

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA CONDENA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL A DOMINIC ONGWEN.

Francisco Cox¹

Resumen

El 4 de febrero de 2021, casi 20 años después de que miles² de personas sufrieran los delitos más deleznable que uno puede sufrir, la Corte Penal Internacional (CPI), desde La Haya a miles de kilómetros de donde se cometieron estos delitos, dictó la primera, y hasta la fecha única, sentencia condenatoria en contra de un comandante del Lord Resistance Army (LRA): Dominic Ongwen.³

En el histórico fallo la Sala de Juicio número 9, presidida por el Juez Bertram Schmitt, e integrada por los jueces Peter Kovács y Raul Pangalangan, determinó que Dominic Ongwen era culpable de 62 crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra perpetrados contra ciudadanos del norte de Uganda, específicamente miembros de las comunidades de Pajule, Lukodi, Odek y Abok. Además se determinó la culpabilidad del Comandante por los delitos de reclutamiento forzoso y uso de niños y niñas como soldados y víctimas de violencia sexual y de género que perpetró a lo largo de todo el norte de Uganda.

Breve Contexto.

Para comprender la importancia del fallo, y también sus complejidades, es necesario contextualizar brevemente qué es el LRA, quién es Dominic Onwen y por qué su condena ha generado cierta polémica.

¹ Abogado de la Universidad Diego Portales, Llm Columbia University, socio fundador de BCP abogados, representante, junto a Joseph Manoba, de 2606 víctimas que participan en el caso contra Dominic Ongwen.

² Se estima que las personas afectadas por los delitos, y por lo tanto que pueden participar de la etapa de reparaciones, son entre 60 y 70 mil.

³ La versión pública del fallo se puede consultar en <https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-02/04-01/15-1762-Red> (23 de junio de 2021)

El LRA es una guerrilla surgida en el norte de Uganda, para derrocar al Presidente de dicho país. Tuvo como antecedente el Holy Spirit Mobile Forces dirigido por Alice Lakwena, dicho movimiento tenía la peculiaridad de tener un fuerte componente religioso, particularmente espiritista. Este elemento fue tomado por Joseph Kony. Kony afirmaba ser poseído por distintos espíritus, quienes, según él, eran los que daban las órdenes de ataques. La vertiente religiosa del LRA tenía elementos cristianos y espiritistas. Kony usaba este componente para amedrentar e intentar controlar a los nuevos reclutas. Como parte de dicha técnica había creado una serie de ritos de iniciación para las y los secuestrados. Dichos ritos también cumplían la función de evitar que las personas secuestradas huyesen. La práctica consistía en untarles en aceite de karité, haciéndoles la señal de la cruz. Les indicaba que si intentaban, escapar ese aceite los delataría y serían encontrados.

Pero los ritos de “iniciación” no se limitaban a unciones con aceite sino que también incluían la realización de actos de suma violencia, como matar a golpes, con troncos de árboles, a sus familiares, u otros secuestrados más viejos u otros niños y niñas que habían intentado arrancar o habían botado alguna carga que les habían entregado para llevar, la que a su vez habían robado de la comunidad o campamento recién atacado.

Como he indicado previamente, el LRA secuestraba niñas, que servían de proveedoras de servicios domésticos, llamadas ting ting, y luego, algunas, eran distribuidas por el jefe de la brigada a otros soldados para que fueran sus esposas. Dominic Ongwen fue condenado tanto por distribuir como por recibir y mantener relaciones sexuales contra la voluntad de las niñas. Los relatos de dichas niñas son de una crudeza difícil de olvidar. Ongwen no tuvo ningún tipo de consideración a la escasa edad que tenían las niñas que le fueron entregadas para forzarlas a mantener relaciones sexuales. Estos delitos cometidos en privado, son uno de los argumentos empleados por la Sala para desestimar una eventual coerción para cometer los delitos por los que en definitiva fue condenado.

Dominic Ongwen llegó a ser parte del alto mando de el LRA. Esta guerrilla fue dirigida, y sigue siéndolo, aunque se dice que está más bien inactiva, por Joseph Kony. Este grupo buscaba derrocar al actual presidente de Uganda, quien lo es desde 1986, Yoweri Museveni. El LRA, además de secuestrar niñas, tenía como estrategia de reclutamiento la de secuestrar niños para ser soldados.

Junto con lo anterior, el LRA atacaba a comunidades a las cuales les robaban lo poco y nada que tenían. A diferencia de otras guerrillas de África, el

LRA no tenía grandes recursos. La guerrilla no tenía acceso a diamantes u otros recursos naturales apetecidos en el extranjero. Por lo tanto, para sustentar sus ataques y lograr su subsistencia, contaban con el apoyo de Sudán y atacaban a las comunidades del norte de Uganda para robarles. Muchas de sus armas también las obtenían robándole o atacando al ejército de Uganda.

Los constantes ataques a la población civil, perpetrados por el LRA, así como los miles de secuestros de niños y niñas, sumado a la percepción del gobierno de Museveni, que el LRA contaba con apoyos de parte de la población Acholi, junto con la creciente inseguridad, que sentía la población del norte de Uganda y con el objeto de evitar que siguiesen engrosando sus filas con más niños soldados; Museveni determinó que las comunidades debían agruparse en campos de desplazados internos (IDP camps).

Mucha gente se opuso a abandonar sus tierras. Los Acholi y Lango, viven en comunidad y cultivan la tierra. Si bien reconocen la propiedad privada, el terreno es ocupado por la familia extendida, y todos explotan la tierra. Viven básicamente de trabajar sus propias tierras y venden lo poco que les sobra en mercados locales muy pequeños. Antes del conflicto tener vacas y cabras era una fuente de sustento importante. Pero la cantidad de animales que algunas familias tenían no eran de gran tamaño. Mas bien cada familia tenía una o dos vacas, cuanto mucho, y lo mismo es válido para las cabras. Trasladarse a un campamento muchas veces significaba dejar sus tierras abandonadas. Hasta el día de hoy uno de los mayores problemas en el norte de Uganda es el de los conflictos sobre la propiedad de las tierras.

Sin perjuicio de la resistencia de la población, Museveni forzó a todas las personas de la región a trasladarse a los IDP camps y quien no lo hacía era considerado un colaborador del LRA y por lo tanto se arriesgaba a ser arrestado o incluso baleado por las fuerzas del ejército: el UPDF.

Estos campamentos de desplazados, en teoría harían más fácil la protección de la población por parte del ejército. Sin embargo, a lo largo de los cientos de testimonios de las personas que declararon en el juicio contra Dominic Ongwen, se dio cuenta de la conducta abusiva de los soldados⁴. Pero no solo eso, también quedó en evidencia a lo largo del juicio que, cuando había ataques, las fuerzas del ejército no eran capaces de contenerlos o defender a la población civil, y muchas veces terminaban huyendo. Todo esto redundó en el deterioro de la vida en comunidad.

4 Pese a los múltiples testimonios hasta la fecha la fiscalía de la CPI ha estimado que no existen bases para iniciar un caso contra las fuerzas del ejército de Uganda.

A lo anterior se debe sumar, las duras condiciones de vida, en términos de condiciones económicas, sanitarias, rituales y religiosas y la unidad familiar. Muchos de estos daños implicaron que el tejido social de las culturas Acholi y Lango se destruyera. Lamentablemente, dichos efectos perduran hasta el día de hoy, como lo declararon muchos de los líderes comunitarios que rindieron testimonio ante la Sala de Juicio.

Durante el período del conflicto, que se extendió por alrededor de 25 años, con intentos de acuerdos de paz en el 1994, el 2006, los que no llegaron a prosperar, uno de estos procesos de paz fue tomado en cuenta por la Sala para desestimar las alegaciones efectuadas por la defensa de Ongwen en cuanto a que no podía escapar del LRA, como lo hicieron miles de ugandeses y ugandesas⁵.

Durante este tiempo los jóvenes escasamente podían ir a las escuelas, muchas tuvieron que cerrar ya que no se podían sostener o los riesgos de secuestros de niños y niñas eran muy grandes. Todas las personas que dieron testimonio en La Haya dieron cuenta del profundo efecto negativo que tuvo el conflicto y la vida en los IDP camps para su desarrollo educativo. Muchos de los niños soldados que retornaron dieron cuenta de la imposibilidad de retomar sus estudios, de lo difícil que era reintegrarse y como sus propios padres los miraban con profunda desconfianza. Igualmente desgarrador, era escuchar los testimonios de mujeres que volvían con hijos o hijas una vez que lograban escapar, las llamadas: “Bush wives”⁶ (esposas del arbusto). La discriminación sufrida tanto por ellas como por sus hijos o hijas concebidas durante el cautiverio era brutal.

Una de las complejidades del caso es que Dominic Ongwen fue, a su vez, secuestrado por el LRA. Ello, cuando tenía 9 años aproximadamente⁷ y pasó toda su vida hasta el periodo por el cual se le acusa ante la CPI, en el LRA. Es por esto qué distintas personas, que no presenciaron toda la evidencia rendida, opinaron con dureza cuando fue condenado por la CPI. ⁸Se cuestionaba que cómo podía ser responsable de los delitos que cometió alguien que a su

5 Ver párrafo 2641 de la sentencia.

6 Cuando se habla de la vida en el LRA se habla que estaban en el Bush que es arbusto en inglés. Es por esto que a las mujeres que tuvieron hijos se les dice Bush wives y a los hijos o hijas nacidos durante el cautiverio se les dice Bush children (niños del arbusto).

7 Ver párrafo 30 de la sentencia.

8 <https://internationallaw.blog/2021/06/22/the-ongwen-judgment-at-the-icc-a-missed-opportunity-for-former-child-soldiers/> (24 de junio de 2021)

vez era víctima de uno de los delitos y había sido un niño soldado.

Este elemento fue utilizado por su defensa; con ello intentó impetrar una defensa del artículo 31 (a) del Estatuto de Roma (el Estatuto). Este artículo consagra una causal de inimputabilidad por estar privado de la capacidad de comprender la ilicitud de su conducta ya sea por una enfermedad o deficiencia mental. Esta defensa fue desestimada por la Sala de la CPI, pero sí tomó en cuenta dicha circunstancia personal para reducir la pena aplicable al tomar esta consideración como una atenuante.

Aquella circunstancia tuvo impacto en el razonamiento de la Sala, en cuanto al merecimiento de la pena, que en opinión de la mayoría debía ser considerado en cumplimiento de lo prescrito por la Regla 145 1 (a) de las Reglas de Prueba y Procedimiento.

El impacto, en la pena a aplicar, fue de tal magnitud que, no obstante que por unanimidad la Sala consideró que los delitos cometidos por el acusado, perfectamente, podrían ameritar una cadena perpetua, la mayoría estimó que su cautiverio era una atenuante de responsabilidad que se traducía en una reducción a 25 años de pena. En tanto que el juez Pangalangan estimó que “imponer una sentencia conjunta de 30 años no estaría dejando de lado la especificidad de la historia personal de Dominic Ongwen, sino por el contrario, evitaría que la Corte al darle tal peso a las particularidades individuales del condenado hiciera palidecer la gravedad de los delitos por los cuales ha sido condenado Dominic Ongwen.”⁹

Es decir, contrario a lo indicado por algunos comentaristas de las redes sociales, la Sala sí tomó en cuenta el hecho de Ongwen fue secuestrado a muy temprana edad. Pero se dividió para determinar cuánta consideración se le debía dar en los años de la pena aplicable. Para la mayoría de una sentencia de por vida, ella debía ser reducida a 25 años en tanto que para el voto disidente debían ser 30 años. Los representantes de las víctimas pedíamos cadena perpetua y la fiscalía 20 años.

Por último, el tiempo que abarcaba la acusación fue entre el 1 de julio del año 2002 y el 31 de diciembre del 2005. La fiscalía fijó ese período como aquel dentro del cual se cometieron los delitos por los cuales se debía juzgar a Dominic Ongwen. Dichos cargos, y el periodo, fueron confirmadas por la Sala de Pre Juicio número 2.¹⁰ Durante todo este período Dominic Ongwen había

9 Párrafo 17 de la opinión en parte disidente del Juez Pangalangan.

10 La resolución que confirmó los cargos se puede consultar en <https://www.legal-tools.org/doc/74fc6e/pdf> (23 de junio de 2021).

dejado hace tiempo de ser un niño soldado; a esa fecha era un adulto y unos de los jerarcas del LRA.

La sentencia condenatoria.

La sentencia dictada el 4 de febrero de 2021, como se ha indicado previamente, declaró culpable a Dominic Ongwen, en un veredicto de 1077 páginas, de 61 de los 70 cargos que había presentado la fiscalía y confirmado la Segunda Sala de Pre-Juicio.

La defensa intentó diversas defensas, pero, como ya se dijo, las de mayor relevancia fueron las referidas al artículo 31 del Estatuto. Este artículo consagra hipótesis de enfermedad o defecto mental y de fuerza irresistible.

La primera la sustentaba en el hecho que sufría de estrés post traumático, de personalidades múltiples y disociación, junto con ideación suicida. Sin embargo, la defensa no logró acreditar que Dominic Ongwen sufriese de estos desórdenes al momento de la comisión de los delitos. De hecho, los expertos aportados por la fiscalía más bien concluyeron, lo que fue validado por la Sala, que dado el nivel de planeación requerida para los ataques se evidenciaba que el acusado no tenía ninguna de estas “enfermedades” al momento de la comisión de los delitos por los que estaba siendo juzgado.¹¹

La defensa también argumentó que al ser secuestrado a temprana edad no podía distinguir lo correcto o incorrecto de sus acciones, que creía que Joseph Kony tenía poderes sobrenaturales ya que se comunicaba con los espíritus y por eso tendría un control absoluto sobre él.

En cuanto a lo primero, una de las expertas presentadas por la fiscalía convenció a la Sala que Dominic Ongwen sí había desarrollado una estructura moral. Que tenía plena conciencia del daño generado y que su estructura moral se había desarrollado al nivel más alto: al nivel post convencional. Nivel “que se caracteriza por la búsqueda de intereses imparciales para cada uno de los miembros de la comunidad como asimismo el establecimiento de principios morales auto-elegidos.”¹²

El perito de la fiscalía que le dio cierta viabilidad a la posibilidad que los eventos traumáticos que le tocó vivir a Dominic Ongwen, pudiesen tener influencia en su estado mental, fue el profesor Weierstall- Pust. Sin embargo, indicó que no había evidencia que permitiese justificar un diagnóstico de

¹¹ Ver por ejemplo, párrafo 2473 y 2474.

¹² Ver párrafo 2481.

desorden mental, como el que reclama la defensa que se verificaba durante el período de la comisión de los delitos. El perito indicó que por el contrario, las características descritas por los peritos de la defensa respecto de Ongwen en cuanto a que era “buen administrador”, “querible” y “trabajador” eran contradictorias con un diagnóstico de un desorden de depresión severa.¹³

Para desestimar los argumentos de la defensa la Sala, no solo sustentó sus determinaciones en la prueba pericial, sino que echó mano a los múltiples testigos. En efecto, hizo una revisión de los múltiples testimonios entregados durante el juicio y concluyó que ninguna de las personas que declararon dieron cuenta de los síntomas que indicaron los expertos que tendrían que haber observado las personas que vivieron con Dominic Ongwen durante el periodo tiempo que cubría la acusación.¹⁴ Más bien la Sala cita múltiples testimonios que más bien muestran que el acusado no solo no presentaba elementos propios de una depresión severa o estrés post traumático del nivel necesario para privarlo de razón, sino que daban cuenta de exactamente lo contrario.

Particularmente ilustrativo resulta la cita que se hace al testigo Joseph Okilan: “Ongwen era un hombre alegre, parlanchín, nunca enojado y siempre estaba bromeando. También era un hombre muy fácil con el cual tratar era juguetón, siempre quería bromear.” O la declaración de un testigo de la defensa: D-0027, “ Dominic era querido por tanta gente. Y como les dije antes, su estilo de vida no cambió. Era querible, todos lo queríamos, los jóvenes, los viejos. Incluso, personalmente, cuando lo vi la última vez, era un comandante de mayor rango. Pero cuando me encontré con él, hablamos y pasamos mucho tiempo juntos, hablamos de tantas cosas. Y lo que yo sé de su vida es que no cambió, su estilo de vida no cambió. Él ama a la gente y la gente lo quería a él también.”¹⁵

Con estos antecedentes para desestimar las conclusiones a las que arriban los peritos de la defensa, la Sala concluye que Dominic Ongwen no sufría de una enfermedad mental o un defecto durante el tiempo de la comisión de los delitos. Por lo que, no se verifican los presupuestos del artículo 31 (1) (a) del Estatuto.

La segunda defensa intentada fue la de fuerza irresistible, contenida en el artículo 31 (1) (d) del Estatuto. El argumento de la defensa era que el acusado

13 Ver párrafo 2493.

14 Ver párrafo 2497 y siguientes donde la Sala se hace cargo de la prueba testimonial y los argumentos de la defensa en cuanto a que no existe ningún testimonio que de cuenta de los rasgos propios de una persona con un desorden mental.

15 Ver párrafo 2513.

estaba bajo el temor permanente de ser asesinado o severamente dañado corporalmente o que se encontraba bajo el control de Joseph Kony por sus poderes sobre naturales.

Las alegaciones de la defensa eran a ratos contradictorias entre sí. Por una parte, decían que Dominic Ongwen no tenía conciencia de la ilicitud de sus acciones producto de su enfermedad mental o defecto mental, y por la otra que había actuado bajo fuerza irresistible o coerción.

El problema de coherencia dentro de la teoría del caso de la defensa era mayor. En tanto que se argumentaba que no tenía conciencia de la ilicitud de sus acciones, sin decirlo explícitamente se daba a entender que al ser tan chico cuando fue secuestrado no entendía que matar era malo, por ejemplo. Pero al mismo tiempo la defensa se encargó de traer testimonios de lo buen comandante que era Dominic Ongwen con su tropa. Es decir, tenía conciencia de lo que era bueno, ya que las acciones que desplegaba respecto de sus subordinados eran aquellas que lo hacían querible. De hecho se dio testimonio que en distintas oportunidades Dominic Ongwen no siguió las ordenes de Kony en cuanto a castigar a sus subordinados.

Pareciera ser que la defensa con esta segunda defensa decía: bueno si no cree que Dominic Ongwen carecía conciencia de la ilicitud por su depresión profunda o estrés post traumático o incapacidad de tener una brújula moral, pero no olvide que Dominic era una buena persona, entonces los delitos los cometió porque estaba sometido a coerción o fuerza irresistible, duress en terminología inglesa.

Haciéndose cargo de esta segunda defensa, la Sala hizo un análisis de los elementos que se deben cumplir, de conformidad con lo prescrito por el citado artículo del Estatuto, para dar por acreditado que concurre la fuerza irresistible que amerite la exclusión de responsabilidad del acusado.

El primer elemento que debía concurrir era que el daño que se intenta evitar debía ser inminente y real, este daño debe ser de muerte o de grave daño a la integridad física. El segundo elemento es que la persona debe actuar razonable y necesariamente para evitar el daño y el tercer elemento es que se intente evitar un daño mayor al que se causa. un temor eventual a la muerte o una lesión.

La Sala estimó que en el caso concreto no se cumplía el primer elemento por lo que no requería efectuar un análisis del resto de los elementos.

Para desestimar esta segunda defensa, la Sala, en primer lugar, recordó que la acusación no se refiere a un solo delito o una conducta criminal que se agotaba en un solo acto u omisión, sino que se le acusaba por una serie

de conductas ejecutadas en un período prolongado de tiempo. A lo que la defensa argumenta que Dominic Ongwen estaba bajo un estado permanente y continuo de fuerza irresistible. Este estado permanente se habría logrado a través de un sistema estricto de disciplina de Joseph Kony con severos castigos a quienes incumplían sus ordenes, un control efectivo de los comandantes sobre sus subordinados y la convicción de que Joseph Kony tenía poderes espiritistas reales y muy efectivos.

La Fiscalía refutó exitosamente dichas alegaciones argumentando que no se había producido prueba respecto de una amenaza inminente de muerte o daño corporal severo en contra Dominic Ongwen para realizar las conductas por las que estaba siendo juzgado.

Para refutar que la culpabilidad de Dominic Ongwen estaba probada más allá de toda duda razonable se hizo cargo de la invocación del artículo 31 por parte de la defensa, para ello analizó si había pruebas que el acusado estaba bajo una amenaza inminente de muerte o daño corporal severo al momento en que ejecutó los delitos por los que estaba siendo juzgado. Para la Sala, dicha consideración era crítica, indica que se debe analizar la situación de Dominic Ongwen en dicho momento y no cuándo recién fue secuestrado.

