

Sumario

- 2 *Nota Introductoria al Tercer Congreso de la AEEIDHPB: "Institucionalidad y protección de los Derechos Humanos en un nuevo pacto social", III Congreso de la Asociación de Estudiantes y Egresadas/os del Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba*, por Boris Hau, Jaime Rojas, Fernanda Valencia y Patricia Albornoz.
- 4 *La preexistencia de las identidades históricas (indígenas, pueblos indígenas). Un derecho inconcluso de los Estados en América del Sur*, por Yaneth Katia Apaza Huanca.
- 24 *El equilibrio entre el derecho a la salud y otros derechos económicos, sociales y culturales en tiempos de pandemia*, por Julia E. García Álvarez
- 33 *El género como determinante social de la salud y su impacto en el desarrollo sostenible*, por Camila Mies Vargas.
- 48 *Incorporación del concepto "interseccionalidad" en la deliberación de normas constitucionales en Chile*, por Viviana Villalobos Fuentes.
- 69 *Modelo de laicidad en Chile y Perú y reforma constitucional. La neutralidad estatal como garantía de igualdad*, por María Esperanza Adrianzén Olivos.
- 88 *La obligación de adoptar medidas legislativas en el marco del proceso de formación de la ley y el control de convencionalidad*, por Jaime Rojas Castillo.
- Comunicaciones de otros Congresos-**
- 120 *La revolución de los paraguas negros y los relámpagos rojos en Polonia (2016-2021). Una fuerte reacción social ante una crisis de los derechos reproductivos en un Estado democrático*, por Alicja Serafin

UNIVERSITAS

Dirección

Rafael de Asís
María Laura Serra

Subdirección

Ángel Llamas
Laura Cecilia Razo Godínez

Secretaría

Mónica Bolaños Moreno

Consejo Editorial

Francisco Javier Ansuátegui Roig | Rafael de Asís | María del Carmen Barranco | Reynaldo Bustamante | Eusebio Fernández | Cristina García Pascual | Ricardo García Manrique | José García Añón | Roberto M. Jiménez Cano | Ana Garriga | Marina Lalatta | Francisco Javier de Lucas | José Antonio López García | Ángel Pelayo | María Dolores Pérez Jaraba | Andrea Porciello | Miguel Ángel Ramiro | Alberto del Real | Adrián Rentería | José Manuel Rodríguez Uribe | Mario Ruiz | Olga Sánchez | María Ángeles Solanes | José Ignacio Solar Cayón | Javier Medina | Ramón Ruiz Ruiz

Redactores

Agostina Carla Hernández Bologna, Constanza Núñez Donald, Francisco M. Mora-Sifuentes, Lina Victoria Parra Cortés, José de Jesús Chávez Cervantes

Edita

Instituto de Derechos Humanos
"Gregorio Peces-Barba" y la Asociación de Estudiantes y Egresadas/os del Instituto de Derechos Humanos "Gregorio Peces-Barba"

Participan en este número

Boris Hau, Abogado, Máster en Estudios Avanzados en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid. Profesor del curso Derechos Humanos de la Universidad Alberto Hurtado. (Chile)

Jaime Rojas Castillo, Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de Valparaíso. Abogado. Máster en Estudios Avanzados en Derechos Humanos, Universidad Carlos III de Madrid. Doctorando del Programa en Estudios Avanzados en Derechos Humanos, Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba, Universidad Carlos III de Madrid. Integrante del Observatorio del Proceso Constituyente Chileno, Universidad de Valparaíso. Investigador en el Área de Análisis Legal, Asesoría Técnica Parlamentaria (ATP), Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (BCN). (Chile)

Fernanda Valencia Rincón, Abogada por la Universidad Adolfo Ibáñez, Chile. Máster en Derechos Fundamentales por la Universidad Carlos III de Madrid. Diplomado en Derecho Administrativo PUCV. Directora Fundación Interespecie (FJI). Asesora Legislativa Senado de Chile. (Chile)

Patricia Albornoz Guzmán, Abogada. Doctora en Estudios Avanzados en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid. Asesora Derechos de Pueblos Indígenas. (Chile)

Yanet Katia Apaza Huanca, Doctora y Máster en Estudios Avanzados en Derechos Humanos, abogada e investigadora independiente. (Bolivia)

Julia E. García Álvarez, Doctoranda en Estudios Avanzados en Derechos Humanos en la Universidad Carlos III de Madrid. (España)

Camila Mies Vargas, Licenciada en Ciencias Jurídicas. Abogada. Máster en Estudios Avanzados en Derechos Humanos, Universidad Carlos III de Madrid. Doctoranda del Programa en Estudios Avanzados en Derechos Humanos, Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba, Universidad Carlos III de Madrid. (Chile)

Viviana Villalobos Fuentes, Abogada. Estudiante del Máster en Estudios Avanzados en Derechos Humanos, Universidad Carlos III de Madrid. Abogada asistente de la Secretaría Legislativa de la Convención Constitucional de Chile. (Chile)

María Esperanza Adrianzén Olivos, Abogada. Máster en Estudios Avanzados en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid. Directora de Asuntos Interconfesionales del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Perú. (Perú)

Alicja Serafin, Doctoranda en Derecho por la Universidad de Varsovia, gestora de proyectos en Women's Rights Centre Poland. (Polonia)

Dirección de envío de los trabajos para su evaluación: universitas.revista@gmail.com

**NOTA INTRODUCTORIA AL TERCER CONGRESO DE LA AEEIDHPB
"Institucionalidad y protección de los Derechos Humanos en un
nuevo pacto social", III Congreso de la Asociación de
Estudiantes y Egresadas/os del Instituto de Derechos Humanos
Gregorio Peces-Barba**

Los días 20, 21 y 22 de abril de 2022, se realizó el III Congreso Internacional de la Asociación de Estudiantes, Egresadas/os del Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba (AEEIDHPB) bajo el tema de la "*Institucionalidad y protección de los Derechos Humanos en un nuevo pacto social*", espacio de reflexión que estuvo organizado por la delegación de Chile, realizado en formato online y transmitido en directo con el apoyo y patrocinio de la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado y el Núcleo Constitucional de esa escuela, que promovió un debate como propuestas en el proceso constitucional.

Esta versión del Congreso, buscó contextualizar desde Chile y en un proceso que actualmente se mantiene en desarrollo, la reflexión sobre los derechos humanos en nuestras sociedades, los mecanismos de protección existentes y rol de la institucionalidad respecto de su promoción y garantía. Esto, en el marco del proceso de nuevo constitucionalismo que se desarrolla en América Latina desde fines de los '80 con la Constitución de Brasil, en el cual, distintas sociedades han promovido cambios en sus pactos sociales y considerado el reconocimiento de nuevos sujetos, derechos humanos y formas de protección.

Pero este es un proceso dinámico, en continuo desarrollo, con distintas experiencias en el continente, y los cambios que conllevan y que se pueden estar debatiendo en un país determinado, como en el caso de Chile, actualizan la discusión en las diversas sociedades sobre los derechos humanos y su protección. Así, en este III Congreso se plantearon trece ponencias de abogadas, abogados de España, Ecuador, Argentina, Italia, Bolivia, Perú y Chile, cuyos temas de discusión tuvieron como ejes los referidos a la participación de movimientos sociales en procesos constituyentes; el reconocimiento de nuevos enfoques y derechos fundamentales en el nuevo pacto social; y las garantías institucionales para el desarrollo de este pacto.

De hecho, algunos de los temas planteados en concreto en el III Congreso y que son parte además de esta edición, visibilizan temáticas relevantes en estas discusiones como son la preexistencia de las identidades históricas o pueblos indígenas, principios como la laicidad o de interseccionalidad en la Constitución, derechos como la salud en relación con el género y con otros derechos económicos, sociales y culturales en pandemia y como mecanismo de protección de estos derechos la obligación de adoptar medidas legislativas.

Además, estas reflexiones estuvieron acompañadas de clases magistrales, que desde la Universidad Carlos III y desde la Convención Constitucional en Chile aportaron a conocer el proceso actual en el país y sus desafíos tanto para Chile como para Latinoamérica, la presidenta de la Convención Elisa Loncón (primer periodo) y el vicepresidente Gaspar Domínguez (segundo periodo). Por su parte, el Dr. Francisco Javier Ansuátegui, planteó la relevancia de la esfera pública de las democracias en las Constituciones y la académica de la Universidad Austral y doctora de la Universidad Carlos III Yanira Zúñiga trató el tema de la paridad en la nueva Constitución de Chile.

De esta forma, con una reflexión amplia se planteó desde Chile un proceso constituyente que se mantiene en curso y que busca construir un proyecto social considerando su historia, memoria, contexto presente y desafíos futuros. Esa es la discusión a que las y los seguimos invitando a participar y aportar, en los distintos espacios en que cada uno de nosotras y nosotros nos desenvolvemos. Como dijo Gabriela Mistral, "*La humanidad es todavía algo que hay que humanizar*", recordemos el desafío y la permanente defensa de los derechos humanos para la construcción de una sociedad más justa. Una tarea en la que las y los ex alumnas y exalumnos del Instituto Gregorio Peces-Barba están comprometidos con sus investigaciones como labores de juristas.

Agradecemos la confianza de la Asociación para que pudiéramos coordinar este encuentro y agradecemos las reflexiones que plantearon las y los distintos miembros que participaron, y que siguieron la discusión.

Equipo de coordinación III Congreso AEEIDHPB
Boris Hau, Jaime Rojas, Fernanda Valencia y Patricia Albornoz

LA PREEXISTENCIA DE LAS IDENTIDADES HISTÓRICAS (INDÍGENAS, PUEBLOS INDÍGENAS). UN DERECHO INCONCLUSO DE LOS ESTADOS EN AMÉRICA DEL SUR

THE PRE-EXISTENCE OF HISTORICAL IDENTITIES (INDIGENOUS PEOPLE,
INDIGENOUS PEOPLES). AN UNFINISHED RIGHT ON THE PART OF STATES
IN SOUTH AMERICA

Yaneth Katia Apaza Huanca*

RESUMEN: El objetivo del artículo es plantear un concepto de preexistencia y los elementos que lo componen para las identidades históricas de América del Sur, denominadas: indígenas, pueblos indígenas. Por dos razones: a) porque han sido cercenadas por divisiones internas de los Estados y las fronteras territoriales de dos o más países, b) porque la normativa constitucional e internacional no reconoce este derecho apropiadamente. El método utilizado fueron trabajos previos de la autora sobre los *aymaras*, *quechuas*, *kichwas* (2012-2016) y *ayoreos* (2020-2021). Finalmente se presentan soluciones para este reconocimiento: la emancipación de estas identidades y la constitucionalización de los derechos históricos.

ABSTRACT: *The objective of the article is to propose a concept of pre-existence and the elements that compose it for the historical identities of South America, called: indigenous, indigenous peoples. For two reasons: a) because they have been curtailed by internal divisions of the States and the territorial borders of two or more countries, b) because the constitutional and international regulations do not recognize this right appropriately. The method used were previous works of the author on the Aymara, Quechua, Kichwa (2012-2016) and Ayoreo (2020-2021). Finally, solutions for this recognition are presented: the emancipation of these identities and the constitutionalization of Historical Rights.*

PALABRAS CLAVES: preexistencia, identidad histórica, indígenas y/o pueblos indígenas, emancipación, derechos históricos.

KEYWORDS: *preexistence, historical identity, indigenous and/or indigenous peoples, emancipation, historical rights.*

Fecha de recepción: 09/10/22

Fecha de aceptación: 09/10/22

doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2023.7410>

* Doctora y Máster en Estudios Avanzados en Derechos Humanos, abogada e investigadora independiente. E-mail: vivanka333@gmail.com

1.- INTRODUCCIÓN

Severino Apaza Chalco un *aymara* del *ayllu* (comunidad) Chiquipata, con lágrimas en los ojos, cuenta que cuando él nació, su padre grito ¡Viva Bolivia!¹ Levantando la bandera tricolor, desde ese momento sus padres y su familia sabían que pertenecían a Bolivia, sin embargo, otra parte de su familia quedo en el otro lado, en Tinicachi, ahora Perú, entre ellos Justino, Máximo, Tiburcio Chalco sus primos. Mientras fueron niños seguían encontrándose, pasando los pasos fronterizos; sin embargo, con el paso de los años dejaron de tener contacto porque Severino Apaza migro a la ciudad de La Paz y sus primos se fueron a trabajar a Lima. Nunca más se volvieron a ver, y los *ayllus* quedaron abandonados y olvidados².

Este es un relato que me conto mi madre, y es también la historia de mi familia y de mi *ayllu* Comunidad Chiquipata³, la célula más pequeña de una organización milenaria⁴, que ha sido dividida y fragmentada por las fronteras territoriales de Bolivia y Perú, por lo que su organización está muriendo y su población está perdiendo su identidad *aymara*.

Sin embargo, esta historia de vida no es ajena a otras poblaciones porque se repite en 665 identidades históricas en América del Sur⁵ denominadas por otros como indígenas, pueblos indígenas. Para quienes el nacimiento de los Estados significo la muerte paulatina de su organización e identidad porque a través de su división política y geográfica interna formaron: departamentos, provincias, distritos, municipios, quedando totalmente cercenados. Otras quedaron

¹ Los tratados y protocolos de los límites territoriales entre Perú y Bolivia datan de 1925, 1929, 1930, 1932, 1938, 1939, 1941. Julio Torres, "Tratados y protocolos de límites territoriales entre el Perú y Bolivia", *Yunguyo Mío*, 12 de diciembre de 2014, <https://yunguyomio.com/index.php/historia/20-historia-de-yunguyo/344-tratados-y-protocolos-de-limites-territoriales-entre-el-peru-y-bolivia>.

² El original de este relato está en el idioma *aymara*. Universidad Alberto Hurtado, "Seminario-Día 2 Institucionalidad y protección de los Derechos Humanos en el nuevo pacto social", video de Youtube, 2:00:12, publicado el 21 de abril de 2022, https://www.youtube.com/watch?v=MJdEgZzm_PE&t=1s.

³ El *ayllu* originario Chiquipata se encuentra a las orillas del lago Titicaca y actualmente pertenece a la tercera sección del Municipio Tito Yupanqui de la provincia Manco Kapac en el departamento de La Paz (Bolivia), nos encontramos en plena reconstrucción de nuestra identidad *aymara* y de su organización milenaria, puesto que hace años atrás tenía el nombre de Sindicato Agrario Chiquipata, a partir del cual se nos reconocía como campesinos.

⁴ Su organización milenaria es la siguiente: *ayllu* (comunidad), *markas* (conjunto de *ayllus*), *layas o wamanis* (conjunto de *markas*, *señoríos*) y que apuntalaría a la reconstitución del *suyu Kollasuyu* el que se extiende en el occidente boliviano, alcanzando el norte argentino, sur de Chile y norte de Perú, el *Kollasuyu* fue una parte del *Tawantinsuyu*.

⁵ Datos obtenidos por país en América del Sur a través de la información del Grupo de Trabajo Internacional para Asuntos Indígenas, *Iwgia*, 17 de abril de 2022, <https://iwgia.org/en/>.

divididas entre las fronteras de dos o más países, así que la investigación que presento se basa en estas últimas, en 24 identidades históricas cuya población, territorio y organización está dividida entre dos o más países, constituyéndose en la actualidad en un problema, ya que a partir de esa fragmentación se causa la muerte paulatina de estas identidades milenarias.

Por eso es necesario estudiar la preexistencia o su existencia previa a la conformación de los Estados de estas identidades históricas, porque una regulación jurídica en ese sentido daría lugar a un mejor reconocimiento de su identidad milenaria y frenaría su muerte paulatina; sin embargo, en la actualidad éste es un derecho irrelevante para los Estados, pero que es relevante para estas identidades históricas porque está en juego su existencia.

Y de eso trata esta investigación, de analizar en que consiste la preexistencia, construir un concepto y los elementos que lo componen. Así que en ese afán se revisó el reconocimiento constitucional que existe respecto a este tema en doce países de América del Sur, también se analizó la normativa internacional como el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.) de 1989, y la Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas del año 2007 (D.N.U.D.P.I.).

Luego se desarrolló una metodología a partir de casos de estudio de cuatro identidades: *aymaras*, *quechuas*, *kichwas* y *ayoreos* que permitió encontrar indicadores para los elementos de la preexistencia e identificar a poblaciones fragmentadas entre dos o más países. Y será después de esta metodología, que se plantearon dos preguntas: ¿Cómo debería ser entendida la preexistencia de estas identidades históricas? ¿cuáles son sus elementos? Lo que permitió desarrollar un concepto personal de preexistencia y los elementos que lo componen.

Así que una vez construido el concepto y analizado cada uno de los elementos, se presenta la propuesta de solución a este problema de fragmentación de identidad, la cual radica en dos vertientes: la emancipación de estas identidades históricas y constitucionalización de los Derechos Históricos, posteriormente emplazo a la discusión de lo desarrollado, y finalizo con una conclusión: Que la preexistencia es un derecho inconcluso y un deber moral de los Estados en América del Sur, en el cual reflexiono también las posibles causas de su desconocimiento.

La presente comunicación es resultado de la ponencia presentada en el III Congreso de Estudiantes y Egresadas/os del Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba de la Universidad Carlos III de Madrid y la Universidad Alberto Hurtado de Santiago de Chile, a quienes brindo mi agradecimiento, en especial, a la Delegación de Chile: a Patricia Albornoz, Boris Hau y a la Comisión Revisora.

2.- LA NORMATIVA CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL RESPECTO A LA "PREEXISTENCIA" DE LAS IDENTIDADES HISTÓRICAS EN AMÉRICA DEL SUR

La preexistencia o existencia previa a algo⁶, relacionada a las identidades históricas, no es un derecho explícito en las Constituciones de América del Sur, al contrario, es restringido, ambiguo y cuida el paradigma de Estado por eso solo tres países lo mencionan: Argentina, Bolivia y Paraguay; Bolivia a partir del año 2009, en el art. 2 de la Constitución Política del Estado (C.P.E.) Bases fundamentales del Estado, el cual expresa: "Dada la existencia precolonial de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios, se garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del Estado..."⁷, así se reconoce su existencia precolonial (preexistencia), también el dominio ancestral sobre sus territorios, pero no otorga más derechos "dentro la unidad del Estado" que la libre determinación, y es este principio de unidad a partir de una libre determinación restringida, el que contrarresta la preexistencia.

Por otra parte, el art. 30. I de la misma Constitución en Derechos Fundamentales y Garantías, señala: "Es nación y pueblo indígena originario campesino toda la colectividad humana que comparta identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión, cuya existencia es anterior a la invasión colonial española", como menciona este artículo, se les otorga una identidad precolonial "anónima" a todos quienes se les reconozcan como nación y pueblo indígena originario campesino, y que cumplan ciertas características.

Finalmente, el art. 270 de la C.P.E. que regula la Estructura y Organización Funcional del Estado, indica: "Los principios que rigen la organización territorial y las entidades territoriales descentralizadas y autónomas son: la unidad, voluntariedad, solidaridad...y preexistencia de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, en los

⁶ Preexistencia es un término utilizado en teología y en filosofía. En teología este tendría una connotación de algo previo a la dimensión de lo real, a la verdadera existencia. Patricia Ciner, "Una relectura del De Principiis a la luz del Comentario al Evangelio de Juan. La cuestión de la preexistencia", *Teología y Vida* 2 (2014): 263, 275, doi: <https://doi.org/10.4067/S0049-34492014000200003>. En filosofía griega está relacionada a la búsqueda del principio del cosmos tan discutida por los presocráticos, posteriormente, Platón discurrirá la idea de que el mundo que conocemos tiene su principio y su fundamento en el mundo inteligible, Así lo afirma, Julieta Maiarú, "Identidad política en el pensamiento de Ernesto Laclau" (Tesis de licenciatura en filosofía, Universidad Nacional de la Plata, 2019)¹¹, <https://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/tesis/te.1854/te.1854.pdf>.

⁷ El texto original combina lo plural y singular en este artículo en cuanto adjetivos para describir la identidad de los pueblos indígenas. Constitución Política del Estado (Gaceta Oficial de Bolivia, 07 de febrero de 2009).

términos establecidos en esta Constitución..."⁸, lo que da a entender que se considera uno de los principios para la organización territorial la "preexistencia de las naciones", sin embargo, contradictoriamente, aunque se reconoce como un principio para el posterior otorgamiento de autonomías, desde el año 2009 hasta el momento en Bolivia solo existen cuatro Autonomías Indígenas Originarias Campesinas (A.I.O.C.) porque sus trámites son excesivamente burocráticos⁹.

El segundo Estado que menciona la preexistencia en su Constitución (C.N.A) es Argentina (1994), quien es más precisa con respecto a la misma, pero pone ciertas prerrogativas legislativas, veamos, el art. 75 inc. 17: "Corresponde al Congreso: Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas..."¹⁰, la primera prerrogativa dada en pregunta es ¿la preexistencia necesitaría ser reconocida? No, porque la misma tiene un componente de existencia previa al Estado, la segunda observación es que la preexistencia condiciona su reconocimiento solamente a dos componentes: a lo étnico y cultural, y no se menciona lo geográfico-territorial.

El tercer Estado que menciona la preexistencia en su Constitución (C.R.P.) es Paraguay, a través de su Constitución del año 1992, el cual reconoce este principio en el art. 62, el cual dice: "Esta Constitución reconoce la existencia de los pueblos indígenas, definidos como grupos de cultura anteriores a la formación y organización del Estado paraguayo"¹¹, este artículo realiza un reconocimiento a los pueblos indígenas y los define como grupos anteriores a la formación del Estado paraguayo, lo que es un reconocimiento ambiguo de su preexistencia, sin embargo, da ciertas características como grupos de cultura, anteriores al Estado paraguayo.

Con respecto al análisis de la normativa internacional, se observó que no hay un reconocimiento concreto de preexistencia de las identidades históricas (indígenas, pueblos indígenas) como concepto, lo que no significa que no existe, porque la preexistencia está relacionada con el elemento "pueblo", el cual si está reconocido en el derecho internacional público, pero está limitado en su reconocimiento como tal a los "pueblos indígenas", puesto que el derecho internacional

⁸ La transcripción del artículo es textual conforme lo señala la Constitución Política del Estado de Bolivia (Gaceta Oficial de Bolivia, 07 de febrero de 2009).

⁹ Porque atraviesan por los cuatro poderes del Estado, estas son: Charagua Iyambae (Santa Cruz), Raqaypampa (Cochabamba), Uruchipaya y Salinas de Garci Mendoza (Oruro). Pura Suárez y Wilfredo Aruchari, "Salinas de Garci Mendoza, se constituye en la cuarta Autonomía Indígena del Estado Plurinacional de Bolivia", *El Instituto para el Desarrollo Rural de Sudamérica (IPDRS)*, 5 de enero de 2021, <https://ipdrs.org/index.php/noticias/que-pasa/6368-salinas-de-garci-mendoza-se-constituye-en-la-cuarta-autonomia-indigena-del-estado-plurinacional-de-bolivia>.

¹⁰ Constitución de la Nación Argentina (Biblioteca del Congreso de la Nación, 2010).

¹¹ Constitución de la República del Paraguay (Digesto Legislativo, 1992).

no les da esa categoría de “pueblos” como lo aclara el art. 1 inc. 3 del Convenio N° 169 de la O.I. T. que dice: “La utilización del término pueblos en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional”¹², esta aclaración es muy importante porque si se les reconociera esta categoría de “pueblos”, haría posible su independencia de los Estados porque afectaría la integridad territorial de los mismos. Así, esa limitación va contra la preexistencia de los “pueblos indígenas” porque una de las características de estas poblaciones, es que estos se expanden más allá de las fronteras territoriales de los Estados.

Por otra parte, en el mismo Convenio en el art. 32 expresa: “Los gobiernos deberán tomar medidas apropiadas, incluso por medio de acuerdos internacionales, para facilitar los contactos y la cooperación entre pueblos indígenas y tribales a través de las fronteras, incluidas las actividades en las esferas económica, social, cultural y espiritual del medio ambiente”¹³, lo que hace este artículo es reconocer la división territorial por medio de fronteras de los “pueblos indígenas y tribales”, y ahonda en la necesidad de la cooperación, sin embargo, los “pueblos indígenas” que han sido divididos entre dos o más Estados, más que cooperación, necesitan la unidad de su identidad histórica y cultural para su pervivencia.

Posteriormente en la revisión de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007), incluye una norma similar, el art. 36 inciso 1 señala: “Los pueblos indígenas, en particular los que están divididos por fronteras internacionales, tienen derecho a mantener y desarrollar los contactos, las relaciones y la cooperación, incluidas las actividades de carácter espiritual, cultural, político, económico y social, con sus propios miembros, así como con otros pueblos a través de las fronteras...”¹⁴, esta norma reconoce irremediabilmente las divisiones territoriales por medio de fronteras internacionales hacia estas identidades históricas, lo que da lugar a la denominación como “pueblos indígenas transfronterizos”¹⁵, el cual parte de la idea prevalente del paradigma de Estado.

Ha sido importante revisar la legislación constitucional de estos tres países: Argentina, Bolivia y Paraguay con respecto a lo que prescriben en razón a la preexistencia porque su normativa es aparente e incompleta, en defensa del paradigma de Estado, pero en otros países ni siquiera es tema de discusión o investigación, y esta

¹² Convenio Núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales (Organización Internacional del Trabajo, 2014).

¹³ Convenio Núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales.

¹⁴ Declaración de las Naciones Unidas de los Pueblos Indígenas (Organización Internacional del Trabajo, 2014).

¹⁵ Como Territorio Indígena y Gobernanza.

perspectiva injusta se consolidó por medio del Convenio N° 169 de la O.I.T., y la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas, porque preexistencia de las identidades históricas va más allá de la autodeterminación (autonomía y autogobierno) dentro de un Estado, puesto que preexistencia es una noción previa a la formación de los Estados y un concepto mucho más amplio.

Lo que se verá a continuación es como este análisis ha ayudado en la elaboración de un concepto de preexistencia y los elementos que lo componen.

3.- METODOLOGÍA PARA DESARROLLAR UN CONCEPTO DE PREEXISTENCIA Y SUS ELEMENTOS

El objetivo que desprende este título, es desarrollar un concepto de preexistencia y los elementos que lo componen, para ello se utilizó una metodología que fue la siguiente:, dado que el concepto de preexistencia tiene relación con “pueblos indígenas”, se investigó a poblaciones que tienen esta característica y reconocimiento en los Estados en América del Sur, de ese estudio previo, se encontró a 665 poblaciones con esas características, los datos exactos por país son: Argentina 35 (2021), Bolivia 36 (2021), Brasil (305), Guyana 9 (2021), Paraguay 19 (2021), Perú 55 (2021), Surinam 16 (2021), Chile 10 (2019), Colombia 115 (2018), Ecuador 14 (2020), en Uruguay no existen o no hay datos, Venezuela 51 (2011)¹⁶.

De estas 665 poblaciones, se eligió a aquellos que cumplieron con las siguientes condiciones, para tener una muestra más específica:

- a) Se reconocen con un nombre propio por medio de su lengua (autodenominación).
- b) Poseen un territorio ancestral que atraviesa las fronteras de dos o más países en la actualidad.
- c) Tienen población en demografía que guarda su historia ancestral, cultura, forma de organización heredada y que no necesariamente conserve su lengua.

Otro indicador importante que se utilizó para dar con estas poblaciones es que son denominados como “pueblos indígenas transfronterizos” o “pueblos indígenas binacionales”, así se localizó a 24 poblaciones que cumplen con los incisos: a), b) y c) (ver Cuadro N°1), a las cuales se denominó como “identidades históricas” porque son términos más generales que engloban la preexistencia y se objeta los términos: indígenas, pueblos indígenas porque son posteriores a la Conquista y a la creación de los Estados, además que no permite visibilizarlos.

¹⁶ Los datos fueron obtenidos por país a través del Grupo de Trabajo Internacional para Asuntos Indígenas, *Iwgia*, 17 de abril de 2022, <https://iwgja.org/en/>.

¿Cómo se llegó a identificar los elementos que podrían conformar el concepto de preexistencia de estas identidades históricas? mediante estudios de casos previos a esta investigación realizados por la misma autora, en los que estudio a los *aymaras*, *quechuas* de Bolivia, *Kichwas* del Ecuador (2012-2016)¹⁷ y *ayoreos* bolivianos (2020-2021)¹⁸, desde los cuales se repetían los indicadores anteriores como: la división geográfica de su territorio ancestral a partir del siglo XIX, y con este la fragmentación de su población, además de su autodenominación por medio de su lengua.

Una vez realizado todo ese análisis se plantearon las siguientes preguntas: ¿Cómo debería ser entendida la preexistencia de estas identidades históricas? ¿cuáles son sus elementos? Estas preguntas son las que se van a responder en los siguientes títulos y subtítulos.

Cuadro 1. Identidades históricas que atraviesan las fronteras de dos o más países en América del Sur

Identidades históricas	Países que abarca su territorio ancestral
1.- <i>Achuar</i>	Ecuador y Perú
2.- <i>A'í Kofán</i>	Colombia, Ecuador
3.- <i>Awa</i>	Colombia, Ecuador
4.- <i>Aymaras</i>	Argentina, Bolivia, Chile y Perú
5.- <i>Ayoreos</i>	Bolivia y Paraguay
6.- <i>Chachis</i>	Colombia y Ecuador
7.- <i>Embera Chamí</i>	Colombia, Ecuador y Panamá
8.- <i>Eperara Siapidaara</i>	Colombia, Ecuador y Panamá
9.- <i>Kofán, Cofán o Kofane</i>	Colombia y Ecuador
10.- <i>Guaranies</i>	Argentina, Bolivia, Brasil, Paraguay y Uruguay
11.- <i>Hiví</i>	Colombia y Venezuela
12.- <i>Mapuches</i>	Chile y Argentina
13.- <i>Motilon Bari</i>	Colombia y Venezuela
14.- <i>Pastos</i>	Colombia y Ecuador
15.- <i>Sieko Pai o Secoya, Aido pai</i>	Ecuador y Perú
16.- <i>Siona</i>	Colombia y Ecuador
17.- <i>Shuar</i>	Ecuador y Perú
18.- <i>Quechuas o kichwas</i>	Argentina, Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú
19.- <i>Tikuna</i>	Perú, Brasil y Colombia
20.- <i>Uitoto, witoto, güitoto o Murui- muinane</i>	Colombia y Perú
21.- <i>Pemón</i>	Brasil, Guyana y Venezuela
22.- <i>Wayú</i>	Colombia y Venezuela
23.- <i>Waraos</i>	Venezuela, Guyana y Surinam
24.- <i>Yukpa</i>	Colombia y Venezuela

Fuente: Fundación Raíz, "Secoya". Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador, "Siona y Shuar". Perú Base de Datos de Pueblos Indígenas u Originarios, "Ticuna y Murai-Muinani". Organización Nacional Indígena de Colombia, "Kofán y Yukpa". Petróleos de Venezuela S.A., Boletín ecológico. Andrés Romero López y et al, "Pueblo Indígena Wayuú" (2019). Marcos Mondardo (2020).

Elaboración: propia

¹⁷ Yaneth Katia Apaza Huanca, "Hacia la emancipación de los *aymaras*, *quechuas* y *kichwas* desde su paradigma identitario: *Suma Qamaña, Sumak Kawsay*" (Tesis doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, 2016).

¹⁸ Yaneth Katia Apaza Huanca, "Avances y retrocesos en el reconocimiento del territorio de los Ayoreos bolivianos", *Universitas Revista de Filosofía, Derecho y Política* 35(2021): 89-107, doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2021.6192>.

4.- CONCEPTO Y ELEMENTOS DE LA PREEXISTENCIA DE LAS IDENTIDADES HISTÓRICAS

Estas 24 identidades históricas y en específico, los *aymaras*, *quechuas*, *kichwas* y *ayoreos* tienen existencia previa a la conquista y a la formación de los Estados, existen en la actualidad atravesando el tiempo y el espacio físico. Así que la preexistencia de estas identidades históricas debe ser entendida como: la presencia anterior a la Conquista, Colonización y a la formación de los Estados nacionales en América del Sur, siendo éste un “principio de vida”, porque es el soporte de su existencia, el cual contiene tres elementos preexistentes: a) el nombre de identificación propio a partir de su lengua (autodenominación), b) poseen un territorio ancestral anterior a la Conquista, Colonia y a la formación de los Estados nacionales, y c) tienen una dimensión existencial anterior a los procesos históricos descritos y que continúa en la actualidad, expresada en población, historia, cultura y lengua, aunque este último es prescindible.

Por lo que la preexistencia es un principio de vida que se extiende a todas las poblaciones que cumplen estas características, ya sea que se encuentren al interior de los Estados fragmentados por las divisiones políticas-administrativas de los mismos, o hayan sido divididos por las fronteras territoriales de dos o más países. Lo que se verá a continuación, es una argumentación de estos tres elementos de la preexistencia.

4.1.- La autodenominación en su propia lengua

El primer elemento preexistente de estas identidades históricas es la forma de autoidentificarse a sí mismos a través de su autodenominación en su propia lengua, porque a través de este se guarda su historia de siglos, el funcionamiento de su sistema social, político, económico, geográfico milenario, y se desarrolla su conciencia colectiva para expresar su existencia en el presente. Además, las denominaciones externas y ajenas a estas poblaciones, desde la comprensión del otro es la muestra de un poder que utiliza el lenguaje del vencedor sea este conquistador, colonizador, Estado (pluricultural, multicultural, plurinacional) o sociedad dominante.

Pues las denominaciones nacidas en el proceso histórico de la conquista hasta la actualidad, tales como: indios, pueblos indios, indígenas, campesinos, comunidades indígenas, originarios, nativos, etnias, naciones y nacionalidades, corresponden a una historia violenta construida a partir del “otro” y que se convierte en un paradigma deconstructivo de su identidad milenaria que afecta y desconoce su preexistencia y existencia actual, porque les convierten en colectivos

anónimos e invisibles en la sociedad, a partir del cual se construyeron políticas que permitieron su dominación, eliminación y asimilación.

Así explicando, el contexto de cada una de estas denominaciones, por ejemplo, en la conquista, la denominación "indio", aunque fue casual al inicio, pronto su utilización fue un signo colonial y poscolonial bajo la transversal de "raza" que los estigmatizó y convirtió en personas de menor jerarquía para someterlos a otros, al ser una construcción histórica asociada a "ser bestia"; en la colonia estuvo relacionado, a la minoridad de edad e incapacidad. En la creación de los Estados republicanos, ellos nunca fueron "ciudadanos", puesto que este estatus pertenecía a hombres blancos, que sabían leer, escribir y tenían un patrimonio.

En el Estado nacional con las políticas indigenistas, la identificación como "indígena, pueblos indígenas" fue considerado un "problema humano" y en las políticas contemporáneas de la pluriculturalidad, multiculturalidad y plurinacionalidad, subieron un escalón porque fueron reconocidos como etnias, naciones y nacionalidades, algo completamente distorsionado y que no encuadra en su verdadera identidad histórica porque contiene largos procesos ahistóricos de quienes son ellos¹⁹ y que en las últimas décadas ha sido aceptado por ellos mismos, lo que significa una admisión de una identidad ajena.

4.2.- El territorio ancestral, un elemento fundamental para su existencia que reconoce su preexistencia

El segundo elemento, es el territorio ancestral anterior a la conquista y la formación de los Estados actuales, el cual no siempre existió de la forma en la que se entiende en la actualidad, pero ¿qué es el territorio ancestral de estas identidades históricas? La noción de territorio para estas identidades históricas nace de dos formas²⁰; la primera, de las relaciones conflictivas por la apropiación de sus tierras, porque eran continuamente avasallados por los conquistadores y colonizadores, por eso pueden encontrarse los resguardos "indígenas" en el Reino de Nueva Granada (1561, 1596²¹) actual Colombia, es decir, se demarcó ese territorio actuando como una legislación restrictiva que aseguraba también la conservación de la "raza", y el ingreso tributario sobre las tierras. Por tanto, era una medida

¹⁹ Yaneth Katia Apaza Huanca, "Indio (denominación) Indian (denomination)". *Eunomía Revista en Cultura de la Legalidad* 14 (2018): 215-225, doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2018.4165>.

²⁰ Efraín Jaramillo, "Territorio, Identidad Étnica y Estado", *Asuntos Indígenas* 4 (2003): 44, 47, url: https://www.iwgia.org/images/publications/AI_4_03.pdf.

²¹ Son las fechas probables de su institución y fueron otorgadas en todo el Reino de Nueva Granada.

segregacionista contra los españoles, mestizos y negros de la época²², y que ayudo a la formación de los pueblos.

La segunda noción de territorio surge de las necesidades políticas a partir de la tierra otorgada a estas poblaciones y se incorpora a sus reivindicaciones como "territorio indígena", es decir, a sus luchas, legalizándolo en los hechos, así se fue generando esta noción como se estudia actualmente.

Por lo que, una vez desarrolladas estas ideas, se puede considerar territorio ancestral de las identidades históricas, a la extensión de tierra relacionada con la ascendencia familiar de estas colectividades históricas, que fue heredada bajo características de vida en comunidad y familiar, en la que se ha formado y desarrollado su organización milenaria como un cuerpo vivo el cual permite guardar un vínculo de parentesco y coexistencia con la tierra y territorio. Así, cuando una de estas partes de este territorio ancestral geográfico es fragmentado, lo que sucede internamente es que se está dando una muerte paulatina a su organización familiar, social, política y económica.

Por tanto, el territorio ancestral reconoce su preexistencia como identidad histórica puesto que responde a antecedentes familiares y en la actualidad se constituye como un elemento fundamental para su existencia por cuanto sin este elemento se pierde su identidad, por eso viene a ser importante su reconocimiento integral y sus luchas históricas.

4.3.- La dimensión existencial

Este es el tercer elemento de la preexistencia y se manifiesta como la presencia-existencia viva de ser: *aymara*, *quechua*, *kichwa*, *ayoreo* desde su memoria ancestral, y es posible encontrarla a partir de su existencia en población (demografía), cultura, historia y lengua de la cual emana su propia vida. De esta forma en los estudios de casos de los *aymaras*, *quechuas*, *kichwas* y *ayoreos* se encontró que estas identidades históricas están fragmentadas en la actualidad en varios países de América del Sur, sin embargo, preservan esta existencia viva que contrarresta el tiempo y el espacio.

En el caso de la identidad *aymara* esta se extiende en población por cuatro países, en Argentina su población asciende a 20.822²³, en

²² Estos resguardos eran inalienables y la Corona española les otorgaba el derecho de usufructuarlos porque el derecho de propiedad les correspondía. Margarita González, "Orígenes de la institución del resguardo", *Revista de la Divulgación Cultural Universidad Nacional de Colombia* 6 (1970):171,172-177, 181-186, url: <https://revistas.unal.edu.co/index.php/revistaun/article/view/11889/12516>.

²³ Argentina Instituto Nacional de Estadística y Censos, *Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas 2010: Censo del Bicentenario* (Buenos Aires: Instituto Nacional

Bolivia a 1.598.807²⁴, en Chile a 112.253²⁵, en Perú 548.311²⁶, a partir de lo cual se comprende que estas personas que se han autoidentificado como *aymaras* conservan su identidad milenaria.

Por otra parte, los *quechuas* y *kichwas* tienen presencia viva en Argentina, Bolivia, Colombia, Ecuador y Chile. Se tienen datos de que en Bolivia son la primera población "indígena" más importante de este país el cual asciende a 1.837.105²⁷, en Perú se autoidentifican como quechuas 5.179.774²⁸, en Argentina 55.493²⁹, en Ecuador existen 530.104 *Kichwas* siendo el grupo más representativo en número de todas las poblaciones originarias de este país³⁰, en Colombia ascienden a 3.688³¹, y en Chile a 19.576³².

Los *ayoreos* también tienen esta dimensión existencial, según el Grupo Internacional de Trabajo para Asuntos Indígenas (IWGIA) el número total de quienes se reconocerían como *ayoreos* serían 5600, de los cuales 3000 se encontrarían en Bolivia y 2600 en Paraguay, y su territorio tradicional tendría una extensión cercana a los 33 millones de hectáreas entre Bolivia y Paraguay en el Norte del Gran Chaco³³.

de Estadística y Censos, 2012), 281, https://www.indec.gov.ar/ftp/cuadros/poblacion/censo2010_tomo1.pdf.

²⁴ Estado Plurinacional de Bolivia Instituto Nacional de Estadística, *Censo de Población y Vivienda 2012 Bolivia: Características de la Población* (La Paz: Instituto Nacional de Estadística, 2015), 29, https://bolivia.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/Caracteristicas_de_Poblacion_2012.pdf.

²⁵ Gobierno de Chile Ministerio de Desarrollo Social y Familia, "Pueblos indígenas: síntesis de resultados", *Casen*, 8 de octubre de 2022, http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/storage/docs/casen/2017/Case_n_2017_Pueblos_Indigenas.pdf.

²⁶ Perú Ministerio de Cultura, "Pueblo aimara", *Base de Datos Oficial de Pueblos Indígenas u Originarios*, 8 de octubre de 2022, https://bdpi.cultura.gob.pe/sites/default/files/archivos/pueblos_indigenas/Ficha%20Ode%20Pueblo%20Aimara_0.pdf.

²⁷ Estado Plurinacional de Bolivia, *Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas 2012 Bolivia: Características de la Población*, 29.

²⁸ Perú Ministerio de Cultura, "Pueblos Quechuas", *Base de Datos Oficial de Pueblos Indígenas u Originarios*, 8 de octubre de 2022, https://bdpi.cultura.gob.pe/sites/default/files/archivos/pueblos_indigenas/Ficha%20Ode%20los%20Pueblos%20Quechuas.pdf,

²⁹ Argentina Instituto Nacional de Estadística y Censos, *Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas 2010: Censo del Bicentenario*, 281.

³⁰ Instituto Nacional de Estadística y Censos, *Las cifras del pueblo indígena: una mirada desde el Censo de Población y Vivienda* (Universidad de California, 2016) 17 <https://www.academia.edu/11296235/>.

³¹ Colombia Departamento Administrativo Nacional de Estadística-Dirección de Censos y Demografía, "Población Indígena de Colombia: Resultados del Censo Nacional de Población y Vivienda 2018", *Dane*, 8 de octubre de 2022, <https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/grupos-etnicos/presentacion-grupos-etnicos-2019.pdf>.

³² Gobierno de Chile Ministerio de Desarrollo Social y Familia, "Pueblos indígenas: síntesis de resultados".

³³ Miguel Lovera, Jieun Kang, Miguel Ángel Alarcón, Luis María de la Cruz, *La situación de los ayoreos aislados en Bolivia y en las zonas transfronterizas con Paraguay*

Así, se pudo demostrar que existe una dimensión existencial, y que ha sido fragmentada por medio de la división territorial entre dos o más países.

5.- HACIA EL RECONOCIMIENTO DE LA PREEXISTENCIA DE LAS IDENTIDADES HISTÓRICAS

Las propuestas que presento a continuación giran en torno a la preexistencia como concepto creado y a los tres elementos argumentados, la primera propuesta consiste en la "emancipación³⁴" del paradigma de Estado, que es un eje de hegemonía/dominación, sea la forma que haya adoptado en la actualidad: multicultural, pluricultural o plurinacional. La segunda propuesta, gira en torno a la constitucionalización de los Derechos Históricos, idea que está basada en la Constitución española de 1978, la cual da un verdadero reconocimiento hacia los elementos de la preexistencia como hechos históricos.

5.1.- La emancipación una vía real

La época que viven las identidades históricas es un nuevo tiempo de dominio que va a ser contrarrestada nuevamente por su existencia permanente en el tiempo y el espacio (preexistencia). A este nuevo tiempo les toca enfrentarse a una estructura universal que representa la hegemonía: Los Estados, los cuales no aceptan la modificación de su identidad de "nación" a partir de la expresión de ciudadanía y nacionalidad. Sin embargo, ese quiebre a esa estructura hegemónica y de dominio va a ser dado únicamente por la emancipación que es la eliminación de este poder hegemónico sin ninguna mediación³⁵, a partir de un acto fundante radical como es el reconocimiento de la preexistencia de las identidades históricas, como el fundamento más profundo que establece un orden social histórico y que ha sido desconocido por los Estados.

¿Pero, quién o quiénes deberían llevar adelante la emancipación? Esta debe ser llevada adelante por aquellos que perciben que el nuevo tiempo de dominio es un sin sentido de opresión, porque no permite la

(Asunción: Iniciativa Amotocodie, 2016), 5, <https://www.iniciativa-amotocodie.org/wp-content/uploads/2019/08/InformeAisladosZonaFronteraPY-BO.pdf>

³⁴ Ernesto Laclau, *Emancipación y diferencia* (1era, Argentina: Espasa Calpe, 1996) 11-41, <https://doku.pub/documents/laclau-ernesto-emancipacion-y-diferencia-5lwo68wjv8qj>

³⁵ Ernesto Laclau, *Emancipación y diferencia*, 12.

verdadera constitución o desarrollo de su preexistencia como identidad histórica, entonces ese es el sujeto (os) emancipatorio (s).

Por tanto, la emancipación es salir de la opresión, dejando atrás todo lo que les ha oprimido, porque eso es lo que ha significado el Estado para ellos, la negación de su identidad colectiva a partir del nacimiento de una sociedad política y jurídicamente organizada en sus diversas fases históricas: Estado republicano, nacional, liberal, multicultural, pluricultural, plurinacional porque si no hay estas estructuras sería contradictorio argumentar la emancipación. Por lo que la emancipación es un acto de reconocimiento de sí mismos como colectivos que pueden liderar su destino y no a partir de otros.

5.2.- La constitucionalización de los Derechos Históricos para reconocer la preexistencia y sus elementos

Los Derechos Históricos, son un concepto político e histórico que surge en España como consecuencia de dar una solución a la voluntad de Cataluña de constituirse en una región independiente y apuntar a que sus intereses y asuntos sean gobernados por sí mismos, esto a partir de lo que se denominó la reivindicación de las Diputaciones de 1917, ahí fue cuando se empezó a utilizar el término Derechos Históricos³⁶. Por lo que ingresa como norma jurídica en la Constitución española (C.E.) de 1978, en sus Disposiciones Adicionales en el número primero, el cual dice: "La Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales..."³⁷. Por tanto, el objeto de los Derechos Históricos va a estar dirigido a reconocer los territorios forales (Vasco y Navarra) encaminado a retrotraerse a la dimensión existencial de estos pueblos, con indiscutible conciencia de su identidad, y como cuerpo político de fuero³⁸ en la historia.

Los Derechos Históricos, en ese contexto, invocan a la historicidad de unos hechos: la existencia de un cuerpo político singular, diferente e infungible, además, esta realidad es anterior y exterior a la Constitución Española; en consecuencia, ni la Constitución los crea, ni el poder constituyente los puede suprimir³⁹ por ende preexisten. Son también derechos existenciales, porque irradian una

³⁶ Javier Caño Moreno, *Teoría institucional del Estatuto Vasco* (Bilbao: Universidad de Deusto, 1997) 59-62, <https://books.google.com.bo/books?id=tnRYvtcSpewC&pg=PA318&dq=Javier+Ca%C3%B1o+Moreno>.

³⁷ Constitución Española (BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978).

³⁸ El fuero es la Ley o código dados por un municipio durante la Edad Media.

³⁹ Miguel Herrero de Miñón, "Qué son y para qué sirven los Derechos Históricos", *Revista Internacional de Estudios Vascos* 44 (1999): 309, 313, url: <http://www.eusko-ikaskuntza.eus/PDFAnlt/riev/44/44309322.pdf>.

identidad de la que nadie, ni uno mismo sin que deje de existir puede disponer⁴⁰.

El adjetivo histórico, expresa un carácter fáctico, anterior a la creación normativa y, en consecuencia, indisponible por ella, por lo que le da una condición originaria. Los Derechos Históricos no reclaman competencias concretas, sino que expresan el carácter originario de un propio gobierno o autogobierno, no se reclama soberanía, sino cosoberanía⁴¹. Los Derechos Históricos también son indisponibles, de tal forma que la autodeterminación supone su negación⁴².

Y es a partir de este concepto que describe de qué tratan los Derechos Históricos, que se puede dar un panorama totalmente distinto, y abrir una nueva vía de un verdadero reconocimiento hacia las identidades históricas y de toda su organización social, económica, política y geográfica que existe y es preexistente a los Estados, porque son poblaciones que contienen una identidad colectiva con características particulares que han permanecido en el tiempo y el espacio geográfico.

Así, el Estado gobernaría con ellos en cosoberanía y con reconocimiento constitucional, ellos serían parte del Estado y no serían tutelados, asimilados, ni dominados como hasta ahora, porque la actual autodeterminación es una nueva tutela del Estado, los Derechos Históricas realmente expresarían su emancipación, aunque no total, porque son identidades que han sido cercenadas geográfica y socialmente, pero sería una mejor opción que la libre determinación.

