



Universidad
Politécnica
de Nicaragua

Sirviendo a la Comunidad

CUADERNO JURÍDICO Y POLÍTICO

Volumen 2 • No. 7 • Enero - Marzo 2017 • ISSN 2413-810X

Publicación trimestral
Managua, Nicaragua

SUMARIO

- Editorial
Roberto Guerrero Vega
- Artículos
Carlos de Gómez Pérez-Aradros
Byron Sequeira
- Ponencias
Luis Manuel Osejo
Jenny Mora Paizano
- Entrevistas
Alma Fernández
- Corpus iuris de derechos humanos
Asamblea General de la OEA
Corte Interamericana de Derechos Humanos
- Informativo



ICEJP

Instituto Centroamericano de
Estudios Jurídicos y Políticos

ECJP
UPOLI

Escuela de
Ciencias
Jurídicas y
Políticas

INSTITUTO CENTROAMERICANO DE
ESTUDIOS JURÍDICOS Y POLÍTICOS
ICEJP-UPOLI

Lydia Ruth Zamora,
Rectora UPOLI

Óscar Castillo Guido,
Decano Escuela de Ciencias Jurídicas
y Políticas

Mario Isaías Tórrez,
Director

José Alejandro Castillo,
Docente investigador

Roberto Guerrero Vega,
Docente investigador

Isbelia Ruiz Perdomo,
Docente investigadora

Geormar Vargas Téllez,
Centro de Documentación

CUADERNO JURÍDICO Y POLÍTICO es una publicación trimestral del Instituto Centroamericano de Estudios Jurídicos y Políticos, ICEJP-UPOLI. Se permite el uso de los artículos citando la fuente y su reproducción con permiso previo de ICEJP-UPOLI/Editorial Jurídica UPOLI.

© Editorial Jurídica UPOLI. Managua, enero de 2017.

ISSN 2413-810X (versión impresa). ISSN 2414-4428 (en línea).

La versión en línea disponible en el Portal de Revistas de la UPOLI:
<http://portalderevistas.upoli.edu.ni/>

Universidad Politécnica de Nicaragua, costado sur Villa Rubén Darío, Managua. Apdo. postal 3395.

Tels.: (505)2289-7740 al 44, ext. 328/378/217/369. Fax: (505)2249-9231.

Toda correspondencia dirigirla a: revistacjp@upoli.edu.ni

CUADERNO JURÍDICO Y POLÍTICO

Coordinador general
Mario Isaías Tórrez

Editor encargado
Danny Ramírez Ayérdiz

Editores adjuntos
Isbelia Ruiz Perdomo / Roberto Guerrero Vega

Consejo Editorial
Miembros y miembras plenas

Óscar Castillo Guido,
Universidad Politécnica de Nicaragua

María Luisa Acosta,
Centro de Asistencia Legal a Pueblos Indígenas
Academia de Ciencias de Nicaragua

Ana Margarita Vijil,
Universidad Politécnica de Nicaragua

Lea Cruz Rivera,
Universidad Politécnica de Nicaragua

Donald Alemán Mena,
Asociación Iberoamericana de Derecho
del Trabajo y la Seguridad Social

Luis Manuel Osejo,
Tribunal Nacional Laboral de Apelaciones

Caio Fabio Varela,
Instituto de Políticas Públicas
en Derechos Humanos del Mercosur

Sandra Ramos López,
Movimiento de Mujeres Trabajadoras y
Desempleadas “María Elena Cuadra”

Carlos Emilio López,
Asamblea Nacional

Pares revisores
Débora García Morales/Fidel Ernesto Narváez

Equipo técnico

Corrector de textos
Waldir Ruiz

Traductora de textos
Ruxandra Dumitru

Diseño de portada y cuidado en línea
Ricardo Lazo/Dirección de Mercadeo UPOLI

Asistentes de edición y de entrevistas
Ariana González/Geormar Vargas Téllez



ICEJP

Instituto Centroamericano de
Estudios Jurídicos y Políticos

CUADERNO JURÍDICO Y POLÍTICO

Vol. 2. No. 7. Enero-Marzo 2017

Roberto Guerrero Vega– Carlos de Gómez Pérez-Aradros–
Byron Sequeira– Luis Manuel Osejo– Jenny Mora Paizano– Alma Fernández–
Asamblea General de la OEA– Corte Interamericana de Derechos Humanos

Contenido

Roberto Guerrero Vega

Editorial

Redes sociales: riesgos y amenazas..... 1

Artículos

Carlos de Gómez Pérez-Aradros

Gobernanza plural: ¿una alternativa al modelo liberal democrático?..... 5

Byron Sequeira

La naturaleza jurídica del arbitraje..... 25

Ponencias

Luis Manuel Osejo

Alcances de la irrenunciabilidad de los derechos laborales en Nicaragua..... 39

Jenny Mora Paizano

De la criminología crítica a la crítica del derecho penal:

