazados por el Seremi de Transportes<sup>25</sup>.

### III. CAMBIO RADICAL DE LA JURISPRUDENCIA CHILENA

Los tribunales superiores de justicia, especialmente, por conducto de la cuarta sala de la Corte Suprema, han jugado un rol activo en la aplicación restrictiva del derecho de huelga. Esto ha llevado a que algunos autores sostengan que el período de 2006-2014 ha sido el más oscuro para el derecho del trabajo<sup>26</sup>. En esta línea, la Corte Suprema afirmaba que la huelga sería un “desenlace indeseable del proceso de negociación colectiva”, debiendo delimitarse su aplicación, “atendidas las perniciosas consecuencias que trae consigo” al comprometer el desarrollo económico del país<sup>27</sup>.

Sin embargo, en fallos recientes estas cortes han dado un giro radical en la conceptualización y aplicación del derecho de huelga. Hoy se asume unánimemente que la huelga es un derecho fundamental, utilizado como mecanismo para contrapesar la autonomía y poder de la propiedad de la patronal, afirmando que “[s]u necesidad está íntima y directamente unida a la reivindicación de derechos que se consideran conculcados e, indirectamente, al bien común. Esto último por cuanto el trabajo no solo es un derecho del ser humano, sino el medio a través del que humaniza la realidad y se constituye en miembro activo de la comunidad”<sup>28</sup>.

Bajo este sentido, la Corte Suprema en los últimos dos años ha dictado sentencias favorables a los trabajadores en las siguientes materias: a) reconocimiento de derechos laborales a los trabajadores a honorarios<sup>29</sup>; b) extensión del procedimiento de tutela de derechos fundamentales a funcionarios públicos<sup>30</sup>; c) prohibición del “reemplazo interno” por parte del empleador en casos de ejercicio de derecho de huelga; y, d) extensión del ejercicio de derecho de huelga en casos fuera del procedimiento de negociación colectiva reglada.

<sup>24</sup> “Aleuy y paro Registro Civil: ‘Se podría llegar a aplicar la Ley de Seguridad del Estado’”. *Radio ADN*, Chile, 22 de octubre de 2015. Disponible en: <<http://www.adnradio.cl/noticias/nacional/aleuy-y-paro-registro-civil-se-podria-llegar-a-aplicar-la-ley-de-seguridad-del-estado/20151022/nota/2978738.aspx>> [consulta: 1.03.2016].

<sup>25</sup> “Analizan aplicar ley de Seguridad Interior del Estado por paro de buses en Valparaíso”. *Radio Cooperativa*, Chile, 19 de agosto de 2015. Disponible en: <<http://www.cooperativa.cl/noticias/pais/region-de-valparaiso/analizan-aplicar-ley-de-seguridad-interior-del-estado-por-paro-de-buses/2015-08-19/003834.html>> [consulta: 1.03.2016].

<sup>26</sup> UGARTE, José Luis (2014). “La huelga en el Derecho Laboral chileno: Superando el espejismo”, p. 2. Disponible en: <<http://www.jornadasdeltrabajo.cl/wp-content/uploads/2014/09/Jose-Luis-Ugarte-El-Concepto-de-Huelga-en-el-Derecho-Chileno.pdf>> [consulta: 1.03.2016].

<sup>27</sup> CORTE SUPREMA DE CHILE. Rol N° 995-2008. Sentencia de 5 de mayo de 2008, considerandos 10° y 11°.

<sup>28</sup> CORTE SUPREMA DE CHILE. Rol N° 3514-2014. Sentencia de 4 de diciembre de 2014, considerando 10°.

<sup>29</sup> CORTE SUPREMA DE CHILE. Rol N° 11.584-2014. Sentencia de 1 de abril de 2015.

<sup>30</sup> CORTE SUPREMA DE CHILE. Rol N° 10.972-2013. Sentencia de 30 de abril de 2014.

A continuación se analizarán las sentencias de los años 2014 y 2015 acerca de la prohibición del “reemplazo interno” y la extensión del ejercicio del derecho de huelga en casos fuera del procedimiento de negociación colectiva reglada.

### **1. Sentencias que establecen prohibición del “reemplazo interno”**

La jurisprudencia de los últimos años había sostenido reiteradamente que lo prohibido por el artículo 381 del CT era la contratación de trabajadores para el desarrollo de las labores de aquellos que hacen uso de su derecho a huelga, mas no la realización de dichas labores por trabajadores no sindicalizados, que ya pertenecían a la empresa con anterioridad a su inicio<sup>31</sup>.

Dicha interpretación cambió radicalmente con el fallo de la Corte Suprema de 4 de diciembre de 2014. En esta sentencia, la Corte Suprema trajo a colación el inciso primero del artículo 5° del CT, este establece que “[e]l ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores [...]”, entre ellas se considera el derecho de huelga, regulado implícitamente a partir de los dos últimos párrafos del artículo 19 N° 16 de la Constitución.

Además, la corte sostuvo que en virtud del apartado 26° del artículo 19 de la Constitución, los derechos no podrán ser legalmente afectados en su esencia, por tanto, no se le puede atribuir al artículo 381 del CT una interpretación de la que derive una desafectación del derecho a huelga. Finalmente, agrega que

“De aceptarse que el precepto indagado tolera el reemplazo con propios dependientes, aunque aportados por otras sedes, se lesiona en su esencia la suspensión colectiva de funciones en que consiste la huelga legal”<sup>32</sup>.

En esta misma línea, la sentencia de la Corte Suprema, de 29 de enero de 2015<sup>33</sup>, que ratifica el fallo de la Corte de Apelaciones, sosteniendo que:

“la huelga es un derecho adherido indisolublemente a la libertad sindical y se traduce en un medio que permite hacer efectivo el ejercicio del derecho a la negociación colectiva..., agregando que en términos concretos, la huelga es un instrumento de presión, una manifestación de autotutela, en el sentido que a través de una perturbación del proceso productivo se propende a equiparar la posición negociadora de las partes en conflicto”<sup>34</sup>.

Sostiene además que una restricción muy severa del derecho de huelga reduce la libertad sindical a una cuestión puramente programática, lo que se contrapone al carácter normativo/material de la CPR.

Finalmente, una tercera sentencia de la Corte Suprema, de 12 de mayo de 2015<sup>35</sup>, reconoce los argumentos esgrimidos por las dos sentencias anteriores.

<sup>31</sup> CORTE SUPREMA DE CHILE. Rol N° 4936-2012. Sentencia de 7 de marzo de 2013.

<sup>32</sup> CORTE SUPREMA DE CHILE. Rol N° 3514-2014. Sentencia de 4 de diciembre de 2014, considerando 29°.

<sup>33</sup> CORTE SUPREMA DE CHILE. Rol N° 10.444-2014. Sentencia de 29 de enero de 2015.

<sup>34</sup> CORTE SUPREMA DE CHILE. Rol N° 10.444-2014, considerando 5°.

<sup>35</sup> CORTE SUPREMA DE CHILE. Rol N° 15.293-2014. Sentencia de 12 de mayo de 2015.



Lamentablemente los avances que ha representado este giro jurisprudencial en favor de los derechos de los trabajadores se verán afectados por la reforma laboral<sup>36</sup> que tramita actualmente el Congreso, ya que el ejecutivo presentó una indicación que permite realizar “adecuaciones necesarias” a los empleadores en caso de que trabajadores ejerzan su derecho de huelga, esto consagra expresamente la posibilidad de reemplazo interno por el empleador.

## ***2. Sentencia que extiende el ejercicio del derecho de huelga en casos fuera del procedimiento de negociación colectiva reglada***

Como se revisó anteriormente, la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria habían restringido el ejercicio del derecho de huelga solo en casos de procedimiento de negociación colectiva reglada. Esta situación se vio alterada tenuemente por un fallo de la Corte Suprema en 1987, que confirmó el criterio de la Corte de Apelaciones de Concepción, en orden a desestimar la solicitud de disolución de un sindicato por considerar que la paralización ilegal efectuada no era grave<sup>37</sup>, lo que reflejaría la posición de S. Gamonal, quien sostiene que las manifestaciones autotutelares que escapan a la definición tradicional de huelga, aunque no se encuentran amparadas por nuestro derecho positivo, tampoco pueden ser consideradas huelgas ilícitas, por ello no procedería la posibilidad de despido por parte del empleador ni sanciones penales, salvo situaciones muy excepcionales que deberán ser estudiadas caso a caso<sup>38</sup>. En esta misma línea de considerar amparadas por el derecho paralizaciones fuera del procedimiento de negociación colectiva reglada, la sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel<sup>39</sup> declaró ilegal el despido de una trabajadora, considerando que una inasistencia por paralización del sindicato se encontraría amparada constitucionalmente por el derecho de libertad sindical que implicaría el derecho de huelga, y la sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta<sup>40</sup> sancionó a la Empresa Minera Escondida Ltda. por incurrir en prácticas antisindicales al enviar cartas de amonestación individuales con amenazas de despido a los trabajadores que participaron en una paralización de actividades convocada por el sindicato fuera de un procedimiento de negociación colectiva reglada.

No obstante estas sentencias, la posición restrictiva del derecho de huelga consagrada por el Plan Laboral se mantuvo hegemónica en los Tribunales de Justicia hasta el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 23 de octubre de 2015, que quedó firme y ejecutoriado con el fallo de la Corte Suprema, de 7 de marzo de 2016, que declaró inadmisibile el recurso de unificación de jurisprudencia presentado por la empresa. En este caso, la Corte de Apelaciones de Santiago reconoce que el derecho de huelga es un derecho fundamental, habiendo “sido superada la tesis que sustentaba que la

<sup>36</sup> Boletín N° 9835-13, que moderniza el sistema de relaciones laborales, introduciendo modificaciones al Código del Trabajo, de 29 de diciembre de 2015.

<sup>37</sup> GAMONAL, Sergio (2002). *Derecho colectivo del trabajo*. Santiago: LexisNexis, p. 428.

<sup>38</sup> GAMONAL, S. (2002): 428.

<sup>39</sup> GAMONAL, Sergio (2014). “La Huelga como Derecho Fundamental”. *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social* (4): 390-393.

<sup>40</sup> GAMONAL, Sergio (2015). “Conflicto colectivo y huelga preventiva, huelga constitucional y huelga en base a la excepción de contrato no cumplido”. *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social* (2): 274-277.

huelga era una ‘etapa indeseable’ de la negociación colectiva; por lo mismo, tampoco puede sostenerse que cualquier huelga que se realice fuera de la negociación colectiva sea ilícita o contraria al derecho”<sup>41</sup>.

Asimismo, este fallo cita la tesis de J. L. Ugarte, quien sostiene que la huelga al ser un derecho fundamental

“es *prima facie* lícita, salvo que el legislador, expresa y deliberadamente, la declare, en algunos casos calificados, como prohibida o ilícita, y siempre que esa calificación respete el principio de proporcionalidad o respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales”<sup>42</sup>.

En esta línea, la sentencia agrega que “[l]a sola circunstancia que la ley regule la huelga para un caso, en la negociación colectiva reglada, no puede llevarnos a sostener que fuera de ella se encuentre prohibida, pues lo que el legislador ha omitido regular o definir, no puede sostenerse que lo ha prohibido”<sup>43</sup>. Esta interpretación de la aplicación de un derecho fundamental es consecuente con el principio *pro persona* o *pro homine*, según este, deben utilizarse criterios expansivos de aplicación de los derechos y sus restricciones y suspensiones deben ser acotadas, sin desfigurar el contenido del derecho<sup>44</sup>.

Así, al interpretarse normas que consagran o reconocen derechos fundamentales, se debe adoptar la aplicación de la norma que mejor proteja los derechos fundamentales del ser humano.

## CONCLUSIONES

Chile tiene una de las legislaciones más restrictivas en materia de derechos del trabajo. Su modelo de relaciones laborales es propio de un sistema neoliberal, que privilegia el desarrollo económico y la acumulación empresarial a costa de los derechos de los trabajadores.

Este modelo fue impuesto por el Plan Laboral de la dictadura y se ha mantenido sin modificaciones sustantivas en los gobiernos postdictadura. Inclusive, podemos decir que en los años posteriores se ha ido profundizando, principalmente, en materia de flexibilización laboral, cuya máxima expresión –si se aprueba la reforma laboral– serán los “pactos de adaptabilidad”, mediante los cuales los trabajadores podrán renunciar hasta a su jornada máxima de trabajo cumpliéndose determinadas condiciones.

Respecto del derecho de huelga, el Plan Laboral redujo toda eficacia de este al contemplar la figura del reemplazo y restringir su aplicación solo al procedimiento de negociación colectiva reglada. Esta situación fue agravada por la jurisprudencia, la que restringió aún más su ejercicio. En este sentido, las sentencias analizadas vienen

<sup>41</sup> CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Rol N° 1144-2015. Sentencia de 23 de octubre de 2015, considerando 5°.

<sup>42</sup> UGARTE, 2008: 197.

<sup>43</sup> CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Rol N° 1144-2015, considerando 5°. Véase UGARTE, José Luis (2015). “Huelga como Derecho Fundamental”. *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social* (1): 228-230.

<sup>44</sup> CABALLERO, José Luis (2012). “La cláusula de interpretación conforme y el principio *pro persona*”. En: CARBONELL, Miguel y Pedro SALAZAR (coords.). *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*. México: Porrúa, p. 131.

a representar un cambio de paradigma respecto de la aplicación e interpretación de los derechos de los trabajadores, pues integran a ellas el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y los Tratados Internacionales ratificados por Chile. Esto ha provocado avances sustantivos en materia de prohibición de reemplazo interno, pero dichos avances se ven amenazados por la Reforma Laboral, ya que esta le permitirá al empleador realizar las “adecuaciones necesarias” en caso de que sus trabajadores ejerzan su derecho de huelga.

Otro avance sustancial realizado por la jurisprudencia reciente ha sido el considerar el ejercicio del derecho de huelga fuera del procedimiento de negociación colectiva reglada. Esta interpretación se debe en gran medida al trabajo de los profesores José Luis Ugarte y Sergio Gamonal, quienes han sostenido un cambio de paradigma respecto del ejercicio de derecho de huelga, coincidente con lo establecido en los tratados internacionales sobre la materia ratificados por Chile. Si el derecho de huelga es un derecho fundamental, no se puede hablar de “ilegalidad” en su ejercicio.

La amenaza que representa la reforma laboral para los derechos de los trabajadores y para los avances que ha venido realizando la jurisprudencia no es casual. Responde a las relaciones de poder actualmente establecidas en Chile, en las cuales un minoritario sector político y empresarial –acusados en gran medida de corrupción– impone su posición ideológica al resto de la sociedad. Por tanto, los avances que pueda representar la jurisprudencia no solucionan el problema de fondo.

De todas formas, la criminalización y las restricciones normativas no han impedido que el ejercicio del derecho de huelga, al parecer de la doctrina mayoritaria, se ejerza fuera de los parámetros institucionales. Precisamente, las huelgas más exitosas han sido llevadas a cabo por aquellos trabajadores a los que se les niega el ejercicio del derecho de huelga, como son los funcionarios públicos. Utilizando la alegoría de Hegel al derecho, “el búho de Minerva emprende el vuelo antes del atardecer”: el derecho solo llega luego de cristalizadas las relaciones sociales. Por tanto, solo la movilización de las y los trabajadores, incluyendo su derecho de huelga, será la única garantía para avanzar en una legislación laboral que efectivamente tenga como centro los derechos humanos de los trabajadores. Como decía José Martí, “los derechos se toman, no se piden; se arrancan, no se mendigan”.

#### BIBLIOGRAFÍA

- CAAMAÑO, Eduardo (2008). *La Negociación Colectiva en el Derecho del Trabajo chileno. Un análisis en ambiente comparado y según estándares OIT*. Valparaíso: s.e.
- CABALLERO, José Luis (2012). “La cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona”. En: CARBONELL, Miguel y Pedro SALAZAR (coords.). *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México: Porrúa, pp.103-133.
- CORTE IDH. *Tesaurus sobre Derechos Humanos*. Disponible en: <<http://www.corteidh.or.cr/index.php/biblioteca/biblioteca-tesauro>>.
- GAMONAL, Sergio (2002). *Derecho colectivo del trabajo*. Santiago: LexisNexis.
- \_\_\_\_ (2013). *El Derecho de Huelga en la Constitución Chilena*. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte* 20 (1): 105-127.

- (2014). “La Huelga como Derecho Fundamental”. *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social* (4): 390-393.
- (2015). “Conflicto Colectivo y Huelga Preventiva, Huelga Constitucional y Huelga en base a la Excepción de Contrato no Cumplido”. *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social* (2): 274-277.
- GERNIGON *et al.* (1998). *Principios de la OIT sobre el Derecho de Huelga*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.
- HUMERES N., Héctor (2009). *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. 2., 18<sup>a</sup> ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- MACCHIAVELLO, Guido (1989). *Derecho Colectivo del Trabajo: teoría y análisis de sus normas*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- PIÑERA, José (1990). *La revolución laboral en Chile*. Santiago: Zig-Zag.
- TAPIA, Francisco (2005). *Sindicatos*. Santiago: LexisNexis.
- THAYER, William (1991). *Sindicatos y Negociación Colectiva*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- UGARTE, José Luis (2008). “La huelga como derecho fundamental”. En: *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2008*, Santiago: UDP, pp. 135-174.
- (2011). “La huelga, ese incómodo derecho”. *El Mostrador. Periódico Digital*, Chile, 5 de enero. Disponible en: <<http://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2011/01/05/la-huelga-ese-incomodo-derecho/>> [consulta: 1.03.2016].
- (2014). “La huelga en el Derecho Laboral chileno: Superando el espejismo”. Disponible en: <<http://www.jornadasdeltrabajo.cl/wp-content/uploads/2014/09/Jose-Luis-Ugarte-El-Concepto-de-Huelga-en-el-Derecho-Chileno.pdf>> [consulta: 1.03.2016].
- (2015). “Huelga como Derecho Fundamental”. *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social* (1): 228-230.
- VARAS, Karla y César TOLEDO (2014). “La Huelga, un derecho fundamental”. En: *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2014*. Santiago, UDP, pp. 63-108.

#### LEGISLACIÓN

- Boletín N° 9835-13, que moderniza el sistema de relaciones laborales, introduciendo modificaciones al Código del Trabajo, de 29 de diciembre de 2015.
- DECRETO CON FUERZA DE LEY N° 1 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código del Trabajo. Ministerio del Trabajo y Previsión Social, República de Chile, 31 de julio de 2002.
- Ley N° 12.297 de Seguridad del Estado. Congreso de la República de Chile, 6 de agosto de 1958.

#### TRATADOS INTERNACIONALES

- Convenio N° 87 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, de 9 de julio de 1948.

Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

#### JURISPRUDENCIA

CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA. Rol N° 91-2015. Sentencia de 24 de septiembre de 2015.

CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL. Rol N° 183-2014. Sentencia de 9 de julio de 2014.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Rol N° 1144-2015. Sentencia de 23 de octubre de 2015.

CORTE IDH. Caso *Baena, Ricardo y otros vs. Panamá* (fondo, reparaciones y costas). Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C N° 72.

CORTE SUPREMA DE CHILE. Rol N° 995-2008. Sentencia de 5 de mayo de 2008.

\_\_\_\_. Rol N° 4936-2012. Sentencia de 7 de marzo de 2013.

\_\_\_\_. Rol N° 10.972-2013. Sentencia de 30 de abril de 2014.

\_\_\_\_. Rol N° 3514-2014. Sentencia de 4 de diciembre de 2014.

\_\_\_\_. Rol N° 10.444-2014. Sentencia de 29 de enero de 2015.

\_\_\_\_. Rol N° 11.584-2014. Sentencia de 1 de abril de 2015.

\_\_\_\_. Rol N° 15.293-2014. Sentencia de 12 de mayo de 2015.

#### OTROS DOCUMENTOS EN LÍNEA

“Aleuy y paro Registro Civil: ‘Se podría llegar a aplicar la Ley de Seguridad del Estado’”. *Radio ADN*, Chile, 22 de octubre de 2015. Disponible en: <<http://www.adnradio.cl/noticias/nacional/aleuy-y-paro-registro-civil-se-podria-llegar-a-aplicar-la-ley-de-seguridad-del-estado/20151022/nota/2978738.aspx>> [consulta: 1.03.2016].

“Analizan aplicar ley de Seguridad Interior del Estado por paro de buses en Valparaíso”. *Radio Cooperativa*, Chile, 19 de agosto de 2015. Disponible en: <<http://www.cooperativa.cl/noticias/pais/region-de-valparaiso/analizan-aplicar-ley-de-seguridad-interior-del-estado-por-paro-de-buses/2015-08-19/003834.html>> [consulta: 1.03.2016].

PIÑERA, José (1995). “Proyecto reforma sindical: atentado contra Chile”. *Economía y Sociedad*, Chile, abril de 1995. Disponible en: <[http://www.josepinera.org/RevChilena/chile\\_afp\\_demagogiafrei.htm](http://www.josepinera.org/RevChilena/chile_afp_demagogiafrei.htm)> [consulta: 1.03.2016].

Recibido: 15 de marzo de 2016

Aceptado: 1 de junio de 2016



## LA PUBLICIDAD SEXISTA EN CHILE COMO VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS CONSUMIDORAS

### *Sexist Advertising in Chile as a Violation of the Fundamental Rights of Female Consumers*

**Bárbara Sepúlveda Hales**

Fundación Observatorio Contra el Acoso Callejero, Chile

Abogada. Licenciada en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile. Egresada de Magíster en Derecho, con mención en Derecho Público, Universidad de Chile. Directora Ejecutiva de la Fundación Observatorio Contra el Acoso Callejero. bsepulvedahales@gmail.com.

#### RESUMEN

En Chile la publicidad solo está regulada respecto de la publicidad engañosa o está vista desde la perspectiva de la protección del derecho a la honra e imagen personal ante la libertad de expresión, en especial de los medios de comunicación en el ejercicio del periodismo. Sin embargo, no existe normativa que regule los abusos de la publicidad desde una perspectiva de derechos fundamentales de los consumidores.

El presente artículo pretende demostrar que en Chile la autorregulación de las empresas publicitarias, mediante el Consejo de Autorregulación y Ética Publicitaria, tiene como consecuencia la inexistencia de límites legales al tipo de publicidad que se produce, pudiendo esta representar imágenes y mensajes de la más variada índole, incluso vulnerando los derechos humanos de las mujeres mediante la discriminación y el uso de estereotipos sexistas. Para ello, se aborda el problema de los abusos cometidos por la publicidad, desde una perspectiva de derechos fundamentales, en particular de los derechos de las mujeres, mediante el análisis de un conjunto de casos conocidos.

#### PALABRAS CLAVE

Publicidad; sexismo; género; consumidores; derechos humanos.

#### ABSTRACT

In Chile, publicity is only regulated with regard to misleading advertising, or alternatively it is viewed from the standpoint of the protection of the right to honour and personal image vis-à-vis freedom of expression, primarily that of mass media in the exercise of journalism. There is, however, no legislation regulating the abuses incurred by advertising from the perspective of the fundamental rights of consumers. This paper aims to show that the self-regulation of advertising companies through the Council of Self-Regulation and Advertising Ethics has resulted in a lack of legal limits as to the kind of adverts that can be produced, so that a wide range of images and messages can be presented, even when they violate the human rights of women by means of discrimination and sexist stereotypes. In order to do this, I examine the abuses of advertising in a number of well-known cases from the perspective of the fundamental human rights, and women's rights in particular.

#### KEY WORDS

Advertising; sexism; gender; consumers; human rights.

## I. REGULACIÓN Y AUTORREGULACIÓN DE LA INDUSTRIA PUBLICITARIA EN CHILE

La publicidad en Chile está regulada inorgánica e insuficientemente. Por un lado, está regulada inorgánicamente porque no existe un solo cuerpo normativo que contenga y sistematice las normas relativas a la publicidad. La dispersión de las normas posibilita el abuso por parte de las empresas y limita la formación de la ciudadanía como fiscalizadores, esto podría constituir una medida preventiva ante la vulneración de sus derechos por la publicidad<sup>1</sup>. Por otro lado, ninguno de los aspectos regulados de la publicidad se acercan siquiera a resguardar la totalidad de los derechos de los consumidores que pudiesen verse afectados por el ejercicio de la actividad publicitaria.