Además, frente a los cambios constitucionales en América del Sur hacia la plurinacionalidad, que empezaron con Ecuador (2008), Bolivia (2009), esta inclinación hacia los Derechos Históricos, expresarían realmente la verdadera plurinacionalidad, los cuales tienen el antecedente de reconocer a estas poblaciones. ¿Cómo entrarían estos derechos dentro de las Constituciones? como "Garantía Constitucional", también podrían entrar dentro de la "Estructura del Estado" pero como preexistencia en sí mismo, no como derecho fundamental, porque estos se refieran más a la persona, en cambio ellos son cuerpos colectivos.

6.- DISCUSIÓN

Siendo que es un área nueva de estudio con respecto a la preexistencia de las identidades históricas, puesto que la mayoría de los estudios los denominan como "poblaciones transfronterizas o

⁴⁰ Javier Caño expresa que los derechos históricos forman parte de la "constitución sustancial", y constituye una de las manifestaciones de penetración de la historicidad en la Constitución. Javier Caño Moreno, *Teoría institucional del Estatuto Vasco*, 74.

⁴¹ Miguel Herrera de Miñon, "Hechos y Derechos Históricos", *El País*, 7 de agosto de 2005, https://elpais.com/diario/2005/08/08/opinion/1123452005_850215.html.

⁴² Miguel Herrero de Miñon, "Los Derechos Históricos y el Principio Pacticio", *Ivs Fvgit* 15 (2007-2008): 35, 39, url: <https://ifc.dpz.es/recursos/publicaciones/29/26/03herrero.pdf>.

binacionales” teniendo como base el paradigma de Estado; no existió una bibliografía previa en la que apoyarse, sin embargo, el marco teórico lo hizo el análisis de las distintas Constituciones y su forma de normar a la preexistencia. También otro aspecto a considerar es que debería profundizarse en los elementos de la preexistencia, aunque estos se basaron en estudios previos, como son las cuatro identidades históricas, un muestro escaso frente a una amplitud de poblaciones preexistentes, por lo que está sujeta a mayores consideraciones en lo futuro.

Un punto a tomar en cuenta es el número de poblaciones divididas por las fronteras territoriales de dos o más países, pues todavía no existen estudios serios al respecto, por lo que es necesario hacer una recopilación de esto, tal vez a partir de estudios antropológicos.

También es posible que exista normativa de menor jerarquía sobre la preexistencia en los Estados en estudio, sin embargo, el estudio se limitó solo a las doce Constituciones en estudio en América del Sur.

7.- CONCLUSIÓN: LA “PREEXISTENCIA” UN DERECHO INCONCLUSO DESDE LOS ESTADOS

La preexistencia de las identidades históricas, sí es un derecho inconcluso de los Estados, por tres razones. La primera, porque la legislación sobre la preexistencia de los “pueblos indígenas” en Argentina (1991), Bolivia (2009) y Paraguay (1992) es incipiente, e interpretada arbitrariamente, aun cuando como el caso de Bolivia se haya argumentado en el preámbulo de su Constitución, además, el reconocimiento precolonial de estas poblaciones en Bolivia está sujeta a la libre determinación en el marco de la unidad del Estado.

La segunda razón, es porque en la mayoría de los Estados de América del Sur no está normado constitucionalmente, y ni siquiera es tema de debate, lo que significa que este concepto no tiene la debida relevancia jurídica. Tercero, porque la normativa internacional expresada en el Convenio N° 169 de la O.I.T. y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, siendo instrumentos jurídicos internacionales que enuncian la defensa de los “pueblos indígenas” no reconoce la preexistencia como derecho, al contrario, el Convenio N° 169 restringe la interpretación de “pueblos” porque no les otorga esa categoría internacional.

Otra conclusión importante es que el paradigma de Estado, sigue siendo un poder hegemónico para las identidades históricas, pues aunque Ecuador (2008) y Bolivia (2009) se reconocen como Estados plurinacionales, rompiendo definitivamente con el monismo jurídico, y reconociendo a los “pueblos indígenas” como nacionalidades y

naciones; este nuevo paradigma de Estado no significó un reconocimiento más pleno para estas identidades, puesto que en el fondo es el mismo proyecto indigenista de asimilación e integración como lo fue el Estado-nación de los años cuarenta del siglo pasado.

Pues esta forma de reconocimiento afecta por una parte, a la facultad de autodenominarse con su propio nombre a través de su lengua y se les reconoce consiguientemente como "nación y nacionalidad" lo cual es una nueva forma de utilización de un lenguaje hegemónico del dominante y los lleva nuevamente a una deconstrucción de su identidad histórica; y por otra, el territorio ancestral no tiene prevalencia frente a la estructura político-administrativa con la que nació el Estado, aunque en la actualidad si hay reconocimiento de autonomías indígenas, pero de forma limitada a través de la autodeterminación.

Finalmente, mencionar que el motivo fundamental por el que no se norma la preexistencia de estas identidades históricas y sus elementos dentro de las Constituciones, es porque esto significaría quebrar al paradigma de Estado y con esto a toda su estructura geográfica, política y administrativa. Si bien la preexistencia es irrelevante para los Estados en cuestión, su reconocimiento es un deber moral de los mismos y un principio de vida para estas identidades que debe ser concretado para que prevalezca su existencia.

8.- BIBLIOGRAFÍA

Apaza Huanca, Yaneth Katia. "Hacia la emancipación de los *aymaras, quechuas y kichwas* desde su paradigma identitario: *Suma Qamaña, Sumak Kawsay*". Tesis doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, 2016.

"Avances y retrocesos en el reconocimiento del territorio de los Ayoreos bolivianos". *Universitas Revista de Filosofía, Derecho y Política* 35(2021): 89-107. Doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2021.6192>.

"Indio (denominación) Indian (denomination)". *Eunomía Revista en Cultura de la Legalidad* 14 (2018): 215-225. Doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2018.4165>.

Argentina Instituto Nacional de Estadística y Censos, *Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas 2010: Censo del Bicentenario*. Buenos Aires: Instituto Nacional de Estadística y Censos, 2012. https://www.indec.gob.ar/ftp/cuadros/poblacion/censo2010_tomo1.pdf.

Base de Datos Oficial de Pueblos Indígenas u Originarios. https://bdpi.cultura.gob.pe/sites/default/files/archivos/pueblos_indigenas/Ficha%20del%20Pueblo%20Aimara_0.pdf.

- Base de Datos Oficial de Pueblos Indígenas u Originarios.*
https://bdpi.cultura.gob.pe/sites/default/files/archivos/pueblos_indigenas/Ficha%20de%20los%20Pueblos%20Quechuas.pdf.
- Casen.* http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/storage/docs/casen/2017/Casen_2017_Pueblos_Indigenas.pdf.
- Caño Moreno, Javier. *Teoría institucional del Estatuto Vasco*. Bilbao: Universidad de Deusto, 1997.
<https://books.google.com.bo/books?id=tnRYvtcSpewC&pg=PA318&dq=Javier+Ca%C3%B1o+Moreno>.
- Ciner, Patricia. "Una relectura del De Principiis a la luz del Comentario al Evangelio de Juan. La cuestión de la preexistencia". *Teología y Vida* 2 (2014): 263-285. Doi: <https://doi.org/10.4067/S0049-34492014000200003>.
- Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador.*
<https://conaie.org/>.
- Constitución Política del Estado. Gaceta Oficial de Bolivia, 07 de febrero de 2009.
- Constitución de la Nación Argentina. Biblioteca del Congreso de la Nación, 2010.
- Constitución de la República del Paraguay. Digesto Legislativo, 1992.
- Convenio Núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Organización Internacional del Trabajo, 2014.
- Constitución Española. BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.
- Dane.*
<https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/grupos-etnicos/presentacion-grupos-etnicos-2019.pdf>.
- Declaración de las Naciones Unidas de los Pueblos Indígenas. Organización Internacional del Trabajo, 2014.
- El Instituto para el Desarrollo Rural de Sudamérica (IPDRS).*
<https://ipdrs.org/index.php/noticias/que-pasa/6368-salinas-de-garci-mendoza-se-constituye-en-la-cuarta-autonomia-indigena-del-estado-plurinacional-de-bolivia>.
- Estado Plurinacional de Bolivia Instituto Nacional de Estadística. *Censo de Población y Vivienda 2012 Bolivia: Características de la Población*. La Paz: Instituto Nacional de Estadística, 2015.
https://bolivia.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/Caracteristicas_de_Poblacion_2012.pdf.
- Fundación Raíz.* <https://www.fundacionraizec.org/territorio-secoya/>.
- González, Margarita. "Orígenes de la institución del resguardo". *Revista de la Divulgación Cultural Universidad Nacional de Colombia* 6 (1970):171-187. Url:
<https://revistas.unal.edu.co/index.php/revistaun/article/view/11889/12516>.
- Herrero de Miñón, Miguel. "Qué son y para qué sirven los Derechos Históricos". *Revista Internacional de Estudios Vascos* 44 (1999):

- 309-322. Url: <http://www.eusko-ikaskuntza.eus/PDFAnIt/riev/44/44309322.pdf>.
- "Hechos y Derechos Históricos". *El País*, 7 de agosto de 2005. Url: https://elpais.com/diario/2005/08/08/opinion/1123452005_850215.html.
- "Los Derechos Históricos y el Principio Pacticio". *Ivs Fvgit* 15 (2007-2008): 35-54. Url: <https://ifc.dpz.es/recursos/publicaciones/29/26/03herrero.pdf>.
- Instituto Nacional de Estadística y Censos. *Las cifras del pueblo indígena: una mirada desde el Censo de Población y Vivienda*. Universidad de California, 2016. <https://www.academia.edu/11296235/>.
- Iwgia*. <https://iwgia.org/en/>.
- Jaramillo, Efraín. "Territorio, Identidad Étnica y Estado". *Asuntos Indígenas* 4 (2003): 44-47. Url: https://www.iwgia.org/images/publications/AI_4_03.pdf.
- Laclau, Ernesto. *Emancipación y diferencia*. 1era, Argentina: Espasa Calpe, 1996. <https://doku.pub/documents/laclau-ernesto-emancipacion-y-diferencia-5lwo68wjjv8qj>.
- Lovera, Miguel, Jieun Kang, Miguel Ángel Alarcón y Luis María de la Cruz. *La situación de los ayoreos aislados en Bolivia y en las zonas transfronterizas con Paraguay*. Asunción: Iniciativa Amotocodie, 2016. <https://www.iniciativa-amotocodie.org/wp-content/uploads/2019/08/InformeAisladosZonaFronteraPY-BO.pdf>.
- Maiarú, Julieta. "Identidad política en el pensamiento de Ernesto Laclau". Tesis de licenciatura en filosofía, Universidad Nacional de la Plata, 2019. <https://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/tesis/te.1854/te.1854.pdf>.
- Mondardo, Marcos. "Descolonización de la frontera de Brasil con Paraguay: los guaraníes y kaiowá transfronterizos y las multitransterritorialidades de la lucha por el tekoha". *Si Somos Americanos Revista de Estudios Transfronterizos* 2 (2020): 161, 185. Url: <https://www.scielo.cl/pdf/ssa/v20n2/0719-0948-ssa-20-02-161.pdf>.
- Organización Nacional Indígena de Colombia*. <https://www.onic.org.co/>.
- Petróleos de Venezuela S.A. *Boletín ecológico*. Puerto Cabello: Superintendencia de ambiente. http://www.pdvsa.com/images/ambiente/Pueblo_Guahibo.pdf.
- Romero López, Andrés y Angela Patricia Muñoz. *Pueblo Indígena Wayuú*. Colombia: Procuraduría General de la Nación, 2019. <https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/Caracterizacion%20Wayuunaiki.pdf>.

Universidad Alberto Hurtado. "Seminario-Día 2 Institucionalidad y protección de los Derechos Humanos en el nuevo pacto social". Video de Youtube, 2:00:12. Publicado el 21 de abril de 2022. https://www.youtube.com/watch?v=MJdEgZzm_PE&t=1s.

Yunguyo Mío, <https://yunguyomio.com/index.php/historia/20-historia-de-yunguyo/344-tratados-y-protocolos-de-limites-territoriales-entre-el-peru-y-bolivia>.

EL EQUILIBRIO ENTRE EL DERECHO A LA SALUD Y OTROS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES EN TIEMPOS DE PANDEMIA

BALANCING THE RIGHT TO HEALTH AND OTHER ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS IN TIMES OF PANDEMICS

Julia E. García Álvarez*

RESUMEN: El estallido de una epidemia o una pandemia es siempre un momento de amenaza, emergencia e incertidumbre. Cuando la salud y la vida de las personas se pone en peligro se requieren respuestas urgentes y coordinadas por parte de los agentes estatales a nivel nacional, regional y global que tengan el potencial de contener la pandemia y evitar su propagación. De esta situación de emergencia y de continuos cambios en las normas que imponen nuevas restricciones, obligaciones y responsabilidades a los ciudadanos, se deriva dilema sobre el equilibrio entre la protección del derecho a la salud y otros derechos económicos, sociales y culturales.

ABSTRACT: *The outbreak of an epidemic or pandemic is always a time of threat, emergency and uncertainty. When people's health and lives are put at risk, urgent and coordinated responses are required from state actors at national, regional and global levels that have the potential to contain the pandemic and prevent its spread. From this emergency situation and from continuous changes in norms that impose new restrictions, obligations and responsibilities on citizens, a dilemma arises about the balance between the protection of the right to health and other economic, social and cultural rights.*

PALABRAS CLAVE: Comité de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, derecho a la salud, indivisibilidad e interdependencia de los derechos, pacto social global, crisis sanitarias.

KEYWORDS: *Committee on Economic, Social and Cultural Rights, right to health, indivisibility and interdependency of rights, global social covenant, health crisis.*

Fecha de recepción: 09/10/22

Fecha de aceptación: 09/10/22

doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2023.7411>

* Doctoranda en Estudios Avanzados en Derechos Humanos en la Universidad Carlos III de Madrid. E-mail: juliagaralv@gmail.com.

1.- INTRODUCCIÓN

El derecho a la salud es un derecho humano que se integra en el grupo de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC). Está presente en varios tratados internacionales de derechos humanos, y por tanto vinculantes, destacando especialmente el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).¹ Además, se menciona en la Declaración Universal de los Derechos Humanos como parte del derecho a un nivel de vida adecuado bajo el artículo 25. Pese a su carácter universal, existe gran diversidad en cuanto a la regulación e implementación de este derecho en los distintos Estados, como ocurre para la mayoría de los derechos económicos, sociales y culturales, puesto que la regulación e implementación de estos derechos depende en gran parte del ámbito político, y por tanto las medidas a implementar se verán influenciadas por la cultura política de la sociedad en concreto.²

Según el artículo 12 del PIDESC, el derecho a la salud es el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Y en este mismo artículo, en su párrafo segundo, se enumeran las medidas que deberán adoptar los Estados Parte a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho.³

Con respecto a esta definición sobre el derecho a la salud, la Observación General número 14 del Comité de DESC establece que:

El derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar sano. El derecho a la salud entraña libertades y derechos. Además, el concepto del "más alto nivel posible de salud" tiene en cuenta tanto las condiciones biológicas y socioeconómicas esenciales de la persona como los recursos con que cuenta el Estado.⁴

Por tanto, de esto y del segundo párrafo del art 12 se deduce que el derecho a la salud, para su plena realización, requiere que los Estados respondan a obligaciones de respeto, protección y garantía de los derechos. Es decir, tanto obligaciones negativas, de no intervención, como obligaciones positivas, de intervención y de inversión de recursos públicos.⁵

Entre las obligaciones positivas enumeradas en este artículo, repararé, debido a que es pertinente, en el apartado c) sobre el

¹ María Cristina Alé, "Colisión de derechos en pandemia. Derecho a la salud y límites a la acción estatal", *Jurídicas CUC* 17(1) (2021): 371.

² *Ibid.*

³ Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966. Art. 12

⁴ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General nº 14 sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). E/C.12/2000/4 (2000): Párr. 8

⁵ Francesc Xavier Pons Rafols, "La Covid-19, la salud global y el Derecho Internacional: Una primera aproximación de carácter institucional Covid-19 (Global Health and International Law: A First Approach of Institutional Nature)." *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (2020).

derecho a la prevención y el tratamiento de enfermedades epidémicas. A su respecto, la Observación número 14, exige que se establezcan programas de prevención y educación para hacer frente a las preocupaciones de salud. En este caso, la Observación, que es del año 2000, repara en el VIH y en la importancia de la educación sexual como forma de prevención de la enfermedad. Aquí ya podemos apreciar, aunque no se menciona expresamente pero sí tácitamente, la indivisibilidad e interdependencia del derecho a la salud y el derecho a la educación.⁶

Además, el Comité menciona en esta Observación que el derecho a tratamiento comprende la creación de un sistema de atención médica urgente en los casos de accidentes, epidemias y peligros análogos para la salud. Indica que la lucha contra las enfermedades tiene que ver con los esfuerzos individuales y colectivos de los Estados.⁷

2.- EL DILEMA DEL EQUILIBRIO ENTRE EL DERECHO A LA SALUD Y OTROS DESC

El virus SARS-CoV-2 amenaza los derechos a la vida y a la salud de todo el mundo, mientras que las medidas adoptadas por los gobiernos para contener el virus han provocado restricciones de los derechos humanos, también, para todo el mundo. En este sentido, y para salvaguardar los derechos a la vida y a la salud, todos los Estados han tomado medidas que limitan otros derechos humanos. El cierre de escuelas y la enseñanza a distancia han impedido el pleno disfrute del derecho a la educación; los toques de queda y las prohibiciones de viajar limitan la libertad de movimiento; la obligación de llevar una máscara facial interfiere con el derecho a la vida privada; los límites en el número de personas que asisten a los servicios de culto restringen el derecho a la libertad religiosa y libertad de asociación. El cierre de restaurantes y comercios restringe el derecho a la propiedad y al trabajo remunerado; la suspensión de actividades culturales está en contradicción con el derecho a la cultura. Y la lista puede ser mucho más extensa.⁸

Si bien la restricción de derechos ha afectado a todo el mundo, no lo ha hecho en la misma medida y con la misma intensidad para todos.⁹ Las personas socioeconómicamente desfavorecidas y personas

⁶ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General nº 14 sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). E/C.12/2000/4 (2000): Párr. 16

⁷ *Ibíd.*

⁸ Stijn Smet, "Safeguarding Economic, Social and Cultural Rights during Pandemics: The Balancing Dilemma during the COVID-19 Crisis" *Human Rights in Pandemic Times: Political Exceptionalism, Social Vulnerability and Restricted Freedoms* (Larcier, 2022), 1.

⁹ Koldo Casla, "Rights and responsibilities: Protecting and fulfilling economic and social rights in times of public health emergency" (2020): 14.

en situación de vulnerabilidad se han visto afectadas de forma desproporcionada tanto por la enfermedad como por las medidas adoptadas por los gobiernos contra la propagación del virus. Este impacto negativo incluye, entre otras, una mayor probabilidad de sufrir a la enfermedad, especialmente en el caso de las personas mayores, personas inmuno-deprimidas y personas con discapacidad, incluye la pérdida de empleos o ingresos, la reducción del acceso y de las oportunidades de educación, especialmente para aquellos que no cuentan con los recursos para adaptarse al modelo educativo online. También, la reducción del acceso a la atención sanitaria, que implica tanto consulta médica de atención primaria, como hospitalización, acceso a medicamentos y acceso a la vacuna. Por último, cabe destacar la exposición a la que se sometían los grupos más desfavorecidos al verse obligados a trabajar en empleos "esenciales" como la enfermería, el cuidado de ancianos, la limpieza, los supermercados y los servicios de reparto, exponiendo así su salud a mayores riesgos, a diferencia del grupo relativamente privilegiado al que se le permitía trabajar desde casa.¹⁰

La pandemia tampoco ha tenido los mismos efectos para hombres y mujeres. Dado que, por ejemplo, el sector de los cuidados y de la limpieza, sectores fuertemente feminizados, han sido considerados esenciales, y obviamente, sin posibilidad de que se desarrollen por formato de teletrabajo, han sido muchas las mujeres que han estado en primera línea, arriesgando su vida. Por otra parte, también las mujeres en mayor proporción que los hombres, han sido las que han soportado la carga doméstica y el cuidado de los niños que han visto cerrado los colegios, y muchas han tenido que hacer verdaderos malabares para compaginar el trabajo presencial y el cuidado de sus hijos, o en el caso del teletrabajo, también han tenido que cuidar de sus hijos mientras trabajaban desde casa, algo que no soportaban en la oficina. Además, se sabe que durante la pandemia y a causa del confinamiento, los casos de violencia de género en el ámbito doméstico aumentaron.

Además, como así menciona Comité de DESC en su declaración sobre la pandemia de 2020, la desinformación ha tenido un papel clave en la pandemia, y ha sido un gran obstáculo para muchos gobiernos, que se ha enfrentado a una nube de negacionismo y antivacunas. Como bien anota el Comité, la información precisa y accesible sobre el estado de la pandemia y del virus en concreto es crucial para que podamos hacer frente a ella, y es aún más importante que las personas pertenecientes a los grupos vulnerables tengan acceso a ella. Por

¹⁰ Judith Bueno De Mesquita, "Covid-19: An Inconvenient Truth? Re-evaluating Progress and Confronting Challenges for the Right to Health" (2020): 87.

supuesto, las constantes campañas de desinformación durante la pandemia han sido un gran obstáculo.¹¹

Por eso, en este contexto, la coyuntura generada por la pandemia ha puesto en evidencia lo que muchos no ven o no quieren ver: las enormes brechas sociales y económicas y también movilizaciones ciudadanas que demandan cambios estructurales. Va tomando forma la necesidad de transformar nuestras sociedades y generar un modelo alternativo por el que disminuyan las desigualdades y la pobreza.

Nos hemos encontrado de frente en esta pandemia con un dilema: el dilema por el desequilibrio del derecho a la salud y otros DESC. Los gobiernos han tenido que adoptar figuras legales extraordinarias, como el estado de alarma en España, o como puede ser el estado de excepción o de sitio (sobre lo cual también ha habido una polémica y un conflicto técnico-jurídico). En cualquier caso, los gobiernos han tenido que declarar estados de emergencia por los cuales se ofrece una cobertura jurídica para restringir ciertos derechos, en tanto que dure esa situación de emergencia. Esto ha hecho que los Estados hayan flexibilizado, por ejemplo, su obligación negativa de respetar la libertad de circulación de las personas. Así como su obligación positiva de garantizar una educación pública abierta y accesible para todos, a ofrecer las garantías debidas en el contexto laboral. Todo ello se ha hecho para poder garantizar el derecho a la salud y el derecho a la vida de las personas, y claro, tomar estas medidas han supuesto un verdadero problema, un dilema o un conflicto para los propios gobiernos.

De esta forma, la pandemia de Covid-19 ha abierto un dilema acerca del equilibrio en el derecho de los derechos humanos, puesto que ha requerido que los gobiernos tomen determinadas decisiones para proteger ciertos derechos humanos, que a su vez ha supuesto la restricción de otros. Este dilema nos ha hecho reflexionar sobre la siguiente pregunta: ¿hasta dónde pueden o deben llegar los gobiernos al restringir los derechos humanos para proteger otros derechos humanos, en particular el derecho a la vida y a la salud?¹²

Durante la crisis de Covid-19, los Estados se han visto obligados a tomar medidas que limitan ciertos derechos humanos para proteger el derecho a la salud. Algunos Estados han limitado (temporalmente) su obligación negativa de respetar la libertad de circulación, el derecho a la educación, el derecho a la vida privada y el derecho a la cultura, entre otros, en favor de su obligación positiva de proteger el derecho a la salud. De la misma forma, muchos Estados no han estado tan dispuestos a establecer tales restricciones para proteger el derecho a

¹¹ Comité de la ONU de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, (2020). Declaración sobre la pandemia de enfermedad por coronavirus y Derechos Económicos Sociales y Culturales, E/C.12/2020/1.

¹² Stijn Smet, "Safeguarding Economic, Social and Cultural Rights during Pandemics: The Balancing Dilemma during the COVID-19 Crisis." *Human Rights in Pandemic Times: Political Exceptionalism, Social Vulnerability and Restricted Freedoms* (Larcier, 2022).

la salud y se han negado a actuar contra su obligación negativa de respetar la libertad de circulación, el derecho a la educación, el derecho a la vida privada y el derecho a la cultura, entre otros. Por ejemplo, negándose a establecer estrictos confinamientos, a cerrar empresas y cerrar escuelas, a pesar de que ello haya podido tener un efecto negativo en la expansión del virus. En resumen, cada gobierno ha optado por tomar sus propias decisiones, todas difíciles y distintas unas de otras, para encontrar un equilibrio entre los derechos humanos en conflicto durante la pandemia de Covid-19.¹³

3.- CONCLUSIONES

Podemos decir que la pandemia tiene efectos profundamente negativos en el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, y especialmente en el derecho a la salud de los grupos más vulnerables de la sociedad. En este contexto, existe un dilema por encontrar una proporcionalidad en medidas que protejan a ciertos derechos sin perjudicar en gran medida a otros. Por ello hay que tener en cuenta lo siguiente:

En primer lugar, la pandemia del coronavirus demuestra claramente los criterios de indivisibilidad, interdependencia e interrelación que existen en el marco de los derechos humanos. Así lo reconoce el Comité de DESC en la declaración que hace en 2020 sobre la pandemia. En este sentido, en la pandemia también hemos podido observar que los Estados más garantistas y protectores de los DESC han podido enfrentarse de una forma más eficaz a la pandemia.

La interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos, expresada en la Conferencia de Viena de 1993 "todos los derechos humanos son universales, indivisibles, interdependientes e interrelacionados"¹⁴, así como en la conferencia de Teherán, se ha ido reforzando a lo largo de los años.¹⁵ Implica que no existe una jerarquía entre los derechos, sino que existe un punto de intersección entre todos ellos que hace imposible la plena realización de un derecho si otros derechos están siendo vulnerados.

Por ejemplo, un sistema donde el derecho al trabajo no está plenamente garantizado, representado por una fuerte economía sumergida, no podrá ofrecer subsidios a los trabajadores, quienes no podrán dejar de trabajar y, por tanto, pondrán en riesgo su salud y la de los demás. O por otro lado, para los Estados que no cuenten con un sistema de salud público y universal será mucho más difícil contener la pandemia, lo cual afectará sin lugar a dudas, la condición socio-económica de la población.

¹³ *Ibíd.*

¹⁴ Declaración de Viena y Programa de acción (extractos). *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 1993, 18 (118) (1993): párr 5

¹⁵ Juan Álvarez Vita, "El derecho a la salud en tiempos de pandemia", *Revista Peruana de Derecho Internacional* 168 (2021).

En definitiva, el axioma de la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos explica por qué, a lo largo de la crisis de Covid-19, el derecho a la salud ha estado en constante tensión con un conjunto de otros derechos humanos, como el derecho a la educación, el derecho a la salud (mental) de otras personas, la libertad de movimiento, el derecho a la cultura, la libertad religiosa, etc. Dado que los derechos humanos son indivisibles e interdependientes, el derecho a la salud no prevalece automáticamente sobre estos últimos derechos. Pero lo contrario tampoco es cierto, y otros derechos no prevalecen al derecho a la salud. Los gobiernos tuvieron que tomar muchas decisiones difíciles, difíciles elecciones entre proteger un derecho humano u otro.¹⁶ La interdependencia entre el derecho a la salud y otros derechos económicos sociales y culturales exige que los Estados aúnen esfuerzos para lograr un equilibrio en la protección de todos los derechos en el contexto de la pandemia, y que la limitación de los derechos humanos se aplique sólo cuando sea estrictamente necesaria, proporcionada y conforme a la ley y a las normas internacionales de derechos humanos.

En segundo lugar, hay que destacar que, incluso en contextos de relativa normalidad, es decir, en contextos no pandémicos, los derechos no son absolutos, sino que son susceptibles de limitación y restricción, puesto que en la realidad y entre tanta casuística, los derechos entran continuamente en conflicto y por tanto ciertos límites a los derechos son necesarios, siempre y cuando estas limitaciones respondan a condiciones de necesidad y proporcionalidad, en base a un interés legítimo y general. El Comité de DESC en las recomendaciones que aborda en su declaración sobre la pandemia en 2020, recomienda que las restricciones que adopten los gobiernos habrán de ser necesarias para combatir la crisis de salud pública, además de ser razonables y proporcionadas.¹⁷

En tercer lugar, hay que despojarse de la idea de que existe una jerarquía entre los derechos civiles y políticos sobre los derechos económicos, sociales y culturales, y sustituir tal prejuicio por la idea de indivisibilidad e interdependencia de los derechos. Aunque pueda ser cierto que, por ejemplo, la prohibición de discriminación por razón de género, religión o raza sea una precondition para la plena realización del derecho a la educación, ello no implica que exista una jerarquía entre ambos derechos, puesto que tampoco se puede garantizar la prohibición de la discriminación si un acceso público a la educación en condiciones de igualdad no está garantizado. El Comité en su declaración de 2020 estableció que los Estados partes del Pacto tienen la obligación de dedicar el máximo de recursos que dispongan a la

¹⁶ Comité de la ONU de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Declaración sobre la pandemia de enfermedad por coronavirus y Derechos Económicos Sociales y Culturales, E/C.12/2020/1. (2020): Párr. 3.

¹⁷ *Ibíd.* Párr. 11

plena realización de todos los derechos económicos, sociales y culturales, incluido el derecho a la salud.

Por último, en un contexto pandémico, en el que la vida y la salud de todos está en peligro, es imprescindible la solidaridad. El Comité en sus recomendaciones, se refiere a la necesidad de la cooperación científica internacional para hacer frente a las amenazas transnacionales, menciona el poder de voto de las instituciones financieras internacionales para aliviar la carga financiera de los países en desarrollo en la lucha contra la pandemia, de las obligaciones extraterritoriales de los Estados de no entorpecer la lucha propia de cada estado contra la pandemia.¹⁸ Todos los Estados deben procurar caminar hacia un pacto social global, en el que no se deje a nadie atrás, y en el que los DESC estén presentes, debidamente reconocidos y protegidos. Citando a Juan Álvarez Vita, que fue integrante del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales durante 10 años, nos dice que lo que hemos aprendido de la pandemia es que, "se requiere, ahora más que nunca el poner en práctica la solidaridad internacional".

Ello requerirá también "el desarrollo de un nuevo tipo de negociación entre los Estados y una nueva gobernanza global que no puede estar limitada a intereses de carácter económico". "Estas medidas deben reposar en consideraciones éticas que obligan a la comunidad internacional a adoptar disposiciones de carácter obligatorio para todos los países del mundo. Si los países más ricos y avanzados del planeta no toman conciencia de la gravedad de la situación, es poco probable que se alcance la victoria en la lucha contra la pandemia. Si no existe solidaridad entre todos, no tendrá eficacia ningún avance en solitario".¹⁹

4.- BIBLIOGRAFÍA

Alé, María Cristina. "Colisión de derechos en pandemia. Derecho a la salud y límites a la acción estatal", *Jurídicas CUC* 17(1) (2021) 367- 404.

Álvarez Vita, Juan "El derecho a la salud en tiempos de pandemia", *Revista Peruana de Derecho Internacional* 168 (2021) 17-38.

Bueno De Mesquita, Judith. "Covid-19: An Inconvenient Truth? Re-evaluating Progress and Confronting Challenges for the Right to Health." (2020) 85-92.

Casla, Koldo. "Rights and responsibilities: Protecting and fulfilling economic and social rights in times of public health emergency." (2020) 11-17.

Comité de la ONU Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General N°14 aprobada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "El derecho al disfrute del más

¹⁸ *Ibíd.* Párr.15

¹⁹ Juan Álvarez Vita, "El derecho a la salud en tiempos de pandemia", *Revista Peruana de Derecho Internacional* 168 (2021): 5.

- alto nivel posible de salud" (artículo 12 del Pacto) E/C.12/2000/4. (2000).
- Comité de la ONU de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Declaración sobre la pandemia de enfermedad por coronavirus y Derechos Económicos Sociales y Culturales, E/C.12/2020/1. (2020).
- Declaración de Viena y Programa de acción (extractos). *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 1993, 18 (118) (1993) 351-355.
- Eide, A., Krause, K. and Rosas, A. *Economic, Social and Cultural Rights*, Martinus Nijhoff Publishers. (2001).
- Kedzia, Z. COVID-19 and Economic, Social and Cultural Rights. *GC Human Rights Preparedness*. (2020).
- Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966.
- Pons Rafols, Francesc Xavier. "La Covid-19, la salud global y el Derecho Internacional: Una primera aproximación de carácter institucional Covid-19" *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (2020).
- Smet, Stijn. "Safeguarding Economic, Social and Cultural Rights during Pandemics: The Balancing Dilemma during the COVID-19 Crisis." *Human Rights in Pandemic Times: Political Exceptionalism, Social Vulnerability and Restricted Freedoms* (Larcier, 2022) (2021).
- Ulrich, G. COVID-19, ESC Rights and Societal Resilience, *GC Human Rights Preparedness* (2020).

EL GÉNERO COMO DETERMINANTE SOCIAL DE LA SALUD Y SU IMPACTO EN EL DESARROLLO SOSTENIBLE

GENDER AS A SOCIAL DETERMINANT OF HEALTH AND ITS IMPACT ON SUSTAINABLE DEVELOPMENT

Camila Mies Vargas*

RESUMEN: Este trabajo analiza los determinantes sociales de la salud y, de forma particular, el género en su dimensión de determinante estructural de la misma. El análisis comprende la manera en que el género influye en la construcción de los distintos determinantes sociales de la salud y cómo afecta la materialización del derecho humano a la salud de la mujer. Asimismo, este trabajo da cuenta de la relación existente entre el binomio género/salud y el objetivo internacional de avanzar hacia un desarrollo sustentable, subrayando la imposibilidad de dicho avance sin mejorar la salud de la mujer alrededor del mundo.

ABSTRACT: *This work analyzes the social determinants of health and, in particular, gender in the dimension of its structural determinant. The analysis includes how gender influences the construction of the different social determinants of health and how it affects the materialization of women's human right to health. Likewise, this work accounts for the existing relationship between the gender/health binomial and the international objective of advancing towards sustainable development, emphasizing the impossibility of such progress without improving women's health around the world.*

PALABRAS CLAVES: Derecho a la salud, perspectiva de género, determinantes sociales de la salud, inequidad en la salud, políticas de salud, desarrollo sostenible.

KEYWORDS: *Right to health, gender perspective, social determinants of health, health inequity, health policies, sustainable development.*

Fecha de recepción: 09/10/22

Fecha de aceptación: 09/10/22

doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2023.7412>

* Licenciada en Ciencias Jurídicas. Abogada. Máster en Estudios Avanzados en Derechos Humanos, Universidad Carlos III de Madrid (España). Doctoranda del Programa en Estudios Avanzados en Derechos Humanos, Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba, Universidad Carlos III de Madrid. E-mail: 100403687@alumnos.uc3m.es

1.- INTRODUCCIÓN¹

El derecho a la salud, durante el curso de la historia, se ha presentado siempre como un derecho crucial, un derecho fundamental y un derecho básico para todos los seres humanos y cuyo reconocimiento es posible encontrarlo de manera transversal a propósito del estudio de los derechos humanos. Se presenta tanto como requisito o condición para el desarrollo sostenible como un fin en sí mismo. Pese a dicha relevancia, existe una diferencia sustancial a propósito de la materialización y el efectivo goce y ejercicio de dicho derecho, según se esté ante un hombre o una mujer. En otras palabras, el género se presenta como un determinante estructural a propósito del derecho humano a la salud, donde las mujeres alrededor del mundo se encuentran en una situación de desventaja y de perjuicio en lo que a su salud y a la materialización de su derecho a la salud se refiere.

Las mujeres, en tanto colectivo, deben enfrentarse no sólo a obstáculos en materia de salud que dicen relación con su sexo o biología, sino que, y aún en mayor medida, deben enfrentarse a obstáculos, barreras y prejuicios que dicen relación con su género, el cual se presenta como uno de los grandes determinantes en materia de salud. Por ello, el conocimiento, análisis e investigación del derecho a la salud desde una perspectiva de derechos humanos y desde una perspectiva de género resulta imperativo: se debe asumir una postura feminista crítica que desentrañe y visibilice las relaciones de poder y subordinación producto de las construcciones sociales de género, que sitúan a la mujer en una posición de inferioridad y menoscabo frente a los hombres, esto en el afán de revertir dicha situación y avanzar hacia la equidad en materia de salud.

Ahondar en el efecto y la consecuencia que conlleva el género como determinante en la salud implica, por consiguiente, cuestionar las normas, expectativas y funciones sociales que incrementan la tasa de exposición y la vulnerabilidad frente a los riesgos para la salud de las mujeres. Esto último, resulta crucial para la efectividad y materialización de políticas públicas que tengan por objeto caminar hacia la equidad en la salud, en tanto las mismas deben hacerse cargo del rol que cumple el género como determinante estructural de la salud. Ello, en tanto como se mencionó, la salud de las mujeres se ve profundamente afectada por la forma en que son tratadas por la sociedad y la situación de vulnerabilidad en que la misma las ubica. De allí, que muchas de las causas principales de morbilidad y mortalidad de las mujeres —lo mismo en los países ricos que en los pobres— tengan su origen en las actitudes de la sociedad hacia ellas, lo que a

¹ Las afirmaciones formuladas en el presente trabajo se expresan en el contexto de una investigación de carácter académico y son de exclusiva responsabilidad de su autora.

su vez se refleja en las estructuras y los sistemas que establecen las políticas, determinan los servicios y crean las oportunidades.

Esto último, nos lleva a la necesidad de reconocer y establecer la estrecha relación que existe entre la salud de las mujeres —o la carencia de la misma— con el desarrollo de carácter sostenible a nivel mundial. El desarrollo sostenible, entendido como aquél desarrollo que satisface las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones, exige derribar aquellas categorías, barreras y prejuicios que cimientan la inequidad de género, especialmente en materia de salud, como un requisito o condición indispensable para alcanzar este tipo de desarrollo, el cual obliga a superar el androcentrismo desde el que se ha pensado y configurado el desarrollo y a reconocer y visibilizar, en cambio, el rol preponderante que juegan las mujeres y la salud de las mismas en la consecución de los distintos objetivos de la Agenda 2030.

2. DETERMINANTES SOCIALES DE LA SALUD

Los niveles de salud de la población a nivel mundial difieren en gran medida tanto entre los países alrededor del mundo como dentro de los mismos. Esto último se explica en tanto existen diversos factores —más allá de los estrictamente biológicos o fisiológicos— que dicen relación con los niveles de exposición que tienen las personas a distintos tipos de enfermedades. Estos factores vienen dados precisamente por los denominados “determinantes sociales de la salud”. Los determinantes sociales de la salud han sido definidos por la Asamblea de la Organización Mundial de la Salud (OMS) como “aquellas circunstancias en que las personas nacen, crecen, viven, trabajan y envejecen, resultado de la distribución del dinero, el poder y los recursos mundiales, nacionales y locales que explican la mayor parte de las inequidades sanitarias, esto es: las diferencias injustas y evitables observadas en y entre los países en lo que respecta a la situación sanitaria”². En este sentido, las condiciones de vida de la población; la pobreza; la ausencia de agua potable; la falta de vivienda digna; la falta de alimentos; el paro o el trabajo precario; todos forman parte de los determinantes llamados sociales y universalmente reconocidos como condicionantes de la salud³, a los cuales, desde hace algunos años, se le agregan otros factores determinantes como son la raza o etnia y el género.

²Benach Joan, “La salud de todos y sus causas. La salud pública, la equidad y sus causas: ¿de qué depende nuestra salud?”, *Observatorio de Salud. Mientras Tanto* (2012): 1-10.

<https://www.upf.edu/documents/3298437/3304538/observatoriosalud1.pdf/32afbe3d-c0b2-4d2b-aae6-81facd9a9c56>

³Aparicio Idoia, “La equidad de género en salud: un camino por recorrer” en *Comprendiendo el derecho humano a la salud*, ed. por Prosalus y Cruz Roja Española (2014): 42-49.

Este concepto de “determinantes sociales de la salud” surge como respuesta a la necesidad de reconocer las limitaciones de las intervenciones enfocadas únicamente en los riesgos individuales ante la enfermedad que desconocían o no tomaban en consideración el preponderante rol que juega la sociedad, la forma en que está configurada y las condiciones materiales de cada persona. De tal manera, el abordaje de los determinantes sociales de salud ha tenido por objeto hacer hincapié en la importancia de la acción multisectorial y la inaceptabilidad de las marcadas inequidades en materia de salud y la salud como derecho humano. Debido a la importancia y la necesidad de que el desarrollo y análisis de dicho determinantes estuviera a cargo de un organismo especializado, es que se crea la Comisión de Determinantes Sociales de la Salud, cuya misión es reunir datos y evidencias sobre las causas sociales y medioambientales de las desigualdades sanitarias y sobre posibles medidas e intervenciones que permitan fomentar la equidad sanitaria y promover un movimiento mundial para alcanzar ese objetivo además de centrar su labor en países con todo tipo de niveles de ingresos y desarrollo⁴. El modelo de los determinantes sociales de la salud, asimismo, reconoce que existe una intersección de distintas categorías —los determinantes— que reflejan profundas desigualdades las condiciones materiales de vida de una persona, creando diferencias evitables y, por tanto, injustas, lo cual repercute negativamente en los niveles de salud de las personas, particularmente, las personas empobrecidas y en una mayor situación de vulnerabilidad. Debido a que estas diferencias en salud son evitables y por consiguiente injustas, es que la Comisión hace tres grandes recomendaciones para mejorar la equidad en salud: 1) mejorar las condiciones en las que las personas nacen, viven, crecen y envejecen; 2) enfrentar la desigual distribución inequitativa de poder, dinero y recursos; 3) medir y entender el problema y brindar recomendaciones para intervenir⁵.

Dentro de este contexto, la OMS distingue entre dos grandes categorías de determinante sociales de la salud, los determinantes sociales estructurales y los determinantes sociales intermedios. Los determinantes estructurales son aquellos que dicen relación específicamente a atributos que generan o fortalecen la estratificación de una sociedad y definen la posición socioeconómica de la gente. Estos mecanismos configuran la salud de un grupo social en función de su ubicación dentro de las jerárquicas de poder, prestigio y acceso a los

⁴Comisión de los Determinantes Sociales de la Salud, *Subsanar las desigualdades en una generación: alcanzar la equidad sanitaria actuando sobre los determinantes sociales de la salud* (2009).

⁵Luxardo Natalie et al., “Antecedentes del concepto “determinantes sociales de la salud” en el estudio de las desigualdades” en *Investigación e Intervención en salud Demandas históricas, derechos pendientes y desigualdades emergentes*, comp. por Ezequiel Sustas Sebastián, Silvia Tapia Alejandra y Venturiello María Pía (Buenos Aires: 2020), 107-136.

recursos. El adjetivo “estructural” recalca la jerarquía causal de los determinantes sociales en la generación de las inequidades sociales en materia de salud. Estos determinantes de carácter estructural se diferencian de los determinantes intermedios en tanto los primeros tienen la capacidad de reproducir sistemáticamente una distribución desigual de riqueza y poder, afectando o influyendo en los determinantes intermedios. Por determinantes intermedios, por tanto, se debe entender todas aquellas circunstancias materiales, entendidas como las condiciones de trabajo y de vida, los hábitos relacionados con la salud y los factores psicosociales y biológicos. Los sistemas de salud como determinantes se encontrarían también en este nivel.

Respecto de los determinantes estructurales de la salud, como se señaló, estos poseen el atributo de generar estratificación social. Aquí es posible encontrar: la posición social; el género⁶; la raza o etnia; la educación y el trabajo o empleo. Primero, la posición social. La posición social de las personas es de suma relevancia a propósito de la materialización del derecho humano a la salud en tanto produce o determina la estratificación social. En este sentido, la posición social no actúa o influye de manera directa en el derecho humano a la salud, sino de manera indirecta, en tanto determina la posibilidad u opciones que tiene la persona en cuanto al acceso y consumo de bienes y servicios —incluidos los de la salud—, determinando las condiciones materiales de vida de una persona (determinantes intermedios de la salud). En otras palabras, la posición social determina desigualdades en distintos factores o condiciones materiales, tales como la situación laboral y de vivienda; la disponibilidad de alimentos; circunstancias psicosociales como los factores estresantes o conductuales; cohesión social; y, además, el acceso a bienes y servicios en materia sanitaria. El análisis de la posición social tiene directa relación con un enfoque muy estudiado a propósito de la salud pública y la inequidad en salud, el cuál es, el enfoque del gradiente social. Dicho enfoque demuestra que cuando se clasifica a las personas según la educación, los ingresos u otra manifestación de la desventaja social, las desigualdades en la salud no se limitan a la mala salud de los pobres, sino que hay una relación escalonada, y cuanto más bajo es el nivel en la jerarquía social, peor es la salud⁷. Este enfoque es sumamente importante en tanto visibiliza el hecho de que, para abordar las desigualdades e inequidades en materia de salud, necesariamente se debe estar a cómo los distintos determinantes de carácter estructural afectan y determinan las condiciones de vida de una persona y con ello los factores de riesgo y

⁶El género como determinante estructural de la salud se analizará de forma separada en el siguiente apartado de esta ponencia.

⁷Organización Panamericana de la Salud, *Sociedades justas: equidad en la salud y vida digna. Resumen Ejecutivo del Informe de la Comisión de la Organización Panamericana de la Salud sobre Equidad y Desigualdades en Salud en las Américas* (Washington D.C.: OPS, 2018).

las posibilidades que la misma tiene para afrontar enfermedades y materializar su derecho humano a la salud.

Segundo, la raza o etnia. Es importante partir señalando que la raza o etnia, al igual que el género, responde a una construcción de carácter cultural y no a una característica biológica, que actúa como un factor de discriminación o factor de opresión cuando se trata de una raza o etnia de carácter minoritario, que se encuentra sometida al grupo (raza o etnia) dominante y muchas veces oprimida y marginada por el mismo. Por ello, pertenecer a un grupo o minoría étnica muchas veces está asociado a una peor salud o a precarios accesos a los servicios de salud, en la medida en que los grupos indígenas tienden a ser los más pobres, con menor nivel educativo y en su mayoría residen en áreas rurales con diversas amenazas medioambientales⁸. En este sentido, la pertenencia a una raza o etnia minoritaria puede conllevar que se experimente discriminación en la atención de la salud, discriminación que se verá agravada cuando, en la persona que solicita la atención, confluyen otros factores o categorías de discriminación u opresión como el género, la edad, la discapacidad, la identidad sexual minoritaria, entre otras. De esta forma, la raza o la pertenencia a una minoría étnica —sobre todo en el caso de las mujeres— influye categóricamente tanto en las posibilidades y oportunidades sociales, económicas, educativas, etc., todo lo cual afecta y determina, a su vez, la salud de las personas.

Tercero, el acceso a la educación. El acceso a la educación y los efectos positivos de la misma en el desarrollo de las personas, tanto personal como material, está altamente estudiado y analizado. La educación se presenta como un importante vehículo para avanzar hacia la materialización de un amplio catálogo de derechos, así como un medio por el cual ascender en la escala social. De allí que el acceso a la educación sea concebido como un determinante estructural de la salud, en tanto su posibilidad de generar estratificación social e influir en los determinantes intermedios de la salud. Pese a la importancia de la salud, las posibilidades de acceder a la misma no son iguales para todas las personas alrededor del mundo y vemos como, mujeres y niñas, tienen menores posibilidades de acceder a una educación de calidad, sobre todo en aquellos países menos desarrollados o con mayores niveles de desigualdad de género. Esta restricción en el acceso a la educación compromete, entre otras cosas, los niveles de salud y bienestar de las mismas —y de todas aquellas personas en situación de vulnerabilidad que ven transgredido su derecho humano a la educación—, afectando su calidad de vida y aumentando su exposición al riesgo de contraer enfermedades. Las personas que

⁸Valdivia Martin, "Sobre los determinantes étnico-culturales de la inequidad en salud materno-infantil", *Salud, interculturalidad y comportamiento de riesgo* (2011): 85-117.

http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/Peru/grade/20120223051520/30_valdivia.pdf

tienen mayores niveles de educación, no sólo tienen la posibilidad de contar con mejor información para tomar mejores decisiones en lo que a su salud se refiere, sino que existen estudios que dan cuenta que dichas personas gastan más e invierten más en su salud y en la de sus familias. Por ejemplo, las niñas y niños cuyas madres han recibido una formación secundaria o grados mayores de educación, tienen el doble de posibilidades de sobrevivir más allá de los cinco años de edad, si se compara con los hijos de mujeres que no han recibido formación alguna. Asimismo, la hija o hijo de una madre que sabe leer, tiene el doble de posibilidades de sobrevivir más de los cinco años de edad, que la hija o hijo de una madre que no sabe leer⁹. En efecto, la evidencia científica da cuenta que el impacto de la educación es intergeneracional, es decir, que afecta a las generaciones venideras. Las hijas e hijos de padres y madres que cuentan con una mejor educación, gozan de una mejor salud y de mayores niveles de bienestar. De allí la relevancia de la educación para revertir y poner fin a los círculos de pobreza, precariedad y peores índices de salud y bienestar.