Apuntes y reflexiones a las consideraciones de Alessandro Baratta..... 53

Entrevistas

Alma Fernández

“Estudiar a mí me salvó la vida”..... 59

Corpus iuris de derechos humanos

Asamblea General de la OEA

Convención Interamericana sobre la Protección

de los Derechos Humanos de las Personas Mayores..... 65

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Opinión consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016 solicitada

por la República de Panamá..... 90

Informativo

Líneas de investigación del Instituto Centroamericano de

Estudios Jurídicos y Políticos..... 110

Editorial

Redes sociales: riesgos y amenazas

Roberto Guerrero Vega



Roberto Guerrero Vega (1986) licenciado en derecho (2011) y máster en Derecho procesal civil por la UPOLI (2015). Docente investigador del ICEJP-UPOLI. Contacto: investigador-icejp2@upoli.edu.ni

Las palabras globalización, internet, tecnologías de la información y comunicación y redes sociales, son algunas terminologías que se utilizan para definir diferentes sistemas, procesos y herramientas del mundo contemporáneo que guardan relación entre sí, y que han venido modificando paulatinamente, desde hace aproximadamente tres décadas, nuestra manera de vivir y de relacionarnos con el mundo exterior, tal y como lo ha manifestado el profesor José Alejandro Castillo en un artículo para esta revista.

Aunque el impacto de estas nuevas tecnologías nos afecta positiva o negativamente a todas y todos, hay quienes por su edad –próxima al surgimiento y desarrollo de las mismas- están más propensos a su utilización y/o a su dependencia y por ende, más expuestos a sus amenazas y peligros en casos de darle un mal uso, éstas son la “Generación Y” a la cual pertenecen las personas nacidas entre los años 1980-2000 y la “Generación Z” que se compone de las personas nacidas a partir de 2001. A efectos de este análisis me referiré a personas de ambas generaciones, sobre todo a aquellas que nuestra legislación cataloga como niños, niñas y adolescentes. Estas generaciones se caracterizan por el fácil acceso a los medios tecnológicos como celulares, tablets, computadoras, internet, etc.

Las redes sociales hoy en día se han convertido principal herramienta y plataforma de comunicación de los *millennials* y de la *generación z*; se estima que a la fecha existen más de 200 en todo el mundo, siendo las más populares Facebook, Twitter, WhatsApp y las emergentes SnapChat e Instagram. Estas redes conectan a más de dos mil millones de personas usuarias de todo el planeta y son una de las expresiones más claras de la tecnología y de su influencia en el comportamiento y los destinos de la sociedad actual.

Según el *Estudio sobre Redes Sociales en Centroamérica y el Caribe* (2016) en la región, el 81.7% de los usuarios de internet lo utiliza para visitar las redes sociales, siendo Facebook (91.2%) y WhatsApp (86.6%) las redes más utilizadas. Nuestro país sigue siendo uno de los que menos utiliza las redes sociales pero es el que más ha experimentado un mayor incremento en el número de usuarios de Facebook en el último año.

De lo anterior se desprende la primera cuestión preliminar, según el estudio citado, “a mayor accesibilidad, mayor riesgo y a mayor riesgo, mayor necesidad de supervisión y control de los padres y tutores sobre el uso de las redes sociales por parte de los niños, niñas y adolescentes principalmente”.



malodelasredessociales.blogspot.com.ar/

Otro dato importante que nos arroja el estudio es que los centroamericanos y centroamericanas también tienen una fuerte adicción hacia el uso de las redes sociales, pues aproximadamente el 45% de los usuarios no soportan estar desconectados y otros manifiestan que el mayor tiempo de desconexión que pueden soportar es de una hora diaria; este porcentaje se eleva a un 75% si consideramos a las personas que no pueden pasar desconectadas por más de un día.

Acá el estudio nos plantea el segundo aspecto importante: “la adicción al internet y al uso permanente y descontrolado de las redes sociales es uno de los factores de exposición de nuestros niños, niñas y adolescentes a los males del internet”.

Aunque las redes sociales representan una amenaza real a la seguridad de todas las personas, solo el 27% de centroamericanos considera que los principales problemas al usar las redes sociales son los “riesgos en seguridad” y “los problemas de privacidad” (Estudio de Redes Sociales en Centroamérica y el Caribe, 2016, p. 10); sin embargo, si comparamos ese porcentaje, frente al 18.80% que consideró lo mismo en el año 2015, podemos afirmar que estamos frente a una leve mejoría en cuanto a la percepción de los riesgos y amenazas en las redes sociales por parte de los usuarios, lo que posiblemente se haya visto alentado por las múltiples situaciones que se han presentado y viralizado en el último año, y que han acaparado los titulares en Nicaragua, Centroamérica y el mundo.