El primer intento por regular la publicidad fue mediante la Ley N° 16.643 respecto de abusos de publicidad (derogada), que sancionaba los delitos de calumnia e injuria cometidos por medios de comunicación, la difusión de hechos privados o personales y la imputación maliciosa acerca de un hecho falso que causaren daño material o moral a una persona o su familia. Es decir, se trataba de una norma que, a pesar de su denominación, no regulaba la publicidad comercial, sino que aquellas prácticas de los medios de comunicación social que pudiesen perjudicar a las personas por dar a conocer públicamente información de su vida privada, produciéndole un daño, ya fuera esta información falsa o verdadera.

Las normas vigentes que se refieren a la publicidad comercial son la Ley N° 19.496, que establece normas de Protección de los Derechos de los Consumidores (“Ley del consumidor”); la Ley N° 20.105, que modifica la Ley N° 19.419, en materias relativas a la publicidad y el consumo del tabaco; la Ley N° 20.869 sobre publicidad de los alimentos; la Ley N° 18.838, que crea el Consejo Nacional de Televisión (CNTV); la Resolución N° 1 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, de 3 de febrero de 2001, relativa a publicidad en el transporte público; y las distintas ordenanzas municipales que regulan la publicidad que se efectúa en cada comuna. Para efectos del presente trabajo, de las normas anteriormente mencionadas, solo se analizarán la Ley del consumidor y la Ley que crea el CNTV.

En primer lugar, la Ley del consumidor define publicidad en su artículo 1.4 como la “comunicación que el proveedor dirige al público por cualquier medio idóneo al efecto, para informarlo y motivarlo a adquirir o contratar un bien o servicio (...)”. Luego, el artículo 28 de la misma ley se refiere a la publicidad engañosa o falsa y las situaciones en las que se entiende que ella se produce.

Sin embargo, la publicidad engañosa no es la única forma en que la publicidad puede vulnerar los derechos de los consumidores: la publicidad abusiva, la que no siendo ni engañosa, falsa o desinformativa, fundamenta su eficacia en elementos que son irrelevantes para la relación de consumo, como ilícitos, inconvenientes o inmorales, y que producen un daño en otros derechos subjetivos de los consumidores por ser nociva o impropia al público destinatario, o bien porque produce un efecto adverso en la sociedad en su conjunto<sup>2</sup>. Es en esta publicidad en que podemos enmarcar la publicidad sexista.

<sup>1</sup> BLANCO CASTILLA, Elena (2005). “Violencia de género y publicidad sexista”. *Revista Latinoamericana de Comunicación Chasqui* (91): 53.

<sup>2</sup> STIGLITZ, Gabriel (dir.) (2001). *Defensa de los Consumidores de Productos y Servicios*. Buenos Aires: Ed. La Roca, p. 156.



Además, la ley del consumidor establece que la discriminación se relaciona específicamente con que los proveedores de un bien o de un servicio no deben discriminar en cuanto a quién o quiénes se les dirige la oferta, o con quién o quiénes celebra o no determinado contrato. Sin embargo, la norma no se refiere a la vulneración de derechos fundamentales de los consumidores por discriminación efectuada al momento de ofertar mediante la publicidad. Tampoco el Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC) tiene las facultades legales para velar por la no discriminación de la mujer en la publicidad, por lo que al tomar conocimiento de una publicidad sexista ha optado por derivar las denuncias al CONAR. Otras medidas apuntan a la generación de estudios como aportes al debate crítico y a la proposición de políticas públicas para resguardar la imagen de las mujeres<sup>3</sup>.

Como se advierte, la Ley del Consumidor no contiene norma alguna que regule ni sancione la publicidad abusiva o discriminatoria. Aunque en el Senado, para suplir este vacío normativo, el 2014 se presentó por moción un proyecto de ley para modificar esta ley con el fin de “sancionar el uso en la publicidad comercial de mensajes o contenidos denigratorios de la dignidad de la mujer”<sup>4</sup>, el se encuentra en primer trámite constitucional desde ese año.

Considerando que la mayor parte de la publicidad se transmite en televisión, resulta relevante analizar las normas que regulan a este medio de comunicación social y que pueden relacionarse con la protección de los derechos fundamentales de los consumidores. La Ley N° 18.838 establece en su artículo 12 letra l) que le corresponde a este “dictar las normas generales destinadas a impedir que los menores se vean expuestos a programación y publicidad que pueda dañar seriamente su salud y su desarrollo físico y mental”. Asimismo, el artículo 13 establece la facultad del CNTV de “adoptar las medidas tendientes a evitar la difusión de (...) programas o publicidad que atenten contra la moral, las buenas costumbres o el orden público”; determinar la hora de reproducción de la publicidad de este tipo de programación, y; restringir y limitar la exhibición de los productos cuya publicidad se encuentre prohibida o limitada por esta norma. Además, tras la modificación establecida mediante la Ley N° 20.750, que permite la introducción de la televisión digital terrestre, la Ley N° 18.838 considera como un elemento requerido para el “correcto funcionamiento” de los servicios de televisión “el permanente respeto, a través de su programación, de (...) el pluralismo”, entendido este como “el respeto a la diversidad social, cultural, étnica, política, religiosa, de género, de orientación sexual e identidad de género”.

El CNTV cumple un rol fiscalizador de la televisión y uno de sus roles más interesantes consiste en la recepción y tramitación de denuncias ciudadanas por los contenidos que en ella se transmiten. Acerca de la discriminación de género y en particular respecto de la publicidad sexista, esta no se encuentra explicitada entre las causales para

<sup>3</sup> SERNAC (2015). *Reporte sobre publicidad sexista*, p. 6. Disponible en: <<http://www.sernac.cl/reportesobre-publicidad-sexista/>> [consulta: 16.02.2016].

<sup>4</sup> Boletín N° 9803-03, proyecto que modifica la Ley N° 19.496, que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores, con el fin de sancionar el uso en la publicidad comercial de mensajes o contenidos denigratorios de la dignidad de la mujer.

interponer una denuncia. El sexismo en televisión se ha subsumido bajo las categorías de “dignidad de las personas” o el respeto a los “valores nacionales”, motivos que según el propio CNTV abarcan una amplia gama de situaciones desde el respeto en el trato a las personas, la honra y la imagen de las personas, hasta la transgresión a su intimidad. Por su parte, entre los “valores nacionales” se incorporan los valores y principios reconocidos en el artículo 1º de la Constitución y, por tanto, se vincula directamente con la protección de derechos fundamentales de las personas<sup>5</sup>.

Para un análisis responsable de los efectos y en especial del rechazo que la publicidad sexista puede producir en la población, es necesario que exista una causal separada para la discriminación y otra para el sexismo, y que no se entiendan todas incorporadas en conceptos vagos como los enunciados que funcionan como “cajón de sastre” de denuncias.

Como se afirmó anteriormente, Chile no tiene una norma para la regulación general de la publicidad. Aquí se ha optado por el modelo de autorregulación de la industria publicitaria, el que se encuentra a cargo del Consejo de Autorregulación y Ética Publicitaria (CONAR), una corporación de derecho privado sin fines de lucro, cuyo objetivo principal es autorregular la publicidad nacional<sup>6</sup>. En la práctica, se trata de una especie de tribunal arbitral, adonde las empresas de la industria publicitaria recurren voluntariamente. CONAR está integrado por la Asociación nacional de avisadores (ANDA); la Asociación chilena de agencias de publicidad (ACHAP); la Asociación de radiodifusores de Chile (ARCHI); la Asociación nacional de televisión (ANATEL) y la *Interactive Advertising Bureau* (IAB Chile).

Uno de los principales problemas de la autorregulación por medio de CONAR es que carece de facultades para prohibir una publicidad o para imponer una multa, por lo que sus resoluciones requieren de la voluntad de los empresarios reclamados para su cumplimiento. Por tanto, como suele suceder con la autorregulación no solo en Chile sino que también en el extranjero<sup>7</sup>, el hecho de que sus facultades estén sujetas al cumplimiento voluntario puede producir que en caso de no acatarse una resolución, se afecte no solo a los consumidores, sino también a otros productores, en particular cuando se trata de publicidad engañosa o falsa<sup>8</sup>.

Esta sujeción voluntaria es especialmente compleja cuando se trata de la protección de derechos fundamentales en relación con la publicidad sexista, ya que a pesar que el artículo 1º del Código Chileno de Ética Publicitaria de CONAR establece que “Los

<sup>5</sup> CNTV (2015). *Balance de denuncias ciudadanas* 2014, p. 14. Disponible en: <[http://www.cntv.cl/prontus\\_cntv/site/artic/20150616/asocfile/20150616155216/balance\\_de\\_denuncias\\_ciudadanas\\_2014\\_ok.pdf](http://www.cntv.cl/prontus_cntv/site/artic/20150616/asocfile/20150616155216/balance_de_denuncias_ciudadanas_2014_ok.pdf)> [consulta: 16.02.2016].

<sup>6</sup> CONAR (2013). *Código Chileno de ética Publicitaria*, 5ª edición. Disponible en: <http://www.conar.cl/wp-content/uploads/2010/11/Codigo-en-alta.pdf> [consulta: 17.05.2016].

<sup>7</sup> BALAGUER, María Luisa (2008). “Género y regulación de la publicidad en el ordenamiento jurídico”. *Revista Latina de Comunicación Social* (63): 390.

<sup>8</sup> ENGEL, Eduardo (1998). “Protección a los consumidores en Chile: ¿por qué tan poco y tan tarde?”. *Serie Economía* (35): 19. Disponible en: <[http://www.researchgate.net/profile/Eduardo\\_Engel/publication/4738074\\_Proteccion\\_a\\_los\\_consumidores\\_en\\_Chile\\_Por\\_qu\\_tan\\_poco\\_y\\_tan\\_tarde/links/5455949c0cf26d5090a6ffe3.pdf](http://www.researchgate.net/profile/Eduardo_Engel/publication/4738074_Proteccion_a_los_consumidores_en_Chile_Por_qu_tan_poco_y_tan_tarde/links/5455949c0cf26d5090a6ffe3.pdf)> [consulta: 16.02.2016].

mensajes publicitarios no deben discriminar arbitrariamente, denigrar, menospreciar, ridiculizar ni burlarse de personas o grupos, en especial por motivos raciales, étnicos, religiosos o por su género, edad, discapacidad u orientación sexual”, no existe una sanción aparejada que pueda disuadir a una empresa de utilizar este tipo de publicidad en sus productos.

A título de ejemplo, algunos países han incorporado en los órganos reguladores de la publicidad normas que protegen específicamente a la mujer ante la discriminación, la violencia y la vulneración de sus derechos. Entre los más destacados encontramos Argentina con la Ley N° 26.485 de protección integral a las mujeres, la Ley N° 26.522 de Servicios de comunicación audiovisual y Ley N° 27.039 que crea el Fondo Especial de Difusión de la Lucha contra la Violencia de Género; Australia con la *Broadcasting Services Act* de 1992 que incorpora en los códigos deontológicos autorregulatorios las normas que prohíben la discriminación de género<sup>9</sup>; España con la Ley 34/1998, ley general de publicidad, la Ley 22/1999 que prohíbe el uso de imágenes de mujeres asociadas al consumo de alcohol, y diversas normas autonómicas relacionadas con la publicidad sexista, además de la autorregulación mediante la Asociación de Autocontrol de la Publicidad<sup>10</sup>; Francia, donde la promulgación de la Ley N° 2014-873 del 4 de agosto de 2014 para la igualdad efectiva entre las mujeres y los hombres, modificó la Ley N° 86-1067 de 1986 relativa a la libertad de comunicación, promueve la representación equitativa de hombres y mujeres en los medios de comunicación<sup>11</sup>.

Sin embargo, no solo es un problema que no exista una regulación seria de la publicidad en nuestro país, sino que incluso en Europa, donde hay normas específicas que protegen los derechos de la mujer ante la publicidad sexista<sup>12</sup>, muchas veces estas no son respetadas por las empresas publicitarias, las que siguen reproduciendo en la publicidad roles sociales estereotipados, que fomentan la desigualdad de género y la utilización de las mujeres como meros objetos sexuales<sup>13</sup>, fundamentalmente por la dificultad que presenta su exigibilidad en tribunales<sup>14</sup>.

<sup>9</sup> CNTV (2015a). *Políticas de reguladores del audiovisual acerca de la violencia contra las mujeres*, pp. 4 ss. Disponible en: < [http://www.cntv.cl/prontus\\_cntv/site/artic/20151127/asocfile/20151127155331/poli\\_ticas\\_reguladores\\_en\\_violencia\\_contra\\_la\\_mujer.pdf](http://www.cntv.cl/prontus_cntv/site/artic/20151127/asocfile/20151127155331/poli_ticas_reguladores_en_violencia_contra_la_mujer.pdf) > [consulta: 16.02.2016].

<sup>10</sup> SANTISO SANZ, Raquel (2011). “Las mujeres en la publicidad: análisis, legislación y aportaciones para un cambio”. *Acciones e Investigaciones Sociales* (13): 54. Disponible en: <<https://papiro.unizar.es/ojs/index.php/ais/article/view/202/196>> [consulta: 17.05.2016].

<sup>11</sup> CNTV (2015a): 11.

<sup>12</sup> Resolución 1557 de 2007 sobre Imagen de la Mujer en la Publicidad, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa; Recomendación 1555/2002 respecto de la Imagen de la Mujer en los Medios; y el Reporte del Comité de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres, sobre la Imagen de la Mujer en la Publicidad del 21 de mayo de 2007, Doc. 11286.

<sup>13</sup> BUONGERMINI PALUMBO, María Mercedes (2009). “Violencia de género como fenómeno estructural: Una aproximación conceptual y normativa en el marco de la publicidad y las relaciones de consumo”. En: VERA SALERNO, Raquel Andrea. *Violencia de género. Problema antiguo - Nuevos abordajes en el Paraguay*. Asunción: Centro de Documentación y Estudios, p. 131.

<sup>14</sup> BALAGUER, 2008: 389.

## II. LA CONSTITUCIÓN, LA IMAGEN DE LAS MUJERES Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La Constitución chilena, a diferencia de otras constituciones a nivel comparado, no contiene normas que aludan expresamente a los derechos de los consumidores<sup>15</sup>. No obstante, la doctrina suele desprender estos derechos del artículo 19 N° 21, el que prescribe que la actividad económica debe realizarse en un marco lícito. Este marco incluye el respeto y garantía de estos derechos, ya que debe efectuarse en el marco de la buena fe<sup>16</sup>. Asimismo, la protección de los derechos de los consumidores trasciende una concepción individualista de los derechos fundamentales, inscribiéndose en los denominados derechos sociales y económicos, ya que además de involucrar los derechos de las personas consideradas aisladamente también apuntan a la defensa de los intereses del vasto grupo humano que representan los consumidores y que se encuentran en una posición asimétrica respecto de los proveedores<sup>17</sup>.

Los ciudadanos, en tanto consumidores, requieren protección ante los abusos del mercado, estos se producen dentro de lo que se denomina relaciones de consumo, que por su lógica de acceso y exclusión pueden impedir el ejercicio de derechos de los ciudadanos<sup>18</sup> y, por tanto, vulnerar derechos fundamentales. En el caso de la publicidad, su posición dentro de la sociedad de consumo es de gran relevancia, ya que cumple el rol principal de promoverlas e incentivar el consumo en la sociedad. Es mediante la publicidad que tomamos conocimiento de la existencia de los diversos productos que se ofertan, y las decisiones de los consumidores se ven influenciadas por ella. Sin embargo, esta influencia de la publicidad va más allá del comportamiento de los consumidores como tales<sup>19</sup> (en el acto de consumo de bienes y servicios), sino que se encuentra inserta en una lógica de “cultura del consumo”, cuya manifestación social colectiva está cruzada por la construcción de identidades<sup>20</sup>, significantes y mitos que el mercado reproduce o inserta mediante la publicidad en el inconsciente de los consumidores<sup>21</sup>.

En particular, el sexismo es un recurso frecuentemente utilizado por las empresas publicitarias, reproduciendo la imagen de la mujer, en primer lugar, de forma estereotipada

---

<sup>15</sup> En Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, México, Venezuela y Portugal reconocen los derechos de los consumidores como parte de los principios, derechos y garantías fundamentales en sus respectivas Constituciones. En Perú, el reconocimiento se realiza en las normas constitucionales de contenido económico. Brasil lo consagra a partir del derecho de igualdad y como parte de las normas constitucionales sobre orden económico y financiero. LÓPEZ CAMARGO, José. (2003). “Derechos del consumidor: Consagración constitucional en Latinoamérica”. *Revista E-Mercatoria* (2):8-24.

<sup>16</sup> GARCÍA PINO, Gonzalo y Pablo CONTRERAS (2014). *Diccionario constitucional chileno* (Cuadernos del Tribunal Constitucional N° 55), Santiago: s./e., p. 374.

<sup>17</sup> HERNÁNDEZ PAULSEN, Gabriel (2015), “Protección constitucional de los derechos de los consumidores”. En: CHIA, Eduardo A. y Flavio QUEZADA (eds.). *Propuestas para una nueva Constitución (originada en democracia)*. Santiago: Instituto Igualdad, Facultad de Derecho Universidad de Chile y Friedrich Ebert-Stiftung, p. 333.

<sup>18</sup> SERNAC, 2015: 3.

<sup>19</sup> BUONGERMINI PALUMBO, 2009: 125.

<sup>20</sup> GARCÍA CANCLINI, Nestor (1995), *Consumidores y ciudadanos. Conflictos multiculturales de la globalización*. México D.F.: Editorial Grijalbo, p. 114.

<sup>21</sup> ÁLVAREZ CASELLI, Pedro (2011). *Mecánica Doméstica. Publicidad, modernización de la mujer y tecnologías para el hogar 1945-1970*. Santiago: Ediciones UC, p. 19.

y, en segundo lugar, como objeto de consumo. En este sentido, la publicidad contribuye a la reproducción de la discriminación hacia las mujeres y, por tanto, constituye una vulneración a sus derechos fundamentales.

Siguiendo el análisis de los derechos fundamentales que se ven afectados por la publicidad sexista, en Chile las normas de la Constitución que podemos relacionar con la publicidad y la utilización de la imagen de las mujeres son sus artículos 1º y 19 Nº 1, 2, 4 y 12.

El artículo 1 se vincula con el problema de la publicidad y la mujer en tanto consagra como valores constitucionales la igualdad y la libertad entre todas las personas. Específicamente al analizar cómo se ha permitido prácticamente sin obstáculos el avance de la publicidad sexista y discriminatoria contra las mujeres, resulta claro que se ha fallado en la realización de ambos valores. En primer lugar, no resulta verosímil que exista igualdad entre hombres y mujeres en una sociedad patriarcal como la nuestra, y segundo, para alcanzar la libertad es imprescindible que las mujeres dejen de ser publicitadas en una posición de subordinación al hombre, ejerciendo roles secundarios, o como objetos al punto de desposeerlas de su humanidad<sup>22</sup>. La reproducción constante de representaciones de las mujeres que no se ajustan a la posición que efectivamente ocupan en la sociedad, que estereotipan la vida de las mujeres, invisibilizando sus múltiples quehaceres, profesiones, ocupaciones y sus aportes reales, tiene como resultado que se perpetúe un discurso que permea todos los niveles de la vida y la organización social. En este sentido, los poderes públicos no se encuentran excluidos de la afectación que producen los discursos sexistas<sup>23</sup>, y muchas veces reproducen lógicas patriarcales en la generación de la política, así como en la incorporación de mujeres en el ámbito público en igualdad de condiciones que los hombres.

Por ello, la plena realización de las mujeres como ciudadanas no pasa simplemente por el reconocimiento de la igualdad y libertad formales, sino por un verdadero cambio en la sociedad que implique la superación del patriarcado<sup>24</sup>, la realización de la igualdad y libertad en sentido material. Es en este horizonte en que los desafíos comienzan con efectuar las modificaciones legales, políticas, económicas y culturales que permitan el goce de los derechos que la Constitución dice garantizar para todas las personas.

Por su parte, el artículo 19 Nº 1 reconoce el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, esto para lo que nos ocupa debe entenderse en estrecha relación con el Nº 2 del mismo artículo, en tanto reconoce que hombres y mujeres son iguales ante la ley. La publicidad sexista es casi en su totalidad discriminatoria contra las mujeres, y es la integridad de esta mitad de la población que se ve comprometida con la proliferación de

<sup>22</sup> BALAGUER, María Luisa (2005). *Mujer y Constitución: la construcción jurídica del género*. Valencia: Ediciones Cátedra de la Universitat de València, Instituto de la Mujer, p. 194.

<sup>23</sup> SALVADOR MARTÍNEZ, María (2008). "La imagen de la mujer en los medios. Exigencias del principio de igualdad". *Feminismo/s* (12): 187.

<sup>24</sup> Se utiliza la expresión en el sentido en que ha sido definida por Amelia Valcárcel: "El patriarcado es el sistema de dominación genérico en el cual las mujeres permanecen genéricamente bajo la autoridad a su vez genérica de los varones; sistema que dispone de sus propios elementos políticos, económicos, ideológicos y simbólicos de legitimación y cuya permeabilidad escapa a cualquier frontera cultural o de desarrollo económico" (VALCÁRCEL, Amelia (2013). *Sexo y filosofía: sobre "mujer" y "poder"*. Madrid: Horas y Horas Editorial).

material publicitario que denigra y reproduce estereotipos basados en discriminación de género. Si los hombres y las mujeres son iguales ante la ley, entonces deben tomarse medidas para garantizarle a las mujeres el efectivo goce del derecho consagrado en el 19 N° 1, toda vez que mediante la publicidad sexista y sus consecuencias sociales se ha producido un desequilibrio no amparado por la Constitución.

La afectación del derecho fundamental a la vida y la integridad física y psíquica por la publicidad sexista se encuentra en lo que se ha denominado “continuo de violencia”. La violencia de género es, por un lado, una cuestión estructural, que se encuentra en la base misma de nuestra sociedad, marcadamente patriarcal y avalada por el poder y el ejercicio de dominación sobre las mujeres, en sentido político, económico, cultural, entre otros<sup>25</sup>. Por otro lado, la violencia es continua porque además se encuentra presente en la mayoría de los aspectos de nuestras vidas, donde las mujeres son presentadas en una situación de inferioridad, cosificación o dominación en el trabajo, en la familia, en los medios de comunicación, en el espacio público, etc., y cuya naturalización y aceptación social se expresa posteriormente en conductas violentas que, en distintos grados, las afectan física y psicológicamente<sup>26</sup>.

Para ilustrar lo anterior, tomemos por ejemplo el fenómeno del acoso sexual en los espacios públicos o el acoso callejero y su vinculación con la publicidad sexista. Para nadie será desconocida la típica imagen publicitaria de una mujer en un pequeño traje de baño en un día de sol, bebiendo una cerveza fría. Esta imagen es uno de los recursos más utilizados por las marcas de cerveza para publicitar sus productos. Ahora, vale preguntarse qué es lo que está vendiendo esa imagen. Es decir, en vez de resaltar las cualidades de un producto para su promoción —en este caso, la cerveza— se utiliza el cuerpo de la mujer en una situación hipersexualizada, probablemente con alguna leyenda que interpele al consumidor en tono sexual. Y esto, pensémoslo, reproducido a gran escala, por distintas marcas, en lugares de acceso público, locales comerciales, televisión, es decir, prácticamente en todas partes. Si esta imagen, y su mensaje implícito, es lo que ven las personas constantemente desde su infancia hasta su vejez, la explotación de la imagen de la mujer como objeto sexual en la publicidad tiene como consecuencia la naturalización de esta objetivación, por formar parte de una cultura de consumo, que presenta a las mujeres como objetos de deseo antes que personas con derechos.

A principios del 2014, la marca de bebida de fantasía de la CCU, Limón Soda, lanzó una campaña publicitaria denominada “Barco pirata” que mostraba a hombres jóvenes grabando con sus celulares los escotes o piernas de mujeres que transitaban por la calle. En esa ocasión, diversas organizaciones criticaron dicha publicidad y presentaron una denuncia al CONAR, pidiendo sancionar a la empresa responsable. El 28 de marzo CONAR acogió el reclamo interpuesto por contravenir lo dispuesto en los artículos 1, 7 y 21 del Código Chileno de Ética Publicitaria, “considerando los esfuerzos que la sociedad realiza para rechazar cualquier forma de denigración hacia la mujer, no resulta aceptable el enfoque de la pieza en cuestión” y solicitó a

<sup>25</sup> FACIO, Alda y Lorena FRÍES (1999). *Género y Derecho*. Santiago: LOM, p. 13.