Por último, el acceso al empleo. Al empleo se le atribuye el origen de la estratificación socioeconómica que involucra no solo los patrones de consumo sino también los estilos de vida y el comportamiento¹⁰. En este sentido, el empleo es uno de los factores o elementos que distribuye la riqueza y el poder dentro de una sociedad y de allí que se considere como un determinante estructural de la salud. Al igual que los elementos anteriores, esta influencia la salud a través de los determinantes intermedios de la salud. Con todo y pese a su relevancia, el acceso al empleo no es el mismo para todas las personas dentro de una misma sociedad sino que, muy por el contrario, existen distintas barreras y obstáculos para acceder al empleo — particularmente el empleo formal— que enfrentan ciertas personas o grupos de personas, sobre todos aquellas en una mayor situación de vulnerabilidad por encontrarse en el eje de intersección de distintos factores de discriminación, todos los cuales repercuten o influyen negativamente en sus opciones y posibilidades de acceder al mercado laboral formal. Respecto del acceso al empleo, es posible ver cómo las desigualdades de género se trasladan a dicho ámbito, debido a la estructura androcentrista y hetero-patriarcal de la sociedad, donde la mujer —incluso al día de hoy— se encuentra sub-representada en el mercado laboral formal y en los puestos o cargos de poder o directorios, repercutiendo negativamente en la capacidad de las mismas de acceder a mejores condiciones materiales, así como también a mejores servicios de salud. Asimismo, las mujeres enfrentan barreras y obstáculos productos de los roles de género tradicionales en

⁹ Idem.

¹⁰ Vilma Sousa Santana, "Empleo, condiciones de trabajo y salud", *Salud Colectiva* 8, nº 2 (2012): 101-106. <https://www.redalyc.org/pdf/731/73123079007.pdf>.

lo que dice relación con el empleo, en tanto dichos roles de género tradicionales han llevado a crear una conciencia social que identifica el trabajo doméstico no remunerado con lo femenino y, por consiguiente, este ha recaído históricamente de manera desproporcional —si es que no exclusivamente— en la mujer. El hecho de que el trabajo doméstico no remunerado recaiga (casi) exclusivamente en la mujer trae repercusiones negativas en su salud tanto física como mental, debido a la doble jornada laboral que la misma debe realizar. El agotamiento que ello conlleva y la pobreza de tiempo que las mismas sufren, trae consigo que millones de mujeres alrededor del mundo enfermen más y presenten una mayor tasa de morbilidad que los hombres. De igual forma, el hecho que las mujeres deben ausentarse de sus trabajos —o no entrar al mercado laboral formal— por recaer en ellas la obligación de cuidar a sus hijos, trae como consecuencia que las mismas tengan peores o nulas condiciones de jubilación o prestaciones de seguridad social asociadas al empleo, cuestión que también impacta grave y negativamente en su calidad de vida, sobre todo en sus años de vejez.

Como se mencionó anteriormente, los determinantes sociales de la salud se dividen entre determinantes estructurales y determinantes intermedios. Los determinantes intermedios incluyen, entre otros, las circunstancias materiales, circunstancias psicosociales y factores conductuales y biológicos, cohesión social, y los sistemas de salud¹¹. Los determinantes intermedios se distribuyen según la estratificación social y determinan las diferencias en cuanto a la exposición y la vulnerabilidad a las condiciones perjudiciales para la salud¹². Los determinantes intermedios de la salud vienen definidos, entonces, por los determinantes estructurales, sobre todo en lo que dice relación con la capacidad de la persona de acceder a distintas circunstancias de carácter material. De acuerdo a los académicos Richard Wilkinson y Michael Marmot¹³ —quienes han realizado un extensivo análisis y estudio de cómo actúan y que rol juegan los determinantes sociales de la salud en los niveles de salud y bienestar de las personas—, las personas que cuentan con mejores condiciones materiales de vida, gozan de mejor salud y viven más. Dentro de las condiciones materiales que se tienen en consideración para esta afirmación se encuentran, por ejemplo, que las mismas tengan acceso a servicios de transporte público y seguro, acceso a buena alimentación, a una vivienda adecuada, disponibilidad y acceso a agua potable, acceso a buenas escuelas/colegios en áreas cercanas a su domicilio, el tipo de barrio donde se vive, entre otros. Por ejemplo, el tipo de barrio donde

¹¹Este análisis sólo incluirá las circunstancias materiales únicamente en atención a la extensión de palabras permitidas para la presente publicación.

¹²De la Guardia Gutiérrez Mario Alberto y Ruvalcaba Ledezma Jesús, "La salud y sus determinantes, promoción de la salud y educación sanitaria", *Journal of Negative and No positive Results (JONNPR)* 5, n°1 (2020), 81-90, p. 84. <https://doi.org/10.19230/10.19230/jonnpr.3215>

¹³World Health Organization, *The Solid Facts*, 2ª ed. (2003).

la persona vive, va a determinar —en la mayoría de los casos— el tipo de vivienda (niveles de ruido, la humedad, el plomo, el monóxido de carbono, etc. todo lo cual puede ser dañino para la salud de las personas que habitan la vivienda), el acceso de la misma a recursos básicos (como agua potable y electricidad), además de la calidad y tipo de servicios de salud que se encuentran disponibles en el área o sector donde la vivienda está ubicada.

En efecto, las condiciones materiales a las que una persona tiene acceso impactan directamente en los niveles de salud y bienestar de una persona. Esto último es especialmente relevante si se tiene en consideración que la mitad de la población —las mujeres— tienen menor acceso y enfrentan mayores barreras y obstáculos para lograr mejores condiciones materiales en su vida, al encontrarse éstas sobre representadas en los sectores más empobrecidos de la sociedad. La feminización de la pobreza es un problema de carácter global, que cruza fronteras y que no depende únicamente del nivel de desarrollo del país en cuestión. Por ello, no solo es necesario ir más allá de las causas estrictamente económicas que forjan esta realidad, sino que es necesario atender a las causas sociales y culturales que oprimen, marginan y subordinan a la mujer en favor del hombre, y visibilizar y reconstruir las jerarquías y relaciones de poder que alimentan androcentrismo y hetero-patriarcado con la finalidad de mejorar las condiciones de vida de las mujeres alrededor del mundo y sus niveles de salud y bienestar.

3. EL GÉNERO COMO DETERMINANTE ESTRUCTURAL DE LA SALUD

El género —como se mencionó anteriormente— es uno de los determinantes estructurales de la salud. El género se refiere a los roles, comportamientos, creencias, características y oportunidades que se consideran apropiados para los hombres, las mujeres, los niños y las niñas dentro de una sociedad en un momento determinado de la historia. Su importancia, radica en que el mismo no sólo determina la posición social de las personas, sino que define también la posibilidad que tienen estas para acceder a bienes y servicios de calidad y libre de discriminación. En el caso de la salud, el impacto potencial del género es relevante porque las conductas, las relaciones de poder, los entornos, las interacciones sociales y una larga lista de factores tienen un impacto en salud, que es diferente para mujeres y hombres¹⁴, lo cual deja constancia de que las inequidades en salud son evitables y, por consiguiente, injustas.

La evidencia científica demuestra cómo el género, es decir, aquellas expectativas sociales y culturales de cómo deben comportarse las mujeres y los roles de género tradicionales asociadas a las mismas,

¹⁴Sanchez López María del Pilar, *La salud de las mujeres*, (España: Síntesis, 2013).

aumenta la exposición y el riesgo que tienen las mujeres alrededor del mundo ante distintos tipos de enfermedades. Esto se traduce, en que las mujeres —más allá de enfrentar enfermedades que dicen relación con sus características propiamente biológicas o fisiológicas— se enfrentan a enfermedades cuyas raíces o fundamentos se encuentran en las condiciones de vida que las mismas experimentan. De hecho, la OMS ha declarado que si bien las mujeres son más longevas —es decir viven más años— éstas presentan una mayor tasa de morbilidad que los hombres, es decir, viven de peor manera o su calidad de vida es peor y sufren más enfermedades. De allí, la necesidad y urgencia de analizar detalladamente cómo el género impacta y alimenta las inequidades en salud. En esta línea, existen realidades que aumentan el riesgo de desarrollar enfermedades, a las cuales mujeres se enfrentan, que tienen directa relación con dicho desequilibrio de poder y con las jerarquías sociales entre géneros, como, por ejemplo, la violencia, las prácticas de mutilación femenina, el VIH/Sida, el matrimonio infantil, el embarazo adolescente, la malnutrición, entre otros. Todos estos son problemas de salud pública que, naturalmente, impactan e inciden negativamente en la calidad de vida de las mujeres, adolescentes y niñas que los experimentan y que, a su vez, dicen directa relación con factores socioculturales así como a la falta de acceso y control de recursos sociales, económicos y políticos, todos ellos relacionados con el género.

Por último, la necesidad de incorporar un enfoque de género en el tratamiento de la salud sugiere, entre otras cosas, analizar la salud de las mujeres desde una perspectiva del ciclo de la vida, con tal de hacer frente a las distintas desventajas, barreras y obstáculos que enfrentan estas a lo largo de su vida y que dicen precisamente relación con este desequilibrio de poder producto de relaciones jerárquicas asimétricas entre hombres y mujeres que perpetua la subordinación de lo femenino a lo masculino, cuyas manifestaciones podrán ser distintas atendiendo al momento o etapa de la vida de las mismas. En este sentido, el género como determinante de salud, exige tomar en consideración el análisis diferencial de los modos en que varones y mujeres, en las distintas etapas de su vida, construyen su forma de ser y desenvolverse por el mundo, las exigencias sociales específicas y las condiciones de vida asociadas, todas las cuales deben formar parte de la red conceptual y práctica para atrapar las diversas problemáticas de la salud¹⁵. Asimismo, el análisis del género como determinante estructural de la salud exige la incorporación de un enfoque interseccional en dicho análisis, toda vez que se requiere tener en consideración que el género no es un factor de opresión o discriminación que actúa de manera aislada en el ámbito de la salud, sino que existen otros factores (tales como la edad, la discapacidad, la

¹⁵ Débora Tajer y Adrián Charask, "Género y enfermedad cardiovascular", *Revista Argentina de Cardiología* 81, N° 4 (2013): 295-296.

orientación o identidad sexual, la religión, etc.) que tienen lugar de manera simultánea junto al género, dando como resultado un tipo especial y complejo de discriminación, denominado discriminación interseccional, la cual afecta y repercute negativamente en la experiencia y materialización del derecho humano a la salud de las mujeres —y todas aquellas personas— que se encuentran en ese eje o cruce de factores de opresión o discriminación.

4. EL IMPACTO DE LA SALUD DE LAS MUJERES EN LA CONSECUCCIÓN DE UN DESARROLLO DE CARÁCTER SOSTENIBLE

Teniendo en consideración que gran parte de la inequidad sanitaria tiene su origen en una combinación nociva de políticas sociales insuficientes, una situación económica injusta y una mala gestión política, todo lo cual deriva en privaciones materiales de acceso a bienes y servicios sanitarios tanto en los países más pobres como incluso en las comunidades pobres de los países más ricos, es fácil prever que dichas desigualdades prevenibles y, por tanto, injustas, van en contra de la intención mundial en orden a avanzar hacia un desarrollo de carácter sostenible, sobre todo si se tiene en consideración que muchas de dichas desigualdades tienen su origen en aquella constante histórica de discriminación, así como de barreras y obstáculos, que deben enfrentar las mujeres en lo que dice relación con la materialización de su derecho humano a la salud, lo cual es alimentado y perpetuado por el desequilibrio de las relaciones de poder y jerarquías sociales que subordinan las mujeres a los hombres.

En este sentido, la salud de las mujeres, o bien, el derecho a la salud analizado desde una perspectiva de género, se caracteriza por sus notas sociales, culturales, políticas, económicas, y, sobre todo, por ser una cuestión contingente y atingente a los derechos humanos, indispensable para el desarrollo de las sociedades. La salud de las mismas afecta no sólo cada área de su propia vida sino también la de su familia y la de su comunidad¹⁶, debido al efecto intergeneracional que tiene la salud de las mujeres, las sociedades son mejores y más desarrolladas en la medida que las mujeres cuentan con una mejor salud, gozan de un mayor bienestar y padecen menos discriminación y desigualdades en los servicios de salud y en el acceso a los mismos. De allí, la imposibilidad de alcanzar dicho desarrollo sin invertir y dirigir mayores recursos y esfuerzos en mejorar la salud dicha parte de la población, como también la imposibilidad de alcanzar la equidad en salud sin combatir aquellas diferencias evitables, injustas o remediabiles basadas en el género. Desde dicho sentido, es posible sostener que el género afecta a todas las metas del Objetivo de

¹⁶Firth Murray Anne, *From Outrage to Courage: The unjust and Unhealthy Situation of Women in Poorer Countries and What They Are Doing About It*, 2ª ed. (California, 2013).

Desarrollo Sostenible relativo a la Salud y Bienestar en tanto —como se explicó anteriormente— interactúa con otros determinantes e influye en los riesgos, las exposiciones, los comportamientos, y la respuesta del sistema de salud y, de igual manera, afecta y/o se relaciona estrechamente con la consecución de la gran mayoría de los otros objetivos de desarrollo sostenible contemplados en la Agenda 2030. Esto último, debido a que la misma ha sido diseñada y construida bajo los principios de universalidad, interdependencia e indivisibilidad, lo cual implica que, para avanzar en un determinado objetivo, necesariamente se debe avanzar en los demás. Por esto último es que, un estudio y análisis detallado de dicha agenda permitirá, ilustrar y visibilizar cómo el binomio género/salud se relaciona estrechamente con otros objetivos, como lo hace con el objetivo relativo a la pobreza; la educación; el hambre; el agua limpia y saneamiento; trabajo decente y crecimiento económico entre otros.

Por lo mencionado anteriormente es que resulta necesario que los planes y programas de acción en el marco de la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible, dirigidos a mejorar la salud y elevar los niveles de bienestar de las mujeres alrededor del mundo, sean diseñados y pensados desde un enfoque de género, así como también desde un enfoque de derechos humanos incluyendo, además, una perspectiva interseccional e interdisciplinaria, que permita hacer las conexiones y visibilizar las mencionadas relaciones que tiene la salud y el género con otros objetivos, todos los cuales se acercan y alinean con los determinantes sociales de la salud. Esto permitirá que dichos planes y programas de acción se encarguen de enfrentar las razones y causas subyacentes a la inequidad en salud que enfrentan las mujeres alrededor del mundo y pondrá de relieve que, la gran mayoría de ellas, es posible reconducirlas precisamente a los desequilibrios de poder y estructuras jerárquicas patriarcales aún tan presentes en la sociedad actual.

5. CONCLUSIÓN

Todo lo anteriormente expuesto busca entregar una visión general de qué son los determinantes sociales de la salud, así como qué atribuciones tiene el género como determinante estructural de la salud y cómo el mismo interactúa y se relaciona con los demás determinantes estructurales y cómo informa e influye a los determinantes intermedios de la salud. En efecto, tal y como se expuso, el género —entendido como aquella construcción social que determina los comportamientos y las expectativas de comportamientos según si se es hombre o mujer en una sociedad y época determinada— ha demostrado tener la capacidad o la aptitud de influir en la manera que la mujer ve materializado su derecho humano a la salud y el tipo de atención y acceso que la misma tiene a los servicios y recursos

sanitarios, además de influir en la determinación de su posición social; el acceso que la misma tiene a la educación; la posibilidad de acceder al mercado laboral /empleo; el tipo y la clase de recursos materiales a los cuales la misma tiene acceso; etc. Por ello, resulta urgente y necesaria la adopción e incorporación de una perspectiva de género en el tratamiento de la salud, en tanto es necesario visualizar y desentrañar las distintas formas y maneras en que estos desequilibrios de poder y jerarquías sociales, producto de roles de género históricamente establecidos, impactan en la forma en que las mujeres enferman y enfrentan sus enfermedades.

Dicha incorporación de una perspectiva de género en el tratamiento de la salud si bien servirá para reducir las inequidades y desigualdades en salud —cuestión que tiene un impacto directo en los niveles de desarrollo de la sociedad, tanto desde una perspectiva social como económica—, deberá ir acompañada de una perspectiva de derechos humanos y de un enfoque interdisciplinario e interseccional que permita poner de relieve la estrecha conexión que existe entre el binomio género/salud con el resto de los objetivos de desarrollo sostenible contenidos en la Agenda 2030, en tanto la evidencia científica e histórica da cuenta que para avanzar en materia de salud y bienestar, particularmente en el caso de la salud de las mujeres, es necesario avanzar en otros aspectos esenciales del desarrollo humano, como lo son la erradicación de la pobreza; la inseguridad alimentaria; la necesidad de viviendas adecuadas; la educación; entre muchos otros temas. Redefinir el tratamiento de la salud de la mujer desde dichos enfoques permitirá un acercamiento más próximo a las diversas y complejas realidades que enfrentan las mujeres alrededor del mundo, aproximación que resulta estrictamente necesaria si se quieren formular herramientas, planes y programas de acción aptas para provocar cambios favorables y sustanciales en la calidad de vida y salud de millones de mujeres alrededor de todo el mundo.

Por último, reforzar la idea central detrás de esta ponencia, la cual es, que el impulso de los cambios tanto a nivel de salud como a nivel de desarrollo sustentable en general, requiere una deconstrucción sustancial de la forma en que la sociedad ha sido concebida hasta el día de hoy, una sociedad androcentrista y hetero-patriarcal. Por ello, es necesario concentrar los esfuerzos en la reeducación de la sociedad y sus tradicionales roles de género, para eliminar aquellas discriminaciones, barreras, obstáculos y desigualdades que enfrentan las mujeres y avanzar hacia una transformación real a favor de la equidad de género, con mensajes y mandatos socializadores de género dirigidos tanto a hombres como a mujeres en los distintos ámbitos de la vida de las personas, con el fin de lograr cambios reales y sustanciales a favor de la vida y bienestar de las mujeres en todo el mundo.

6. BIBLIOGRAFÍA

- Aparicio, Idoia. "La equidad de género en salud: un camino por recorrer". En *Comprendiendo el derecho humano a la salud*, editado por Prosalus y Cruz Roja Española, 42-49, 2014.
- Benach, Joan. "La salud de todos y sus causas. La salud pública, la equidad y sus causas: ¿de qué depende nuestra salud?". *Observatorio de Salud. Mientras Tanto* (2012): 1-10. acceso el 27 de abril de 2022, https://www.upf.edu/documents/3298437/3304538/observatorio_salud1.pdf/32afbe3d-c0b2-4d2b-aae6-81facd9a9c56
- Comisión de los Determinantes Sociales de la Salud, *Subsanar las desigualdades en una generación: alcanzar la equidad sanitaria actuando sobre los determinantes sociales de la salud*, 2009.
- De la Guardia Gutiérrez, Mario Alberto y Ruvalcaba Ledezma, Jesús. "La salud y sus determinantes, promoción de la salud y educación sanitaria". *Journal of Negative and No positive Results (JONNPR)* 5, nº1 (2020), 81-90. acceso el 27 de abril de 2022, <https://doi.org/10.19230/10.19230/jonnpr.3215>.
- Firth Murray, Anne. *From Outrage to Courage: The unjust and Unhealthy Situation of Women in Poorer Countries and What They Are Doing About It*. 2ª ed. California, 2013.
- Organización Panamericana de la Salud, *Sociedades justas: equidad en la salud y vida digna. Resumen Ejecutivo del Informe de la Comisión de la Organización Panamericana de la Salud sobre Equidad y Desigualdades en Salud en las Américas*. Washington D.C.: OPS, 2018.
- Sanchez López, María del Pilar. *La salud de las mujeres*. España: Síntesis, 2013.
- Sousa Santana, Vilma. "Empleo, condiciones de trabajo y salud". *Salud Colectiva* 8, nº 2 (2012), 101-106, acceso el 27 de abril de 2022, <https://www.redalyc.org/pdf/731/73123079007.pdf>
- Tajer, Débora y Charask, Adrián. "Género y enfermedad cardiovascular". *Revista Argentina de Cardiología* 81, nº 4 (2013), 295-296, acceso el 27 de abril de 2022, <https://www.redalyc.org/pdf/3053/305328736002.pdf>
- Valdivia, Martin. "Sobre los determinantes étnico-culturales de la inequidad en salud materno-infantil". *Salud, interculturalidad y comportamiento de riesgo* (2011), 85- 117, acceso el 27 de abril de 2022, http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/Peru/grade/201202230515_20/30_valdivia.pdf.
- Luxardo, Natalia, Passerino, Leila, M. Sasseti, Fernando, Heredia Candela, Palermo, Cecilia, Billordo, Javier, Brage, Eugenia, Alva, Leandro, López, Francisco y Calzia, Teresita. "Antecedentes del concepto "determinantes sociales de la salud" en el estudio de

las desigualdades". *Investigación e Intervención en salud Demandas históricas, derechos pendientes y desigualdades emergentes*, compilado por Ezequiel Sustas Sebastián, Silvia Tapia Alejandra y Venturiello María Pía, 107-136. Buenos Aires, 2020.

World Health Organization, *The Solid Facts*, 2ª ed. (2003).

INCORPORACIÓN DEL CONCEPTO "INTERSECCIONALIDAD" EN LA DELIBERACIÓN DE NORMAS CONSTITUCIONALES EN CHILE

INCORPORATION OF THE CONCEPT OF "INTERSECTIONALITY" IN THE DISCUSSION OF CHILEAN'S CONSTITUTIONAL NORMS

Viviana Villalobos Fuentes*

RESUMEN: Este artículo presenta un análisis teórico de la incorporación del concepto de interseccionalidad en el discurso jurídico, para posteriormente, adentrarse al estudio de las iniciativas de norma constitucional que buscan consagrarlo en la propuesta de nueva Constitución de Chile.

ABSTRACT: *This article presents a theoretical analysis of the incorporation of the concept of intersectionality in the legal discourse, and subsequently, to study the constitutional law initiatives that seek to enshrine it in the proposal for the new Constitution of Chile.*

PALABRAS CLAVE: interseccionalidad, discriminación, derechos humanos, nueva Constitución, Chile.

KEYWORDS: *intersectionality, discrimination, Human Rights, new Constitution, Chile.*

Fecha de recepción: 09/10/22

Fecha de aceptación: 09/10/22

doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2023.7413>

* Abogada, estudiante del Máster en Estudios Avanzados en Derechos Humanos, Universidad Carlos III de Madrid. Abogada asistente de la Secretaría Legislativa de la Convención Constitucional de Chile. E-mail: viviana.villalobos.fuentes@gmail.com

1.- INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se enmarca dentro del III Congreso de la Asociación de estudiantes y egresadas/os del Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba donde se analizó la institucionalidad y protección de los Derechos Humanos en un nuevo pacto social de Chile.

El proceso constituyente de Chile se ha caracterizado por la fuerte presencia de los estándares de derechos humanos reconocidos en el Sistema Internacional y la utilización del enfoque de género y perspectiva feminista, ambos definidos como principios rectores del funcionamiento del órgano encargado de la redacción de la propuesta de nueva Constitución, denominado Convención Constitucional (en adelante Convención). Estos principios, tal como señala el reglamento general de funcionamiento de la Convención “constituyen las bases democráticas y legítimas del proceso constituyente”¹.

Es en ese contexto, donde surge la importancia de analizar el alcance teórico de la incorporación del concepto de ‘interseccionalidad’ en la deliberación constitucional, la cual ha sido introducida al debate constitucional a través del mecanismo de participación popular denominado: iniciativas populares de norma. Particularmente, al ser la introducción y desarrollo teórico del concepto de interseccionalidad descrita como el aporte actual más relevante en la investigación académica feminista y de género².

2.- LA INCORPORACIÓN DEL CONCEPTO DE INTERSECCIONALIDAD EN EL DISCURSO JURÍDICO

El Feminismo (con mayúscula)³ es en sí mismo una práctica crítica y *autorreflexiva*⁴, cuyo corpus teórico es la postura analítica y transformadora de la realidad y su presupuesto es la histórica discriminación y subordinación de las mujeres expresada en las estructuras sociales⁵. Consecuentemente, la relación conceptual e

¹ Art. 3, letra a) Reglamento General de la Convención Constitucional de Chile. Disponible en <https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/04/Reglamento-definitivo-version-para-publicar-5-mayo-2022-con-anexos.pdf>

² Leslie McCall, “The Complexity of Intersectionality”, *Signs*, vol. 30, no. 3 (2005) 1771.

³ Siguiendo a Alda Facio, “El conjunto de feminismos que yo llamo Feminismo con “F” mayúscula, toma ideas y posturas del liberalismo, de la izquierda, de los movimientos anti-esclavistas de derechos humanos y más abarcadores de la realidad humana ya que incluyen a la otra mitad del género humano”, Alda Facio, “Hacia otra teoría crítica del derecho” en *Las fisuras del patriarcado, Reflexiones sobre Feminismo y Derecho*, coord. Gioconda Herrera (Quito: FLACSO, 2000), 16.

⁴ Tamar Pitch, “Sexo y género de y en el derecho: el feminismo jurídico”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, no. 44 (2010), acceso el 16 de enero de 2022, <https://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/515>.

⁵ María Ángeles Barrere, “Iusfeminismo y Derecho antidiscriminatorio: hacia la igualdad por la discriminación”, en *Mujeres, Derechos y Ciudadanías*, coord. Ruth Mestre (Valencia: Editorial Tirant to Blanch, 2008), 47.

historiográfica del contenido argumental y político de las teorías feministas con el derecho es *ineludible e indisociable*⁶, compartiendo características esenciales, tales como la pluralidad y heterogeneidad de presupuestos epistemológicos, perspectivas teóricas, éticas y prácticas políticas⁷.

Para estos efectos, resulta relevante utilizar distinción de Jaramillo entre las corrientes que usan el derecho como una herramienta del feminismo y corrientes feministas críticas del derecho⁸. La primera de ellas, pone en evidencia las diferencias del tratamiento jurídico basadas en el sexo, en virtud de las cuales las mujeres no han gozado de la condición de sujeto de derechos. Así, el concepto de sexismo “se constituyó en un medio de desafiar el orden normativo del derecho y de dar una nueva interpretación de esas prácticas, tildándolas de indeseables e inaceptables”⁹. De ello surgen las reivindicaciones de los derechos de las mujeres propios del Estado moderno¹⁰, pues, a través de su reconocimiento normativo, el derecho alcanzaría la racionalidad, neutralidad, objetividad y universalidad¹¹. En este sentido, se erigen argumentos que evidencian que el derecho establece distinciones irracionales por medio de la diferenciación sexual, afectando la igualdad jurídica formal y sustancial entre hombres y mujeres, así también, las normas relativas a la discriminación sexual funcionan en base a criterios asimilacionistas en favor del sexo masculino¹². También se critica la exclusión del derecho en el ámbito doméstico, ante una separación estricta e injustificada de lo público y lo privado, que no hace más que consolidar la subordinación de las mujeres, en el entendido que “las mujeres simplemente no son tan importantes para que sean dignas de regulación legal”¹³. Consecuentemente, los mecanismos a través de los cuales se han expresado estas corrientes es la promoción de reformas

⁶ Malena Costa, “Feminismos jurídicos”, *Observatorio de Género en la Justicia Poder judicial de la Ciudad de Buenos Aires*, Boletín 19, (2019), acceso el 16 de enero de 2022, <https://consejo.jusbaires.gob.ar/acceso/genero/boletines>.

⁷ Alessandra Facchi, “El pensamiento feminista del derecho. Un recorrido desde Carol Gilligan a Tove Stang Dahl”, *Academia. Revista sobre la enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, año 3, no. 6 (2005): 27, acceso el 20 de enero de 2022 <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3741718>.

⁸ Isabel Jaramillo, “La crítica feminista al derecho”, en *El género en el derecho. Ensayos críticos*, comps. Ramiro Ávila Santamaría, Judith Salgado y Lola Valladares (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009), 12.

⁹ Carol Smart, “La teoría feminista y el discurso jurídico”, en *El Derecho en el Género y el Género en el Derecho*, comp. Haydee Birgin (Buenos Aires: Editorial Biblos, 2000), 36.

¹⁰ Bárbara Sepúlveda, *Género y Derecho Público* (Santiago de Chile: Thomson Reuter, 2020), 16.

¹¹ Frances Olsen, “El sexo del derecho”, en *El género en el derecho. Ensayos críticos*, comps. Ramiro Ávila Santamaría, Judith Salgado y Lola Valladares (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009), 147.

¹² Frances Olsen, “El sexo del derecho” ..., 147.

¹³ Frances Olsen, “El sexo del derecho” ..., 150.

legales que corrijan la exclusión de las mujeres como sujeto de derecho y garanticen las mismas oportunidades a hombres y mujeres¹⁴.

Las corrientes feministas críticas del derecho, en cambio, tienen dos objetivos de análisis específicos: los presupuestos y nociones fundamentales del derecho y las instituciones jurídicas actualmente existentes¹⁵. Entendido de esa forma, la “búsqueda de una teoría feminista del derecho, marca el desplazamiento desde una preocupación exclusiva por las reformas legales, hacia el interés sobre cuestiones fundamentales como la lógica legal, la justicia, la neutralidad y la objetividad”¹⁶, centrando su razonamiento teórico en el cuestionamiento sobre el modelo normativo del derecho, utilizando el género como instrumento de análisis jurídico en su triple dimensión – normativa, axiológica y sociológica¹⁷ – sobre las relaciones de poder implícitas con la creación, interpretación y aplicación de las normas¹⁸, lo cual exige, por tanto, realizar un análisis descriptivo y normativo del derecho¹⁹. En consecuencia, conlleva un distanciamiento de las teorías clásicas del mismo²⁰.

En esta categoría analítica se ubica el desarrollo teórico de la interseccionalidad. Término metafórico²¹ cuya primera utilización en el mundo académico se remonta a 1989 en el texto “Demarginalizing the intersection of Race and Sex: A black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics” de la jurista norteamericana Kimberlé Crenshaw. Sin embargo, la expansión teórica de la interseccionalidad no puede ser atribuida a un único *texto fundacional*²² pues la genealogía del concepto permite reconocer importantes antecedentes teóricos en movimientos sociales

¹⁴ Malena Costa, “El debate igualdad/diferencia en los feminismos jurídicos”, *Feminismo/s* 15, no. 15 (2010): 148, acceso el 20 de enero de 2022 <https://feminismos.ua.es/article/view/2010-n15-el-debate-igualdadiferencia-en-los-feminismos-juridicos>.

¹⁵ Isabel Jaramillo, “La crítica feminista al derecho”, en *El género en el derecho. Ensayos críticos*, comps. Ramiro Ávila Santamaría, Judith Salgado y Lola Valladares (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009), 121.

¹⁶ Carol Smart, “La búsqueda de una teoría feminista del derecho”, *Delito y sociedad. Revista de Ciencias Sociales, Dossier feminismos* (1998):105.

¹⁷ María Concepción Torres, “Iusfeminismo, género y discurso jurídico: análisis desde la praxis y estado de la cuestión”, *Pensamiento Constitucional*, no. 23 (2018), acceso el 13 de febrero de 2022 <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/20953>.

¹⁸ María Concepción Torres, “Iusfeminismo, género...”, 212.

¹⁹ Ignacio Álvarez, *Crítica del constitucionalismo feminista*, (Barcelona: Editorial Atelier, 2020), 49.

²⁰ Bárbara Sepúlveda, *Género y Derecho Público* (Santiago de Chile: Thomson Reuter, 2020), 11.

²¹ Nira Yuval-Davis, “Más allá de la dicotomía del reconocimiento y la redistribución: Interseccionalidad y estratificación” en *La interseccionalidad en debate, Actas del Congreso Internacional. Indicadores Interseccionales y Medidas de Inclusión Social en Instituciones de Educación Superior* (Berlín: Proyecto MISEAL, 2013), 23.

²² María Rodo-Zárate, *Interseccionalidad. Desigualdades, lugares y emociones* (Barcelona: Ediciones Bellaterra, 2021), 22.

y políticos previos²³ que lograron visibilizar las diferentes experiencias de mujeres en distintos contextos sociales donde la interacción de los privilegios y el poder incrementaban la desigualdad y la discriminación²⁴. El concepto de interseccionalidad tampoco puede ser atribuido a un *único momento fundacional*²⁵, pues su desarrollo teórico resulta contrario a un relato historiográfico lineal con una delimitación geográfica concreta; responde, más bien, a una tradición política e intelectual feminista, compleja y heterogénea del análisis de la realidad social²⁶.

Por cierto, mucho antes del explosivo auge del concepto interseccionalidad, las mujeres negras, chicanas, latinas, asioamericanas e indígenas, a través de su perspectiva y experiencia situada, desarrollaron interpretaciones sobre su identidad individual y colectiva²⁷, al mismo tiempo que criticaban la teorización y prácticas políticas feministas hegemónicas que homogeneizaban la situación de las mujeres²⁸, a través de la construcción del parámetro de lo femenino basado en la experiencia de mujeres blancas, heterosexuales, occidentales y de clase media²⁹, lo cual provocó la instauración de la crítica a la universalidad dentro del feminismo, aspecto que el movimiento también cuestionaba respecto al androcentrismo³⁰; junto con evidenciar la utilización del género como única categoría analítica³¹ sin tener en consideración la interacción y simultaneidad de otras

²³ Patricia Hill Collins y Sirma Bilge, *Interseccionalidad*, (Madrid: Ediciones Morata, 2016), 67.

²⁴ MaríaCaterina La Barbera, “Interseccionalidad, un “concepto viajero”: orígenes, desarrollo e implementación en la Unión Europea”, *Interdisciplina*, vol. 4, no. 8 (2016): 108, acceso el 16 de febrero de 2022, <http://www.revistas.unam.mx/index.php/inter/article/view/54971/48820>.

²⁵ Patricia Hill Collins y Sirma Bilge, *Interseccionalidad*, (Madrid: Ediciones Morata, 2016), 68.

²⁶ María Rodo-Zárate, *Interseccionalidad. Desigualdades, lugares y emociones* (Barcelona: Ediciones Bellaterra, 2021), 22.

²⁷ Patricia Hill Collins y Sirma Bilge, *Interseccionalidad*, (Madrid: Ediciones Morata, 2016), 76.

²⁸ Nira Yuval-Davis, “Más allá de la dicotomía del reconocimiento y la redistribución: Interseccionalidad y estratificación” en *La interseccionalidad en debate, Actas del Congreso Internacional. Indicadores Interseccionales y Medidas de Inclusión Social en Instituciones de Educación Superior* (Berlín: Proyecto MISEAL, 2013), 22.

²⁹ MaríaCaterina La Barbera, “Interseccionalidad, un “concepto viajero”: orígenes, desarrollo e implementación en la Unión Europea”, *Interdisciplina*, vol. 4, no. 8 (2016): 109, acceso el 16 de febrero de 2022, <http://www.revistas.unam.mx/index.php/inter/article/view/54971/48820>.

³⁰ Lucía Busquier y Fabiana Parra, “Feminismos y perspectiva interseccional en América Latina y el Caribe”, *Revista Interticios de la política y cultura*, vol. 10, no. 20 (2021): 78, acceso el 16 de febrero de 2022, <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/intersticios/article/view/35118>

³¹ Itziar Gandarias Goikoetxea, “¿Un neologismo a la moda?: Repensar la interseccionalidad como herramienta para la articulación política feminista”, *Investigaciones Feministas*, vol. 8, no. 1 (2007): 74, acceso el 16 de febrero de 2022, <https://revistas.ucm.es/index.php/INFE/article/view/54498>.

formas de opresión³². Sin embargo, la incorporación y calidad intelectual de los estudios de raza, clase y género era ampliamente cuestionada en el mundo académico³³, por lo que los artículos de Kimberlé Crenshaw, publicados en 1989³⁴ y 1991³⁵, contribuyeron en la institucionalización, investigación y desarrollo del concepto de interseccionalidad³⁶.

Es así como, a través de la metáfora de cruce de caminos³⁷, Crenshaw da cuenta de las limitaciones de las herramientas jurídicas para enfrentar las discriminaciones derivadas de la multidimensionalidad de las experiencias de las mujeres negras. Para luego vislumbrar concretamente estos efectos en distintas discriminaciones en el ámbito laboral³⁸ a través del análisis de los casos *De Graffenreid vs. General Motors*; *Moore vs. Hughes Helicopter*; y *Payne vs. Travenol*. El presupuesto analítico de los tres casos en cuestión radica en el vacío legal frente a situaciones donde la discriminación se constituye simultáneamente por la interacción de la raza y el género, provocando una evidente situación desprotección jurídica a las mujeres negras.

De esta forma, Crenshaw, por un lado, utiliza la interseccionalidad como nueva estructura analítica y lenguaje crítico de la visión dominante³⁹ a través de los cuestionamientos a la

³² MaríaCaterina La Barbera, “Interseccionalidad”, *Eunomía. Revista en Cultura de la legalidad*, no. 12 (2017): 191-2, acceso el 16 de febrero de 2022, <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/3651>.

³³ Patricia Hill Collins y Sirma Bilge, *Interseccionalidad*, (Madrid: Ediciones Morata, 2016), 113.

³⁴ Kimberlé Crenshaw, “Demarginalizing the intersection of Race and Sex: A black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics”, *University of Chicago Legal Forum* (1989): 139 – 167.

³⁵ Kimberlé Crenshaw, “Mapping the Margins: Interseccionalidad, Identity Politics, and Violence against Women of Color”, *Stanford Law Review*, vol. 43, no. 6 (1991): 1.241-1.299.

³⁶ Patricia Hill Collins y Sirma Bilge, *Interseccionalidad*, (Madrid: Ediciones Morata, 2016): 81-82.

³⁷ “Consideremos una analogía con el tráfico de autos en una intersección que van y vienen en las cuatro direcciones. La discriminación, como el tráfico en una intersección, puede circular en una dirección y puede circular en otra. Si ocurre un accidente en una intersección, puede ser causado por autos que circulan en cualquiera de las direcciones y, algunas veces, en todas. De manera similar, si una mujer Negra es damnificada porque se encuentra en la intersección, el daño que sufre puede ser el resultado de discriminación sexual o discriminación racial [Kimberlé Crenshaw, “Desmarginalizar la intersección de raza y sexo: una crítica desde el feminismo negro a la doctrina antidiscriminación, la teoría feminista y las políticas antirracistas” [traducción], en *Feminismos jurídicos. Interpelaciones y debates*, comp. Malena Costa y Romina Lerussi. (Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2021), 55]

³⁸ María Rodo-Zárate, *Interseccionalidad. Desigualdades, lugares y emociones* (Barcelona: Ediciones Bellaterra, 2021), 130.

³⁹ Kimberlé Crenshaw, “Desmarginalizar la intersección de raza y sexo: una crítica desde el feminismo negro a la doctrina antidiscriminación, la teoría feminista y las políticas antirracistas” [traducción] en *Feminismos jurídicos. Interpelaciones y*

supresión de las mujeres Negras de los discursos de la teoría feminista hegemónica y políticas antirracistas en el marco de la estructura de dominación patriarcal y racista; y por otro, evidencia las limitaciones del derecho antidiscriminatorio frente a las experiencias interseccionales de las mujeres Negras, puesto que el análisis de la discriminación, en el marco de la cultura jurídica hegemónica, se realiza a través de un solo eje categorial (racial o sexual), determinado conforme a las experiencias de los sujetos epistemológicamente privilegiados (mujeres blancas y hombres negros en situación de ventaja), lo que provoca la exclusión de las mujeres Negras de la conceptualización, identificación y reparación de la discriminación racial y sexual⁴⁰. Consecuentemente, este análisis conlleva, no sólo la exigencia de evaluar el marco teórico de la discriminación a fin de superar el análisis unitario de la misma, sino una crítica a la neutralidad de la ley⁴¹.

En publicaciones posteriores⁴² la autora profundiza en los objetivos del concepto de interseccionalidad y tipos de interseccionalidad que de ellos se desprende. Conforme a su análisis, el primer propósito de la interseccionalidad es identificar las consecuencias estructurales y dinámicas que surgen de diferentes ejes de opresión, específicamente, evidenciar la forma en que los sistemas discriminatorios generan desigualdades básicas y definen las posiciones relativas de los sujetos situados⁴³. En ese sentido, se configura la denominada *interseccionalidad estructural*, es decir, la mezcla de opresiones simultáneas que afectan las estructuras básicas de la desigualdad y consecuentemente, a las personas especialmente vulnerables⁴⁴, provocando una *subordinación interseccional* de carácter intencional, que, generalmente, será consecuencia de la “imposición de una carga que interactúa con otras vulnerabilidades preexistentes, para crear más desempoderamiento”⁴⁵.

Siguiendo la misma lógica, el segundo objetivo de la interseccionalidad es identificar la forma en que las acciones y políticas

debates, comp. Malena Costa y Romina Lerussi (Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2021), 73.

⁴⁰ Kimberlé Crenshaw, "Desmarginalizar la intersección...", 53.

⁴¹ Tomeu Sales Gelabert, "Repensando la interseccionalidad desde la teoría feminista", *AGORA*, vol. 36, no. 2 (2017) 230, acceso el 18 de febrero de 2022, <https://revistas.usc.gal/index.php/agora/article/view/3711>.

⁴² Particularmente en el artículo publicado en 1991: "Mapping the Margins: Interseccionalidad, Identity Politics, and Violence against Women of Color".

⁴³ Kimberlé Crenshaw, "Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação relativos ao gênero", *Rev. Estud. Fem.*, vol. 10, no.1 (2002): 178, acceso el 18 de febrero de 2022 <https://www.scielo.br/j/ref/a/mbTp4SFXPnJZ397j8fSBQQ/?format=pdf&lang=pt>.

⁴⁴ Kimberlé Crenshaw, "Documento para o encontro ...", 179.

⁴⁵ Kimberlé Crenshaw, "Cartografiando los márgenes. Interseccionalidad, políticas identitarias, y violencia contra las mujeres de color" [traducción] en *Intersecciones: Cuerpos y sexualidades en la encrucijada*, ed. Lucas Platero (Barcelona: Ediciones Bellaterra, 2012), 95.

generan opresiones a través de los distintos ejes de raza, etnia, género, clase u otros, constituyendo dimensiones dinámicas del desempoderamiento⁴⁶. De ello surge, la *interseccionalidad política*, que permite visibilizar las eventuales confrontaciones de las distintas agendas políticas de las personas situadas dentro de al menos dos grupos subordinados, fruto de estrategias discursivas y de acción política que no cuestionan simultáneamente las diferentes opresiones⁴⁷. En efecto, en palabras de Crenshaw, “el feminismo no se pregunta por las implicaciones raciales, y esto implica que las estrategias de resistencia que adopta el feminismo pueden reproducir y reforzar la subordinación de la gente de color; y el antirracismo no se pregunta por las implicaciones del patriarcado y frecuentemente este antirracismo redundante en que se reproduzca la subordinación de las mujeres”⁴⁸.

El análisis de Crenshaw sobre la interseccionalidad ha logrado promover las políticas antidiscriminatorias, de igualdad y acciones afirmativas⁴⁹. Particularmente, en el ámbito jurídico, su contribución se relaciona el replanteamiento de las estructuras analíticas del derecho antidiscriminatorio y los derechos humanos, abriendo paso a la comprensión de la complejidad de las discriminaciones simultáneas e intersectadas⁵⁰. Esto se ha evidenciado en la paulatina incorporación expresa⁵¹ del concepto de interseccionalidad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, inicialmente, a través de instrumentos no vinculantes, tales como recomendaciones e informes de las instancias de seguimiento y aplicación de los instrumentos internacionales por medio de la interpretación del artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el principio de igualdad y no discriminación⁵². Un ejemplo de ello es la Observación General N°

⁴⁶ Kimberlé Crenshaw, “Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação relativos ao gênero”, *Rev. Estud. Fem.*, vol. 10, no.1 (2002): 173, acceso el 18 de febrero de 2022 <https://www.scielo.br/j/ref/a/mbTpP4SFXPnJZ397j8fSBQQ/?format=pdf&lang=pt>.

⁴⁷ Kimberlé Crenshaw, “Cartografiando los márgenes. Interseccionalidad...”, 110.

⁴⁸ Kimberlé Crenshaw, “Cartografiando los márgenes. Interseccionalidad ...”, 98.

⁴⁹ Yuderkys Espinosa, “La interseccionalidad de Crenshaw”, en *Feminismos jurídicos. Interpelaciones y debates*, comp. Malena Costa y Romina Lerussi (Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2021), 92.

⁵⁰ Cecilia Ezpeleta, “La interseccionalidad como herramienta analítica y su recepción en el ámbito de los feminismos jurídicos”, en *Feminismos jurídicos. Interpelaciones y debates*, comp. Malena Costa y Romina Lerussi (Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2021), 72.

⁵¹ Es necesario aclarar que, para estos efectos, se considera incorporación como la mención expresa del concepto de interseccionalidad en los distintos instrumentos internacionales de Derechos Humanos, no así, la interpretación amplia del pensamiento interseccional en el análisis de la discriminación.

⁵² Andrea Zota Bernal, “Incorporación del análisis interseccional en las sentencias de la Corte IDH sobre grupos vulnerables, su articulación con la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, no. 9 (2016): 73, acceso el 18 de febrero de 2022, <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2803>.

20 de 2009 sobre la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales del Comité DESC, la cual reconoce expresamente la posibilidad de que exista una intersección entre las diferentes causas prohibidas de discriminación⁵³. Así también, en la Recomendación General Núm. 28 de 2010 del Comité CEDAW se manifiesta la utilidad del concepto de interseccionalidad en la comprensión de las obligaciones de los Estados Partes derivadas de la prohibición de toda forma de discriminación contra la mujer, al mismo tiempo que, se evidencia que la interseccionalidad de las experiencias discriminatorias tiene un carácter convergente y sumatorio⁵⁴.

Por su parte, la Observación General Núm. 3 de 2016, sobre las mujeres y las niñas con discapacidad del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad extiende la interpretación del concepto de interseccionalidad definiendo una forma distinta de discriminación, al señalar: “[el] concepto de discriminación interseccional reconoce que las personas no sufren discriminación como miembros de un grupo homogéneo, sino como individuos con identidades, condiciones y circunstancias vitales multidimensionales”⁵⁵. En el mismo sentido, la Observación general Núm. 6 sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2018, profundiza sobre los alcances de la discriminación interseccional, entiendo por tal, una situación en la que varios motivos de discriminación interactúan simultánea e indivisiblemente dando como resultado una especie particular de desventajas y discriminación⁵⁶.

En el Sistema Interamericano el concepto de interseccionalidad fue utilizado por primera vez por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Gonzales Lluy y otros contra Ecuador de 2015 reconociendo la existencia de una forma diferenciada de discriminación donde pueden confluir en forma interseccional y simultánea múltiples factores de vulnerabilidad y riesgo de discriminación. En el caso concreto y conforme a la interpretación de la Corte, la interacción de la condición de niña, mujer, persona en situación de pobreza y persona con VIH de la víctima desencadenó una forma discriminación con naturaleza específica⁵⁷. En su análisis la Corte tuvo como antecedente los criterios y recomendaciones de diversos organismos

⁵³ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, Observación General N° 20, 2009, E/C.12/GC/20, párr. 27.

⁵⁴ COMITÉ CEDAW, Recomendación General Núm. 28, 2010, CEDAW/C/2010/47/GC.2, párr. 18.

⁵⁵ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, Observación General N° 3, 2016, CRPD/C/GC/3, párr. 16.

⁵⁶ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, Observación general N° 6, 2018, sobre los derechos de las personas con discapacidad CRPD/C/GC/6, párr. 19.

⁵⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador, sentencia de 1 de septiembre de 2015, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 290.

internacionales, particularmente, la Recomendación General N° 28 del Comité CEDAW⁵⁸, mencionada anteriormente.

Dicha naturaleza específica de la discriminación también fue abordada por la Corte IDH en el caso I.V contra Bolivia de 2016 y en el caso Ramírez Escobar y otros contra Guatemala de 2018, diferenciando conceptualmente entre casos de discriminación múltiple donde se evidencia una “simple acumulación en contra de una persona de distintas causas discriminación”⁵⁹ y casos de discriminación interseccional, entendiendo por tal, la convergencia interseccional de diferentes factores de vulnerabilidad o fuentes de discriminación que configuran una situación discriminatoria característica⁶⁰; señalando en el primer caso mencionado: “La discriminación que vivió I.V. en el acceso a la justicia no sólo 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”⁶¹.

Por otro lado, la Corte IDH, en el caso V.R.P., V.P.C. y otros contra Nicaragua de 2018, tuvo la oportunidad de aplicar al “enfoque interseccional”, conforme al cual, al momento de decidir el caso tuvo en consideración la condición de género, edad, grado de desarrollo y madurez de la menor víctima de violación, aspectos determinantes en las medidas especiales y debida diligencia reforzada que los Estados deben adoptar en esta materia⁶².

Es así como, tal como la perspectiva de género ha influido transversalmente en la teoría general de los derechos humanos, la interseccionalidad se abre paso en el mismo sentido⁶³, esto debido a que, en palabras de Crenshaw, “la interseccionalidad puede servir de

⁵⁸ Georgina Vargas Vera, “Interseccionalidad de la discriminación, formas agravadas de vulnerabilidad. El caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador”, *Iuris Dictio. Revista del Colegio de Jurisprudencia*, no. 18 (2016): 148, acceso el 18 de febrero de 2022 <https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/iurisdictio/article/view/784/1056>.