El dato estadístico anterior, no significa necesariamente que el restante 73% de los usuarios de las redes sociales ignoren o desconozcan los riesgos del internet y sus redes sociales, sino que una lectura distinta nos puede hacer creer que éstas personas aunque conocen de los peligros de la red, los ven como algo lejano a ellos, es decir, que han desarrollado una creencia de autoinmunidad frente a estas amenazas. Ellas y ellos saben de los riesgos, inclusive, han sido testigos directos o indirectos de una serie de casos en los que las redes sociales exponen inclementemente la privacidad y la dignidad de las personas, sobre todo, de nuestros niños,

niñas y adolescentes, a pesar de ello se asumen a sí mismos y a su círculo cercano como en una zona “comfort” de seguridad.

De lo anterior se desprende el tercer planteamiento importante para el análisis: “La percepción o creencia autoinmune a los peligros en las redes sociales, es también un peligro claro y una potencial amenaza a la seguridad de nuestros niños, niñas y adolescentes, porque contribuye a que no tomen las debidas precauciones de seguridad”. Por ende, esta percepción es algo que debemos luchar por cambiar.

¡Nadie debe considerarse inmune a estos peligros!

Para advertencia de todas y todos, sólo durante 2016 se presentaron, en Nicaragua, Centroamérica y el mundo, una serie de situaciones en las redes sociales que afectaron a todos los grupos generacionales, aunque principalmente a nuestros niños, niñas y adolescentes que son el grupo más vulnerable. Estas acciones son:

- Usurpación de identidad mediante la creación de perfiles falsos;
- Divulgación de fotos y videos de niñas, niños y adolescentes con contenido sexual explícito o implícito;
- Divulgación de fotos y videos en el que niñas, niños y adolescentes participan en situaciones de violencia como peleas callejeras o riñas tumultuarias o maltrato dentro del núcleo familiar;
- Amenazas directas a niñas, niños y adolescentes por conflictos comunes.
- Divulgación de información falsa con objetivo de dañar la imagen, la honra, la dignidad y la reputación de las personas;
- Creación y divulgación de memes hirientes de la dignidad de las personas con el objetivo de dañar y hacer bullying;
- Divulgación de conversaciones privadas mediante captura de pantallas.
- Violaciones, secuestros o raptos con fines de explotación sexual, entre otras.

Algunas de estas acciones son cometidas por adultos y se podría decir que en su mayoría por adolescentes. El acoso, la violencia y la difamación en las redes sociales se han convertido en una práctica cotidiana y perjudicial que no siempre es sancionada. Ante las situaciones anteriores debemos reflexionar sobre dos aspectos básicos: ¿Qué motiva a nuestros niños, niñas y adolescentes a utilizar las redes sociales y qué medidas podemos realizar para su protección?

Según estudios realizados por distintas instituciones sobre de los motivos para usar las redes sociales, se encuentra la necesidad de ser visibles ante los demás, así como la de reafirmar la identidad ante un grupo; estar conectados con amigos y compañeros de clase. Otras motivaciones son intercambiar conversaciones, compartir videos, fotos o simplemente estar al tanto de los temas del momento. Estos mismos estudios advierten que algunos de nuestros niños, niñas y adolescentes utilizan las redes sociales no sólo para conectarse con sus amigos, sino para ampliar sus relaciones sociales con otras personas conocidas o no, lo que los expone a ser víctimas de delitos vinculados al crimen organizado con fines de explotación sexual y otros delitos como secuestro.

En nuestro país, cualquier persona que tenga un *Smartphone* tiene el acceso gratuito a internet en vista que el gobierno ha garantizado el internet como derecho humano, instalando servicios de WiFi gratuito en la mayoría de los espacios públicos como parques, avenidas y centros recreativos. Este factor intensifica el riesgo, sobre todo, cuando no existe una supervisión directa de un adulto (tutores o padres) sobre la actividad que realizan los niños, niñas y adolescentes en sus instrumentos tecnológicos como celulares principalmente. A veces los padres, por falta de control y cuidado, desconocen que sus hijos realizan actividades en las redes sociales, pues muchas veces los niños y niñas son auxiliados por otros de mayor edad para abrir cuentas en las principales redes sociales.