<sup>26</sup> BUONGERMINI PALUMBO, 2009: 115.

CCU retirar la publicidad<sup>27</sup>. Además, esta publicidad fue denunciada ante el CNTV, llegando a tener el cuarto lugar de los contenidos más denunciados del 2014, con 246 denuncias acogidas a tramitación<sup>28</sup>.

Otro claro ejemplo de publicidad sexista es el que realizan las marcas de productos de limpieza del hogar, en los que la reproducción de la imagen de la mujer dueña de casa, joven, delgada y feliz en la realización de tareas domésticas, es un recurso común por parte de las empresas publicitarias y refuerza el estereotipo de la mujer como la única encargada de cumplir con estas tareas, ello representa el desempeño de un rol más reaccionario que el que las mujeres ocupan en la sociedad actual<sup>29</sup>. Un ejemplo reciente de este tipo de publicidad es la campaña de Clorox en una conocida revista donde junto con la fotografía del producto aparece la frase “Utensilios y limpiadores Clorox, la pareja ideal de la mujer de hoy”. Luego de la reacción tanto de la sociedad civil como del Servicio Nacional de la Mujer, quienes condenaron la publicidad por machista, la empresa se disculpó y manifestó su intención de retirarla de circulación<sup>30</sup>. El mensaje que proyectan estas imágenes y contenidos solo contribuyen a reforzar la inequidad de género desde la reproducción de la división sexual del trabajo, parte fundamental de la violencia estructural contra las mujeres<sup>31</sup>.

Además de ello, la proyección estética que realiza la publicidad genera distorsiones en el desarrollo de las personas, especialmente en hombres y mujeres jóvenes, quienes son víctimas de la percepción deseable de alcanzar los exigentes estándares de belleza que impone la sociedad de consumo. Acerca de esto último, un estudio de la Universidad Diego Portales respecto de la publicidad emitida en televisión durante el 2014, muestra que el 89% de las mujeres que allí aparecen son delgadas o extremadamente delgadas, cuestión que dista mucho de la realidad cuando el peso promedio de la mujer en Chile es de 67,5 kilos y la estatura promedio es de 156,6 cm<sup>32</sup>. En el mismo sentido, la mujer que muestra la publicidad normalmente se encuentra en un lugar privado o de ficción, mientras que el hombre se muestra en un lugar público real. De esta manera, se reproduce la lógica en que el hombre pertenece al espacio público, mientras que para la mujer el lugar de pertenencia se encuentra en una dimensión privada, fuera de “lo real”<sup>33</sup>.

<sup>27</sup> CONAR (2014). “Documento CONAR sobre publicidad sexista”, *Comunicación y medios* (30): 225.

<sup>28</sup> CNTV, 2015: 12.

<sup>29</sup> BALAGUER, 2005: 205.

<sup>30</sup> “Clorox obligada a disculparse por campaña ‘machista’ que provocó respuesta del Sernam”. *El Mostrador*, Santiago, 19 de enero de 2016. Disponible en: <<http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2016/01/19/clorox-obligada-a-disculparse-por-campana-machista-que-provoco-respuesta-del-sernam/>> [consulta: 16 de febrero de 2016].

<sup>31</sup> BUONGERMINI PALUMBO, 2009: 118.

<sup>32</sup> ARGEL, Gabriel (2014). *La Representación de lo Femenino en la Publicidad de TV Abierta. Las Mujeres de la Publicidad en Grandes Tiendas, Telefonía Móvil e Hipermercados*. Investigación realizada por la Escuela de Publicidad de la Universidad Diego Portales, p. 10. Disponible en: <[http://comunicacionyletras.udp.cl/publicidad/wp-content/uploads/2014/09/Representación-de-lo-Femenino-en-la-Publicidad-de-TV-Abierta\\_Escuela-de-Publicidad\\_UDP.pdf](http://comunicacionyletras.udp.cl/publicidad/wp-content/uploads/2014/09/Representación-de-lo-Femenino-en-la-Publicidad-de-TV-Abierta_Escuela-de-Publicidad_UDP.pdf)> [consulta: 16 de febrero de 2016].

<sup>33</sup> ARGEL, 2014: 24.

Otro caso de la publicidad sexista más reciente en Chile es el de WOM, el que representa además uno de los ejemplos más controversiales. En esta campaña se exagera la figura de la mujer como objeto de consumo, incluso hasta la completa desconexión entre el mensaje de la publicidad y el producto. Es decir, es tan burda la utilización de este recurso, que prácticamente no existe una relación entre la imagen y la oferta. En efecto, WOM vende productos de telefonía, por lo que al menos parece prudente preguntarse qué tienen que ver las imágenes de su campaña con un plan de celular. A modo de ilustración, esta empresa generó un anuncio que muestra a dos mujeres en edad escolar besándose, mientras un hombre mayor las mira y las fotografía con su teléfono celular.

Esta imagen publicitaria de WOM, además de la campaña en general, despertó la molestia de diversos grupos y organizaciones de la sociedad civil que promueven la equidad de género y la diversidad sexual. El argumento de estas organizaciones para oponerse a la exhibición de la campaña es que la imagen en este caso está siendo utilizada como herramienta de erotismo masculino y no para representar la diversidad. Frente a esto, CONAR emitió una declaración pública en la que se excusa de conocer el caso, por no haberse sometido la empresa a su competencia, al mismo tiempo que condena (a nuestro juicio tímidamente) la publicidad de WOM por estimar que “cuando en publicidad se utiliza a mujeres mostrando sus cuerpos ligeros de ropa, en actitudes sugerentes y lascivas con otras mujeres, en un ambiente nocturno que invita a la promiscuidad, y para promocionar un servicio que no tiene mayor relación con lo que se exhibe, esa sensualidad se transforma en algo netamente sexual que sobrepasa el límite de lo éticamente aceptable”<sup>34</sup>.

Posteriormente, el 16 de octubre de 2015 CONAR inició un reclamo de oficio en contra de WOM, luego de una comunicación enviada por el SERNAC, por una publicidad gráfica en la que se muestra a un hombre desnudo junto a una mujer, la que a su juicio recurre a un uso injustificado y abusivo de la imagen del cuerpo humano desnudo para fines comerciales, lo que atenta contra el respeto a las personas y las ridiculiza<sup>35</sup>. Los descargos de la empresa se limitaron a manifestar que no se someterían a la autorregulación de CONAR, por lo que dicho Consejo resolvió, con fecha 13 de noviembre, un dictamen ético en donde estimó que la imagen cuestionada se encontraba en conflicto con la ética publicitaria, en particular con la sujeción al ordenamiento jurídico, la moral y el respeto a las personas reconocida en el artículo 1° del Código Chileno de Ética Publicitaria. Sin embargo, el motivo por el que se consideró transgredida dicha norma fue que la publicidad cuestionada podía calificarse como “publicidad exclusiva para adultos” y, por tanto, no debía estar expuesta en lugares donde el público pudiesen ser menores de edad, como la vía pública<sup>36</sup>. No existe en la resolución de CONAR ninguna consideración acerca del contenido sexista y denigratorio de la imagen en particular, ni de la campaña en general.

<sup>34</sup> CONAR (2015). Declaración Pública de 17 de agosto de 2015. Disponible en: <<http://www.conar.cl/2015/08/declaracion-publica/>> [consulta: 16.02.2016].

<sup>35</sup> CONAR. Reclamo de oficio contra WOM S.A., de noviembre de 2010. Rol N° 0990 de 2015. Disponible en: <http://www.conar.cl/wp-content/uploads/2010/11/Rol-0990-Reclamo-de-Oficio.pdf> [consulta: 16.02.2016].

<sup>36</sup> CONAR. Fallo de 16 de octubre de 2015. Rol N° 0990. Disponible en: <http://www.conar.cl/wp-content/uploads/2010/11/Rol-0990-Fallo-Conar.pdf> [consulta: 16.02.2016].



Por último, retomando el análisis constitucional, los números 4 y 12 del artículo 19, que reconocen los derechos a la honra e imagen y a la libertad de información, respectivamente, están estrechamente relacionados con la publicidad sexista. En primer lugar, el derecho a la libertad de información y expresión se vincula al quehacer de los diversos medios de comunicación, vehículo que utiliza la publicidad para llegar al público. Este derecho, tanpreciado en las democracias modernas, ampara que las distintas manifestaciones personales, ideas y opiniones puedan darse a conocer y ser conocidas, sin censura previa, mientras se encuentren en los límites que establece la ley. Uno de estos límites es la honra y la imagen de las personas, esto se encuentra establecido en el número 12 del artículo 19 donde se refiere al derecho de rectificación que tiene toda persona natural o jurídica ofendida o injustamente aludida por algún medio de comunicación social, derecho que está regulado también en el Título IV de la Ley N° 19.733, sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo.

Sin embargo, resulta complejo presentar una acción de protección por los derechos de imagen, honra, dignidad, integridad física o psíquica de “las mujeres” en sentido genérico, ya que esta acción no está diseñada originalmente para la tutela de intereses difusos, o que afecten a un sector de la población, exceptuando el caso del derecho a vivir en un medioambiente libre de contaminación y la igualdad ante la ley y la no discriminación del artículo 19 N° 2. La acción de protección requiere que los sujetos afectados estén debidamente individualizados, sin embargo, cuando los derechos tienen una incidencia colectiva no resulta posible identificar un legitimado directo. En estos casos, el interés se difunde en un grupo más o menos amplio, por lo que la pretensión de protección se realiza mediante un “litisconsorcio activo atípico”.<sup>37</sup> Ahora bien, una sentencia favorable en un recurso de protección contra una publicidad sexista podría ordenar que cese la reproducción de dicha publicidad, pero en ningún caso por medio de este mecanismo podría obtenerse una indemnización por el daño causado por una publicidad que ofende, denigra o discrimina a las mujeres.

Acorde a lo anterior, es posible argumentar que a pesar de que no exista una regulación general de la publicidad en Chile ni menos una que prohíba la publicidad abusiva, los derechos fundamentales sí están consagrados en la Constitución y, por tanto, su vulneración autoriza a las personas afectadas para que puedan hacer valer sus derechos ante la justicia. Esto porque, en principio, bajo un Estado de Derecho, cualquier persona cuyos derechos fundamentales hayan sido perturbados, amenazados o restringidos, puede accionar de protección a fin de que se restablezca el imperio del derecho. Además, la baja utilización de estas herramientas jurídicas no contribuye al fortalecimiento de los derechos de los consumidores, por lo que urge ampliar la legitimación activa a nivel judicial para la interposición de acciones colectivas y consolidar la acción de grupos de consumidores<sup>38</sup>.

<sup>37</sup> NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2007). “El Recurso de Protección en el Contexto del Amparo de los Derechos Fundamentales Latinoamericano e Interamericano”. *Ius et Praxis* 13 (1): 81.

<sup>38</sup> TAMBUSI, Carlos Eduardo (1999). “Los derechos del consumidor como derechos humanos”. *Derechos Humanos* (9): 25.

De cualquier manera, la complejidad del problema reside en que, en el caso de la publicidad sexista, la solución va más allá de la corrección de imágenes y mensajes que lesionan derechos fundamentales, sino que apunta a la transformación de la estructura del sistema social y económico<sup>39</sup>.

### III. DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES Y VULNERACIÓN DE CONVENIOS INTERNACIONALES POR PUBLICIDAD SEXISTA

En el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, Chile ha suscrito dos de los Convenios más importantes en materia de protección de los derechos humanos de las mujeres: la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación en contra de la Mujer (CEDAW) y la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belém do Pará). Estos convenios constituyen la base normativa a nivel internacional para guiar a los Estados en la promoción y resguardo de los derechos de las mujeres.

En principio, la publicidad sexista vulnera los derechos humanos de las mujeres, en particular los establecidos en la CEDAW en los artículos 1º, que define discriminación contra la mujer como “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”. En este sentido, la publicidad sexista constituye una práctica que tiene por resultado el menoscabo del goce de varios derechos humanos, como la dignidad, la igualdad de trato, el bienestar físico y mental. Además, se produce por derivación la vulneración de otros derechos, como el derecho a una vida libre de violencia; el artículo 2º, que establece las medidas de política que deben adoptar los Estados Partes, siendo especialmente afectadas por la publicidad sexista las establecidas en las letras b), c) y e). Es decir, el deber de “adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer”, además deben “establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales o competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación”. Asimismo, la letra c) consagra que los Estados deben “tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas”, y por tanto, el Estado de Chile debiese asumir un rol más proactivo en la regulación de las empresas publicitarias, a fin de proteger los derechos humanos de las mujeres y así dar cumplimiento a la normativa internacional; el artículo 5º que se refiere a la eliminación de funciones estereotipadas y prejuicios, establece que los Estados deben tomar todas las medidas apropiadas para “modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres”. En este sentido, el efecto que produce la publicidad

---

<sup>39</sup> BALAGUER, 2005: 210.

sexista sobre el imaginario colectivo de la población es preocupante, aún más cuando conocemos los nocivos resultados que tiene especialmente sobre la población de jóvenes, niños y niñas, cuyo criterio aún se encuentra en formación; el artículo 15<sup>o</sup>, en tanto reconoce la igualdad ante la ley entre hombres y mujeres.

Asimismo, la Convención de Belém do Pará, específicamente su artículo 6<sup>o</sup> consagra el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia, lo que incluye, entre otros, el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación, y el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación. Además, su artículo 7<sup>o</sup> establece el deber de los Estados en la erradicación de la violencia contra las mujeres.

La publicidad sexista reproduce una lógica social en que las mujeres son objetos sexuales, pero además son débiles, frágiles e indefensas, vinculadas a lo doméstico, la crianza y los servicios. Estas imágenes no solo constituyen una vulneración en sí misma de los derechos humanos de las mujeres, sino que además promueven conductas atentatorias, violentas e incluso muchas veces sirven para alimentar y fundamentar discursos que responsabilizan a las mujeres por agresiones sufridas, especialmente si son de carácter sexual.

El uso y abuso de imágenes de mujeres como objetos sexuales y la reproducción de roles femeninos y masculinos estereotipados en la sociedad, promueve y contribuye a la naturalización de conductas como, por ejemplo, el acoso sexual en los espacios públicos. En este sentido, no es necesario que la publicidad invite abiertamente a los hombres a acosar sexualmente en espacios públicos –como la publicidad de CCU anteriormente mencionada– para que efectivamente estén contribuyendo a la sobresexualización del cuerpo femenino. Si ya la publicidad permite ver a las mujeres como seres inferiores, ligados naturalmente al hogar y como objetos de deseo, su cosificación (deshumanización) es solo una consecuencia natural.

El acoso en los espacios públicos se produce mediante comportamientos que van desde los comentarios e insinuaciones con connotación sexual, hasta la agresión física mediante tocaciones, masturbación, entre otras. Solo durante el 2015, aproximadamente ocho millones de mujeres fueron víctimas de acoso callejero en Chile<sup>40</sup>. Y esto sucede con absoluta impunidad para los agresores, cuestión que busca ser revertida por el proyecto de ley del Observatorio Contra el Acoso Callejero (OCAC-Chile)<sup>41</sup>, presentado en marzo de 2015 a la Cámara de Diputados.

Si bien esta manifestación de la violencia de género hasta hace pocos años era entendida prácticamente como parte de nuestra idiosincrasia, una característica de nuestra cultura, casi algo anecdótico, actualmente es visibilizada en el mundo mediante la acción y promoción de organizaciones de la sociedad civil, en conjunto con organismos internacionales de derechos humanos.

---

<sup>40</sup> BILLI, Marco (coord.) (2015) *¿Está Chile dispuesto a sancionar el acoso callejero? Estudio de caracterización y opinión sobre el acoso sexual callejero y sus posibles sanciones*, p. 17. Santiago: OCAC-Chile. Disponible en: <<http://www.ocacchile.org/encuesta-2015-esta-chile-dispuesto-a-sancionar-el-acoso-callejero/>> [consulta: 16.02.2016]. .

<sup>41</sup> Boletín N° 9936-07, que modifica el Código Penal para tipificar el acoso sexual callejero.

Sin embargo, también el abuso sexual, el acoso laboral, las violaciones, estupro, la pornografía, la maternidad forzada, la esterilización forzada, la explotación sexual y la violencia intrafamiliar, entre otras formas de violencia de género, son manifestaciones de una cultura patriarcal que es constantemente retroalimentada por la industria publicitaria mediante el reforzamiento de las imágenes y contenidos discriminatorios contra las mujeres. Más aún, en Chile y el mundo persiste una cultura que en los casos de violencia de género inverte la culpa y la desplaza hacia las víctimas. En este mismo sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha señalado que “la influencia de patrones socioculturales discriminatorios puede dar como resultado una descalificación de la credibilidad de la víctima durante el proceso penal en casos de violencia y una asunción tácita de responsabilidad de ella por los hechos, ya sea por su forma de vestir, por su ocupación laboral, conducta sexual, relación o parentesco con el agresor, lo cual se traduce en inacción por parte de los fiscales, policías y jueces ante denuncias de hechos violentos”<sup>42</sup>.

Acerca de esto, la Declaración y Plataforma de acción de Beijing, hace ya 20 años, trazó objetivos a nivel mundial en pos de la erradicación de la discriminación de género y la desigualdad entre hombres y mujeres. Uno de sus objetivos estratégicos es “fomentar una imagen equilibrada y no estereotipada de la mujer en los medios de difusión”. Entre las medidas que la Declaración establece que deben adoptar los gobiernos y las organizaciones internacionales a este respecto se encuentra el “alentar a los medios de difusión a que se abstengan de presentar a la mujer como un ser inferior y de explotarla como objeto sexual y bien de consumo (...)”<sup>43</sup>. En el 2015, al conmemorarse dos décadas desde la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, el Informe del vigésimo tercer periodo extraordinario de sesiones de la Asamblea General (E/CN.6/2015/3) aún plantea entre sus desafíos la erradicación de la utilización de estereotipos y discriminación en los medios de comunicación, esto exige mayor desarrollo de mecanismos legislativos y reglamentarios, además de directrices profesionales y códigos de conducta<sup>44</sup>. Todo esto debe ir acompañado de la sensibilización del público en general pertinente a las injusticias de género y los objetivos de igualdad efectiva entre hombres y mujeres.

El compromiso internacional del Estado de Chile en el cumplimiento de las obligaciones impuestas por los diversos convenios sobre derechos humanos ratificados por este, nos conmina a replantearnos la situación de desprotección en que se encuentran los consumidores en general respecto de sus derechos fundamentales, y dentro de ellos, a las

---

<sup>42</sup> CIDH (2007). Informe sobre el acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68, de 20 de enero de 2007, párr. 155, y, asimismo, CIDH (2011). Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia Mesoamérica. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 63, de 9 diciembre de 2011, párr. 49 ss.

<sup>43</sup> ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS - MUJERES (1995) *Declaración y Plataforma de Acción de Beijing*, párr. 243. Disponible en: < <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/BDPfA%20S.pdf> > [consulta: 17.05.2016].

<sup>44</sup> ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS - MUJERES (2015). *Informe resumido: La declaración y plataforma de acción de Beijing cumplen 20 años*. p. 45. Disponible en: [http://www.unwomen.org/~media/headquarters/attachments/sections/library/publications/2015/sg%20report\\_synthesis-sp-fin.pdf](http://www.unwomen.org/~media/headquarters/attachments/sections/library/publications/2015/sg%20report_synthesis-sp-fin.pdf) > [consulta 17 de mayo de 2016].

mujeres como sujetos en una situación de desequilibrio y desigualdad aún más profunda. En este sentido, la Corte Interamericana ha afirmado que el deber de garantizar “no se cumple con la sola expedición de normativas que reconozcan formalmente dichos derechos, sino requiere que el Estado adopte las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio”, y que para esto se debe tener en consideración la situación de debilidad en que pueden encontrarse ciertos sectores de la población<sup>45</sup>.

Como lo ha planteado Lorena Frías, para construir una cultura de Derechos Humanos debemos trascender un concepto formal de igualdad y comprender de manera universal los derechos, a fin de que alcancen las vidas de las mujeres<sup>46</sup>. Esto significa que nuestro país debe avanzar no solo en la promoción de estos derechos, sino que en la efectiva protección y garantía que estos requieren para su goce efectivo por las ciudadanas y ciudadanos.

### CONCLUSIÓN

Como se ha planteado, las dificultades que aparece el problema de la publicidad sexista son varias. La publicidad en Chile tiene, para estos efectos, dos deficiencias, primero, se encuentra regulada inorgánicamente, es decir, en diversos cuerpos normativos especializados y, por tanto, solo abordan aspectos particulares de ella. En segundo lugar, incluso si uniéramos toda la legislación vigente sobre publicidad en un solo cuerpo orgánico, seguiría siendo deficiente en materia de protección de derechos fundamentales de los y las consumidoras.

Existen muy pocos casos de marcas y empresas que para vender sus productos han superado la desgastada estrategia de venta de la publicidad sexista. Por supuesto que hay que considerar que las empresas buscan aumentar la ganancia y no poner fin a la sociedad patriarcal, por lo que esos esfuerzos bien pueden entenderse como una estrategia de mercadotecnia para alcanzar nuevos nichos de consumidores. Sin embargo, esas empresas en algunos casos han propiciado interesantes debates sobre el rol de las mujeres, en especial porque la masividad de la publicidad es un componente no menor a la hora de considerar cómo ingresan los mensajes y cómo se educa y forma la ciudadanía, de forma consciente o inconsciente<sup>47</sup>. Estamos acostumbrados a pensar la sociedad así como se muestra en los medios de comunicación social, por tanto, el panorama se complica mucho al intentar evidenciar las prácticas discriminatorias de estos mismos medios.

Por lo expuesto anteriormente, es posible concluir que no existe en nuestro país una norma que proteja a los consumidores como sujetos de derechos fundamentales, de los abusos cometidos por la publicidad en vulneración de estos mismos derechos. Además,

<sup>45</sup> CIDH (2009). *Informe sobre los Derechos de las Mujeres en Chile: La igualdad en la familia, el trabajo y la política. 2009*. OEA/Ser.L/V/II.134. Doc. 63, de 27 de marzo de 2009, párr. 35, y CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2003), *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre, Serie A N° 18, párr. 89.

<sup>46</sup> FRÍAS, Lorena (2000). *Los Derechos Humanos de las mujeres: Aportes y desafíos*. En: HERRERA, Gioconda (coord.). *Las fisuras del patriarcado, Reflexiones sobre Feminismo y Derecho*. FLACSO, p. 52.

<sup>47</sup> ÁLVAREZ CASELLI, 2011: 19.

la experiencia chilena de la autorregulación de la industria publicitaria demuestra que es en todo caso insuficiente. En nuestra opinión, es el legislador quien debe ser llamado a regular la publicidad para evitar que esta discrimine o atente contra los derechos de las personas y no la industria publicitaria, ya que a nuestro entender, para hacer justicia, no se puede ser juez y parte a la vez.

Por último, una perspectiva responsable de los derechos humanos exige que Chile se adecue a la normativa internacional y promueva la erradicación del uso de estereotipos y discriminación en la publicidad y en los medios de comunicación en general, mediante legislación, políticas públicas y sensibilización de la ciudadanía.

### BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ CASELLI, Pedro (2011). *Mecánica Doméstica. Publicidad, modernización de la mujer y tecnologías para el hogar 1945-1970*. Santiago: Ediciones UC.
- ARGEL, Gabriel (2014). *La Representación de lo Femenino en la Publicidad de TV Abierta. Las Mujeres de la Publicidad en Grandes Tiendas, Telefonía Móvil e Hipermercados*. Investigación realizada por la Escuela de Publicidad de la Universidad Diego Portales, p. 10. Disponible en: <[http://comunicacionyletras.udp.cl/publicidad/wp-content/uploads/2014/09/Representación-de-lo-Femenino-en-la-Publicidad-de-TV-Abierta\\_Escuela-de-Publicidad\\_UDP.pdf](http://comunicacionyletras.udp.cl/publicidad/wp-content/uploads/2014/09/Representación-de-lo-Femenino-en-la-Publicidad-de-TV-Abierta_Escuela-de-Publicidad_UDP.pdf)> [consulta: 16.02.2016].
- BALAGUER, María Luisa (2008). “Género y regulación de la publicidad en el ordenamiento jurídico”. *Revista Latina de Comunicación Social* (63): 390.
- BALAGUER, María Luisa (2005). *Mujer y Constitución: la construcción jurídica del género*. Valencia: Ediciones Cátedra de la Universitat de València, Instituto de la Mujer.
- BILLI, Marco (coord.) (2015). *¿Está Chile dispuesto a sancionar el acoso callejero? Estudio de caracterización y opinión sobre el acoso sexual callejero y sus posibles sanciones*, p. 17. Santiago: OCAC-Chile. Disponible en: <<http://www.ocacchile.org/encuesta-2015-esta-chile-dispuesto-a-sancionar-el-acoso-callejero/>>.
- BLANCO CASTILLA, Elena (2005). “Violencia de género y publicidad sexista”. *Revista Latinoamericana de Comunicación Chasqui* (91): 50-56.
- BUONGERMINI PALUMBO, María Mercedes (2009). “Violencia de género como fenómeno estructural: Una aproximación conceptual y normativa en el marco de la publicidad y las relaciones de consumo”. En: VERA SALERNO, Raquel Andrea. *Violencia de género. Problema antiguo - Nuevos abordajes en el Paraguay*. Asunción: Centro de Documentación y Estudios, pp. 111-142.
- CONAR (2014). “Documento CONAR sobre publicidad sexista”, *Comunicación y medios* (30): 225-236.
- ENGEL, Eduardo (1998). “Protección a los consumidores en Chile: ¿por qué tan poco y tan tarde?”. *Serie Economía* (35): 19. Disponible en: <[http://www.researchgate.net/profile/Eduardo\\_Engel/publication/4738074\\_Proteccion\\_a\\_los\\_consumidores\\_en\\_Chile\\_Por\\_qu\\_tan\\_poco\\_y\\_tan\\_tarde/links/5455949c0cf26d5090a6ffe3.pdf](http://www.researchgate.net/profile/Eduardo_Engel/publication/4738074_Proteccion_a_los_consumidores_en_Chile_Por_qu_tan_poco_y_tan_tarde/links/5455949c0cf26d5090a6ffe3.pdf)>.

- FACIO, Alda y Lorena FRÍES (1999). *Género y Derecho*. Santiago: LOM.
- FRÍES, Lorena (2000). *Los Derechos Humanos de las mujeres: Aportes y desafíos*. En: HERRERA, Gioconda (coord.). *Las fisuras del patriarcado, Reflexiones sobre Feminismo y Derecho*. FLACSO, pp. 45-63.
- GARCÍA CANCLINI, Nestor (1995). *Consumidores y ciudadanos. Conflictos multiculturales de la globalización*. México D.F.: Editorial Grijalbo.
- GARCÍA PINO, Gonzalo y Pablo CONTRERAS (2014). *Diccionario constitucional chileno* (Cuadernos del Tribunal Constitucional N° 55), Santiago: s./e.
- HERNÁNDEZ PAULSEN, Gabriel (2015). “Protección constitucional de los derechos de los consumidores”. En: CHIA, Eduardo A. y Flavio QUEZADA (eds.). *Propuestas para una nueva Constitución (originada en democracia)*. Santiago: Instituto Igualdad, Facultad de Derecho Universidad de Chile y Friedrich Ebert-Stiftung, pp. 329-342.
- LÓPEZ CAMARGO, José (2003). “Derechos del consumidor: Consagración constitucional en Latinoamérica”. *Rev. E-Mercatoria*, 2 (2): 1-42.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2007). “El Recurso de Protección en el Contexto del Amparo de los Derechos Fundamentales Latinoamericano e Interamericano”. *Ius et Praxis* 13 (1): 75-134.
- SALVADOR MARTÍNEZ, María (2008). “La imagen de la mujer en los medios. Exigencias del principio de igualdad”. *Feminismo/s* (12): 185-202.
- SANTISO SANZ, Raquel (2011). “Las mujeres en la publicidad: análisis, legislación y aportaciones para un cambio”. *Acciones e Investigaciones Sociales* (13): 43-60. Disponible en: <<https://papiro.unizar.es/ojs/index.php/ais/article/view/202/196>>.
- STIGLITZ, Gabriel (dir.) (2001). *Defensa de los Consumidores de Productos y Servicios*. Buenos Aires: Ed. La Roca.
- TAMBUSSI, Carlos Eduardo (1999). “Los derechos del consumidor como derechos humanos”. *Derechos Humanos* (9): VII-1 - VII-15.
- VALCÁRCEL, Amelia (2013). *Sexo y filosofía: sobre “mujer” y “poder”*. Madrid: Horas y Horas Editorial.

#### DOCUMENTOS DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

- CIDH (2011). *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en Mesoamérica*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 63, de 9 diciembre de 2011.
- \_\_\_\_ (2009). *Informe sobre los Derechos de las Mujeres en Chile: La igualdad en la familia, el trabajo y la política. 2009*. OEA/Ser.L/V/II.134. Doc. 63, de 27 de marzo de 2009.
- \_\_\_\_ (2007). *Informe sobre el Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68, de 20 de enero de 2007.

#### OPINIÓN CONSULTIVA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

- CORTE IDH (2003). *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre, Serie A N° 18.

#### OTROS DOCUMENTOS EN LÍNEA

CONAR (2013). *Código Chileno de ética Publicitaria*, 5ª edición. Disponible en: <http://www.conar.cl/wp-content/uploads/2010/11/Codigo-en-alta.pdf>.

\_\_\_\_\_. Reclamo de oficio contra WOM S.A., de noviembre de 2010. Rol N° 0990 de 2015. Disponible en: <http://www.conar.cl/wp-content/uploads/2010/11/Rol-0990-Reclamo-de-Oficio.pdf>.

\_\_\_\_\_. Fallo de 16 de octubre de 2015. Rol N° 0990. Disponible en: <http://www.conar.cl/wp-content/uploads/2010/11/Rol-0990-Fallo-Conar.pdf>.

CNTV (2015). *Balance de denuncias ciudadanas 2014*, p. 14. Disponible en: [http://www.cntv.cl/prontus\\_cntv/site/artic/20150616/asocfile/20150616155216/balance\\_de\\_denuncias\\_ciudadanas\\_2014\\_ok.pdf](http://www.cntv.cl/prontus_cntv/site/artic/20150616/asocfile/20150616155216/balance_de_denuncias_ciudadanas_2014_ok.pdf).

\_\_\_\_\_. (2015a). *Políticas de reguladores del audiovisual acerca de la violencia contra las mujeres*, pp. 4 ss. Disponible en: [http://www.cntv.cl/prontus\\_cntv/site/artic/20151127/asocfile/20151127155331/poli\\_ticas\\_reguladores\\_en\\_violencia\\_contra\\_la\\_mujer.pdf](http://www.cntv.cl/prontus_cntv/site/artic/20151127/asocfile/20151127155331/poli_ticas_reguladores_en_violencia_contra_la_mujer.pdf).

SERNAC (2015). *Reporte sobre publicidad sexista*. Disponible en: <http://www.sernac.cl/reporte-sobre-publicidad-sexista/>.

ONU - MUJERES (2015). *Informe resumido: La declaración y plataforma de acción de Beijing cumplen 20 años*, p. 45. Disponible en: [http://www.unwomen.org/~media/headquarters/attachments/sections/library/publications/2015/sg%20report\\_synthesis-sp-fin.pdf](http://www.unwomen.org/~media/headquarters/attachments/sections/library/publications/2015/sg%20report_synthesis-sp-fin.pdf)

\_\_\_\_\_. (1995). *Declaración y Plataforma de Acción de Beijing*, párr. 243. Disponible en: <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/BDPfA%20S.pdf>.

Recibido: 16 de febrero de 2016

Aceptado: 19 de mayo de 2016.



# Temas Emergentes



**UN PASO ADELANTE PARA LOS DERECHOS HUMANOS.  
LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS MAYORES EN LAS AMÉRICAS\***  
*A Step Forward for Human Rights: The Protection of  
Older Persons in the Americas*

**Sandra Huenchuan Navarro**

Comisión Económica para América Latina y el Caribe

Especialista en Envejecimiento de la División de Población (CELADE) de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Naciones Unidas.

**RESUMEN**

El principal objetivo del trabajo es presentar un panorama general acerca del proceso de elaboración y contenidos de la Convención interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores aprobada por la Organización de Estados Americanos, el 15 de junio de 2015, para difundir su importancia y promover la acción por parte de las partes interesadas, en particular, de los titulares de los derechos. Para ello se hará un recorrido por las etapas de negociación y elaboración de dicha Convención. Asimismo se analizará su novedoso contenido de derechos, a los que hemos agrupado en derechos emergentes, vigentes y extendidos. Finalmente se hará una especial mención a los mecanismos de seguimiento previstos por la Convención y se concluirá con unas reflexiones respecto de la importancia de la aprobación de la Convención.

**PALABRAS CLAVE**

Personas mayores; OEA; derechos humanos.

**ABSTRACT**

This paper aims to give a general overview of the contents and the process of the draft of the Inter-American Convention on Protecting the Human Rights of Older Persons, approved by the Organisation of American States on 15 June 2015, in order to stress its significance and encourage action from the interested parties, in particular, the holders of these rights. To this end, I review the various stages of negotiation and elaboration of this Convention, and also analyse its innovative content of rights, which I have classified in three groups –emerging, extended, and current. Finally, I discuss the follow-up mechanisms established by the Convention and reflect on the importance of approving the Convention.

**KEY WORDS**

Older persons; OAS; human rights.

---

\* Las opiniones expresadas en este trabajo son de exclusiva responsabilidad de la autora y pueden no coincidir con las de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL).

## INTRODUCCIÓN<sup>1</sup>

El 15 de junio de 2015 la Organización de Estados Americanos (OEA) aprobó la Convención interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores (“Convención”), convirtiéndose en el primer organismo intergubernamental que acoge un instrumento jurídicamente vinculante en esta materia.

El objeto de la Convención es promover, proteger y asegurar el reconocimiento y el pleno goce del ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas mayores, a fin de contribuir a su plena inclusión, integración y participación en la sociedad (artículo 1). Para circunscribir su ámbito de aplicación, en el texto se define a la persona mayor como aquella de 60 años o más, salvo que la ley interna del país determine una edad base menor o mayor, siempre que esta no sea superior a los 65 años (artículo 2).

La Convención recuerda en su preámbulo que todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos se aplican a las personas mayores; pero afirma más adelante que la discriminación que sobrelleva la vejez suele impedirles que los disfruten plenamente. Para tal efecto, la Convención define la “discriminación por edad en la vejez” como cualquier distinción, exclusión o restricción basada en la edad que tenga como objetivo o efecto anular o restringir el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la esfera política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública y privada.

Este nuevo tratado rectifica una omisión del derecho internacional de derechos humanos en relación con este grupo social, y estandariza garantías muy relevantes que no han sido consideradas de manera explícita para las personas mayores en otro instrumento internacional vinculante. Es el caso de la conjunción entre el derecho a la vida y la dignidad en la vejez, o del derecho a la independencia y la autonomía.

En este artículo se brinda un panorama general acerca del proceso de elaboración y contenidos de la Convención para difundir su importancia y promover la acción por parte de las partes interesadas, en particular, de los titulares de los derechos.

### I. BREVE RESEÑA SOBRE LA HISTORIA DE LA CONVENCIÓN

El interés y voluntad de los gobiernos por impulsar un tratado internacional para proteger los derechos humanos de las personas mayores se pronunció de manera formal en la Declaración de Brasilia, adoptada en la segunda Conferencia Regional Intergubernamental sobre Envejecimiento de América Latina y el Caribe, realizada por la CEPAL y el gobierno de Brasil en 2007.

En la Segunda Conferencia, los representantes gubernamentales analizaron a fondo el tema. La propuesta inicial de Brasil era lograr el compromiso para crear una convención internacional sobre los derechos de las personas mayores. Tras horas

---

<sup>1</sup> Mientras este artículo estaba en proceso de publicación, Chile y Costa Rica tomaron acciones para avanzar en la ratificación de la Convención.

de diálogo y consultas con sus respectivas capitales, los participantes finalmente acordaron un texto donde se requirió consultar con los gobiernos antes de proceder en tal sentido<sup>2</sup>.

En cumplimiento con el párrafo 26 de la Declaración de Brasilia, las instituciones nacionales de personas mayores fueron más allá de consultas officiosas y el acuerdo se transformó en un *leitmotiv* que ayudó a la concienciación respecto de la necesidad de ampliar la protección de las personas mayores en el derecho internacional, mediante un instrumento jurídicamente vinculante<sup>3</sup>. Con este propósito se realizaron tres reuniones de seguimiento de la Declaración de Brasilia<sup>4</sup>. En dos de ellas se trabajó en una propuesta de lineamientos para la elaboración de una convención sobre los derechos de las personas mayores, la que finalmente sirvió de apoyo para el Proyecto de Convención Interamericana<sup>5</sup>.

Dos años más tarde, la protección de los derechos de las personas mayores se encontraba instalada en el discurso de las instituciones rectoras del tema, y varias de ellas (Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica, El Salvador, México y Uruguay, entre otras) estaban colaborando con sus Ministerios de Relaciones Exteriores para aproximar posiciones favorables a una convención en la OEA y la ONU. Esto allanó el camino para que en la Declaración de Compromiso de Puerto España de abril de 2009, las Jefas y Jefes de Estado y de gobierno de las Américas se comprometieran a realizar, con el apoyo de la OPS y de la CEPAL, un examen acerca de la viabilidad de elaborar una convención interamericana de los derechos de las personas mayores. A partir de este momento, los Estados miembros de la OEA iniciaron un diálogo que se reflejó en sus decisiones de la Asamblea General<sup>6</sup>.

En primer lugar, el Consejo Permanente de la OEA convocó a una reunión de expertos (octubre de 2010) para que los Estados miembros de la Organización y especialistas

---

<sup>2</sup> El párrafo 26 de la Declaración de Brasilia establece que los Estados firmantes se comprometen “a realizar las consultas pertinentes con nuestros gobiernos para impulsar la elaboración de una convención sobre los derechos humanos de las personas de edad en el seno de las Naciones Unidas”.

<sup>3</sup> Para ser eficaces en el compromiso asumido en la Declaración de Brasilia, las instituciones y organizaciones de personas mayores iniciaron un proceso de capacitación sobre el tema de los derechos humanos en general, así como la forma de impulsar de manera efectiva la elaboración de una convención.

<sup>4</sup> Las reuniones fueron organizadas por la CEPAL en conjunto con los gobiernos de Brasil (2008), Argentina (2009) y Chile (2009). Véase CEPAL (2008). *Reunión de seguimiento de la Declaración de Brasilia*. Disponible en: <<http://www.cepal.org/es/eventos/reunion-seguimiento-la-declaracion-brasil-0>> [consulta: 28.04.2016]; (2009a). *Segunda Reunión de Seguimiento de la Declaración de Brasilia*. Disponible en: <<http://www.cepal.org/es/eventos/segunda-reunion-seguimiento-la-declaracion-brasil>> [consulta: 28.04.2016] y (2009). *III Reunión de Seguimiento de la Declaración de Brasilia: por los derechos de las personas mayores*. Disponible en: <<http://www.cepal.org/es/eventos/iii-reunion-seguimiento-la-declaracion-brasil-derechos-personas-mayores>> [consulta: 28.04.2016].

<sup>5</sup> CEPAL (2009b). *Lineamientos para una Convención de los Derechos de las Personas Mayores*. Disponible en: <<http://www.scm.oas.org/pdfs/2012/CP27862S.doc>> [consulta: 28.04.2016].

<sup>6</sup> Como hizo notar la CIDH, durante la discusión de los contenidos de la Convención es pertinente afirmar que en el sistema interamericano ya existían algunas disposiciones y obligaciones aplicables exclusivamente a las personas mayores. Por ejemplo el artículo 4, numeral 5 de la Convención Americana; el artículo 9, numeral uno, y el artículo 17 del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

de organismos internacionales y de la sociedad civil analizaran la posibilidad de elaborar un tratado interamericano<sup>7</sup>. Casi un año después (septiembre de 2011) se constituyó el Grupo de Trabajo sobre la protección de los derechos de las personas mayores<sup>8</sup>, con el mandato de preparar un informe en que se analice la situación de este grupo social en el hemisferio, así como la efectividad de los instrumentos universales y regionales vinculantes de derechos humanos con relación a la protección de sus derechos<sup>9</sup>. Una vez efectuada la primera tarea, el Grupo de Trabajo debía preparar un proyecto de convención interamericana.

Con la presidencia a cargo de Argentina, el Grupo realizó seis reuniones de trabajo para elaborar la primera versión del Proyecto de Convención Interamericana sobre los derechos humanos de las personas mayores, y luego la elevó al Consejo Permanente de la OEA. La OPS y la CEPAL brindaron su apoyo técnico durante este período, el que se mantuvo constante hasta el final de la labor del Grupo de Trabajo en 2015.

Las negociaciones del Proyecto de Convención se pueden dividir en tres etapas. La primera ronda de negociaciones duró siete meses (desde septiembre de 2012 hasta mayo de 2013). Se hicieron 19 reuniones formales y 8 reuniones informales del Grupo de Trabajo. Se analizó artículo por artículo del Proyecto, y en varias ocasiones hubo que revisar la redacción y contenido más de una vez. Durante este período, el Grupo examinó una parte importante de los párrafos; algunos se acordaron y otros eran de consenso de la mayoría de las delegaciones, aunque todavía se hallaban pendientes varios en los que no se había logrado acuerdo. Es por ello que durante la XLII Asamblea General de la OEA se extendió el mandato del Grupo de Trabajo para que prosiga con la negociación del Proyecto<sup>10</sup>.

La segunda etapa de negociaciones (desde el 5 de septiembre de 2013 al 9 de mayo de 2014) se caracterizó por examinar detenidamente los contenidos del Proyecto y ordenar el debate del texto. Con la presidencia a cargo del Representante Alterno de Panamá se realizaron 12 reuniones formales y 2 informales. Además, se dispuso que el Departamento de Derecho Internacional de la OEA y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) comenten el Proyecto que estaba en discusión<sup>11</sup>.

---

<sup>7</sup> Véanse las Resoluciones AG/RES 2455 (XXXIX-O/09) y AG/RES 2562 (XL-O/10).

<sup>8</sup> El Grupo de Trabajo sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores sesionó durante cuatro años. No obstante, para cada período se requería un nuevo mandato de la Asamblea General de Estados Americanos, el que fue extendiéndose hasta lograr un texto consensuado que pudiera ser sometido a aprobación de este órgano.

<sup>9</sup> Véase la Resolución AG/RES 2654 (XLI-O/11).

<sup>10</sup> Véase la Resolución AG/RES 2726 (XLII-O/13).

<sup>11</sup> El Departamento emitió su opinión el 16 de agosto de 2013, y se concentró principalmente en el mecanismo de seguimiento del Proyecto de convención y los medios de protección. La Comisión presentó un informe el 8 de noviembre de 2013 y se refirió, entre otros, a los siguientes contenidos: principio de igualdad y no discriminación; capacidad jurídica; consentimiento informado; y autonomía de las personas mayores y sus derechos a vivir de forma independiente y en la comunidad.

En mayo de 2014 se habían aprobado 23 títulos, 11 artículos y 161 párrafos, y se habían acordado 3 títulos, 3 artículos y 78 párrafos<sup>12</sup>. Sin embargo, aun cuando las negociaciones estaban avanzadas, había preocupación en algunos países por la presunta duplicidad de contenidos dentro del Proyecto de Convención y respecto de la Convención Americana de Derechos Humanos, así como con otros tratados internacionales<sup>13</sup>.

La tercera etapa se inició el 17 de octubre de 2014, con la presidencia del Representante Alternativo de Chile, y concluyó el 15 de mayo de 2015, con la presidencia del Representante Alternativo de Panamá. En este período se trabajó sobre la base de un texto que procuraba subsanar las duplicaciones identificadas en la etapa anterior para facilitar la pronta aprobación del proyecto en la Asamblea General de la OEA en Asunción, Paraguay. Para discutir esta nueva propuesta se realizaron diecinueve reuniones formales, dos reuniones informales y una reunión de expertos<sup>14</sup>. Al finalizar el período, todos los artículos del Proyecto de Convención se cerraron y aprobaron, a pesar que algunos de ellos se mantuvieron *ad referendum* particular de unos Estados<sup>15</sup>.

El 19 de mayo de 2015 el Consejo Permanente estableció la Comisión de Redacción compuesta por Brasil, Haití, Jamaica y Panamá para revisar el texto en los cuatro idiomas oficiales de la OEA. Un mes más tarde, la Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores fue aprobada por la Asamblea General del órgano hemisférico.

## II. BÚSQUEDA DE CONSENSO SIN RETROCEDER

La elaboración de la Convención exigía varias decisiones por parte del Grupo de Trabajo; entre ellas, una de las más importantes fue el enfoque de la redacción. En otro lugar<sup>16</sup>, hemos identificado tres opciones: (1) reiterar el catálogo de derechos humanos de los

<sup>12</sup> Una materia o parte del proyecto estaba acordada cuando se lograba consenso sobre el mismo en una reunión que tenía en quórum reglamentario para sesionar, pero no para decidir; y estaba aprobado cuando se alcanzaba consenso y se contaba con el quórum reglamentario para adoptar decisiones.

<sup>13</sup> Por ejemplo, el artículo 9, párrafo 2, indicaba: “Los Estados tomarán todas las medidas de carácter legislativo, administrativo y de otra índole para evitar que la persona mayor sea sometida a torturas u otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes; cuya redacción se consideraba similar al artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos”.

<sup>14</sup> Esta reunión se realizó los días 20 y 21 de abril de 2015 en la sede de la OEA en Washington, D.C.

<sup>15</sup> *Ad referendum* significa que un Estado puede estar de acuerdo con la propuesta, faltando la aprobación de los organismos políticos nacionales relevantes (LEBLANC, Lawrence J. (1977). *The OAS and the Promotion and Protection of Human Rights*. La Haya: Martinus Nijhoff, pp. 6-24.). Los contenidos y países que quedaron *ad referendum* son: “Derecho a la vida y a la dignidad en la vejez” (artículo 6): ad referendum de Nicaragua a todo el artículo; Párrafo 1 *ad referendum* de Guatemala; “Derecho a la independencia y a la autonomía” (artículo 7): literal a *ad referendum* de Guatemala; “Derecho a la salud” (artículo 19): literal c) *ad referendum* de Nicaragua y Paraguay; “Sistema de peticiones individuales”(artículo 36): párrafo 1 *ad referendum* de Venezuela; párrafo 2 *ad referendum* de Venezuela; párrafo 3 *ad referendum* de Nicaragua y Venezuela; párrafo 4 *ad referendum* de Venezuela.

<sup>16</sup> HUENCHUAN, Sandra (2012). “Igualdad y universalidad de los derechos humanos en contexto de envejecimiento”. En: HUENCHUAN, Sandra (ed.). *Los derechos de las personas mayores en el siglo XXI: situación, experiencias y desafíos*. Ciudad de México: CEPAL y Gobierno de la Ciudad de México, pp. 19-55.

pactos internacionales, haciendo explícita la referencia a las personas mayores en cada uno de ellos; (2) identificar las medidas dirigidas a eliminar la discriminación de la que es objeto este colectivo<sup>17</sup> y (3) profundizar el significado que los derechos humanos existentes tienen para las personas mayores, y a la vez aclarar las obligaciones de los Estados respecto de la promoción y protección de esos derechos en contexto de envejecimiento.

La OEA ya había utilizado el segundo enfoque para la elaboración de la Convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, aprobada en 1999. Sin embargo, en el caso de las personas mayores, el Grupo de Trabajo procedió de manera diferente y aplicó el tercer enfoque de redacción.

Otra decisión importante durante las negociaciones del Proyecto de Convención era si se crearían o no derechos nuevos. Por lo general se afirmaba que ello no era parte del objetivo de la Convención, aunque a medida que se iba ahondando en el texto fue evidente que no siempre era suficiente agregar a la persona mayor de forma expresa en los derechos humanos vigentes. Como consecuencia, el texto ofrece nuevas interpretaciones y amplía los contenidos de los derechos establecidos en los tratados para adaptarlos a las necesidades y reivindicaciones que surgen del envejecimiento de la sociedad<sup>18</sup>.