⁵⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018, párr. 277.

⁶⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso I.V contra Bolivia de 2016, sentencia de 30 de noviembre de 2016, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 247.

⁶¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso I.V contra Bolivia de 2016, párr. 321.

⁶² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018, párr. 154-156.

⁶³ Cecilia Ezpeleta, “La interseccionalidad como herramienta analítica y su recepción en el ámbito de los feminismos jurídicos”, en *Feminismos jurídicos. Interpelaciones y debates*, comp. Malena Costa y Romina Lerussi (Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2021), 76.

punto entre diversas instituciones y eventos y entre las cuestiones de género y raza en los discursos sobre derechos humanos”⁶⁴.

3.- LA INCORPORACIÓN DE LA INTERSECCIONALIDAD EN EL PROCESO CONSTITUYENTE CHILENO

El proceso constituyente en Chile inició formalmente con el “Acuerdo por la Paz y la nueva Constitución”⁶⁵ firmado por los principales partidos políticos del país el día 15 de noviembre de 2019 en respuesta a las manifestaciones sociales iniciadas en octubre del mismo año. Dicho acuerdo posibilitó la reforma Constitucional que determinó el procedimiento para elaborar una nueva Constitución, conforme al cual se le plantearía a la ciudadanía, a través de un plebiscito nacional, la posibilidad de escoger realizarlo o no y el órgano encargado de ello⁶⁶. Los resultados del referéndum nacional realizado el día 25 de octubre de 2020 fueron claros: el 78,31% de los votos válidamente emitidos aprobó la idea de elaborar una nueva Constitución y 79,18% aprobó que el órgano encargado de redactarla fuera la Convención Constitucional, órgano integrado exclusivamente por miembros elegidos por elección popular⁶⁷.

La elaboración de la propuesta de nueva Constitución para Chile realizada por la Convención Constitucional puede iniciarse por tres tipos de iniciativas creación de normas constitucionales: aquellas presentadas por los propios integrantes de la Convención (“iniciativas convencionales constituyentes”⁶⁸); aquellas provenientes de una persona o grupo de personas registradas en el Registro Público de Participación (“iniciativas populares constituyentes”⁶⁹) y aquellas procedente de comunidades, asociaciones u organizaciones de pueblos y naciones indígenas (“iniciativas constituyentes indígenas”⁷⁰). En este contexto se presentaron cinco iniciativas de norma constitucional que expresamente incorporaron el concepto de “interseccionalidad” en su

⁶⁴ Kimberlé Crenshaw, “Demarginalizing the intersection of Race and Sex: A black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics”, *University of Chicago Legal Forum* (1989): 147.

⁶⁵ Acuerdo por la Paz y la nueva Constitución, disponible en: https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/76280/1/Acuerdo_por_la_Paz.pdf.

⁶⁶ Art. 130, Constitución Política de la República de Chile vigente (1980).

⁶⁷ Resultados oficiales del Servicio Electoral de Chile, disponibles en <https://historico.servel.cl/servel/app/index.php?r=EleccionesGenerico&id=10>.

⁶⁸ Art. 81, Reglamento General de la Convención Constitucional de Chile. Disponible en <https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/04/Reglamento-definitivo-version-para-publicar-5-mayo-2022-con-anexos.pdf>.

⁶⁹ Art. 33, Reglamento de mecanismos, orgánica y metodologías de participación y educación popular constituyente. Disponible en <https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2021/10/Reglamento-definitivo-Participacio%CC%81n-Popular-final-modificado-29-diciembre-2021-4.pdf>.

⁷⁰ Art. 22, Reglamento de participación y consulta indígena. Disponible en <https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2021/10/Reglamento-definitivo-Participacio%CC%81n-y-Consulta-Indi%CC%81gena-diciembre-2021.pdf>.

propuesta, dos de ellas como fundamento de la misma⁷¹, y tres en la formulación concreta del artículo a incorporar en la deliberación constitucional; siendo esta última alternativa relevante para el objetivo de este estudio.

Específicamente, la iniciativa popular de norma constitucional (en adelante IPN) N° 9.638 referida al derecho al cuidado y reconocimiento del trabajo doméstico y de cuidado no remunerado señalaba: *“La ley establecerá un sistema nacional de cuidados de carácter integral, universal, accesible, suficiente, interseccional y con pertinencia cultural, que articulará prestaciones y promoverá la corresponsabilidad al interior de la comunidad. Este sistema atenderá de manera prioritaria a las personas en situación de dependencia por enfermedad, discapacidad, ciclo vital, especialmente la infancia y la vejez y a quienes, de manera no remunerada, están a cargo de su cuidado”*.

Por su parte, la IPN N° 45.166 referente a los derechos sexuales y reproductivos estipulaba: *“El derecho a la salud sexual y reproductiva de todas las personas. Se deberá dictar una ley que cree una nueva institucionalidad desde la perspectiva sanitaria, que asegure y garantice, al menos, la erradicación de la violencia gineco-obstétrica, el parto respetado, el aborto libre, la educación y prevención en salud sexual y reproductiva en concordancia con una educación sexual integral y el acceso a prestaciones en esta materia, todo con una perspectiva de género, feminista, interseccional y pluralista.”*

Por último, la IPN N° 41.466 relacionada con la consagración de la perspectiva de género en la administración de justicia expresaba: *“El Estado deberá tomar todas las medidas necesarias, en particular la formación inicial y capacitación constante de todos los operadores de justicia, a fin de eliminar estereotipos de género e incorporar una perspectiva de género con enfoque interseccional en todos los aspectos del sistema y de la administración de justicia.”*

Conforme al Reglamento de la Convención Constitucional, el debate, deliberación y votación de las iniciativas de norma constitucional debe realizarse en las comisiones temáticas donde, conforme a los criterios de la Mesa Directiva de la Convención, sean radicadas; luego, tras un período de deliberación se someten a votación y en caso de obtener la mayoría simple de las y los convencionales que integran la comisión respectiva pasarán a ser deliberadas y votadas por el Pleno de la Convención Constitucional. De conseguir los votos favorables de dos tercios de las y los convencionales en ejercicio y tras el proceso de armonización de todas las normas aprobadas por el Pleno, el contenido de las iniciativas pasa a integrar la propuesta de nueva Constitución, la cual deberá ser

⁷¹ Dos iniciativas convencionales constituyentes (en adelante ICC) incorporaron expresamente el concepto de interseccionalidad en la fundamentación de su propuesta normativa, la ICC N° 11-4 relativa a la finalidad, límites, garantía, financiamiento y regulación de derechos fundamentales y la ICC N° 17-4, que establece derechos fundamentales de las personas en situación de discapacidad.

sometida a un nuevo plebiscito nacional donde la ciudadanía escogerá si aprueba o rechaza el texto constitucional. Cabe señalar que, a la fecha, las tres iniciativas populares de norma constitucional mencionadas alcanzaron los votos suficientes en la comisión respectiva, a saber, comisión de Derechos Humanos y Comisión de Sistemas de Justicia, y, a pesar de no constituir el texto definitivo de la propuesta de nueva Constitución, la innovación en la materia merece ser analizada.

A este respecto, resulta pertinente aclarar que “una de las características de la interseccionalidad, es la multitud de significados que tiene según desde qué disciplina sea abordada”⁷², de hecho, su sentido *heurístico* ha provocado la expansión de su análisis teórico y empírico a distintas ramas de las ciencias sociales⁷³. Esta polisemia y multidisciplinarietà conlleva diferentes consecuencias no sólo terminológicas sino prácticas en la aplicación del mismo en el ámbito jurídico. Un ejemplo de ello es el *sistema nacional de cuidados de carácter interseccional* señalado en la IPN N° 9.638 donde la interseccionalidad es entendida como una categoría de análisis en el estudio de las desigualdades sociales y los ejes de diferencia, ya sean económicos, políticos, culturales, subjetivos, experienciales y psíquicos, intersectados en un contexto histórico específico⁷⁴; en este ámbito, siguiendo a Hancock, la interseccionalidad reconocería la relación interactiva y mutuamente constitutiva entre las categorías sociales y su papel en la formación de políticas públicas, instituciones y actores políticos⁷⁵.

Distinto es el escenario de las iniciativas N° 45.166 y N° 41.466 las cuales hacen referencia a la utilización de la *perspectiva interseccional* de la ley que regule la institucionalidad de los derechos sexuales y reproductivos, y la incorporación de la misma asistema y de la administración de justicia, respectivamente. En este sentido, es necesario recordar que, tal como se evidenció en el acápite anterior, la interseccionalidad en el ámbito jurídico, particularmente en el Sistema

⁷² Itziar Gandarias Goikoetxea, “¿Un neologismo a la moda?: Repensar la interseccionalidad como herramienta para la articulación política feminista”, *Investigaciones Feministas*, vol. 8, no. 1 (2007): 74, acceso el 16 de febrero de 2022, <https://revistas.ucm.es/index.php/INFE/article/view/54498>.

⁷³ Patricia Hill Collins y Sirma Bilge, *Interseccionalidad*, (Madrid: Ediciones Morata, 2016), 16.

⁷⁴ Héctor Sánchez Melero e Inés Gil Jaurena, “Análisis interseccional y enfoque intercultural en el estudio de la ciudadanía y la participación: consideraciones epistemológicas”, *Diálogo Andino*, no. 47 (2015): 146, acceso el 20 de marzo de 2022, http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0719-26812015000200015&lng=es&nrm=iso.

⁷⁵ Ange-Marie Hancock, “When Multiplication Doesn’t Equal Quick Addition: Examining Intersectionality as a Research Paradigm”, *Perspectives on Politics*, vol. 5, no. 1 (2007): 67, acceso el 20 de marzo de 2022, <https://www.cambridge.org/core/journals/perspectives-on-politics/article/abs/when-multiplication-doesnt-equal-quick-addition-examining-intersectionality-as-a-research-paradigm/8CE8074159111C98CE34DA2DB7764A90>.

Interamericano, ha sido aplicada de dos formas, en primer lugar, como una metodología de análisis en los casos donde se evidencian la confluencia de dos o más factores de discriminación, lo que se ha denominado *enfoque interseccional*, tal como ocurrió en el caso V.R.P., V.P.C. y otros contra Nicaragua de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; por otro lado, se ha utilizado como un tipo de discriminación específica (*discriminación interseccional*) resultante de la convergencia de factores de vulnerabilidad o fuentes de discriminación, evidenciado en los casos Gonzales Lluy y otros contra Ecuador; caso I.V contra Bolivia y en el caso Ramírez Escobar y otros contra Guatemala de la Corte IDH.

Ahora, si bien es cierto que el desarrollo de la interseccionalidad en el ámbito jurídico tiene una naturaleza jurisprudencial antes que normativa, su consagración expresa constituye una garantía para el avance del concepto en la cultura jurídica respectiva. Siguiendo a Barrère, “en circunstancias propicias, lo mejor sería su mención a nivel constitucional”⁷⁶ a través de cláusulas de no discriminación que identifiquen diversos factores discriminatorios (raza, género, religión u otra categoría sospechosa) añadiendo la posibilidad de la concurrencia de la intersección entre ellas con énfasis en aquellos factores que responden a categorías sistémicas y no circunstanciales. De esta forma, la importancia de su consagración constitucional está lejos de responder a políticas identitarias (propias de la interseccionalidad política de Crenshaw) sino, más bien, viene a resolver anticipadamente a los problemas de la incorporación legislativa de la interseccionalidad, esto es, por un lado, la ausencia de un alcance sistémico y estructural; y por otro, la adaptación de las normas legales al ordenamiento jurídico y el sistema constitucional que define el sentido y alcance de las normas inferiores⁷⁷. En este sentido, la denominada “interseccionalidad estructural” planteada por Crenshaw, es decir, la evidencia de que distintos sistemas discriminatorios producen desigualdades y definen las posiciones relativas de los sujetos situados, se relaciona necesariamente con el concepto de igualdad sustantiva donde, en palabras de Fredman, “el derecho a la igualdad debe ubicarse en el contexto social, sensible a aquellos que están en desventaja, degradados, excluidos, o ignorados”⁷⁸.

Así, la consagración de la *perspectiva o enfoque interseccional* se vislumbra como una alternativa que busca superar el análisis de la

⁷⁶ María Ángeles Barrère, “La introducción de la interseccionalidad en el derecho con especial referencia a la legislación sobre igualdad de mujeres y hombres”, en *Justicia en clave feminista Reflexiones en torno a la inserción de la perspectiva de género en el ámbito judicial*, eds. G. Otazua Zabala y A. Gutiérrez-Solana (Bilbao: Editorial Euskal Herriko Unibertsitatea, 2021), 77.

⁷⁷ María Ángeles Barrère, “La introducción de la interseccionalidad...”, 77-78.

⁷⁸ Grace Ajele and Jena McGill, *Intersectionality in law and legal contexts* (Toronto: Women’s Legal Education and Action Fund, 2020), 56, acceso el 20 de marzo de 2022, <https://www.leaf.ca/wp-content/uploads/2020/10/Full-Report-Intersectionality-in-Law-and-Legal-Contexts.pdf>.

discriminación a través de una sola categoría, a fin de identificar las causas y consecuencias estructurales provenientes de los diferentes ejes de opresión en el caso concreto conforme a la realidad situada de los intervinientes⁷⁹. De esta forma, la interseccionalidad tiene la vocación de vencer los vacíos de la igualdad y el uso de la concepción tradicional de la no discriminación, identificando sus causas en el ejercicio y goce de los derechos humanos y obligando a reparar todas ellas y no solo algunas⁸⁰.

Sin embargo, la aplicación de la perspectiva interseccional no es una tarea sencilla ni exenta de riesgos. En primer lugar, existe la posibilidad de que haya una predisposición a anteponer un factor discriminatorio frente a otro, aún ante la confluencia de más de uno en el caso concreto, conforme a la perspectiva de quien analiza la situación o del derecho que se procura garantizar⁸¹. En el mismo sentido, puede surgir la amenaza de una eventual jerarquización de los diferentes factores o categorías de opresión; la determinación o cristalización de los sujetos como víctimas de sus propias características que requieren de intervenciones específicas; y un riesgo de considerar que todos los sistemas de opresión tienen un funcionamiento similar para todas las personas que los sufren, lo que Gandarias denomina peligro de univocidad e isomorfismo⁸². De ello surge la importancia de promover la utilización de la interseccionalidad estructural centrada en el examen de los sistemas de privilegios y de poder de los que surge la discriminación, lo cual implica que su alcance normativo y la defensa de su aplicación práctica debe asumir el carácter crítico del concepto, problematizando estos sistemas y reflexionando sobre el rol de los operadores jurídicos dentro de los mismos⁸³.

⁷⁹ Kimberlé Crenshaw, “Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação relativos ao gênero”, *Rev. Estud. Fem.*, vol. 10, no.1 (2002): 178, acceso el 18 de febrero de 2022 <https://www.scielo.br/j/ref/a/mbTpP4SFXPnJZ397j8fSBQQ/?format=pdf&lang=pt>.

⁸⁰ Karlos Castilla Juárez, “Derechos humanos desde una perspectiva interseccional”, en *Derechos humanos desde una perspectiva interseccional*, coord. Karlos A. Castilla Juárez (Barcelona: Institut de Drets Humans de Catalunya, 2021) 11, acceso el 25 de marzo de 2022, <https://rednaranja.com.ve/wp-content/uploads/2021/10/InterseccionalidadyDDHH.pdf>.

⁸¹ Karlos Castilla Juárez, “Ideas para el análisis de los derechos humanos desde una perspectiva interseccional”, en *Papeles El tiempo de los derechos. Huri-age: El tiempo de los Derechos*, 2022, <https://redtiempodelosderechos.files.wordpress.com/2022/09/derechos-humanos-interseccional-2-2022.pdf>.

⁸² Itziar Gandarias Goikoetxea, “¿Un neologismo a la moda?: Repensar la interseccionalidad como herramienta para la articulación política feminista”, *Investigaciones Feministas*, vol. 8, no. 1 (2007): 79-80, acceso el 16 de febrero de 2022, <https://revistas.ucm.es/index.php/INFE/article/view/54498>.

⁸³ Grace Ajele and Jena McGill, *Intersectionality in law and legal contexts* (Toronto: Women’s Legal Education and Action Fund, 2020), 79, acceso el 28 de marzo de

Consecuentemente, para que el análisis interseccional de situaciones y experiencias complejas no resulte un trabajo discursivo y retórico es necesario acudir a una explicación en términos de estructuras de poder y relaciones de dominación⁸⁴. En este sentido, “una experiencia interseccional no significa que sea una experiencia de discriminación interseccional. Para que se pueda hablar de discriminación es menester que las situaciones o experiencias refieran a tratos significados en uno o en varios sistemas de poder”⁸⁵, esto debido a que la naturaleza de la discriminación interseccional reside en las estructuras y normas sociales, por lo que su estudio en un caso concreto requiere analizar patrones de discriminación antes que explicaciones aisladas de la desventaja, lo cual exige de parlamentario, abogados, jueces y operadores jurídicos acudir a fuentes externas a las utilizadas tradicionalmente en el derecho, aproximándose a la sociología, antropología, economía, entre otras disciplinas para analizar cualitativa y cuantitativamente el impacto de la intersección de los distintos sistemas de opresión⁸⁶. Puesto que, sólo a través de un análisis concreto y situado de las formas de opresión y desventaja, se logra tener una perspectiva que permita terminar con la discriminación y promover la igualdad en el ejercicio de los derechos humanos y fundamentales, específicamente, los derechos sexuales y reproductivos y el acceso a la justicia contemplados en las IPN N° 45.166 y 41.466, respectivamente⁸⁷.

4.- CONSIDERACIONES FINALES

El desarrollo conceptual de la interseccionalidad ha estado marcado por su heterogeneidad analítica y multidisciplinariedad, lo que conlleva discusiones sobre sus antecedentes históricos, terminología y metodologías. No obstante, su incorporación en el ámbito jurídico responde en primer lugar a su relación con las teorías feministas críticas del derecho y la acuñación del concepto por la jurista norteamericana Kimberlé Crenshaw. Sin desconocer la importancia de los movimientos sociales y políticos que sirvieron de antecedente al cuestionamiento de la homogenización de las mujeres, la utilización del

2022, <https://www.leaf.ca/wp-content/uploads/2020/10/Full-Report-Intersectionality-in-Law-and-Legal-Contexts.pdf>.

⁸⁴ María Ángeles Barrère, “La introducción de la interseccionalidad...”, 65.

⁸⁵ María Ángeles Barrère, “La introducción de la interseccionalidad...”, 66.

⁸⁶ Grace Ajele and Jena McGill, *Intersectionality in law and legal contexts* (Toronto: Women’s Legal Education and Action Fund, 2020) 57-8, acceso el 28 de marzo de 2022, <https://www.leaf.ca/wp-content/uploads/2020/10/Full-Report-Intersectionality-in-Law-and-Legal-Contexts.pdf>.

⁸⁷ Karlos Castilla Juárez, “Derechos humanos desde una perspectiva interseccional”, en *Derechos humanos desde una perspectiva interseccional*, coord. Karlos A. Castilla Juárez (Barcelona: Institut de Drets Humans de Catalunya, 2021) 11, acceso el 25 de marzo de 2022, <https://rednaranja.com.ve/wp-content/uploads/2021/10/InterseccionalidadyDDHH.pdf>.

género como única categoría analítica de la discriminación y las limitaciones de las herramientas jurídicas a este respecto.

El análisis de la interseccionalidad de Crenshaw, a través de la metáfora de cruce de caminos, obedece a dos objetivos, el primero es evidenciar la forma en que los sistemas discriminatorios generan desigualdades y definen las posiciones relativas de los sujetos situados, especialmente las personas más vulnerables (interseccionalidad estructural) y, el segundo, demostrar las discrepancias entre agendas políticas de las personas situadas en uno o más grupos históricamente subordinados (interseccionalidad política).

Esta distinción entre los tipos de interseccionalidad, estructural y política, resulta útil al momento de analizar la recepción del concepto en instrumentos internacionales, como también en normas nacionales, tales como las iniciativas de norma constitucional deliberadas por la Convención Constitucional de Chile, pues conceptualizar la interseccionalidad, en tanto categoría de análisis tal como sucede en la IPN N° 9.638; perspectiva o enfoque, evidenciado en las IPN N° 45.166 y 41.466; o bien, un tipo de discriminación específica, como lo ha señalado la Corte IDH en los casos caso Gonzales Lluy y otros contra Ecuador, caso I.V contra Bolivia y caso Ramírez Escobar y otros contra Guatemala, exige la utilización de la interseccionalidad estructural en el análisis de los diferentes ejes de opresión en la realidad situada específica.

En este sentido, la incorporación de la interseccionalidad en el ámbito jurídico exige cambios en la forma en que se elabora, piensa y aplica el derecho. El primer avance puede estar dado por la consagración normativa del concepto, una alternativa plausible es a través de normas constitucionales, pero ello, exige, en primer lugar, vincular la interseccionalidad con la igualdad sustantiva; y, en segundo término, examinar los sistemas de privilegios y de poder de los que surge la discriminación.

5.- BIBLIOGRAFÍA

- Ajele, Grace y McGill, Jena. *Intersectionality in law and legal contexts*. Toronto: Women’s Legal Education and Action Fund, 2020 <https://www.leaf.ca/wp-content/uploads/2020/10/Full-Report-Intersectionality-in-Law-and-Legal-Contexts.pdf> (Consultado el 28 de marzo de 2022)
- Álvarez, Ignacio. *Crítica del constitucionalismo feminista*. Barcelona: Editorial Atelier, 2020
- Barrère, María Ángeles. “Iusfeminismo y Derecho antidiscriminatorio: hacia la igualdad por la discriminación”. En *Mujeres, Derechos y Ciudadanías*, coordinado por Ruth Mestre (Valencia: Editorial Tirant to Blanch, 2008) 45-71
- Barrère, María Ángeles. “La introducción de la interseccionalidad en el derecho con especial referencia a la legislación sobre igualdad de mujeres y hombres”. En *Justicia en clave feminista Reflexiones en*

- torno a la inserción de la perspectiva de género en el ámbito judicial*, eds. G. Otazua Zabala y A. Guitiérrez-Solana (Bilbao: Editorial Euskal Herriko Unibertsitatea) 59 – 79
- Busquier, Lucía y Parra, Fabiana. "Feminismos y perspectiva interseccional en América Latina y el Caribe". *Revista Interticios de la política y cultura*, vol. 10, no. 20 (2021), <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/intersticios/article/view/35118> (Consultado el 16 de febrero de 2022)
- Castilla, Karlos. "Ideas para el análisis de los derechos humanos desde una perspectiva interseccional". En *Papeles El tiempo de los derechos. Huri-age: El tiempo de los Derechos*, 2022. <https://redtiempodelosderechos.files.wordpress.com/2022/09/de-rechos-humanos-interseccional-2-2022.pdf>
- Castilla Juárez, Karlos. "Derechos humanos desde una perspectiva interseccional". En *Derechos humanos desde una perspectiva interseccional*, coordinado por Karlos A. Castilla Juárez (Barcelona: Institut de Drets Humans de Catalunya, 2021) <https://rednaranja.com.ve/wp-content/uploads/2021/10/InterseccionalidadyDDHH.pdf> (Consultado el 25 de marzo de 2022)
- Comité de Derechos Económicos, sociales y culturales, Observación General N° 20, 2009, E/C.12/GC/20.
- Comité CEDAW, Recomendación General Núm. 28, 2010, CEDAW/C/2010/47/GC.2
- Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, Observación General N° 3, 2016, CRPD/C/GC/3.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Gonzales Lluy y otros contra Ecuador, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Ramírez Escobar y otros contra Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso I.V contra Bolivia de 2016, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018.
- Costa, Malena, "Feminismos jurídicos", *Observatorio de Género en la Justicia Poder judicial de la Ciudad de Buenos Aires*, Boletín 19 (2019) <https://consejo.jusbaires.gob.ar/acceso/genero/boletines> (Consultado el 16 de enero de 2022)
- Costa, Malena, "El debate igualdad/diferencia en los feminismos jurídicos", *Feminismo/s* 15, no. 15 (2010) <https://feminismos.ua.es/article/view/2010-n15-el-debate-igualdaddiferencia-en-los-feminismos-juridicos> (Consultado el 25 de enero de 2022)

- Crenshaw, Kimberlé. "Demarginalizing the intersection of Race and Sex: A black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics". *University of Chicago Legal Forum* (1989): 139 – 167
- Crenshaw, Kimberlé. "Desmarginalizar la intersección de raza y sexo: una crítica desde el feminismo negro a la doctrina antidiscriminación, la teoría feminista y las políticas antirracistas" [traducción]. En *Feminismos jurídicos. Interpelaciones y debates*, compilado por Malena Costa y Romina Lerussi. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2021.
- Crenshaw, Kimberlé. "Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação relativos ao gênero", *Rev. Estud. Fem.*, vol.10, no.1 (2002) <https://www.scielo.br/j/ref/a/mbTpP4SFXPnJZ397j8fSBQQ/?format=pdf&lang=pt> (Consultado el 18 de febrero de 2022)
- Crenshaw, Kimberlé. "Mapping the Margins: Interseccionalidad, Identity Politics, and Violence against Women of Color". *Stanford Law Review*, vol. 43, no. 6 (1991): 1.241-1.299
- Crenshaw, Kimberlé. "Cartografiando los márgenes. Interseccionalidad, políticas identitarias, y violencia contra las mujeres de color" [traducción]. En *Intersecciones: Cuerpos y sexualidades en la encrucijada*, editado por Lucas Platero. Barcelona: Ediciones Bellaterra, 2012.
- Espinosa, Yuderlys. "La interseccionalidad de Crenshaw". En *Feminismos jurídicos. Interpelaciones y debates*, comp. Malena Costa y Romina Lerussi, 87-102. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2021.
- Ezpeleta, Cecilia. "La interseccionalidad como herramienta analítica y su recepción en el ámbito de los feminismos jurídicos". En *Feminismos jurídicos. Interpelaciones y debates*, comp. Malena Costa y Romina Lerussi, 69-86. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2021.
- Facchi, Alessandra. "El pensamiento feminista del derecho. Un recorrido desde Carol Gilligan a Tove Stang Dahl". *Academia. Revista sobre la enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, año 3, no. 6 (2005), <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3741718> (Consultado el 20 de enero de 2022)
- Facio, Aldo. "Hacia otra teoría crítica del derecho". En *Las fisuras del patriarcado, Reflexiones sobre Feminismo y Derecho*, coordinado por Gioconda Herrera. Quito: FLACSO, 2000.
- Gandarias Goikoetxea, Itziar. "¿Un neologismo a la moda?: Repensar la interseccionalidad como herramienta para la articulación política feminista". *Investigaciones Feministas*, vol. 8, no. 1 (2007), <https://revistas.ucm.es/index.php/INFE/article/view/54498> (Consultado el 16 de febrero de 2022)
- Hancock, Ange-Marie. "When Multiplication Doesn't Equal Quick Addition: Examining Intersectionality as a Research Paradigm".

- Perspectives on Politics*, vol. 5, no. 1 (2007) <https://www.cambridge.org/core/journals/perspectives-on-politics/article/abs/when-multiplication-doesnt-equal-quick-addition-examining-intersectionality-as-a-research-paradigm/8CE8074159111C98CE34DA2DB7764A90> (Consultado el 20 de marzo de 2022)
- Hill Collins, Patricia y Bilge, Sirma. *Interseccionalidad*, Madrid: Ediciones Morata, 2016.
- Jaramillo, Isabel. “La crítica feminista al derecho”. En *El género en el derecho. Ensayos críticos*, compilado por Ramiro Ávila Santamaría, Judith Salgado y Lola Valladares, 103-133. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- La Barbera, MaríaCaterina. “Interseccionalidad”, *Eunomía. Revista en Cultura de la legalidad*, no. 12 (2017) <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/3651> (Consultado el 16 de febrero de 2022)
- La Barbera, MaríaCaterina. “Interseccionalidad, un “concepto viajero”: orígenes, desarrollo e implementación en la Unión Europea”. *Interdisciplina*, vol. 4, no. 8 (2016) <http://www.revistas.unam.mx/index.php/inter/article/view/54971/48820> (Consultado el 16 de febrero de 2022)
- McCall, Leslie. “The Complexity of Intersectionality”, *Signs*, vol. 30, no. 3 (2005) 1771 - 1800
- Pitch, Tamar. “Sexo y género de y en el derecho: el feminismo jurídico”. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, no. 44 (2010), <https://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/515> (Consultado el 16 de enero 2022)
- Olsen, Frances. “El sexo del derecho”. En *El género en el derecho. Ensayos críticos*, compilado por Ramiro Ávila Santamaría, Judith Salgado y Lola Valladares, 1- 19. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Rodo-Zárata, María. *Interseccionalidad. Desigualdades, lugares y emociones*. Barcelona: Ediciones Bellaterra, 2021
- Rodríguez Gutiérrez, Valeria. “La discriminación interseccional en el discurso Jurídico”. *Nuevo Derecho*, vol. 15, no. 25 (2019) 70-87, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7216291.pdf> (Consultado el 21 de febrero de 2022)
- Sánchez Melero, Héctor y Gil Jaurena, Inés. “Análisis interseccional y enfoque intercultural en el estudio de la ciudadanía y la participación: consideraciones epistemológicas”. *Diálogo Andino*, no. 47 (2015) http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0719-26812015000200015&lng=es&nrm=iso (Consultado el 20 de marzo de 2022)
- Sales Gelabert, Tomeu. “Repensando la interseccionalidad desde la teoría feminista”. *AGORA*, vol. 36, no. 2 (2017) <https://revistas.usc.gal/index.php/agora/article/view/3711> (Consultado el 18 de febrero de 2022)

- Sepúlveda, Bárbara. *Género y Derecho Público*. Santiago de Chile: Thomson Reuter, 2020.
- Smart, Carol. “La teoría feminista y el discurso jurídico”, en *El Derecho en el Género y el Género en el Derecho*, compilado por Haydee Birgin, 31-69. Buenos Aires: Editorial Biblos, 2000.
- Smart, Carol. “La búsqueda de una teoría feminista del derecho”. *Delito y sociedad. Revista de Ciencias Sociales, Dossier feminismos* (1998) 105-124.
- Torres, María Concepción. “Iusfeminismo, género y discurso jurídico: análisis desde la praxis y estado de la cuestión”. *Pensamiento Constitucional*, no. 23 (2018) <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/20953> (Consultado el 13 de febrero de 2022)
- Vargas Vera, Georgina. "Interseccionalidad de la discriminación, formas agravadas de vulnerabilidad. El caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador". *Iuris Dictio. Revista del Colegio de Jurisprudencia*, no. 18 (2016) <https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/iurisdictio/article/view/784/1056> (Consultado el 18 de febrero de 2022)
- Yuval-Davis, Nira. “Más allá de la dicotomía del reconocimiento y la redistribución: Interseccionalidad y estratificación”. En *La interseccionalidad en debate, Actas del Congreso Internacional. Indicadores Interseccionales y Medidas de Inclusión Social en Instituciones de Educación Superior*, 21-35 (Berlín: Proyecto MISEAL, 2013) https://www.upla.cl/inclusion/wp-content/uploads/2015/04/Interseccionalidadendebate_misealweb-1.pdf (Consultado el 13 de febrero de 2022)
- Zota Bernal, Andrea. “Incorporación del análisis interseccional en las sentencias de la Corte IDH sobre grupos vulnerables, su articulación con la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos”. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, no. 9 (2016), <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2803> (Consultado el 18 de febrero de 2022)

MODELO DE LAICIDAD EN CHILE Y PERÚ Y REFORMA CONSTITUCIONAL. LA NEUTRALIDAD ESTATAL COMO GARANTÍA DE IGUALDAD

CHILEAN AND PERUVIAN SECULAR MODEL AND CONSTITUTIONAL REFORM. STATE NEUTRALITY AS THE GUARANTEE OF EQUALITY

María Esperanza Adrianzén Olivos¹

RESUMEN: En un contexto de reformas constitucionales en Chile, y una puesta en agenda aún incierta en Perú, se reafirma que el principio de neutralidad ante la diversidad religiosa tiene una conexión necesaria con la igualdad y no discriminación. Por ello, atendiendo a la evolución social en relación con las cifras de creencia e increencia en ambos países, corresponde reflexionar acerca de la consagración expresa del modelo del Estado laico para fortalecer la obligación estatal de dar un trato igual a los titulares del derecho a la libertad religiosa.

ABSTRACT: *In the context of constitutional reform procedures in Chile, and the Peruvian reform uncertain agenda, the principle of neutrality must be reaffirmed taking into account the religious diversity and it is necessarily connected to equality and non discrimination claims. So that, according to the social evolution revealed in statistics about believers and unbelieving persons in both countries, it is the opportunity to think about the secular state model in the constitutional text for strengthening the public duty of equal treatment to all religious rights holders.*

PALABRAS CLAVE: laicidad, reforma constitucional, neutralidad, igualdad, libertad religiosa.

KEYWORDS: *secularism, constitutional reform, neutrality, equality, religious freedom.*

Fecha de recepción: 09/10/22

Fecha de aceptación: 09/10/22

doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2023.7414>

¹ Abogada. Máster en Estudios Avanzados en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid. Directora de Asuntos Interconfesionales del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Perú. E-mail: 100455565@alumnos.uc3m.es.

1.- INTRODUCCIÓN

La laicidad es una premisa de los estados constitucionales actuales, fundada en el valor del pluralismo y el reconocimiento de la diversidad religiosa. En el Perú, siguiendo la senda constitucional española, dos elementos la identifican normativamente: 1) la separación entre el ámbito estatal y el confesional² y 2) la neutralidad entendida como un deber institucional³. Separar el Estado de las entidades religiosas significa que cada una de estas esferas se corresponde con distintos fines, ambos legítimos.

Por un lado, el Estado de Derecho y su despliegue público asume lo que es común a todas las personas titulares de derechos, a quienes las instituciones están obligadas a darles protección; por el otro, las confesiones ofrecen la satisfacción de una demanda espiritual o de conciencia compartida por algunas personas que la ejercen como un derecho fundamental a la libertad religiosa. Para consumir esa separación, un elemento adicional importante se constituye en una exigencia estatal: la neutralidad, que adquiere sentido ante la

² La Sentencia del Tribunal Constitucional español 24/1982, de 13 de mayo, es un buen referente con influencia no solo para España, pues considera que la interpretación del texto de la Carta que establece: “ninguna confesión tendrá carácter estatal”, significa que este “veda cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y funciones estatales”. Así aparece en el fundamento jurídico 1. El Tribunal Constitucional peruano ha consagrado expresamente el “Régimen de laicidad del Estado peruano” y asume que su forma política es un Estado laico “en tanto que declara su ‘independencia’ y su ‘autonomía’ respecto de toda organización o autoridad religiosa”. Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0007-2014-AA, fundamento jurídico 11, y de 16 a 20. En Chile la separación de esferas es parte de su modelo constitucional desde 1925, y la Ley de Cultos de 1999 lo configura.

³ En relación con el principio de neutralidad estatal, en España el artículo 16.3 de la Constitución española ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional en el sentido de que la aconfesionalidad impide que “los valores e intereses religiosos se erijan en parámetros para medir la legitimidad o justicia de las normas y actos de los poderes públicos”, sin hacer mención del principio; mientras que la sentencia del TC peruano referida en la nota previa señala: “la neutralidad se refiere al tipo de tratamiento que el Estado puede mantener con ellas (las “iglesias”). Es decir, una vez emancipado institucionalmente de las iglesias, la neutralidad es la dimensión del Estado laico que limita el modo en que los poderes públicos se relacionan con los organismos religiosos.” Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0007-2014-AA, fundamentos jurídicos 21 a 25. En Chile, la Convención constituyente habría incluido para su discusión el texto que establece: “el Estado se rige por el principio de neutralidad religiosa, el que implica la igualdad de trato ante las distintas entidades religiosas y grupos de orden espiritual como elemento esencial del ser humano”, así informaba Cecilia Román, “Neutralidad religiosa’, protección del mundo *fungi* y bienes comunes naturales: las normas que llegarán al pleno de la CC”, *emol*, 22 de febrero de 2021, acceso el 12 de abril de 2022, <https://cutt.ly/gGFEB0i>.

multiplicidad de manifestaciones de creencias y convicciones en una sociedad democrática.

Este breve trabajo se concentra en las mencionadas premisas del Estado laico como parte de un modelo institucional eficaz para la garantía de la libertad religiosa. Su objetivo es actualizar la discusión de sus presupuestos desarrollados con éxito en estados democráticos consolidados ante una oportunidad jurídico-política como la que ofrece el proceso de reforma constitucional en Chile y la expectativa de su impulso en otro Estado de América del Sur como Perú, que comparten cercanía geográfica, histórica y cultural.

En el artículo se retoma la importancia que ha tenido el desarrollo del principio de laicidad como contenido constitucional en el ámbito iberoamericano; al mismo tiempo, se evidencia un desarrollo normativo que ha ido al compás de unos cambios sociales cada vez más notorios pues en pocas décadas se percibe como manifestaciones de mayor diversidad religiosa, incremento de la increencia y una reducción del porcentaje poblacional de la religión tradicional hegemónica desde los tiempos de la colonia.

La posibilidad de su publicación en la Revista UNIVERSITAS tiene como antecedente la ponencia presentada durante el Tercer Congreso de la Asociación de Estudiantes y Egresados del Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba de la Universidad Carlos III de Madrid. Inicia con la exposición del marco conceptual, continúa con la descripción de los cambios sociodemográficos registrados en censos y sondeos en los Estados en los que se plantea el estudio y culmina con una propuesta para reflexionar en el constitucionalismo de ambos Estados acerca de la laicidad neutral esbozada por el iusfilósofo Alfonso Ruiz Miguel. No hubiera sido posible que este artículo viera la luz sin la convocatoria de la Asociación y buena disposición de Patricia Albornoz y Boris Hau, representantes de la organización del evento.

2.- MARCO CONCEPTUAL DE LA LAICIDAD Y LA NEUTRALIDAD ESTATAL

La laicidad figura como un elemento imprescindible de la institucionalidad jurídica de los Estados democráticos de Iberoamérica, y trae consigo exigencias que se van concretando a partir de las demandas de los titulares de derechos y las obligaciones de las entidades estatales. En cuanto a la neutralidad estatal, esta implica una prohibición de establecer privilegios o promover situaciones que favorezcan a alguna confesión con el riesgo incluso de que ello llegue a generar diferencias

desfavorecedoras para otras confesiones; corresponde, en todo caso, no caer en la indiferencia ante la persistente constatación de su existencia.⁴

Incorporar en las normas constitucionales expresamente el principio de laicidad significa una afirmación de la obligación estatal de neutralidad. Esta ofrece la posibilidad de desarrollar un contenido específico de garantías favorable en un contexto nuevo que está relacionado con una realidad social cambiante durante los últimos años en materia de credos y llegue a ser respetuosa de las decisiones de los titulares del derecho a la libertad religiosa de creer, cambiar de creencia o no creer.

En ese sentido, 1) la neutralidad puede ser entendida también como un posicionamiento de imparcialidad del Estado frente a la diversidad religiosa, que se presenta como dato fáctico relacionándose así con el principio de igualdad (y no discriminación),⁵ y 2) la igualdad que a su vez es un valor superior y debe proyectarse en todo el desempeño estatal, de manera transversal, con el propósito de garantizar las creencias y convicciones de todas las personas, estén estas vinculadas a organizaciones religiosas o no.

El proceder del Estado, sea legislando o a través de sus entidades administrativas y funcionarios públicos, contando también con las decisiones de los órganos jurisdiccionales independientes e imparciales, debe caracterizarse por su vinculación exclusiva a los preceptos constitucionales y legales; no así a fundamentos religiosos o a criterios de moralidad particulares, pues la neutralidad adquiere pleno sentido si está en relación con la vigencia del valor jurídico del pluralismo como aspiración que orienta su accionar.

⁴ Respecto del Estado neutral, advertía el profesor Llamazares lo siguiente: "(...) en un Estado realmente laico con valoración indiferente de las creencias religiosas, no cabe una valoración estatal, aunque sea por razones histórico-políticas o sociológicas, más favorable de una o varias confesiones que de otras. *Este es un Estado neutral* (...), pero, dada su supuesta repercusión en el ámbito político, las Confesiones religiosas, políticamente no le son indiferentes." Dionisio Llamazares, "Principios, técnicas y modelos de relación entre Estado y grupos ideológicos religiosos (confesiones religiosas) y no religiosos", *Revista de Estudios Políticos*, nº 88 (1995): 42. Cursivas añadidas.

⁵ La sentencia del Tribunal Constitucional español 24/1982, de 13 de mayo, planteó tempranamente el alcance del principio de igualdad y no discriminación en relación con la libertad religiosa señalando: "(...) hay dos principios básicos en nuestro sistema político, que determina la actitud del Estado hacia los fenómenos religiosos y el conjunto de relaciones entre el Estado y las iglesias y confesiones: el primero de ellos es la libertad religiosa, entendida como un derecho subjetivo de carácter fundamental que se concreta en el reconocimiento de un ámbito de libertad y de una esfera de *agere licere* del individuo; el segundo es la igualdad, proclamado por los artículos 9 y 14, del que se deduce que no es posible establecer ningún tipo de discriminación o de trato jurídico diverso entre los ciudadanos en función de sus ideologías o sus creencias y que debe existir un igual disfrute de la libertad religiosa por todos los ciudadanos"; así aparece en el fundamento jurídico 1.

Estas previsiones encajan con un marco jurídico-político general conforme a los presupuestos del Estado social y democrático de Derecho. Este debe garantizar los derechos fundamentales integralmente de acuerdo con unas premisas axiológicas que constituyen un mínimo ético común; es decir, para orientar su accionar requiere de ciertos valores procedimentales -como la libertad y el pluralismo- sin excluir a la igualdad que llega a revelarse desde tres dimensiones normativas:

1) La igualdad como un valor orientador del proceder estatal, dándole sustento a la dignidad compartida de las personas, centrada en su individualidad como igual dignidad,⁶ 2) la igualdad como principio comprendido en la Cartas fundamentales, promoviendo que se impida el establecimiento de diferencias injustificadas para garantizar un trato igual y con igualdad de oportunidades para todas las personas sin discriminación alguna,⁷ y 3) la igualdad como derecho fundamental, que demanda un trato sin discriminación por ningún motivo, sea por origen, raza, sexo, religión, opinión o condición económica.⁸

A partir del esquema del Estado constitucional, las vulneraciones relativas a la igualdad que impactan en el derecho a la libertad religiosa de quienes pertenecen a grupos minoritarios se evidencian no solo respecto de las personas creyentes y sus organizaciones, sino también de quienes deciden no adoptar fe alguna. Como complemento pernicioso, se aprecia que la persistencia religiosa en el subcontinente latinoamericano ha dado cabida a una influencia sensible de los discursos de las confesiones en las sociedades de cada país y, también, en las decisiones políticas de numerosas autoridades de sus Estados, que llegan a acoger pautas confesionales inclusive para orientar las políticas públicas destinadas a toda la población desde las creencias de sujetos y colectivos particulares.

El riesgo de vulneración del contenido de igualdad da paso en este trabajo a entender que el principio de neutralidad tiene una conexión necesaria con este valor, principio y derecho fundamental. Siguiendo las ideas del iusfilósofo Alfonso Ruiz Miguel, en la última parte del artículo, la propuesta de laicidad neutral plantea un tratamiento igual a pesar de las diferencias de creencias o convicciones, pero, al mismo tiempo, se debe

⁶ Véase: Antonio Pelé, "Kant y la dignidad humana", *Revista brasileira de estudos políticos*, nº 111 (2015): 15-46.

⁷ "(...) cuya realidad y efectividad -apunta Rey- corresponde promover a los poderes públicos", Fernando Rey, "¿De qué hablamos cuando hablamos de igualdad constitucional?", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 45 (2011): 168.

⁸ En ese sentido, Díaz Revorio señala: "El derecho a no ser discriminado podría implicar así una exigencia de igualdad real que en ocasiones puede conllevar un derecho al trato más favorable para compensar la desigualdad inicial del colectivo discriminado". Francisco Javier Díaz Revorio, "Las dimensiones constitucionales de la igualdad", *Pensamiento constitucional*, nº 22 (2017): 36.

advertir también que no se puede ser indiferente ante el hecho religioso y su característica diversidad.

3.- REFORMAS CONSTITUCIONALES Y NECESIDAD DE RESPUESTA AL CAMBIO EN EL CONTEXTO RELIGIOSO

Los procesos de reforma constitucional que han comenzado a activarse en países de América del Sur como Chile -situación que se observa también en el contexto político peruano al haber sido una de las promesas de campaña electoral de la agrupación política que asumió el gobierno el 28 de julio de 2021⁹-, pueden dar cauce a cambios normativos con miras a concretar avances institucionales todavía inciertos en materia de laicidad; pues en opinión de la autora, subsisten incoherencias entre los valores y principios de libertad e igualdad que dan sentido a las constituciones de todo Estado de Derecho y la configuración apenas esbozada del Estado laico, pese a existir antecedentes del modelo previamente desarrollados legislativa y jurisprudencialmente en los ordenamientos nacionales.

En efecto, la agenda jurídico-política del tratamiento de la laicidad no es una novedad en el marco interamericano de protección de los derechos humanos;¹⁰ a su vez, en el área sudamericana se somete el concepto constitucionalizado a prueba ante nuevas demandas ciudadanas como un elemento de la reciente consolidación democrática y plural de los Estados¹¹. En un contexto de reformas constitucionales, interesa valorar

⁹ Mientras se concluye la redacción de este artículo, al día siguiente de presentada la ponencia en el Congreso de la Asociación de estudiantes y egresados del Instituto Gregorio Peces-Barba de la UC3M, el presidente de Perú ha anunciado que presentará al Congreso de la República una iniciativa legislativa para plantear una consulta a la ciudadanía para saber si está de acuerdo o en desacuerdo con una reforma constitucional. Véase: Mayu Herencia, "Referéndum para nueva constitución: ¿Cuál es el procedimiento del proyecto de ley de Pedro Castillo?", *La República*, 23 de abril de 2022, acceso el 23 de abril de 2022, <https://cutt.ly/RGFRim7>.

¹⁰ Así se aprecia de la lectura de la sentencia del caso Artavia Murillo contra Costa Rica pues plantea una interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que repercute en la configuración de la laicidad estatal en numerosos países de la región. Véase: Ingrid Brena Sesma, "Interpretación del artículo 4.1 de la Convención Americana sobre la Protección de los Derechos Humanos, sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica", *Cuestiones constitucionales*, n° 31 (2014): 3-28.

¹¹ Apuntan al respecto Renée de la Torre y Pablo Semán: "(...) cuando los distintos grupos religiosos entran en juego en la esfera pública para conquistar espacio donde imponer sus credos y doctrinas. Esto contribuye a hacer de la laicidad (entendida como ordenamiento jurídico y de separación de la religión y de la política) un campo de tensiones complejo y en disputa entre las Iglesias [entiéndase entidades religiosas] y el Estado". Renée de la Torre y Pablo Semán, "Introducción. Religiones y espacios públicos

si la laicidad urge ser tratada como una prioridad del debate constituyente atendiendo a la evolución que se aprecia en las sociedades plurales, en lo étnico-cultural y religioso, considerando también los porcentajes en crecimiento de increencia que se ha evidenciado en el transcurso de las últimas décadas.

En términos prácticos, a través de los procesos de reforma constitucional se busca responder a una realidad histórica de transformaciones en las relaciones que se dan entre las personas y las instituciones más importantes de los Estados, conduciendo a propuestas de ajustes en el plano jurídico sobre todo cuando las exigencias de garantías han sobrepasado el diseño limitado de la provisión estatal; en ese sentido, se verifica que los Estados de Derecho de Chile y Perú han configurado en sus esquemas constitucionales el principio de laicidad. Los procesos de reforma invitan a reflexionar oportunamente acerca de la actualidad de su vigencia efectiva y las bases para la actualización de sus modelos.

Sin que haga falta profundizar, en este trabajo se ha ido evidenciando que son numerosas las señales institucionales de adscripción a algún modelo de Estado laico en los regímenes constitucionales de Chile y Perú -llámese este de laicidad positiva¹², aconfesionalidad¹³, sana laicidad¹⁴ y escasamente referido a una laicidad (entendida en ocasiones como laicista) a secas-, con premisas incorporadas en textos normativos, interpretaciones jurisprudenciales y prácticas de entidades estatales.

Verificar cuáles son esos elementos del modelo que se han ido concretando en el quehacer de las instituciones, produciendo efectos en quienes son titulares del derecho a la libertad religiosa permite también identificar lo que se plantea como pendiente; en tanto y en cuanto resulta

en América Latina”, en *Religiones y espacios públicos en América Latina*, ed. por Renée de la Torre, Renée y Pablo Semán (Buenos Aires: Clacso, 2021), 16.

¹² En el caso peruano, véase: Óscar Díaz Muñoz, “Marco constitucional de la libertad religiosa en el Perú”, en *Libertad de Conciencia y Religión en contexto de pandemia*, coord. por María Esperanza Adrianzén (Lima: MINJUSDH, 2021), 41.