Sobre el particular, indica que Dominic Ongwen era un comandante o brigadier y por lo tanto el régimen de disciplina que se debe evaluar no es la de las personas más abajo en la cadena de mando, sino que de los comandantes y jerarquías superiores del LRA. De la prueba presentada queda en evidencia, concluye, que estas autoridades, sí podían desobedecer las órdenes de Joseph Kony, sin mayores consecuencias. Precisa que, si bien ocurrió que Joseph Kony ordenó matar a comandantes, como Vincent Otti, ello más bien se debió a que lo estaban desafiando políticamente y no porque no siguieron sus ordenes en cuanto a atacar o no una comunidad.

El juicio dio cuenta que más bien en dichas áreas los comandantes tenían bastante libertad para ejecutar ordenes. Asimismo, se presentó prueba que Dominic Ongwen desobedeció en distintas oportunidades órdenes de Kony, no obstante lo cual, el jefe máximo del LRA lo tenía dentro de los comandantes ejemplares y favoritos, por su labor de ataque a dichos poblados y su efectividad secuestrando gran cantidad de niños y niñas para engrosar sus filas de futuros niños soldados.

La Sala también se abocó a un tema central, levantado también por los representantes de víctimas ya que en múltiples reuniones con víctimas fue planteada por ellas, a saber: la posibilidad de escaparse del LRA.

¿Si era cierto que Dominic Ongwen estaba contra su voluntad en el LRA, por qué no intentó escapar? O puesto en términos de los requisitos del artículo 31 del Estatuto: ¿Era necesario cometer los delitos por los que se le acusaba para evitar su, supuesta, muerte a manos de Joseph Kony o por el contrario existía una alternativa realista menos dañina como escapar?

Si bien es cierto que aquellas personas que intentaban escapar, y eran recapturadas, sufrían castigos inhumanos como azotes, golpizas masivas dejando inconsciente a quienes la sufrían, e incluso muchos muriendo, la sala tomó en cuenta la abundante prueba rendida para indicar que cientos de miles de personas huyeron exitosamente.

Sin embargo, dicho análisis no se hizo solo en términos genéricos respecto de la actitud de otros secuestrados, sino que se analizó la situación particular de Dominic Ongwen. Se determinó que en diversas oportunidades se le manifestó, en contextos bastante seguros, que abandonara el LRA. Uno de dichos contextos fue en las conversaciones para alcanzar la paz, la que no se logró. Incluso, dio testimonio una de las personas que abandonó el LRA. En aquella oportunidad, el testigo dio cuenta que, habló directamente con Dominic Ongwen para que dejara su puesto en el LRA a lo que el acusado se rehusó.

La Sala también dio cuenta que para los altos jefes del LRA era más fácil escapar. Finalmente, sobre el punto de las sanciones a quienes escapaban, se hizo cargo de la alegación que, cuando un comandante escapa, se atacaba a su comunidad de origen como represalia. La Corte concluyó que si bien dicha práctica existió, a la fecha de los hechos ya no era común y el único caso conocido concurrían otras consideraciones que explicaban el ataque a dicha comunidad.

Con el mismo objetivo, esto es ver la existencia o no de una amenaza inminente de muerte o daño corporal severo a Dominic Ongwen, en la sentencia se revisa un elemento que habitualmente es destacado cuando se analiza el LRA: los poderes sobrenaturales de Joseph Kony.

En una revisión de la prueba, respetuosa de las propias creencias de los integrantes del LRA y no imponiendo criterios occidentales acerca de la credibilidad o no de dichos poderes, se concluyó que el proceso que seguían los integrantes del LRA era el siguiente: creer en dichos poderes; en una primera etapa hay que recordar que una de las estrategias del LRA era secuestrar niños muy chicos para que les sirvieran de soldados, de edades entre 9-14 años, e incluso menores. A medida que permanecían más tiempo en el LRA las

personas dejaban de creer que Kony tuviese dichos poderes. De igual forma, varios dejaban de creer que era poseído por espíritus y mucho menos que tuviese la capacidad de predecir el futuro. Esta evolución se la aplicaron a Dominic Ongwen, no se puede saber si esta fue o no la evolución de Ongwen toda vez que optó por guardar silencio.

Finalmente, para terminar de desestimar la existencia de una fuerza irresistible, la sentencia determina que el desempeño, ascenso y ejecución de delitos en privado, como son todos los delitos de violencia sexual y de género, dan cuenta que Dominic Ongwen no estaba actuando en razón de una amenaza inminente a su vida o a fin de evitar un daño corporal severo sino que lo hacía libre y voluntariamente, con conocimiento pleno de los delitos que estaba ejecutando.

En definitiva, aunque la sentencia no lo cita, pero en palabras de una de las víctimas participantes del proceso: “Es posible que Dominic haya sido secuestrado, pero después hizo su trabajo tan bien y le gustaba.”

De esta forma una de las particularidades del caso: que un ex niño soldado era juzgado por su responsabilidad en delitos cometidos cuando era uno de los jefes del grupo que lo secuestró, no fue considerado de suficiente significación como para estimar que padecía de una enfermedad mental o estaba privado de razón para comprender la ilicitud de su conducta ni como para considerar que concurría una exculpante de responsabilidad por actuar bajo fuerza irresistible. Este es el primer caso ante la CPI que ha tenido que dilucidar un problema como el descrito. Este solo hecho ya amerita para decir que la sentencia es histórica. Pero existen otras razones, por ejemplo, el tipo de delitos de los que fue acusado y condenado Dominic Ongwen.

Particularidades en los delitos por los que se condena a Dominic Ongwen

El caso de la fiscalía contra Dominic Ongwen, como he mencionado previamente, incluía una serie de delitos tanto de crímenes de guerra como de lesa humanidad. En su apelación Dominic Ongwen cuestiona, algo que también levantó en la audiencia de confirmación de cargos, que los mismos hechos puedan revestir el carácter de ambas categorías de delitos.

Sin embargo, la Sala de juicio concordó con la decisión de la Sala de pre-juicio al indicar que un mismo hecho podía violar diversos artículos del Estatuto de Roma si es que satisfacía las particularidades de cada tipo y protege intereses diferentes. La Sala de pre-juicio, a su vez, determinó que era la Sala

de juicio la mejor posesionada para determinar si se verificaba la situación reciente descrita. Desestimando así una alegación de violación al principio del *ne bis in ídem* impetrada por la defensa. La Sala de juicio, en tanto, concluyó que los elementos contextuales de los crímenes de guerra y de lesa humanidad no son elementos irrelevantes o neutrales, sino que dan cuenta de una valoración legal de la conducta por la que se acusa a Ongwen.

En efecto, concluye la sentencia: "... lo elementos contextuales de los delitos, considerados individualmente, encapsulan intereses protegidos diferentes, por la norma estatutaria de imputación respectiva. En efecto, ...La Sala observa que crímenes de guerra dan protección penal a la persona en tiempo de un conflicto armado, en cambio crímenes de lesa humanidad protegen a la persona cuando hay un ataque sistemático y¹⁶ (sic) masivo contra una población civil. Por lo tanto, los dos tipos de delitos reflejan diferentes (en parte) formas de criminalidad, en cuanto que complementan, en términos del interés protegido, la penalización de delitos individuales que, a su vez, son distintos dependiendo del elemento contextual relevante. En estas circunstancias, ninguno de los dos set de delitos puede, de forma alguna, ser subsumido en el otro.¹⁷"

Si bien el cuestionamiento a la factibilidad de acusaciones, y consiguiente condena, acumulativa ha sido planteada antes tanto en el caso Katanga y Bemba, me parece que es un tema interesante de destacar ya que vuelve a pronunciarse, la CPI, favorablemente por la legitimidad de acusaciones y condenas tanto por crímenes de lesa humanidad como crímenes de guerra sobre la base del mismo sustrato fáctico.

Se suele pensar que en una situación será aplicable la normativa sobre crímenes de guerra o los de lesa humanidad. Sin embargo, tanto la práctica jurisprudencial de la CPI como su experiencia, muestran que no son estatutos excluyentes sino que pueden concurrir conjuntamente y que razonando con la categoría del concurso real de delitos, se puede condenar a una persona por la misma base fáctica tanto por un delito de lesa humanidad como por un crimen de guerra. Y en opinión de la CPI no hay violación al *ne bis in ídem*.

¹⁶ Yerra aquí la sala en el ilativo ya que el Estatuto no exige una exigencia copulativa de los elementos sino que opta por un o. De manera que esto puede obedecer a un simple error de tipeo.

¹⁷ Ver sentencia 2820 y 2821.

Delitos basados en violencia sexual y de género.

Matrimonio forzado.

Otra de las particularidades que lo convierten en un veredicto histórico, es que fundó una condena en el artículo 7 (1) (k) del Estatuto de Roma: Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

Ello para encuadrar, dentro de este delito, la práctica del LRA de distribuir a niñas y mujeres, entre sus integrantes, como cónyuges. Si bien esta práctica también había sido documentada en el caso Katanga, la fiscalía no incluyó dentro de la acusación el delito de matrimonio forzado.

Este es el primer caso en que la CPI acusa y condena por matrimonio forzado. Cabe mencionar, que la sala de Apelaciones de la Corte Especial de Sierra Leona, sí ha condenado por matrimonio forzado. Siendo el primer tribunal internacional, en apelación, que diferenció de forma clara entre matrimonio forzado y esclavitud sexual. Ello en los caso del AFRC. Como elementos distintivos de otros delitos, la Sala de Apelaciones de la Corte Especial de Sierra Leona determinó que lo son la pretensión de exclusividad de quien quiere denominarse como esposo y la imposición por medio de fuerza o amenaza del vínculo conyugal.¹⁸

La Sala de juicio Novena, de la CPI, en el Caso Ongwen, se encarga de analizar los elementos legales del delito de “matrimonio forzado”. Según se ha indicado dicho delito no tiene un reconocimiento explícito dentro del Estatuto sino que la fiscalía lo subsumió dentro del delito genérico del artículo 7 (1) (k) del Estatuto.

Lo primero que hace la CPI es hacerse cargo del argumento que tal delito no existe como tal en el Estatuto de Roma, ello fue alegado por la defensa.

Destaca la Sala que se debe respetar el principio de legalidad y lo dispuesto en el artículo 22 del Estatuto, en cuanto a que los delitos deben ser interpretados de forma estricta y que no pueden ser interpretados analógicamente.

Por consiguiente, al incluir determinada conducta dentro de la tipificación del artículo 7 (1) (k) del Estatuto, la CPI debe hacerlo de una forma que sea consistente con la caracterización que hace dicha disposición, y por

¹⁸ Ver *Prosecutor v. Brima*, Case No. SCSL-2004-16-A, Appeals Judgment (Feb. 22, 2008), párrafos 175-202, consulta ren http://hrlibrary.umn.edu/instree/SCSL/SCSL-04-16_Files/SCSL-04-16-A-675.htm (27 de junio de 2021)

consiguiente con la esencia de la ofensa consagrada en dicha norma, y que sea razonablemente previsible que se encuentra comprendida dicha conducta dentro de la norma.

Es decir, que determinado los elementos de la conducta que se intenta subsumir en la norma, un tercero objetivo podría concordar que la conducta reprochada está regida por el artículo en cuestión.

Lo que exige el artículo 7 (1) (k), dice la CPI, citando básicamente la norma, que la conducta que se intenta incluir dentro de ella debe haber sido un acto inhumano que provoca grandes sufrimientos o atenta gravemente contra la integridad física o psíquica de una persona y que el acto que provoca aquello sea de un carácter similar al de los otros crímenes de lesa humanidad.

La Sala comparte la jurisprudencia anterior de la CPI, en cuanto a que esta es una norma residual, y por lo tanto la conducta por la cual se está acusando no puede estar incluida en las conductas que sanciona el artículo 7 (1) de la letra (a) a la (j). Por consiguiente, tiene que ser de similar característica, pero tiene que tener componentes distintivos de las otras conductas descritas en el artículo 7.

Ahora bien, razona la Sala, esto no significa que no pueda tener elementos comunes a otras conductas, pero pueden existir elementos comunes y deben existir otros distintos, propios de la conducta que se intenta sancionar. Solo en este caso se debe acusar y condenar por la figura del 7 (1) (k). En tanto que al referirse al segundo elemento objetivo: de “carácter similar”, la Sala determina que ello se refiere a la naturaleza y gravedad de la conducta. En suma, la conducta debe generar sufrimiento grave, debe ser de naturaleza y gravedad similar a las otras conductas tipificadas en el artículo 7 y tener elementos propios.

Dicha situación es la que se verifica ocurre en el presente delito. Hay elementos comunes entre la violación y la esclavitud sexual con el matrimonio forzoso, pero dichos delitos no logran abarcar la totalidad de los componentes disvaliosos que representa el matrimonio forzoso, por ello que resulta necesario y legítimo condenar por la figura contemplada en el artículo 7 (1) (k). En

Resulta relevante analizar lo que la Sala considera disvalioso en el matrimonio forzoso que lo hace merecedor de un encuadramiento dentro del 7 (1) (k) del Estatuto. Y me permito citar textualmente por la relevancia de la materia y su novedad para la jurisprudencia de la CPI.

Concluye la sala: “ Toda persona goza del derecho fundamental de celebrar, libre y consensuadamente con otra persona. El matrimonio crea un estatuto basado en una relación contractual y en el consentimiento – es una

institución, un acto y un rito. El elemento central, y un acto subyacente del matrimonio forzoso, es la imposición de dicho estatuto a la víctima, imposición, con independencia de la voluntad de la víctima, de los deberes asociados al matrimonio, incluyendo la exclusividad que se espera de la víctima, así como el estigma social derivado de dicho matrimonio forzoso.”¹⁹

La sala es consciente de las complejas consecuencias sociales, familiares e individuales que derivan tanto para la mujer como sus eventuales hijos nacidos de dicho matrimonio celebrado en un contexto como el conflicto de Uganda del norte. Ello puede redundar en la exclusión de la vida comunitaria, como dieron testimonio múltiples mujeres (varias niñas a la fecha de los hechos) que declararon ante la CPI. Por lo tanto, hay gravedad en los sufrimientos infligidos a las mujeres víctimas directas de Dominic Ongwen tanto por haberlas aceptado como esposas como haber distribuido algunas entre su tropa. Este daño se traduce en la privación de la autonomía sexual, pero también redundó en la exclusión de la comunidad. Así como, el trauma mental, la afectación grave a la dignidad de la víctima y la privación del derecho fundamental de la víctima de elegir a su cónyuge.

El veredicto se encarga de diferenciar el matrimonio forzoso de la violación y la esclavitud sexual. Al respecto indica que el delito de violación y esclavitud sexual, no sanciona ese elemento propio del delito de matrimonio forzoso: “imposición del vínculo conyugal.” Incluso aventura decir que una víctima de violación reiterada, cuando se intenta legitimar dicha violación con el matrimonio, puede sufrir un estigma mayor al de la violación.

Cabe recordar que para condenar por matrimonio forzoso, en el caso de Ongwen, deben satisfacerse los elementos de contexto propios de todo delito de lesa humanidad, también lo del crimen de guerra. Solo revisaré los elementos de los crímenes de lesa humanidad por una razón de espacio.

En primer lugar, se debe tratar de un ataque a la población civil, lo que significa “... una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política.”²⁰

Junto con lo anterior debe ser masivo o sistemático. Pero ya la propia existencia de un ataque a la población civil implica la comisión de múltiples actos

19 Ver párrafo 2748.

20 Artículo 7 (2) (a) del Estatuto de Roma.

que buscan ejecutar o promover una política de Estado u organizacional. En este caso será organizacional.

Sobre el elemento o requisito de la existencia de una política de Estado u organizacional, la Sala reitera la jurisprudencia de la CPI en cuanto a que este elemento es propio de la propia existencia de un ataque a una población civil y no a los elementos de sistematicidad o masividad. E indica cómo se puede determinar si existe una organización que puede desarrollar la política dentro de la cual se encuentran los múltiples actos que la intentan promover o ejecutar. Para determinar eso hay que verificar que tiene una estructura o recursos suficientes que permiten la coordinación necesaria para realizar una ataque a una población civil.

Por otra parte, recuerda que la exigencia de una política permite diferenciar conductas aisladas y desarticuladas, ejecutadas por individuos de forma individual. Al momento de definir en qué consiste una política, indica que ella puede ser un plan o diseño preestablecido, pero ella puede cristalizar de la conducta realizada por los autores. Por lo tanto, la política puede ser deducida de elementos como: “ (i) Patrones recurrentes de violencia; (ii) la existencia de una preparación o movilización colectiva orquestada y coordinada por la organización; (iii) el uso de recursos públicos o privados para la promoción de la política; (iv) declaraciones, instrucciones o documentación atribuible a la organización alentando o condonando la comisión de delitos y (vi) una motivación subyacente.”²¹

De la evidencia rendida la Sala logró determinar que el matrimonio forzoso de niñas y mujeres en el LRA era una conducta sistemática y masiva. En la parte respectiva del veredicto da cuenta como Dominic Ongwen recibió, se autoentregó y distribuyó mujeres y niñas entre sus comandantes. Y ello era parte de una política del LRA. El secuestro de niñas muy chicas era una práctica habitual en el LRA y la “lógica” de secuestrar niñas chicas era para que la comandancia no contrajera el VIH

Por consiguiente, la Sala condenó, por primera vez en la historia del CPI, a una persona: Dominic Ongwen, como responsable del matrimonio forzoso contemplado en la figura residual de crímenes de lesa humanidad tipificados en el artículo 7 (1) (K) del Estatuto. En este sentido, entonces, el veredicto también es histórico.

21 Ver párrafo 2678.

Embarazoso Forzoso.

Un delito íntimamente ligado al anterior, es el de embarazo forzoso. Las víctimas de dichos delitos fueron algunas de las 7 mujeres que forzosamente debieron contraer matrimonio con él, sea porque se las asignó o le fueron entregadas por jefes del LRA. El contexto altamente represivo y violento que en opinión de la Sala impedía la existencia un matrimonio consentido por parte de las mujeres, la Sala concluyó que ese mismo contexto impedía que los embarazos estuviesen desprovisto del reproche penal.

Dominic Ongwen fue acusado de 3 embarazos forzosos. Sin embargo, la Sala analizó el hecho de que fue padre 13 veces. Ello no obstante que solo 3 de estos embarazos están dentro del periodo que abarca la acusación y solo por esos 3 es que es condenado. Sin embargo, los otros 10 embarazos le sirvieron a la Sala para formarse convicción del patrón de conducta sexual de Dominic Ongwen.

La condena por el delito de embarazoso forzoso, tanto como un delito de lesa humanidad como un crimen de guerra, también hace que el veredicto de Ongwen sea histórico. Ello porque es la primera vez que la CPI, a nivel de juicio oral, debió analizar los alcances jurídicos del delito de embarazo forzoso. Es por ello que dicho análisis sea relevante, no solo para este caso, sino que también para la jurisprudencia de la CPI.

En su análisis del delito la Sala establece que el delito de embarazo forzoso se sustenta sobre el derecho de la mujer a la autonomía reproductiva y su derecho a la familia. Sin usar dicha terminología, lo que se observa es que ese es el bien jurídico protegido por el delito, según la CPI.

La Corte recuerda lo altamente discutido que fue la creación de este delito. Da cuenta de las aprensiones de la Santa Sede y de otros Estados. Temían que pudiese ser empleado contra legislación antiaborto de algunos Estados que participaron en los comités preparatorios del Estatuto.

Esta resistencia chocaba porque estaba fresca en la memoria de la comunidad internacional las experiencias del conflicto Bosnio. Allí, mujeres bosnias fueron violadas con el objeto de cambiar la composición étnica de la población Bosnia, como lo destaca el veredicto en la parte pertinente.

En dichos pasajes, de su sentencia, la Sala deja registro del lamentable comportamiento de distintos Estados durante la discusión de este delito. Dicha resistencia redundó en una tipificación limitada del delito en cuestión. La que se tradujo en la incorporación de un elemento subjetivo que se consagró en el artículo 7 (2) (f) "... con la intención de modificar la composición

étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional.”²² Agregándosele además, a la tipificación del embarazo forzoso un elemento que en realidad no determina en forma alguna el delito sino que buscaba dejar tranquilo al Vaticano y otros Estados: “ En modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de derecho interno relativas al embarazo.”

La Sala, como hace con otros delitos, destaca que el embarazo forzoso debe ser interpretado de una forma que le de una identidad propia, diferenciada, de otros delitos o de una combinación de ellos. Ve ello como un canon interpretativo que asocia con una fidelidad con la voluntad de los y las redactoras del Estatuto de Roma.