Un último elemento que el Grupo de Trabajo tuvo que ponderar fue la concordancia del Proyecto con los principios y derechos reconocidos en otros instrumentos internacionales de derechos humanos. Si bien en el artículo 1 se establece que lo dispuesto en la Convención no se interpretará como una limitación a derechos o beneficios más amplios y adicionales que reconozcan el derecho internacional o las legislaciones internas de los Estados Parte a favor de la persona mayor; en la práctica, cualquier error en ese sentido podría generar confusión, retrasando o limitando la implementación de otros instrumentos internacionales, especialmente de la Convención internacional de los derechos de las personas con discapacidad (CDPD)<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> El principio de igualdad y no discriminación es la justificación principal para la necesidad de instrumentos internacionales específicos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la CIDH han señalado reiteradamente que el derecho a la igualdad y no discriminación constituye el eje central y fundamental del sistema interamericano de derechos humanos.

<sup>18</sup> Por ejemplo, en el caso de los cuidados paliativos la Convención realiza nuevos aportes de la codificación de los mismos como un derecho. Así lo estimó la Asociación Latinoamericana de Cuidados Paliativos (ALCP) en conjunto con otras organizaciones que trabajan el tema, las que apoyaron la redacción de algunos artículos de la Convención relacionados específicamente con él. Véase ALCP *et al.* (2013). *La inclusión de cuidados paliativos en el proyecto de la convención sobre los derechos de las personas mayores. Análisis y recomendaciones*. Disponible en: <<http://scm.oas.org/pdfs/2014/CP32691S.pdf>> [consulta: 20.04.2016].

<sup>19</sup> LANG, Raymond *et al.* (2011). "Implementing the United Nations Convention on the rights of persons with disabilities: principles, implications, practice and limitations". *ALTER. European Journal of Disability Research/Revue Européenne de Recherche sur le Handicap* 5 (3): 206-220 ; VÁSQUEZ, Alberto (2012). *Documento de trabajo. Propuesta de convención interamericana sobre los derechos humanos de las personas mayores*, Mimeo.



Hasta junio de 2012 el Proyecto de Convención adolecía de ambigüedades con la CDPD en varios artículos. Uno de los más discutidos fue el de capacidad legal, porque permitía restricciones en el ejercicio de ese derecho,<sup>20</sup> lo que contradecía lo dispuesto en la CDPD<sup>21</sup> que favorece la toma de decisiones en pie de igualdad con los demás<sup>22</sup>. En el texto aprobado en junio de 2015, algunas de estas dificultades fueron superadas gracias a los comentarios de, entre otros, la Asociación y Discapacidad del Perú, que presentó un contundente informe al respecto, la CIDH, la CEPAL y la OPS<sup>23</sup>.

### III. LA TRIPLE DIMENSIÓN DE LOS DERECHOS PROTEGIDOS EN LA CONVENCIÓN

Para efectos de este artículo, los contenidos de la Convención Interamericana sobre la protección de los derechos de las personas mayores se dividirán en tres categorías: derechos emergentes, derechos vigentes y derechos extendidos (véase el esquema 1).

Los derechos emergentes son reivindicaciones de nuevos derechos o de derechos parcialmente recogidos en la normativa internacional y nacional vigente.

Los derechos vigentes son aquellos ya contemplados en las normas internacionales, pero que requieren cambios para adaptarlos a las necesidades específicas de un colectivo, ya sea por medio de nuevas interpretaciones o ampliación de contenidos.

Los derechos extendidos están dirigidos específicamente para colectivos que no han disfrutado de ellos por omisión o discriminación<sup>24</sup>.

<sup>20</sup> En la versión del Proyecto de Convención de abril de 2012 el artículo 33, titulado “garantías judiciales en los procesos de determinación de la capacidad jurídica de las personas mayores”, abría la posibilidad restringir el ejercicio de la misma. Por ejemplo se establecía que “Toda restricción de la capacidad jurídica debe estar debidamente fundada, ser limitada en el tiempo, estar sujeta a revisiones periódicas y ser aplicada únicamente a las decisiones específicas para las cuales se haya determinado la falta de aptitud y necesidad de un consentimiento subrogado”. Esta redacción, en opinión de algunos organismos, incluyendo la CEPAL y la CIDH, legitimaba la creencia de que las personas mayores no eran capaces de cuidar de su propio bienestar, siendo injustamente despojadas de su capacidad jurídica por medidas de tutela que reducen su posibilidad de tomar decisiones sobre cualquier aspecto de la vida. Más tarde este texto se corrigió y ahora corresponde al artículo 30.

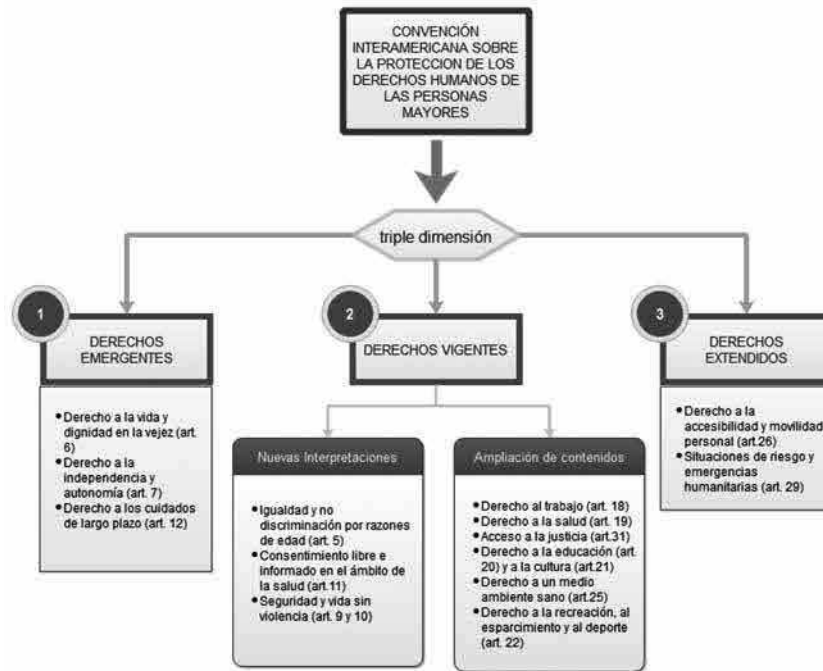
<sup>21</sup> El artículo 12 de la CDPD fija la obligación del Estado de “reconocer que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida” y de “adoptar las medidas apropiadas para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”; mientras que el artículo 17 de la CDPD dispone que “toda persona con discapacidad tiene derecho a que se respete su integridad física y mental”.

<sup>22</sup> La CDPD fundó un cambio hacia la toma de decisiones con apoyo, como alternativa a la tutela, lo que hace hincapié en la autonomía e independencia de la persona en lugar de su dependencia e incapacidad (OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, 2012).

<sup>23</sup> La versión del Proyecto de Convención del 17 de abril de 2012 establecía en su art. 33 Garantías judiciales de las personas mayores institucionalizadas, que la persona mayor tenía la posibilidad de designar un defensor que le represente en todo procedimiento judicial o administrativo relacionado con su situación de institucionalización y si la persona mayor no obtiene esos servicios, se pondrá a su disposición un defensor. Esta redacción fue corregida posteriormente y ese artículo se pasó a denominar Derechos de las personas mayores que reciben cuidados a largo plazo (artículo 12).

<sup>24</sup> DUSSEL, Enrique (2010). “Derechos vigentes, nuevos derechos y derechos humanos”. *Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho* (29): 229-235.

**Esquema 1.** Convención interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores



Fuente: Elaboración propia a base de Dussel, 2010.

### 1. *Derechos emergentes*

La Convención contiene tres derechos bajo esta categoría. Se trata del derecho a la vida y la dignidad en la vejez (artículo 6), el derecho a la independencia y autonomía (artículo 7) y el derecho a los cuidados de largo plazo (artículo 12).

En el primer derecho hay una innovación interesante. Se refiere al derecho a vivir con dignidad en la vejez hasta la muerte sin discriminación de ningún tipo. Para ello garantiza, entre otros, los cuidados paliativos. El segundo derecho nuevamente coloca el acento en la integridad y dignidad de la persona, específicamente en la toma de decisiones, conforme a sus tradiciones y creencias. El tercer derecho, si bien puede provocar tensión entre la protección de las personas que viven en residencias frente al reconocimiento del derecho de las personas mayores de vivir de manera independiente, en la práctica es una respuesta al envejecimiento de la población y a los abusos que con frecuencia ocurren en las residencias.

### 2. *Derechos vigentes*

En la subcategoría de nuevas interpretaciones se ubica la igualdad y no discriminación (artículo 5), el consentimiento libre e informado en el ámbito de la salud (artículo 11), y la seguridad y la vida sin violencia (artículos 9 y 10).

En estos tres derechos la Convención aporta nuevos elementos para establecer específicamente las obligaciones de los Estados respecto de las personas mayores. Por ejemplo, se prohíbe la discriminación por edad en la vejez; se indican los requisitos para que la persona mayor brinde su consentimiento libre e informado, y se obliga a los Estados a crear mecanismos para que la persona mayor manifieste de manera expresa su voluntad anticipada y las instrucciones respecto de las intervenciones en materia de atención en salud, incluidos los cuidados paliativos. En seguridad y vida sin violencia se protege la integridad y dignidad de la persona mayor, sin discriminación de ningún tipo.

Aunque estos tres artículos son parte de otros instrumentos internacionales –como la CDPD– es la primera vez que se aborda de manera más precisa la situación de las personas mayores en relación con cada uno de estos derechos.

En la subcategoría de ampliación de contenidos se ubican en general los derechos económicos, sociales y culturales. En la medida que estos derechos están reconocidos en el Pacto Internacional en la materia y que todas sus disposiciones se aplican a las personas mayores, la Convención hace una adaptación a la situación particular de este colectivo. Aquí se ubicarían el derecho al trabajo, el acceso a la salud, el derecho a la educación, entre varios otros.

### **3. Derechos extendidos**

En particular se han considerado dos derechos: el de accesibilidad y movilidad de las personas, y las situaciones de riesgo y emergencias humanitarias. Ambos derechos están establecidos en la CDPD, sin embargo, como señala Gerard Quinn<sup>25</sup>, las personas mayores fueron omitidas en dicho instrumento, ya que no agregó un artículo específico, como ocurre con los niños y las mujeres. La Convención subsana este olvido por medio de la especificación de estos derechos.

## **IV. ENTRADA EN VIGOR Y MECANISMOS DE SEGUIMIENTO**

Los primeros países en firmar el documento de la Convención fueron Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica y Uruguay. Esta firma indica la intención del Estado de adoptar medidas para expresar su consentimiento a obligarse por el tratado en una fecha posterior. La firma crea también la obligación, en el período que se extiende hasta la ratificación, aceptación o aprobación, de abstenerse de buena fe de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y el fin del tratado. Ahora corresponde que los Parlamentos de cada uno de estos países ratifiquen el instrumento. La entrada en vigor de la Convención ocurrirá el trigésimo día a partir de la fecha en que se haya depositado el segundo instrumento de ratificación o adhesión en la Secretaría General de la OEA.

El documento de la Convención establece un mecanismo integrado de seguimiento compuesto por una Conferencia de Estados Partes y un Comité de Expertos, el que se conformará una vez que se haya recibido el décimo instrumento de adhesión o ratificación.

<sup>25</sup> QUINN, Gerard (2009). “The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Towards a New International Politics of Disability”. *Texas Journal on Civil Liberties & Civil Rights* 15 (1): 33-52.

La Conferencia de Estados Partes es el principal mecanismo de seguimiento de la Convención. Está integrado por los países y tiene, entre otras, las funciones de examinar el avance nacional en el cumplimiento de los compromisos emanados de la Convención y promover el intercambio de experiencias, buenas prácticas y cooperación técnica entre ellos.

El Comité de Expertos está integrado por especialistas designados por cada uno de los Estados Partes de la Convención. Es el responsable, entre otras funciones, de realizar el análisis técnico de los informes periódicos relativos al cumplimiento de las obligaciones que emanan de la Convención presentados por los Estados. El primero de estos informes se realizará luego de haber transcurrido un año del establecimiento del Comité, y posteriormente se elaborarán con una periodicidad de cuatro años.

### REFLEXIONES FINALES

Gracias a la existencia de este instrumento hoy es más fácil que los Estados estandaricen sus legislaciones, políticas y prácticas; y paralelamente disminuyan las brechas de protección e implementación de los derechos humanos de este grupo social. De igual manera la Convención ofrece definiciones comunes para la comprensión de los derechos humanos en contexto de envejecimiento.

La Convención también es una oportunidad para lograr un cambio de paradigma. Más allá de las obligaciones jurídicas que conlleva, es un instrumento para la promoción de políticas públicas efectivas, y representa una sólida herramienta para la sensibilización en el ámbito nacional, por medio de la toma de conciencia como un elemento central para poner en práctica los derechos humanos de las personas mayores, concentrándose en la acción y en las responsabilidades que emanan de ella.

Para la implementación de la Convención se requiere poner en práctica algunas estrategias que generen las condiciones de una aplicación verdadera. El primer aspecto es el fortalecimiento de las instituciones nacionales que trabajan con las personas mayores. Hay que reconocer la amplia labor que organismos como la Dirección Nacional de Políticas para Adultos Mayores (DINAPAM), de Argentina; el Consejo Nacional de la Persona Adulta Mayor (CONAPAM), de Costa Rica; El Servicio Nacional del Adulto Mayor (SENAMA), de Chile; el Instituto Nacional de las Personas Mayores (INMAYORES), de Uruguay y el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (INSSJP-PAMI), de Argentina, entre otros, han desarrollado desde el 2007 en adelante por incorporar la perspectiva de derechos en las acciones dirigidas a las personas mayores. Sin duda, gracias al comprometido trabajo de estas y otras instituciones de la región, la Convención es un hecho. Su existencia requiere ahora nuevamente de la participación activa de la institucionalidad pública rectora en los temas de envejecimiento.

El segundo aspecto es la financiación como un componente fundamental de los esfuerzos que van a realizar los Estados para implementar la Convención. Esto implica, además, la necesidad de estudiar y aplicar los mecanismos necesarios para asegurar que no exista un retroceso en materia de servicios y prestaciones relacionados con el ejercicio efectivo de los derechos de las personas mayores en el ámbito nacional.

El tercer aspecto es que los Estados refuercen sus actividades de fomento de la capacidad nacional para atender la aplicación de la Convención. En tal sentido, la capacitación es una estrategia de suma importancia para promover la toma de conciencia. Por último, y no menos importante, es el papel que desempeñan los Parlamentos nacionales promulgando legislación y aprobando presupuestos y su función de garantizar la rendición de cuentas para el cumplimiento efectivo de los compromisos asumidos en la Convención.

En definitiva, hoy existe una herramienta invaluable para que la edad no sea una causa de obstaculice el desarrollo humano, el gozar de buena salud, de cuidado, de un ingreso o de cualquier otra condición necesaria para preservar la dignidad e integridad humana.

### BIBLIOGRAFÍA

ALCP *et al.* (2013). *La inclusión de cuidados paliativos en el proyecto de la convención sobre los derechos de las personas mayores. Análisis y recomendaciones*. Disponible en: <<http://scm.oas.org/pdfs/2014/CP32691S.pdf>> [consulta: 20.04.2016].

\_\_\_ (2016). *Results of the review exercise to determine possible duplications in the provisions contained in the Draft Convention*. Disponible en: <[http://scm.oas.org/doc\\_public/ENGLISH/HIST\\_14/CP32121E07.doc](http://scm.oas.org/doc_public/ENGLISH/HIST_14/CP32121E07.doc)> [consulta: 20.04.2016].

CEPAL (2008). *Reunión de seguimiento de la Declaración de Brasilia*. Disponible en: <<http://www.cepal.org/es/eventos/reunion-seguimiento-la-declaracion-brasil-0>> [consulta: 28.04.2016].

\_\_\_ (2009). *Tercera Reunión de Seguimiento de la Declaración de Brasilia: por los derechos de las personas mayores*. Disponible en: <<http://www.cepal.org/es/eventos/iii-reunion-seguimiento-la-declaracion-brasil-derechos-personas-mayores>> [consulta: 28.04.2016].

\_\_\_ (2009a). *Segunda Reunión de Seguimiento de la Declaración de Brasilia*. Disponible en: <<http://www.cepal.org/es/eventos/segunda-reunion-seguimiento-la-declaracion-brasil>> [consulta: 28.04.2016].

\_\_\_ (2009b). *Lineamientos para una Convención de los Derechos de las Personas Mayores*. Disponible en: <<http://www.scm.oas.org/pdfs/2012/CP27862S.doc>> [consulta: 28.04.2016].

DUSSEL, Enrique (2010). “Derechos vigentes, nuevos derechos y derechos humanos”, *Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho* (29): 229-235.

HUENCHUAN, Sandra (2012). “Igualdad y universalidad de los derechos humanos en contexto de envejecimiento”. En: HUENCHUAN, Sandra (ed.). *Los derechos de las personas mayores en el siglo XXI: situación, experiencias y desafíos*. Ciudad de México: CEPAL y Gobierno de la Ciudad de México, pp. 19-55.

LANG, Raymond *et al.* (2011). “Implementing the United Nations Convention on the rights of persons with disabilities: principles, implications, practice and limitations”. *ALTER. European Journal of Disability Research / Revue Européenne de Recherche sur le Handicap* 5 (3): 206-220.

LEBLANC, Lawrence J. (1977). *The OAS and the Promotion and Protection of Human Rights*, La Haya: Martinus Nijhoff.

QUINN, Gerard (2009). "The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Towards a New International Politics of Disability". *Texas Journal on Civil Liberties & Civil Rights* 15 (1): 33-52.

UNITED NATIONS OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS (2012). *Normative standards in international human rights law to older persons, Analytical Outcome Paper*. Disponible en: <<http://social.un.org/ageing-working-group/documents/ohchr-outcome-paper-olderpersons12.pdf>> [fecha de consulta: 28.04.2016].

VÁSQUEZ, Alberto (2012). *Documento de trabajo. Propuesta de convención interamericana sobre los derechos humanos de las personas mayores*, Mimeo.

**ACUERDOS REGIONALES DE LIBRE COMERCIO Y DERECHOS  
HUMANOS: EL CASO DEL TPP Y SU IMPACTO EN CHILE**  
*Free Trade Regional Agreements and Human Rights:  
the case of TPP and its impact in Chile*

**J. Carlos Lara**

Derechos Digitales, Chile

Abogado. Licenciado en ciencias jurídicas y sociales por la Universidad de Chile. Coordinador del equipo de investigación y políticas públicas para Derechos Digitales América Latina, en Santiago de Chile. juancarlos@derechosdigitales.org.

**Claudio Ruiz**

Derechos Digitales, Chile

Egresado de derecho por la Universidad de Chile. Director ejecutivo y presidente de Derechos Digitales América Latina, en Santiago de Chile. Ha sido ayudante del Departamento de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. claudio@derechosdigitales.org.

**RESUMEN**

La negociación y suscripción de acuerdos de libre comercio ha sido una política impulsada por los gobiernos de varios países de economías abiertas al comercio internacional. Chile ha sido también parte de esta tendencia, con el reciente ejemplo de la firma del Acuerdo Transpacífico. Sin embargo, el contenido de tales acuerdos no se refiere de forma exclusiva a condiciones del comercio entre países. Por el contrario, los acuerdos de esta clase abarcan de manera progresiva contenidos normativos propios de legislación interna, discutidos y negociados bajo condiciones muy distintas a los de las leyes nacionales o de los tratados suscritos en foros internacionales. Esto tiene consecuencias no solamente en el contenido de los derechos fundamentales afectados por las reglas acordadas en los tratados, sino en la forma en que tales derechos se reconocen y configuran por parte de los Estados democráticos.

**PALABRAS CLAVE**

Tratados de libre comercio; TPP; derechos digitales, derechos humanos.

**ABSTRACT**

The negotiation and signature of free trade agreements has been a policy implemented by governments of many countries with economies open to international trade. Chile has been part of that trend, with a recent example in the signature of the Trans-Pacific Partnership Agreement. However, the content of such agreements is not exclusively related to conditions of trade between countries. In fact, this kind of agreement include progressively normative content of local nature, which are discussed and negotiated under much different conditions that local law or agreements signed in international forums. This implies consequences not only in the content of fundamental rights affected by the rules set in the agreements, but also in the shape that such rights are recognised and configured by democratic States.

**KEY WORDS**

Free trade regional agreements; TPP; digital rights; human rights.

## INTRODUCCIÓN: TRATADOS DE LIBRE COMERCIO Y DERECHOS HUMANOS

La política del Estado de Chile en materia de comercio exterior apunta desde hace décadas a una creciente liberalización, que se funda en tres pilares: la liberalización unilateral comenzada durante la dictadura cívico-militar, la liberalización bilateral, y la liberalización multilateral<sup>1</sup>; aristas profundizadas desde la transición a la democracia en 1990, en la búsqueda de la mayor integración con el resto del mundo, de forma asociada al intercambio comercial<sup>2</sup>. La profundización de tal política, iniciada con el regreso a la democracia, significó la firma de acuerdos de comercio e inversión con más de medio centenar de países del mundo<sup>3</sup>, bajo la guía de la Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales (DIRECON) del Ministerio de Relaciones Exteriores<sup>4</sup> y tiene entre sus más recientes ejemplos la entrada en vigor de la Alianza del Pacífico (junto a Colombia, México y Perú) y la suscripción del polémico Acuerdo Transpacífico (*Trans-Pacific Partnership*, TPP) en febrero de 2016.

Pero no se trata de esfuerzos que caractericen de forma aislada a Chile o a los países con los que mantiene relaciones económicas y comerciales. La suscripción de acuerdos de comercio se inserta en un contexto internacional de crecientes acuerdos multilaterales tendientes a una mayor liberalización del comercio, con hitos como la fundación en 1995 de la Organización Mundial de Comercio (OMC) y la firma del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (*North American Free Trade Agreement*, NAFTA). El punto en común de buena parte de este escenario mundial es el liderazgo de los Estados Unidos de América como principal economía mundial desde el fin de la Segunda Guerra Mundial.

El TPP es un muy particular ejemplo de la fuerza e influencia de Estados Unidos en la agenda mundial del comercio. El antecedente formal de TPP, el acuerdo denominado *Trans-Pacific Strategic Economic Partnership Agreement* (TPSEP, mejor conocido como P4), celebrado entre Brunei, Chile, Singapur y Nueva Zelanda en 2005, no encontró la adhesión esperada inicialmente sino hasta la entrada de Estados Unidos, atrayendo a nuevos países miembros<sup>5</sup> para el consecuente inicio de una negociación

---

<sup>1</sup> WEHNER, Leslie (2011). "Chile's rush to free trade agreements", *Revista de Ciencia Política (Santiago)*, vol. 31, número 2: 207-226.

<sup>2</sup> MEREMINSKAYA, Elina (2003). "Impactos de la Integración Económica en la Aplicación del Derecho Privado". *Revista de derecho (Valdivia)* (15): 59-73. DOI:10.4067/S0718-09502003000200003 [consulta: 24.05.2016].

<sup>3</sup> BAEZA FREER, Jaime y Miguel Ángel LÓPEZ VARAS (2015). "El Congreso Nacional de Chile y el proceso de ratificación del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de América". *Estudios internacionales* (47) 182: 37-55. DOI: 10.5354/0719-3769.2015.37883 [consulta: 24.05.2016].

<sup>4</sup> DIRECON (2016). *Acuerdos Comerciales*. Disponible en: <<https://www.direcon.gob.cl/acuerdos-comerciales/>> [consulta: 24.05.2016].

<sup>5</sup> RAMÍREZ ZAMUDIO, Eduardo (2011). "Acuerdo Transpacífico de Asociación Económica Estratégica (TPP). ¿Solución comercial a la tensión político-militar de la región? o ¿estrategia estadounidense para disminuir la influencia de China en Asia?". *Portes*, tercera época (5) 10: 35-65.



dirigida a la firma de un nuevo acuerdo, el TPP<sup>6</sup>. No tanto como un tratado entre 12 países, sino más bien un acuerdo de los Estados Unidos para países del Asia-Pacífico<sup>7</sup>.

El protagonismo de Estados Unidos muestra dos aristas particulares dignas de atención. Por una parte, si bien el componente político podía leerse en las anteriores décadas de negociación comercial internacional, en el caso de TPP se hace más evidente la reacción ante la pérdida de terreno a nivel comercial frente a potencias emergentes como India y China<sup>8</sup>, como también la pérdida de influencia política en los demás países de Asia<sup>9</sup>.