¹³ Una posición de aconfesionalidad se aprecia en el breve artículo del profesor universitario chileno: Rodrigo Larraín, “Ser católico en un mundo anticatólico”, *Universidad Central*, 2 de septiembre de 2015, acceso el 12 de abril de 2022, <https://cutt.ly/UGjMoqB>.

¹⁴ La postura a favor de una “sana laicidad” aparece en la publicación del sacerdote Juan Róger Rodríguez quien señala: “... para que la laicidad del Estado sea “sana laicidad del Estado” se requiere que exista una adecuada noción de orden público y de bien común. Estos dos criterios son en definitiva los que debe seguir el Estado en una sociedad pluralista para el genuino ejercicio de la libertad”. Juan Roger Rodríguez Ruiz, *El Estado peruano: Ni confesional ni laico. El régimen de laicidad del Perú. Autonomía e independencia y mutua cooperación* (Lima: Konrad Adenauer Stiftung e Instituto de Estudios Social Cristianos, 2018), 65.

ya insatisfactorio por el propio escenario novedoso que el contexto regional y global ofrece en estas décadas iniciales del siglo XXI, con fenómenos inesperados en el continente como la movilidad humana y la experiencia de la pandemia de Covid-19 con fuerte impacto demográfico en un continente mayoritariamente religioso.

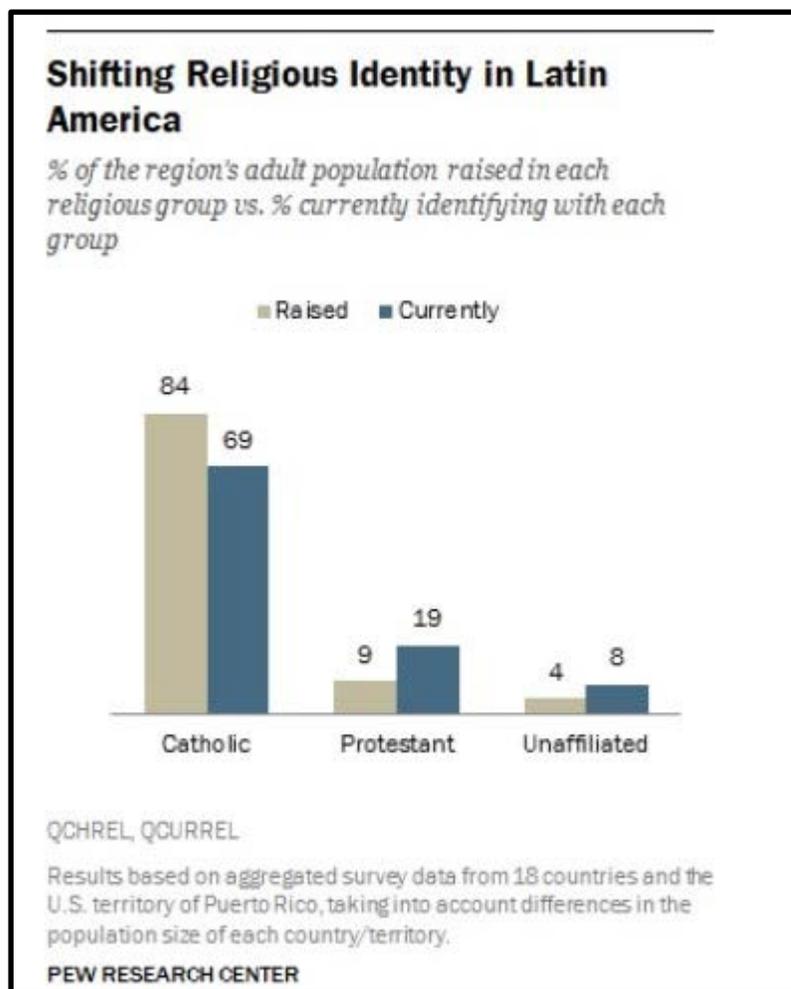
Simultáneamente, admitir la necesidad de reformas conduce a encarar un fenómeno característico de los Estados constitucionales cuyos modelos institucionales laicos tienen ya décadas de vigencia; en ese sentido, en relación con este trabajo corresponde plantear la siguiente cuestión: ¿Ha llegado el momento de hacer ajustes expresos en los textos de las cartas fundamentales referidos al modelo de laicidad adoptado en estos Estados al haberse transformado las condiciones sociales que se dieron cuando se promulgaron las constituciones aún vigentes?

Responder a esta interrogante demanda rastrear en la evolución de la configuración social religiosa y no religiosa de ambos Estados. Los cambios que lleguen a detectarse pueden plantear nuevos desafíos colocados en una agenda pública de tareas para las instituciones estatales, garantes del derecho a la libertad religiosa. Para ello, además, las entidades estatales sujetas a las normas democráticas se comprometen con la vigencia del pluralismo como valor orientador que hace posible la libertad de pensamiento, conciencia y religión.

Hace ya casi una década, los resultados de la Encuesta sobre *Religión en América Latina*, que el Pew Research Center ofrecía en 2014, daban cuenta de unos cambios significativos en la composición religiosa de la población del subcontinente. En casi todos los países se apreciaba que la religión católica había experimentado una sensible pérdida de fieles muchos de los cuales, al mismo tiempo, pasaban a formar parte de las confesiones protestantes evangélicas, o decidían desafiliarse de las organizaciones religiosas.¹⁵ El resultado revelador aparece en el gráfico que da cuenta del porcentaje de fieles que fueron criados como católicos y dejaron de serlo.

¹⁵ Pew Research Center, *Religion in Latin America*, 13 de noviembre de 2014, acceso el 12 de abril de 2022, <https://cutt.ly/wGFRd71>.

Gráfico N° 1
Cambio de identidad religiosa en América Latina
Porcentaje de personas adultas de la región criadas en grupos religiosos respecto del porcentaje con el que se identifica actualmente en cada grupo



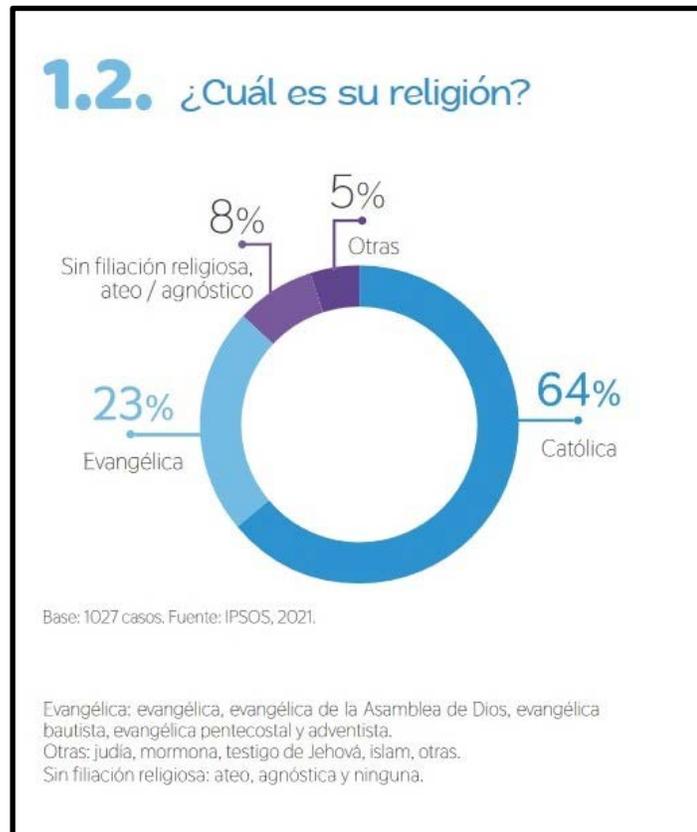
Fuente: Pew Research Center, 2014.

Pueden verificarse algunos de los desenlaces de estos cambios en la región durante el transcurso del último lustro en Perú. Según el XII Censo Nacional de Población y Vivienda del año 2017, el 94,9 % de la población peruana mayor de 12 años señalaba profesar una religión: 76,0 % la católica, 14,1 % la evangélica, 4,8 % dijo ser parte de la religión adventista, testigo de jehová, mormona, israelita, budista, judía, islámica, entre otras; mientras el 5,1 % indicaba no contar con religión alguna, en este caso significaba un incremento del 94 % en relación con el censo de 2007. Un dato de interés es que la población evangélica se incrementó en un 25,3 %.

Cinco años después, un sondeo menos riguroso actualiza esa estadística con una encuesta telefónica de opinión sobre religión, política

y sexualidad en Perú, elaborada por la empresa encuestadora Ipsos, entre marzo y abril de 2021, a pedido de la asociación católicas por el derecho a decidir. Un 94 % persiste numéricamente en su fe en la divinidad confirmando el rasgo de una sociedad peruana marcadamente creyente. La evolución se daría en la configuración numérica de las diversas manifestaciones religiosas.

Gráfico N° 2
Identificación religiosa de la población encuestada



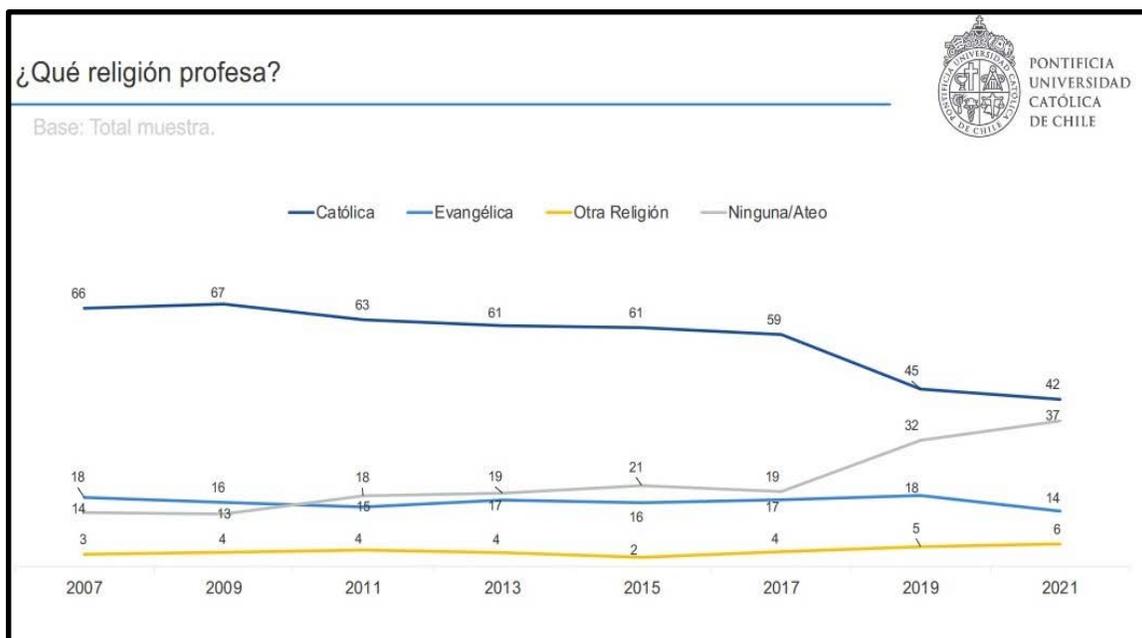
Fuente: Ipsos, 2021

Como se aprecia de la respuesta a la pregunta ¿Cuál es su religión?: 64 % de las personas encuestadas dicen profesar la religión católica, 23 % forman parte de confesiones evangélicas, 5 % son de filiación judía, mormona, testigo de jehová, musulmana y otras; y hasta un 8 % se declara sin filiación religiosa, ateo o agnóstico. Los porcentajes de personas que se asumen católicas y evangélicas habrían variado significativamente; pero, el registro más revelador de la encuesta guarda estrecha relación con el modelo del Estado laico: hasta un 53 % de las personas encuestadas rechazan el pago con fondos públicos de salarios de obispos y sacerdotes; mientras un 31 % está en desacuerdo con la

ayuda estatal para la administración de escuelas religiosas, exclusivamente de la confesión hegemónica.¹⁶

Chile ofrece cifras aún más contundentes. La primera encuesta del Centro de Estudios Públicos sobre espiritualidad y religión, llevada a cabo entre octubre y noviembre de 2018, reveló que mayoritariamente el 80 % de los chilenos cree en Dios; pero en el transcurso de dos décadas la identificación con la religión católica descendió de manera sensible, de 73 % en 1998 a 55 % en 2018, con una leve variación descendente de la pertenencia evangélica de 17 % en 1998 a 16 % en 2018. Un significativo 9 % afirmaba que no ha creído o dejado de creer en Dios. El año pasado, la Encuesta Bicentenario 2021, a cargo del Centro de Políticas Públicas y la Facultad de Ciencias Sociales de la Pontificia Universidad Católica de Chile, reveló los siguiente:

Gráfico N.º 3
Evolución de la identificación religiosa 2007 - 2021 en Chile



Fuente: Pontificia Universidad Católica de Chile, 2021.

Según la información que aparece, el 37 % de los encuestados decía no tener religión o considerarse ateos; solo un 42 % se declaraba católico. En términos generales, la creencia en la divinidad disminuyó: si el año 2007 el 93 % se consideraba creyente, el año del sondeo solo 70 %

¹⁶ Lila Ainzerberg, Juan Cruz, Juan y Juan Marco Vaggione, *Encuesta de opinión sobre religión, política y sexualidad en Perú 2021* (Lima: católicas por el Derecho a Decidir, 2022), 21.

asumía creencias religiosas¹⁷. Estos datos revelan esos cambios sociodemográficos a tener en cuenta en los procesos de reforma constitucional y diseño de un modelo de Estado laico, sostenido en la neutralidad estatal, que obedecen además a la necesidad de coherencia de la estructura estatal conforme a valores de libertad, igualdad y pluralismo en democracia.

4.-LAICIDAD, NEUTRALIDAD E IGUALDAD EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL

En la relación dinámica, y conforme a una lógica garantista, que se da entre los conceptos de laicidad, neutralidad e igualdad, en un contexto histórico de reformas constitucionales, es importante que los textos de las cartas fundamentales expresen el modelo de laicidad adoptado por los Estados; es decir, que el Estado asuma lo que se refleja como consenso en su práctica institucional: su carácter de laico. Ni la constitución chilena¹⁸ ni la peruana¹⁹, aún vigentes, han comprendido literalmente en sus contenidos ese carácter y se ha requerido interpretaciones de sus tribunales constitucionales u ordinarios, o la de sus funcionarios, cuando ha sido necesario resolver algún caso en particular.

¹⁷ Pontificia Universidad Católica de Chile, *Encuesta Nacional Bicentenario* (Santiago: UC, 2021), 5.

¹⁸ El artículo 19 numeral 6 de la Constitución chilena consagra el derecho a la libertad de conciencia y religión, haciendo hincapié en la dimensión colectiva de la libertad religiosa relativa al patrimonio de las entidades religiosas cuando establece que: "Las confesiones religiosas podrán erigir y conservar templos y sus dependencias bajo las condiciones de seguridad e higiene fijadas por las leyes y ordenanzas". La Ley de Cultos N.º 19638 establece en su artículo 7 que: "En virtud de la libertad religiosa y de culto, se reconoce a las entidades religiosas plena autonomía para el desarrollo de sus fines propios". Para una parte de la doctrina, la Iglesia católica tiene su propia naturaleza jurídica y estatuto aplicable según decisión jurisprudencial; al respecto puede verse: Ana María Celis Brunet, "Reconocimiento jurídico de las asociaciones religiosas o iglesias y su relación con el Estado de la República de Chile", en *V Coloquio del Consorcio Latinoamericano de Libertad Religiosa: Actualidad y retos del derecho eclesiástico del Estado en Latinoamérica* (México: Consorcio Latinoamericano de Libertad Religiosa, 2005), 135-161. No hay referencia al régimen de colaboración, ni mención del carácter laico de su régimen.

¹⁹ El artículo 2, numeral 3 de la Constitución Política del Perú reconoce el derecho a la libertad de conciencia y religión. El artículo 50 hace una referencia expresa a la Iglesia católica y a la relación de colaboración del Estado con las confesiones cuando establece: "Dentro de un régimen de independencia y autonomía, el Estado reconoce a la Iglesia Católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú, y le presta su colaboración"; enseguida añade: "El Estado respeta otras confesiones y puede establecer formas de colaboración con ellas". Extendiendo las relaciones de colaboración a todas las entidades religiosas, no se hace referencia expresa al carácter laico del Estado peruano.

Cuando se presta atención a la experiencia peruana, la posibilidad de incorporar en el texto constitucional la referencia expresa del Estado laico puede ayudar a despejar la incertidumbre de interpretaciones doctrinales sobre la importancia de su vigencia, y su actual necesidad. Así ocurre cuando la constitucionalista Susana Mosquera, una de las más reconocidas especialistas en materia de libertad religiosa en Perú, considera que el régimen que corresponde es uno de colaboración entre el Estado y las entidades religiosas y que el Tribunal Constitucional ha errado al configurar incluso un modelo de laicidad positiva. Así lo expresa en relación con la última sentencia -del Expediente N° 00175-2017-PA/TC- sobre libertad religiosa del máximo intérprete de la Constitución peruana:

“En esta sentencia, el TC afirma que ‘del modelo de Estado laico constitucionalmente establecido se desprenden diversos mandatos dirigidos al poder público’, pero lo cierto es que el texto constitucional no construye un modelo laico sino que ha sido el TC quien con su interpretación forzada ha convertido el principio de independencia y autonomía en un modelo de Estado laicista que tergiversa la esencia del modelo de colaboración establecido en la Constitución, confirmado en la Ley 29635 y materializado en el Convenio con la Santa Sede.”²⁰

Desde esa mirada, la interpretación del contenido del artículo 50 de la Constitución peruana, se aproxima a la que es resultado de la desconfianza del modelo de Estado laico manifestada por otros investigadores jurídicos no solo del contexto peruano, sino también español, pero con interés en el tratamiento de la libertad religiosa desde una experiencia comparada que procura caracterizar el modelo colaborativo peruano más próximo a la aconfesionalidad o la laicidad positiva.

Se aprecia, por ejemplo, una cierta aversión al uso de la expresión “Estado laico” cuando es incluida en los textos constitucionales según trabajos del profesor de la Universidad de Zaragoza Javier Ferrer Ortiz, quien identifica en los regímenes constitucionales de Francia, Turquía y México la referencia del modelo estatal de laicidad concluyendo que “los pocos estados que se declaran expresamente *laicos* en sus Constituciones

²⁰ Susana Mosquera, “La libertad religiosa en el ordenamiento jurídico peruano”, en *Libertad religiosa en el Perú: Contexto histórico, garantías del derecho y experiencia comparada: España, Argentina, Colombia y México*, ed. por María Esperanza Adrianzén Olivos (Lima: MINJUSDH, 2022), 62-80.

(...) en realidad emplean el término como equivalente a laicista lo que les lleva a adoptar una concepción reductiva de la libertad religiosa.”²¹

Es innegable que los elementos más apreciables de la laicidad - separación de esferas temporal y espiritual junto con la neutralidad- se han situado en la configuración prescriptiva de numerosos marcos constitucionales más allá de su inclusión en los textos de las constituciones, planteándose a los Estados la tarea de ir concretando su vigencia desde el norte que proveen los valores de una ética pública -de libertad, igualdad y pluralismo- que hacen posible las relaciones fructíferas, y de cooperación, entre el Estado y las confesiones.

Las posiciones poco propicias al desarrollo -por cierto, inacabado- de los presupuestos de la laicidad se pueden detectar también en Chile, a pesar de haber quedado fijadas las premisas del modelo laico estatal en su texto constitucional hace casi un siglo. Puesta la mirada en la experiencia del país austral, es ilustrativa la interpretación del profesor Agustín Squella cuando responde a la pregunta de si Chile es un Estado laico. De serlo, correctamente a su entender ello significaría que es neutral frente a las entidades religiosas, no estando dispuesto a pronunciarse a favor de una determinada confesión y alejándose de todo juicio de valor sobre las diversas comunidades religiosas.²²

Se trataría de un Estado orientado por el valor del pluralismo, reconociendo la diversidad existente que es manifestación de la dimensión colectiva de la libertad religiosa que le corresponde garantizar. En suma, no debería interferir ni a favor ni en contra en sus manifestaciones religiosas; y ninguna de ellas podría interferir, tampoco, en la cosa pública. Sin embargo, su opción no es por este modelo, sino por uno al que denomina “Estado religioso”²³ en el que las confesiones (quizá alguna más que otras) resultan favorecidas, pues lo describe así:

²¹ Javier Ferrer Ortiz, “La laicidad del Estado peruano”, en *Libertad religiosa y aconfesionalidad del Estado peruano*, ed. por Francisco Bobadilla Rodríguez, Jessica Chirinos-Pacheco y Javier Ferrer Ortiz (Lima: Yachay Legal, 2020), 61. También puede verse: Javier Ferrer Ortiz, “La laicidad del Estado peruano”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, n° 54, 2020.

²² Agustín Squella, “¿Es Chile un Estado laico?”, *Palabra pública*, 11 de enero de 2018, acceso el 14 de abril de 2022, <https://cutt.ly/RGFOKjQ>. Puede verse también una respuesta matizada que señala que “Chile se encuentra hoy a caballo entre un Estado laico y uno religioso” en Agustín Squella, “¿Es Chile un Estado laico?”, *Agustín Squella. Constitución a la vista*, 20 de octubre de 2017, acceso el 14 de abril de 2022, <https://cutt.ly/nGFOyth>.

²³ Señala el profesor Squella: “... ¿qué es Chile hoy a inicios del siglo XXI? Es claramente un Estado religioso. Ni confesional, ni laico, ni tampoco anti religioso, pero sí religioso, puesto que ayuda de distintas formas a todas las confesiones y credos (aunque casi siempre más a una que a las otras), sobre la base de admitir, aunque no lo haga de manera expresa, que esas confesiones y credos son un bien para la sociedad y que es preciso apuntalarlas en la propagación de la fe y de las buenas costumbres asociadas a

“El segundo -el Estado religioso- es el que, sin adoptar una religión oficial, apoya a todas las religiones existentes por entender que ellas son un bien para la sociedad; por tanto, un Estado religioso otorga a todos los credos y confesiones religiosas beneficios tales como subsidios, transferencias de bienes inmuebles públicos, exenciones tributarias, y así...”²⁴

Hace pocos meses, la reflexión del constituyente Squella se ha abierto a plantear la duda acerca del cauce que podría seguir el modelo constitucional chileno, pues si bien asume que las opciones subsistentes descartan al Estado confesional y al Estado antirreligioso, el Estado laico y el Estado religioso permanecen entre las admitidas, aunque en su diagnóstico reconoce que “al menos hasta hoy, nuestro Estado [chileno] se ha comportado como un Estado religioso antes que laico, como un Estado que otorga beneficios especiales a religiones e iglesias y no permanece neutral ante ellas”²⁵.

La neutralidad, como elemento imprescindible de la laicidad, no solo es una premisa normativa que adquiere sentido con la vigencia del valor del pluralismo a modo de condición necesaria para hacer posible desde el Estado la convivencia de la diversidad de creyentes y no creyentes, sino que debe asumirse cotidianamente como una obligación estatal para asegurar la garantía del derecho a la libertad religiosa; en ese sentido, se sitúa en la base del actuar de los funcionarios y las funcionarias para que adecuen su conducta -neutral- en los diferentes espacios que constituyen el quehacer público.

Establecer los criterios del actuar neutral de los agentes estatales es un desafío institucional. Una tarea que inicia con la disposición de estar atentos a la pluralidad de convicciones religiosas y no religiosas de las personas. Ser neutral requiere hacerse una práctica orientada por una reflexión para ajustar la actitud conforme con el marco jurídico constitucional que haya consagrado al Estado laico. La neutralidad revelará entonces el proceder de los agentes estatales favoreciendo un trato igual a las personas con diferentes creencias y a las no creyentes. Ha contribuido con ello la reflexión académica acerca de la neutralidad, signada por la laicidad neutral.

La laicidad neutral se sostiene en el valor, el principio y el derecho de igualdad. Es la aportación académica del profesor Alfonso Ruiz Miguel

esta. Un Estado religioso adopta la tesis de que las religiones e iglesias colaboran a mantener buenos estándares morales en la sociedad y que por eso deben ser respaldadas por políticas y recursos públicos que el Estado implementa para ellas”. Squella, Agustín, “¿Es Chile un Estado laico?”...

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Agustín Squella, “Dios y la Constitución”, *El Mercurio*, 21 de diciembre de 2021, A2.

para valorar la legitimidad de manifestaciones como el “Estado religioso” -del profesor Squella- o la “laicidad positiva” -según los términos de los tribunales constitucionales de España y Perú- que no son sino el resultado de tomar partido, de dejar de ser imparcial, para favorecer a alguna o algunas confesiones religiosas. En el extremo opuesto de la laicidad positiva se sitúa el laicismo, con su característica indiferencia frente al hecho religioso, pero también frente a las convicciones agnósticas o ateas. Así la define el catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid:

“...la única que considero genuina y defendible, como una posición intermedia entre la denominada “laicidad positiva”, que en realidad es una forma de confesionalidad encubierta que favorece a las religiones (sea a una o varias en particular o a todas en general), y lo que he denominado laicidad radical o militante, o también laicismo, que adopta una posición beligerante contra las creencias religiosas en cuanto tales, sea en general o en alguna de sus manifestaciones. Caractericé a aquella posición intermedia como liberal o neutral para defenderla como la laicidad que debe proteger un Estado comprometido con una igual libertad religiosa”²⁶.

La neutralidad del Estado significa que, en el marco de las normas, las instituciones no pueden tratar mejor a las personas y grupos con creencias religiosas respecto de quienes se mantienen ajenos a ellas, ni a la inversa. Si bien implica la prohibición de establecer privilegios, también impide la promoción de condiciones favorables para alguna confesión que signifique desfavorecer a otras. Por ello es importante entender la laicidad neutral necesariamente relacionada con el principio de igualdad, lo que da sentido a la obligación estatal de asegurar por igual el derecho de las personas en tanto sus creencias religiosas y convicciones cuentan por igual para el Estado²⁷; es decir, es una posición que no significa indiferencia.

En el contexto de reformas constitucionales de países del Sur de América, las propuestas de laicidad neutral del profesor Ruiz Miguel son oportunas para reflexionar acerca de los ajustes de sus modelos de Estado laico. Estos deben ser conformes con la ágil evolución de las sociedades en cuanto a su composición religiosa y la valoración crítica de la relación del Estado con alguna o algunas confesiones, admitiendo a su vez el incremento de la increencia. Las instituciones estatales requieren

²⁶ Alfonso Ruiz Miguel, “Laicidad liberal y laicismo”, *Doxa*, nº 44, (2021): 476.

²⁷ Alfonso Ruiz Miguel y Luis Villavicencio Miranda, “Estado y Religión. Una justificación liberal de la laicidad neutral”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 102, (2014): 93-126.

desarrollar su rol neutral al reconocer y relacionarse con la diversidad de confesiones y convicciones en alza.

Concretar la igualdad como valor, principio y derecho vigente desde los presupuestos constitucionales conlleva entenderla, por los actores estatales, como un posicionamiento institucional que se verifica en una equidistancia por parte de quien cumple el papel de garante; es decir, una actitud estatal que procura situarse, por igual, ante las creencias o convicciones de las personas, y también ante las de sus organizaciones colectivas que toman la forma de entidades religiosas. Ello supone que, en el marco de su autonomía, el Estado reconoce el factor religioso en la esfera pública, y, enseguida, entabla relaciones en ese ámbito destinadas a la protección de la libertad religiosa entendida en la lógica de los derechos universales.

5.-CONCLUSIONES

1. Los procesos de reforma constitucional, tanto el que se desarrolla en Chile como el que pretende ser impulsado en Perú, ofrecen la oportunidad de actualizar la reflexión acerca de la configuración de los modelos de laicidad que se han ido consolidando en los esquemas constitucionales de ambos Estados. La laicidad estatal es una premisa de los Estados democráticos que respetan la separación entre Estado y confesiones y, profundizando en la importancia del pluralismo, incluyen la neutralidad como principio de orientación del actuar de los agentes públicos.

2. Atendiendo a la evolución social que se refleja en una mayor diversidad religiosa en un periodo que comprende pocas décadas, así como al incremento de posturas de increencia, destaca un dato que se verifica en todo el subcontinente latinoamericano, y es visible en la realidad de Chile y Perú: la reducción demográfica de confesiones históricamente hegemónicas. Las relaciones entre Estados y confesiones se recrean conforme a las nuevas dinámicas poblacionales, guiadas por los principios constitucionales.

3. Desde las propuestas académicas interesa explorar la configuración de un modelo de laicidad neutral, uno de cuyos rasgos más característicos es la vigencia y concreción de la igualdad como valor, principio y derecho fundamental. Ni los modelos de laicidad positiva, sana laicidad o Estado religioso satisfacen con solvencia la demanda de igualdad. El principio de neutralidad ofrece una oportunidad a los agentes estatales de concientizarse y tratar por igual, según sus legítimas diferencias, a no creyentes, creyentes y sus organizaciones confesionales.

6.- BIBLIOGRAFÍA

- Ainzerberg, Lila, Juan Cruz y Juan Marco Vaggione. *Encuesta de opinión sobre religión, política y sexualidad en Perú 2021*. Lima: Católicas por el Derecho a Decidir, 2022.
- Brena Sesma, Ingrid. "Interpretación del artículo 4.1 de la Convención Americana sobre la Protección de los Derechos Humanos, sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica". *Cuestiones constitucionales*, nº 31 (2014): 3-28.
- Celis Brunet, Ana María. "Reconocimiento jurídico de las asociaciones religiosas o iglesias y su relación con el Estado de la República de Chile". En *V Coloquio del Consorcio Latinoamericano de Libertad Religiosa: Actualidad y retos del derecho eclesiástico del Estado en Latinoamérica*, 135-161. México: Consorcio Latinoamericano de Libertad Religiosa, 2005.
- De la Torre, Renée y Pablo Semán, "Introducción. Religiones y espacios públicos en América Latina". En *Religiones y espacios públicos en América Latina*. Editado por Renée de la Torre y Pablo Semán, 11-51. Buenos Aires: Clacso, 2021.
- Díaz Muñoz, Óscar. "Marco constitucional de la libertad religiosa en el Perú". En *Libertad de Conciencia y Religión en contexto de pandemia*. Coordinado por María Esperanza Adrianzén, 32-44. Lima: MINJUSDH, 2021.
- Díaz Revorio, Francisco Javier. "Las dimensiones constitucionales de la igualdad". *Pensamiento constitucional*, nº 22 (2017): 21-60.
- Ferrer Ortiz, Javier. "La laicidad del Estado peruano", en *Libertad religiosa y aconfesionalidad del Estado peruano*. Editado por Francisco Bobadilla Rodríguez, Jessica Chirinos-Pacheco y Javier Ferrer Ortiz, 59-94. Lima, Yachay Legal, 2020.
- Ferrer Ortiz, Javier. "La laicidad del Estado peruano". *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, nº 54, 2020.
- Herencia, Mayu. "Referéndum para nueva constitución: ¿Cuál es el procedimiento del proyecto de ley de Pedro Castillo?". *La República*, 23 de abril de 2022. Acceso el 23 de abril de 2022. <https://cutt.ly/RGFRim7>.
- Larraín, Rodrigo. "Ser católico en un mundo anticatólico". *Universidad Central*. 2 de septiembre de 2015. Acceso el 12 de abril de 2022. <https://cutt.ly/UGjMoqB>.
- Llamazares Fernández, Dionisio. "Principios, técnicas y modelos de relación entre Estado y grupos ideológicos religiosos (confesiones religiosas) y no religiosos". *Revista de Estudios Políticos*, nº 88 (1995): 29-62.

- Mosquera, Susana. "La libertad religiosa en el ordenamiento jurídico peruano". En *Libertad religiosa en el Perú: Contexto histórico, garantías del derecho y experiencia comparada: España, Argentina, Colombia y México*. Editado por María Esperanza Adrianzén Olivos, 62-80. Lima: MINJUSDH, 2022.
- Pelé, Antonio. "Kant y la dignidad humana". *Revista brasileira de estudos políticos*, nº 111 (2015): 15-46.
- Pew Research Center. *Religion in Latin America*. 13 de noviembre de 2014. Acceso el 12 de abril de 2014. <https://cutt.ly/wGFRd71>.
- Pontificia Universidad Católica de Chile. *Encuesta Nacional Bicentenario*. Santiago: UC, 2021.
- Rey, Fernando. "¿De qué hablamos cuando hablamos de igualdad constitucional?". *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 45 (2011): 167-181.
- Rodríguez Ruiz, Juan Roger. *El Estado peruano: Ni confesional ni laico. El régimen de laicidad del Perú. Autonomía e independencia y mutua cooperación*. Lima: Konrad Adenauer Stiftung e Instituto de Estudios Social Cristianos, 2018.
- Román, Cecilia. "'Neutralidad religiosa', protección del mundo fungi y bienes comunes naturales: las normas que llegarán al pleno de la CC", *emol*, 22 de febrero de 2021. Acceso el 12 de abril de 2022. <https://cutt.ly/gGFEB0i>.
- Ruiz Miguel, Alfonso. "Laicidad liberal y laicismo". *Doxa*, nº 44 (2021): 475-482.
- Ruiz Miguel, Alfonso y Luis Villavicencio Miranda. "Estado y Religión. Una justificación liberal de la laicidad neutral". *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 102 (2014): 93-126.
- Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0007-2014-AA, fundamento jurídico 11, y de 16 a 20.
- STC 24/1982, de 13 de mayo.
- Squella, Agustín. "¿Es Chile un Estado laico?". *Palabra pública*. 11 de enero de 2018. Acceso el 14 de abril de 2022. <https://cutt.ly/RGFOkQ>.
- Squella, Agustín. "¿Es Chile un Estado laico?", *Agustín Squella. Constitución a la vista*. 20 de octubre de 2017. Acceso el 14 de abril de 2022. <https://cutt.ly/nGFOyth>.
- Squella, Agustín. "Dios y la Constitución". *El Mercurio*. 21 de diciembre de 2021, A2.

LA OBLIGACIÓN DE ADOPTAR MEDIDAS LEGISLATIVAS EN EL MARCO DEL PROCESO DE FORMACIÓN DE LA LEY Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

THE OBLIGATION TO ADOPT LEGISLATIVE MEASURES IN THE FRAMEWORK OF THE PROCESS OF FORMATION OF THE LAW AND THE CONTROL OF CONVENTIONALITY

Jaime Rojas Castillo*

RESUMEN: Este trabajo analiza el deber del Estado parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de adoptar medidas legislativas o de otro carácter para cumplir con las obligaciones de respeto y garantía de los derechos y las libertades reconocidas en ella y el rol que juega el control de convencionalidad para asegurar su disfrute y goce. Resalta la importancia del Poder Legislativo en la promoción, respeto y garantía de los derechos humanos y la necesidad de adoptar, en el proceso de formación de las leyes, las medidas pertinentes, incluyendo el control de convencionalidad, para evitar la vulneración de los derechos humanos y la consiguiente responsabilidad internacional del Estado por la presencia de normas jurídicas contrarias a la Convención Americana en su derecho interno. Asimismo, hace referencia al ejercicio del control de convencionalidad por parte de la Convención Constitucional Chilena.

ABSTRACT: This work analyzes the duty of the State party to the American Convention on Human Rights to adopt legislative or other measures to comply with the obligations of respect and guarantee of the rights and freedoms recognized in it and the role played by the control of conventionality to ensure your enjoyment and enjoyment. Emphasizes the importance of the Legislative Power in the promotion, respect and guarantee of human rights and the need to adopt, in the process of forming laws, the pertinent measures, including the control of conventionality, to avoid the violation of human rights and the consequent international responsibility of the State for the presence of legal norms contrary to the American Convention in its domestic law. Likewise, it refers to the exercise of conventionality control by the Chilean Constitutional Convention.

PALABRAS CLAVES: Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Convención Americana, reformas legislativas, control de convencionalidad, Poder Legislativo, Convención Constitucional.

KEYWORDS: *Inter-American Human Rights System, American Convention, legislative reforms, conventionality control, Legislative Power, Constitutional Convention.*

Fecha de recepción: 09/10/22

Fecha de aceptación: 09/10/22

doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2023.7415>

* Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de Valparaíso (Chile). Abogado. Máster en Estudios Avanzados en Derechos Humanos, Universidad Carlos III de Madrid (España). Doctorando del Programa en Estudios Avanzados en Derechos Humanos, Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba, Universidad Carlos III de Madrid. Integrante del Observatorio del Proceso Constituyente Chileno, Universidad de Valparaíso. Investigador en el Área de Análisis Legal, Asesoría Técnica Parlamentaria (ATP), Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (BCN). E-mail: 100401881@alumnos.uc3m.es

1.- INTRODUCCIÓN¹

El 11 de abril de 2022, la Convención Constitucional Chilena incorporó al "Borrador de Propuesta de Constitución Política" la norma que dispone: "La protección y garantía de los derechos humanos individuales y colectivos son el fundamento del Estado y orientan toda su actividad"². La centralidad de los derechos humanos en nuevo modelo constitucional chileno, que supera al subsidiario presente en el Código Político de 1980, requiere un actuar coherente de todos los órganos del Estado.

El marco del III Congreso de la Asociación de Estudiantes y Egresadas/os del Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba, de la Universidad Carlos III de Madrid, que llevó por título: "Institucionalidad y protección de los Derechos Humanos en un nuevo pacto social", me permitió reflexionar sobre la importancia de la obligación del Estado parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH, Convención Americana) de adoptar medidas legislativas en el derecho interno para hacer efectivos los derechos reconocidos en ella, la que a su vez se relaciona estrechamente con el control de convencionalidad.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en su Opinión Consultiva N° 6/86, se refiere expresamente al Poder Legislativo en materia de protección de los derechos humanos en un Estado Democrático, ya que su mandato, revestido de la voluntad popular, está dirigido a evitar la vulneración de los atributos inviolables de la persona, los que no pueden ser legítimamente menoscabados o en los que sólo se puede penetrar limitadamente³.

La ley en el Estado democrático no es simplemente un mandato de la autoridad revestido de ciertos y necesarios elementos formales. Implica dirigir su contenido a una finalidad⁴: la protección y garantía de los derechos humanos. Para coadyuvar en esta tarea la Corte IDH creó la doctrina del control de convencionalidad, la que, con una vigencia de más de 15 años, ha contribuido a cumplir las obligaciones asumidas soberanamente por el Estado parte en la CADH y los tratados en general.

La doctrina del control de convencionalidad, cuyos fundamentos se encuentran principalmente en los artículos 1.1, 2 y 29 de la

¹ Las afirmaciones formuladas en el presente trabajo se expresan en el contexto de una investigación de carácter académico. Son de exclusiva responsabilidad de su autor, y no representan de manera alguna a la institución en que desarrolla funciones profesionales.

² Convención Constitucional (Chile), Consolidado de Normas aprobadas para la Propuesta de Constitución por el Pleno de la Convención, acceso el 21 de marzo de 2022, <https://bit.ly/3s4rUPh>.

³ Corte IDH, *La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-6/86, del 9 de mayo de 1986, Serie A N° 6, párr. 21-23.

⁴ *Ídem*, párr. 32.

Convención Americana, reconoce el rol del Legislativo en su tarea de reforma del derecho interno, ajustándolo a las disposiciones del *corpus iuris* interamericano y a la jurisprudencia de la Corte IDH.

Este trabajo tiene por objeto abordar la obligación del Estado parte en la CADH de adoptar medidas legislativas y el control de convencionalidad. Para alcanzar este propósito se analizan los principales pronunciamientos de la Corte IDH y la doctrina de los y las juristas que explican cómo estas instituciones son útiles para asegurar el respeto y garantía de los derechos y libertades de quienes se encuentran bajo la jurisdicción del Estado. Por tanto, se plantea que el Poder Legislativo al ejercer su función debe considerar esta obligación internacional, siendo el control de convencionalidad una institución útil para estos fines, al tiempo que constituye un instrumento para asegurar el cumplimiento del nuevo Pacto Social.

2.- LA OBLIGACIÓN DE ADOPTAR MEDIDAS LEGISLATIVAS EN EL MARCO DE LA COVENCIÓN AMERICANA

El artículo 2 de la Convención Americana establece que si los derechos y las libertades reconocidas en ella, no se encuentran ya asegurados en el derecho interno del Estado, este se compromete a adoptar disposiciones legislativas o de otro carácter, en conformidad a sus respectivos procedimientos constitucionales y la Convención, necesarias para hacer efectivos esos derechos y libertades⁵. Esta obligación, "ocupa una posición crucial en la arquitectura interamericana de derechos humanos"⁶.

La función de quienes tienen como tarea emitir normas jurídicas se encuadra en uno de los principales deberes de carácter convencional: adoptar medidas legislativas para armonizar el Derechos Internacional de los Derechos Humanos y el derecho interno⁷, y es garantía de efectividad en un sistema multinivel de protección de los derechos humanos.

La disposición sobre la obligación de adoptar medidas legislativas en la CADH, tiene como referente el artículo 2.2 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos. Fue incorporado con el objeto de reforzar el deber de hacer efectivos los derechos y evitar que algún Estado argumentara no estar obligado a respetar alguno de estos, no obstante entenderse incorporados en el derecho interno por solo hecho

⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 2.

⁶ Humberto Nogueira Alcalá y Gonzalo Aguilera Cavallo, *Control de convencionalidad interno: la aplicación del corpus iuris interamericano por los Estados Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en especial las jurisdicciones nacionales*. (Santiago: Editorial Librotecnia, 2018), 206.

⁷ Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Carlos Pelayo Möller, "Capítulo I Enumeración de Deberes", en *Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentario*, 2ª ed., por Christian Steiner y Marie-Christine Fuchs, (Bogotá Colombia: Konrad Adenauer Stiftung, 2019), 31-105, 76.

de ratificar la Convención⁸. Esta obligación, por otra parte, “no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comparte la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”⁹.

La obligación de adoptar medidas legislativas, se “encuentra directamente vinculada a las obligaciones de respeto y garantía, aunque los alcances y propósitos de cada una de ellas son diferentes”¹⁰. Se trata de una obligación de carácter complementario¹¹ que “se suma a la impuesta por el artículo 1 de la Convención dirigida a hacer más determinante y cierto el respeto de los derechos y libertades (...), complementa, pero de ninguna manera sustituye o suple, a la obligación general y no condicionada que resulta del artículo 1”¹², pues tiene un efecto directo e inmediato sobre los individuos, aunque “es especialmente relevante en cuanto parte del deber de garantía de los derechos humanos”¹³.

Tratándose de las obligaciones de respeto y garantía, en opinión de Ledezma, “esta ha omitido indicar los medios o procedimientos concretos a través de los cuales los Estados deben dar cumplimiento al compromiso que han adquirido en materia de derechos humanos”¹⁴, por tanto, la obligación de adoptar medidas legislativas tendrá lugar en todos aquellos “supuestos en que el del artículo 1.1 resulte inoperante o, al menos, insuficiente, (...) en virtud de que determinados derechos --no todos-- necesitan en sí mismos de normas o medidas complementarias de orden interno para ser exigibles de manera inmediata e incondicional.”¹⁵ Además, no debe ser entendida como “mera repetición del ya establecido en el artículo 1.1, porque esto equivaldría a vaciar de sentido éste último, ni tampoco como

⁸ *Ídem*, 77-78.

⁹ Corte IDH, Sentencia *Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Fondo*, del 29 de julio de 1988, Serie C Nº 4, párr. 177.

¹⁰ Elizabeth Salmón, *Introducción al Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. (Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2020), 64.

¹¹ Héctor Ledezma Faúndez, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales*, 3ª ed. (San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004), 82.

¹² Héctor Gross Espiell, *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (Arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-7/86, del 29 de agosto de 1986, Serie A Nº 7, Opinión Separada del Juez Héctor Gross Espiell, párr. 6.

¹³ Ledezma Faúndez, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales...*, 82.

¹⁴ *Ídem*, 75.

¹⁵ Rodolfo Piza Escalante, Corte IDH, *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (Arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-7/86, del 29 de agosto de 1986, Serie A Nº 7, Opinión Separada del Juez Rodolfo E. Piza Escalante, párr. 27.

equivalente del simple deber genérico de darle eficacia en el orden interno”¹⁶.

Los Estados parte en la CADH, tratándose de aquellos derechos reconocidos por ella de manera inmediata e incondicional, deben respetarlos y garantizarlos para que sean plenamente exigibles. Sin embargo, existen ciertos derechos que requieren de la acción del Estado, puesto que “por su misma naturaleza [son] inoperantes sin toda una detallada regulación normativa e, incluso, sin un complejo aparato institucional, económico y humano que les dé la eficacia que reclaman, como derechos de la propia Convención, es decir, en el plano internacional”¹⁷. Así, por ejemplo, el derecho a sufragio requiere de leyes que fijen los mecanismos necesarios para hacerlo efectivo: plazos, registros electorales, locales de votación, personal encargado y mecanismos de proclamación de vencedores o de reclamación de los resultados o bien aquellos que permitan ejercer efectivamente un cargo público.

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) y el Sistema Universal de protección se contemplan normas similares al artículo 2 de la CADH¹⁸. Esta obligación, además, se caracteriza porque que no se agota, en mi opinión, en un único acto, esto es, una vez que se introduzca la reforma legislativa del derecho interno – o bien con la adopción de una medida de otro carácter - sino que es necesario que el Legislativo o el órgano correspondiente, la actualice a la luz del avance de los conocimientos científicos y tecnológicos, tal como dispone, por ejemplo, el n° 3 del artículo 11 de la CEDAW¹⁹.

En resumen, y siguiendo a Medina Quiroga, el Estado con el fin de garantizar el disfrute de los derechos humanos debe realizar “una cuidadosa revisión de su legislación interna con el propósito de eliminar las discrepancias que puedan existir entre ella y las normas internacionales”²⁰, asegurando que dichas normas operen en su

¹⁶ *Ídem*, párr. 26.

¹⁷ *Ídem*, párr. 27.

¹⁸ Así, por ejemplo, se puede citar entre otras, el Protocolo de San Salvador (art. 2); la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conocida como Convención de Belém do Pará (art. 7, letras c), d), e) y h); Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (art. 4, letra c), art. 9, letra a), art. 12, letra d), art. 18, párr. 3); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 2, n° 2); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 2, n° 1 y n° 8); Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) (art. 2, letras a), b) y f), art. 3, 6, 11, n° 3, etc.); Convención sobre los Derechos del Niño (art. 3, n° 2, art. 4, 19, 32, 33, etc.); y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (art. 4, n° 1, a), b), art. 15, n° 2, art. 16, n° 1, etc.).

¹⁹ “3. La legislación protectora relacionada con las cuestiones comprendidas en este artículo será examinada periódicamente a la luz de los conocimientos científicos y tecnológicos y será revisada, derogada o ampliada según corresponda.”

²⁰ Cecilia Medina Quiroga, C., *La Convención Americana: teoría y Jurisprudencia: vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*.

jurisdicción, pero será él quien decida la manera más conveniente para adecuar su normativa interna²¹, decidiendo su incorporación directa o bien a través de la emisión de nuevas normas²². Con todo, la sola adopción de medidas legislativas no es suficiente cumplir con el compromiso asumido: ellas deben ser efectivas (principio del *effet utile*) y esto sólo acontecerá "cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención"²³.

3.- FUNDAMENTO Y ALCANCE DE LA OBLIGACIÓN DE ADOPTAR MEDIDAS LEGISLATIVAS

3.1.- Fundamento de la obligación de adoptar medidas legislativas

En el marco de la CADH, el fundamento de la obligación de adoptar medidas legislativas se encuentra su artículo 2. Sin embargo, la Corte IDH, ha señalado que esta obligación: "recoge una regla básica del derecho internacional, según la cual todo Estado Parte en un tratado tiene el deber jurídico de adoptar las medidas necesarias para cumplir con sus obligaciones conforme al tratado, sean dichas medidas legislativas o de otra índole"²⁴. Para E. Salmón, "es un reflejo del deber de implementación de los tratados internacionales, codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados"²⁵. En consecuencia, esta "norma aparece como válida universalmente y ha sido calificada por la jurisprudencia como un principio evidente"²⁶.

El citado artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT), prohíbe al Estado parte "invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado". Luego, la presencia de una norma en el derecho interno no puede ser un argumento suficiente para dejar de cumplir. Así, por ejemplo, el Estado Chileno no podía invocar como argumento de su incumplimiento el art. 19.12 *in fine* de su Constitución

(Santiago: Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, 2003), 18.

²¹ No hay que perder de vista el carácter complementario o coadyuvante del SIDH, por tanto, será el Estado quien determine la mejor manera de cumplir sus compromisos internacionales, camino en el que coadyuvan los órganos de protección del Sistema.

²² Medina Quiroga, *La Convención Americana: teoría y Jurisprudencia...*, 18.

²³ Corte IDH, *Sentencia "La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas*, del 5 de febrero de 2001, Serie C N° 73, párr. 87.

²⁴ Corte IDH, *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (Arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-7/86, del 29 de agosto de 1986, Serie A N° 7, párr. 30.

²⁵ Salmón, *Introducción al Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, ... 64.