Junto con lo anterior, la Sala destaca, que el encuadre, en el delito preciso, de la conducta desplegada por el autor y sufrida por la víctima, es un deber de justicia con la víctima. La Corte debe juzgar y sancionar por el delito correcto; “llamar el delito por su verdadero nombre”, indica la Sala²³.

Este último criterio orientador del juzgador me parece digno de destacar ya que le asigna a la justicia internacional una función de reconocedora de la vivencia de la víctima como un criterio de justicia.

Lo propio del delito de embarazo forzoso, para la CPI, “depende del confinamiento (realizado de forma forzosa) de una mujer embarazada, con el efecto de privar a la mujer de su autonomía reproductiva.”²⁴

En efecto, se requiere, según la Sala, que exista el confinamiento contrario a derecho de una o más mujeres que fueron embarazadas forzosamente. Dicho embarazo forzoso puede haber ocurrido antes o durante el confinamiento ilegal. Y el autor no tiene que haber sido quien embarazó a la mujer o mujeres.

La Sala entiende por confinamiento contrario a derecho, aquella restricción de la libertad contraria a los estándares internacionales. En tanto que considera que el embarazo ha sido forzoso cuando concurren las circunstancias coercitivas que se exigen para otros delitos sexuales. Por lo tanto, no exige violencia física para estimarlo forzoso sino que puede ser fuerza, o la amenaza de ella, coerción, derivada del temor a ser objeto de violencia, privación

22 El caso Ongwen, y otras experiencias de las que se ha dado cuenta ante la CPI, les ha dado razón a aquellas voces que exigieron que el delito de embarazo forzoso no se limitara solo a casos en que se buscara cambiar la composición étnica de una población como había sido la experiencia del conflicto Bosnio.

23 Ver párrafo 2722.

24 Ver párrafo 2722.

de libertad, abuso de poder, intimidación psicológica, o cuando el autor se vale de un ambiente opresivo en que se encuentra la mujer. En definitiva cuando la mujer no está en condiciones de dar un consentimiento genuino y voluntario.²⁵

En tanto que la Sala considera que se requiere un elemento subjetivo del tipo distinto al dolo. El Estatuto exige una intención especial cuando se confina ilegalmente a una mujer embarazada. Se debe buscar afectar la composición étnica de una población o realizar graves violaciones al derecho internacional. La Sala ejemplifica cuales serían estas graves violaciones: intento de violación, esclavizar o torturar a la mujer embarazada.

La CPI encontró que Dominic Ongwen tuvo sexo por medio de fuerza con sus llamadas “esposas”, lo que ocurrió en múltiples ocasiones. Asimismo se formó la convicción que durante el periodo de la acusación que a las 7 “esposas” durante sus embarazos no se les permitió irse del campamento del LRA. Es más, se les amenazó que si se iban serían asesinadas y estaban fuertemente vigiladas. En cuanto a la intención especial también concluyó que Dominic Ongwen las mantuvo cautivas para perpetrar los delitos de matrimonio forzoso, tortura, violación y esclavitud sexual en contra de sus llamadas “esposas”. Por consiguiente sí es culpable del delito de embarazo forzoso.

Reconocimiento a las víctimas.

El último elemento que me parece que hace este veredicto histórico es la decisión de la Sala de darse el tiempo de nombrar a todas y cada una de las víctimas a las que se logró identificar. Este gesto que puede parecer irrelevante jurídicamente desde el punto de vista de reparación es importante. Así lo han manifestado las personas a las que pudimos representar en este juicio. Escuchar los nombres de sus seres queridos o ser identificados como víctimas en la sentencia le dio satisfacción.

La cantidad de niños, niñas, adultos que fueron víctimas de los delitos perpetrados por el LRA en el norte de Uganda durante más de 25 años es significativo, tan significativo que es difícil dar un número exacto, pero sobrepasa, fácilmente, los cientos de miles. Que algunos fueran nombrados en la sentencia es una forma de dejar sentado en un documento oficial el daño sufrido.

Queda pendiente la Apelación por parte de la defensa de Dominic Ongwen, sin embargo la evidencia de este juicio ha sido contundente respecto

²⁵ Ver párrafo 2725.

de los delitos cometidos, su participación, la inexistencia de las defensas alegadas por sus abogados.

Al poco tiempo de la condena la Sala inició la etapa de reparaciones, donde se estima que la población afectada por solo los ataques a las comunidades de Lukodi, Odek y Abok, que es donde, junto con Joseph Manoba, representamos a gente, alcanza los 70 mil. Hasta ahora han participado aproximadamente 4500 persona. Ahora se debe comenzar el mapeo de las personas afectadas por los delitos de Dominic Ongwen; lo más probable es que, dado el gran número de víctimas, se opte por una modalidad de reparaciones colectivas con componentes individuales.

LEY 21.255 (2020): LA NUEVA LEY ANTÁRTICA CHILENA

Luis Valentín Ferrada W.¹

Resumen

Chile posee una gran cantidad de normas legales y reglamentarias que se refieren, total o parcialmente, a la Antártica. Algunas han sido promulgadas en ejercicio de las facultades soberanas sobre el Territorio Chileno Antártico, en tanto otras materializan la recepción en el derecho doméstico de los acuerdos internacionales alcanzados en el marco del Sistema del Tratado Antártico. La necesidad de ordenar, sistematizar y modernizar estas disposiciones se manifestó al menos desde el año 2000, aunque solo el 2007 se dieron instrucciones expresas, y no se logró avanzar decididamente en ello sino hasta el 2011. La elaboración del proyecto de Ley Antártica Chilena, así como su tramitación parlamentaria, dan cuenta de las dificultades implícitas en un tema de alta sensibilidad geopolítica y en que convergen múltiples perspectivas e intereses. El resultado, manifestado en la Ley 21.255 (2020), constituye un hito en la historia del derecho chileno antártico, al establecer por primera vez una regulación general sobre la Antártica que tiene en cuenta tanto los intereses soberanos como los compromisos internacionales. En este artículo se explica la historia de la norma, su contenido y características principales. Entender este proceso resulta de especial relevancia tanto para los interesados en el derecho internacional como para el público en general.

¹ Doctor en Derecho (Universidad de Chile, 2015), académico del Departamento de Derecho Internacional de la Universidad de Chile, miembro del Comité Permanente en Humanidades y Ciencias Sociales del *Scientific Committee on Antarctic Research* (SCAR), integra la lista de árbitros de la Corte Permanente de Arbitraje Internacional (La Haya) en materias de protección medioambiental antártica, asesor en materias de Derecho Antártico en el Ministerio de Relaciones Exteriores. Mail: lvferrada@derecho.uchile.cl ID: <https://orcid.org/0000-0002-9769-4664>

Introducción

La nueva Ley Antártica Chilena (Ley 21.255),² constituye el máximo avance de Chile en materia de normativa antártica en toda su historia. El país cuenta con numerosísimas regulaciones legales y reglamentarias al respecto, habiendo existido una producción normativa desde mediados del siglo XIX, y que se intensificará crecientemente desde mediados del siglo XX, pero cuyos fundamentos pueden rastrearse en forma concatenada hasta fines del siglo XV, en la América española.³ Algunas de estas normas son de un gran valor e importancia histórica y jurídica, tal como la que delimitó en 1940 el Territorio Chileno Antártico⁴ o la que estableció en 1956 el Estatuto del Territorio Chileno Antártico,⁵ pero ninguna de ellas abordaba de un modo tan amplio y completo la temática antártica ni tenía una densidad normativa como la nueva ley. Tampoco habían pretendido satisfacer un doble imperativo de la complejidad del que ahora se persigue: Proteger los derechos soberanos del país sobre el Territorio Chileno Antártico y, al mismo tiempo, dar cumplimiento a las obligaciones internacionales con el Sistema del Tratado Antártico.

Antes de exponer el contenido y principales alcances de esta ley, debo necesariamente declarar, para conocimiento del lector, que tuve una participación directa en su gestación y tramitación por más de una década, siendo el principal redactor del proyecto de ley y luego de las indicaciones presentadas por el Ejecutivo durante su discusión en el Congreso.⁶ Esto, sin dejar de te-

2 Ley 21.255, aprobada por el Congreso el 4 de agosto del 2020, promulgada el 21 de agosto del 2020, publicada en el *Diario Oficial* el 17 de septiembre del 2020, y en vigor desde el 16 de marzo del 2021.

3 Véase, entre otros, Ferrada, Luis Valentín, “Evolución del Sistema del Tratado Antártico: Desde su génesis geoestratégica a sus preocupaciones ambientalistas”, en *Revista de Derecho*, N° 18 (Universidad San Sebastián), 2012, pp. 131-151; Ferrada, Luis Valentín, “Iniciativa privada y estatal en la actividad antártica. Pasado, presente y futuro”, en Baltazar Morales (coordinador), *Estado, sociedad y participación. XLIII Jornadas chilenas de derecho público* (Santiago: Universidad de Concepción/Thomson Reuter/LegalPublishing), 2014, pp. 539-558; y Ferrada, Luis Valentín, “Consideraciones generales sobre la normativa chilena antártica (1939-2011)”, en *Revista de Derecho Público*, N° 77 (Universidad de Chile), 2012, pp. 277-293, y la abundante bibliografía que ahí se cita.

4 Decreto Supremo 1.747 del Ministerio de Relaciones Exteriores, promulgado el 6 de noviembre de 1940, publicado en el *Diario Oficial* el 21 de junio de 1955.

5 Decreto Supremo 298 del Ministerio de Relaciones Exteriores, del 3 de octubre de 1956; dictado en cumplimiento de la Ley 11.846, de 21 de junio de 1955.

6 Fui el encargado, como asesor en la Dirección de Antártica del Ministerio de Relaciones Exteriores, de realizar los estudios preliminares y de redactar el proyecto de ley (2011-2013). Este se prestó finalmente al Congreso en marzo del 2014, sin que yo interviniera en los ajustes finales que se le hicieron. Paralelamente, fui encargado de temas de Derecho Internacional y Antártica en la Subsecretaría de Defensa, Ministerio de Defensa Nacional (2011-2015). El proyecto de ley no tuvo mayores avances hasta el año 2018, fecha en que nuevamente me hice cargo de los aspectos sustantivos de su tramitación, como asesor de la Cancillería.

ner presente, por cierto, que durante el proceso pre-legislativo y legislativo intervienen innumerables personas e instituciones, con mayor o menor nivel de incidencia, y que las decisiones finales son tomadas por las autoridades políticas respectivas más allá de lo que muchas veces consideremos los especialistas.

En los últimos años, he escrito varios artículos académicos y de extensión sobre este tema. Como resulta inevitable, ya que en definitiva la ley que se analiza es una misma, hay ideas que necesariamente se recogen tanto en aquellos textos como en estas páginas. Sin embargo, gran parte de lo que aquí se publica es innédito o se aborda desde un nuevo enfoque.

En las siguientes páginas se harán, en primer lugar, algunas reflexiones generales sobre los desafíos de normar las actividades antárticas, exponiendo luego el proceso de elaboración y aprobación de la ley, una visión sinóptica de la misma, la forma en que sus objetivos orientan su aplicación, y finalizando con algunas conclusiones.

1. Los desafíos de normar lo antártico

Previo a analizar los detalles de la nueva Ley Antártica, es fundamental considerar ciertos claroscuros, matices y dualidades que debe saber equilibrar cualquier norma sobre la Antártica dictada en Chile (y en general en los otros seis países que afirman soberanía sobre porciones del Sexto Continente). En esto no sirve una visión binaria (lo uno o lo otro), sino que se requiere una mirada holística que penetre en las complejidades políticas, jurídicas y naturales de uno de los espacios más interesantes del planeta. Se necesita una fina sensibilidad política e intelectual que permita, sin perder la coherencia, entender que requerimos una visión que asuma esta complejidad.

Para empezar, todo lo antártico es para Chile, a un mismo tiempo, un tema nacional e internacional. El Territorio Chileno Antártico es parte integrante y esencial de nuestro territorio nacional, ejerciéndose a su respecto las facultades soberanas correspondientes; pero, en paralelo, el país ha promovido y participado en el desarrollo del Sistema del Tratado Antártico como régimen de gobernanza internacional sobre todo el Sexto Continente y los mares que lo circundan, incluyendo sus ecosistemas dependientes y asociados. Como parte del Tratado Antártico (1959, en vigor 1961), Chile ha estado dispuestos a suspender las controversias sobre sus derechos soberanos, que dicho instrumento reconoce expresamente (artículo IV), a cambio de garantizar la paz (artículo I) y participar en el gobierno de la Antártica como un todo (artículo IX).

Una segunda dualidad se refiere al ámbito geográfico en que es eficaz la nueva ley, desde que ella tiene una aplicación tanto territorial (en todo Chile y en particular en el Territorio Chileno Antártico) como extra-territorial (en toda la Antártica y sus mares circundantes, en cumplimiento de los compromisos internacionales del país).

Otra doble o más bien triple perspectiva tiene que ver con el modo en que se distribuyen las competencias antárticas: centralizadas, desconcentradas y descentralizadas. Por sus implicancias para el país en su conjunto y sus consecuencias internacionales, todo lo antártico es parte de la Política Exterior y competencia propia del Presidente de la República, asesorado por el Consejo de Política Antártica y por el Ministro de Relaciones Exteriores. Pero junto a ello hay una multiplicidad de otros órganos del Estado con competencias antárticas desconcentradas o descentralizadas, tal como las Fuerzas Armadas, el Instituto Antártico Chileno o las autoridades de la Región de Magallanes y de la Antártica Chilena.

Vinculado a lo anterior, existen también ámbitos de toma de decisiones diversos. Por definición y por su vinculación con la preservación del territorio nacional, por su imbricación con la Política Exterior, por la trascendencia que posee para el país en su conjunto, por la multiplicidad de ministerios implicados, lo antártico es un tema eminentemente de alcance nacional cuyas decisiones deben ser tomadas en los niveles más altos de la Administración del Estado. Sin embargo, al mismo tiempo, todo cuanto se hace en términos materiales en la Antártica posee una clara dimensión regional y una vinculación directa con las ciudades de Punta Arenas y Puerto Williams. Mientras las grandes decisiones estratégicas sobre la Antártica se adoptan en los más altos niveles del Estado de Chile, las decisiones sobre aspectos concretos se toman de forma local, desconcentrada o descentralizada.

Una última dualidad se da en la acción estatal, desarrollada a través de actividades de ciencia, pero también de presencia soberana. Desde 1957 en adelante,⁷ progresivamente, la ciencia se ha transformado en una de las principales herramientas del Estado para llevar a cabo su Política Antártica Nacional. Pero Chile no solo realiza ciencia en la Antártica, sino que también le interesa ejercer una presencia soberana relevante y permanente.

La Ley Antártica debe compatibilizar todas estas dualidades, equilibrando las perspectivas nacional, regional e internacional.

7 El año 1957-1958 se desarrolló el Año Geofísico Internacional, una de cuyas áreas de investigación estuvo centrada en la Antártica, pasando a ser un de los antecedentes de la Conferencia de Washington (1959) en que se adoptó el Tratado Antártico.

2. El proceso de elaboración y aprobación de la ley

Para efectos cronológicos, es posible distinguir las siguientes etapas en el proceso de elaboración de la Ley Antártica: (1) Trabajos previos (2000-2010); (2) Estudios preliminares y elaboración del anteproyecto de ley (2011-mayo 2013); (3) Conclusión del proyecto de ley (junio 2013-marzo 2014); (4) Tramitación parlamentaria (marzo 2014-agosto 2020); (5) Promulgación, publicación y entrada en vigor de la ley (septiembre 2020-marzo 2021); y (6) Elaboración de reglamentos y adecuaciones normativas (en curso).

2.1. Trabajos previos

Aunque la necesidad de que Chile cuente con una legislación antártica moderna y actualizada pareciera no requerir de una mayor justificación, la preocupación al respecto ha sido oscilante. La mayor parte de las de normas legales y reglamentarias existentes abordan en forma inorgánica ciertos aspectos parciales. La recepción en el derecho doméstico de las normas internacionales, por su parte, en especial de las generadas en las Reuniones Consultivas del Tratado Antártico y en las reuniones de la Comisión para la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos, ha sido también irregular y más bien formal.

Sin embargo, la primera constancia escrita que he encontrado sobre el interés, aunque indirecto, de modernizar nuestro ordenamiento jurídico antártico solo se encuentra en la Política Antártica Nacional del año 2000.⁸ Esto es coherente con el hecho de que ella sea una actualización de los objetivos de Chile al respecto, orientada por la entrada en vigor en 1998 del Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medioambiente (1991).

Pasarían todavía varios años para que esta idea tomara fuerza. En efecto, recién en la XLVII Reunión del Consejo de Política Antártica (2007) se dispuso formalmente avanzar en este sentido.⁹ Entre los años 2008 y 2010 se intentó sin mayores resultados la redacción de un texto, en una iniciativa liderada por el embajador Jorge Berguño Barnes.

En la XLVIII Reunión del Consejo de Política Antártica (2011) se reiteró la necesidad de elaborar una nueva ley antártica, lo que quedó asimismo reflejado en el Plan Estratégico Antártico 2011-2014, aprobado en la ocasión.¹⁰ Se

8 Decreto Supremo 429 del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 18 de mayo del 2000.

9 Acta de la XLVII Reunión del Consejo de Política Antártica (Santiago, 30 de noviembre de 2007), pp. 5-7, 13-14 y 20-21.

10 Acta de la XLVIII Reunión del Consejo de Política Antártica (Puerto Williams, 18 de abril del 2011), p. 6.

encomendó tal tarea a la recién creada Dirección de Antártica del Ministerio de Relaciones Exteriores.¹¹

2.2. El anteproyecto de ley (2013)

A fin de cumplir tal tarea, se me solicitó hacerme cargo de los estudios preliminares y de la redacción del proyecto de ley. Entre fines de abril o mayo del 2011 y abril del 2013, en forma prácticamente ininterrumpida, nos reunimos una o dos veces por semana con el Director de Antártica, Camilo Sanhueza Bezanilla, y la Subdirectora, María Luisa Carvallo Cruz, a discutir sobre los lineamientos generales de la ley o la propuesta de artículos.

Convinimos en desarrollar dos estudios previos. El primero, sobre legislación comparada. Se determinó centrarse en las normas dictadas a partir de la década de 1990 (esto es, estatuidas teniendo en consideración el Protocolo de Protección del Medioambiente Antártico), en aquellos países más relevantes para una comparación, ya fuera porque también afirmaban su soberanía sobre porciones de la Antártica, servían de último puerto/aeropuerto hacia el Sexto Continente, o tenían un mayor protagonismo en los temas antárticos (Argentina, Australia, China, Estados Unidos, Francia, Noruega, Nueva Zelanda, Reino Unido, Rusia y Sudáfrica). El segundo estudio preliminar estuvo destinado a identificar, recopilar y analizar la numerosa y dispersa normativa antártica chilena.¹² Una de las finalidades de esta indagación histórico-jurídica era determinar qué normas debían ser expresamente derogadas o al menos advertir cuándo se produciría una derogación tácita. Sin embargo, en definitiva, no se incluyeron normas al respecto, salvo una que preserva el patrimonio histórico-jurídico antártico de Chile, de importantes consecuencias geopolíticas.

Una vez que concluimos y discutimos los alcances de estos estudios preliminares, nos dimos a la tarea de pensar cómo debía ser el marco jurídico general del ordenamiento antártico chileno, cuál debía ser el índice de materias

11 Creada por la Orden de Servicio 31 de la Subsecretaría de Relaciones Exteriores, de 1 de febrero del 2011.

12 El resultado de ese trabajo iniciado el 2011 y al que he dedicado ya una década, se dará a conocer en un libro de mi autoría de próxima publicación tentativamente denominado *Historia del Derecho Chileno Antártico*. Avances sobre este estudio han sido presentados en las XLI Jornadas Chilenas de Derecho Público (2011), en una ponencia posteriormente publicada como Ferrada, Luis Valentín, “Consideraciones generales sobre la normativa chilena antártica (1939-2011)”, en *Revista de Derecho Público*, N° 77 (Universidad de Chile), 2012, pp. 277-293; y en la ponencia de mi autoría “La Antártica como objeto de regulación del derecho chileno: 1892-2018”, en los XVIII Encuentro de Historiadores Antárticos Latinoamericanos, Centro de Estudios Hemisféricos y Polares, San Esteban (Los Andes), 5 al 7 de septiembre del 2018, texto inédito. Esta indagación ha determinado la existencia de más de 300 normas legales y reglamentarias dictadas por Chile desde mediados del siglo XIX al año 2020 que, de modo total o parcial, se refieren a asuntos antárticos.

de la futura ley, cómo se vincularía con el resto del orden jurídico chileno, y acerca de qué limitaciones (domésticas e internacionales) teníamos que considerar al redactar las normas.