Por otra parte, TPP aparece como una nueva oportunidad para el establecimiento a nivel internacional de reglas favorables a intereses de ciertas industrias de Estados Unidos, cuya promoción anterior no tuvo éxito en foros internacionales como la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), la propia OMC, u otros tratados fallidos como el ambicioso Acuerdo Comercial Antifalsificación (*Anti-Counterfeiting Trade Agreement*, ACTA)<sup>10</sup> o el Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA). La estrategia para Asia y las Américas de TPP se reproduce en Europa, mediante la Asociación Transatlántica para el Comercio y la Inversión (*Transatlantic Trade and Investment Partnership*, TTIP).

Es decir, el antiguo camino de los tratados de libre comercio como vía para la expansión de intereses comerciales y políticos estadounidenses entrelazados, mantiene vivas sus aspiraciones mediante tratados como TPP y TTIP. Además, permite avanzar sus contenidos más allá de lo pactado en acuerdos pasados<sup>11</sup>, mediante el establecimiento de condiciones que las demás economías negociantes estarían dispuestas a aceptar para mantener o mejorar sus relaciones con Estados Unidos<sup>12</sup>.

De manifiesto queda el notable contraste con otros procesos internacionales para la elaboración de reglas comunes, como los mencionados foros de la ONU o la OMC, en que los procesos de negociación no tienen la misma profundidad ni celeridad, y donde no tiene Estados Unidos el mismo peso relativo. Esto hace preferible para los intereses estadounidenses alejar la fijación de reglas comunes de los órganos internacionales y traerlas a los grandes acuerdos regionales de libre comercio, cambiando el espacio de negociación (*forum shifting*) y, en consecuencia, las condiciones de la misma, a fin de cambiar el resultado, aislando también la mayor cantidad posible de materias que, aun tenuemente vinculadas al comercio, pudieran afectar a los intereses de los Estados Unidos. Se configura así una forma de regulación que ignora el sistema internacional de los derechos humanos, reformando el esquema de reglas comunes

<sup>6</sup> FURCHE, Carlos (2013). *Chile y las Negociaciones del TPP: Análisis del Impacto Económico y Político*. Santiago: Derechos Digitales, disponible en: <<https://www.derechosdigitales.org/wp-content/uploads/TPP-Informe-Furche-Digital-Final-con-disenolviana.pdf>> [consulta: 24.05.2016].

<sup>7</sup> CUEVAS, Rodrigo (2014). "Trans-Pacific Partnership: el complejo camino del acuerdo del siglo XXI". *Estudios Económicos* (31) 63: 25-56.

<sup>8</sup> FURCHE, 2013: 11.

<sup>9</sup> RAMÍREZ ZAMUDIO, 2011: 47.

<sup>10</sup> FURCHE, 2013: 34.

<sup>11</sup> ELMS, Deborah (2014). "TPP: ¿qué tiene de siglo XXI?". *Puentes*, (15) 6: 18-20.

<sup>12</sup> CUEVAS, 2014: 52.

entre países y profundizando en la fragmentación del Derecho Internacional<sup>13</sup>. El amplio conjunto de tratados, acuerdos, protocolos y declaraciones oficiales relativas a derechos humanos, que ya conforman un marco de acción para los Estados, que debiera primar sobre otras obligaciones adquiridas en el ámbito comercial, queda así en segundo plano.

Desde el punto de vista de los contenidos sustantivos acordados, la celebración de grandes acuerdos regionales de libre comercio presenta desafíos desde la óptica de los derechos humanos, en particular en lo referido a materias antes no reguladas a nivel internacional o, incluso, a nivel nacional, en que es dudosa la existencia de un examen de equilibrio entre derechos previo a la fijación de reglas. Pero de forma particularmente preocupante, la forma en que tales acuerdos se convierten en el mecanismo para establecer esas reglas pone bajo cuestionamiento la capacidad de las naciones de decidir de forma democrática las condiciones en que fija sus reglas de convivencia.

## I. CONSECUENCIAS PROCEDIMENTALES DEL TPP

Al tener una naturaleza comercial, estos acuerdos internacionales están sujetos a varias reglas y procedimientos propios de ella. Los acuerdos comerciales regionales se han convertido en un instrumento internacional prevalente a partir de la década de los noventa<sup>14</sup>. Las razones de este progresivo avance son variopintos, pero buena parte de ellos descansan en el *enforcement* o aplicación de sus normas, que en el caso de los acuerdos de tipo comercial son llevados a cabo por el *Dispute Settlement Body* de la OMC.

Por razones no del todo abiertas, la negociación del TPP fue desarrollada en completo hermetismo desde la primera ronda de negociación en Melbourne durante el 2010. Tanto en Estados Unidos<sup>15</sup> como en otros países parte de la negociación se interpusieron acciones legales por la vía de transparencia para efectos de sortear la opacidad de los textos, alcances y consecuencias de la negociación. En el caso de Chile la negativa oficial del Ministerio de Relaciones Exteriores de transparentar los textos de la negociación ante requerimientos de transparencia se realizó en conformidad a los números 1, literal b), y 4 del artículo 21 de la Ley 20.285<sup>16</sup>, que establece de manera taxativa las causales de secreto o reserva para el acceso a la información pública.

Los argumentos, similares a aquellos esgrimidos en la prensa por funcionarios del gobierno de Estados Unidos frente a requerimientos similares, son básicamente que

<sup>13</sup> HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, Juan (2016). "El TTIP, TPP, TISA, CETA... vulneran el sistema internacional de los derechos humanos". ALAI, 4 de enero de 2016. Disponible en: <<http://www.alainet.org/es/articulo/174502>> [consulta: 24.05.2016].

<sup>14</sup> A mayo de 2016, la web de la Organización Mundial del Comercio contabilizaba 267 tratados actualmente vigentes. Disponible en: <<http://rtais.wto.org/UI/PublicMaintainRTAHome.aspx>> [consulta: 24.05.2016].

<sup>15</sup> Center for International Environmental Law v. Office of the United States Trade Representative and Ron Kirk, in His Official Capacity as the United States Trade Representative N° 12-5136 (DC Cir, 7 de junio de 2013), pp. 10-11.

<sup>16</sup> DERECHOS DIGITALES. *Relaciones Exteriores deniega acceso al texto del TPP*, 30 de julio de 2011. Disponible en: <<https://derechosdigitales.org/2126/relaciones-exteriores-deniega-acceso-al-texto-del-tpp/>> [consulta: 24.05.2016].

se trata de *antecedentes o deliberaciones previas a la adopción de una resolución* (artículo 21 N° 1 letra b) y que *su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el interés nacional* (artículo 21 N° 4).

Aun asumiendo que la publicación de ciertos antecedentes de una negociación en curso podría eventualmente afectar el interés nacional *en especial si se refieren (...) a las relaciones internacionales y los intereses económicos o comerciales del país* (según indica el mismo artículo de la Ley 20.285 antes citado), resulta interesante hacer notar que no es el carácter secreto la única forma, el único procedimiento, al que el sistema internacional se somete para que los países puedan llegar a acuerdos mutuamente vinculantes. Sin ir más lejos, incluso tratándose de aspectos particularmente sensibles como es propiedad intelectual, el sistema internacional entrega un modelo muchísimo más abierto de participación por parte de terceros no involucrados directamente en las negociaciones. Así, a modo ejemplar, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual dispone de páginas *web* oficiales donde se indica el listado de todas las próximas reuniones<sup>17</sup> y de sus *standing committees*<sup>18</sup>, incluyendo sus agendas, minutas y reportes de ellas. OMPI distribuye, además, el listado de los participantes de cada una de las reuniones y las propuestas de cada país son públicas y distribuidas por medio de la página *web* del organismo. Existe un mecanismo formal de acreditación para organizaciones de la sociedad civil<sup>19</sup> que les permite participar no solo en la asamblea general sino también en las reuniones de los comités de OMPI, permitiéndoles publicar sus conclusiones de manera abierta al resto de la comunidad. Sin ir más lejos, a fines de la década pasada estos mecanismos fueron ampliamente usados en la elaboración de los dos Tratados Internet de la OMPI [el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución de Fonogramas (WPPT)], que incluso permitió la participación del público no acreditado. En términos de participación de terceros no negociadores en otras instancias de negociación internacional, la situación es similar en el caso de la Organización Mundial del Comercio, la Organización Mundial de la Salud, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (UNCITRAL), la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) y, el ejemplo más preclaro, la propia Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) de la que Chile también es parte desde 2010.

Si bien es importante reconocer algunos esfuerzos por entregar algo más de información respecto del curso de la negociación en el segundo gobierno de la presidenta Bachelet, ellos han sido insuficientes. Así, se ha señalado públicamente el establecimiento de un Cuarto Adjunto como un mecanismo de apertura y participación, particularmente para la sociedad civil. Dejando de lado la participación mayoritaria de entidades gremiales y representantes de la industria en dichas sesiones, ellas solo se hicieron efectivas a

<sup>17</sup> Véase: <[http://www.wipo.int/meetings/en/topic.jsp?group\\_id=15](http://www.wipo.int/meetings/en/topic.jsp?group_id=15)> [consulta: 24.05.2016].

<sup>18</sup> Se denomina *standing committees* a comités de expertos *ad hoc* nombrados por decisión de la Asamblea General para un propósito específico. Por ejemplo, la determinación de un nuevo tratado o de nuevas provisiones de un tratado.

<sup>19</sup> A mayo de 2016, la OMPI reconoce oficialmente a 410 organizaciones con el carácter de “observadoras”. Véase <<http://www.wipo.int/about-wipo/en/observers/index.html>> [consulta: 24.05.2016].

partir de marzo de 2014. De acuerdo con el gobierno de Canadá<sup>20</sup>, la primera sesión del denominado Cuarto Adjunto se realizó a siete meses de la última ronda de negociación propiamente tal, realizada en agosto de 2013 en Seri Begawan, Brunei<sup>21</sup>. A diferencia de lo ocurrido en otras negociaciones comerciales –incluyendo la negociación del Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos–, donde la existencia de cuartos adjuntos ha sido un elemento fundamental para alimentar las posiciones de los países en medio de las negociaciones y para asistir a los propios negociadores, en el caso de Chile el cuarto adjunto mutó a una mera reunión informativa<sup>22</sup>.

Los acuerdos comerciales de nueva generación generan una nueva capa regulatoria que será necesario sortear en caso de necesidad de modificación legal de ciertas áreas sustantivas. Esto es particularmente importante en materias tales como acceso a medicinas o derechos de autor, donde una eventual modificación de dicha normativa a favor del interés público ya tiene que esquivar ciertos obstáculos estructurales provenientes de grupos de presión económicos, sino que esta vez además debe sortear los mecanismos de implementación de acuerdos comerciales y, posteriormente, sus mecanismos de *enforcement*. En materia de derechos de autor, como se indica con mayor detalle en el siguiente acápite, en Chile el plazo de protección para el ejercicio de estos derechos exclusivos es de toda la vida del autor más setenta años luego de su muerte, establecida en reforma del año 2003 como implementación del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos. Si bien para una importante parte de la doctrina es un plazo a todas luces excesivo y atentatorio contra la generación de conocimiento e innovación<sup>23</sup>, hoy por hoy está virtualmente vedado a los órganos representativos poder desafiar esta norma. No solo porque el plazo de setenta años requiere una modificación legal, algo relativamente trivial, sino porque el plazo se encuentra blindado en instrumentos de naturaleza comercial, en este caso, por el TLC con Estados Unidos<sup>24</sup>. La falta de transparencia en el proceso de elaboración de acuerdos de naturaleza comercial hace que *de facto* los negociadores de un acuerdo comercial tengan una sorprendente autonomía para acordar modificaciones del sistema legal actualmente vigente e incluso comprometer el cambio legislativo en ciertas materias hacia el futuro. Sin ningún control político adicional a su calidad de empleados públicos, la falta de transparencia pone a los negociadores de acuerdos comerciales en un lugar de privilegio, constituyéndose en prelegisladores *de facto*.

<sup>20</sup> Véase: <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/tpp-ptp/rounds-series.aspx?lang=eng>> [consulta: 24.05.2016].

<sup>21</sup> Véase <<https://ustr.gov/Joint-Press-Statement-TPP-Ministerial-Brunei>> [consulta: 24 de mayo de 2016].

<sup>22</sup> RUIZ, Claudio. “TPP en Chile: Un historial de promesas sin cumplir”. *Derechos Digitales*, 23 de abril de 2015. Disponible en: <<https://derechosdigitales.org/8584/tpp-en-chile-un-historial-de-promesas-sin-cumplir/>> [consulta: 24.05.2016].

<sup>23</sup> PATRY, William (en: *How to Fix Copyright*. Nueva York: Oxford University Press, 2011) plantea, siguiendo a Lessig, la necesidad de restringir radicalmente los plazos de protección. Autores como el mismo Lessig y Boyle han abogado públicamente por volver a un sistema de protección previo registro y superar el modelo de protección automática. Véanse LESSIG, Lawrence (2004). *Free Culture*. Nueva York: Penguin Press y BOYLE, James (2008). *The Public Domain: Enclosing the Commons of the Mind*. New Haven: Yale University Press.

<sup>24</sup> Tratado de Libre Comercio US-Chile, artículo 17.5.4.

Adicionalmente, los acuerdos comerciales, y en particular el TPP, asumen la existencia del mecanismo de *certificación* propio de la normativa interna de Estados Unidos, generando legítimas dudas respecto de la limitación de soberanía que ello implica. La *certificación* consiste en un mecanismo mediante el cual el gobierno de Estados Unidos se asegura que las normas que implementa el acuerdo comercial satisfacen sus expectativas. En concreto, Estados Unidos puede suspender de manera unilateral el cumplimiento del tratado, mientras no se asegure que el país socio ha modificado su regulación local de acuerdo con su propia interpretación. Este mecanismo supone una intervención muy alejada de los estándares del derecho internacional público en materia de implementación de tratados y, en la práctica, supone un nuevo mecanismo de control por parte de Estados Unidos hacia los socios comerciales: finalmente la entrada en vigencia del acuerdo depende de un acto unilateral de aceptación de los términos de implementación y no solo del acto formal de acordar el texto del tratado.

## II. CONSECUENCIAS SUSTANTIVAS SOBRE DERECHOS HUMANOS

En junio de 2015, un grupo de diez Relatores Especiales y Expertos Independientes de la ONU emitieron una declaración expresando su preocupación por el impacto respecto de los derechos humanos de los tratados de libre comercio e inversión<sup>25</sup>, específicamente TPP y TTIP, en relación con los derechos a la vida, la comida, el agua, la salud, la vivienda, la educación, la ciencia y la cultura, los estándares de trabajo, la judicatura independiente, un medio ambiente limpio, y el derecho a no ser desplazado forzosamente. La declaración hacía referencia expresa a los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos (“Principios de Ruggie”) de 2011, que se refiere a las obligaciones de derechos humanos de las empresas e insta a los Estados a asegurar un marco normativo que así lo permita en tratados de comercio e inversión<sup>26</sup>.

A pesar de la justificada preocupación de los Relatores y Expertos, la falta de transparencia del proceso implicaba necesariamente una reacción a amenazas medianamente difusas, o bien vinculando trascendidos de la negociación y propuestas contenidas en acuerdos o reglas anteriores. Esa era, en general, la tónica frente al especulado contenido sustantivo del TPP<sup>27</sup>, con la relevante excepción de los capítulos del tratado cuyo texto fue filtrado por internet: los capítulos de propiedad intelectual, inversiones, y medio ambiente, además de documentos de negociación. Similar situación ha ocurrido con las sucesivas filtraciones del texto del cuerpo y anexos del Acuerdo de

<sup>25</sup> Disponible en: <<http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=16031>> [consulta: 24.05.2016].

<sup>26</sup> ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (2011). *Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos. Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”*, HR/PUB/11/04.

<sup>27</sup> Un examen acabado del contenido potencial de TPP hasta el 2015 y sus posibles impactos, mediante directa comparación con informes y documentos oficiales de los referidos Relatores Especiales y Expertos Independientes de la ONU, puede encontrarse en REID SMITH, Sanya (2015), *Potential human rights impacts of the TPP*, Third World Network, disponible en: <<http://www.twn.my/title2/FTAs/General/TPPHumanRights.pdf>>. [consulta: 24.05.2016].

Comercio de Servicios (*Trade in Services Agreement*, TiSA)<sup>28</sup> y documentos de negociación del TTIP<sup>29</sup>.

La experiencia de TPP demostró que, gracias a tales filtraciones, una importante masa crítica de académicos, expertos y activistas se formó en torno al contenido de propiedad intelectual, supliendo brechas de conocimiento y estudio que muy probablemente eran parte del proceso. En América Latina, Derechos Digitales canalizó buena parte de los reparos dirigidos a las disposiciones sustantivas del tratado relacionadas con internet desde el 2011<sup>30</sup>, y redes como “Chile Mejor Sin TPP” o la convergencia “México Mejor Sin TPP” levantaron una gran cantidad de preocupaciones adicionales, cuando la negociación del tratado ya estaba en la etapa final.

En este largo proceso fueron identificados cuatiosos impactos respecto de derechos humanos en las áreas que se describen a continuación.

### **1. Libre determinación de los pueblos**

En primer término, en estrecha relación con las consecuencias procedimentales identificadas en la sección anterior, los problemas de democracia y soberanía planteados por tratados como TPP ponen bajo cuestionamiento el ejercicio de la libre determinación de los pueblos<sup>31</sup>. Aun cuando en teoría la negociación, aprobación, ratificación e implementación de un tratado por parte de los países participantes está depositada en órganos regulares y dentro del ámbito de su competencia, el mero cumplimiento formal está lejos de asegurar la expresión libre para establecer su condición política y modelo de desarrollo; muy especialmente, en función del encierro que la rigidez de un tratado como TPP representa para la modificación de sus términos.

A ello se suma la necesidad de consideración especial para pueblos indígenas, que conforme al Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), además de su libre determinación como pueblos y del resguardo especial de sus intereses, deben ser consultados respecto de las medidas legislativas o administrativas que puedan afectarles directamente<sup>32</sup>. Atendida la amplitud de materias cubiertas por estos tratados, como se ha hecho evidente en el caso de TPP, no es solamente razonable, sino exigible, la realización de consultas indígenas en los países firmantes. Ello no tuvo lugar a propósito de la negociación del tratado; si el proceso de implementación lo exigiere, podrían los Estados encontrar conflictos entre las obligaciones de implementación y los derechos de los pueblos indígenas en gran cantidad de materias.

---

<sup>28</sup> Disponibles en: <<https://wikileaks.org/tisa/>> [consulta: 24.05.2016].

<sup>29</sup> Disponibles en: <<https://ttip-leaks.org/>> [consulta: 24.05.2016].

<sup>30</sup> DERECHOS DIGITALES. “Se filtra la propuesta estadounidense de nuevo TLC”, 10 de marzo de 2011, disponible en: <<https://derechosdigitales.org/2034/filtracion-tpp/>> [consulta: 24.05.2016].

<sup>31</sup> Artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).

<sup>32</sup> Artículo 6 del Convenio N° 169 OIT.

## 2. *Propiedad intelectual, acceso al conocimiento y vida cultural*

El derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, gozar de las artes y participar en el progreso científico y sus beneficios<sup>33</sup>, así como la libertad para la investigación científica y la actividad creadora<sup>34</sup> se ven notoriamente afectados por las disposiciones de propiedad intelectual del TPP.

En el caso de los tratados de libre comercio promovidos o firmados por EE. UU., es habitual encontrar disposiciones que hacen eco de intereses de la importante industria de contenidos estadounidense. Reglas que, en el sentido de protección de los derechos de autor, van mucho más allá de lo pactado internacionalmente en foros como la OMPI, o incluso en el Acuerdo sobre los Aspectos de Derechos de Propiedad Intelectual (ADPIC) de 1994, suscrito en el seno de la OMC. No solamente en el nivel de detalle, sino en el marcado desequilibrio entre los intereses que busca proteger y aquellos intereses contrapuestos resguardados por el derecho internacional de los derechos humanos. El tratado, tal como otros acuerdos bilaterales, busca reforzar las condiciones de explotación exclusiva, tanto para obras intelectuales sujetas a derechos de autor como para creaciones que son objeto de patentes.

El desequilibrio en esa clase de reglas ya ha sido acusado, entre otros, en el Informe de la Relatora Especial sobre los derechos culturales de Naciones Unidas, Farida Shaheed, en agosto de 2015, al declarar que “[e]l derecho a la protección de los intereses morales y materiales no puede utilizarse para defender las leyes sobre patentes que no respetan suficientemente el derecho a participar en la vida cultural, a gozar de los beneficios del progreso científico y sus aplicaciones, el derecho a la libertad científica y el derecho a la alimentación y la salud, y los derechos de los pueblos indígenas y las comunidades locales”<sup>35</sup>.

En relación con el derecho a la participación en la vida cultural común, y restringiendo las posibilidades de ejercicio libre de tal derecho, TPP establece como plazo mínimo de protección a los derechos de autor el de toda la vida del autor, más 70 años contados desde su muerte<sup>36</sup>. Este plazo, que excede del estándar fijado por el Convenio de Berna y el Acuerdo sobre los ADPIC, ya es parte de algunas legislaciones como la de Chile. La adición del plazo en acuerdos de libre comercio importa que la mayor parte de los países TPP deberán aumentar sus plazos de protección. Sin embargo, su necesidad o utilidad como estímulo a la creación carece de evidencia, extendiéndose condiciones de explotación exclusiva que limitan el acceso de obras al dominio público. Bajo la idea de la capa regulatoria adicional, la presencia de este nuevo estándar de facto en TPP implica que cualquier reducción posterior a nivel nacional es virtualmente imposible.

En un mismo sentido restrictivo, TPP establece reglas que sancionan la elusión de medidas tecnológicas de protección (MTP), que son restricciones técnicas a ciertos

<sup>33</sup> Artículo 27.1 Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), Artículo 15.1 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).

<sup>34</sup> Artículo 15.3 PIDESC.

<sup>35</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas. *Informe de la Relatora Especial sobre los derechos culturales, Farida Shaheed*. 4 de agosto de 2015. A/70/279.

<sup>36</sup> TPP Capítulo 18, Artículo 18.63.

usos respecto de obras intelectuales, para limitar o impedir su acceso o para obstruir la producción de copias. Es decir, candados tecnológicos contra el acceso no autorizado por el titular de derechos de autor, o contra las copias no autorizadas por el titular de derechos de autor. TPP no solamente establece el deber de sancionar la evasión no permitida de las MTP<sup>37</sup>. También obliga a sancionar, incluso penalmente, en aquellos casos en que el acto restringido es el acceso a una obra sin infracción posterior de derechos de autor, consagrando en los hechos la facultad de autorizar el acceso a una obra a favor del titular de derechos de autor. Dicha facultad no es parte de los derechos de autor, y constituye una expansión de las atribuciones de los titulares de derechos exclusivos con impacto directo en el uso de obras en ejercicio de excepciones y limitaciones al derecho de autor<sup>38</sup> y en el uso de obras de dominio público<sup>39</sup>. Esto, finalmente, afecta no solo a la interacción con obras o material protegido por derechos de propiedad intelectual, sino que a la interacción con la tecnología, negando en buena parte las libertades derivadas de la participación del progreso de las ciencias.

Finalmente, las reglas de TPP buscan establecer un sistema para la remoción o bloqueo de internet de aquellos contenidos que infringen derechos de autor, mediante el establecimiento de responsabilidad de los intermediarios en línea en caso de no cumplir con el retiro una vez notificados<sup>40</sup>. Reglas como estas ya existen en Chile (Ley 20.435) y Estados Unidos (DMCA), con diferencias sustantivas: mientras en Chile la notificación que hace obligatorio el retiro debe provenir de un tribunal (y por tanto, la solicitud de retiro requiere ser fundada y proveída por un juez); en Estados Unidos basta con un aviso privado del interesado en el retiro. Aunque la regla chilena lleva vigente poco más de seis años, informes oficiales del USTR han expuesto su disconformidad con tal sistema, promoviendo a cambio el modelo de la DMCA. Para los países que no cuentan con reglas en este sentido, una implementación según este modelo tendría grandes consecuencias no solamente desde el derecho de acceso a la cultura, sino también en todos aquellos casos en que el retiro implique un acto de censura, y por tanto, de afectación a la libertad de expresión<sup>41</sup>. La automatización de las solicitudes de retiro amparadas por ese sistema ha implicado la remoción de millones de obras y enlaces de internet, sin particular atención a los derechos de las personas afectadas sino en los casos en que ha existido una larga y costosa judicialización posterior.