²⁶ Corte IDH, *Sentencia Garrido y Baigorria vs. Argentina, Reparaciones y Costas*, del 27 de agosto de 1998, Serie C N° 39, párr. 68.

Política, para no exhibir la película la "La última tentación de Cristo", por lo mismo, no la invocó ante la Corte y dijo que Chile estaba en vías para que: "de acuerdo al artículo 2 de la Convención y a sus procedimientos constitucionales, se adopten las medidas necesarias para eliminar la censura cinematográfica y permitir así la exhibición de la película "La Última Tentación de Cristo"²⁷.

El mandato de adoptar medidas legislativas o de otro carácter²⁸ para el Estado parte del Pacto de San José puede provenir también de una sentencia de la Corte IDH o como consecuencia de un Procedimiento de Solución Amistosa, que facilitado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en conformidad con el artículo 48.1, f) de la CADH y 40.1 y 37.4 de su Reglamento, permite a los peticionarios, a las presuntas víctimas y al Estado, antes de la emisión de una decisión de fondo, conseguir una resolución de la controversia fuera de la vía contenciosa, además de permitirle al Estado demostrar su compromiso de respeto y garantía de los derechos humanos y su voluntad de cumplir las obligaciones asumidas en la CADH y otros tratados del SIDH²⁹.

La Corte IDH, ejerciendo su competencia contenciosa y el control de convencionalidad, que los juristas llaman propio o concentrado, luego de verificar la incompatibilidad, ausencia de norma, falta de claridad o precisión de una norma que forma parte de su derecho interno con las disposiciones de la CADH, ordena al Estado parte que adopte medidas legislativas para adecuar su ordenamiento jurídico interno a las disposiciones del Pacto y de esta manera cumplir con los deberes generales de respeto y garantía de los derechos que éste protege³⁰.

La CIDH, ha jugado un papel central en la protección de los derechos humanos en la Región, primero en el contexto de la acción de las dictaduras cívico militares y luego "propiciando la compensación de los déficits nacionales, fomentando avances en marcos legislativos y políticas públicas en materia de derechos humanos, así como la prevención de retiros y retrocesos en el régimen de protección de

²⁷ Corte IDH, *Sentencia "La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile...*, párr. 82, g).

²⁸ Estas medidas, según explica Nogueira: "implica que los órganos jurisdiccionales ordinarios o especiales que contempla el ordenamiento estatal, en cuanto órganos del Estado, se encuentran vinculados directa e inmediatamente por los derechos asegurados convencionalmente, más aún cuando el ordenamiento jurídico estatal al ratificar la Convención, la convierte en derecho interno sin que deje de ser simultáneamente derecho internacional". Humberto Nogueira Alcalá, "El control de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 19, (2013): 221-270, 229.

²⁹ Comisión IDH, *Impacto de las Soluciones Amistosas*. Washington DC: OEA/Ser.L/V/II.167 Doc. 31 1 marzo, 2018, párr. 6.

³⁰ Corte IDH, *Sentencia "La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile...*, párr. 90.

derechos”³¹, evidenciando determinados patrones de violación de derechos humanos.

Los acuerdos de solución amistosa contribuyen a concretizar los fines de la Comisión. Además, han permitido la derogación y reformas de normas contrarias a la Convención, la Declaración Americana y otros instrumentos pertinentes³². Asimismo, las reformas legislativas adoptadas en este contexto, como garantías de no repetición, “ha servido para modificar la situación estructural que sirve de contexto a las violaciones”³³.

Aunque, como advierte Ledezma, existe el peligro que el Estado use este mecanismo para sustraer de la discusión pública asuntos que trasciendan al interés de los peticionarios o utilizarlo con efectos dilatorios³⁴, lo cierto es que es un mecanismo útil para poner en movimiento al Poder Legislativo y su función esencial de asegurar, vía legislativa, el ejercicio de los derechos y las libertades reconocidas a quienes se encuentran bajo su jurisdicción³⁵.

3.2.- Alcance de la obligación de adoptar medidas legislativas

Pero, ¿qué comprende la obligación del Estado de adoptar medidas legislativas? Tanto la Corte como la Comisión Interamericana se han pronunciado sobre la actividad que debe realizar el Estado para cumplir con esta obligación.

La Corte IDH, en diversos pronunciamientos ha señalado que esta obligación comprende: a) el deber de suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que: i) entrañen una violación a las garantías previstas en la Convención; ii) desconozcan los derechos y libertades reconocidos por ella; y iii) obstaculicen el ejercicio de derechos y

³¹ Flávia Piovesan, “Implementación de las decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: propuestas y perspectivas”, en *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Transformando realidades*, ed. por Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales Antoniazzi, Pablo Saavedra Alessandri (Querétaro: Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México, 2019) 407-477, 410.

³² Comisión IDH, *Impacto de las Soluciones Amistosas...*, párr. 84.

³³ *Ídem*, párr. 188.

³⁴ Ledezma Faúndez, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales...*, 433.

³⁵ En el caso chileno, no obstante, la oposición de algunos actores que buscaron desconocer la competencia del Estado para firmar un Acuerdo de Solución Amistosa, recurriendo con este fin a la Contraloría General de la República, permitió el impulso de la discusión de la Ley N° 21.400 que reguló, en igualdad de condiciones, el matrimonio de personas del mismo sexo, producto de un acuerdo entre el Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (Movilh) y el Estado chileno.

libertades reconocidas; y b) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas y normas conducentes a su efectiva observancia³⁶.

Precisando la forma en que se satisface el deber de suprimir y expedir normas, la Corte IDH explica que suprimir importa: "la reforma, la derogación, o la anulación, de las normas o prácticas que tengan esos alcances, según corresponda"³⁷. Tratándose de la obligación de emitir normas, el Estado debe "prevenir la recurrencia de violaciones a los derechos humanos y, por eso, debe adoptar todas las medidas legales, administrativas y de otra índole que sean necesarias para evitar que hechos similares vuelvan a ocurrir en el futuro"³⁸.

Es importante señalar que la medida de "suprimir" normas, comprende aquellas que, si bien reconocen un derecho, su titular ve obstaculizado su ejercicio, puesto que al no existir reglas especiales termina por constituir una mera declaración, ya que se establecen barreras difíciles de superar³⁹.

Por su parte, la CIDH sostiene que el alcance de esta obligación "implica verificar la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas con los instrumentos interamericanos de derechos humanos y sus estándares aplicables."⁴⁰ Toda autoridad pública, en el ámbito de sus competencias, actuando de oficio, debe suprimir las "normas contrarias a los compromisos internacionales en materia de derechos humanos o bien ajustando su interpretación conforme a dichos instrumentos, dependiendo de las facultades de cada autoridad pública competente."⁴¹

La ex jueza de la Corte IDH, Cecilia Medina y el profesor Claudio Nash, comentando el alcance de la obligación del artículo 2 de la CADH, han dicho que el Estado debe prevenir que su derecho doméstico no contraríe las disposiciones de los tratados y desarrollar los derechos internacionalmente reconocidos y adoptar medidas legislativas para garantizar el pleno goce de los derechos humanos⁴². Esta obligación tiene una fas positiva, pero también una negativa: "si se ha contraído la obligación de adoptar las medidas aludidas, con mayor razón lo está la de no adoptar aquellas que contradigan el objeto y fin de la

³⁶ Corte IDH, *Sentencia Salvador Chiriboga vs. Ecuador, Excepciones Preliminares y Fondo*, del 6 de mayo de 2008, Serie C Nº 179, párr. 122

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ En la legislación electoral chilena, se permite que las personas que no militan en un partido político puedan presentar candidaturas a cargos de elección popular, pero los requisitos establecidos para ser electos hacen en la práctica que una candidatura independiente tenga pocas posibilidades de ser exitosa.

⁴⁰ Comisión IDH, *Compendio sobre la obligación de los Estados de adecuar su normativa interna a los Estándares Interamericanos de Derechos Humanos*. Washington DC: OEA/Ser. L/V/II. Doc.11/21, párr. 37.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² Cecilia Medina Quiroga y Claudio Nash Rojas, *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus Mecanismos de Protección*. (Santiago de Chile: Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, 2007), 28-29.

Convención.”⁴³ Para Bazán, es evidente que “la obligación de dictar las medidas que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en la CADH, comprende la de no dictarlas cuando ellas conduzcan a violar esos derechos y libertades”⁴⁴.

3.3.- Las medidas legislativas como garantía de no repetición de violación de los derechos humanos

Desde su creación, la Corte y la Comisión Interamericana han desarrollado un amplio trabajo de promoción y protección de los derechos humanos, el que ha contribuido a potenciar un Sistema de Protección de carácter colectivo, cuyo aporte sirve a “un proyecto democrático que pone la mirada en grandes conjuntos de personas, sometidas a fuerte presión en virtud de su debilidad personal o su pertenencia a grupos frecuentemente desvalidos”⁴⁵.

Las medidas legislativas, en cuanto garantía de no repetición, se dirigen a “cambiar alguna situación estructural que tiene lugar en el Estado”⁴⁶ y que afecta a un número considerable de personas que enfrentan obstáculos para ejercer sus derechos y libertades, por tanto, estas medidas están destinadas a “evitar que hechos similares vuelvan a ocurrir, asegurando que en el futuro el Estado cumpla con sus deberes de protección y garantía de los derechos humanos y que adopte las medidas necesarias para hacer efectivo el ejercicio de tales derechos”⁴⁷. Desde esta perspectiva, el Estado no solo repara en un

⁴³ Corte IDH, *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC14/94, del 9 de diciembre de 1994, Serie A N° 14, párr. 33.

⁴⁴ Víctor Bazán, “El control de convencionalidad como instrumento para proteger derechos esenciales y prevenir la responsabilidad internacional del Estado”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n° 19, (2015): 25-70, 47.

⁴⁵ Sergio García Ramírez, “La ‘navegación’ de los derechos humanos: hacia un *Ius Commune*”, en *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Transformando realidades*, ed. por Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales Antoniazzi, Pablo Saavedra Alessandri. (Querétaro: Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México, 2019) 55-107, 96.

⁴⁶ Pablo Saavedra Alessandri, “Algunas reflexiones en cuanto al impacto estructural de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Transformando realidades*, ed. por Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales Antoniazzi, Pablo Saavedra Alessandri. (Querétaro: Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México, 2019) 457-502, 468.

⁴⁷ *Ídem*, 469.

caso concreto, sino que su protección impacta en la generalidad de personas.

Por otra parte, cuando el Estado adopta medidas legislativas o de otro carácter para cumplir con sus obligaciones, presta un servicio a los demás Estados que forman parte del SIDH, pues comparten características comunes, es decir, estructuras de desigualdad y discriminación, las que generan severos impactos en los derechos, pues estas legislaciones pueden servir de guía para superar las falencias estructurales "que fueron las que sirvieron de cimiento para que se generara la violación"⁴⁸, al tiempo que se evidencia el carácter colectivo o multilateral del SIDH, que consagra una garantía común de protección.

El catálogo de medidas legislativas ordenadas como garantía de no repetición es amplio⁴⁹. Asimismo, para reparar una violación estructural, la Corte ordena la adopción de políticas públicas o cambios de prácticas, que buscan que "la falencia estructural que permitió o sirvió para que generara la violación sea transformada o desarticulada de manera tal que evite que los hechos de la misma naturaleza vuelvan a ocurrir"⁵⁰. Así, por ejemplo, medidas de este carácter las ha ordenado tratándose de la violencia estructural que afecta a las mujeres⁵¹, a personas de sexualidades diversas⁵², por estado de salud⁵³, personas transgénero⁵⁴, vulnerabilidad de niñas en contexto educativo⁵⁵, trabajo equitativo y satisfactorio, derecho de la niña y el niño⁵⁶, discriminación laboral en razón de la orientación sexual⁵⁷, etc.

⁴⁸ *Ídem*, 470.

⁴⁹ *Ídem*, 469-470.

⁵⁰ *Ídem*, 471.

⁵¹ Corte IDH, *Sentencia González y Otras ("Campo Algodonero") vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, del 16 de noviembre de 2009, Serie C N° 205, párr. 602, Nos. 12-14, 18-23.

⁵² Corte IDH, *Sentencia Atala Riffo y Niñas vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas*, del 24 de febrero de 2012, Serie C N° 239, párr. 314, No. 5.

⁵³ Corte IDH, *Sentencia Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, del 23 de agosto de 2018, Serie C N° 359, puntos resolutivos Nos. 13-14.

⁵⁴ Corte IDH, *Sentencia Azul Rojas Marín y Otra vs. Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 12 de marzo de 2020, Serie C N° 402, párr. 289, Nos. 13-16.

⁵⁵ Corte IDH, *Sentencia Guzmán Albarracín y Otras vs. Ecuador, Fondo, Reparaciones y Costas*, del 24 de junio de 2020, Serie C N° 405, párr. 276, Nos. 10-11.

⁵⁶ Corte IDH, *Sentencia Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesus y sus familiares v. Brasil, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, del 15 de julio de 2020, Serie C N° 407, párr. 318, Nos. 18.

⁵⁷ Corte IDH, *Sentencia Pavez Pavez vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas*, del 4 de febrero de 2022, Serie C N° 449, párr. 209, Nos. 8-9.

4.- EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD COMO GARANTÍA DEL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES DEL ESTADO

4.1. El control de convencionalidad en el marco del Sistema Interamericano de protección

Para garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los Estados parte en la CADH, la Corte IDH en el año 2006 introdujo en el SIDH el término "control de convencionalidad"⁵⁸ y es quizás una de las aportaciones más controversiales generadas a partir de su jurisprudencia⁵⁹. Con todo, esta doctrina ha contribuido decididamente al ajuste de los ordenamientos jurídicos de la Región y al desarrollo del llamado constitucionalismo transformador, esto es, "el entendimiento del derecho constitucional como un instrumento de cambios profundos"⁶⁰.

Aunque la Corte sólo recién en el 2006 habló de "una especie de control de convencionalidad" en *Almonacid Arellano vs. Chile*, esto no significa que antes no desarrollara esta actividad. Este es un control que viene realizándose desde su entrada en funciones⁶¹. Lo novedoso consiste en que explicita, según sostiene Quispe Remón, que los Estados parte en la Convención Americana "deben en su derecho interno verificar la compatibilidad de las normas internas con la Convención Americana de excluirlos, modificarlos o convalidarlos"⁶², considerándolo un medio para asegurar la supremacía de las normas del SIDH, pero no un fin en sí mismo⁶³.

⁵⁸ Corte IDH, *Sentencia Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, del 26 de septiembre de 2006, Serie C Nº 154, párr. 124.

⁵⁹ Pablo Contreras Vásquez y Gonzalo García Pino, *Estudios sobre control de convencionalidad*. (Santiago de Chile: DER Ediciones, 2020), 171.

⁶⁰ Armin von Bogdandy, "El mandato transformador del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Legalidad y legitimidad de un proceso iusgenerativo extraordinario", en *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Transformando realidades*, ed. por Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales Antoniazzi, Pablo Saavedra Alessandri (Querétaro: Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México, 2019), 95-126, 99.

⁶¹ Juan Carlos Hitters, "Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)", *Estudios Constitucionales*, año 7, 2 (2009): 109-128, 110-111.

⁶² Florabel Quispe Remón, *Los derechos humanos en el Sistema Interamericano*. (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2018), 71.

⁶³ Mario A.R. Midón, "Acerca de la prevalencia de los tratados de derechos humanos sobre la Constitución", en *Derechos Humanos y control de convencionalidad*, dir. por Mario A.R. Midón y comp. por Carlos D. Luque, (Resistencia: Contenido Libros, 2016), 257-267, 257.

El control de convencionalidad es una doctrina de carácter jurisprudencial e inacabada, que ha configurado su contenido en sucesivas sentencias y opiniones consultivas de la Corte IDH. Las juristas Sofía Sagüés y Juana María Ibáñez, identifican diversas etapas que explican su evolución. La primera, idéntica: su génesis (*Almonacid Arellano*, 2006); diagramación de los aspectos procesales (*Trabajadores Cesados del Congreso*, 2006); interpretación conforme (*Rosendo Rodilla Pacheco*, 2009), y termina, extensión a todos los órganos del Estado (*Gelman*, 2011)⁶⁴. Ibáñez, por su parte, distingue tres fases: gestación del término, aparición del concepto y precisiones jurisprudenciales sobre alcance y contenido⁶⁵.

La clasificación hecha por Sagüés e Ibáñez confirman el carácter eminentemente jurisprudencial de esta doctrina, la cual recuerda que, en palabras de Cançado Trindade, la "responsabilidad *primaria* por la observancia de los derechos humanos recae en los Estados, y los propios tratados de derechos humanos atribuyen importantes funciones de protección a los órganos de los Estados"⁶⁶.

Asimismo, hay que considerar que los Estados se constituyen en los principales protectores de los derechos humanos "a través de una voluntad política y jurídica que constituye la mejor prenda de la eficacia verdadera del régimen internacional de protección de los derechos humanos, sustentado en la eficacia del régimen interno de protección de esos derechos"⁶⁷.

4.2.- Aspectos generales sobre el control de convencionalidad

4.2.1.- Concepto de control de convencionalidad

La Corte IDH, ha dicho que el control de convencionalidad "ha sido concebido como una institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional, en este caso el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de este Tribunal"⁶⁸. Su objeto es

⁶⁴ María Sofía Sagüés, "Ius Commune Latinoamericano y Corpus Juris Interamericano ¿Simbiosis u oposición?", en *Derechos Humanos y control de convencionalidad*, dir. por Mario A.R. Midón y comp. por Carlos D. Luque (Resistencia: Contenido Libros, 2016), 95-124, 103-107.

⁶⁵ Juana María Ibáñez, *El control de convencionalidad* (Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México – Instituto de Investigaciones Jurídicas, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2017), 52-69.

⁶⁶ Antônio Cançado Trindade, *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, 2ª ed. (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006), 393. Cursiva en el original.

⁶⁷ Sergio García Ramírez, *Voto Concurrente Razonado a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Tibi vs. Ecuador*, del 7 de septiembre de 2004, Serie C Nº 114, párr. 5.

⁶⁸ Corte IDH, Sentencia *Urrutia Laubreaux vs. Chile*, del 27 de agosto de 2020, Serie C Nº 409, párr. 93.

que las disposiciones de la Convención no pierdan eficacia por aplicación de leyes que contradicen su objeto y fin⁶⁹, evitando la responsabilidad internacional del Estado.

El control de convencionalidad, para S. Albanese "constituye una garantía destinada a la aplicación armónica del derecho vigente"⁷⁰, mientras que para Néstor Pedro Sagüés, importa "pensar, interpretar y hacer funcionar todo el derecho interno, de conformidad con las pautas del Pacto de San José de Costa Rica, y la jurisprudencia de la Corte Interamericana"⁷¹, idea resistida por Silva Abbott, porque significa "un cambio radical en las reglas del juego a la que los Estados se comprometieron originalmente, que sobrepasan notablemente las competencias de este tribunal internacional"⁷².

La jurista argentina María Gabriela Ábalos, sostiene que el control de convencionalidad es un "control de compatibilidad entre el texto de una norma nacional, provincial o local, su interpretación o un acto u omisión de autoridad pública o de particulares; por un lado, con relación al texto de un tratado internacional y/o la interpretación judicial, o consultiva de ese texto realizado por una autoridad internacional competente para hacerlo coma por el otro"⁷³.

Por lo dicho, vemos que este tipo de control alcanza a todas las normas jurídicas del Estado, con independencia del nivel en que se produzcan y que se extiende a la interpretación de esas normas y a todo acto u omisión, sea de una autoridad pública o bien de particulares⁷⁴.

⁶⁹ Corte IDH, *Sentencia Almonacid Arellano y otros vs. Chile...*, párr. 124.

⁷⁰ Susana Albanese, "El valor de las opiniones consultivas Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Derechos Humanos y control de convencionalidad*, dir. por Mario A.R. Midón y comp. por Carlos D. Luque (Resistencia: Contenido Libros, 2016), 169-177, 169.

⁷¹ Néstor Pedro Sagüés, "Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legiferante de convencionalidad", *Revista Investigações Constitucionais, Curitiba*, vol. 1, 2, mayo-agosto (2014): 23-32, 24.

⁷² Max Silva Abbott, "La doctrina del control de convencionalidad: más problemas que soluciones", en *Una visión crítica del sistema interamericano de derechos humanos y algunas propuestas para su mejor funcionamiento*, coord. Por Max Silva Abbott (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019), 177-216, 183.

⁷³ María Gabriela Ábalos, "Control de constitucionalidad y convencionalidad: su imprescindible armonización", en *Derechos Humanos y control de convencionalidad*, dir. Mario A.R. Midón y comp. Carlos D. Luque (Resistencia: Contexto Libros, 2016), 125-167, 125.

⁷⁴ La responsabilidad del Estado por hechos de los particulares ha sido declarada en caso *Vera Rojas vs. Chile*. La Corte IDH, respecto de la decisión de la aseguradora de salud (Isapre MasVida) de suspender el régimen de hospitalización domiciliaria de la niña Martina Rojas Vera, sostuvo que los Estados: "tienen el deber de prevenir las violaciones a derechos humanos producidas por empresas privadas, por lo que deben adoptar medidas legislativas y de otro carácter para prevenir dichas violaciones, e investigar, castigar y reparar tales violaciones cuando ocurran" (Corte IDH, *Sentencia Vera Rojas y Otros vs. Chile, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, del 1 de octubre de 2021, Serie C N° 439, párr. 85). Asimismo, en el caso *Pavez Pavez vs. Chile*, ante la inhabilitación para ejercer la docencia de religión

El control de convencionalidad, finalmente, como mecanismo ideado para recordar las obligaciones que surgen para el Estado por el hecho de ratificar un tratado, por ejemplo, la Convención Americana, es, según sostiene Midón, “un mecanismo que, en tanto sea razonablemente utilizado, puede coadyuvar a la aplicación ordenada y coherente del derecho vigente en el Estado, abarcando a sus fuentes internas e internacionales”⁷⁵.

4.2.2.- Sujetos obligados al ejercicio del control de convencionalidad

¿Quién está obligado a ejercer el control de convencionalidad?

La Corte IDH, en su *leading case* sobre esta institución dijo que “el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad”⁷⁶, sentando de esta forma que su ejercicio correspondía a este poder el Estado. Sin embargo, en *Gelman vs. Uruguay* (2011), refiriéndose a lo susceptible de ser decidido por las mayorías en las instancias democráticas, sostuvo que “es función y tarea de *cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial*”⁷⁷. En la *Resolución de Supervisión de Cumplimiento del Caso Gelman* (2013), la Corte explicitó que “el control de convencionalidad es una obligación propia de todo poder, órgano o autoridad del Estado Parte en la Convención”⁷⁸.

La evolución de la Corte Interamericana en materia de sujetos obligados a ejercer el control de convencionalidad en *Gelman vs. Uruguay*, en palabras de Bazán, “amplió fuertemente las fronteras operativas del examen convencional”⁷⁹, pues su ejercicio alcanza ahora a las mayorías democráticas, para las cuales “la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable”⁸⁰, de donde se sigue que la legitimación de ciertos hechos o actos en una sociedad

católica en una institución pública de Sandra Pavez con base en la orientación sexual, recordó que: “en un Estado de derecho no pueden haber decisiones que afecten derechos humanos, que se encuentren fuera de un control de legitimidad por parte de autoridades estatales. (...) En esos ámbitos, estas decisiones deben poder contar con el debido control estatal y deben respetar los principios y garantías establecidos en la normatividad interna y de la Convención Americana.” (Corte IDH, *Sentencia Pavez Pavez vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas*, del 4 de febrero de 2022, Serie C N° 449, párr. 100).

⁷⁵ Víctor Bazán, “La fiscalización convencional y su potencialidad para proteger derechos humanos y evitar la responsabilidad internacional del Estado”, en *Vulneraciones a los derechos humanos. Reparaciones por responsabilidad internacional de los Estados*, dir. por Víctor Bazán (Buenos Aires: Astrea, 2020), 3-80, 15.

⁷⁶ Corte IDH, *Sentencia Almonacid Arellano y otros vs. Chile...*, párr. 124

⁷⁷ Corte IDH, *Sentencia Gelman vs. Uruguay...*, párr. 239. Cursiva añadida.

⁷⁸ Corte IDH, *Sentencia Gelman vs. Uruguay, Supervisión y cumplimiento de Sentencia*, del 20 de marzo de 2013, párr. 72.

⁷⁹ Bazán, “La fiscalización convencional y su potencialidad para proteger derechos humanos y evitar la responsabilidad internacional del Estado” ..., 20.

⁸⁰ Corte IDH, *Sentencia Gelman vs. Uruguay...*, párr. 239.

democrática necesariamente deben ajustarse a sus compromisos internacionales en materia de derechos humanos, considerando además que la "existencia de un régimen democrático no garantiza, *per se*, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos"⁸¹.

Para García Ramírez, es "imposible, además de indeseable, tomando en cuenta el carácter subsidiario o complementario de la jurisdicción internacional, que ésta recibiera un gran número de contiendas sobre hechos idénticos o muy semejantes entre sí, para reiterar una y otra vez los criterios sostenidos en litigios precedentes"⁸², de manera que una vez fijado el estándar en una materia "éste sea recogido por los Estados en el conjunto de su aparato jurídico: a través de políticas, leyes, sentencias que den trascendencia, universalidad y eficacia a los pronunciamientos de la Corte"⁸³. Además, es preciso considerar que la responsabilidad por violación de los derechos humanos "atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno"⁸⁴.

Dentro de esta lógica, al Legislativo también le corresponde ejercer el control de convencionalidad. Esto queda de manifiesto en el párrafo 123 del fallo *Almonacid Arellano* al decir: "cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma"⁸⁵.

En el párrafo 123 de la Sentencia *Almonacid Arellano* se observa claramente el rol que corresponde al Poder Legislativo en materia de respeto y garantía de los derechos humanos. Su principal función, esto es, emitir las normas que forman parte del ordenamiento jurídico, tiene por una parte "la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular"⁸⁶, y por otra, la de "suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana"⁸⁷, que nace del artículo 2 de la misma. Pero, ¿qué sucede si falla en sus tareas? El Poder Judicial o cualquiera otra autoridad pública, actuando "ex officio (...) evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² García Ramírez, *Voto Concurrente Razonado a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Tibi vs. Ecuador...*, párr. 5.

⁸³ Sergio García Ramírez, *Voto Razonado a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, del 24 de noviembre de 2006, Serie C Nº 158, párr. 6.

⁸⁴ Sergio García Ramírez, *Voto Concurrente Razonado a la Sentencia del Caso Mack Chang vs. Guatemala*, del 25 de noviembre de 2003, Serie C Nº 101, párr. 27.

⁸⁵ Corte IDH, *Sentencia Almonacid Arellano y otros vs. Chile...*, párr. 123. Cursiva añadida.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ *Ibidem*.

regulaciones procesales correspondientes⁸⁸, debe ejercer un efectivo control de convencionalidad.

Asimismo, se debe recordar que el Estado "por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, *todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas*, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado"⁸⁹; por tanto, deben "ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto *en la emisión y aplicación de normas*, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención"⁹⁰. Para N. P. Sagüés, esta obligación alcanza al legislador constituyente, al legislador común, a las Cámaras Legislativas al dictar sus propias normas, al Ejecutivo y otros organismos con funciones legiferantes⁹¹.

4.2.3.- Parámetros del ejercicio del control de convencionalidad

La Corte IDH, a partir de *Almonacid Arellano vs. Chile* viene diciendo que el Poder Judicial y en general aquellos órganos que ejercer jurisdicción o forman parte de la administración de justicia, y toda autoridad pública, deben ejercer un control de convencionalidad "entre las normas jurídicas internas (...) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana"⁹².

El parámetro de control, según lo dicho por la Corte, está delimitado por las normas del derecho interno, actos u omisiones del Estado, la Convención Americana y su jurisprudencia. Pero, ¿sólo se debe considerar la CADH como parámetro de control?, y ¿qué jurisprudencia, sólo la jurisprudencia condenatoria del Estado?

Aunque la Corte IDH, al configurar el control de convencionalidad se refiere expresamente a la Convención Americana como parámetro de control, esto sería una consecuencia lógica, puesto que de ella nace su competencia para conocer aquellos asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos del Estado parte⁹³. Con todo, se puede concluir que la referencia expresa al Pacto de San José es un ejemplo, pues el Estado al ratificar un tratado asumen las obligaciones

⁸⁸ Corte IDH, *Trabajadores Cesados del Congreso Nacional (Aguado Alfaro y otros), vs. Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, del 24 de noviembre de 2006, Serie C N° 158, párr. 128.

⁸⁹ Corte IDH, *Sentencia Gelman vs. Uruguay, Supervisión y cumplimiento de Sentencia...*, párr. 69. Cursiva añadida.

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ Sagüés, "Nuevas fronteras del control de convencionalidad...", 26.

⁹² Corte IDH, *Sentencia Almonacid Arellano y otros vs. Chile...*, párr. 124.

⁹³ Midón, "Acerca de la prevalencia de los tratados de derechos humanos sobre la Constitución" ..., 263.

que nacen de los mismos y se aplicaría esta doctrina en relación a todo tratado⁹⁴.

García Ramírez refiriéndose a este punto, tempranamente advirtió que “la misma función se despliega, por idénticas razones, en lo que toca a otros instrumentos de igual naturaleza, integrantes del corpus *juris* convencional de los derechos humanos de los que es parte el Estado”⁹⁵, su objetivo es que exista “conformidad entre los actos internos y los compromisos internacionales contraídos por el Estado, que generan para éste determinados deberes y reconocen a los individuos ciertos derechos”⁹⁶.

Una cuestión controvertida, incluso para los integrantes de la Corte IDH, es aquella relativa a su jurisprudencia como parámetro de control de convencionalidad, pues ella se declara intérprete última del Pacto⁹⁷. ¿Son obligatorios para el Estado parte aquellos pronunciamientos de la Corte en asuntos en que éste no es parte en sentido procesal?

En la *Resolución Supervisión y Cumplimiento de Gelman vs. Uruguay* (2013), la Corte IDH distingue dos manifestaciones del control de convencionalidad “dependiendo de si la Sentencia ha sido dictada en un caso en el cual el Estado ha sido parte o no”⁹⁸. Tratándose de aquellos casos en que existe una sentencia internacional condenatoria de un Estado que ha sido parte en un caso sometido a la jurisdicción: “todos sus órganos, incluidos sus jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos al tratado y a la sentencia de este Tribunal”⁹⁹, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 67 y 68 de la CADH.

En aquellos casos en que el Estado no ha sido parte en el proceso internacional donde se estableció determinada jurisprudencia, la Corte sostiene que por ser parte de la CADH: “todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado”¹⁰⁰, debiendo ejercer un control de convencionalidad tanto en la emisión de las normas, es decir, en aquel proceso establecido en la Constitución Política del Estado y en sus leyes infra constitucionales para incorporar, modificar, derogar,

⁹⁴ Néstor Pedro Sagüés, “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad, *Estudios Constitucionales*, año 8, 1 (2010): 117-136, 126.

⁹⁵ Sergio García Ramírez, *Voto Razonado a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú...*, párr. 2.

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ Corte IDH, *Sentencia Almonacid Arellano y otros vs. Chile...*, párr. 124.

⁹⁸ Corte IDH, *Sentencia Gelman vs. Uruguay, Supervisión y cumplimiento de Sentencia...*, párr. 67.

⁹⁹ *Ídem*, párr. 68.

¹⁰⁰ *Ibidem*.

sustituir, aquellas normas que forman parte del derecho interno, y la aplicación de dichas normas¹⁰¹.

En este último caso, según explica Midón, la vinculación del fallo se produce sólo respecto de parte que interpreta la norma convencional y no respecto de su totalidad. De esa manera, "la eficacia interpretativa es relativa, en la medida en que se produce, siempre y cuando no exista una interpretación que otorgue mayor efectividad a la norma convencional en el ámbito nacional"¹⁰², pues nada impide que los Estados consagren garantías mayores a las mínimas establecidas por el tratado.

Con todo, Vio Grossi se manifiesta en contra del efecto *erga omnes* de las sentencias de la Corte IDH. Con base en el artículo 68 del Pacto, sostiene que el control de convencionalidad no es obligatorio "para otros casos que le sean sometidos referentes al mismo Estado ni tampoco para los demás Estados Partes de la Convención que han aceptado su jurisdicción pero que no han sido partes del caso de que se trate"¹⁰³, puesto que "[n]orma internacional alguna dispone que la sentencia de la Corte tenga efectos vinculantes más allá del Estado Parte del correspondiente caso o incluso de éste"¹⁰⁴.

Y, ¿Qué sucede con las Opiniones Consultivas? Tratándose de las opiniones consultivas como parámetro del control de convencionalidad, Bazán les atribuye carácter vinculante, pese a no ser sentencias jurisdiccionales. Ellas, dice Bazán, "son el resultado de la labor hermenéutica de esta en tanto intérprete final de la convención fundadora de la jurisdicción americana"¹⁰⁵ e importan "la proyección de sus interpretaciones en el ámbito interno"¹⁰⁶.

N.P. Sagüés, afirma que la tarea consultiva "no implica estrictamente una función jurisdiccional, pero que se emite con un mecanismo que guarda ciertas y significativas similitudes con las decisiones típicamente jurisdiccionales del tribunal"¹⁰⁷. Asimismo, dirá

¹⁰¹ *Ídem*, párr. 69.

¹⁰² Bazán, "La fiscalización convencional y su potencialidad para proteger derechos humanos y evitar la responsabilidad internacional del Estado" ..., 40.

¹⁰³ Eduardo Vio Grossi, *Voto Individual a la Opinión Consultiva Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-24/17, del 24 de noviembre de 2017, Serie A N° 24, párr. 165.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁵ Bazán, "La fiscalización convencional y su potencialidad para proteger derechos humanos y evitar la responsabilidad internacional del Estado" ..., 38.

¹⁰⁶ Albanese, "El valor de las opiniones consultivas Corte Interamericana de Derechos Humanos" ..., 176.

¹⁰⁷ Néstor Pedro Sagüés, "Las opiniones consultivas de la Corte Interamericana, en el control de convencionalidad", *Revista Ius et Veritas*, 50, Julio (2015): 292-297, 296.

Sagüés que “no interesa mayormente la vía por la que la Corte ha interpretado, sino el producto interpretativo al que ha arribado”¹⁰⁸.

En la Opinión Consultiva 21/2014, la Corte IDH sostuvo la necesidad de que “los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos”¹⁰⁹. Por tanto, como parámetro de control tienen por objeto “coadyuvar a los Estados Miembros y a los órganos de la OEA para que cumplan de manera cabal y efectiva sus obligaciones internacionales”¹¹⁰.

En resumen, el parámetro de control de convencionalidad está delimitado por las normas que forman parte del *corpus iuris* interamericano, y por la jurisprudencia contenciosa y consultiva de la Corte IDH, en cuanto fijan la interpretación de las disposiciones del Pacto de San José.

5.- OBLIGATORIEDAD Y SUPREMACÍA DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

El control de convencionalidad pese no estar consagrado expresamente en el Pacto de San José¹¹¹, su matriz fundante “debe buscarse, particular pero no exclusivamente, en los arts. 1, 2 y 29 de la CADH y el 26, 27 y 31.1 de la CVDT.”¹¹² Nash, observa que es importante determinar el fundamento del control de convencionalidad, pues la ausencia de su ejercicio puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, y que su fundamento emana “de la lectura conjunta de los artículos 1.1, 2 y 29 de la CADH.”¹¹³.

Para Juana María Ibáñez, el control de convencionalidad encuentra su fundamento en la “estructura orgánica y normativa del Sistema Interamericano, regida transversalmente por el principio de subsidiariedad, [que] da cuenta de obligaciones generales que vinculan a los Estado”¹¹⁴. En efecto, los Estados deben adoptar todas aquellas medidas destinadas a asegurar el respeto, protección y promoción de

¹⁰⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁸ *Ídem*, 297.

¹⁰⁹ Corte IDH, *Derecho y garantía de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección*, Opinión Consultiva OC N° 21/2014, del 19 de agosto del 2014, Serie A N° 21, párr. 31.

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ Silva Abbott, “La doctrina del control de convencionalidad: más problemas que soluciones” ..., 184.

¹¹² Bazán, “La fiscalización convencional y su potencialidad para proteger derechos humanos y evitar la responsabilidad internacional del Estado” ..., 25.

¹¹³ Claudio Nash Rojas, *Control de convencionalidad de la dogmática a la implementación* (México: Editorial Porrúa, 2015), 193.

¹¹⁴ Ibáñez, *El control de convencionalidad...*, 27-28.

los derechos humanos, por tanto, el control de convencionalidad es “la concreción interpretativa y especialmente jurisdiccional de la obligación de garantía consagrada en la CADH (arts. 1.2)”¹¹⁵. Luego, se puede decir que el fundamento de este control está en la “compleja interacción entre el derecho interno y el derecho internacional de los tratados”¹¹⁶.

Por lo dicho, el control de convencionalidad no constituye una nueva obligación a las asumidas al ratificar un tratado. Sin embargo, para Contreras y García “impone nuevos deberes a los órganos estatales internos”¹¹⁷, reduciendo “el margen de discreción en la determinación de las garantías, restricciones y cumplimiento de las obligaciones internacionales de derechos humanos”¹¹⁸.

La opinión de Contreras y García, sin embargo, no toma en cuenta que el control de convencionalidad puede ser visto como, según sostiene Jorge Roa, “el mecanismo institucional interamericano de solución de antinomias (MIISA)”¹¹⁹. Luego, “ante la imposibilidad de realizar una interpretación conforme, las autoridades nacionales tienen el deber de inaplicar o invalidar (según los poderes asignados por el ordenamiento nacional) las normas internas contrarias al parámetro de control de convencionalidad”¹²⁰, ya que todos los órganos del Estado, como ya se ha dicho, se encuentran obligados por el tratado.

Siguiendo a Roa, el Poder Legislativo al establecer una norma, o bien cuando ya se encuentra en el derecho interno del Estado, deberá ajustarla a las disposiciones del *corpus iuris* interamericano, no por una nueva obligación que emana del control de convencionalidad, sino más bien, porque constituye, como dice Castilla Juárez, “la especificación de las distintas obligaciones internacionales adquiridas al ser parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”¹²¹. En el fondo, el control de convencionalidad busca garantizar el cumplimiento de los tratados en el ámbito interno, en tal sentido puede entenderse como garantía no solo de los tratados interamericanos sino también de aquellos que integran el sistema universal de protección¹²².

¹¹⁵ Nash Rojas, *Control de convencionalidad...*, 194.

¹¹⁶ Ibáñez, *El control de convencionalidad...*, 8.

¹¹⁷ Contreras Vásquez y García Pino, *Estudios sobre control de convencionalidad...*, 172.

¹¹⁸ *Ibidem*.

¹¹⁹ Jorge Ernesto Roa, *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2015), 137.

¹²⁰ *Ibidem*.

¹²¹ Karlos Castilla Juárez, “Control de convencionalidad interamericano: una mera aplicación del derecho internacional”, *Revista Derecho del Estado*, 33 (2014): 149-172, 162.

¹²² Karlos Castilla Juárez. “¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de tratados”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIII (2013): 51-97, 95.

Ahora bien, ¿la obligación de ejercer en el ámbito interno un control de convencionalidad importa la supremacía de Convención Americana? La Corte IDH, cuando ha ordenado la reforma del ordenamiento jurídico interno del Estado, en el ejercicio de su competencia y en conformidad al artículo 2 del Pacto de San José en relación con el artículo 1.1 del mismo, normalmente lo hace respecto de normas infra constitucionales.

Con todo en el fallo "*La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*", la Corte ordenó al Estado "*modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa*"¹²³. Este mandato no tenía nada de extraño, salvo que la norma a modificar estaba prevista en el artículo 19 N° 12 de Constitución Política, por tanto, implicaba que la Convención estaba, por decirlo de algún modo, por sobre la Constitución.

Explicando este punto, el entonces juez de la Corte IDH Antônio Cançado Trindade, sostuvo que "la propia existencia y aplicabilidad de una norma de derecho interno (sea infraconstitucional o constitucional) pueden *per se* comprometer la responsabilidad estatal bajo un tratado de derechos humanos"¹²⁴; por tanto, la responsabilidad del Estado puede tener lugar "por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana"¹²⁵, incluso de aquellos que emanan del Órgano encargado de ejercer el poder constituyente.

Nogueira, explica el poder de la Corte IDH para ordenar la reforma de cualquier norma, diciendo que: "Al ratificar la CADH como también otros tratados sobre derechos humanos, el Estado, en el ejercicio de su potestad pública soberana ha consentido en limitar su propio poder en beneficio de un bien superior al mismo, que es el respeto de la dignidad inherente a toda persona humana"¹²⁶. En consecuencia, la Corte cumple un mandato del Estado parte en la CADH, que se otorga en el acto de ratificación del tratado, ello importa "reconocer que el poder del Estado, la soberanía estatal, se encuentra limitada en su ejercicio por el respeto y garantía efectiva de tales derechos"¹²⁷.

Por lo dicho, cualquier acto u omisión, sea del Poder Legislativo, Ejecutivo o el Judicial, con independencia de su jerarquía puede generar responsabilidad para el Estado. En la misma situación se

¹²³ Corte IDH, *Sentencia "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos) vs. Chile*, ..., párr. 103, N° 4. Cursiva añadida.

¹²⁴ Antônio Cançado Trindade, *Voto concurrente a la Sentencia "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*, del 5 de febrero del 2001, Serie C N° 173, párr. 14.

¹²⁵ Corte IDH, *Sentencia "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos) vs. Chile* ..., párr. 72.

¹²⁶ Nogueira Alcalá, "El control de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional...", 227.

¹²⁷ *Ibidem*.

encuentra cualquier norma del derecho interno, con independencia de su rango, por su propia existencia y aplicabilidad¹²⁸.

En un intenso debate, el Congreso Nacional Chileno aprobó la Ley N° 19.742, de 2001, de "Reforma Constitucional que elimina la censura cinematográfica sustituyéndola por un sistema de calificación y que consagra el libre derecho a la producción artística", cumpliendo así el mandato de la Corte IDH¹²⁹.

6.- LA CONVENCIÓN CONSTITUCIONAL CHILENA Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Siendo el control de convencionalidad una "obligación propia de todo poder, órgano o autoridad del Estado Parte en la Convención"¹³⁰, la Convención Constitucional Chilena, que se autodefinió como "una asamblea representativa, paritaria y plurinacional, de carácter autónomo, convocada por el pueblo de Chile para ejercer el poder constituyente originario"¹³¹, también está obligada a su ejercicio.

En la etapa de discusión de las disposiciones de carácter reglamentario, la Comisión Provisoria de Derechos Humanos de la Convención Constitucional, señaló que la Comisión Permanente que debía continuar su trabajo, tendría como objetivo elaborar "un sistema integral de derechos y garantías, acorde con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Ambientales y de la Naturaleza"¹³². Para alcanzar su objetivo debía contemplar, entre otros, mecanismos, procedimientos de interpretación y de control de convencionalidad¹³³, constituyendo un principio básico a observar por la Comisión Permanente¹³⁴, ya que: "Todo órgano del Estado, cualquiera sea su

¹²⁸ Cançado Trindade, *Voto concurrente a la Sentencia "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile...*, párr. 40.

¹²⁹ Una situación semejante se planteó en el caso *Boyce y otros vs. Barbados*: el artículo 26 de su Constitución Política contenía una "cláusula de exclusión" que no permitía la revisión de la constitucionalidad de leyes anteriores a su promulgación. El artículo 2 de la Ley de Delitos Contra las Personas (LDLCP), establecía la pena capital en el caso de delito de homicidio, pero como la LDLCP había entrado en vigor en 1866, se le aplicaba la "cláusula de exclusión. La Corte, dispuso que Barbados adoptara las medidas legislativas necesarias para que su Constitución y su legislación infraconstitucional cumpliera con la CADH y eliminar el efecto del artículo 26 de la Carta Fundamental en relación a la inimpugnabilidad de las "leyes existentes". Corte IDH, *Sentencia Boyce y otros vs. Barbados, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, del 20 de noviembre de 2007, Serie N° 169, párr. 138, N° 8.

¹³⁰ Corte IDH, *Sentencia Urrutia Laubreaux vs. Chile...*, párr. 93.

¹³¹ Convención Constitucional (Chile), *Reglamento General de la Convención Constitucional*, acceso el 2 de mayo de 2022 <https://bit.ly/3ya6WCq>, art. 1.

¹³² Convención Constitucional (Chile), Comisión de Derechos Humanos, "Propuesta de la Comisión de Derechos Humanos, Verdad Histórica, Bases para la Justicia, Reparación y Garantía de no Repetición para la Comisión de Reglamento de la Convención Constitucional", acceso el 2 de mayo de 2022 <https://bit.ly/37n8zBe>, N° 1.2.

¹³³ *Ídem*, N° 1.2, g).

¹³⁴ *Ídem*, N° 1.3, d).

naturaleza y sin distinción alguna, debe velar por el cumplimiento de las obligaciones emanadas del sistema interamericano de Derechos Humanos”¹³⁵.

Para garantizar la protección integral de los derechos humanos en la nueva Carta Fundamental, acorde con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el control de convencionalidad es considerado como una herramienta para alcanzar este fin e incluso se propone que la Coordinación de Transversalización, definida como el “órgano colegiado de la Convención Constitucional encargado de velar por el ejercicio del control de convencionalidad del trabajo de las comisiones permanentes”¹³⁶, sea quien garantice su ejercicio en las instancias de discusión del contenido de la Propuesta de Constitución.

La propuesta de la Comisión de Derechos Humanos, para asegurar en ejercicio del control de convencionalidad, se aparta claramente de la opinión de Contreras y García, en el sentido que la Corte IDH “no puede pretender que ciertas autoridades – como lo son los órganos políticos – efectúen el control de validez de norma o realicen interpretaciones conforme al estándar americano”¹³⁷, pues esta Comisión busca precisamente asegurar el ejercicio efectivo de ese control.

La etapa de redacción de las normas reglamentarias de la Convención Constitucional, destinadas a regular el funcionamiento y competencias de las comisiones permanentes, existe, como se observa, una referencia expresa al ejercicio del control de convencionalidad, lo que implica el reconocimiento, en el proceso en que se configuran “todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público”¹³⁸, de una institución jurisprudencial creada por la Corte IDH. Siendo así, se puede sostener que: “un adecuado control de convencionalidad a nivel interno fortalece la complementariedad del Sistema Interamericano y la eficacia de la Convención Americana al garantizar que las autoridades nacionales actúen como garantes de los derechos humanos de fuente internacional”¹³⁹.

Con todo, el ejercicio del control de convencionalidad, se evidencia en la forma en la Convención Constitucional asume su obligación de respetar y garantizar los derechos y las libertades fundamentales: i) establece como principio rector la preeminencia de los derechos humanos¹⁴⁰; ii) asegura la participación de los colectivos históricamente excluidos, indicando con precisión el instrumento

¹³⁵ *Ibidem*.

¹³⁶ *Ídem*, N° 3.2.

¹³⁷ Contreras Vásquez y García Pino, *Estudios sobre control de convencionalidad...*, 183.

¹³⁸ Corte IDH, Sentencia *Velásquez Rodríguez vs. Honduras...*, párr. 166.

¹³⁹ Corte IDH, Sentencia *Urrutia Laubreaux vs. Chile...*, párr. 93.

¹⁴⁰ Convención Constitucional (Chile), *Reglamento General...*, art. 3, a).

internacional a considerar¹⁴¹; y iii) estable como requisito de admisibilidad de una Iniciativa Popular de Norma, el respeto de los tratados ratificados y vigentes en materia de derechos humanos¹⁴². Asimismo, encarga a la Comisión de Enlaces Transversales: "transversalizar los enfoques de derechos humanos, género, inclusión, plurinacionalidad, socioecológico y descentralización en el proceso de la discusión constituyente"¹⁴³.

La protección multinivel de los derechos humanos que caracteriza al SIDH, tiene una conexión estrecha con la voluntad de las legisladoras y los legisladores (en este caso de las y los convencionales constituyentes) de observar los compromisos asumidos por el Estado en la materia, pues garantizar "que los individuos puedan usar y gozar sus derechos humanos es una responsabilidad primaria de los Estados, que son los que están en mejor posición para asegurarles que ello pueda suceder de manera cotidiana e inmediata."¹⁴⁴ Esta obligación comprende incluso a quienes ejercen el poder constituyente originario, quien "debe respetar los principios imperativos del derecho internacional, su vinculatoriedad por el derecho convencional internacional ratificado y vigente y la salvaguarda de los derechos fundamentales"¹⁴⁵.

En este sentido, hay que decir, como advierte Sagüés, que la "constitución no es ella sola, sino que se encuentra "convencionalizada", es decir, completada, conformada y reciclada con y por los tratados internacionales de derechos humanos, como el de San José de Costa Rica, y por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos"¹⁴⁶, aspecto que recogen las y los integrantes de la Convención Constitucional Chilena en el diseño de las normas reglamentarias y en el ejercicio de su mandato popular.