El punto de partida fue el convencimiento de que Chile requería normas actualizadas y coherentes para preservar sus intereses soberanos en el Continente Austral, solucionar las deficiencias en su quehacer antártico, y responder a los desafíos de las próximas décadas. Esto incluía considerar el desarrollo del derecho internacional desde 1959 en adelante.

Lo anterior llevó a plantear un nuevo esquema jurídico que comprendía tres niveles concatenados: (a) *Constitucional*, a través de la incorporación en la Constitución Política de una norma que consagrara al Territorio Chileno Antártico como territorio especial, habilitando la restricción de ciertas garantías y derechos constitucionales;¹³ (b) *Legal*, mediante la promulgación de una ley marco que estableciera los lineamientos generales para el quehacer antártico nacional; y (c) *Reglamentario*, por medio de la promulgación de diversos reglamentos que desarrollaran en detalle los aspectos que así lo requieran.

Definido lo anterior, comencé a elaborar las propuestas de artículos, que semana a semana discutíamos y aprobábamos. Hacia fines de marzo del 2013 estaban ya redactados un anteproyecto de reforma constitucional y un anteproyecto ley. El día 10 de abril de ese año los presentamos al Ministro de Relaciones Exteriores, Alfredo Moreno Charme, y a otras autoridades de la Cancillería. Dichas propuestas no pretendían estar acabadas, y de hecho esperábamos recibir aportes sobre diversos aspectos, pero representaban un esfuerzo bien estructurado que armonizaba, sistematizaba y actualizaba la normativa antártica chilena, podía servir de base para una discusión pre-legislativa al respecto. Se hizo también una presentación ante la Comisión Especial sobre Política Antártica de la Cámara de Diputados.¹⁴

2.3. El proyecto de ley (2014)

En los meses siguientes, en que por distintas razones las tres personas que habíamos estado a cargo de la elaboración del anteproyecto de ley dejamos la Dirección de Antártica, ese texto fue discutido con diversos ministerios

13 Ferrada, Luis Valentín, "La Antártica en la nueva Constitución chilena", en Galdámez, Liliana; Millaqueo, Salvador; y Saavedra, Bárbara (eds), *Una Constitución Socioecológica para Chile: Propuestas Integradas*, (Santiago: Universidad de Chile – WCS), 2021, pp. 81-84.

14 Cámara de Diputados, "Informe de la Comisión Especial sobre Política Antártica Chilena", 14 de enero del 2014.

y entidades, y tras habersele sacado, de forma equivocada a mi parecer, una serie de normas propuestas, y aún capítulos enteros, fue ingresado como proyecto de ley a la Cámara de Diputados el 4 de marzo del 2014.¹⁵

Si bien muchas de las disposiciones omitidas fueron posteriormente reincorporadas durante la tramitación en el Congreso, esta versión truncada del anteproyecto había perdido su coherencia interna y cambiado notablemente su enfoque, diluyendo la defensa de los intereses nacionales (perdiendo por tanto el necesario equilibrio entre lo nacional/internacional), y adoptando una perspectiva centrada en las tareas del Ministerio de Relaciones Exteriores, sacrificando la visión general imprescindible cuando se combinan tantos intereses y poseen competencias tantos órganos del Estado.

2.4. Primer trámite constitucional

El primer trámite constitucional, en la Cámara de Diputados, se prolongó hasta el 23 de enero del 2019. Fue un período de casi cinco años en que el avance del proyecto de ley fue muy irregular. Tras ser asignado a la Comisión de Zonas Extremas, luego llamada Comisión de Zonas Extremas y Antártica Chilena, no se realizó gestión alguna por varios meses. Luego, la Comisión recibió al Director de Antártica de la Cancillería y al Director del Instituto Antártico Chileno,¹⁶ tras lo cual el Ejecutivo puso “urgencia simple” al proyecto.¹⁷

Dada la disconformidad que existía en varios actores relevantes en materias antártica con el proyecto de ley tal como había sido presentado, se trabajaba entonces en un conjunto de indicaciones, negociación interministerial que la urgencia venía a complejizar. Dado que una de las carteras más interesadas en tales cambios era el Ministerio de Defensa Nacional, donde yo era el encargado de estos temas, convencí al Ministro para que hiciera las gestiones necesarias para retirar la urgencia, la que en definitiva solo duró un día.¹⁸

La Comisión realizó algunas gestiones más, tal como solicitar el parecer de la Corte Suprema sobre el proyecto de ley,¹⁹ y sesionó el 28 de octubre del

15 Cámara de Diputados, Proyecto de Ley Boletín 9256-27, Mensaje 377-361, 4 de marzo del 2014.

16 *Historia de la Ley 21.255 (2020)*, pp. 45-46.

17 Mensaje 370-362 del Presidente de la República a la Cámara de Diputados, de 12 de agosto del 2014.

18 Mensaje 375-362 del Presidente de la República a la Cámara de Diputados, de 13 de agosto del 2014.

19 Conforme la Constitución Política de la República, artículo 77; y la Ley 18.918, orgánica constitucional del Congreso Nacional, artículo 16. Vid. Cámara de Diputados, Oficio 014-2014, 7 de agosto del 2014; y respuesta de Corte Suprema, Oficio 116/2014, 10 de diciembre del 2014. Se volvería a pedir la opinión de la Corte Suprema en varias ocasiones a medida que avanzaban las instancias en la discusión del proyecto de ley.

2014 en la Base Frei, en la Antártica.²⁰ En los siguientes dos años y medio no volvería a abocarse al proyecto de ley.²¹

Recién en marzo del 2017 el Ejecutivo ingresó un conjunto de indicaciones que buscaban corregir algunos de los aspectos deficitarios del proyecto de ley.²² Estas indicaciones serían posteriormente retiradas,²³ pero reactivaron el trabajo de la Comisión. Entre mayo y septiembre de ese año se recibió a una serie de autoridades y personas vinculadas con los asuntos antárticos,²⁴ aunque no hubo avances concretos en la discusión del articulado y es dudosa la utilidad de las reflexiones realizadas, ya que tras las elecciones parlamentarias de fines del 2017 el proyecto de ley lo concluiría aprobando una Comisión con una conformación casi absolutamente distinta.

La tramitación solo se reiniciaría tras así acordarlo el Consejo de Política Antártica en su sesión extraordinaria del 25 de junio del 2018,²⁵ a un tiempo que se gestionó mi reincorporación como asesor de la Dirección de Antártica. Si bien planteamos la posibilidad de ingresar una indicación sustitutiva, que solucionara el listado relativamente extenso de observaciones que existían sobre el proyecto en tramitación, se dispuso trabajar indicaciones parciales y acotadas, aunque ellas terminarían siendo muchas y muy sustantivas.

Se formó un grupo de trabajo liderado por la Dirección de Antártica de la Cancillería, y con una activa participación de los ministerios de Defensa Nacional, Medioambiente, Justicia, Economía, entre otros, que tras una serie de reuniones desde mediados de julio a principios de octubre del 2018, propuso una serie de mejoras al proyecto de ley. Ellas coincidían en gran parte con aquellos títulos y artículos suprimidos del anteproyecto del 2013. En paralelo, se puso “urgencia simple” a la tramitación en el Congreso.²⁶ Entre el 1 de agosto y el 3 de octubre del 2018, la Comisión de Zonas Extremas y Antártica

20 Prensaantartica.cl, “Diputados de Comisión de Zonas Extremas sesionaron por primera vez en la Antártica”, 29 de octubre del 2014.

21 En el intertanto, en marzo del 2015 yo renuncié al Ministerio de Defensa Nacional, concentrando todas mis labores en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, por lo que no volví a tener una participación directa en estos asuntos hasta mediados del 2018, en que me reintegré como asesor de la Dirección de Antártica de la Cancillería.

22 Oficio 361-364 de la Presidenta de la República a la Cámara de Diputados, de 8 de marzo del 2017.

23 Oficio 158-366 del Presidente de la República a la Cámara de Diputados, de 22 de octubre del 2018.

24 *Historia de la Ley 21.255 (2020)*, pp. 47-53.

25 Acta de la Reunión Extraordinaria del Consejo de Política Antártica (Santiago, 25 de junio del 2018), p. 9.

26 Mensaje 195-366 del Presidente de la República a la Cámara de Diputados, de 10 de julio del 2018; y numerosos mensajes posteriores en que la urgencia simple fue renovada.

Chilena recibió a una serie de autoridades e invitados, y luego aprobó por unanimidad la idea de legislar.²⁷

Por desintelencias que nunca es posible evitar de un modo absoluto, el muy buen trabajo hecho en el estudio de las indicaciones se frustró a último minuto por cambios inconsultos y sin sentido hechos en el Ministerio Secretaría General de la Presidencia antes de ingresarlas al Congreso.²⁸ En estas condiciones, que mejoraban el proyecto de ley en algunos pocos aspectos pero que perpetuaban sus deficiencias en muchos otros, la Comisión de Zonas Extremas y Antártica Chilena votó en particular y aprobó el proyecto de ley y sus indicaciones en las sesiones del 21 y 28 de noviembre, y 12 de diciembre del 2018.²⁹ Además, el día 6 de diciembre del 2018 el Ejecutivo ingresó un segundo conjunto de indicaciones, propuestas por algunos diputados en forma extemporánea.³⁰ El 23 de enero del 2019, el proyecto de ley fue votado y aprobado en la Sala de la Cámara de Diputados en general y en particular a la vez, por casi la unanimidad (139 votos a favor, una abstención), siendo despachado al Senado para segundo trámite constitucional.³¹

2.5. Segundo trámite constitucional

El proyecto de ley fue estudiado en el Senado primero por la Comisión Especial de Zonas Extremas y Territorios Especiales,³² y luego por la Comisión de Relaciones Exteriores. Esta última recibió a una serie de autoridades e invitados, aprobando el 11 de julio del 2019 el proyecto de ley en general, por unanimidad, y emitiendo su informe.³³ El 23 de julio del 2019 se aprobó en general en la Sala del Senado prácticamente por unanimidad (39 votos a favor, un pareo, ninguno en contra), fijándose plazo para indicaciones.³⁴

El error cometido con las indicaciones presentadas en la Cámara de Diputados forzaba a presentar un nuevo conjunto de indicaciones en el Senado. Ya había sido complejo justificar que un proyecto de ley ingresado con la

27 *Historia de la Ley 21.255 (2020)*, pp. 53-59.

28 Oficio 158-366 del Presidente de la República a la Cámara de Diputados, de 22 de octubre del 2018.

29 *Historia de la Ley 21.255 (2020)*, pp. 60-87.

30 Oficio 340-366 del Presidente de la República a la Cámara de Diputados, de 6 de diciembre del 2018.

31 *Historia de la Ley 21.255 (2020)*, pp. 104-122.

32 *Historia de la Ley 21.255 (2020)*, pp. 139-187.

33 *Historia de la Ley 21.255 (2020)*, pp. 188-222.

34 *Historia de la Ley 21.255 (2020)*, pp. 223-236.

firma del Presidente Piñera (en su primer gobierno), debiera ser objeto de extensas indicaciones como las presentadas en la Cámara nuevamente con la firma del Presidente Piñera (en su segundo gobierno). Explicar ahora que en segundo trámite constitucional el Ejecutivo debía una vez más presentar indicaciones a un proyecto de su propia iniciativa, resultaba verdaderamente arduo. Primero logramos convencer a algunas autoridades en la Cancillería y tuvimos un inesperado apoyo de algunos funcionarios de La Moneda; a eso se había sumado un oficio de la Corte Suprema en que coincidía con muchas de nuestras aprensiones;³⁵ y finalmente recibimos el patrocinio del nuevo Ministro de Relaciones Exteriores, Teodoro Ribera, quien se mostró especialmente interesado por la tramitación del proyecto de ley y porque este recuperara el debido equilibrio entre las perspectivas nacional/internacional de todo lo antártico.³⁶

Nuevamente se constituyó un grupo de trabajo interministerial, al que se agregaron los asesores legislativos de los senadores de la Comisión de Relaciones Exteriores y de otros interesados en el tema. Esto permitió avanzar de forma rápida y expedita en la discusión de las indicaciones, a las que se sumaron indicaciones particulares de algunos senadores.³⁷

La Comisión de Relaciones Exteriores volvió a recibir a una serie de invitados, revisando las indicaciones presentadas en las sesiones de los días 1 y 15 octubre, 26 de noviembre y 2 de diciembre de 2019. Producto de las conversaciones sostenidas, el 6 de enero del 2020 se acordó abrir un nuevo plazo, de solo unas horas, para presentar indicaciones, las que fueron aprobadas el 7 de enero de 2020. Una semana más tarde, se evacuó el segundo informe,³⁸ siendo remitido a la Sala del Senado.³⁹

La pandemia del COVID-19, que ciertamente afectó la labor del Congreso Nacional, dio tiempo para que el proyecto de ley continuara siendo analizado por las diversas entidades competentes. Esto llevó a solicitar que este volviera a la Comisión de Relaciones Exteriores, a efectos que ella emitiera un informe complementario.⁴⁰ La Comisión, que entre tanto había cambiado de composi-

35 Corte Suprema de Chile, Oficio 20/2019, de 30 de enero del 2019.

36 *Historia de la Ley 21.255 (2020)*, pp. 196-197.

37 *Historia de la Ley 21.255 (2020)*, pp. 237-255.

38 *Historia de la Ley 21.255 (2020)*, pp. 256-354.

39 *Diario de Sesiones del Senado*, Legislatura 367°, Sesión 99°, Ordinaria, 21 de enero del 2020.

40 *Diario de Sesiones del Senado*, Legislatura 368°, Sesión 35°, Especial, 9 de junio del 2020.

ción, celebró sesiones los días 16, 23 y 24 de junio, y 7 y 14 de julio del 2020, emitiendo su informe complementario en esta última fecha.⁴¹

La Sala del Senado discutió y votó el proyecto en particular el 21 de julio del 2020, aprobándolo con modificaciones, casi por unanimidad (38 votos a favor, un pareo).⁴² Dados los cambios introducidos, el proyecto de ley debió someterse a tercer trámite constitucional.⁴³

2.6. Tercer trámite constitucional y finalización

De regreso en la Cámara de Diputados, el 4 de agosto del 2020 el proyecto de ley fue discutido y votado en Sala. Se hicieron dos votaciones separadas. En la referida a los artículos que no tenían requisito de quorum, se aprobaron por unanimidad (142 votos a favor, sin votos en contra ni abstenciones). En la segunda votación, sobre las normas que requerían quorum, fue una casi-unanimidad (138 votos a favor, ninguno en contra, cuatro abstenciones).⁴⁴

Con ello se dio por despachado el proyecto de ley, oficiando al Presidente de la República.⁴⁵ Al día siguiente este comunicó que no haría uso de su facultad de veto,⁴⁶ por lo que la Cámara de Diputados procedió a remitirlo al Tribunal Constitucional.⁴⁷ Un par de semanas más tarde, esta magistratura resolvió la constitucionalidad de la ley aprobada, aunque con votos disidentes y prevenciones,⁴⁸ que se basan sin embargo en un cierto desconocimiento sobre el régimen antártico. Ese mismo día, el Presidente de la Cámara de Diputados, en tanto cámara de origen, comunicó al Presidente de la República la conclusión de los trámites respectivos, a fin que pudiera procederse a la promulgación de la nueva ley.⁴⁹

41 *Historia de la Ley 21.255 (2020)*, pp. 361-394.

42 *Historia de la Ley 21.255 (2020)*, pp. 396-425.

43 *Historia de la Ley 21.255 (2020)*, pp. 426-443.

44 *Historia de la Ley 21.255 (2020)*, pp. 454-466.

45 Cámara de Diputados, Oficio 15.722 (de Cámara de Origen al Ejecutivo), 4 de agosto del 2020; *Historia de la Ley 21.255 (2020)*, pp. 468-486.

46 Presidencia de la República, Oficio 225/368, 5 de agosto del 2020.

47 Cámara de Diputados, Oficio 15.748 (examen de constitucionalidad), 5 de agosto del 2020; *Historia de la Ley 21.255 (2020)*, pp. 487-505.

48 Sentencia en causa Rol N° 9066-20-CPR, 18 de agosto del 2020; *Historia de la Ley 21.255 (2020)*, pp. 506-512.

49 *Historia de la Ley 21.255 (2020)*, pp. 513-531.

El decreto promulgatorio fue firmado por el Presidente Sebastián Piñera en la ciudad de Punta Arenas el 21 de agosto del 2020.⁵⁰ Posteriormente se asignaría a la nueva ley el número 21.255, se remitiría a la Contraloría General de la República y, tras la toma de razón, la Ley Antártica Chilena sería finalmente publicada en el *Diario Oficial* del día 17 de septiembre del 2020. De acuerdo a lo prescrito en su artículo primero transitorio, la norma entró en vigor 180 días después de su publicación, el 16 de marzo del 2021.

Es destacable el impulso personal que pusieron en la tramitación de la ley los ministros Teodoro Ribera y Andrés Allamand, de Relaciones Exteriores, y Alberto Espina, de Defensa Nacional. Importante rol cupo también a los senadores José Miguel Insulza, Kenneth Pugh, Carolina Goic y Carlos Bianchi. En lo personal, tuve el honor y la responsabilidad de escribir materialmente la mayor parte de la ley, muchas veces buscando reflejar el resultado de las reflexiones comunes con las que coincidía y en otras intentando una redacción que me pareciera lo menos peligrosa posible para los intereses de Chile en aquellos puntos en que había sido necesario transar con otros ministerios o con las ideas de alguna autoridad. Pero el resultado alcanzado no habría sido posible sin el apoyo y consejo permanente, decidido y prudente del Director de Antártica, Camilo Sanhueza; la capacidad de llevar nuestras ideas al debate parlamentario del Jefe de Gabinete del Ministro de Defensa, Pablo Urquizar; y el trabajo puntilloso e inteligente en la redacción final de los textos del sectorialista de relaciones exteriores del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Cristián Eyzaguirre.

3. Visión sinóptica de la ley

La Ley Antártica, Ley 21.255 (2020), cuenta con ocho títulos que agrupan un total de 58 artículos más tres artículos transitorios.

En el Título I, Disposiciones Generales, se fijan los objetivos de la ley (artículo 1°), reiterando la delimitación del Territorio Chileno Antártico hecha en 1940 con las actualizaciones derivadas de la evolución del Derecho de Mar (artículo 2°). La soberanía chilena se ejercerá con pleno respeto a las normas del Derecho Internacional (artículo 3°), aplicándose la ley en todo el territorio de la República, incluido el Territorio Chileno Antártico, así como en toda la Antártica y sus aguas circundantes a fin de dar cumplimiento a los compromisos internacionales del país (artículo 4°). Se definen legalmente una serie de términos empleados en la ley (artículo 5°).

⁵⁰ Reyes, Carlos, "Piñera promulga el Estatuto Antártico Chileno: 'Guarda plena soberanía y asume todas las obligaciones internacionales que Chile ha aceptado'", *La Tercera*, 21 de agosto del 2020.

La institucionalidad antártica chilena es abordada en el Título II. Si bien, en definitiva, a todos los órganos del Estado les puede corresponder ciertas tareas vinculadas con la acción antártica nacional, aquí se definen y coordinan las competencias antárticas de aquellas entidades más relevantes en la materia y los instrumentos que orientan su actuar. El principal documento directivo es la Política Antártica Nacional, que fija los grandes objetivos de Chile en la Antártica (artículo 6°), debiendo ser aprobada por el Presidente de la República a propuesta del Consejo de Política Antártica, entidad interministerial regulada en esta ley (artículo 7°) así como en la del Ministerio de Relaciones Exteriores.⁵¹ De la Política, que debe revisarse al menos cada 10 años, se desprende el Plan Estratégico Antártico, que orienta las tareas y acciones concretas de las entidades estatales en un lapso de cinco años (artículo 8°), las que anualmente se disponen en el Programa Antártico Nacional (artículo 9°). La conducción de la Política Antártica Nacional, la coordinación interministerial y la representación internacional de Chile en temas antárticos es una función propia del Ministerio de Relaciones Exteriores (artículo 10), sin perjuicio de otras misiones específicas de esta cartera (artículo 11). Existen también competencias relevantes de los Ministerios de Defensa Nacional (artículo 12), y de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación (artículo 13). Los operadores antárticos serán los encargados de organizar y realizar las actividades operativas, logísticas, científicas y tecnológicas (artículo 14), considerando entre ellos al Instituto Antártico Chileno (artículo 15) y a los operadores antárticos dependientes del Ministerio de Defensa Nacional (artículo 16). Se da rango legal al Comité Operativo para la Evaluación de Impacto Ambiental sobre el Medioambiente Antártico (artículo 17) y se considera una serie de Secciones y Comités Antárticos Nacionales como contrapartida doméstica de los diversos foros del Sistema del Tratado Antártico (artículo 18).