### **3. Exclusividad de explotación de fármacos y salud**

El TPP establece una regulación detallada para los derechos sobre patentes farmacéuticas y otras formas de explotación exclusiva de medicamentos. De forma no vista en acuerdos anteriores, TPP establece la protección de la exclusividad en el uso de

---

<sup>37</sup> TPP, Capítulo 18, Artículo 18.68.

<sup>38</sup> CANALES, María Paz y María del Pilar SOFFIA (2008). "La regulación de las medidas tecnológicas de protección de los derechos de autor y el dilema del acceso a la cultura: ¿Dónde ubicamos el justo equilibrio?". En: CERDA, Alberto (ed.). *Acceso a la cultura y derechos de autor*, Santiago: Derechos Digitales, pp. 121-135.

<sup>39</sup> CANALES, María Paz (2012). "Impacto de las medidas tecnológicas de protección en el acceso al dominio público". *Revista Chilena de Derecho y Tecnología* (1) 1: 103-123. DOI: 10.5354/0719-2584.2012.24026. [consulta: 24.05.2016].

<sup>40</sup> TPP, capítulo 18, sección J: Proveedores de Servicios de Internet.

<sup>41</sup> Artículos 19 de la DUDH; 13 de la CADH y 19 del PIDCP.



datos de prueba para la producción de medicamentos de origen biológico, en los hechos fijando un derecho monopólico para su producción, por un período de al menos ocho años o una protección equivalente<sup>42</sup>. Como consecuencia de esto, no pueden entrar al mercado versiones genéricas de laboratorios que compiten, sino hasta agotado ese período. Para muchos países del tratado, se trata de una nueva forma de exclusividad antes no existente, que por tanto creará tal monopolio. Para países como Chile, donde se aplican reglas similares, la postergación de la entrada de competencia a tales medicamentos equivalen en promedio a 770 millones de dólares por cada año, según un estudio oficial<sup>43</sup>. Desde el punto de vista del derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud<sup>44</sup> esto significa una renuncia a posibilidades de acceso, que no viene aparejada de disposiciones favorables a la producción mediante licencias no voluntarias dentro de los Estados miembros.

#### 4. Comercio electrónico y flujo de información (personal)

El TPP obliga, en el capítulo sobre Comercio Electrónico, a permitir el tráfico transfronterizo de datos, incluida la información personal, a otros territorios sin consideración si en tales territorios existe un nivel adecuado de protección de los derechos individuales<sup>45</sup>. Se otorga así a las compañías la libertad de externalizar en otros países su almacenamiento de datos. Aunque se permiten excepciones que podrían justificar limitaciones de interés público, por ejemplo para establecer reglas de resguardo de la privacidad o los datos personales, el lenguaje del TPP y la interacción con otros acuerdos lo haría altamente difícil<sup>46</sup>. Consecuentemente, las obligaciones del tratado impulsarían un flujo de información descuidando, o al menos obviando promover, la protección del derecho a la vida privada<sup>47</sup> en relación con la protección legal de datos personales.

#### 5. Comercio y medio ambiente

El cuidado del medio ambiente es parte del TPP en un capítulo completo, aunque no privilegiando el derecho a vivir en un medio ambiente adecuado<sup>48</sup>, sino supeditado a la protección estatal de forma que no afecte el comercio o la inversión<sup>49</sup>, mediante el establecimiento de estándares relativamente altos pero sin provisiones sólidas para su ejecución, y sin contrapeso ante otras reglas del tratado favorables a la industria

<sup>42</sup> TPP, capítulo 18, artículo 18.51.

<sup>43</sup> El estudio es referido en AHUMADA, Ricardo (2015). "La letra chica del acuerdo TPP que atrasa la entrada de remedios más baratos al mercado chileno". *The Clinic Online*, 25 de noviembre de 2015. Disponible en: <<http://www.theclinic.cl/2015/11/25/la-letra-chica-del-acuerdo-tpp-que-atrasa-la-entrada-de-remedios-mas-baratos-al-mercado-chileno/>> [consulta: 24.05.2016].

<sup>44</sup> Artículos 15 del PIDESC y 25 de la DUDH, dentro del derecho a un nivel de vida adecuado.

<sup>45</sup> TPP, capítulo 14, artículo 14.11.

<sup>46</sup> KILIC, Burcu y Tamir ISRAEL (2015). *The Highlights of the Trans-Pacific Partnership E-commerce Chapter*. Washington: Public Citizen. Disponible en: <<https://www.citizen.org/documents/tpp-ecommerce-chapter-analysis.pdf>> [consulta: 24.05.2016].

<sup>47</sup> Artículos 12 de la DUDH; 13 de la CADH y 17 del PIDCP.

<sup>48</sup> Derivado del artículo 12 del PIDESC y reconocido en sucesivos instrumentos multilaterales y la Resolución de la Asamblea General 45/94 de la ONU.

<sup>49</sup> TPP, capítulo 20, artículo 20.3.

y el comercio contaminantes como el intercambio de combustibles fósiles<sup>50</sup>. En un contexto mundial de indubitado cambio climático, en que los deberes de los Estados en esta materia se vuelven críticos, el TPP fija condiciones que dejan de lado a los derechos correlativos.

Estos son solo algunos puntos críticos, con otros todavía por ser expuestos. Pero como síntesis, las condiciones sustantivas establecidas por tratados comerciales como TPP pueden significar conflictos con los derechos humanos de los individuos en los países firmantes. Si los Estados firmantes respetan la idea de “la primacía de las obligaciones relativas a los derechos humanos sobre las políticas y los acuerdos económicos”<sup>51</sup>, o si la actitud de integración comercial termina siendo políticamente más firme, está aún por verse.

### CONCLUSIONES

Los grandes acuerdos de libre comercio constituyen una forma de reordenación del orden jurídico internacional que prescinde de mecanismos que pudieran morigerar, siquiera en parte, el mayor poder de negociación de condiciones de intercambio de algunas economías sobre otras.

En el establecimiento de condiciones que apunten en tal sentido, los ejemplos recientes de grandes acuerdos comerciales de carácter regional muestran una tendencia clara hacia una ordenación económica e ideológica particular, que coincidentemente favorece a algunas grandes economías liberales como la de Estados Unidos. Esta reconfiguración se manifiesta en la imposición de reglas, a modo de “estándares”, que cada país negociante debe implementar con la aspiración de un crecimiento que los lleve a un estadio de desarrollo similar al de países que no tuvieron que asumir tales reglas para crecer. En esa reconfiguración, prescindiendo de discusión regulatoria interna, se establecen normas sustantivas con directo impacto en la regulación, el equilibrio y el ejercicio de los derechos humanos. En el entorno digital, desigualmente regulado a nivel mundial, esas normas sustantivas son particularmente notorias.

Sin embargo, es al mirar estos procesos con algo más de distancia que se observan las mayores amenazas al reconocimiento y resguardo de derechos humanos. La agenda de comercio internacional se ha convertido, en la práctica, en el foro donde se negocia el contenido material y concreto de los derechos fundamentales. No desde una perspectiva de resguardo de la dignidad humana, o siquiera desde el punto de vista de las necesidades de desarrollo de naciones desfavorecidas, sino puntualmente desde un enfoque neoliberal, bajo condiciones de secreto e inmutabilidad que encierran el desarrollo de los derechos humanos.

---

<sup>50</sup> SIERRA CLUB (2015). *TPP Text Analysis: Environment Chapter Fails to Protect the Environment*. Disponible en: <<https://www.sierraclub.org/sites/www.sierraclub.org/files/uploads-wysiwig/tpp-analysis-updated.pdf>> [consulta: 24.05.2016].

<sup>51</sup> Resolución de la Subcomisión de Derechos Humanos de la ONU N° 2000/7, de 17 de agosto de 2000.

## BIBLIOGRAFÍA

- AHUMADA, Ricardo (2015). “La letra chica del acuerdo TPP que atrasa la entrada de remedios más baratos al mercado chileno”. *The Clinic Online*, 25 de noviembre de 2015. Disponible en: <<http://www.theclinic.cl/2015/11/25/la-letra-chica-del-acuerdo-tpp-que-atrasa-la-entrada-de-remedios-mas-baratos-al-mercado-chileno/>> [consulta: 24 de mayo de 2016].
- BAEZA FREER, Jaime y Miguel Ángel LÓPEZ VARAS (2015). “El Congreso Nacional de Chile y el proceso de ratificación del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de América”. *Estudios internacionales* (47) 182: 37-55. DOI: 10.5354/0719-3769.2015.37883 [consulta: 24.05.2016].
- BOYLE, James (2008). *The Public Domain: Enclosing the Commons of the Mind*. New Haven: Yale University Press.
- CANALES, María Paz (2012). “Impacto de las medidas tecnológicas de protección en el acceso al dominio público”. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología* (1) 1: 103-123. DOI: 10.5354/0719-2584.2012.24026 [consulta: 24.05.2016].
- CANALES, María Paz y María del Pilar SOFFIA (2008). “La regulación de las medidas tecnológicas de protección de los derechos de autor y el dilema del acceso a la cultura: ¿Dónde ubicamos el justo equilibrio?”. En: CERDA, Alberto (ed.). *Acceso a la cultura y derechos de autor*, Santiago: Derechos Digitales, pp. 121-135.
- CUEVAS, Rodrigo (2014). “Trans-Pacific Partnership: el complejo camino del acuerdo del siglo XXI”. *Estudios Económicos* (31) 63: 25-56.
- DERECHOS DIGITALES. *Relaciones Exteriores deniega acceso al texto del TPP*, 30 de julio de 2011. Disponible en: <<https://derechosdigitales.org/2126/relaciones-exteriores-deniega-acceso-al-texto-del-tpp/>> [consulta: 24.05.2016].
- DIRECON (2016). *Acuerdos Comerciales*. Disponible en: <<https://www.direcon.gob.cl/acuerdos-comerciales/>> [consulta: 24 de mayo 2016].
- ELMS, Deborah (2014). “TPP: ¿qué tiene de siglo XXI?”. *Puentes*, (15) 6: 18-20.
- FURCHE, Carlos (2013). *Chile y las Negociaciones del TPP: Análisis del Impacto Económico y Político*. Santiago: Derechos Digitales, disponible en: <<https://www.derechosdigitales.org/wp-content/uploads/TPP-Informe-Furche-Digital-Final-con-disenoliviana.pdf>> [consulta: 24.05.2016].
- HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, Juan (2016). “El TTIP, TPP, TISA, CETA... vulneran el sistema internacional de los derechos humanos”. ALAI, 4 de enero de 2016. Disponible en: <<http://www.alainet.org/es/articulo/174502>> [consulta: 24.05.2016].
- LESSIG, Lawrence (2004). *Free Culture*. Nueva York: Penguin Press.
- MEREMINSKAYA, Elina (2003). “Impactos de la Integración Económica en la Aplicación del Derecho Privado”. *Revista de derecho (Valdivia)* (15): 59-73. DOI:10.4067/S0718-09502003000200003 [consulta: 24 de mayo 2016].
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (2011). *Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos. Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”*, HR/PUB/11/04.

- PATRY, William (2011). *How to Fix Copyright*. Nueva York: Oxford University Press.
- RAMÍREZ ZAMUDIO, Eduardo (2011). “Acuerdo Transpacífico de Asociación Económica Estratégica (TPP). ¿Solución comercial a la tensión político-militar de la región? o ¿estrategia estadounidense para disminuir la influencia de China en Asia?”. *Portes*, tercera época (5) 10: 35-65.
- REID SMITH, Sanya (2015), *Potential human rights impacts of the TPP*, Third World Network, disponible en: <<http://www.twn.my/title2/FTAs/General/TPPHumanRights.pdf>>. [consulta: 24.05.2016].
- RUIZ, Claudio. “TPP en Chile: Un historial de promesas sin cumplir”. *Derechos Digitales*, 23 de abril de 2015. Disponible en: <<https://derechosdigitales.org/8584/tpp-en-chile-un-historial-de-promesas-sin-cumplir/>> [consulta: 24.05.2016].
- SIERRA CLUB (2015). *TPP Text Analysis: Environment Chapter Fails to Protect the Environment*. Disponible en: <<https://www.sierraclub.org/sites/www.sierraclub.org/files/uploads-wysiwig/tpp-analysis-updated.pdf>> [consulta: 24.05.2016].
- WEHNER, Leslie (2011). “Chile’s rush to free trade agreements”, *Revista de Ciencia Política* (Santiago), vol. 31, número 2: 207-226.

**Entrevista** |



## ENTREVISTA A NELSON CAUCOTO: “HAY DELITOS QUE SON IMPERDONABLES Y PERSEGUIBLES EN CUALQUIER TIEMPO O LUGAR. LA IMPRESCRIPTIBILIDAD ES UN LOGRO DE NUESTRA ÉPOCA”

Por Francisco Jara Bustos

**Nelson Caucoto Pereira** es abogado de derechos humanos. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Concepción (1976). Se ha desempeñado como abogado en la Vicaría de la Solidaridad (1976-1992); Fundación de Ayuda Social de las Iglesias Chilenas (FASIC) y en la Oficina Especializada en Derechos Humanos de la Corporación de Asistencia Judicial, en donde fue Abogado Jefe (1995-2015). Se ha desempeñado también como profesor universitario en distintas casas de estudio. Ha recibido varias distinciones, entre ellas, el “Premio Ciudadanía” de la Fundación Ideas; “Monseñor Romero” del Servicio Paz y Justicia, SERPAJ-Chile; “Asociación de Abogados de Chile” (2006); “Premio de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales” (2008). Tiene el patrocinio en más de doscientas causas por crímenes de lesa humanidad cometidos durante la dictadura cívico-militar entre las que se cuentan los casos “Operación Albania”, “Degollados”, Miguel Ángel Sandoval, Víctor Jara, José Carrasco, Alfonso Chanfreau, Carlos Fariña, “Quemados”.

**Francisco Jara Bustos** es abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile (2015) y becario del Magíster en Derecho en dicha Universidad. Ayudante *ad honorem* de las cátedras de Derecho internacional migratorio, Derecho civil y Derecho procesal. Integrante del equipo jurídico de la Agrupación de Familiares de Ejecutados Políticos (AFEP) y de Observatorio contra el Acoso Callejero (OCAC). Colabora con el Movimiento de Acción Migrante (MAM).

### INTRODUCCIÓN

La justicia transicional plantea una antigua, pero actual pregunta: ¿qué debe hacer una sociedad frente a las violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos practicados durante un conflicto o un régimen autoritario? Condenar a los responsables o perdonar esas violaciones en nombre de la reconciliación es, por tanto, un dilema propio de una sociedad tanto de transición como democrática.

Para ayudar a responder a ese dilema, el sistema interamericano de derechos humanos, por la mano de un puñado de casos, ha aportado algunas luces en cuanto al acceso a la justicia (casos *Anzualdo Castro vs. Perú*; *Comerciantes vs. Colombia*) –justicia penal militar (caso *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*) y amnistías (casos *Barrios Altos vs. Perú*, *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*; *Gomes Lund y otros vs. Brasil*; *Gelman vs. Uruguay*)–, derecho a la verdad (casos *Castillo Páez vs. Perú*, *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*) y reparaciones (casos *Aloeboetoe y otros vs. Surinam*; *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*; “Niños de la Calle” (*Villagrán Morales y otros vs. Guatemala*)).

Junto a ello, los países, incluido Chile, han intentado esbozar su propio modelo, no exento de críticas, de equilibrio entre paz-justicia-reconciliación, en el que los defensores de derechos humanos, como nuestro entrevistado, jueces y sociedad civil asumen

Francisco Jara Bustos

*Entrevista a Nelson Caucoto: "Hay delitos que son imperdonables y perseguibles en cualquier tiempo o lugar. La imprescriptibilidad es un logro de nuestra época"*

un papel preponderante en la judicialización de las violaciones de derechos humanos (persecución de los victimarios, defensa y reparación de las víctimas) y, por tal razón, en la construcción de la memoria histórica.

A cuarenta años de su titulación como abogado, entrevistamos a Nelson Caucoto, conocido defensor de los derechos humanos, quien se desempeñó como abogado de la Vicaría de la Solidaridad, de FASIC, y quien hasta 2015 ejerció como Abogado Jefe de la Oficina Especializada en Derechos Humanos de la Corporación de Asistencia Judicial. Responsable por la defensa de muchos de los más emblemáticos casos de violación de derechos humanos durante la dictadura cívico-militar en Chile, algunos de ellos noticia en 2015, en esta entrevista habla acerca de esos casos, su larga trayectoria profesional, la experiencia chilena de justicia transicional, la importancia del derecho internacional de los derechos humanos, y deja un mensaje para las nuevas generaciones de juristas, marcado por el aprendizaje que solo puede transmitir el ejemplo.

**Francisco Jara [FJ]: En plena dictadura cívico-militar y muy joven ha elegido ser un defensor de los derechos humanos, llegando a trabajar en la Vicaría de la Solidaridad. ¿Qué le motivó a tomar esa decisión?**

**Nelson Caucoto [NC]:** Además, en esos años, la Universidad de Concepción lo tenía todo, tenías asistencia médica, alimentación. Me tocó ver también la acción la "Universidad para todos", cuando llegaban obreros, campesinos de los sectores cercanos a Concepción, en las tardes hacían clases, era vivir en el marco de una utopía. En ese sentido, entendí que debíamos definirnos. Para que uno llegara a ser un profesional era por el concurso no solo de tu familia sino de toda la sociedad, es decir, tu formación se debe a la sociedad, y en Concepción se hablaba de eso, lo que la sociedad te ha dado, es bueno que tú lo devuelvas algún día siendo profesional. Esa es la esencia del bien común, el que uno recibe de la sociedad, y después devuelve en obras a esa sociedad, más allá del desarrollo integral tuyo como persona.

Eso me marcó mucho. Sabía que tenía que hacer algo, y tenía que poner mi profesión al servicio de la gente, y fundamentalmente en la lucha contra la dictadura. Vine a hacer mi práctica profesional a Santiago, entré a la Vicaría y de ahí ya no salí más. Nunca me sentí un extraño en la Vicaría a pesar de que recién había llegado, porque había un ambiente de compartir cariños, afectos, y eso es bueno.

**FJ: ¿Cree que tuvo algún rol importante para su labor la comunidad internacional?**

**NC:** Sin lugar a dudas. La Vicaría de la Solidaridad no podía existir si no era con ayuda internacional. En ese aspecto yo tengo una suerte de crítica a la ayuda internacional, por cómo terminó. La Vicaría fue financiada por el Consejo Mundial de Iglesias. Terminada la dictadura algunos de sus trabajadores llegamos a trabajar al FASIC, y hace algunos siete u ocho años, cuando estaba en el FASIC, trabajando en los casos de detenidos desaparecidos y ejecutados, viajamos a Estados Unidos, con el secretario ejecutivo y el abogado Héctor Salazar, a proveernos de fondos para que pudiera seguir la actividad del departamento jurídico del FASIC. Pero ahí [en el Consejo Mundial de la Iglesias] nos encontramos que las prioridades eran otras. Esa es la parte que a mí



me dejó insatisfecho, que no existiera colaboración para terminar ese trabajo y, por eso, desapareció el departamento jurídico del FASIC. O sea, yo me traje todas mis causas a mi oficina, sin la ayuda de nadie y lo mismo habrán hecho Héctor Salazar, Sergio Concha, Alberto Espinoza, todos del equipo jurídico del FASIC.

**FJ: Luego del retorno a la democracia usted ha asumido la representación judicial de las víctimas, o de sus familiares, en varios casos emblemáticos vinculados a las violaciones masivas y sistemáticas ocurridas en la dictadura cívico-militar. Uno de los más mediáticos fue el proceso sobre la detención y muerte de Víctor Jara, y que recientes noticias nos dan cuenta del juicio civil, presentado por el Centro de Justicia y Responsabilidad, que tendrá lugar en Estados Unidos contra el teniente del ejército Pedro Barrientos. ¿Qué consecuencias piensa usted que tendrá el resultado de este juicio en los procesos pendientes en Chile contra los autores de la muerte del cantautor y, más específicamente, sobre la solicitud de extradición y orden de captura internacional presentada contra Barrientos por el gobierno de Chile a Estados Unidos?**

**NC:** No creo que vaya a tener una gran repercusión en el juicio que se lleva en Chile, que es el juicio penal; lo que sí, colateralmente, he sabido es que tratándose de una acción civil de reparación, este reproche del sistema judicial norteamericano sobre Barrientos, esto podría tener como gran beneficio el establecer cómo fue que se nacionalizó norteamericano.

Además, diría que el gran beneficio podría ser establecer cómo fue que se nacionalizó norteamericano. Si queremos hacer avanzar en plenitud la causa penal que tenemos en Chile, debiera también estar Barrientos acá para ser enjuiciado; y no lo que ocurre hoy, donde Barrientos ha quedado al margen del juicio porque hay un proceso de extradición que es demoroso, lento y que no sé si va a ser exitoso. ¿Qué nos ayudaría a nosotros en la extradición? Hemos sabido extraoficialmente que este señor al solicitar la nacionalidad norteamericana habría ocultado información. No sé si ese ocultamiento de información tenga tal importancia como para que pueda quedar sin efecto esta nacionalización; porque si no quedara con nacionalidad norteamericana sería mucho más fácil indudablemente proceder a su extradición.

No sé cuánto más se puede conseguir a través de esa acción civil; tal vez notificar a otros violadores de derechos humanos que estén fuera de Chile, que crean haberse escapado de la acción de la justicia, que sepan que por la vía civil se les puede perseguir en cualquier país en que se encuentren.

**FJ: Por otro lado, como abogado litigante del proceso de Víctor Jara en Chile, ¿cuál fue el mayor reto que dicho caso le planteó?**

**NC:** El primer gran reto que nos planteó es que jamás va a haber alguien que confiese que mató a Víctor Jara. Ese es el gran problema, porque en otras causas alguien puede confesar su participación. No sé si alguien va a ser capaz de soportar el estigma de ser el homicida de Víctor Jara, por lo que él significa generación tras generación.

Otro obstáculo fue la nula colaboración de las Fuerzas Armadas, el Ejército fundamentalmente, para informarnos quién estaba a cargo del Estadio Chile, lo que me llevó, en una fase avanzada de la investigación, a pedir declaración de Pinochet. Su defensa se

Francisco Jara Bustos

*Entrevista a Nelson Aucoto: "Hay delitos que son imperdonables y perseguibles en cualquier tiempo o lugar. La imprescriptibilidad es un logro de nuestra época"*

opone, porque había sido declarado demente. Entonces, cuando sale la información en la prensa, de que había pedido la citación de Pinochet para informar quién era el jefe del Estadio Chile, hubo tal convocatoria en los medios de comunicación, que yo dije: "estoy pidiendo que venga Pinochet, porque nadie nos ha dicho quién estaba a cargo del Estadio Chile". Al día siguiente me estaban llamando. Logramos saber quién había sido el jefe, e ir avanzando en la estructura que asumía militarmente este centro de detención.

No te olvides que hay cinco mil testigos de lo ocurrido en el Estadio Chile, de manera que con la historia ha sido difícil, pero se ha reconstruido en grandes retazos, y eso ha sido una obra de los jueces.

El primero que tuvo esta causa fue el Juez del Quinto Juzgado del Crimen, Juan Carlos Urrutia Padilla, quien dictó un auto de procesamiento en contra del jefe del Estadio Chile, el señor Manríquez [César Manríquez Bravo]. La causa después tuvo distintos jueces. El ministro Fuentes Belmar es quien recibe la declaración de un conscripto de apellido Paredes, que relata toda la historia de cómo habría muerto Víctor Jara, y lo procesa. Después, ese procesamiento quedó sin efecto porque nosotros mismos dijimos que no nos parecía que un conscripto fuera procesado, porque él era el último eslabón dentro de la cadena de mando. Después asume la causa Alejandro Madrid, y últimamente Miguel Vásquez, y creo que él da un paso fundamental: procesa a todos los militares que están procesados hoy.