En consecuencia, quien tiene como principal función emitir normas jurídicas, particularmente aquellas de rango constitucional, debe tener presente los compromisos internacionales del Estado en materia de derechos humanos, con independencia de las legítimas posturas políticas, asumidos al ratificar, en forma soberana, un tratado internacional, ajustando su legislación interna al tratado, ya que se trata de una obligación central para hacer efectivos los derechos, sin olvidar que la Constitución Política, como dice la Corte IDH en *Olmedo*

¹⁴¹ Convención Constitucional (Chile), *Reglamento de Mecanismos, Orgánica y Metodologías de Participación y Educación Popular Constituyente*, acceso el 2 de mayo de 2022, <https://bit.ly/3vY1aRN> arts. 51-84.

¹⁴² *Ídem*, art. 33.

¹⁴³ Convención Constitucional (Chile), *Reglamento General...*, art. 90.

¹⁴⁴ Medina Quiroga y Nash Rojas, *Sistema Interamericano de Derechos Humanos...*, 20.

¹⁴⁵ Humberto Nogueira Alcalá, "Poder Constituyente, reforma de la Constitución y control jurisdiccional de constitucionalidad", *Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 36, enero-junio (2017): 327-349, 328.

¹⁴⁶ Sagüés, "Nuevas fronteras del control de convencionalidad...", 25.

*Bustos vs. Chile: "determina los actos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial."*¹⁴⁷

7.- CONSIDERACIONES FINALES

Las transformaciones profundas que plantea el nuevo Pacto Social chileno requieren del compromiso de todos los órganos del Estado. En este contexto, el control de convencionalidad se perfila como un instrumento idóneo para asegurar el respeto y garantía de los derechos humanos, los que constituyen el fundamento del actuar del Estado, tal como dispone el artículo que la Convención Constitucional espera sea aprobado por la ciudadanía.

La obligación de adoptar medidas legislativas o de otro carácter por mandato del artículo 2 de la CADH, no ha sido correctamente aquilatada por quien tiene como principal función emitir normas jurídicas, por lo mismo, el proceso de formación de las leyes debe ser el eje central para cumplir con las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos en sede legislativa.

El Legislativo posee un lugar privilegiado en materia de protección de los derechos humanos: no solo tiene una función exclusiva en el marco del Sistema interamericano de Derechos Humanos, sino que puede por propia iniciativa establecer estándares mayores de protección de derechos humanos e incluso volver sobre sus normas para adaptarlas a la evolución de los estándares internacionales, al tiempo que puede ser una guía para el resto de los Estados que forman el Sistema Interamericano.

Para cumplir con su tarea, los legisladores y las legisladoras tienen a su disposición la institución llamada: "control de convencionalidad", el que más allá de las disputas académicas, forma parte de la impronta transformadora de la Corte IDH, que busca superar los patrones de violación de derechos humanos en la Región. El control de convencionalidad en sede legislativa es de carácter preventivo (al dictar normas) y represivo (respecto de aquellas normas que se encuentran ya en el ordenamiento jurídico).

Asimismo, parece muy prometedor la mención expresa al control de convencionalidad hecha en la Convención Constitucional en el proceso de elaboración de sus normas reglamentarias. Esto importa que en el centro del debate está la preocupación por el respeto y garantía efectiva de las obligaciones internacionales del Estado en materia de Derechos Humanos, a cuyo cumplimiento contribuye decididamente la institución en comento.

En su diseño institucional, la Convención Constitucional, puso en el centro los derechos humanos. Este es un modelo para tener en consideración por las legisladoras y los legisladores, en cuanto su

¹⁴⁷ Corte IDH, *Sentencia "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos) vs. Chile, ...*, párr. 72. Cursiva añadida.

función se debe vincular necesariamente con los compromisos del Estado en materia de derechos humanos, en el marco de las legítimas diferencias políticas en un Estado Democrático. De esta manera, podrá asumir el desafío que les asigna la Convención Americana: transformar la legislación del Estado para hacerla protectora de la dignidad humana, especialmente de quienes se encuentran en una situación de vulnerabilidad.

8.- BIBLIOGRAFÍA

Libros, artículos y documentos

- Albanese, Susana. "El valor de las opiniones consultivas Corte Interamericana de Derechos Humanos". En *Derechos Humanos y control de convencionalidad*, dir. por Mario A.R. Midón y comp. por Carlos D. Luque, 169-177. Resistencia: Contenido Libros, 2016.
- Ábalos, María Gabriela. "Control de constitucionalidad y convencionalidad: su imprescindible armonización". En *Derechos Humanos y control de convencionalidad*, dir. Mario A.R. Midón y comp. Carlos D. Luque, 125-167. Resistencia: Contexto Libros, 2016.
- Bazán, Víctor. "La fiscalización convencional y su potencialidad para proteger derechos humanos y evitar la responsabilidad internacional del Estado". En *Vulneraciones a los derechos humanos. Reparaciones por responsabilidad internacional de los Estados*, dirigido por Víctor Bazán, 3-80. Buenos Aires: Astrea, 2020.
- Bazán, Víctor. "El control de convencionalidad como instrumento para proteger derechos esenciales y prevenir la responsabilidad internacional del Estado". *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* 19 (2015): 25-70.
- Bogdandy, von Armin. "El mandato transformador del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Legalidad y legitimidad de un proceso iusgenerativo extraordinario". En *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Transformando realidades*, ed. por Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer MacGregor, Mariela Morales Antoniazzi, Pablo Saavedra Alessandri, 95-126. Querétaro: Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México, 2019.
- Cançado Trindade, Antônio. *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, 2ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006.

- Castilla Juárez, Karlos. "Control de convencionalidad interamericano: una mera aplicación del derecho internacional", *Revista Derecho del Estado* 33 (2014): 149-172.
- Castilla Juárez, Karlos. "¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de tratados". *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIII (2013): 51-97.
- Comisión IDH, *Compendio sobre la obligación de los Estados de adecuar su normativa interna a los Estándares Interamericanos de Derechos Humanos*. Washington DC: OEA/Ser. L/V/II. Doc.11/21, 2021.
- Comisión IDH, *Impacto de las Soluciones Amistosas*. Washington DC: OEA/Ser. L/V/II.167 Doc. 31, 1 marzo, 2018.
- Contreras Vásquez, Pablo y García Pino, Gonzalo. *Estudios sobre control de convencionalidad*. Santiago de Chile: DER Ediciones, 2020.
- Convención Constitucional (Chile), Comisión de Derechos Humanos, "Propuesta de la Comisión de Derechos Humanos, Verdad Histórica, Bases para la Justicia, Reparación y Garantía de no Repetición para la Comisión de Reglamento de la Convención Constitucional. Disponible en: <https://bit.ly/37n8zBe>.
- Convención Constitucional (Chile), Consolidado de Normas aprobadas para la Propuesta de Constitucional por el Pleno de la Convención (al 21 de marzo de 2022). Disponible en: <https://bit.ly/3s4rUPh>.
- Convención Constitucional (Chile, *Reglamento General de la Convención Constitucional*. Disponible en: <https://bit.ly/3y6kU8d>.
- Convención Constitucional (Chile), *Reglamento de Mecanismos, Orgánica y Metodologías de Participación y Educación Popular Constituyente*. Disponible en: <https://bit.ly/3kwwu4I>.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Pelayo Möller, Carlos. "Capítulo I Enumeración de Deberes". En *Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentario*, 2ª ed., editado por Christian Steiner y Marie-Christine Fuchs, 31-105. Bogotá Colombia: Konrad Adenauer Stiftung, 2019.
- García Ramírez, Sergio. "La 'navegación' de los derechos humanos: hacia un *Ius Commune*". En *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Transformando realidades*, ed. por Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales Antoniazzi, Pablo Saavedra Alessandri, 55-107. Querétaro: Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México, 2019.
- Hitters, Juan Carlos. "Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte

- Interamericana de Derechos Humanos)", *Estudios Constitucionales*, año 7, 2 (2009): 109-128.
- Ibáñez, Juana María. *El control de convencionalidad*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México – Instituto de Investigaciones Jurídicas, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2017.
- Ledezma Faúndez, Héctor. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales*, 3ª ed. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004.
- Medina Quiroga, Cecilia, y Claudio Nash Rojas. *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus Mecanismos de Protección*. Santiago de Chile: Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, 2007.
- Medina Quiroga, Cecilia. *La Convención Americana: teoría y Jurisprudencia: vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, 2003.
- Midón, Mario A.R. "Acerca de la prevalencia de los tratados de derechos humanos sobre la Constitución". En *Derechos Humanos y control de convencionalidad*, dir. por Mario A.R. Midón y comp. por Carlos D. Luque, 257-267. Resistencia: Contenido Libros, 2016.
- Nash Rojas, Claudio. *Control de convencionalidad de la dogmática a la implementación*. México: Editorial Porrúa, 2015.
- Nogueira Alcalá, Humberto, y Aguilera Cavallo, Gonzalo. *Control de convencionalidad interno: la aplicación del corpus iuris interamericano por los Estados Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en especial las jurisdicciones nacionales*. Santiago: Editorial Librotecnia, 2018.
- Nogueira Alcalá, Humberto. "Poder Constituyente, reforma de la Constitución y control jurisdiccional de constitucionalidad". *Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 36, enero-junio (2017): 327-349.
- Nogueira Alcalá, Humberto. "El control de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 19, (2013): 221-270.
- Organización de los Estados Americanos (OEA). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*.
- Piovesan, Flavia. "Implementación de las decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: propuestas y perspectivas". En *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Transformando realidades*, ed. por Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales Antoniazzi, Pablo Saavedra Alessandri, 407-477. Querétaro: Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho

- Internacional Público, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México, 2019.
- Quispe Remón, Florabel. *Los derechos humanos en el Sistema Interamericano*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2018.
- Roa Roa, Jorge Ernesto. *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2015.
- Saavedra Alessandri, Pablo. "Algunas reflexiones en cuanto al impacto estructural de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". En *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Transformando realidades*, ed. por Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales Antoniazzi, Pablo Saavedra Alessandri, 457-502. Querétaro: Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México, 2019.
- Sagüés, María Sofía. "Ius Commune Latinoamericano y Corpus Juris Interamericano ¿Simbiosis u oposición?, en *Derechos Humanos y control de convencionalidad*, dir. por Mario A.R. Midón y comp. por Carlos D. Luque, 95-124. Resistencia: Contenido Libros, 2016.
- Sagüés, Néstor Pedro. "Las opiniones consultivas de la Corte Interamericana, en el control de convencionalidad". *Revista Ius et Veritas*, 50, Julio (2015): 292-297.
- Sagüés, Néstor Pedro. "Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad", *Revista Investigações Constitucionais, Curitiba*, vol. 1, 2, mayo-agosto (2014): 23-32.
- Sagüés, Néstor Pedro. "Obligaciones internacionales y control de convencionalidad, *Estudios Constitucionales*, año 8, 1 (2010): 117-136.
- Silva Abbott, Max. "La doctrina del control de convencionalidad: más problemas que soluciones". En *Una visión crítica del sistema interamericano de derechos humanos y algunas propuestas para su mejor funcionamiento*, coord. por Max Silva Abbott, 177-216. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- Salmón, Elizabeth. *Introducción al Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2020.

Votos particulares

- Cançado Trindade, Antônio. *Voto concurrente a la Sentencia "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*, del 5 de febrero del 2001, Serie C N° 173.
- García Ramírez, Sergio. *Voto Concurrente Razonado a la Sentencia del Caso Mack Chang vs. Guatemala*, del 25 de noviembre de 2003, Serie C N° 101.
- García Ramírez, Sergio. *Voto Concurrente Razonado a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Tibi vs. Ecuador*, del 7 de septiembre de 2004, Serie C N° 114.
- García Ramírez, Sergio. *Voto Razonado a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, del 24 de noviembre de 2006, Serie C N° 158.
- Gross Espiell, Héctor. *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (Arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-7/86, del 29 de agosto de 1986, Serie A N° 7, Opinión Separa del Juez Héctor Gross Espiell.
- Piza Escalante Rodolfo, *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (Arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-7/86, del 29 de agosto de 1986, Serie A N° 7. Opinión Separa del Juez Rodolfo E. Piza Escalante.
- Vio Grossi, Eduardo. *Voto Individual a la Opinión Consultiva Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017, Serie A N° 24.

Sentencias y Opiniones Consultivas de la Corte IDH

- La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86, del 9 de mayo de 1986, Serie A N° 6.
- Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (Arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-7/86, del 29 de agosto de 1986, Serie A N° 7.
- Sentencia Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Fondo*, del 29 de julio de 1988, Serie C N° 4.
- Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 de la Convención)*

- Americana sobre Derechos Humanos*). Opinión Consultiva OC14/94, del 9 de diciembre de 1994, Serie A N° 14.
- Sentencia Garrido y Baigorria vs. Argentina, Reparaciones y Costas*, del 27 de agosto de 1998, Serie C N° 39.
- Sentencia "La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas*, del 5 de febrero de 2001, Serie C N° 73.
- Sentencia Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, del 26 de septiembre de 2006, Serie C N° 154.
- Sentencia Trabajadores Cesados del Congreso Nacional (Aguado Alfaro y otros), vs. Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, del 24 de noviembre de 2006, Serie C N° 15.
- Corte IDH, *Sentencia Boyce y otros vs. Barbados, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, del 20 de noviembre de 2007, Serie N° 169.
- Sentencia Salvador Chiriboga vs. Ecuador, Excepciones Preliminares y Fondo*, del 6 de mayo de 2008, Serie C N° 179.
- Sentencia González y Otras ("Campo Algodonero") vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, del 16 de noviembre de 2009, Serie C N° 205.
- Sentencia Atala Riffo y Niñas vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas*, del 24 de febrero de 2012, Serie C N° 239.
- Derecho y garantía de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección*, Opinión Consultiva OC N° 21/2014, del 19 de agosto del 2014, Serie A N° 21.
- Sentencia Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, del 23 de agosto de 2018, Serie C N° 359.
- Sentencia Azul Rojas Marín y Otra vs. Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 12 de marzo de 2020, Serie C N° 402.
- Sentencia Guzmán Albarracín y Otras vs. Ecuador, Fondo, Reparaciones y Costas*, del 24 de junio de 2020, Serie C N° 405.
- Sentencia Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesus y sus familiares v. Brasil, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, del 15 de julio de 2020, Serie C N° 407.
- Sentencia Urrutia Laubreaux vs. Chile*, del 27 de agosto de 2020, Serie C N° 409.
- Sentencia Vera Rojas y Otros vs. Chile, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, del 1 de octubre de 2021, Serie C N° 439.
- Sentencia Pavez Pavez vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas*, del 4 de febrero de 2022, Serie C N° 449.

LA REVOLUCIÓN DE LOS PARAGUAS NEGROS Y LOS RELÁMPAGOS ROJOS EN POLONIA (2016-2021). UNA FUERTE REACCIÓN SOCIAL ANTE UNA CRISIS DE LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS EN UN ESTADO DEMOCRÁTICO*

THE REVOLUTION OF BLACK UMBRELLAS AND RED LIGHTNING BOLTS IN POLAND (2016-2020). THE STRONG SOCIAL REACTION PROVOKED BY THE REPRODUCTIVE RIGHTS CRISIS IN A DEMOCRATIC STATE

Alicja Serafin**

RESUMEN: El artículo se enfocará en la cuestión del estatus actual de los derechos reproductivos de las mujeres en Polonia. La autora tratará de determinar qué tipo de cambios legales y políticos relacionados con la salud reproductiva de las mujeres en Polonia provocaron tan fuerte reacción de la sociedad polaca y cómo esta huelga general se convirtió en una revolución social y cultural, muy a menudo llamada por la prensa internacional «la revolución de los paraguas negros y de los relámpagos rojos». Al mismo tiempo, se enfatizarán las relaciones entre las protestas contra la prohibición del aborto y el triste atardecer de la democracia en Polonia.

ABSTRACT: *The article will focus on the question of the current status of women's reproductive rights in Poland. The author will try to determine what kind of legal and political changes related to women's reproductive health in Poland provoked such a strong reaction from Polish society and how this general strike became a social and cultural revolution very often called by the international press «the revolution of the black umbrellas and the red lightning bolts». At the same time, the relationship between the protests against the abortion ban and the sad sunset of democracy in Poland will be emphasized.*

PALABRAS CLAVE: protesta negra, derechos reproductivos en Polonia, aborto, revolución social, discriminación reproductiva.

KEYWORDS: *black protest, reproductive rights in Poland, abortion, social revolution, reproductive discrimination.*

Fecha de recepción: 01/11/2021

Fecha de aceptación: 13/09/2022

doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2023.7416>

* El artículo fue presentado en el marco de la comunicación durante el Congreso Internacional: las Mujeres y la (des)igualdad de oportunidades: análisis feminista del impacto de las injusticias estructurales y las tensiones coyunturales, organizado por el Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba y celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid los días 13-14 de octubre de 2021.

** Doctoranda en Derecho por la Universidad de Varsovia, gestora de proyectos en Women's Rights Centre Poland (<https://cpk.org.pl/en/>), jurista, latinoamericanista y traductora, E-mail: alicia.eva.serafin@gmail.com.

La maternidad es función temporal, no puede someterse a ella la vida. Además de temporal, la función es adventicia: todas las mujeres conciben ideas, pero no todas conciben hijos. El ser humano no es un árbol frutal que sólo se cultive por la cosecha.

Emilia Pardo-Bazán

Dado que las desigualdades de género se construyen socialmente, estoy segura de que al abordar las brechas en el ciclo de vida de la educación, la formación, el empleo, la paternidad, la atención, la remuneración y la pensión podemos acelerar el progreso en la UE.

Helena Dalli, comisaria europea para la Igualdad

1.- INTRODUCCIÓN

La cuestión del aborto, tanto en Polonia como en otros países del mundo, ha sido muy a menudo un asunto excesivamente politizado y reiteradamente explotado para satisfacer las necesidades de varias opciones políticas que tenían el poder, como indica la historia de la lucha por los derechos reproductivos. Esto ha sido deliberadamente utilizado para su propio beneficio electoral sin participación y sin prestar mucha atención a las verdaderas destinatarias de las leyes sobre la interrupción del embarazo, las mujeres. Las leyes más restrictivas, que limitan el acceso al aborto, a menudo suelen estar también bajo la influencia de otros grupos de interés como la Iglesia católica¹, las organizaciones provida o simplemente una cultura patriarcal muy hostil a las mujeres, que tratan a la mujer (o la niña) como un mero objeto de reproducción humana, privándola de esta manera de dignidad, vulnerando sus derechos fundamentales² y poniendo en peligro la vida y la salud tanto de ella como de sus familiares. Polonia es un ejemplo de país europeo, y miembro de la UE³, donde todos estos factores y grupos de interés con una marca fuertemente ultraconservadora (la Iglesia católica, el partido gobernante desde 2015 —Ley y Justicia— y las organizaciones provida, entre otras el

¹ La influencia que ejercía la Iglesia católica para frenar el desarrollo de la ginecología moderna la describe muy profundamente Jürgen Thorwald en su publicación «Ginekologdy». Jürgen Thorwald, *Ginekologdy*. 1.^a ed. (Warszawa: Wydawnictwo Marginesy, 2016).

² Derecho a la vida, a la libertad frente a tratos inhumanos y degradantes, derecho al acceso a la atención sanitaria, derecho a la intimidad, a la información y a la educación y prohibición de discriminación, todos reflejados tanto en los tratados europeos como en la Constitución polaca.

³ Polonia (junto con Chipre, Estonia, Eslovaquia, Eslovenia, Hungría, Malta, Letonia y Lituania) forma parte de la UE desde el 1 de mayo de 2004.

Instituto Ordo Iuris, registrado en 2013) unieron sus fuerzas y encontraron un suelo muy fértil para reforzar las normas existentes⁴ y redefinir el concepto de igualdad de género⁵ a su manera, demonizándolo y convirtiéndolo en una amenaza a los valores familiares⁶. De este modo se produjo un retroceso dramático en la política de salud y educación sexual en el país. El debate sobre el aborto se redujo a la agenda conservadora de salvar la vida del feto y a promover la política de fomento de la natalidad a través de programas sociales⁷ y de una propaganda bastante vulgar⁸. En pocas palabras, lo que ocurrió en Polonia fue una vuelta a las prácticas de control de la fecundidad femenina en su peor forma y, como literalmente comentan los expertos, parecidas «a los tiempos medievales»⁹.

Sin embargo, los actos de este gobierno que empezó a utilizar las instituciones públicas para su propio beneficio —cubriendo los puestos públicos con funcionarios de su opción política de este modo en numerosas ocasiones la regla principal del Estado de derecho, es decir, la división de poderes— provocaron varias oleadas de protestas sociales durante el periodo 2016-2021¹⁰. Entre ellas, la protesta *Cadena de Luz* (julio 2017)

⁴ La materia está regulada en la Ley de 7 de enero de 1993 sobre planificación familiar, protección del feto humano y condiciones para permitir la interrupción del embarazo (Dz. U. 1993, núm. 17, posición 78).

⁵ La igualdad de género constituye un principio y un valor fundamental de la UE (art. 2 y art. 3 apartado 3 del Tratado sobre la UE, art. 21 y 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE).

⁶ Maciej Sandecki, «Potwór gender straszy w Konwencji Antyprzemocowej? Tłumaczymy pojęcie, które zostało wypaczone», *Wyborcza*, 1 de agosto de 2020. <https://trojmiasto.wyborcza.pl/trojmiasto/7,35612,26169875,potwor-gender-straszy-w-konwencji-antyprzemocowej.html>.

⁷ Anna Louie Sussman, «The Poland Model—Promoting “Family Values” With Cash Handouts», *Theatlantic*, 14 de octubre de 2019. <https://www.theatlantic.com/international/archive/2019/10/poland-family-values-cash-handouts/599968/>.

⁸ En una de las campañas publicitarias financiadas con fondos públicos por el Ministerio de Sanidad de Polonia se elogiaba la fecundidad de los conejos con el fin de inducir a los ciudadanos a procrear. Véase: Nacho Temiño, «El gobierno polaco pide a sus ciudadanos que se reproduzcan” como conejos”», *Heraldo*, 10 de noviembre de 2017. <https://www.heraldo.es/noticias/internacional/2017/11/10/el-gobierno-polaco-pide-sus-ciudadanos-que-reproduzcan-como-conejos-1207193-306.html>.

⁹ Klementyna Suchanow, *To jest wojna. Kobiety fundamentaliści i nowe średniowiecze*, 1.ª ed. (Warszawa: Wydawnictwo Znak, 2020).

¹⁰ Según el informe de la ONG Wolne Sady («Tribunales Libres»), la ruptura con las reglas que rigen el Estado de derecho en Polonia ha sido lenta pero coherente y muy profunda desde la llegada al poder del partido ultraconservador Ley y Justicia. El primer paso fue precisamente una completa dominación política del Tribunal Constitucional

contra la politización del sistema judicial, durante la cual miles de ciudadanos y ciudadanas polacas encendieron una luz simbólica y marcharon por las calles¹¹; o, más recientemente, la protesta contra la famosa ley TVN (julio-agosto 2021), cuyo proyecto intentaba limitar la libertad de expresión denegando la concesión de una licencia a una cadena de televisión independiente por haber criticado y revelado todas las acciones ilícitas del gobierno¹².

No obstante, las protestas emblemáticas que obligaron al gobierno a dar un paso atrás y registraron el mayor impacto e indignación social fueron las relacionadas precisamente con los intentos legislativos de agravar las penas por aborto, tanto para las mujeres como para los médicos, o prohibir completamente este tipo de intervenciones médicas, es decir, la protesta negra (2016-2017) y la protesta de los relámpagos rojos (2020-2021). Asimismo, estas dos caras de la revolución, ambas relativas a la lucha por el aborto libre, marcaron un antes y un después no solamente en la historia de los movimientos sociales polacos, sino también en la historia de la lucha por la democracia y los derechos fundamentales en Polonia.

2.- EVOLUCIÓN DE LAS REGULACIONES SOBRE EL ABORTO EN POLONIA DURANTE EL SIGLO XX

Para entender mejor la situación actual hay que analizar la cuestión del aborto desde una perspectiva histórica señalando que Polonia no siempre ha tenido regulaciones más restrictivas que el resto de Europa en cuanto al aborto. En el periodo de entreguerras, el Código Penal de

iniciada en 2015 a través de la designación de nuevos jueces (de opción política afín al partido gobernante ultraconservador) antes de que se acabara el mandato de los jueces designados de acuerdo con la Constitución. Esto provocó una situación de inseguridad jurídica, duplicación de mandatos y un grave defecto legal en la formación de la Sala del Tribunal Constitucional, el cual desde diciembre de 2015 no puede ser considerado por los profesionales del Derecho como un órgano independiente y legalmente establecido sino, como demuestra la línea de sus fallos, un mero ejecutor de la voluntad del partido político gobernante. Véase: «La posición oficial de Colegio de Abogados de Distrito sobre la legalidad del nuevo Tribunal Constitucional». <https://www.ora-warszawa.com.pl/aktualnosci/wiadomosci/stanowisko-okregowej-rady-adwokackiej-z-dnia-23-pazdziernika-2020-r-w-sprawie-wczorajszego-wyroku-tk/>.

¹¹ Alik Keplicz, «Decenas de miles de personas salen a la calle en Polonia para defender la democracia, en imágenes», *El País*, 21 de julio de 2017. https://elpais.com/elpais/2017/07/21/album/1500632763_563573.html#foto_gal_12.

¹² Javier Biosca Azcoiti, «Qué dice la nueva ley de televisión en Polonia y por qué es una amenaza para la libertad de prensa», *El Diario*, 12 de agosto de 2021. https://www.eldiario.es/internacional/dice-nueva-ley-television-polonia-amenaza-libertad-prensa_1_8215729.html.

1932 (Código de Makarewicz) fue considerado una de las leyes más modernas de la época. En 1919, justo después de recuperar la independencia, se estableció una comisión de codificación integrada por abogados cuya misión principal fue preparar un proyecto de ley penal. Las opiniones sobre las regulaciones legales relativas a la interrupción del embarazo estaban divididas. Algunos miembros de la comisión, como el presidente de la Sala Penal de la Corte Suprema, Aleksander Mogilnicki, estaban a favor de la legalización del aborto.

Originalmente, el Código Penal proponía abolir la punibilidad de la interrupción del embarazo por el bien de la salud de la mujer. Sin embargo, en la versión final del Código Penal de 1932 prevaleció una posición más conservadora representada por Juliusz Makarewicz, el autor principal del mismo. En los artículos 231 a 234 del Código Penal de 1932¹³ se sancionaba el aborto en general, excepto (1) si fuera causado por un accidente, (2) si lo hiciera un médico para salvar la vida de una mujer, o (3) cuando el embarazo fuera consecuencia de un delito. En el primer caso, había que presentar una declaración escrita por dos médicos, en el segundo caso, el consentimiento para el procedimiento era otorgado por el fiscal. Si faltaban estas circunstancias eximentes, tanto la mujer como la persona que realizaba el aborto eran castigadas.

El aborto en el periodo de entreguerras y el trabajo de la Comisión de Codificación constituían un tema de debate público en niveles muy elevados. El periodista polaco Tadeo Boy-Żeleński comentaba en su libro *El infierno para las mujeres* que el mayor crimen del Derecho Penal es precisamente la penalización del aborto y la falta de empatía de parte de los legisladores (varones) hacia la situación de una mujer embarazada y sin recursos para mantenerse a sí misma o a su niño/a. Junto con otros activistas sociales como Irena Krzywicka o Zofia Nałkowska, Boy intentaba cambiar el punto de vista de los legisladores de aquella época y colaboraba en varios proyectos educativos, entre los cuales la inauguración de la primera Clínica de Maternidad Consciente en Polonia, que se abrió en Varsovia. Poco después, clínicas similares comenzaron a aparecer en otras ciudades polacas: Łódź, Cracovia, Białystok, Gorlice y Przemyśl.

Durante la Segunda Guerra Mundial, en los territorios polacos ocupados por la Alemania nazi, la política reproductiva estuvo subordinada a los objetivos nazis de pureza racial. En 1933, Hitler introdujo una prohibición legal del aborto en el Tercer Reich,

¹³ Reglamento 1932/571, del presidente de la República de Polonia, de 11 de julio, por el que se establece el Código Penal, acceso el 25 de mayo de 2022, <https://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU19320600571/O/D19320571.pdf>.

convirtiéndolo en un «crimen contra la raza». Las mujeres alemanas que querían interrumpir sus embarazos fueron consideradas «traidoras al pueblo alemán». Al mismo tiempo, en el Tercer Reich se introdujeron gradualmente leyes que preveían la esterilización y el aborto obligatorio de las mujeres de los grupos nacionales «marginados», sobre todo de origen judío u otras minorías. La política nazi de salud reproductiva tenía como objetivo aumentar la fertilidad de las mujeres alemanas «racionalmente puras» y reducir, o eliminar, la fertilidad de las mujeres «racionalmente impuras». Por lo tanto, el aborto estaba prohibido para algunos grupos y legalizado para otros. En los años 40 se liberalizaron las normas del aborto permitiendo a las mujeres polacas interrumpir sus embarazos, en cualquier caso. Por supuesto, este cambio no surgía de ninguna preocupación por los derechos de las mujeres, sino que fue una consecuencia de la política nazi de «pureza racial», la cual categorizaba algunas razas o naciones como impuras .

En la República Popular de Polonia (1947-1989) el aborto no estuvo disponible desde el principio. La liberalización de las regulaciones fue precedida de la movilización de la comunidad feminista. No obstante, la Polonia Popular es considerada hasta hoy como un período en la historia de los derechos reproductivos de la mujer durante el cual la interrupción del embarazo estuvo accesible de manera bastante amplia para las ciudadanas polacas. Sin embargo, no es posible hablar de una política de salud sexual y derechos reproductivos de las mujeres plenamente implementada, principalmente por la falta de acceso a la educación sexual y la ausencia de anticonceptivos. Cabe mencionar que el enfoque del tema del derecho de las mujeres a la libre elección en la Polonia comunista durante el período de posguerra estuvo fuertemente influenciado por la Unión Soviética, gobernada en aquella época por Iósif Stalin. Al principio, como resultado de la revolución bolchevique y del liderazgo de Lenin en 1920, las disposiciones sobre el aborto fueron muy liberales. Sin embargo, con la llegada al poder de Stalin en 1936, las normas volvieron a ser muy restrictivas. La política de Stalin hacia el derecho al aborto se basaba en su deseo de tomar el control sobre el número de nacimientos e introducir y popularizar una percepción de la mujer en la que su único objetivo en la vida eran las funciones de reproducción¹⁴.

El 27 de abril de 1956, gracias a los esfuerzos de las activistas feministas¹⁵, se aprobó la ley sobre las condiciones de admisibilidad de la

¹⁴ La famosa imagen de una compañera socialista que alimenta a su pueblo. Véase: Stańczak-Wiślicz, Katarzyna et al., *Kobiety w Polsce 1945-1989. Nowoczesność. Równouprawienie. Komunizm.* (Kraków: UNIVERSITAS, 2020).

¹⁵ Entre otras: Maria Jaszczukowa —diputada polaca y ponente del proyecto de esta ley, miembro de la Liga de Mujeres Polacas y activista en materia de maternidad consciente—

interrupción del embarazo, que permitía el aborto por motivos médicos, por las difíciles condiciones sociales de la mujer (que debían ser confirmadas por un certificado médico) o cuando el embarazo hubiera sido resultado de un delito (según lo declarado por el fiscal). La ley derogó los artículos 231 a 234 del Código Penal de 1932 que penalizaban el aborto. Como se indicaba en el preámbulo de la ley, su propósito era proteger a las mujeres contra «los efectos negativos de la interrupción del embarazo efectuada en condiciones inadecuadas o por personas que no fueran médicos»¹⁶. En 1959, la ley fue modificada de tal manera que presentar una declaración explicando que su situación financiera no le permitiría mantener a su hijo, era suficiente para que la mujer obtuviera el consentimiento médico para interrumpir el embarazo. Hasta hoy, la ley de 1956, que estuvo en vigor hasta el 1993, es considerada una de las más liberales en la historia de Polonia.

Las mujeres polacas no esperaban que su derecho a la libre elección en el ámbito de los derechos reproductivos se viera radicalmente limitado después de la transición democrática, teniendo en cuenta el imprescindible papel que jugaron las polacas en el movimiento de Solidaridad 1989¹⁷. No obstante, fue precisamente en aquella época cuando el aborto se declaró ilegal, el acceso a la interrupción del embarazo fue limitado y no se proporcionó una educación sexual confiable. Todas estas limitaciones se debieron a la enorme influencia que tenía la Iglesia católica sobre la política de los primeros gobiernos de la Polonia Libre.

Las fuerzas conservadoras llevaron a la promulgación de la Ley de planificación familiar, protección del feto humano y condiciones para permitir la interrupción del embarazo el 7 de enero de 1993¹⁸. Esta ley derogó la de 1956 e introdujo una disposición sobre la protección jurídica

y Michalina Wisłocka —médica especialista en ginecología y obstetricia, destacada sexóloga polaca, autora de los primeros libros sobre salud sexual publicados en la Polonia Popular a pesar de las voces de oposición de las autoridades en pleno auge de la revolución sexual, como: *Técnicas de prevención del embarazo* (1959), *El arte de amar* (1978), *El arte de amar: veinte años después* (1988). La vida de Wisłocka y sus méritos en la popularización de una educación sexual sirvieron de inspiración a la directora polaca Maria Sadowska en la película *El arte de amar*, de 2017.

¹⁶ Ley 1956, de 27 de abril, sobre las condiciones de admisibilidad de la interrupción del embarazo (Dz. U. 1956 nr 12 poz. 61), acceso el 25 de mayo de 2022, <https://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=WDU19560120061>.

¹⁷ Marta Dzido, *Kobiety Solidarności* (Warszawa: Świat Książki 2016).

¹⁸ Ley 1993, de 7 de enero, de planificación familiar, protección del feto humano y condiciones para permitir la interrupción del embarazo (Dz. U. 1993 nr 17 poz. 78), acceso el 25 de mayo de 2022, <https://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU19930170078/U/D19930078Lj.pdf>

de la vida humana desde el momento de la concepción y el concepto de «niño concebido». Finalmente, se implementó un nuevo delito establecido en el artículo 149 del Código Penal de 1969: «quien causa la muerte de un hijo concebido». Así, el concepto de feto y la interrupción del embarazo desaparecieron y, de repente, el feto se convirtió en una entidad independiente. En septiembre de 1993 se celebraron elecciones parlamentarias que resultaron en un predominio de las fuerzas socialdemócratas en el Parlamento. El 30 de agosto de 1996, el Parlamento del segundo mandato aprobó una enmienda a la Ley de planificación familiar, introduciendo una premisa adicional para la interrupción del embarazo, las razones sociales.

La enmienda agregó el artículo 4 a la Ley de planificación familiar, que indicaba cuatro circunstancias principales que permitían la interrupción del embarazo: (1) salud o vida de la mujer, (2) defectos fetales, (3) embarazo resultante de un delito y (4) condiciones de vida severas o la situación personal de la mujer. La última circunstancia, sin embargo, fue declarada inconstitucional muy rápidamente por el recién elegido Tribunal Constitucional en su fallo de 28 de mayo de 1997. Al justificar su decisión, el Tribunal Constitucional afirmó que Polonia es un estado democrático que se rige por el Estado de derecho y que las disposiciones constitucionales, que indican la obligación de proteger la maternidad y la familia, pueden utilizarse para derivar la protección constitucional de la vida humana desde la concepción. Se sometieron al fallo tres votos separados en los que se señaló que «no es función ni tarea del Tribunal Constitucional resolver cuestiones generales de carácter filosófico, religioso o médico, por tratarse de cuestiones ajenas al conocimiento de los jueces y a la competencia de los tribunales»¹⁹. Es muy significativo remitirse concretamente a esta sentencia porque, según muchas voces del mundo jurídico²⁰, este fallo emitido en los años noventa constituyó un vergonzoso principio de lo que estábamos a punto de experimentar en la Polonia del siglo XXI, la constante intervención de Estado e Iglesia en la salud pública de las mujeres polacas a través de otras limitaciones de la Ley de 1993.

Después del fallo de 1997, la situación jurídica del derecho al aborto en Polonia pareció lograr una moderada estabilización durante casi dos décadas desde su entrada en vigor. Las normas relativas al aborto han configurado una suerte de «compromiso abortivo» que permitía

¹⁹ Fallo del Tribunal Constitucional de la República de Polonia de 28 de mayo de 1997 K 26/96, acceso el 25 de mayo de 2022, <https://trybunal.gov.pl/s/k-1-20>.

²⁰ Ewa Łętowska, «Wokół wyroku Trybunału Konstytucyjnego w sprawie aborcji», *Monitor Konstytucyjny* 2020): 1-14, acceso el 23 de mayo de 2022 <https://monitorkonstytucyjny.eu/archiwa/16016>

interrumpir el embarazo en tres (no cuatro, como antes del fallo K 26/96) circunstancias:

- 1) Cuando el embarazo amenace la salud o la vida de una mujer,
- 2) Defectos genéticos del feto o una enfermedad incurable que amenace su vida,
- 3) Cuando el embarazo sea el resultado de un acto prohibido.

Este «compromiso», en la práctica, para miles de mujeres significaba la necesidad de buscar ayuda en la clandestinidad, fuera de los servicios oficiales de salud nacional limitados por las restricciones establecidas por la Ley²¹. En consecuencia, tanto la tasa de mortalidad de mujeres, por practicar el aborto clandestino en Polonia, como el turismo abortivo no han parado de crecer desde aquel momento.

3.- PRIMEROS INTENTOS PARA LIMITAR EL DERECHO AL ABORTO EN POLONIA 2016-2017. EL NACIMIENTO DE LA PROTESTA NEGRA

Así pues, una vez conocida la historia de la evolución de la regulación del aborto en Polonia, ahora cabe analizar la situación actual y la imagen que se esconde detrás de las protestas negras. El factor que debería ser enfatizado en primer lugar es el ya existente en 2016, un marco muy restrictivo de la Ley sobre el aborto en Polonia. De hecho, durante muchos años el compromiso ha bloqueado la posibilidad de acceder al aborto legal fuera de estas tres circunstancias eximentes enumeradas en la Ley. Mientras tanto, las leyes que restringían el acceso al aborto en Polonia comenzaron a pasar factura. Los médicos negaban a las pacientes el derecho a las pruebas prenatales, prolongaban intencionadamente los procedimientos para que las mujeres no pudieran ejercer el derecho al aborto legal a tiempo e invocaban la cláusula de conciencia en violación de la ley. Los argumentos utilizados por los políticos se centraban (dependiendo de la opción) en la «salvación de los fetos no natos» o en la «falta de preparación de la sociedad polaca para un cambio legal tan drástico como la legalización del aborto a petición». Asimismo, el tema de la liberalización se consideró durante muchos años como definitivamente concluido, sin contar algunas voces de los diputados de ultraderecha que, de vez en cuando, intentaban restringir aún más las normas, o las sentencias dictadas contra Polonia por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos relacionadas con la violación del Convenio Europeo de Derechos Humanos, concretamente el art. 8 del mismo, que establece

²¹ María R. Sahuquillo, «En Polonia es más fácil recurrir a un aborto clandestino que a uno legal», *El País*, 8 de marzo de 2014, acceso el 25 de mayo de 2022, https://elpais.com/elpais/2014/03/07/planeta_futuro/1394219613_627814.html.

el derecho al respeto de la intimidad y la vida familiar²² o el art. 3, que prohíbe el trato inhumano o degradante²³.

La cuestión del aborto volvió con un gran eco en julio de 2016, cuando el comité de la iniciativa legislativa «Stop aborto» introdujo en el Parlamento un proyecto de ley que endurecía la Ley del aborto. Sus autores describieron las disposiciones proyectadas como «una extensión de la protección legal de la vida del feto». El proyecto también preveía la pena de prisión por aborto ilegal, tanto para el médico como para la madre. Un mes después, el 4 de agosto, el comité de la iniciativa legislativa «Salvemos a las Mujeres» presentó un contraproyecto de ley que preveía el aborto ilimitado hasta el final de la duodécima semana de embarazo, así como la cuestión de la anticoncepción y la educación sexual. Por lo tanto, en el Parlamento polaco había dos proyectos de ley en materia de aborto completamente contradictorios cuyas regulaciones de ninguna manera podían armonizarse. El Parlamento, representado en su gran mayoría por los diputados de ultraderecha —Ley y Justicia—, el mismo día rechazó la propuesta legislativa de «Salvemos a las Mujeres» y después de la primera lectura del proyecto de «Stop aborto» lo remitió a los comités legislativos. Además, la Conferencia Episcopal Polaca emitió un comunicado, que fue leído en todas las iglesias polacas, en el cual afirmó que: «la vida de los no nacidos no está protegida con el compromiso actual». Al día siguiente, Beata Szydło, entonces primera ministra, en una entrevista en la Radio Polaca, apoyó la iniciativa de reforzar el derecho al aborto. La acumulación de estos eventos se convirtió en la gota que colmó el vaso de la indignación en la sociedad.

En respuesta a la aceptación de un draconiano proyecto de ley de 2016, se formó un gran movimiento social bajo los lemas «protesta

²² Caso de TEDH *Tysiąg v. Polonia* y el fallo de 20 de marzo de 2007. En 2007 el Tribunal obligó a Polonia a pagar a la demandante 25.000 euros por el dolor y el sufrimiento causados. La constatación de la violación se basaba específicamente en que el gobierno no había establecido un procedimiento efectivo a través del cual la demandante pudiera haber recurrido la negativa de sus médicos a concederle su solicitud de aborto. El Tribunal prescribió algunos de los componentes clave de dicho procedimiento: el deber de garantizar a la mujer embarazada el derecho a ser escuchada en persona y a que se consideren sus puntos de vista, el organismo que revise su apelación debe emitir por escrito los fundamentos de su decisión y, reconociendo que «el factor del tiempo es de importancia crítica» en las decisiones que implican el aborto, el procedimiento debe garantizar que dichas decisiones sean oportunas. Véase: Fallo *Tysiąg v. Polonia*, de 20 de marzo de 2007, acceso el 25 de mayo de 2022, <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=002-2811&filename=002-2811.pdf>.

²³ Véase: Caso de TEDH y Fallo *R. R. v. Polonia* de 26 de mayo de 2011, acceso el 27 de mayo de 2022 <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-104911>.

negra» y «Huelga Nacional Polaca de Mujeres»²⁴. En consecuencia, se armó una masiva movilización de mujeres y se liberó una gran energía por parte de la sociedad civil, de una magnitud nunca vista en la historia de la Polonia Libre. Los temas hasta entonces reclusos en la esfera privada²⁵ ahora podrían ingresar en la esfera pública y política dominante. Las protestas negras crearon un espacio en el que resonaban diversas experiencias femeninas, pero también las barreras y limitaciones que enfrentaban las mujeres en la vida social. La cumbre de la Huelga fue el 3 de octubre de 2016, el lunes negro, cuando las mujeres de todo el país dejaron de trabajar, se vistieron de negro y portaron paraguas negros para demostrar su oposición a la política del gobierno²⁶. A causa de las miles de manifestaciones, no solamente en el país, también en el extranjero, el Parlamento rechazó un proyecto de ley que hubiera reforzado el derecho al aborto. Fue la primera vez que las autoridades de ultraderecha tuvieron que retirar sus planes y ceder el espacio a los manifestantes, sorprendidos y atemorizados por la escalada de las protestas y el nivel de autoorganización de las mujeres, tanto en las redes sociales como en los medios de comunicación y la televisión²⁷.

²⁴ Página oficial de la Huelga Nacional Polaca de Mujeres: <http://strajkkobiet.eu/>. La huelga se inspiró en una protesta similar de las islandesas, quienes para exigir sus derechos y demostrar el valor del trabajo femenino gratuito, el 24 de octubre de 1975 dejaron de trabajar tanto en las oficinas como en casa, a ese día se lo llamó «viernes largo» o «viernes negro».

²⁵ Cuestiones como la educación sexual, la salud reproductiva, el acceso al aborto libre y gratuito, y la igualdad de género estaban en boca de todos. Desde 2016 la Huelga ha desarrollado en numerosas ocasiones diferentes acciones relativas a la lucha por los derechos reproductivos. La organización ha elaborado una red de contactos con otras organizaciones femeninas de todo el mundo también comprometidas en la lucha por la causa.

²⁶ Internacional: «Miles de mujeres protestan en Polonia contra la posible prohibición del aborto», *El País*, 3 de octubre de 2016, acceso el 27 de mayo de 2022, https://elpais.com/internacional/2016/10/03/actualidad/1475520254_916410.html; Carmen Valero, «Marcha contra el autoritarismo en Polonia», *El Mundo*, 24 de octubre de 2016, acceso el 27 de mayo de 2022, <https://www.elmundo.es/internacional/2016/10/24/580ce444e5fdeabe348b457e.html>

²⁷ Según estimaciones de la policía, cerca de 98.000 manifestantes participaron en 143 manifestaciones (incluidas Varsovia, Breslavia, Cracovia y Poznań). El 90 % de las protestas tuvieron lugar en localidades de menos de 50.000 habitantes. En el punto culminante, la manifestación más grande, en la Plaza del Castillo de Varsovia, contó con la asistencia de 17.000 personas, según los servicios de seguridad, y 30.000 según el Ayuntamiento de Varsovia. La protesta estuvo acompañada de acciones adicionales: jornadas de puertas abiertas, talleres y eventos. También hubo manifestaciones contra el endurecimiento de la ley del aborto en el extranjero, por ejemplo, en Bruselas, Londres, París, Berlín y Kiev. El 24 de octubre, se llevaron a cabo protestas en más de 100 ciudades de Polonia bajo el lema: «La Segunda Huelga General de Mujeres Polacas».

El carácter único de la Huelga se derivaba también del hecho de que las organizadoras lograron llegar con sus lemas y con una importante causa común, no solamente a las mujeres activistas, sino también a las mujeres que hasta entonces carecían completamente de compromiso en cuestiones políticas²⁸. Por lo tanto, muchos sociólogos²⁹ describen la huelga como un movimiento revolucionario de mujeres de diferentes edades, con diferentes creencias, de diferente orientación, de aldeas, de pueblos pequeños y de grandes ciudades, con diferentes niveles de educación y diferentes profesiones, es decir, como un movimiento espontáneo y universal.

Jugó un gran papel, sin duda, el símbolo del paraguas negro, que ya ha entrado en la historia de los movimientos sociales feministas polacos y constituye una parte central de todas las obras de cultura popular actual sobre la protesta negra. Por una parte, el paraguas servía de protección contra la lluvia, muy frecuente en esa época del año (octubre) en Polonia. Por otra parte, simbolizaba una abierta oposición a la profunda y completamente injustificada —desde el punto de vista legal y social— injerencia de los políticos en la libertad reproductiva y sexual de miles de mujeres polacas. Algunos sociólogos polacos asocian también el símbolo del paraguas negro con una leyenda urbana y un acontecimiento que podría haber ocurrido a principios del siglo XX. Se trata de la lucha por el derecho al voto. Según algunos historiadores, cuando Polonia recuperó su independencia en 1918, las activistas polacas forzaron al general Józef Piłsudski a garantizar a las polacas el voto por vía legal de un modo bastante particular. Para hacerlo, fueron a la residencia del general y golpearon sus puertas utilizando paraguas negros, a raíz de lo cual empezaron las negociaciones, que resultaron ser un éxito. El 28 de noviembre de 1918 (diecisiete días después de la proclamación de la independencia del Estado soberano polaco), el general Piłsudski dictó un decreto que garantizaba a todo ciudadano polaco que tuviera al menos 21 años (sin distinción de sexo) el derecho a votar³⁰. Este acontecimiento parcialmente histórico (el decreto realmente fue dictado

Véase: Renata Grochal, «Kobiety znów protestują. "Żyjemy w lęku i strachu". Ponad sto demonstracji w całym kraju», *Wyborcza*, 24 de octubre de 2016, acceso el 27 de mayo de 2022, <https://wyborcza.pl/7,75398,20882361,kobiety-znow-protestuja-zyjemy-w-leku-i-strachu-ponad-demonstracji.html>.

²⁸ Elżbieta Korolczuk et al., *Bunt kobiet. Czarne protesty i strajki kobiet*, (Warszawa: European Solidarity Centre, 2020).

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ Decreto 1918, de 28 de noviembre, sobre el ordenamiento electoral del Parlamento Legislativo (Dz. U. 1918 nr 18 poz. 46), acceso el 27 de mayo de 2022 <https://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU19180180046/O/D19180046.pdf>.

y parcialmente legendario (no hay fuentes históricas directas o fotos que puedan confirmar el uso de paraguas negros) fue llevado a la pantalla por una directora de cine polaca, Marta Dzido, en la película *Las mujeres fuertes. La historia de las sufragistas polacas*³¹. En fin, desde hace un siglo, el paraguas negro es una herramienta y un símbolo muy emblemático y arraigado en la cultura de la lucha por los derechos fundamentales de las polacas.