El Título III trata del gobierno y administración del Territorio Chileno Antártico, considerando las atribuciones y funciones del Delegado Presidencial Regional (artículo 19) y del Gobierno Regional de la Región de Magallanes y de la Antártica Chilena (artículo 20). En cuanto no sea contradictorio con esta ley, se seguirá aplicando al respecto el Estatuto Chileno Antártico (1956).

El financiamiento de la actividad antártica nacional, a que se refiere el Título IV, se asignará anualmente mediante la Ley de Presupuestos, en forma desagregada y en conformidad al Programa Antártico Nacional (artículo 21),

51 Ley 21.080, de 20 de marzo del 2018, artículos 50-52.

aunque hay muchas otras inversiones antárticas que provienen de otras partidas del presupuesto.

En el Título V se fija la regulación general para las actividades antárticas, las que deberán orientarse por fines exclusivamente pacíficos, ser sustentables, garantizar la protección del medioambiente y realizarse conforme a las normas de esta ley, del Sistema del Tratado Antártico y otras que fueran aplicables (artículo 22). Hay ciertas actividades prohibidas (artículo 23) y otras que requieren permiso previo (artículo 24), así como un sistema de autorizaciones para actividades no estatales (artículo 25), científicas y tecnológicas (artículo 27) y para el zarpe y despegue de naves y aeronaves hacia la Antártica (artículo 28). Se establecen regulaciones especiales para las actividades antárticas estatales (artículo 26), científicas (artículo 29), artísticas, culturales y deportivas (artículo 30), turísticas (artículo 31), y pesqueras y extractivas (artículo 32). Se dispone sobre las acciones de búsqueda y rescate (artículo 33), y respecto a la notificación previa de las expediciones antárticas (artículo 34), así como procedimientos de homologación para actividades, expediciones, naves y aeronaves extranjeras (artículos 25, 27 y 28).

El Título VI dispone que todas las actividades que se planifiquen o ejecuten en la Antártica deberán observar los principios de protección y conservación del medioambiente antártico y sus ecosistemas dependientes y asociados (artículo 35), considerando los procedimientos adecuados para la eliminación y tratamiento de residuos (artículo 36), y sometándose a una evaluación previa de impacto ambiental (artículos 37 y 38). Se suministrará a los operadores información al respecto (artículo 39) y quienes tengan conocimiento de la ocurrencia de un daño medioambiental antártico deberán comunicarlo a las autoridades pertinentes (artículo 40). Se dispondrá una acción de respuesta rápida y efectiva ante las emergencias ambientales (artículo 41) y todo daño ambiental antártico doloso o culpable dará lugar a las acciones de reparación ambiental (artículo 42), presumiéndose legalmente la culpa de quien ha infringido las normas pertinentes (artículo 43). El Estado de Chile será el titular de la acción ambiental, mediante el Consejo de Defensa del Estado, sin perjuicio de la acción indemnizatoria de quien haya sufrido perjuicios (artículo 44). Será competente el Tribunal Ambiental correspondiente (artículo 45) y se aplicará subsidiariamente la Ley de Bases Generales del Medioambiente (artículo 46).

En cuanto a la fiscalización y sanciones, el Título VII establece quienes serán las autoridades encargadas de controlar el cumplimiento de esta ley, tanto en el Continente Antártico como en el resto del país, sin perjuicio que toda

persona podrá denunciar ante ellas las infracciones que conozca (artículo 47). Se tipifica un conjunto de infracciones que pueden cometer personas naturales y jurídicas, sancionándolas con multas (artículo 48). Será competente para conocer al respecto la Superintendencia del Medioambiente o la Dirección General del Territorio Marítimo y de Marina Mercante, según los casos (artículo 49), y conforme las normas de procedimiento e impugnación que se fijan (artículo 50), incluyendo las disposiciones sobre prescripción (artículo 52). Toda sanción infraccional deberá ser comunicada al Ministerio de Relaciones Exteriores (artículo 51). Se establece también una serie de delitos especiales en materia antártica (artículo 54), que serán investigados y perseguidos por la Fiscalía Regional de Punta Arenas y conocidos por el juzgado de garantía y el tribunal de juicio oral en lo penal competente (artículo 53).

En las disposiciones finales del Título VIII se señala que la ley no irrogará gasto fiscal (artículo 55), aunque el potenciar la acción antártica nacional debiera traducirse sin duda en una mayor inversión. Para garantizar la conservación y defensa de los derechos soberanos antárticos chilenos, se mantienen en vigor, en lo que no pugnen con esta ley, el Decreto Supremo 1.747 (1940/1955) del Ministerio de Relaciones Exteriores, que delimitó el Territorio Chileno Antártico, junto a la Ley 11.846 (1955) y el Decreto Supremo 298 (1956) del Ministerio de Relaciones Exteriores, que disponen sobre su gobierno. Estas normas son anteriores al Tratado Antártico (1959), constituyendo una afirmación incuestionable e inatacable de nuestro dominio sobre el Territorio Chileno Antártico (artículo 56).⁵² Finalmente, se declara como norma supletoria general a la Ley sobre Bases de los Procedimientos Administrativos (artículo 57), y se hacen modificaciones a la Ley del Ministerio de Relaciones Exteriores respecto al Consejo de Política Antártica (artículo 58).

Conforme a las Disposiciones Transitorias, la ley comenzó a regir 180 días después de su publicación (artículo 1° Transitorio), debiendo dictarse en un plazo de dos años desde entonces los reglamentos que esta contempla (artículo 2° Transitorio). Por último, se señaló que hasta que no entrara plenamente en vigor la Ley de Gobiernos Regionales, las menciones al Delegado Presidencial Regional y al Gobernador Regional debían entenderse efectuadas al Intendente Regional (artículo 3° Transitorio).

52 Dispone el artículo IV.2 del Tratado Antártico que “ningún acto o actividad que se lleve a cabo mientras el presente Tratado se halle en vigencia constituirá fundamento para hacer valer, apoyar o negar una reclamación de soberanía territorial en la Antártica, ni para crear derechos de soberanía en esta región”, por lo que, *a contrario sensu*, todos los actos anteriores a 1961 poseen un singular valor como sustento de la soberanía antártica.

Sin perjuicio de lo que la aplicación de la ley pueda ir requiriendo, ella dispone desarrollar mediante normas administrativas las siguientes materias: Comité Operativo para la Evaluación de Impacto Ambiental sobre el Medioambiente Antártico (artículo 17), Secciones y Comités Antárticos Nacionales (artículo 18), actividades que requieren autorización previa (artículo 24), autorización para realizar actividades antárticas no estatales (artículo 25), actividades científicas y tecnológicas antárticas (artículo 27), actividades turísticas (artículo 31), actividades pesqueras y otras actividades de captura de recursos vivos marinos antárticos (artículo 32), y protección y conservación del medioambiente antártico, incluyendo la eliminación y tratamiento de residuos (artículo 35). Además, debe considerarse el Reglamento del Consejo de Política Antártica,⁵³ dictado en cumplimiento del artículo 52 de la Ley del Ministerio de Relaciones Exteriores.

4. Los objetivos de la ley como criterio de aplicación e interpretación

La extensión de este artículo no permite un análisis detallado de cada una de las normas de la ley, pero me parece que profundizar en su artículo 1°, que enuncia los objetivos que han llevado a dictarla, permite complementar adecuadamente la visión sinóptica que de ella se ha dado. Como se sabe, los objetivos de una ley constituyen un importante elemento de interpretación de la misma⁵⁴ y debe orientar en su aplicación.

Debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que los objetivos de la Ley Antártica no son los mismos que los de la Política Antártica Nacional.⁵⁵ Estos, aunque se recogen en un decreto supremo, están en un plano superior a cualquier norma positiva, desde que constituyen los fines del Estado de Chile, en tanto entidad política, en su acción antártica. La ley es un instrumento al servicio de los mismos.

Es necesario también considerar que el orden en que están dispuestos los objetivos de la ley revela una jerarquía entre ellos. Esta prelación es fruto de las vicisitudes en la búsqueda de un equilibrio entre una mirada más territorialista/soberanista y otra más internacionalista sobre el rol de Chile en la

53 Decreto Supremo 34 del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 26 de noviembre del 2020.

54 Código Civil, artículo 19 inc. 2°.

55 Decreto Supremo 56, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 12 de diciembre del 2017. En la LVI Reunión del Consejo de Política Antártica (Santiago, 16 de marzo del 2021), se adoptó una modificación menor y actualización de tales objetivos, pero el decreto supremo respectivo aún no ha sido publicado ni entrado en vigor.

Antártica. De hecho, es distinta la enunciación de estos objetivos en el Anteproyecto de ley (2013), en que se planteaba un equilibrio con preeminencia del interés nacional; en el Proyecto de ley (2014), en que primaba una preocupación por lo internacional; y en la Ley Antártica (2020), en que se retorna al equilibrio original. Como todo resultado de una transacción, es posible que él no satisfaga a ninguna de las posiciones más extremas (ni a aquellos que ven al Territorio Chileno Antártico simplemente como un sector más de la Región de Magallanes y de la Antártica Chilena, sin tener en cuenta ni los elementos de cogobierno internacional ni la superposición territorial con Argentina y Reino Unido, ni a aquellos que ven al Sexto Continente como un patrimonio común de la humanidad), y ello está bien. En el delicado balance geopolítico antártico, se ha buscado un punto intermedio, pero que privilegia decididamente el interés nacional. Se da preeminencia a la protección de los derechos soberanos, pero sin dejar de considerar la faceta internacional de todo lo antártico, en especial en lo ligado a la mantención de la paz y lo medioambiental.

Señala el artículo 1° que,

“La presente ley tiene como objetivos:

1. Proteger y fortalecer los derechos soberanos antárticos de Chile, con claros fundamentos geográficos, históricos, diplomáticos y jurídicos.
2. Establecer los principios conforme a los cuales el Estado de Chile, a través de los órganos competentes, conduce la política antártica y ejerce sus competencias en materia antártica.
3. Promover la protección y el cuidado del medioambiente antártico y sus ecosistemas dependientes y asociados, así como su condición de reserva natural, dedicada a la paz y a la investigación científica, a través del reforzamiento y profundización del Sistema del Tratado Antártico.
4. Potenciar y regular las actividades antárticas de Chile, incrementando su calidad de prestador de servicios operativos, logísticos, tecnológicos y científicos antárticos, e incentivando el desarrollo del país ligado a las actividades antárticas, estatales y no estatales.
5. Fomentar la actividad antártica de Chile, promoviendo el desarrollo social y económico de la Región de Magallanes y de la Antártica Chilena”.

Se busca así compatibilizar la consideración del Territorio Chileno Antártico como parte integrante y esencial del territorio nacional, y sometido por tanto a la soberanía chilena, con el hecho que, al mismo tiempo, nuestro país sea un actor protagónico y relativamente activo en la creación y desenvolvimiento de un régimen de gobernanza internacional al que se encuentra sometida toda el área al sur de los 60° de latitud sur y, para algunos efectos, al sur de la convergencia antártica.⁵⁶ Esta dualidad nacional/internacional exige alcanzar muy delicados equilibrios, priorizando la defensa de los intereses nacionales, pero sin llegar a vulnerar nuestros compromisos internacionales.

Esta preeminencia del interés nacional, pero en el marco de un régimen internacional, se refleja a lo largo de todo el articulado de la ley. Como señala el artículo 3°, “la soberanía chilena se ejercerá con pleno respeto a las normas del Derecho Internacional y a los compromisos internacionales del Estado de Chile que se encuentren vigentes, en el marco del Sistema del Tratado Antártico, y en conformidad con lo dispuesto en el ordenamiento jurídico chileno”. Esto es, se reitera la sujeción al orden internacional, pero siendo la normativa interna el parámetro para evaluarlo. No se trata de aquella vieja discusión sobre el mandato del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), según el cual “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. Aquí no se está incumpliendo tratado alguno, y muy por el contrario, la ley ha sido explícitamente dictada para dar coercibilidad a través del derecho doméstico a los compromisos de Chile en el ámbito del Sistema del Tratado Antártico. De lo que se trata, más bien, es que, al momento de interpretar y aplicar la ley, de subsanar vacíos o lagunas, de dar sentido a una expresión oscura, de tomar una decisión frente a un caso concreto, debe primar el interés nacional.

En cuanto a los fundamentos de los derechos chilenos a que se hace referencia, son los títulos clásicos en que Chile ha fundado su soberanía, y que se reiteran, con una leve variación, desde el Decreto Supremo 1.747 del Ministerio de Relaciones Exteriores (1940) en adelante. Aunque algunas explicaciones al respecto pudieran requerir ser actualizadas, en términos generales siguen siendo válidas las que ya se dieron en esa época.⁵⁷

56 La *convergencia antártica* es límite físico entre los océanos Pacífico, Atlántico e Índico, y el Océano Austral, determinado por factores naturales como la salinidad del agua, las corrientes marinas y los cambios de temperatura. Para efectos normativos, el artículo 1.4 de la Convención sobre la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos fija una línea que uniendo puntos en diversas coordenadas geográficas se aproxima a ese límite natural.

57 Vid. Pinochet de la Barra, Óscar, *La Antártida Chilena o Territorio Chileno Antártico* (Memoria de prueba

El segundo objetivo de la ley se vincula estrechamente con la institucionalidad antártica nacional, tratada en lo principal en sus Títulos II y III, así como en diversas normas a lo largo del texto que fijan competencias específicas en determinadas materias. Se trata de un aspecto esencial, pues aborda el quehacer de los órganos que materializan la acción del Estado de Chile en la Antártica. Pero esto va más allá de la asignación de competencias, pues, como señala el propio objetivo, en la ley se fijan también los principios generales que deben orientar su actuación.

El tercer objetivo se refiere a la forma en que se vincula la actividad antártica de Chile con los aspectos propios del régimen de gobierno internacional de estos espacios. Los puntos de contacto son principalmente dos: uso exclusivamente pacífico y protección del medioambiente. Aunque la redacción de la disposición adopta una perspectiva centrada en lo ambiental, y que recuerda mucho a la del artículo 2° del Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medioambiente, no puede olvidarse que la razón de ser definitiva de todo el Sistema del Tratado Antártico es garantizar la paz en el Sexto Continente. Ello, sin perjuicio que durante las últimas décadas la conservación y protección ambiental hayan tomado cada vez mayor importancia, acentuado hoy por los efectos del cambio climático.

Garantizar la paz al sur de los 60° de latitud sur o proteger el medioambiente antártico son objetivos cuyo logro supera las capacidades de cualquier Estado en forma individual. Ni Chile, ni ningún otro país, por poderoso que sea, puede avanzar en su consecución sin un trabajo coordinado con otros países, a través de la cooperación internacional. En forma preeminente, tales vínculos se materializan en el ámbito del Sistema del Tratado Antártico.

Además de diversas normas individuales que a lo largo de la ley van estableciendo relaciones entre el ordenamiento doméstico y el derecho internacional, los Títulos V, VI y VII, sobre regulación de actividades antárticas, protección y conservación del medioambiente antártico, y fiscalización y sanciones, respectivamente, contienen múltiples disposiciones destinadas a establecer como reglas coercitivas de acuerdo al derecho interno los acuerdos que sobre la materia se han alcanzado en el ámbito multilateral. De esta manera, las conductas que los Estados se han comprometido a promover o a

para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile). (Santiago: Imprenta Universitaria), 1944, pp. 25-154; Juliet Gómez, Raúl, "Exposición sobre la Antártica del señor Ministro de Relaciones Exteriores, don Raúl Juliet Gómez, ante el Senado de la República de Chile, en sesión extraordinaria de fecha 21 de enero de 1947", en *Revista Tribuna Internacional*, N° 11, 2017, s.p.

impedir, ahora son dispuestas como obligatorias o sancionada su comisión por parte de la ley chilena.

Los objetivos cuarto y quinto de la Ley Antártica apuntan en un mismo sentido de potenciar las actividades antárticas de Chile, el primero en un nivel nacional y el segundo centrándose en lo regional. Todo lo antártico comparte para nuestro país esta doble naturaleza. Por una parte, es un ámbito que implica a la nación en su conjunto y donde muchas de las decisiones se adoptan en los más altos niveles políticos de la República; por otra, el Territorio Chileno Antártico integra la Región de Magallanes y de la Antártica Chilena y un gran número de las actividades que se realizan en la península antártica, las islas en sus proximidades, y en su proyección hacia el polo, utiliza los puertos y aeropuertos chilenos en Punta Arenas y Puerto Williams, y depende de un modo significativo de los servicios operativos y logísticos que desde tales ciudades se le prestan. La ley busca incentivar estas actividades, públicas y privadas, a nivel país y en el nivel regional, y sin perjuicio de someterlas a las regulaciones ambientales y administrativas establecidas.

De esta manera, el artículo 1° de la Ley Antártica debe leerse como una pauta de interpretación de la norma en su conjunto, fijado su sentido teleológico y razón de ser, a un tiempo que sirve también como una suerte de índice general de su contenido.

Conclusiones

Desde que el año 2000 se planteó formalmente, aunque de modo aún tímido, la necesidad de actualizar nuestra legislación antártica; o desde que el 2007 se dispuso avanzar efectivamente en ello; o desde el 2011 en que emprendimos la tarea definitiva en tal sentido, pasaron muchos años hasta que el 16 de marzo del 2021 entró en vigor la nueva Ley Antártica. Fue un proceso extenso y lleno de vicisitudes, de las que he recogido aquí únicamente las más relevantes. Más allá de ello, el resultado, aunque sin duda puede tener puntos que mejorar, debiera enorgullecernos como chilenos. Por primera vez nuestro país cuenta con una norma antártica realmente completa y en forma, que da cuenta de los aspectos nacionales e internacionales que le son propios. Tras más de seis décadas una ley chilena ha vuelto a preocuparse de la Antártica desde una perspectiva general. Con esto se refuerza y actualiza nuestra voluntad soberana respecto al Territorio Chileno Antártico, a un tiempo que recepciona en el orden doméstico y hace posible el cumplimiento de los compromisos internacionales que Chile ha

contribuido a forjar en el ámbito del Sistema del Tratado Antártico. Todo lo anterior es fundamental, si se tiene en cuenta que el Sexto Continente será sin duda uno de los espacios de mayor interés geopolítico en este siglo XXI. Ciertamente hay que esperar que la aplicación de la Ley 21.255 (2020) dé los resultados esperados, pero ya contar con ella es un gran avance para la política antártica nacional.

UNA LECTURA DE LA DECISIÓN SOBRE ACOSO SEXUAL ESCOLAR: CORTE IDH, GUZMÁN ALBARRACÍN VS. ECUADOR, 24 DE JUNIO DE 2020

*Lidia Casas Becerra*¹

Resumen

El sistema interamericano de protección de los derechos humanos ha desarrollado una prolífica doctrina sobre la violencia de género, particularmente por agentes del Estado. En pocas ocasiones ha desarrollado jurisprudencia en situaciones de violencia en el marco de relaciones familiares², y a la fecha sólo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se ha referido a la violencia doméstica³. La Corte trata por primera vez una denuncia de acoso sexual en el contexto escolar por un agente del Estado. La situación denunciada muestra la vulneración de los derechos frente a la obligación de debida diligencia, la desidia del Estado para prevenir y erradicar la violencia en las escuelas como un hecho conocido por el Estado, y la visión estereotipada sobre el acoso que afecta a las adolescentes de parte de las autoridades educativas y judiciales que perpetua la impunidad en los casos de violencia de género.

Palabras clave: acoso sexual, violencia sexual; adolescentes; grooming; estereotipos, impunidad

¹ Profesora titular Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, directora del Centro de Derechos Humanos, lidia.casas@udp.cl

² En el caso de violencia sexual en contexto familiar véase la sentencia de la Corte IDH “V.R.P, V.P.C. y otros vs. Nicaragua”, Fondo 8/03/2018.

³ CIDH, “Gonzales (ex Lenahart) y otros vs. Estados Unidos”, Informe 80/11, 2011; “Maria da Pehna vs. Brasil”, Informe 54/01, 2001.