Evidentemente, nosotros sabíamos todo lo que se nos venía encima por esta lucha. Ha sido revisada tres o cuatro veces esta causa en la Corte de Apelaciones y la hemos mantenido ahí incólume. Esta causa pasó las etapas de investigación y plenario y, bueno, queremos que se avance en términos de dictar la sentencia. Hay muchos recursos dilatorios por parte de los abogados de los inculcados, y tenemos esta dificultad de que la causa está avanzando en contra de los oficiales del Ejército que están en Chile, pero hay uno [Barrientos] que está fuera, y contra él no se ha podido avanzar.

**FJ: En 2015, la justicia chilena se ha pronunciado sobre diversos casos relacionados con la violación de derechos humanos durante la dictadura cívico-militar, v.g., la libertad de Sáez Mardones en el caso "Degollados", y los procesamientos en el caso "Quemados". En su opinión, ¿cómo evalúa la posición de los tribunales nacionales competentes para juzgar estos y otros casos similares frente al derecho internacional de los derechos humanos?**

**NC:** Aquí tengo un juicio muy categórico. En Chile tuvimos que esperar treinta años para empezar a hacer justicia. Para que la gente no lo olvide, porque la memoria es frágil, no hubo justicia como uno pensaba que iba a haber con el retorno a la democracia, hasta el año 97.

Cuando la dictadura pierde el plebiscito, lo militares plantearon varias "leyes de amarre". Una de ellas tiene que ver con las causas de derechos humanos, que entonces, en su mayoría, estaban radicadas en la justicia militar; y de las cuales yo había concentrado todas o casi la totalidad de las causas de desaparecidos de la Vicaría.

Aquí hubo un proceso gradual, monitoreado por el operador jurídico-político de los militares, Fernando Torres Silva. Cuando una causa se movía en la justicia militar, él planteaba la inhibitoria, contienda de competencia, las cuales hasta el 97 la justicia

militar las ganaba todas. La justicia militar cerraba las causas abiertas y les aplicaba el Decreto Ley de amnistía del 78, cosa que no había hecho antes de la derrota en el plebiscito. Pero lo más grave fue con las [causas] que estaban sobreesidas temporalmente, las reabren de oficio, aplican la amnistía y las sobreesen definitivamente.

En estos 150 o 200 procesos tuve que presentar otros tantos recursos de apelación y alegar ante la Corte Marcial. Como nos fue mal en casi todas ellas, tuve que presentar recursos de casación en la Corte Suprema. Así estuve alegando desde el 89-90 al 97 todos los días en la Suprema y perdiendo todas las causas. Entonces, eso es lo que la gente debe entender, teníamos siete años de gobierno democrático y no había cambiado nada.

A partir del 97 ocurren cambios importantes con la incorporación de jueces externos a la Corte Suprema que, con su mirada del derecho internacional, ayudan a que se cambiara la historia. En 98, la primera resolución que aplica los convenios de Ginebra y se acabó la amnistía, la prescripción. De ahí en adelante no volvimos a perder nunca más una causa por amnistía, ni una contienda de competencia. Todas ahora quedaban en la justicia civil. Sigue después la detención de Pinochet en Londres, que es más importante de lo que parece, pero no es la que cambia todo fundamentalmente. Hubo una nueva composición de la Corte Suprema que empieza a funcionar con salas especializadas. La detención de Pinochet culturalmente, creo, genera un tipo de conciencia distinta al que teníamos antes.

La conmoción que me provoca internamente es que Pinochet fue preso por el tema de la tortura y no por lo de los desaparecidos o ejecutados. Este proceso tiene una consecuencia muy importante: genera a los jueces con dedicación exclusiva, pues entre 2000-2003 tuvimos 400 procesamientos; lo que no habíamos tenido en 27 o 30 años lo tuvimos en tres años. Esto cambió la historia. Alguien me preguntó hasta dónde queríamos llegar y le respondí “hasta el infinito”.

Luego viene el caso Sandoval Rodríguez o el “caso del sastre”: era la primera vez que la Corte Suprema se enfrentaba a una sentencia condenatoria donde no se había aplicado la amnistía, que se fundamentaba más en el Derecho Internacional que en el delito de secuestro como delito permanente.

Ahora, los fallos de nuestros tribunales se conocen y son citados en el exterior, tenemos una judicatura a la altura de los tiempos, fallos modernos, macizos y eso debemos agradecerlo. El gran alegato mío en materia civil fue decirles a los jueces “nos costó treinta años para que ustedes reconocieran la imprescriptibilidad de las acciones penales en materia de crímenes de guerra y de lesa humanidad, no esperen a que pasen otros treinta para que se reconozca la imprescriptibilidad de las acciones civiles”, es absurdo. El legado más importante que se deja a las nuevas generaciones es la conciencia de que hay delitos que son imperdonables y perseguibles en cualquier tiempo o lugar. La imprescriptibilidad es un logro de nuestra época.

**FJ: Chile fue uno de los países que ha vivido su propia experiencia de justicia transicional. ¿Cómo evalúa el desarrollo de la justicia transicional en Chile? Atendiendo a las experiencias comparadas, ¿considera que la “justicia en la medida de lo posible” ha sido una experiencia exitosa, desde la perspectiva tanto de la persecución como de la reparación a las víctimas o sus familiares?**

Francisco Jara Bustos

*Entrevista a Nelson Caucoto: "Hay delitos que son imperdonables y perseguibles en cualquier tiempo o lugar. La imprescriptibilidad es un logro de nuestra época"*

**NC:** Chile todavía está en deuda en el tema de la reparación de las víctimas. Voy a decir algo que digo con el entusiasmo del que nunca obtuvo nada. Hasta el año 97 no teníamos nada. Conociendo otras realidades, diría que estamos más avanzados que los argentinos, la realidad más cercana que tenemos. En cuanto a la magnitud de las penas, existe un claro distanciamiento, ellos aplican penas de 20 o 30 años, no aplican la institución de la media prescripción. Pero esto debemos verlo en función a la cantidad de víctimas que tiene Argentina, más de treinta mil.

Conocí algo de la experiencia guatemalteca y me llamó la atención que uno de los ministros que asistía a un diplomado al que fuimos a hacer clases con Héctor Salazar en Guatemala, tras contestarle a su pregunta de "¿cuántas víctimas tiene Chile?" que "en cuanto a desaparecidos en orden a 2.500, ejecutados otros 2.500, dejémoslo en 4.000, sin contar a los torturados", me dijera: "¡tanta bulla que han metido ustedes con 4.000 víctimas, nosotros tenemos 200.000 y con la misma población que Chile!".

Hay que ver cuántos presos hay en Argentina por violaciones a los derechos humanos y comparémoslo con Chile, vayámonos a la proporción. Ahora, uno envidia a Argentina en las penas que imponen, con la reparación que no es solamente una cuestión pecuniaria, sino también simbólica. Echo de menos en Chile los gestos de Kirchner, de la escuela militar argentina, de retirar todos los cuadros de los personajes de la dictadura. Aquí en Chile todavía estamos con esa dificultad, todavía en Tejas Verdes está el cuadro de Contreras. Entonces, si te fijas, hay cuestiones simbólicas que también significan una reparación.

**FJ: Durante veinte años usted fue abogado jefe de la Oficina de Derechos Humanos de la Corporación de Asistencia Judicial (CAJ). ¿Cómo evalúa su paso por ese organismo? ¿Cuál es el mayor aporte de la Oficina al país?**

**NC:** Trabajar en la corporación fue un hito en mi carrera, una continuación del trabajo de la vicaría, pero en tiempos de democracia, con nuevos temas, pero también sobre los antiguos temas. ¿Qué gracia tiene esa oficina? A ella le entregué 26 años, y casi al final empecé a entender que la oficina era también un centro docente, por donde pasaron jóvenes postulantes que hicieron cosas extraordinarias y se forman los futuros abogados de los derechos humanos. Entonces, eso para mí es primordial, el carácter docente de la oficina, y es algo que jamás nos lo planteamos nosotros en el origen de la misma.

En cuanto a los jóvenes, una de mis preocupaciones es que se sientan partícipes de la construcción de su país, es decir, que sientan que la historia también la pueden construir ellos, que ojalá la historia no nos pase por la espalda sin darnos cuenta de por qué se producen los hechos, que nunca más uno acepte lisa y llanamente que las políticas públicas las ideen y resuelvan una cúpula de sujetos iluminados.

**FJ: ¿Cómo piensa que puede verse afectada la labor de la Oficina ante las actuales dificultades que vive la CAJ?**

**NC:** No las conozco, lo que sí me da la impresión de que algo está pasando al interior de la corporación y me da mucha pena porque ha realizado una obra gigantesca, que ojalá alguna vez las autoridades supieran lo que hemos avanzado en los temas de inmigración, abuso policial, en la defensa de funcionarios públicos, estudiantes, funcionarios de las Fuerzas Armadas cuando han sido dados de baja injustamente, cuando no se les

respetan sus derechos ya sea previsionales o sus derechos como mujer embarazada o en estado de postnatal o prenatal. Es decir, cuando uno entiende lo que ha hecho, me da pena de que hoy tengamos una oficina casi descabezada y porque se está desperdiçando un tremendo potencial humano ilustrado que son los postulantes.

Han llegado los mejores postulantes, gente comprometida, yo los veo hoy, porque son gente con una mentalidad abierta a respetar y servir al prójimo, con una visión de servicio público, esto es lo que más nos destaca, de manera que por eso se ha transformado en un hito para mí, porque fue creciendo esta actividad docente tal que las universidades no desarrollan, ellas no enseñan Derechos Humanos, nosotros desde la práctica aprendemos también la teoría, es decir, el atrevernos a correr los cercos, a hacer cosas, atrevernos a decir que estamos en una tarea de resistencia permanente a los abusos del Estado, es un lujo.

Además, fue la única oficina de la Corporación de Asistencia Judicial que ha sido visitada por dos relatores de las Naciones Unidas vinculados a temas relevantes de los derechos humanos, el terrorismo y la desaparición forzada.

**FJ: A cuarenta años de haberte titulado como abogado, ¿qué mensaje transmitirías a los/as jóvenes abogados/as y a todos/as los que inician sus estudios en derecho y pretendan ser defensores/as de derechos humanos?**

**NC:** Bueno, que no se van a arrepentir nunca de dedicarse a esto. Los Derechos Humanos es la más humana de todas las disciplinas; es verdad que uno pasa sinsabores, convive con situaciones que violentan al más insensible, pero da tremendas gratificaciones porque la gente es agradecida; y vuelvo a lo que dije al comienzo, la sociedad se merece más de nosotros, porque inconscientemente hemos recibido mucho de esa sociedad.

Actuar en derechos humanos es actuar en defensa de los más vulnerables que coinciden con los más pobres, los más jóvenes, el marginal, el inmigrante. Hay derechos que no son ejercidos por todos porque no tienen los canales, los accesos para hacerlo y esos son precisamente los tipos más vulnerables. Por algo la violencia policial, por algo la tortura, por algo la detención por sospecha, y hoy va a ser el control de identidad, afectan a los sectores más pobres, y ahí es donde hace falta que alguien levante la voz por ellos; para que al final de cuentas, la levanten los dos juntos. En ese sentido, es una disciplina súper crecedora, muy formadora, y vale la pena dedicarse a esto. Vale la pena no tanto en lo material, pero tiene una tremenda satisfacción porque tú puedes caminar por la calle con la frente en alto diciendo que has cumplido una tarea que tú mismo elegiste.



# Envío de Artículos





## I. ENVÍO DE ARTÍCULOS

Los artículos deberán ser enviados a la página *web* del Anuario de Derechos Humanos (AnuarioDDHH), <http://www.anuariocdh.uchile.cl>. Cualquier consulta la pueden dirigir al correo electrónico: [anuario-cdh@derecho.uchile.cl](mailto:anuario-cdh@derecho.uchile.cl).

## II. NORMAS PARA AUTORES

### 1. Generalidades

El AnuarioDDHH se compone de seis secciones: Doctrina, Debate, Sección Internacional, Sección Nacional, Temas emergentes y Entrevista. En la sección de Doctrina se incluirán los trabajos estrictamente dogmáticos en los que se hagan aportaciones científicas a un área o tema específico de los derechos humanos, que se definirá para cada convocatoria. Esta sección contiene dos artículos dedicados al análisis de fondo de un determinado problema que se considera de especial relevancia. Las secciones Internacional y Nacional tienen por objetivo brindar información y análisis científico de los desarrollos legales, doctrinales y jurisprudenciales más relevantes en el campo de los derechos humanos ocurridos en el mundo y en Chile durante el año anterior a la publicación del Anuario, concediéndose prioridad a los artículos que versen los temas sugeridos en la convocatoria anual, sin perjuicio de la publicación de trabajos de otras temáticas. La sección Debate tiene por objetivo presentar distintos puntos de vista acerca de un mismo tema de importante relevancia y discusión en la contingencia nacional o internacional, mediante la respuesta a preguntas a diferentes personalidades académicas nacionales y extranjeras. A su vez, en la sección Temas emergentes se da espacio al análisis de temas emergentes o que plantean nuevas miradas jurídicas en el ámbito de los derechos humanos. Por último, la sección Entrevista, como indica su propio nombre, consiste en una conversación de carácter informativo a una persona, nacional o extranjera, que se destaca por su labor, investigación o activismo en el área de los derechos humanos.

Los/las autores/as pueden recurrir al uso de siglas, pero estas deberán ir acompañadas del nombre completo la primera vez que se citen en el texto y entre paréntesis. Ejemplo: Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

Los trabajos deberán presentarse dentro del plazo establecido en la convocatoria anual.

Las comunicaciones entre el editor y los/las autores/as se harán, preferencialmente, por correo electrónico.

### 2. Extensión de los artículos

Los artículos de la sección Doctrina tendrán una extensión mínima de 7.000 palabras y una extensión máxima de 10.000 palabras, incluyendo notas al pie y bibliografía. Para los artículos de las secciones Internacional y Nacional la extensión mínima es de 3.500 palabras y la extensión máxima es de 5.000 palabras, incluyendo notas al pie y bibliografía.

### 3. Formato de los artículos

Los artículos deberán ser presentados en formato .doc. o .docx., en papel tamaño carta, fuente Times New Roman, tamaño 12, interlineado sencillo, texto justificado a izquierda y derecha, con márgenes de 2,5 centímetros arriba y abajo, y de 3 cm a ambos lados.

#### 4. Información del autor/a

El/la autor/a deberá remitir en la primera página, separada del cuerpo del artículo, una breve referencia bibliográfica (máximo 150 palabras) que contenga: (i) nombre completo; (ii) grados académicos, indicando la institución que los otorgó; (iii) principales cargos profesionales, académicos u otros que desempeñe e institución a la que pertenece (universidad, ONG, poder del Estado, etc.), respectiva ciudad y país; (iv) direcciones de correo electrónico y postal y (v) si es el caso, mención a la(s) fuente(s) de financiamiento o auspicio para la realización del artículo.

#### 5. Resumen y palabras clave

Los artículos deberán contener un breve resumen, en español e inglés, entre 150-200 palabras y, junto con ello, 3 a 5 palabras clave o descriptores generales. El título, resumen y palabras clave deberán estar en español e inglés.

#### 6. Referencias bibliográficas

##### a. Generalidades

Las referencias a obras, normas y jurisprudencia deben ir en notas al pie, en formato abreviado (salvo la primera, que va en formato completo), escritas con letra *Times New Roman*, tamaño 10 a espacio sencillo, justificadas a izquierda y derecha y sin sangrías. El número de referencia de la nota al pie será ubicado después del texto citado.

La publicación de artículos en el Anuario DDHH debe cumplir con las normas del sistema de referencias de la 16ª edición del manual de Chicago en su versión de notas a pie de página.

Todos los artículos enviados deben adecuarse a las normas editoriales adoptadas por el Anuario. Por consiguiente, el cumplimiento insatisfactorio por parte de los autores de las mencionadas normas constituye motivo de rechazo de la publicación.

##### b. Lista final de bibliografía y notas al pie

Los artículos deberán contener, al final, un apartado titulado "Bibliografía", donde se incluirán todos los trabajos (libros, artículos de revistas, capítulos de obras colectivas, formatos electrónicos, etc.) efectivamente citados, ordenados alfabéticamente por el primer apellido de su(s) autor(es) (en VERSALITAS), con los datos que se indican a continuación:

##### a) Referencias completas

Se usan en la primera nota referida a cada fuente y en el apartado de bibliografía.

##### 1. Libro

Un autor

##### i) Nota al pie

Ian BROWNIE, *Principles of Public International Law* (New York: Oxford University Press, 2003), 66.

##### ii) Bibliografía

BROWNIE, Ian. *Principles of Public International Law*. New York: Oxford University Press, 2003.

Dos autores

##### i) Nota al pie

Cecilia MEDINA y Claudio NASH, *Sistema interamericano de derechos humanos: Introducción a sus mecanismos de protección* (Santiago de Chile: Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2011), 10.

ii) *Bibliografía*

MEDINA, Cecilia y Claudio NASH. *Sistema interamericano de derechos humanos: Introducción a sus mecanismos de protección*. Santiago de Chile: Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2011.

Para tres o más autores, mencione solo al primero en el texto, seguido de *et al.*

i) *Nota al pie*

Teun VAN DIJK *et al.*, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights* (4th edition. Antwerpen-Oxford: Intersentia, 2006), 117.

ii) *Bibliografía*

VAN DIJK, Teun *et al.* *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*. 4th edition. Antwerpen-Oxford: Intersentia, 2006.

Más de una obra de un mismo autor y año de publicación

i) *Nota al pie*

Upendra BAXI, *Inhuman Wrongs and Human Rights: Unconventional Essays* (New Delhi: Har Anand, 1994).

Upendra BAXI, *Mambrino's Helmet?: Human Rights for a Changing World* (New Delhi: Har Anand, 1994a).

ii) *Bibliografía*

BAXI, Upendra. *Inhuman Wrongs and Human Rights: Unconventional Essays*. New Delhi: Har Anand, 1994.

BAXI, Upendra. *Mambrino's Helmet?: Human Rights for a Changing World*. New Delhi: Har Anand, 1994a.

## 2. Artículo de una obra colectiva

i) *Nota al pie*

Susan FRANCESCET, “¿Promueven las cuotas de género los intereses de las mujeres? El impacto de las cuotas en la representación sustantiva de las mujeres”, en *Mujer y política. El impacto de las cuotas de género en América Latina*, ed. Marcela Ríos Tobar (Santiago: Catalonia, 2008), 61-65.

ii) *Bibliografía*

FRANCESCET, Susan. “¿Promueven las cuotas de género los intereses de las mujeres? El impacto de las cuotas en la representación sustantiva de las mujeres”, 61-96. En: *Mujer y política. El impacto de las cuotas de género en América Latina*, editado por Marcela Ríos Tobar. Santiago: Catalonia, 2008.

## 3. Artículo de una publicación seriada

i) *Nota al pie*

Dinah SHELTON, “Prohibición de Discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. *Anuario de Derechos Humanos*, No. 4 (2008): 17.

ii) *Bibliografía*

SHELTON, Dinah. “Prohibición de Discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. *Anuario de Derechos Humanos*, No. 4 (2008): 15-39.

i) *Nota al pie*

David LUBAN, “A Theory of Crimes against Humanity”. *Yale Journal of International Law*, vol. 29 N° 1 (2004): 88.

ii) *Bibliografía*

LUBAN, David. “A Theory of Crimes against Humanity”. *Yale Journal of International Law*, vol. 29 N° 1 (2004): 85-167.

#### 4. Libro citado desde la web

i) *Nota al pie*

Patricia PALACIOS, *El tratamiento de la violencia de género en la Organización de Naciones Unidas* (Santiago de Chile: Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos). Disponible en: <<http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/1.pdf>> [consulta: 29.06.2016].

ii) *Bibliografía*

PALACIOS, Patricia. *El tratamiento de la violencia de género en la Organización de Naciones Unidas* (Santiago de Chile: Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos). Disponible en: <<http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/1.pdf>> [consulta: 29.06.2016].

#### 5. Artículo citado desde la web

i) *Nota al pie*

Lucy RICHARDSON, “Economic, Social and Cultural Rights (and Beyond) in the UN Human Rights Council”. *Human Rights Law Review*, vol. 15 n° 3 (2015): 409–415, doi:10.1093/hrlr/ngv016 [consulta: 04.07.2015].

ii) *Bibliografía*

Richardson, Lucy. “Economic, Social and Cultural Rights (and Beyond) in the UN Human Rights Council”. *Human Rights Law Review*, vol. 15 n.º 3 (2015): 409–440, doi:10.1093/hrlr/ngv016. [consulta: 04.09.2015].

#### 6. Artículo de periódico citado desde la web

i) *Nota al pie*

Luis Alberto LACALLE HERRERA, “Por qué no”, *La Patria. Semanario Digital*, Uruguay, 23 de marzo de 2012. Disponible en: <<http://patria.com.uy/2012/03/23/por-que-no/>> [consulta: 06.06. 2013].

ii) *Bibliografía*

LACALLE HERRERA, Luis Alberto. “Por qué no”. *La Patria. Semanario Digital*, Uruguay, 23 de marzo de 2012. Disponible en: <<http://patria.com.uy/2012/03/23/por-que-no/>> [consulta: 06.06.2013].

#### 7. Resoluciones judiciales nacionales o internacionales

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE CHILE (TC), rol N° 1881-10-INA. *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por la Corte de Apelaciones de Santiago respecto del artículo 102 del Código Civil, en los autos Rol N° 6787-2010, sobre recurso de protección interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Santiago en contra de Oficial de Registro Civil Adjunto*. Sentencia de 3 de noviembre de 2011.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA (CSJN), D.1682. XL, *Derecho*, René Jesús s/ incidente de prescripción de la acción penal –causa 24.079–, rta. 11 de julio de 2007.

CORTE IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C N° 154.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (ECHR) [Grand Chamber]. *A, B and C v. Ireland*. Judgment of 16 December 2010. Application No. 25579/05.

## 8. Otras resoluciones de organismos internacionales

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Chile. 17 de abril de 2007. CCPR/C/CHL/CO/5.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). Informe sobre la situación de las defensoras y defensores de los derechos humanos en las Américas. 7 de marzo de 2006. OEA/Ser.L/V/II.124, Doc. 5 rev.1.

## 9. Tratados internacionales

OIT. Convenio 189 sobre Trabajo Decente para las Trabajadoras y los Trabajadores Domésticos. Adoptado el 16 de junio de 2011.

ONU. Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Adoptada el 18 de diciembre de 1959.

OEA. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará). Adoptada el 9 de junio de 1994.

## 10. Leyes y otras normas

Ley N° 1.448 de 2011 por la cual se dictan Medidas de Atención, Asistencia y Reparación Integral a las Víctimas del Conflicto Armado Interno y se dictan otras Disposiciones. Congreso de la República de Colombia, 10 de junio de 2011.

Decreto Supremo N° 1.086 sobre Reuniones Públicas. Ministerio del Interior, República de Chile, 16 de septiembre de 1983.

### b) Referencias abreviadas

Se emplean en las notas al pie, cuando ya se ha usado una vez la referencia completa.

#### a. Referencias abreviadas de obras

En las referencias abreviadas de las obras citadas (libros, obras colectivas, capítulos, artículos de publicaciones periódicas, etc.) se deberá señalar el o los apellidos del autor (en VERSALITAS), el año, y el número o números de la(s) página(s) de la cita.

Un autor

BROWNIE 2003, 23.

Dos autores

MEDINA y NASH 2011, 10.

Tres o más autores

VAN DIJK *et al.* 2006, 237-271.

Más de una obra de un mismo autor y año de publicación

BAXI 1994, 34.

BAXI 1994a, 110.

*b. Referencias abreviadas de resoluciones judiciales*

En las referencias abreviadas a resoluciones judiciales deberá indicarse el nombre del tribunal, nombre de las partes (en cursiva), y el párrafo(s) citado(s). Para las sentencias nacionales, nombre del tribunal, número de rol y considerando(s) citado(s).

Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, párr. 122.

ECHR. *A, B and C v. Ireland*, par. 214.

TC. Rol N° 1881-10-INA, considerando 8°.

*c. Referencias abreviadas de normas jurídicas*

En las referencias abreviadas de las normas jurídicas citadas deberá indicarse el número de la ley, el año (entre paréntesis) y número del artículo(s) citado(s).

Ley N° 1.448 (2011), art. 7.



Este Anuario de Derechos Humanos se terminó de  
imprimir en agosto de 2016,  
en Santiago de Chile, en Andros Impresores.  
El tiraje fue de 500 ejemplares.