4.- SEGUNDA OLA DE RESTRICCIONES DEL DERECHO AL ABORTO EN POLONIA 2020-2021. LA PROTESTA DE LOS RELÁMPAGOS ROJOS DURANTE LA PANDEMIA

La segunda ola de restricciones relativas al acceso al aborto esta vez tuvo lugar en otoño de 2020 y estuvo directamente vinculada al fallo dictado por el denominado Tribunal Constitucional³² el día 22 de octubre de 2020. Sin embargo, esta vez el golpe resultó aún más inesperado y grave porque ocurrió justo en plena pandemia de la COVID-19, cuando cualquier salida a la calle en grupo o a una manifestación masiva podía provocar contagios y estaba restringida por los reglamentos del Consejo de ministros de Polonia. El Tribunal Constitucional, resolviendo en pleno en el expediente núm. K 1/20, afirmó que la premisa embriopatológica³³ para la interrupción del embarazo es incompatible con el art. 38 en

³¹ *Silaczki*, dirigida por Marta Dzido, noviembre de 1918, acceso el 25 de mayo de 2022, <https://www.youtube.com/watch?v=PXMtw216a0k>.

³² Se utiliza la palabra «denominado» porque el Tribunal Constitucional desde el año 2016 es considerado por los profesionales del derecho como un órgano constituido en un procedimiento con graves defectos legales y, además, controlado por el partido gobernante, el cual cubrió los puestos de jueces con sus partidarios (incluida la presidenta del Tribunal, Julia Przyłębska), asimismo vulnerando los procedimientos establecidos en la Constitución polaca. En consecuencia, las resoluciones dictadas por los jueces elegidos y nombrados de modo inconstitucional (con defectos legales) de hecho no deberían tener, según una parte de doctrina, el mismo valor jurídico que las resoluciones emitidas antes del año 2016. Véase: Helsinki Foundation for Human Rights «Stanowisko Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka w sprawie tak zwanego orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego», *Hfhr*, 22 de octubre de 2020, acceso el 25 de mayo de 2022, <https://www.hfhr.pl/stanowisko-helsinskiej-fundacji-praw-czlowieka-ws-tak-zwanego-orzeczenia-trybunalu-konstytucyjnego/>.

³³ Se trataba de la circunstancia que permitía abortar cuando las pruebas prenatales u otros informes médicos indicaban una alta probabilidad de deterioro grave e irreversible del feto o una enfermedad incurable que pusiera en peligro su vida y esta circunstancia fuera confirmada por el médico.

relación con el art. 30 y el art. 31 apartado 3 de la Constitución polaca³⁴. Además, determinó que «si las pruebas prenatales u otros motivos médicos indican una alta probabilidad de un deterioro grave e irreversible del feto o una enfermedad incurable que pone en peligro la vida, la legalización del aborto no tiene justificación constitucional». De esta manera, desde la publicación del fallo no solamente quedó eliminada del sistema legal la otra circunstancia que permitía interrumpir el embarazo³⁵, sino que también se discutía el valor de las pruebas prenatales (un incuestionable logro de la medicina moderna), obligando al mismo tiempo a miles de mujeres al parto forzado de una criatura con deformaciones y sin esperanza de vida³⁶, descartando el progreso de la ginecología y la obstetricia modernas. La eliminación del sistema penal de la premisa embriopatológica³⁷ en cuanto al aborto generó una especie de efecto disuasorio no solamente en las mujeres sino también en los médicos, que empezaron a negar a sus pacientes este tipo de intervención médica³⁸.

³⁴ Constitución de la República de Polonia, de 2 de abril de 1997 (Dz.U. 1997 nr 78 poz. 483), acceso el 25 de mayo de 2022 <https://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU19970780483/U/D19970483Lj.pdf>.

³⁵ Desde la publicación del fallo solamente quedaron dos premisas para poder interrumpir el embarazo, sin embargo, las organizaciones provida ya anunciaron su voluntad de proceder a su eliminación del sistema para que «la protección de la vida del no nacido sea completa». Véase: Rafał Chabasiński, «Zakaz aborcji w przypadku gwałtu to tylko kwestia czasu», *Bezprawnik*, 23 de octubre de 2020, acceso el 25 de mayo de 2022, <https://bezprawnik.pl/zakaz-aborcji-w-przypadku-gwaltu/>.

³⁶ Marcin Gutowski y Piotr Kardas, «Trybunał Konstytucyjny nie mógł rozstrzygnąć gorzej czyli o dewastacji systemu jednym rozstrzygnięciem», *Palestra*, 10/2020, acceso el 23 de mayo de 2022 <https://palestra.pl/pl/czasopismo/wydanie/10-2020/artukul/trybunal-konstytucyjny-nie-mogl-rozstrzygnac-gorzej-czyli-o-dewastacji-systemu-jednym-rozstrzygnięciem>.

³⁷ En la prensa de ultraderecha muy a menudo la premisa fue malinterpretada y llamada incorrectamente «premisa eugenésica». Véase: AH, «iEste es un momento histórico! El Tribunal determinó que el aborto eugenésico es inconstitucional», *Polskifr*, 23 de octubre de 2020, acceso el 25 de mayo de 2022, <https://polskifr.fr/duchowa-strona/este-es-un-momento-historico-el-tribunal-determino-que-el-aborto-eugenesisico-es-inconstitucional/>. Los defectos letales del feto y una decisión individual de una mujer embarazada en ningún modo pueden compararse con las practicas eugenésicas efectuadas, por ejemplo, por Alemania nazi, como explica muy profundamente el historiador polaco Adam Leszczyński. Véase: Adam Leszczyński, «Aborcja eugeniczna. Kto wymyślił tę nazwę i dlaczego to manipulacja?», *Okopress*, 13 de enero de 2018, acceso el 25 de mayo de 2022, <https://oko.press/aborcja-eugeniczna/>.

³⁸ Según la Federación de Mujeres y Planificación Familiar (FEDERA) las barreras para interrumpir el embarazo ya eran numerosas antes del fallo. Se hablaba de la violencia institucional hacia las pacientes embarazadas. FEDERA, «Przemoc instytucjonalna w Polsce. O systemowych naruszeniach praw reprodukcyjnych», acceso el 25 de mayo de 2022, https://federa.org.pl/wp-content/uploads/2019/12/Przemoc_instytucjonalna.pdf

Por si fuera poco, la premisa eliminada por el fallo, según los informes y estadísticas de la ONG polaca FEDERA, era la más utilizada por las mujeres en Polonia como circunstancia eximente de la responsabilidad penal en los casos de aborto médico. Otras como la (1) amenaza para la vida o salud de la embarazada o (2) el embarazo como efecto de un hecho delictivo concurrían con muy poca frecuencia. La legalidad del fallo fue cuestionada por la mayor parte de la jurisprudencia polaca, incluida la Asociación de Jueces Polacos IUSTITIA, los juristas de la Fundación Batory, el Colegio de Abogados de Distrito, el Colegio de Consejeros Jurídicos de Distrito o los expertos de la oficina del Defensor del Pueblo³⁹.

Sin embargo, según la profesora de Derecho constitucional y exjueza del Tribunal Constitucional Ewa Łętowska,⁴⁰ el fallo, sea legal o no, seguramente marcó el fin completo del denominado compromiso abortivo⁴¹ y, como señala la profesora, «fue nada más que una nueva apertura de otra caja de Pandora, es decir, un retorno al conflicto de los años noventa que, como un nudo gordiano, no podía y no debía resolverse en los tribunales sino en la propia conciencia humana». En opinión de la jueza Łętowska, a pesar de las múltiples polémicas existentes en la doctrina, el fallo, aunque dictado por un órgano establecido de manera inconstitucional, después de su publicación el 27 de enero de 2021, surtió efectos legales, violando al mismo tiempo el derecho de cada mujer en Polonia al respeto de su vida privada y familiar (que implica una libre decisión sobre su cuerpo) garantizado por el art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

³⁹ RPO, «Przesuwamy się w niebezpieczną stronę. Oświadczenie Rzecznika Praw Obywatelskich w związku z wyrokiem TK», *Brpo*, 28 de enero de 2021, acceso el 25 de mayo de 2022, <https://bip.brpo.gov.pl/pl/content/oswiadczenie-rpo-trybunal-aborcja>.

⁴⁰ La profesora Ewa Łętowska desempeñó la función de jueza del Tribunal Constitucional en los años 2002-2011, ocupó también el puesto público de defensora del pueblo en los años 1988-1992. Véase: Ewa Łętowska, «Wokół Wyroku Trybunału Konstytucyjnego w sprawie aborcji». *Monitor Konstytucyjny* (2020): 1-14, acceso el 25 de mayo de 2022, <https://konstytucyjny.pl/ewa-letowska-wokol-wyroku-trybunalu-konstytucyjnego-w-sprawie-aborcji/>.

⁴¹ Por «compromiso abortivo» en Polonia se entiende una situación jurídica que estuvo en vigor desde 1993 hasta 2020 y permitía el aborto en tres circunstancias: (1) cuando el embarazo representaba una amenaza para la vida o la salud de la embarazada, sin restricciones según la edad del feto, la concurrencia de esta circunstancia debía ser confirmada por un médico; (2) cuando las pruebas prenatales u otras indicaciones médicas indicasen una alta probabilidad de un deterioro grave e irreversible del feto o una enfermedad incurable que pusiera en peligro su vida y esta circunstancia fuera confirmada por un médico; (3) cuando existiera una sospecha justificada de que el embarazo era el resultado de un acto prohibido (hasta 12 semanas desde la concepción, y la concurrencia de esta circunstancia fuera confirmada por el Ministerio Público).

Por consiguiente, las mujeres y los hombres de todo el país, a pesar de la pandemia de la COVID-19 y las severas restricciones impuestas por el Gobierno, otra vez marcharon por las calles para demostrar su indignación ante la sentencia, que no podía dictarse en un tiempo peor. El llamamiento a la protesta general se inició por parte de la Huelga Nacional Polaca de Mujeres, un movimiento ciudadano que, desde su creación en 2016, no cesó de organizarse y de observar las actividades del Gobierno relacionadas con las distintas violaciones de derechos de las mujeres polacas⁴². Sin embargo, la segunda ola de protestas que ocurrió en 2020 difería sustancialmente de las protestas negras acaecidas cuatro años antes. Después de pronunciarse el fallo el 22 de octubre de 2020, las protestas no pararon tras un solo mes, sino que continuaron durante unos meses hasta su publicación en enero de 2021.

Además, ahora la situación jurídica de todas las mujeres que consideraban el aborto o planeaban el embarazo realmente se vio afectada seriamente por un fallo y no había marcha atrás. Por lo tanto, más fuerte resultó también la reacción de la sociedad polaca, que estaba abrumada por la pandemia y sus efectos tanto sociales como económicos y tenía muchas ganas de expresar su voz en público. El símbolo de la protesta también fue diferente, más llamativo que su predecesor⁴³ y finalmente adoptó la forma de un relámpago rojo con el lema #EstoEsLaGuerra. Muy a menudo el relámpago rojo fue acompañado con un fondo de cartel utilizado durante las protestas de Solidaridad '89. Sin embargo, en vez del personaje masculino de Gary Cooper en *High Noon* utilizado en los años noventa del siglo pasado, ahora se retrataba a figuras femeninas como la Mamba Negra de *Kill Bill*, la princesa Leia Organa de *Star Wars*, Lara Croft de *Tomb Raider* o Ellen Ripley de *Alien*.

⁴² La Huelga Nacional Polaca de Mujeres formó un cuerpo consultivo de expertos donde se recogían todas las propuestas de cambios que surgieron en las marchas de protesta ciudadana. En su gran mayoría se trataba de cambios en el sistema legal, en el sistema educativo o en los servicios de salud para hacerlos más justos y respetuosos para las mujeres. A pesar de varios intentos de diálogo con el gobierno de ultraderecha, los políticos gobernantes no tenían ganas de hablar con las organizadoras de la huelga, a las que describieron como «terroristas feminazis» Véase: Małgorzata Zubik, «Trzaskowski o błyskawicach Strajku Kobiet w profilach uczniów: Nie można za to wyrzucić z lekcji», *Wyborcza*, 23 de diciembre de 2020, acceso el 27 de mayo de 2022, <https://warszawa.wyborcza.pl/warszawa/7,54420,26632083,trzaskowski-odpowiada-uczniom-w-sprawie-blyskawic-przejaw.html>.

⁴³ El símbolo de la protesta negra de 2016 fue un paraguas negro que utilizaron las mujeres, también vestidas de negro, para seguir protestando a pesar de la lluvia.



Fuente: Jakub Knera, «Las botellas con gasolina en formato jpg – el arte de la protesta», *Polityka*, 28 de octubre de 2020. <https://www.polityka.pl/tygodnikpolityka/kultura/1976826,1,butelki-z-benzyna-w-formacie-jpg-czyli-sztuka-protestu.read> (consultado: 27.05.2022)

Lo que evolucionó durante meses de protesta fue el lenguaje utilizado por los manifestantes, quienes, impotentes ante el fracaso de sus constantes peticiones a las autoridades, dejaron de ser amables y adoptaron un tono más callejero y grosero⁴⁴. En los carteles, en vez de palabras como «Solidaridad», se podían leer insultos como «¡Iros a la mierda!»⁴⁵ dirigidos a los políticos de ultraderecha y a los autores de estos cambios legales. Aparecieron lemas provocadores como: #AmablesYaFuimos, #ElInfiernoDeMujeresContinua y también relativos a los motivos literarios #ÁnushkaDerramóElAceite⁴⁶, en el sentido de que con el fallo ocurrió algo irreversible y tremendo. El simbolismo de la

⁴⁴ Giusy Dente, «A Cracovia le donne reclamano a gran voce il diritto all’aborto: l’inno della protesta è Bella Ciao», *Donna*, 30 de octubre de 2020, acceso el 27 de mayo de 2022, <https://donna.fanpage.it/a-cracovia-le-donne-reclamano-a-gran-voce-il-diritto-allaborto-linno-della-protesta-e-bella-ciao/>.

⁴⁵ Fuente: Jakub Knera, «Las botellas con gasolina en formato jpg – el arte de la protesta», *Polityka*, 28 de octubre de 2020, acceso el 27 de mayo de 2022, <https://www.polityka.pl/tygodnikpolityka/kultura/1976826,1,butelki-z-benzyna-w-formacie-jpg-czyli-sztuka-protestu.read>.

⁴⁶ Cita del libro de Mijaíl Bulgákov *El maestro y Margarita*.

revolución de los relámpagos rojos de 2020 podría ser otro tema de investigación, tanto sociológica como artística, sin embargo, lo que constituyó un elemento más significativo y esperanzador fue el papel que jugó la nueva generación en las protestas. Los jóvenes polacos por primera vez salieron a las calles y formaron parte de una comunidad que lucha por los derechos fundamentales y no acepta los dictados nacionalistas de la ultraderecha. Los jóvenes demostraron sus deseos de formar parte de una Europa moderna, basada en valores de igualdad y dignidad humana y no de exclusión social, sufrimiento y heroísmo forzoso.

En cuanto a las acciones más originales tomadas por las ONGs polacas en reacción al fallo del Tribunal, se debe mencionar un evento organizado en enero de 2021 por FEDERA⁴⁷, el cual consistió en un envío masivo de recursos contra Polonia dirigidos al Tribunal de Estrasburgo⁴⁸. El motivo del *happening* #TodasVamosACorreos se basaba en la afirmación que después del fallo cada mujer de Polonia en edad reproductiva podía ser una potencial perjudicada por la sentencia del Tribunal, y por esa razón, podía denunciar al país como culpable de la violación de sus derechos fundamentales. En noviembre de 2021, con la primera muerte de una mujer embarazada a causa de la prohibición total del aborto —Iza de Pszczyna⁴⁹—, se confirmaron los peores miedos de las mujeres y los defensores del libre aborto. Hasta la fecha (2022) el Tribunal de Estrasburgo ha confirmado la admisión de los recursos interpuestos, cuyo número superó las mil peticiones individuales. Las demandantes alegan que la ley del aborto polaca les causa un perjuicio grave y viola sus derechos a la vida privada y a no sufrir torturas ni malos tratos.

Se espera que el Tribunal empiece a dictar resolución en algunas de las siguientes demandas: K. B. v. Poland y otras tres demandas⁵⁰; K. C. v. Poland y otras tres demandas⁵¹; y A. L.-B. v. Poland y otras tres

⁴⁷ Federa, Fundación para las Mujeres y la Planificación Familiar, <https://federa.org.pl/>.

⁴⁸ Anna Piekutowska, «Kobiety chcą skarżyć Polskę za wyrok TK w sprawie aborcji. "To precedensowa sprawa"», *TOKfm*, 6 de enero de 2021, acceso el 25 de mayo de 2022, <https://www.tokfm.pl/Tokfm/7,103085,26662502,kobiety-chca-skarzyc-polske-za-wyrok-tk-w-sprawie-aborcji-to.html>.

⁴⁹ EuropaPress, «Protestas en Polonia tras la muerte de una embarazada a la que se le negó el aborto», *EPE*, 7 de noviembre de 2021, acceso el 27 de mayo de 2022, <https://www.epe.es/es/internacional/20211107/protestas-polonia-muerte-embarazada-le-12743730>.

⁵⁰ K. B. v. Poland y otras tres demandas, acceso el 27 de mayo de 2022, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22appno%22:%5B%221819/21%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-211176%22%5D%7D>.

⁵¹ K. C. v. Poland y otras tres demandas, acceso el 27 de mayo de 2022, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22appno%22:%5B%223639/21%22%5D%7D>.

demandas⁵². Sin duda, será muy interesante observar el enfoque que adopte el Tribunal de Estrasburgo hacia tal cantidad de recursos y cómo desarrolla su línea jurisprudencial sobre este tipo de casos en el futuro. No obstante, no se puede perder de vista el aspecto práctico del proceso judicial y la espera hasta que el Tribunal dicte sentencia, ya que va a durar más que unos meses. Desde el punto de vista de las mujeres polacas que están embarazadas y necesitan recibir inmediatamente asistencia especializada, obstetricia y sanitaria, o quieren realizar un aborto seguro y gratuito en Polonia, es una perspectiva demasiado larga e insegura.

5.- LA CRISIS DE LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS EN POLONIA EN EL CONTEXTO NACIONAL E INTERNACIONAL

La guerra que declararon las autoridades de la ultraderecha polaca, la Iglesia católica y las organizaciones provida a las mujeres polacas no es un caso aislado en la historia y necesita enfocarse en una perspectiva más amplia, tanto nacional como internacional. Las protestas contra el endurecimiento de las regulaciones sobre el aborto han tenido lugar en muchos países, tanto de Europa como en el continente americano. Durante el turbulento siglo XX los derechos reproductivos de las mujeres en varias ocasiones han sido sacrificados por el bien del interés de los gobernantes y al no ser reclamados directamente cayeron en el olvido. Sin embargo, con el rápido desarrollo de las ciencias médicas y jurídicas los gobiernos que deseaban ser respetados en el mundo internacional ya no podían ignorar a sus ciudadanas sin exponerse a la crítica. Por lo tanto, el caso de Polonia, una democracia joven (1989) que desde 2015, paso a paso, sigue privando a sus propios ciudadanos de los derechos fundamentales y vulnerando las reglas del Estado de derecho, también provocó preguntas de la comunidad internacional.

Justo después del fallo de 2020, el 26 de noviembre de 2021, el Parlamento Europeo adoptó una resolución en la que condenaba las acciones del Parlamento polaco respecto a la prohibición total del aborto y al uso de la fuerza y la violencia excesiva y desproporcionada contra los manifestantes, pidiendo a la Comisión Europea que interviniese y se mantuviese atenta a las próximas acciones del Gobierno polaco hacia sus propios ciudadanos para su posterior evaluación. Aunque el tono de la resolución parecía muy estigmatizador, la situación de miles de mujeres polacas desde aquel entonces se ha quedado en un punto muerto. Tan triste como alarmante sigue siendo el hecho de que, en el siglo XXI, en

⁵² A. L.-B. v. Poland y otras tres demandas, acceso el 27 de mayo de 2022, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22appno%22:%5B%223801/21%22%7D>

pleno territorio de la UE (a la cual pertenece también Polonia), las mujeres polacas no puedan, como otras europeas de pleno derecho, decidir sobre sus cuerpos y beneficiarse de un servicio de asistencia sanitaria gratuito y de la ayuda de personal médico que no esté atemorizado por una potencial pena de prisión.

Dejando la perspectiva de Polonia, cabe mencionar también otros ejemplos donde la lucha por los derechos reproductivos provocó un cambio social o impidió que se agravaran las regulaciones ya existentes sobre el aborto. El país al cual nos remitimos en primer lugar será España y a un fracasado intento del gobierno de Mariano Rajoy ocurrido en los años 2013-2014, que trataba de sustituir una regulación introducida por el gobierno socialista que garantizaba el acceso libre al aborto⁵³ con un proyecto de Ley de protección de la vida del concebido y de los derechos de la mujer embarazada⁵⁴, mediante el cual se retrocedía en todos los derechos logrados en 2010. El proyecto del Partido Popular suscitó grandes controversias tanto en la oposición como en la sociedad. Así pues, en Gijón se formó un grupo de mujeres manifestantes que inspiró a las españolas de otras ciudades a tomar un tren hasta Madrid y reclamar sus derechos colectivamente. El tren en el que viajaban tomó el nombre de Tren de la Libertad⁵⁵. Durante los siguientes días, la iniciativa fue transmitida por las redes feministas en cada rincón de España y, finalmente, las manifestantes lograron dos cosas de gran importancia para las mujeres: la retirada del proyecto del PP y la dimisión de su autor, el ministro de Justicia, Alberto Ruiz Gallardón.

Entre la marea violeta española, que en este caso particular duró casi dos años⁵⁶, y la marcha negra de Polonia de 2016 hay muchísimas similitudes y paralelismos. El simbolismo y las obras revolucionarias visibles en ambos casos⁵⁷ propician una reflexión, y es que las causas y

⁵³ [Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. \(boe.es\)](#) (BOE-A-2010-3514) acceso el 25 de mayo de 2022.

⁵⁴ Conocida también como Ley Gallardón. Véase: Verónica Gutiérrez Calvo, «Gallardón consume la vuelta atrás», 19 de diciembre de 2013, *El País*, acceso el 25 de mayo de 2022, https://elpais.com/sociedad/2013/12/19/actualidad/1387477580_183734.html

⁵⁵ Redacción, «Tres años del Tren de la Libertad, una victoria del Feminismo», *Tribuna Feminista*, 30 de enero de 2017, acceso el 25 de mayo de 2022, <https://tribunafeminista.elplural.com/2017/01/el-tren-de-la-libertad-un-exito-del-feminismo/>.

⁵⁶ Laura Rivas, «Nueva marea violeta contra la reforma del aborto», *El País*, 8 de febrero de 2014, acceso el 25 de mayo de 2022, https://elpais.com/sociedad/2014/02/08/actualidad/1391855099_603071.html.

⁵⁷ El lema de la protesta en España se basó en un texto escrito por una de las manifestantes, titulado #PorqueDecidoYo.

luchas por el bien común necesitan también una estética bastante folclórica o mitológica para dar espacio a los procesos de autoidentificación y atraer el interés del pueblo. Más aún, algunas tendencias observadas durante unas protestas nacionales pueden transferirse a otras manifestaciones paralelas. Así pasó en Polonia cuando Argentina pronunció la liberalización de las normas en materia de aborto. Los pañuelos verdes⁵⁸ muy pronto hicieron su carrera en Europa. Al principio con el fin de apoyar la causa de las mujeres argentinas, para convertirse después de su victoria en un orgulloso manifiesto y un mensaje a la comunidad internacional de que cambiar la ley es posible.

Las luchas por el acceso al aborto no omitieron el territorio americano. En los EE. UU., a pesar de muchos años de lucha feminista, los esfuerzos de las mujeres americanas en este ámbito continúan. Estados Unidos, por su federalismo, constituye un ejemplo donde paradójicamente pueden reflejarse las tendencias de todo el mundo. Después de una ola de progreso aparece una de retroceso. Así pues, el primer gran paso hacia la liberalización fue el famoso fallo de la Corte Suprema americana en el caso *Roe v. Wade* (1973), que legalizó el aborto en el primer trimestre del embarazo sin ninguna condición⁵⁹. No obstante, con el tiempo llegaron otros precedentes que suavizaron su efecto liberalizador⁶⁰. En *Roe v. Wade* los jueces formaron una nueva línea jurisprudencial⁶¹ constatando que «el derecho a la intimidad personal también incluye el derecho a decidir sobre un aborto, pero este derecho no es incondicional y debe ser considerado de acuerdo con los intereses vitales del estado». Conforme a esta fórmula, el derecho de una mujer al aborto se derivaba de su derecho a la autodeterminación, considerando que el aborto es constitucionalmente permisible y limitante. Gracias al

⁵⁸ La marea verde en Argentina culminó en diciembre de 2020 logrando asegurar a las argentinas un regalo navideño, el acceso al aborto legal y gratuito en las primeras 14 semanas de gestación. Véase: Carmen Menéndez, «Argentina legaliza el aborto. Así fue el triunfo de la marea verde», *Euronews*, 30 de diciembre de 2020, acceso el 25 de mayo de 2022, <https://es.euronews.com/2020/12/30/argentina-legaliza-el-aborto-asi-fue-el-triunfo-de-la-marea-verde>.

⁵⁹ Una buena ilustración de la historia de la lucha eterna por los derechos reproductivos de las americanas es la serie estadounidense *Mrs. América*, que muestra tanto los intentos de liberalización de parte del grupo de activistas feministas estadounidenses (entre otras Gloria Steinem, Bella Abzug y Jill Ruckelshaus) como las amplias actividades a favor de la penalización del aborto de la antifeminista Phyllis Schlafly y sus partidarias, para dismantelar el proyecto de Enmienda de la Constitución de Igualdad de Derechos en los EE. UU.

⁶⁰ En el caso de 1992 de *Planned Parenthood v. Casey*, la Corte abandonó el estricto marco trimestral de *Roe*, pero mantuvo su posición central de que las mujeres tienen derecho a elegir ejercer un aborto antes de la viabilidad.

⁶¹ El precedente.

fallo todas las regulaciones estatales que anteriormente introdujeron restricciones demasiado duras al respecto fueron reiteradamente anuladas.

Sin embargo, a pesar del éxito inicial de las organizaciones feministas en el caso *Roe v. Wade* y la libertad que prometía, ya desde los años 70 hubo varios intentos (*backlashes*) de abolirlo, por lo que las mujeres americanas de diferentes estados nunca podían realmente sentirse seguras y dormirse en los laureles, sino que todo el tiempo tenían que estar pendientes y listas para posibles nuevos endurecimientos de la ley⁶². Los debates acerca del aborto y la posibilidad de revertir el precedente *Roe v. Wade* también fueron muy encendidos entre los mismos *justices* (los jueces de la Corte Suprema de los EE. UU.), en particular entre Ruth Bader Ginsburg (RBG) y Antonio Scalia. Hoy en día siguen de actualidad las palabras de la *justice* RBG dirigidas al *justice* Scalia en favor de la liberalización: «No estoy pidiendo un favor para mi sexo. Solo les pido a nuestros hermanos que nos quiten los pies del cuello». Las experiencias estadounidenses demuestran que, a pesar de años de luchas por la salud reproductiva de las mujeres, la cuestión del aborto sigue siendo una manzana de la discordia y la historia vuelve a repetirse⁶³.

6.- LAS CONSECUENCIAS DE LA CRISIS Y EL FUTURO RESTABLECIMIENTO DE LAS INSTITUCIONES DEMOCRÁTICAS EN POLONIA

A lo largo de los últimos seis años, desde 2016, Polonia ha experimentado no solamente una sino varias crisis que han dejado una profunda cicatriz en la vida cotidiana de sus ciudadanos. Antes de la pandemia y los efectos vinculados a ella —el cierre de las fronteras, las restricciones impuestas a las economías nacionales y la crisis sanitaria o social— se inició en Polonia un grave deterioro de las instituciones democráticas colectivamente retomadas por los miembros de un solo partido. Las instituciones o funciones que de acuerdo con la Constitución

⁶²*Reversing Roe*, dirigida por Anne Sundberg y Risky Stern, película de 2018, acceso el 27 de mayo de 2022, https://www.imdb.com/title/tt8948614/?ref=fn_al_tt_1.

⁶³ En el momento de redactar este texto, en el estado de Texas ha entrado en vigor la *Ley del latido* [sic!], que prohíbe el aborto desde las seis semanas de gestación. Según los expertos, la ley tejana es un desafío directo para poder cuestionar el precedente *Roe v. Wade* en la Corte Suprema americana en 2022. Véase: Juan Belleville, «La Corte Suprema de EE. UU. deja en pie la ley de Texas que limita el derecho al aborto», *France24*, 2 de septiembre de 2021, acceso el 25 de mayo de 2022, <https://www.france24.com/es/ee-uu-y-canad%C3%A1/20210902-eeuu-texas-aborto-corte-suprema>.

polaca debían ser independientes por su naturaleza,⁶⁴ ahora estaban bajo el control del gobierno, que desde su llegada al poder no paraba de intentar subordinarlas.

El conflicto entre Polonia y la Comisión Europea en cuanto a los valores fundamentales de la Comunidad Europea, como el Estado de derecho, dio como resultado numerosas peticiones de la Comisión dirigidas al Tribunal de Justicia Europeo. Los asuntos relacionados con la legalidad de las regulaciones implementadas por el gobierno polaco de ultraderecha acerca de la Cámara Disciplinaria del Tribunal Supremo de Polonia, o la reforma del poder judicial, también fueron planteadas en el Tribunal de Justicia Europeo en el marco de cuestiones prejudiciales. En todos los casos, Luxemburgo consideró que entraban en conflicto con los Tratados de la UE. La guerra que proclamó el Gobierno a los valores europeos, en opinión tanto de europeístas como de constitucionalistas polacos, no es un buen augurio para el futuro de Polonia en la Comunidad y puede terminar como con Inglaterra, en un *polexit* legal⁶⁵, ya que el conflicto tampoco fomenta la confianza en cuanto a la futura retribución de fondos europeos⁶⁶.

Mucha controversia dentro de la Comunidad Europea han provocado también las resoluciones anti-LGBT de 2020 dirigidas contra la sociedad LGBT y adoptadas por distintas autoridades locales de Polonia (en su gran mayoría, entes locales donde a nivel regional gobierna Ley y Justicia), que se declaraban libres de «ideología LGBT» [sic!]⁶⁷. La Comisión Europea

⁶⁴ Entre otros: el Tribunal Constitucional, algunas Salas del Tribunal Supremo, el Consejo Nacional de Radiotelevisión, el Consejo Nacional de la Magistratura, el fiscal nacional ahora fusionado con el ministro de Justicia; la ONG Wolne Sądy («Tribunales Libres») publicó el informe «2000 días de ilegalidad» sobre los distintos tipos de violaciones legales que cometió el equipo gobernante desde su llegada al poder en 2015. Véase: Free Courts, «2000 days of lawlessness in Poland», Wolne sądy (2021) 2000_days_of_Lawlessness_FreeCourts_Report.pdf (wolnesady.org)

⁶⁵ Jon Henley, «"Legal Polexit": Poland court rules EU measures unconstitutional», *The Guardian*, 14 de julio de 2021, acceso el 27 de mayo de 2022, <https://www.theguardian.com/world/2021/jul/14/legal-polexit-poland-court-rules-that-eu-measures-are-unconstitutional>.

⁶⁶ El 7 de septiembre de 2021 la Comisión Europea interpuso un recurso contra Polonia ante el Tribunal de Justicia de Luxemburgo (TJUE) para que dictase sanciones pecuniarias por el incumplimiento de las sentencias del TJUE y la vulneración de los valores europeos. Véase: Silvia Martínez, «Bruselas pide sanciones económicas contra Polonia al Tribunal de Justicia Europeo», *El Periódico*, 7 de septiembre de 2021, acceso el 25 de mayo de 2022, <https://www.elperiodico.com/es/internacional/20210907/bruselas-pide-sanciones-economicas-polonia-12052153>.

⁶⁷ Véase: Lucy Ash, «Qué son las "zonas libres de LGBT" de Polonia, la polémica iniciativa que pretende acabar con "la ideología gay" en el país europeo», *BBC*, 23 de septiembre de 2020, acceso el 27 de mayo de 2022, <https://www.bbc.com/mundo/noticias-54234202>.

condenó la falta de reacción del gobierno polaco en cuanto a tomar medidas para anular estas resoluciones, que obviamente vulneran los derechos fundamentales y están en contra de la política antidiscriminatoria de la UE. Sin embargo, a pesar de las numerosas actuaciones muy hostiles del gobierno polaco hacia la UE, la mayoría de polacos sigue siendo euroentusiasta y está lejos de imaginarse un mundo fuera de la Comunidad Europea. Los distintos fallos del Tribunal de Luxemburgo en cuanto a múltiples violaciones del derecho comunitario por parte de Polonia, ante varios defectos legales existentes desde los seis años en el sistema de instituciones públicas en Polonia y la falta de independencia de algunas de ellas, podrán servir también como una forma de escudo jurídico marcando una muy peligrosa frontera entre la legalidad y la anarquía. Por consiguiente, el sistema de justicia transnacional⁶⁸ representado por el Tribunal de Luxemburgo puede constituir en el futuro realmente el único «fusible legal» para que los países gestionados de manera inconstitucional y en contra de los valores de la Comunidad vuelvan al camino de la legalidad.

7.- CONCLUSIONES FINALES

A la luz de lo expuesto, cabe decir que el problema de la regulación restrictiva sobre el aborto en Polonia proviene, no solamente de la falta de entendimiento de los legisladores, que no pueden ubicar el aborto en un contexto más amplio del sistema de salud y la educación sexual y reproductiva, formando de esta manera un marco legal de protección completa para las mujeres, sino sobre todo de parte de las autoridades gobernantes, que utilizan la cuestión del aborto para calentar aún más el lenguaje del debate público y dividen a la sociedad en dos bandos hostiles: proelección (*pro-choice*) y provida (*pro-life*).

Sin embargo, la responsabilidad por la situación y el estancamiento actual —de privación completa de un aborto libre y gratuito para las ciudadanas polacas, y de florecimiento del turismo abortivo— parecen ser una carga solidaria. Es decir, una negligencia de muchos gobiernos del pasado que percibían el aborto como una cuestión incómoda y el compromiso abortivo como un contrato intocable. El legislador polaco, desde los años noventa, ha demostrado una visión más a corto plazo que holística, europea y coherente en cuanto a la formación de un sistema de salud reproductiva de las mujeres.

⁶⁸ Maciej Taborowski, *Mechanizmy ochrony praworządności państw członkowskich w prawie Unii Europejskiej. Studium przebudzenia systemu ponadnarodowego*. (Warszawa: Wolters Kluwer, 2019).

Lo positivo de las dos protestas mencionadas en el título del presente artículo, pertenecientes a la misma revolución y ambas comprometidas en la lucha por el derecho al aborto libre, es el despertar de la fuerza del pueblo polaco a la hora de defender, no solamente sus derechos fundamentales, sino también las instituciones públicas, la democracia y el medio ambiente, tratando de proteger y salvar, de este modo, el futuro de las próximas generaciones.

8.- BIBLIOGRAFÍA

Artículos

- Ash, Lucy. «Qué son “las zonas libres de LGBT” de Polonia, la polémica iniciativa que pretende acabar con la “ideología gay” en el país europeo» BBC, <https://www.bbc.com/mundo/noticias-54234202> (consultado: 23-5-2022)
- Astra Network. «The fight hidden in plain sight. Sexual and reproductive health and rights in Central and Eastern Europe and Central Asia 2020» https://astra.org.pl/wp-content/uploads/2020/02/The-fight-hidden-in-plain-sight.pdf?fbclid=IwAR3JS3Wbh2ns-oLggN5kpLOmo5_yDUnECCHO-ntgj8XfuM8h9EMaU8EY6Dk (consultado: 23-5-2022)
- Azcoiti, Javier Biosca. «Qué dice la nueva ley de televisión en Polonia y por qué es una amenaza para la libertad de prensa». *El Diario*, 12 de agosto de 2021, https://www.eldiario.es/internacional/dice-nueva-ley-television-polonia-amenaza-libertad-prensa_1_8215729.html (consultado: 23-5-2022)
- Belleville, Juan. «La Corte Suprema de EE. UU. deja en pie la ley de Texas que limita el derecho al aborto». *France24*, 2 de septiembre de 2021. <https://www.france24.com/es/ee-uu-y-canad%C3%A1/20210902-eeuu-texas-aborto-corte-suprema> (consultado: 27-5-2022)
- Borja, Margarita. «El tren de la Libertad. El Algoritmo. Crear nuevos relatos», *Revista Universitaria de Cultura* 22 (2019). <https://riuma.uma.es/xmlui/handle/10630/17703> (consultado: 23-5-2022)
- Chabasiński, Rafał. «Zakaz aborcji w przypadku gwałtu to tylko kwestia czasu». *Bezprawnik*, 23 de octubre de 2020. <https://bezprawnik.pl/zakaz-aborcji-w-przypadku-gwaltu/> (consultado: 27-5-2022)
- Dente, Giusy. «A Cracovia le donne reclamano a gran voce il diritto all’aborto: l’inno della protesta è Bella Ciao». *Donna*, 30 de octubre de 2020. <https://donna.fanpage.it/a-cracovia-le-donne-reclamano->

- [a-gran-voce-il-diritto-allaborto-linno-della-protesta-e-bella-ciao/](#)
(consultado: 27-5-2022)
- Federa y otras. «Przemoc instytucjonalna w Polsce. O systemowych naruszeniach praw reprodukcyjnych» https://federa.org.pl/wp-content/uploads/2019/12/Przemoc_instytucjonalna.pdf Federa
(consultado: 23-5-2022)
- Free Courts. «2000 days of lawlessness in Poland», *Wolne sądy* (2021) [2000 days of Lawlessness FreeCourts Report.pdf](#)
([wolnesady.org](#)) (consultado: 23-5-2022)
- Grochal, Renata. «Kobiety znów protestują. "Żyjemy w lęku i strachu". Ponad sto demonstracji w całym kraju». *Wyborcza*, 24 de octubre de 2016. <https://wyborcza.pl/7,75398,20882361,kobiety-znow-protestuja-zyjemy-w-leku-i-strachu-ponad-demonstracji.html>
(consultado: 27-5-2022)
- Gutiérrez Calvo, Verónica. «Gallardón consume la vuelta atrás». 19 de diciembre de 2013, *El País*. https://elpais.com/sociedad/2013/12/19/actualidad/1387477580_183734.html (consultado: 27-5-2022)
- Gutowski, Marcin y Piotr Kardas. «Trybunał Konstytucyjny nie mógł rozstrzygnąć gorzej czyli o dewastacji systemu jednym rozstrzygnięciem», *Palestra* 10/2020. <https://palestra.pl/pl/czasopismo/wydanie/10-2020/artukul/trybunal-konstytucyjny-nie-mogl-rozstrzygnac-gorzej-czyli-o-dewastacji-systemu-jednym-rozstrzygniciem>
(consultado: 23-5-2022)
- Helsinki Foundation for Human Rights. «Stanowisko Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka w sprawie tak zwanego orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego». *Hfhr*, 22 de octubre de 2020 <https://www.hfhr.pl/stanowisko-helsinskiej-fundacji-praw-czlowieka-ws-tak-zwanego-orzeczenia-trybunalu-konstytucyjnego/>
(consultado: 25-5-2022)
- Henley, Jon. «"Legal Polexit": Poland court rules EU measures unconstitutional». *The Guardian*, 14 de julio de 2021. <https://www.theguardian.com/world/2021/jul/14/legal-polexit-poland-court-rules-that-eu-measures-are-unconstitutional>
(consultado: 27-5-2022)
- Keplicz, Alik. «Decenas de miles de personas salen a la calle en Polonia para defender la democracia, en imágenes». *El País*, 21 de julio de 2017. https://elpais.com/elpais/2017/07/21/album/1500632763_563573.html#foto_gal_12 (consultado: 23-5-2022)
- Knera, Jakub. «Las botellas con gasolina en formato jpg – el arte de la protesta». *Polityka*, 28 de octubre de 2020.

- <https://www.polityka.pl/tygodnikpolityka/kultura/1976826,1,butelki-z-benzyna-w-formacie-jpg-czyli-sztuka-protestu.read> (consultado : 27-5-2022)
- Leszczyński, Adam. «Aborcja eugeniczna. Kto wymyślił tę nazwę i dlaczego to manipulacja?». *Okopress*, 13 de enero de 2018. <https://oko.press/aborcja-eugeniczna/> (consultado: 27-5-2022)
- Łętowska, Ewa. «Wokół Wyroku Trybunału Konstytucyjnego w sprawie aborcji». *Monitor Konstytucyjny* (2020): 1-14. <https://monitorkonstytucyjny.eu/archiwa/16016> (consultado: 23-5-2022)
- Martinez, Silvia. «Bruselas pide sanciones económicas contra Polonia al Tribunal de Justicia Europeo». *El Periódico*, 7 de septiembre de 2021. <https://www.elperiodico.com/es/internacional/20210907/bruselas-pide-sanciones-economicas-polonia-12052153> (consultado: 27-5-2022)
- Menéndez, Carmen. «Argentina legaliza el aborto. Así fue el triunfo de la marea verde», *Euronews*, 30 de diciembre de 2020. <https://es.euronews.com/2020/12/30/argentina-legaliza-el-aborto-asi-fue-el-triunfo-de-la-marea-verde> (consultado: 27-5-2022)
- Odrował-Coates, Anna. «Gender Crisis in Poland, Catholic Ideology and the Media», *Sociology Mind* (2015): 27-34. <http://dx.doi.org/10.4236/sm.2015.51004> (consultado: 23-5-2022)
- Odrozek, Katarzyna, y Gabriela García Calderón Orbe. «Legisladores polacos avanzan con nueva prohibición al aborto que según los críticos será un "infierno para las mujeres"». *Global Voices*, 29 de septiembre de 2016. <https://es.globalvoices.org/2016/09/29/legisladores-polacos-avanzan-con-nueva-prohibicion-al-aborto-que-segun-los-criticos-sera-un-infierno-para-las-mujeres/> (consultado: 23-5-2022)
- Piekutowska, Anna. «Kobiety chcą skarżyć Polskę za wyrok TK w sprawie aborcji. "To precedensowa sprawa"». *TOKfm*, 6 de enero de 2021. <https://www.tokfm.pl/Tokfm/7,103085,26662502,kobiety-chca-skarzyc-polske-za-wyrok-tk-w-sprawie-aborcji-to.html> (consultado: 27-5-2022)
- Pronczuk, Monika. «"Esto es la guerra": Polonia se inunda de manifestaciones en contra de una ley que restringe los abortos». *Nytimes*, 28 de octubre de 2020. <https://www.nytimes.com/es/2020/10/28/espanol/mundo/aborto-polonia-protestas.html> (consultado: 23-5-2022)
- Rivas, Laura. «Nueva marea violeta contra la reforma del aborto». *El País*, 8 de febrero de 2014.

- https://elpais.com/sociedad/2014/02/08/actualidad/1391855099_603071.html (consultado: 27-5-2022)
- Sahuquillo, María. «En Polonia es más fácil recurrir a un aborto clandestino que a uno legal». *El País*, 8 de marzo de 2014. https://elpais.com/elpais/2014/03/07/planeta_futuro/1394219613_627814.html (consultado: 23-5-2022)
- Sandecki, Maciej. «Potwór gender straszy w Konwencji Antyprzemocowej? Tłumaczymy pojęcie, które zostało wypaczone». *Wyborcza*, 1 de agosto de 2020. <https://trojmiasto.wyborcza.pl/trojmiasto/7,35612,26169875,potwor-gender-straszy-w-konwencji-antyprzemocowej.html> (consultado: 23-5-2022)
- Sussman, Anne Louie. «The Poland Model—Promoting "Family Values" With Cash Handouts». *Theatlantic*, 14 de octubre de 2019. <https://www.theatlantic.com/international/archive/2019/10/poland-family-values-cash-handouts/599968/> (consultado: 23-5-2022)
- Szmyt, Andrzej. «Destrukcja Trybunału Konstytucyjnego w Polsce w świetle opinii Komisji Weneckiej». *Gdańskie Studia Prawnicze* (2018): 649-665. https://czasopisma.bg.ug.edu.pl/index.php/gdanskie_studia_prawnicze/article/view/3519/2838 (consultado: 23-5-2022)
- Temiño, Nacho. «El Gobierno polaco pide a sus ciudadanos que se reproduzcan "como conejos"». *Heraldo*, 10 de noviembre de 2017. <https://www.heraldo.es/noticias/internacional/2017/11/10/el-gobierno-polaco-pide-sus-ciudadanos-que-reproduzcan-como-conejos-1207193-306.html> (consultado: 23-5-2022)
- Valero, Carmen. «Marcha contra el autoritarismo en Polonia». *El Mundo*, 24 de octubre de 2016. <https://www.elmundo.es/internacional/2016/10/24/580ce444e5fdeabe348b457e.html> (consultado: 27-5-2022)
- Zubik, Małgorzata. «Trzaskowski o błyskawicach Strajku Kobiet w profilach uczniów: Nie można za to wyrzucić z lekcji». *Wyborcza*, 23 de diciembre de 2020. <https://warszawa.wyborcza.pl/warszawa/7,54420,26632083,trzaskowski-odpowiada-uczniom-w-sprawie-blyskawic-przejaw.html> (consultado: 27-5-2022)

Legislación y Jurisprudencia

Decreto 1918, de 28 de noviembre, sobre el ordenamiento electoral del Parlamento Legislativo (Dz. U. 1918 nr 18 poz. 46). <https://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU19180180046/O/D19180046.pdf> (consultado: 23-5-2022)

Fallo Roe contra Wade 22/01/73, de la Corte Suprema de los Estados Unidos, Núm. 70-18. <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/410/113.html> (consultado: 23-5-2022)

Fallo K-1/20, 22 de octubre, del Tribunal Constitucional de Polonia. <https://trybunal.gov.pl/s/k-1-20> (consultado: 23-5-2022)

Fallo Tysić v. Polonia, de 20 de marzo de 2007. <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=002-2811&filename=002-2811.pdf> (consultado: 27.05.2022)

Ley 1956, de 27 de abril, sobre las condiciones de admisibilidad de la interrupción del embarazo (Dz. U. 1956 Núm. 12 posición 61). <https://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=WDU19560120061> (consultado: 23-5-2022)

Ley 1993, de 7 de enero, sobre planificación familiar, protección del feto humano y condiciones para permitir la interrupción del embarazo, Boletín Legislativo 1993 Núm. 17 posición 78. <https://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU19930170078/U/D19930078Lj.pdf> (consultado:23-5-2022)

Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (BOE-A-2010-3514). [Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. \(boe.es\)](http://www.boe.es/boe/BOE-A-2010-3514.html) (consultado:23-5-2022)

Reglamento 1932/571, del presidente de la República de Polonia, de 11 de julio, por el que se establece el Código Penal. <https://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU19320600571/O/D19320571.pdf> (consultado: 25-5-2022)

Reglamento 2021/522, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de marzo, por el que se establece un programa de acción de la Unión en el ámbito de la salud («programa UEproSalud») para el período 2021-2027 y por el que se deroga el Reglamento (UE) núm. 282/2014.

Resolución 2020/2876, del Parlamento Europeo, de 26 de noviembre, sobre la prohibición de facto del derecho al aborto en Polonia. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0336_ES.html

Libros

Boy-Żeleński, Tadeusz. *Piekło kobiet*. Warszawa: *Jirafa Roja*, 2013.

Dzido, Marta. *Kobiety Solidarności*. Warszawa: Świat Książki, 2016.

Ginsburg, Ruth Bader. *In my own words*. New York: Simon & Schuster. 2016.

Korolczuk, Elżbieta., Kowalska, Beata., Ramme, Jennifer., Snochowska-Gonzalez, Claudia. *Bunt kobiet. Czarne protesty i strajki kobiet*. Warszawa: European Solidarity Centre, 2020.

Stańczak-Wiślicz, Katarzyna., Perkowski, Piotr., Fidelis, Małgorzata., Klich-Kluczevska, Barbara. *Kobiety w Polsce 1945-1989. Nowoczesność. Równouprawnienie. Komunizm.* Kraków: UNIVERSITAS, 2020.

Suchanow, Klemetyna. *To jest wojna. Kobiety fundamentalisci i nowe średniowiecze.* Warszawa: Wydawnictwo Znak, 2020.

Taborowski, Maciej. *Mechanizmy ochrony praworządności państw członkowskich w prawie Unii Europejskiej. Studium przebudzenia systemu ponadnarodowego.* Warszawa: Wolters Kluwer, 2019.

Thorwald, Jürgen. *Ginekology.* Warszawa: Wydawnictwo Marginesy, 2016.

Obras audiovisuales

Dzido, Marta, dir. *Siłaczki.* Película de 2018.

<https://www.filmweb.pl/film/Si%C5%82aczki-2018-811119>

Sadowska, Maria, dir. *El arte de amar.* Película de 2017.

https://www.imdb.com/title/tt5370828/?ref=fn_al_tt_3

Stern, Ricky; Sundberg, Anne, dir. *Reversing Roe.* Película de 2018.

https://www.imdb.com/title/tt8948614/?ref=fn_al_tt_1

Waller, Dahvi, dir. *Mrs. America.* Serie de 2020.

<https://www.imdb.com/title/tt9244556/>