Introducción

1. SIDH y la violencia en contra de las mujeres

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Corte IDH”) ha desarrollado una amplia jurisprudencia en materia de violencia en contra de las mujeres, asumiendo como suya la definición de “violencia basada en el sexo” inicialmente elaborada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación de la Mujer en su Recomendación General N° 19 de 1992, que luego el Comité denominó como “violencia de género” en su Recomendación General N° 35 de 2017⁴. En ambos casos se considera que la violencia en contra de las mujeres es causa y consecuencia de la discriminación.

Se entiende que la violencia está basada en el género cuando está dirigida contra la mujer por el hecho de serlo o que la afecta en forma desproporcionada, la que puede manifestarse en daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad⁵. La afectación dirigida hacia las mujeres en forma específica o que las afecta en forma desproporcionada es explicativa en la alegación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “CIDH”) frente al componente de género de violencia en el caso “Penal Miguel Castro Castro vs Perú” de 2006, donde precisa que todos los detenidos en el penal reciben tratos constitutivos de tortura y tratos crueles, pero que respecto de las mujeres la violencia adquiere formas específicas: “es significativo que el Estado realizó la operación militar un día de visita femenina a la prisión, más aún, ‘el ataque fue realizado [...] la semana del día de la [m]adre’”. La violencia del Estado ‘había sido planeada de forma que el castigo ejemplarizante de las prisioneras políticas y el de los prisioneros políticos varones [...] fuera presenciado por sus propias madres y hermanas’”⁶.

La mayoría de los casos que han llegado hasta la Corte IDH son situaciones en que están involucrados directamente agentes del Estado por infligir violencia específica o distinta en contra de las mujeres, es decir, formas de violencia que no se dirigen en contra de los hombres como es la violencia

4 O.N.U., Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer N° 19, 11° período de sesiones, 1992. El Caso del “Penal Miguel Castro Castro vs. Perú” de 2006, párr. 303 citando la Recomendación General N° 19 “La violencia contra la mujer”. Doc. HRI/GEN/1/Rev. (1994), párr. 6.

5 O.N.U., Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer N° 19, 11° período de sesiones, 1992.

6 Corte IDH, “Penal Miguel Castro Castro vs. Perú”. Fondo, 25/11/2006, párr. 259 letra n).

sexual⁷. Se entiende que ella es una forma de tortura, postura que desarrollará posteriormente en otros casos⁸. El caso “Penal Miguel Castro Castro vs. Perú” cimienta así la afirmación de que la violencia basada en el sexo, además de ser una forma específica de violencia hacia las mujeres, constituye una manifestación de discriminación⁹, la que también afecta a personas de la comunidad LGTBI¹⁰.

A la fecha, la Corte IDH ha resuelto solo un caso de violencia sexual en el ámbito doméstico¹¹, y ha sido la CIDH la que se ha pronunciado sobre las obligaciones de los Estados Parte de adoptar medidas para su prevención, investigación, sanción y reparación, afirmando además que la violencia en las relaciones de pareja es un reflejo de la desigualdad de las mujeres¹².

2. Hechos del caso

La denuncia se refiere a la violencia sexual cometida en contra de una adolescente, Paola Guzmán Albarracín, quien fue acosada sexualmente por el subdirector del establecimiento educacional público al que asistía cuando tenía entre 14 y 16 años. La adolescente experimentaba problemas de desempeño académico con la posibilidad de repetir el año, de modo que el docente le habría ofrecido ayuda para remontar su situación. A partir de este acercamiento, la joven inició una relación que incluyó relaciones sexuales y que habría culminado en un embarazo, siendo instada a abortar por parte del docente. La joven se suicidó ingiriendo fósforo blanco. Dejó tres cartas una a su madre y dos al Vicerrector. La alegación sobre el embarazo no pudo ser corroborada ni desechada por irregularidades en el peritaje.

7 Corte IDH, “Penal Miguel Castro Castro vs. Perú”. Fondo, 25/11/2006; Corte IDH, “Masacre de las dos Erre vs. Guatemala”, Fondo, 30/08/2008; Corte IDH, “Rosendo Cantú y otra vs. México”, Fondo, 31/08/2010;

8 Corte IDH, “Rosendo Cantú y otra vs. México”, Fondo, 31/08/2010, Corte IDH, “Masacre de Dos Erre vs. Guatemala”. Fondo 30/07/2008; Corte IDH, “Fernández Ortega y otros vs. México”. Fondo, 15/05/2011; Corte IDH, “Masacres de Río Negro vs. Guatemala”. Fondo 4/09/2012; Corte IDH, “Masacres El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador”. Fondo, 25/10/2012; Corte IDH, “J. Vs. Perú”. Fondo 27/11/2023; Corte IDH “Véliz Franco y otros vs. Guatemala”. Fondo 19/05/2014; Corte IDH, “Espinoza Gonzáles vs. Perú.” Fondo, /2011/2014; Corte IDH, “Favela Nova Brasília vs. Brasil”. Fondo, 16/02/2017, Corte IDH, “Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. México”. Fondo, 28/11/2018.

9 Corte IDH, “Penal Miguel Castro Castro vs. Perú”. Fondo, 25/11/2006, párr. 303.

10 Corte IDH, “Azul Rojas Marín vs. Perú”. Fondo 12/03/2020 en que se refiere a la violencia de género por identidad de género.

11 Corte IDH, “V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua”. Fondo 8/03/2018.

12 CIDH, “Jessica Lenahan (Gonzales) y otros vs. Estados Unidos”. Informe 80/11, 21/07/201; y CIDH, “Maria da Pehna Maia Fernandes vs. Brasil”, Informe 54/01, 16/04/2001.

Los peticionarios denunciaron la violación de los derechos a la vida, a la integridad personal, a la seguridad personal, a las garantías judiciales, a los derechos del niño, a la igualdad ante la ley y a la protección judicial establecidos en los artículos 4, 5, 7, 8, 19, 24 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH), en concordancia con el deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de dicho tratado y de los artículos 3, 4 (incisos a, b, c, e), 5, 6(a), 7 (incisos a, b, c, e, f, g) y 9 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (en adelante Convención de Belém do Pará) en perjuicio de Paola del Rosario Guzmán Albarracín y sus familiares.

3. El acoso como una forma de discriminación y violencia en contra de las mujeres y niñas

El feminismo legal acuñó el concepto de hostigamiento sexual considerado principalmente como un fenómeno de violencia en el trabajo¹³, siendo este plenamente aplicable a otros contextos como el penitenciario, sanitario y educacional.

La violencia en contra de niñas es una experiencia extendida y muy estudiada desde las instancias internacionales de protección de los derechos humanos, centros académicos, organizaciones de mujeres y de derechos humanos. Esta se manifiesta de distintas formas, desde la violencia física, psicológica, sexual, además del *bullying* y el acoso sexual o el *grooming*, muchas de las cuales se intersectan sin que una desplace a la otra.

El acoso afecta en forma desproporcionada a niñas y mujeres. En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño, en su Observación General N° 13 de 1999, señala que la violencia es “toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual”¹⁴. Asimismo advierte que la violencia tiene efectos importantes en la vida de niños, niñas y adolescentes que trascienden a todo su ciclo vital, y que pueden terminar en el suicidio¹⁵.

13 Backhouse, Constance, *The Secret Oppression: Sexual Harassment of Working Women* (Macmillan), 1979; Mackinnon, Catherine, *Sexual harassment of working women*, (Yale University Press), 1979.

14 Siguiendo la definición en el artículo 19, párrafo 1, de la Convención, UN Committee on the Rights of the Child (CRC), *General comment No. 13 (2011): The right of the child to freedom from all forms of violence*, 18 April 2011, CRC/C/GC/13, available at: <https://www.refworld.org/docid/4e6da4922.html> [accessed 12 December 2019] <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4e6da4d32>

15 *Ibíd.* párrafo art. 15 a).

El acoso sexual es concebido, por consiguiente, como una expresión de la desigualdad de las mujeres respecto de los hombres, como una forma de subordinación que perjudica la igualdad de las mujeres, y como una manifestación de violencia de género¹⁶.

En tal sentido, la Asamblea General de la ONU emitió una Declaración sobre la Violencia contra la Mujer que establece que el acoso sexual constituye una expresión de violencia contra las mujeres¹⁷.

a. Acoso en espacios educativos

Al igual que en el espacio laboral, el acoso en las escuelas es una experiencia cotidiana, pero a diferencia del primero, este tiene un carácter público. En el ámbito educativo también están presentes las relaciones de poder entre la persona que es blanco del acoso y el perpetrador. Timmerman, además de considerar las relaciones de poder, contextualiza el acoso dentro de un marco organizacional que coadyuva en el abuso de autoridad por la superioridad jerárquica de docentes u otras autoridades de la escuela, incluyendo a sus funcionarios¹⁸. El hostigamiento sexual en espacios educativos ha logrado notoriedad a partir del movimiento de estudiantes en las instituciones de educación superior, no así en los espacios escolares. En los últimos cinco años, las movilizaciones en casi la totalidad de las universidades chilenas da cuenta de que es un fenómeno que cruza transversalmente a jóvenes de distintas edades y estratos, y que se observa también en otros países¹⁹. El trabajo de Quintero en México da cuenta que entre las mujeres encuestadas que habían asistido

16 O.N.U. Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (CEDAW), *Recomendación General N° 35 sobre la violencia de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general N° 19*, 26 Julio 2017, CEDAW/C/GC/35, párr. 14 disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org/es/docid/5a2192294.html> [Accesado el 12 Diciembre 2019]

17 UN, *Declaration on the Elimination of Violence against Women*, vol. A/RES/48/104 23 February 1994 (New York: United Nations, 1994).

18 Timmerman, Greetje, “Sexual Harassment of Adolescents Perpetrated by Teachers and by Peers: An Exploration of the Dynamics of Power, Culture, and Gender in Secondary Schools”, *Sex Roles*, Vol. 48, Nos. 5/6, March 2003, p. 232.

19 Véase, por ejemplo: Lizama-Lefno, Andrea y Hurtado Quiñones, Andrea. “Acoso sexual en el contexto universitario: estudio Diagnóstico proyectivo de la situación de género en la Universidad de Santiago, Chile”, *Pensamiento Educativo. Revista de Investigación Educativa Latinoamericana*, 2019, 56(1), 1-14; Flores-Bernal, Raquel del Carmen. (2019). Políticas de educación superior sobre acoso sexual en Chile. *Educación y Educadores*, 22(3), 343-358; Hiner, Hillary, ¡Nunca más solas! Acoso sexual, tsunami feminista, y nuevas coaliciones dentro y fuera de las universidades chilenas, *Polis*, vol. 20 no. 59, Santiago mayo 2021.

a la escuela, 10.7% fueron agredidas sexualmente en los últimos 12 meses²⁰.

En el caso ecuatoriano, la incidencia de la violencia en contra de niñas como una realidad cotidiana es resaltada por la Corte IDH, pues toda la información presentada por la CIDH y por las peticionarias muestra que la violencia y el acoso sexual en los centros educativos del Ecuador era un hecho conocido por el Estado, situación que había sido advertida por distintos órganos de tratados:

De acuerdo a ese mismo Comité y otros del sistema de la Organización de las Naciones Unidas, a saber, el Comité de Derechos Humanos, el Comité contra la Tortura, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante “Comité DESC”), y el Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (en adelante, “Comité CEDAW”, por las siglas en inglés del tratado respectivo), dichas situaciones de maltrato y violencia sexual, incluso en el ámbito educativo, así como de falta de educación sobre salud reproductiva, se seguían presentando en períodos más recientes (2008, 2010, 2015 y 2017)³¹. A su vez, la Organización Mundial de la Salud realizó un estudio en el que encontró que años antes de los hechos, en 1991, tres de cada diez niños y niñas encuestadas habían sufrido abuso sexual entre los 11 y los 16 años de edad; y que, en 2008, el 23,3% de las niñas y niños en Guayaquil reportaban haber sido víctimas de algún tipo de abuso sexual y que estas cifras tendrían una tendencia a aumentar si no se actuaba al respecto²¹.

Por otra parte, información generada en el ámbito estatal en 2001, muestra que el abuso y el acoso sexuales eran “problemas conocidos en el ámbito educativo que no [habían] sido abordados en forma sistemática, ni se [había] emprendido acciones sostenidas para su prevención, denuncia y sanción”. En esa oportunidad, el Consejo Nacional de las Mujeres (CONAMU) concluyó que el “acoso y el abuso sexual son una realidad en el espacio educativo” y sostuvo que los profesores son “agresores típicos”²².

20 Quintero Solís, Sandra Ivette. El acoso y hostigamiento sexual escolar, necesidad de su regulación en las universidades. *La Ventana. Revista de estudios de género*, 6(51), 245-271, 2020.

21 Corte IDH, “Guzmán Albarracín y otras vs Ecuador”. Fondo 24/06/2020, párr. 45.

22 Corte IDH, “Guzmán Albarracín y otras vs Ecuador”. Fondo 24/06/2020, párr. 46. Se han omitido las

No sólo los órganos internacionales de protección habían llamado la atención a Ecuador sobre la violencia escolar, sino que también el organismo nacional, la Corporación Nacional de la Mujer, había alegado la naturalización de la violencia de parte de docentes. Este organismo se había referido al estudio de Cordero y Maira publicado meses antes del suicidio de Paola, que halló que: “(i) existe una dificultad para definir el acoso y el abuso sexual, aunque el profesorado conoce de casos en sus propios colegios; (ii) existe por parte de profesores y profesoras ‘una percepción de que las alumnas tienen responsabilidad en el caso y el abuso sexual’, pues se considera que ‘[e]llas provocan o aceptan’, y (iii) existe la tendencia de minimizar el problema o desconocer los efectos en las víctimas, entre otras formas, negando los casos o no conceptualizando algunas prácticas de los profesores como abuso, o no percibiéndolas como delitos”²³.

Tanto los llamados internacionales como el conocimiento de las autoridades gubernamentales ponen de manifiesto la falta de diligencia de parte del Estado en adoptar políticas claras para prevenir y erradicar la violencia sexual en las escuelas. En este caso, las autoridades educacionales estaban en conocimiento de similares situaciones respecto de otras estudiantes, pero eran naturalizadas y desplazaban la responsabilidad de lo sucedido a la niña. Así, el acercamiento “amoroso” entre un docente casi 40 años mayor que la niña no era percibido como una cuestión problemática, pues en último caso, ella lo aceptaba, lo provocaba o lo seducía.

El acoso sexual, el grooming y las relaciones románticas

El acoso sexual puede ser entendido como aquella conducta sexual dirigida hacia una persona sin consentimiento de quien la recibe, sea de carácter física como un acercamiento no deseado, de forma verbal como pudiera ser la solicitud de requerimientos sexuales o comentarios sobre la apariencia, y actitudes o comportamientos como miradas inapropiadas. Estas provocan un ambiente hostil, o al menos, incomodidad cuando quien las recibe no las desea. Conceptualmente, el acoso sexual puede ser *quid pro quo* (por chantaje), e implica generalmente que una persona en situación de jerarquía puede solicitar o requerir ciertos “favores” a cambio de otorgar mejoras en las condiciones

referencias a pie de página.

23 Ibid. Nota 36 del párrafo

laborales. También puede producirse acoso por pares o de forma horizontal, y acoso por la creación de ambiente hostil. Este último no está asociado a un requerimiento de carácter sexual, sino más bien a una conducta sexista como podrían ser los chistes, comentarios u expresiones de otra naturaleza.

La literatura señala que existe una línea sutil entre un hostigamiento sexual hacia niñas y los actos preliminares para la obtención de una gratificación sexual hasta llegar a la violación²⁴. En ese entendido, consideramos que en este caso la actuación del docente era mixta, pues inicialmente hubo una práctica de *grooming* que le permitía el acercamiento sin sospecha, y luego, similar al de acoso *quid pro quo*, la anuencia de la adolescente podría significar algún tipo de retribución.

Entendemos por *grooming* aquella conducta cuyo propósito es preparar a niños, niñas y adolescentes para facilitar el acercamiento, cultivar y construir confianzas y someterlos a abusos posteriores que se producen de una forma sutil y de difícil reconocimiento para quien es blanco de la conducta²⁵. Es una *mise-en-scène* en la cual el depredador identifica a un potencial blanco, despliega conductas de manera inocente o inofensivas como acercamientos y expresiones de preocupación e interés, hasta establecer una “amistad” que luego se transforma en una relación abusiva donde niños, niñas y adolescentes no son capaces de identificar la situación de violencia y de vulnerabilidad en que se encuentran. Así, el chantaje del acoso sexual *quid pro quo* no aparece en forma evidente, porque después de todo ya se habría obtenido la voluntariedad del blanco.

A las conductas consistentes en ofrecer mejoras en las calificaciones académicas o dinero —es un claro caso de acoso sexual *quid pro quo*—se suma el mantener “relaciones románticas” con las afectadas²⁶. Esto constituye un chantaje emocional para una adolescente. En el caso concreto, lo que existe es la identificación de la vulnerabilidad por un mal desempeño académico con un posterior acercamiento sexual.

La sentencia alude a las declaraciones de la madre y la prima de Paola:

24 En este sentido: Vimbi Petrus Mahlangu, *Legal Understanding of Quid Pro Quo Sexual Harassment in Schools*, Bulgarian Comparative Education Society, 2017.

25 UNESCO & UN WOMEN, *Global guidance on addressing school-related gender-based violence*, New York, 2016, p. 10.

26 Ngcobo, J. E., Ngakane, M. V. & Mutukrishna, citado en “Sexual Violence by Educators in South African Schools: Gaps in Accountability”, Centre for Applied Legal Studies, University of the Witwatersrand School of Law Cornell Law School’s Avon Global Center for Women and Justice and International Human Rights Clinic, 2014 p. 3.

Según testimonios, en el año 2001, cuando tenía 14 años y cursaba el segundo año de educación básica [sic], Paola comenzó a tener problemas con ciertas materias y el Vicerrector del colegio, Bolívar Eduardo Espín Zurtúa, ofreció pasarla de año, con la condición de que mantuviera con él relaciones sexuales. En una audiencia pública ante la Comisión, la señora Albarracín mencionó que notó un cambio en Paola más o menos en octubre de 2001. Una “prima política” de Paola declaró ante el Ministerio Público que la adolescente les informó que le faltaban puntos para pasar de año pero que “ella ya iba a ver cómo arreglaba ese asunto, que no [se] preocu[aran,] que tenía un padrino dentro del colegio”. Asimismo, refirió que acompañó a la señora Petita a hablar con el señor Bolívar Espín y, al llegar Paola, él le dijo a la adolescente: “pero yo ya hablé contigo, verdad princesita”, y la tomó del hombro. Agregó que Paola le contó (a la declarante) que el Vicerrector siempre la trataba así, “cariñosamente”²⁷.

El docente, además de autoridad del establecimiento educacional, es capaz de identificar un punto de vulnerabilidad: el fracaso escolar. Se trata de un problema rodeado de estigmas, que se suma al real o imaginado reproche familiar. El funcionario actúa como un depredador en búsqueda de una presa, y como lo describen otras estudiantes, el “piropo” es parte de una experiencia compartida con el Vicerrector.

La ayuda o las promesas de ayuda pueden constituirse en chantajes del tipo “tú me das, yo te doy”, en un marco de un acoso sexual *quid pro quo*, en que quien realiza el comportamiento tiene el poder real o percibido de mejorar o empeorar las condiciones de quien es blanco del acoso; en este caso, Paola, pues es el “padrino” quien le ayudará a pasar de curso.

Esto es lo que identifica la Corte IDH, a saber, un contexto de vulnerabilidad social no sólo de Paola sino también del resto de las estudiantes. La Corte citando a Casas señala:

La promesa de ayuda, “pasar de año”, funciona en la lógica del

²⁷ Corte IDH, “Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador”, párr. 49. Se han omitido las referencias del texto.

“grooming”, es decir una cierta preparación, un *mise en scène* para asegurar las condiciones de un acercamiento afectivo y efectivo, en que el funcionario público, docente, posee una clara superioridad no solo por el cargo que detenta sino también por su edad. Paola es blanco, identificada como tal no sólo por su vulnerabilidad étnica de ser niña y adolescente sino por su condición específica de alguien que presenta un mal rendimiento.²⁸

3. La relación romántica y el estupro. La estereotipación

Un asunto de relevancia es el marco legal en que se investigan los hechos que son materia de este caso. Aquí se entrecruzan cuestiones sobre el consentimiento, el acoso sexual, la violación y el estupro. En el contexto de acoso sexual se sitúan las “relaciones románticas” en cuya base hay una asimetría de poder entre docentes varones y estudiantes²⁹. Para adolescentes no es fácil distinguir o identificar cuando el acosador no busca establecer una relación afectiva sino que manipula o realiza chantaje emocional a adolescentes para mantener relaciones sexuales que se construyen sobre la asimetría de poder.

Este tipo de situaciones también es observable en contextos universitarios. Docentes, ayudantes y estudiantes interactúan en distintos planos, se cruza una sutil línea entre el ofrecimiento de los primeros para “ayudar con la materia”, “preparar y manejar el estrés” de exámenes orales a estudiantes novatas que lo necesitan con el consiguiente aprovechamiento del contexto para acercarse, o de ofrecer otras ayudas en el caso de estudiantes en situaciones de mayor precariedad social o económica. De lo que allí suceda, puede darse el acercamiento romántico, por un lado, la sensación de incomodidad por los ofrecimientos, por otro, o simplemente el asombro cuando a partir del ofrecimiento, el oferente esperaba algo más.

La investigación de los hechos alrededor de la muerte de Paola se sitúa alrededor de tres figuras: el acoso sexual, la violación y el estupro. La imputación al docente, quien se dio a la fuga tras el inicio de la investigación penal, fue por los cargos de acoso sexual y violación. En su investigación administrativa, las autoridades escolares señalaron que no podía “confirm[arse] la supuesta relación

²⁸ Corte IDH, “Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador”, párr. 132.

²⁹ En este sentido, Vimbi Petrus Mahlangu, “Legal Understanding of Quid Pro Quo Sexual Harassment in Schools”, en Bulgarian Comparative Education Society, 2017, citando en Ngcobo et al. afirma que esas son promesas directas e indirectas de dar mejores notas, dinero o relaciones amorosas por docentes varones, p. 188.

amorosa”, y que no existía prueba de que el Vicerrector haya correspondido al “enamoramiento” de Paola”³⁰. Ello deja entrever que el enamoramiento, el amor no correspondido, es lo que lleva a la adolescente al suicidio.

En materia de investigación penal, el tribunal confirmó en instancia de apelación la imputación en contra del docente por una conducta anti-jurídica, recalificando los hechos como constitutivos del delito de estupro³¹, pues como señala el tribunal, fue ella quien lo atrajo a él, habiendo un principio de seducción:

El 2 de septiembre de 2005, la Corte Superior desechó los recursos y confirmó el auto de llamamiento a juicio, pero reformando la imputación al delito de estupro. Entre los motivos que expresó dicho Tribunal para esa modificación, se destaca que entendió que “los elementos del delito [de acoso sexual] no se cumplen en la especie [: el Vicerrector] no persiguió a Paola Guzmán[,] sino que ella requirió sus favores docentes [para salir adelante en una materia]. [E]l mismo [...] se l[os] ofreció a cambio de relaciones sentimentales”, siendo este “el principio de la seducción”. La Corte Superior consideró que la conducta del Vicerrector configuró estupro [...]”³².

En el razonamiento de las autoridades, se invierte la figura del *grooming*: no es el docente, un hombre casi 40 años mayor que Paola, responsable del acercamiento, sino que es ella al aprovecharse de su condición de adolescente para obtener favores académicos de su profesor. En otras palabras, quería pasar de curso, pero se “enamora” del seducido, y posteriormente se suicida porque no le correspondía el amor romántico. Como sostienen Martínez y Martínez, la adolescente es mostrada por el tribunal como una provocadora, quien por el hecho de pedir ayuda a un varón, se transforma en una seductora dispuesta a una transacción³³.

Las autoridades judicial y administrativa tampoco contextualizan la

30 Corte IDH, “Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador”, párr. 83.

31 Al momento de los hechos, el Código Penal ecuatoriano tipificaba el estupro como “cópula” lograda “empleando la seducción o engaño” cuando la víctima fuera mayor de 14 y menor de 18 años como era en el caso.

32 Corte IDH, “Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador”, párr. 76.

33 Martínez, Catalina y Martínez, Carmen, “Sexual violence against girls in schools as a public health issue: a commentary on the case Paola Guzmán Albarracín v. Ecuador”, *Sexual and Reproductive Health Matters*, Vol. 29 Issue 1, 2021, p. 3.

situación en las asimetrías de poder existente entre adolescente y adulto, y confirman los esquemas estereotipados que justifican el abuso sexual en las escuelas. Las niñas son responsables porque seducen a sus docentes. Pudiera decirse que el estupro en sí mismo consideraría los elementos de asimetría y el engaño, pero lo que aquí se soslaya es la *mise-en-scène*, pues el consentimiento de ella neutralizaría la conducta del hombre a partir de las visiones estereotipadas sobre la adolescente.

La víctima ideal, siguiendo a Christie, está imbuida de una serie de atributos: i) es una persona débil; ii) realiza una actividad o acción respetable, iii) no puede ser reprochada, pues no se ha expuesto a riesgos; iv) el perpetrador es una persona grande y malvada; y v) es un desconocido³⁴. Paola no cumple con esas expectativas. Pudiendo ser débil por su condición etaria, en la medida en que las niñas se convierten en adolescentes y luego en adultas van perdiendo esa debilidad e inocencia “propia de las niñas”, su acción podría ser considerada reprochable si lo que buscaba era obtener ciertos favores del docente, y por lo mismo ella se expone a los riesgos. Por último, el docente es un hombre bueno dispuesto a ayudar a aquellas estudiantes que lo requieren. Analógicamente, el docente podría haber dicho “solo cumplo con mi tarea: para eso estoy para educar, enseñar y prestar ayuda a quien lo solicite”.

Así Paola no se adecúa a la víctima ideal, es decir, a la imagen de aquellas mujeres impolutas que no tienen responsabilidad alguna en lo que les ha sucedido. Como dice la directora, ella no entra a clases, la encuentran en un bar, “resuelve sus problemas de mal rendimiento” a través de ayuda de un “padrino”: en resumidas cuentas, la niña-adolescente-seductora es plenamente responsable.

La Corte IDH manifiesta que en la investigación se imbricaron estereotipos de género:

La Corte reitera que los estereotipos de género se refieren a: una pre-concepción de “atributos, conductas o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente, y que es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes. En este sentido, su creación y uso se convierte en una de las causas y

34 Christie, Nils. “The Ideal Victim”, en *From Crime Policy to Victim Policy Reorienting the Justice System*, Palgrave Macmillan, Miami, 1986, p. 19.

consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer, condiciones que se agravan cuando se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades estatales”³⁵.

La Corte entiende que esta decisión muestra con claridad un análisis sesgado con base en preconceptos de género. En primer término, porque descarta la comisión de un delito a partir de evaluar la supuesta conducta de la víctima, haciéndola responsable del “principio de la seducción”. Eso muestra el entendimiento de que el hecho de requerir “favores docentes” implicaba, per se, que la víctima diera lugar a actos de “seducción”, lo que implícitamente conlleva atribuirle, al menos de modo parcial, responsabilidad en lo que finalmente ocurrió. Lo anterior denota un entendimiento de la mujer, que en este caso era una niña, como “provocadora” y permite la violencia sexual y discriminatoria ejercida en el hostigamiento, eximiendo de responsabilidad al victimario por ello. Respecto a lo último señalado, adviértase que, si bien la decisión imputa un delito al Vicerrector, descarta el delito de acoso sexual. De este modo, la decisión señalada, en forma implícita, avaló conductas de acoso sexual contra una niña, al no considerar que las mismas incluyen la “preparación” del abuso posterior, mediante la utilización de una situación de poder por parte del perpetrador, como ya fue explicado (*supra* párrs. 130 a 132)³⁶ [el énfasis se encuentra en la sentencia].

Es cierto que los y las adolescentes inician relaciones afectivas o amorosas en la medida que van creciendo; ello es parte de la autonomía progresiva. Sin embargo, las relaciones “románticas” gestadas en un marco de superioridad jerárquica y etaria requieren ser analizadas con detención para efectos de evaluar el consentimiento otorgado. En este caso, aunque Paola era mayor de 14 años, el profesor tenía casi 40 años más. Esta diferencia etaria no puede soslayarse al momento de considerar las condiciones de igualdad de la relación. En realidad, esta asimetría encubre un chantaje, por lo cual el consentimiento

35 Corte IDH, “Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador”, párr. 188, citando: Corte IDH, “González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México”, párr. 401, y Corte IDH, “Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs México”, párr. 213.

36 Corte IDH, “Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador”, párr. 191.

sexual estaría viciado.

Se ha señalado que el acoso sexual puede acarrear severos efectos en la vida y el desarrollo futuro de un adolescente, ya sea por los impactos físicos de contraer infecciones de transmisión sexual, en la salud mental redundando en ansiedad, depresión, baja en la autoestima y ciertamente en embarazos no deseados, que pueden llevar a abortos en contextos de ilegalidad e inseguridad, el intento de suicidio y el suicidio³⁷.

La Corte IDH hace referencia al suicidio como uno de los principales factores de mortalidad entre adolescentes, en que la multiplicidad de causas interactúan entre sí, pero se agravan con situaciones de conflicto y hostigamiento, llevando al suicidio y a las autolesiones³⁸.

En este caso, la situación de violencia culminó con el suicidio de la niña, quien dejó dos cartas para el docente y una para su madre. Como mencionamos anteriormente, la denuncia realizada por la familia y por el entorno cercano a Paola sostuvo que ella se había embarazado del docente y fue conminada a abortar, siendo víctima además del médico del establecimiento escolar que realizaría el aborto. Sin embargo, el peritaje fue irregular, por lo cual estas consecuencias del abuso no pudieron sancionarse. El suicidio de Paola, siguiendo a Russell, sería femicida, pues se trataría como aquel que se produce por la impotencia que sienten mujeres agredidas o violentadas por sus parejas quienes dirigen su rabia contra ellas mismas siendo impulsadas a quitarse la vida³⁹. Esto es lo que le habría sucedido a Paola.

Como colofón de la historia de violencia, Paola fue nuevamente victimizada por las autoridades educacionales, pues al momento en que comienza a experimentar los efectos del veneno estando en la escuela, le piden a la niña que rece y su madre es contactada para que la trasladen a un centro de salud. Con su desidia, finalmente pierden tiempo en poder salvar la vida de la adolescente siendo negligentes en la protección del derecho a la integridad personal.

37 UNESCO, *La violencia de género relacionada con la escuela impide el logro de la educación de calidad para todos*, 2015, p. 5.

38 Corte IDH, “Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador”, nota 164 del párr. 156, citando al Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 20 sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia, párr. 58; y Observación General N° 15 sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24), párr. 38.

39 Diana Russell, “Femicidio por arma de fuego”, citado por Vásquez Mejías, Ainhoa. “Óxido de Carmen de Ana María Del Río: un suicidio femicida”. *Anclajes*, vol. XXIV, n.° 3, septiembre-diciembre 2020, p. 110.

4. Los problemas de investigación sobre los hechos y la impunidad

Muchos de los casos de violencia de género perpetrada por agentes del Estado denunciados ante la Corte IDH quedan en la impunidad. Guzmán Albarracín no es la excepción. En esa trama, a diferencia de los casos en que participan policías o miembros del Ejército, aquí son las autoridades civiles de la escuela los que colaboran en la perpetuación de la impunidad, lo cual se suma a la falta de respuesta del sistema de justicia. Las autoridades educacionales realizan un sumario administrativo, sin embargo no estiman la concurrencia de responsabilidad porque el docente no habría correspondido al “enamoramamiento”, y los dirigentes del gremio de docentes habrían presionado a otras niñas para evitar que fueran testigos en la causa penal.

La solidaridad gremial no sólo responde a lograr la impunidad del docente, sino que también envía un mensaje a toda la comunidad. Los docentes denunciados encontrarán apoyo entre sus pares, y harán más difícil la tarea al resto de la comunidad escolar frente a situaciones similares. Así, se crea un ambiente de hostilidad respecto de quienes se atrevan a denunciar logrando la impunidad.

No obstante la intervención del imputado en distintas diligencias del proceso, se dio a la fuga sin ser encontrado sino hasta el momento en que su abogado solicita el sobreseimiento de la causa por la prescripción de la acción penal. El tribunal suspendió el procedimiento hasta la comparecencia o captura del Vicerrector. Es decir, estaban todos los elementos presentes que propiciarán la impunidad. Frente a esta situación surgen, pues, otras preguntas: ¿qué medidas adoptó el Ministerio Público para llevarlo a juicio? ¿Cuál fue el trabajo policial para dar con su paradero? Como queda establecido, la única consecuencia que sufrió el docente fue su despido por ausencia injustificada a su lugar de trabajo⁴⁰.

Las peticionarias y la madre de Paola sostuvieron desde el comienzo de la investigación penal que su hija estaba embarazada del docente, o que podría haberlo estado. La alegación de embarazo suma más vulneraciones de agentes del Estado, como el médico de la escuela, quien habría participado en la realización de un aborto clandestino. El embarazo no pudo ser corroborado debido a un peritaje negligente además de vulneratorio para la madre de Paola, a quien el médico forense le exhibió el cadáver de su hija con el cuerpo

40 Corte IDH, “Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador”, párr. 83.

abierto mostrándole el útero para indicarle que no había estado embarazada⁴¹:

La señora Albarracín declaró en la audiencia pública (supra párr. 10) que ese día, después de la muerte de su hija, el médico forense la llamó y le mostró el cuerpo de Paola desnudo y abierto, estando expuestos sus órganos. Conforme la declaración, el médico le “enseñ[ó] una carnosidad pequeña y [le] di[jo:] ‘señora, éste es el útero de su hija, no hay embarazo’”. El Estado no controvertió estas circunstancias⁴².

Paola dejó tres cartas antes de morir. El texto de una de ellas, dirigida al Vicerrector, expresa que la adolescente se sintió “engañada” por él, quien había “tenido” otras mujeres, y que ella decidió tomar veneno por no poder soportar “tantas cosas que sufría”⁴³.

Todo lo anterior irroga en un trato cruel e inhumano respecto de la madre.

En el caso “V.R.P, V.P.C y otros vs Nicaragua” de 2018, la Corte IDH ya había expresado las graves falencias de peritos frente a la investigación penal por violencia sexual⁴⁴. En ese caso, la reiteración de exámenes ginecológicos a una niña y el careo con su padre imputado por el delito de violación fueron rechazado por la niña y su madre.

5. Sobre las medidas de reparación

Es interesante advertir que en el proceso de tramitación ante la Corte IDH, el Estado de Ecuador intentó reducir las medidas de reparación solicitadas por la CIDH y las representantes, una de ellas con la necesidad de contar con apoyo de salud mental a Petita Albarracín, la madre de Paola:

El Estado recordó que el derecho a la seguridad social y el derecho a la atención médica de la señora Albarracín se encuentran adecuadamente garantizados y protegidos por ser derechos de rango constitucional, por lo cual es innecesario que el Tribunal se pronuncie sobre medidas de atención médica. Señaló que “la señora Albarracín tiene acceso al seguro social”, sin discriminación

41 Corte IDH, “Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador”, referencia en la nota 144 del párr. 145.

42 Corte IDH, “Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador”, párrs. 55

43 Corte IDH, “Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador”, párr. 56.

44 Corte IDH, “V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua”. Fondo 8/03/2018, párrs. 172 y siguientes.

alguna en su contra⁴⁵.

Sin embargo, la idea de contar con un sistema de seguridad social en países con débiles sistemas de salud público no garantiza de manera alguna la posibilidad de acceder a prestaciones oportunas y de calidad⁴⁶. Por lo cual, cuando la Corte ordena al Estado a asegurar prestaciones de salud, viene a reforzar y eventualmente exigir el cumplimiento de tales medidas.

En un segundo orden de ideas, se encuentran las solicitudes de la CIDH y las representantes de las víctimas que buscan la adopción de medidas para prevenir la violencia en las escuelas y otorgar protección a las víctimas. El Estado mostró una batería de medidas que comenzó a implementar a partir del 2007, como dice la Corte, a petición de la CIDH y las representantes:

La Corte advierte que la Comisión y las representantes han solicitado que se ordenen acciones relativas a: a) capacitación de funcionarios públicos; b) prevención de actos de violencia sexual en el ámbito educativo; c) atención a víctimas de violencia sexual en el ámbito educativo; d) enseñanza de educación sexual; e) campañas de educación y sensibilización, y f) generación y disponibilidad de información sobre violencia sexual en el ámbito educativo⁴⁷.

Si bien la Corte valora todas las medidas que presenta el Estado, es escéptica frente a la eficacia de las mismas, pues los propios peritos del Estado establecen que no hay seguimiento ni indicadores respecto de las políticas y programas.

Pese a lo expuesto, en cuanto a la generación y disposición de información, aunque Ecuador mencionó que cuenta con el sistema informático de registro de casos de violencia sexual – RE-DEVI, la prueba pericial ofrecida por el Estado denota también la falta de información estadística sobre distintos planes, proyectos

45 Corte IDH, “Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador”, párr. 225.

46 En países como Chile, la presencia de psiquiatras en el sistema público de salud es baja redundando en un período de espera importante solo para lograr la primera entrevista y la calidad de los servicios tampoco es diversa, Subsecretaría de Salud Pública, Plan Nacional de Salud Mental 2017, Ministerio de Salud, 2017, p. 16 y 19.

47 Corte IDH, “Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador”, párr. 242.

y programas pertinentes. Asimismo, según se ha indicado en esa misma prueba pericial, no se han realizado acciones de “seguimiento” para asegurar la implementación del Plan Nacional para erradicar delitos sexuales en el sistema educativo⁴⁸.

Así pues, ya no bastará con proponer una batería de acciones sino que demostrar que estas son eficaces otorgando un plazo de un año para mostrar resultados, pudiendo ser asesorados por el Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belem do Pará (MESECVI), y lo llamativo es que insta a que las políticas que se implementen cuenten con la participación de las y los adolescentes⁴⁹.

Reflexiones finales

Este caso puede ser un primer paso para que el sistema regional de derechos humanos se pronuncie sobre el acoso sexual. Hay múltiples experiencias en la región en que las víctimas recorren el sistema administrativo y/o judicial en busca de una respuesta adecuada. Chile no es la excepción, y es particularmente grave la experiencia de las mujeres que han denunciado situaciones de violencia al interior del Poder Judicial. Si es que las sanciones llegan, estas pueden ser nimias en consideración al daño ocasionado a las mismas víctimas, pero también al propio sistema de justicia y su legitimidad. Jueces o funcionarios judiciales, más allá de la suspensión de funciones por algún tiempo, continúan gozando de buena salud en sus cargos.

En la medida en que las instituciones y quienes las conforman naturalicen o justifiquen el acoso sexual, este seguirá siendo otra forma más de violencia a la que predominantemente las mujeres estamos expuestas.

⁴⁸ Corte IDH, “Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador”, párr. 244.

⁴⁹ *Ibíd.* párr. 245.

LA SUPREMA CORTE Y EL PRESIDENTE FRENTE A LA “CUARTA TRASFORMACIÓN” DE MÉXICO

*Andrea Pozas Loyo*¹

En México, la relación entre el Presidente Andrés Manuel López Obrador (AMLO) y la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha sido el centro de fuertes y reiteradas polémicas. En un país crecientemente polarizado, el Poder Judicial Federal (PJF), ha dejado los márgenes de la opinión pública y publicada para volverse el foco de acaloradas disputas. Este texto busca proveer las claves mínimas de la compleja relación entre el poder ejecutivo y la SCJN en México a dos años y medio de gobierno del Presidente AMLO. Con este fin, primero presento un delgado marco contextual para ubicar el debate. Segundo, doy cuenta de los nombramientos para la SCJN y el Consejo de la Judicatura Federal (CJF) ocurridos en lo que va del sexenio. Tercero presento los elementos más debatidos de la reforma judicial aprobada en 2021, así como de la ley secundaria que la reglamenta y busca extender el periodo en el cargo del Ministro Presidente Arturo Zaldívar y de las y los integrantes del CJF. Cierro con una muy breve reflexión de lo que espera a la SCJN en el futuro inmediato.

En México, la relación entre el Presidente Andrés Manuel López Obrador (AMLO) y la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha sido el centro de fuertes y reiteradas polémicas. En un país crecientemente polarizado, el Poder Judicial Federal (PJF), ha dejado los márgenes de la opinión pública y publicada para volverse el foco de acaloradas disputas. Por un lado, se denuncia una agenda en la que el menoscabo de la independencia judicial se concibe como una pieza clave en un esquema de creciente concentración del poder en el ejecutivo y las fuerzas armadas. Por el otro, se caracteriza al PJF como

¹ Investigadora titular de tiempo completo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, andrea.pozas@unam.mx

mayoritariamente compuesto por personas corruptas que buscan preservar los intereses de las élites, y a la mayoría de quienes componen a la SCJN, como “alcahuetes” al servicio del “antiguo régimen.”²

Este texto busca proveer las claves mínimas de la compleja relación entre el poder ejecutivo y la SCJN en México a dos años y medio de gobierno del Presidente AMLO. Con este fin, primero buscaré proveer de un delgado marco contextual para ubicar el debate. Segundo, daré cuenta de los nombramientos para la SCJN y el Consejo de la Judicatura Federal (CJF) ocurridos en lo que va del sexenio. Tercero presentaré los elementos más debatidos de la reforma judicial aprobada en 2021, así como de la ley secundaria que la reglamenta y busca extender el periodo en el cargo del Ministro Presidente Arturo Zaldívar y de las y los integrantes del CJF. Cerraré con una muy breve reflexión de lo que espera a la SCJN en el futuro inmediato.

La lenta e imperfecta construcción de un poder judicial independiente

Para comprender el debate en torno a la SCJN es fundamental ubicar dónde se encontraban cuando el Presidente AMLO tomó posesión. Entre 1994 y 2018 el Poder Judicial Federal (PJF) en México pasó de tener muy poca independencia vis-a-vis el poder ejecutivo,³ de estar constituido por redes de patronazgo y haber sido azotado por fuertes escándalos de corrupción, a gozar de una considerable independencia, tanto *de jure* como *de facto*, y tener una carrera judicial, incompleta e imperfecta, pero con un sistema institucionalizado de ingreso y asenso por concursos de oposición para los puestos claves.

Considérense los siguientes datos puntuales para respaldar estas afirmaciones. Entre 1970 y 1994 cada presidente nominó al menos al 50% de la SCJN durante su sexenio, llegando a un 90% durante el gobierno de Miguel de la Madrid. A partir de 2000, ningún presidente ha nominado a más del 45% de la Corte. Antes de la importante reforma judicial de 1994 los ministros y ministras de la SCJN nombraban a todas y todos los jueces del PJF por medio de una norma informal de rotación con respaldo unánime, lo que

2 Como muestra de cientos de reportes ver estos dos artículos de periódicos ideológicamente divergentes, uno del inicio del sexenio, y otro de dos años después:

Denise, Dresser “Desencanchados”, Reforma, 10 de diciembre de 2018, [https://www.jornada.com.mx/notas/2021/04/19/politica/extender-presidencia-de-ministro-zaldivar-no-es-inmoral-lopez-obrador/](https://busquedas.gruporeforma.com/reforma/Documento/Web.aspx?id=143558%7COpinion&url=https://www.gruporeforma.com/Opinion/Autor/463_perfilArtOCNRM.jpg&text=descanchados&tit=; La Jornada, “Extender presidencia de ministro Zaldívar no es inmoral: López Obrador”, <a href=) 19 de abril 2021

3 Ver: Mijangos, Pablo, *Historia Mínima de la Suprema Corte*, (Colegio de México), 2019.

generaba amplias redes de patronazgo.⁴ La reforma judicial de 1994 creó el CJF y con él instituyó la carrera judicial que, como veremos, tenía problemas, pero sin duda constituía un importante avance.⁵ Finalmente, no existen datos sistemáticos que permitan una comparación diacrónica de los niveles de corrupción al interior del PJJ. Pero vale la pena recordar que la reforma de 1994 fue posible, en parte, por el clima de indignación pública que había generado un terrible caso de corrupción en el que el Ministro de la SCJN Ernesto Díaz Infante presionó para que se liberara al violador y asesino de una niña de seis años a cambio de 500,000 dólares.

Actualmente, existe un consenso entre quienes interactúan directamente con el poder judicial que la corrupción es prevalente en muchos de los poderes judiciales de los estados, pero no así en el PJJ.⁶ Ahora bien, ello no implica no haya problemas al interior del PJJ, el más mediático en los últimos años ha sido la publicación en 2018 de datos de nepotismo.⁷ Dichos datos mostraron una variación importante entre circuitos, y en algunos, un muy preocupante número de relaciones familiares.

La SCJN en 2018 estaba sin duda lejos de la situación en que se encontraba dentro del sistema de partido hegemónico, cuando sistemáticamente decidía en favor del ejecutivo y era omisa en muchos casos políticamente relevantes. Sus decisiones en las dos décadas y media desde 1994 habían sido muy importantes para hacer efectivo el sistema de frenos y contrapesos y volver funcional el complejo federalismo mexicano. Sin embargo, su desempeño había dejado mucho qué desear en la protección de derechos. Esta falta es grave en un país extremadamente desigual y con una larga historia de anhelos y necesidades plasmados, mas no satisfechos, desde la promulgación de la Constitución de 1917.

Por ello, es desafortunado pero no sorprendente, que los avances hechos desde la reforma judicial de 1994 no hayan alcanzado para generar legitimidad social ni por parte de la SCJN, ni por parte del PJJ. Muestra de ello son

4 Pozas Loyo, Andrea y Ríos Figueroa, Julio, "Anatomy of an Informal Institution. The 'Gentlemen's Pact' and Judicial Selection in Mexico, 1917-1994", en *International Political Science Review*, No. 5, 2019, pp. 6647-6661.

5 Fix Fierro, Héctor, *El poder del Poder Judicial y la modernización jurídica en el México contemporáneo*. México, (IIJ UNAM), 2020.

6 Ver Pozas Loyo, Andrea y Ríos Figueroa Julio, *Enderezar el Derecho* (MCCyI, CIDE, IIJ, ITAM, WJP, LyNCAM, ANADE, BNA), 2020.

7 Ríos Figueroa, Julio, *El déficit meritocrático. Nepotismo y redes familiares en el Poder Judicial de la Federación* (Mexicanos Contra la Corrupción y la Impunidad) (2018). Disponible en <https://nepotismo.contralacorrupcion.mx/>

las dos últimas entregas de la Encuesta Nacional de Calidad e Impacto Gubernamental en las que la confianza en “jueces y magistrados” se incrementó únicamente de 31.7% en 2017, a 35.1 en 2019, a pesar de que la mayor parte de los usuarios dan altas calificaciones al PJF.⁸

Para cerrar esta sección de contextualización sirvan un par de coordenadas sobre el actual gobierno y el contexto en el que llega al poder. Primero, es fundamental recordar que el gobierno del Presidente Peña Nieto finalizó con el menor grado de aprobación registrado, solo un 24%. Un conjunto de escándalos de corrupción fueron determinantes para este resultado. Segundo, AMLO llega al poder bajo una narrativa oficial en la que su gobierno inaugura la “Cuarta Transformación” (4T) en la historia de México tras la independencia, la victoria liberal del siglo XIX, y la revolución de 1910. Es central comprender que la identidad de la 4T está construida por oposición a “la mafia en el poder”. Bajo esta narrativa, las élites políticas, económicas, científicas y culturales, constituyen un grupo que ha explotado al pueblo, degradado la moral del país y promovido un conjunto de instituciones que deben ser descartadas. El Presidente AMLO ha reiteradamente identificado a la mayor parte de la SCJN como parte de dicha “mafia”.

Finalmente, es fundamental recordar que el actual gobierno fue el primero que gozó de una mayoría legislativa desde 1997, gracias a su coalición con el partido evangélico Encuentro Social (PES) y el Partido del Trabajo (PT). Esta condición de gobierno unificado, aunada a la popularidad del Presidente⁹ y al verdadero tsunami de leyes y decretos que han promovido en lo que va del sexenio, ha generado fuertes presiones sobre el poder judicial y la Corte pues han venido acompañados por un número considerable de juicios de inconstitucionalidad, en un contexto en el que las y los juzgadores se sienten particularmente vulnerables.

La transformación y la jerarquía judicial

El poder judicial mexicano es extremadamente vertical y su cabeza, la SCJN, no es solo la corte de casación y la corte constitucional, sino que además tiene

8 <https://www.inegi.org.mx/programas/encig/2019/>, Encuesta Nacional de Calidad e Impacto Gubernamental, 2018. En la “Encuesta Nacional sobre la Percepción de la Calidad del Servicio en órganos jurisdiccionales 2018” realizada por el CJF, de 12,125 respuestas de litigantes y usuarios, el 52.2% (6,330 respuestas) calificaron con 10 el grado de satisfacción con el servicio proporcionado por los órganos jurisdiccionales federales, correspondiente a “excelente”, y el 29.9% (3,632 respuestas) lo calificó con 9 “Encuesta Nacional sobre la Percepción de la Calidad del Servicio en órganos jurisdiccionales 2018” (CJF),

9 <https://oraculus.mx/aprobacion-presidencial/>

mucho peso en la administración del PJP: su presidente lo es también del Consejo de la Judicatura Federal (CJF), tiene facultades para revisar algunas decisiones de este consejo y para designar a tres de sus siete integrantes, quienes con el Ministro Presidente generan una mayoría. A pesar de que esta alta concentración de poder en la SCJN ha sido el foco de múltiples críticas, la reforma judicial de 2021 la empoderó aún más minando, como veremos, la independencia de los jueces y magistrados respecto de sus superiores. Por estas razones los nombramientos a la SCJN y al CJF son particularmente importantes, y los réditos para los actores políticos de su control político son ahora más altos.

En 2018 y 2019 se abrieron dos vacantes para la SCJN.¹⁰ Gracias a la conformación del Senado, el Presidente AMLO pudo colocar a dos personas, que si bien son ideológicamente cercanas a él, han exhibido hasta ahora un comportamiento diferenciado. En diciembre de 2018, el Ministro Juan Luis González Alcántara (quien fuera magistrado del Tribunal de Justicia de la capital cuando AMLO la gobernaba) asumió el cargo. En febrero, de 2019 la Ministra Yasmín Esquivel Mossa, presidenta del tribunal de justicia de la Ciudad de México (Cd.Mx.) fue seleccionada para ocupar la otra vacante. Esta designación fue polémica pues la Ministra es conyúge de Jose María Rioboó, contratista de múltiples proyectos multimillonarios de infraestructura desde que AMLO era jefe de gobierno de la Cd.Mx. El Ministro González Alcántara contrario a las expectativas de muchos, tal vez incluido el Presidente, ha dado muestras de independencia en varios casos políticamente cargados,¹¹ no así la Ministra Esquivel.

Pero sin duda el proceso de designación que mayor debate generó fue el derivado de la excepcional renuncia del Ministro Eduardo Medina Mora 10 años antes del término en el cargo. El artículo 98 de la Constitución mexicana establece que las renunciaciones a la SCJN “solamente procederán por causas graves; serán sometidas al Ejecutivo y, si éste las acepta, las enviará para su aprobación al Senado.” Contrario a lo requerido, el Ministro presentó su renuncia en un breve y desaseado documento sin fecha ni justificación de su partida con base en “causas graves.” Esta renuncia fue rápidamente aceptada por el Senado y

10 Para un recuento detallado de estos procesos ver: Cortez Salinas, Josafat y Camilo Saavedra Herrera (2021) “Palomas mensajeras y halcones amenazantes: la justicia federal en los primeros dos años del gobierno de López Obrador”. *El Cotidiano*, núm. 225, pp. 42-52.

11 Ej. <https://www.economista.com.mx/politica/Decision-de-la-SCJN-no-exime-a-Cabeza-de-Vaca-de-proceso-penal-expertos-20210517-0013.html>

el Presidente sin mayores cuestionamientos. La versión más aceptada de lo que la motivó, que fue alimentada por el propio Presidente AMLO, fue que la Fiscalía General de la República tenía en su poder evidencia de actos de corrupción del Ministro, y que las cuentas bancarias del ministro y su familia habían sido congeladas.¹² Sin embargo, una vez aceptada la renuncia no se supo más de dichas investigaciones y las cuentas fueron descongeladas. Por ello, no fueron pocos quienes consideraron que ésta fue una renuncia forzada, y denunciaron que se había acordado impunidad a cambio de una vacante más en la Corte. Esta vacante fue llenada por la Ministra Margarita Ríos Farjat.

El CJF tuvo también tres vacantes en noviembre de 2019, y tanto el Presidente de la República como el Senado nombraron a tres personas cercanas a la 4T: Bernardo Bátiz, Loretta Ortiz y Eva Verónica de Gyvés Zárate, quienes con el Ministro Presidente Zaldívar conforman en el CJF una mayoría percibida como afín al ejecutivo.

La reforma judicial de 2021: transformación deseable o el menor de los males posibles

La figura clave de la reforma judicial es el Ministro Presidente de la SCJN, Arturo Zaldívar. El Ministro, quien logró presidir la SCJN tras un muy contencioso proceso y gracias al voto del recién nombrado Ministro González Alcántara Carrancá (nombrado por AMLO).¹³ El Ministro Zaldívar no cuenta con una carrera judicial, hecho al que se le atribuía el recelo de parte importante del PJP y la propia SCJN al momento de su elección. Como hemos visto AMLO llegó al ejecutivo con una agenda de transformación que por supuesto incluía al poder judicial y a la Corte. El Ministro Presidente, quien se ha convertido en una figura públicamente cercana al Presidente AMLO, fue el artífice reconocido de esta enmienda. La reforma es multifacética, como da muestra la caracterización que el propio Ministro Zaldívar hace de ella en un vaivén entre “la reforma judicial más importante desde hace un cuarto de siglo” y la auto-reforma “que logró impedir la intromisión del poder político en el poder judicial.” Si esta es la reforma ideal o el menor de los males posibles, dada la coyuntura política requiere un análisis sistemático que está fuera de las posibilidades de este texto, aquí puedo solo delinear su contenido

12 <https://www.eluniversal.com.mx/opinion/salvador-garcia-soto-expres/por-que-renuncio-el-ministro-medina-mora>

13 Al ministro presidente de la SCJN lo nombran, por un periodo de cuatro años, sus colegas en la Corte mediante voto mayoritario.

y subrayar los puntos que mayor debate han generado.

La reforma judicial fue presentada al público como un cambio necesario para fortalecer la legitimidad del PJJ y la carrera judicial, para combatir la corrupción y el nepotismo, para focalizar y agilizar el trabajo tanto de la SCJN (por medio de mecanismos de selección de casos), como del PJJ en su conjunto (mediante la modificación de la estructura y las competencias de los órganos encargados de la resolución de contradicciones jurisprudenciales y conflictos de competencias).

Las y los críticos de esta reforma han señalado que ésta concentrará aún más poder en la SCJN y el CJF, sin incorporar mecanismos de control y rendición de cuentas, lo que pondrá en riesgo la independencia judicial interna dejando a las y los jueces al arbitrio de sus superiores mediante la manipulación de mecanismos jurisprudenciales y administrativos. Si el control de las dos cúpulas del PJJ permite el control de todos las y los juzgadores federales, la tentación de injerencia política sobre éstas aumenta, ya sea por medio de intimidación, de cooptación o de ambos.

Desafortunadamente, el análisis de la reforma se vio opacado por la energética respuesta que generó la inclusión, de forma oscura y de último momento, de un artículo transitorio en la ley secundaria que amplía el mandato del Ministro Zaldívar y de las y los integrantes del CJF nombrados por esta administración (donde la 4T ya tiene mayoría), y lo hace coincidir con el fin del sexenio del Presidente AMLO (2024). La inconstitucionalidad de este artículo no es objeto de debate: la Constitución establece de forma clara la duración de ambos cargos y prohíbe su reelección. Incluso, la defensa que el Presidente de la República ha hecho del transitorio ha sido en términos morales, no constitucionales. En sus palabras: “la ampliación no es inmoral al contrario, yo sostengo que él ayuda a que se moralice el Poder Judicial, la mayoría viene del antiguo régimen, no hay otro perfil (para asumir la presidencia de la Corte), son más bien las circunstancias.”¹⁴ Este argumento en su mejor luz, establecería que la ampliación del periodo es un mal necesario, para lograr un bien mayor: la implementación de la reforma judicial. Sin embargo, paradójicamente el transitorio contraviene los fines últimos de la reforma, pues deslegitima al Ministro Zaldívar y a toda la SCJN.

Varios juicios de inconstitucionalidad se han interpuesto ante la SCJN contra este artículo transitorio. Para responder de forma expedita al rechazo

14 Ver *La Jornada* nota 1.

generalizado que este artículo ha generado, el Ministro Zaldivar convocó al pleno de la Corte a una consulta extraordinaria. El resultado de dicha consulta está aún por definirse en el momento en que escribo este texto. Independientemente del resultado de dicha consulta, que no es un ejercicio jurisdiccional, la SCJN decidirá sobre la constitucionalidad del transitorio.

¿Qué esperar de la relación entre el Presidente y la SCJN en el futuro inmediato?

Durante la pandemia por COVID-19 el Presidente AMLO ha hecho amplio uso de los decretos presidenciales y otras formas de acciones unilaterales. Además, su mayoría legislativa ha producido un número importante de leyes muchas de ellas sumamente polémicas. Como es de esperarse, un número importante de recursos para cuestionar la constitucionalidad de estas decisiones han sido presentadas ante la Suprema Corte. Tomemos como muestra una de ellas: el conjunto de demandas referentes al acuerdo de militarización publicado el 11 de mayo de 2020.¹⁵ Este acuerdo amplió notablemente las facultades de las Fuerzas Armadas (FA), les permitió realizar detenciones, incluyendo la detención de migrantes, les permitió asegurar bienes, ejecutar ordenes de aprensión, preservar y procesar la evidencia en escenas de crimen. Más aún les dio la capacidad de tomar acciones para la preservación de la paz y el control del delito en todas las zonas federales.¹⁶ La constitucionalidad de este acuerdo ha sido cuestionado tanto por su contenido como porque el ejecutivo no tiene facultades para este tipo de acciones unilaterales.¹⁷

Sobra decir que la resolución de este caso será sumamente compleja. Durante el gobierno de AMLO las FA no solo han ampliado sus facultades, sino que han adquirido mayor autonomía presupuestal al recibir importantes contratos para la construcción de infraestructura, y la administración de

15 https://www.dof.gob.mx/index_111.php?year=2020&month=05&day=11 ACUERDO por el que se dispone de la Fuerza Armada permanente para llevar a cabo tareas de seguridad pública de manera extraordinaria, regulada, fiscalizada, subordinada y complementaria, 11 de mayo, 2020.

16 Para un análisis de este acuerdo y los argumentos entorno a su inconstitucionalidad ver <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6197/1.pdf>

17 Ver López Olvera, Miguel Alejandro. “La disposición de la fuerza armada permanente para funciones de seguridad pública por un reglamento autónomo”, en González Martín, Nuria (coord.), *Emergencia sanitaria por COVID-19: Un acuerdo desconcertante, ¿emergencia por motivos de salud o de seguridad?* (IIJ-UNAM), 2020, accessible en <https://www.juridicas.unam.mx/publicaciones/detalle-publicacion/164> y Vázquez, Daniel. “Institucionalizando la militarización en México. ¿Por qué justo ahora?: La ominosa resolución del 11 de mayo de 2020”, en González Martín, Nuria (coord.), *Emergencia sanitaria por COVID-19: Un acuerdo desconcertante, ¿emergencia por motivos de salud o de seguridad?* (IIJ-UNAM) accessible en <https://www.juridicas.unam.mx/publicaciones/detalle-publicacion/164>

importantes fuentes de recursos como serán los derivados del nuevo aeropuerto. Como es sabido, México tiene una crisis de seguridad y el creciente uso de las FA para la seguridad pública aumenta el riesgo de fuertes violaciones de Derechos Humanos por parte de esta corporación. Como hemos dicho, este es solo uno de los muchos casos que la Corte tiene entre manos; lo acompañan cientos de amparos, acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales que como las que cuestionan la Ley federal de remuneraciones de servidores públicos, el presupuesto para órganos constitucionales autónomos, o la construcción del tren maya.¹⁸

Finalmente, la integración de la SCJN sufrirá un cambio adicional cuando el Ministro Fernando Franco se retire a finales de 2021. Como resultado de la reforma judicial, el PJF tendrá que integrar a 120 nuevos magistrados y magistradas que constituirán casi el 15% del total de todas las personas en esta importante posición dentro de la jerarquía judicial.

Todo parece indicar que la relación de la SCJN y AMLO seguirá suscitando controversias. La presión sobre el árbitro constitucional será fuerte en la segunda parte del sexenio tanto por parte del Presidente AMLO, quien buscará avanzar y consolidar su agenda, como por parte de los partidos de oposición que han visto en los resultados de la elección intermedia de junio de 2021 la posibilidad de capitalizar el descontento de parte de la población.

18 Para un listado y un análisis de estos casos ver: María Amparo Casar y Saúl López Noriega *Los pendientes de la Corte*, (Cal y Arena), 2021.