Para reducir o eliminar los riesgos que representan las redes sociales para este grupo, la principal responsabilidad en la supervisión de la actividad que realizan corresponde a los padres, madres, maestros, tutores y otros adultos, principalmente, del núcleo familiar, pues estas personas deben estar conscientes que éstos aparatos son la puerta por la cual los niños, las niñas y adolescente quedan expuestos a las situaciones ya planteadas. Los padres deben orientar a los hijos y aconsejarlos sobre las medidas de seguridad que deben tomar cuando utilizan estas plataformas, sin necesidad de interferir en la privacidad de ellos; aunque en casos más extremos, como en Chile, por ejemplo, la Corte Suprema ha autorizado el derecho de los padres a ejercer el control sobre la actividad de sus hijos en correos y redes sociales señalando que esto no atenta contra la privacidad de los menores.

Otros actores claves para concientizar sobre la prevención y la mitigación de los riesgos de las redes sociales son el sistema educativo, las instituciones públicas, sobre todo, las relacionadas con la familia, la niñez y adolescencia, los medios de comunicación y la empresa privada. Es importante que las acciones que emprendan estos actores, sean acciones coordinadas para asegurar un mayor impacto social.

La alianza público-privada de la que habla nuestra constitución también debe interferir en este tipo de procesos auxiliados de los demás actores. Se conocen de esfuerzos conjuntos realizados con esta visión en la que han participado algunas instituciones públicas y privadas en la realización de iniciativas de concientización dirigidas a escolares y otros grupos estratégicos. Se puede mencionar, dentro de estas acciones, la campaña *Internet Seguro* dirigido por la Cámara Nicaragüense de Internet y Telecomunicaciones en las que se realizan talleres y charlas contra el bullying y en la que también se advierten y combaten temas atinentes a la divulgación de imágenes y videos de contenido sexual en la que se ven involucrados niños, niñas y adolescentes.

Estos esfuerzos a la vez que concienticen a este sector sobre las posibilidades de ser víctimas de estas situaciones, deben venir acompañados de la promoción de valores relacionados con el respeto a los derechos humanos y a la dignidad de las personas, de cara a evitar que también nuestros niños, niñas y adolescentes se conviertan en victimarias y victimarios directos o indirectos de este tipo de hechos al consentirlos, compartirlos, comentarlos y contribuir a que se vuelvan virales. En caso de que la prevención no logre los resultados esperados, se hace necesaria la revisión de nuestro cuerpo jurídico penal para lograr sanciones administrativas y penales contra las personas o instituciones que ejerzan en las redes sociales acciones que causen perjuicio a nuestras niñas, niños y adolescentes; aunque cabe destacar que la mayoría de las acciones señaladas en este editorial son constitutivas de delito, por lo que hay que promover una cultura de denuncia para evitar que esto siga afectando a nuestra sociedad.

Gobernanza plural: ¿una alternativa al modelo liberal democrático?

Carlos Gómez de Pérez-Aradros

Recibido: 12.12.16/Aceptado: 21.12.16

RESUMEN

Desde la politología es habitual considerar al pluralismo como un mecanismo de análisis y no como un paradigma ideológico más. Este artículo pretende otorgar carta de naturaleza al mismo para situarlo como alternativa al modelo liberal predominante. Las heterogéneas y diversas sociedades actuales, interconectadas y porosas, obliga a plantearnos el pluralismo como una opción alternativa o complementaria al actual modelo imperante (neo)liberal.

PALABRAS CLAVE

Pluralismo, Estado, sociedades abiertas, tolerancia, identidad.

ABSTRACT

From the political science it is usual to consider pluralism as a mechanism for analysis and not as an ideological paradigm. This article aims to provide greater significance to pluralism in order to place it as an alternative to the predominant liberal model. The actual heterogeneous and diverse societies, interconnected and porous, force to consider pluralism as an alternative or as a complementary option to the current prevailing (neo)liberal model.

KEYWORDS

Pluralism, State, open societies, tolerance, identity.

Hipótesis



Carlos Gómez de Pérez-Aradros (1976) ensayista, licenciado en ciencias políticas y de la administración por la Universidad Autónoma de Madrid. Funcionario del Cuerpo Superior de Administradores del Principado de Asturias.

Cuando se habla de modelos de *modus vivendi* suelen rechazarse todos los que no son acordes con el liberalismo democrático. Parte de la doctrina puede tener en consideración al multiculturalismo y al cosmopolitismo, pero uno y otro suelen verse como derivaciones (perversas algunas) de un único paradigma posible y deseable: el liberal democrático. Por su parte, buena parte de los sociólogos y politólogos que se enfrentan a estas cuestiones, entienden el pluralismo como un liberalismo adaptado a los tiempos presentes, vinculados al neoliberalismo social, a las sociedades cada vez más diversas, al mundo globalizado, etc. Todos ellos o la inmensa mayoría sí contemplan como alternativas o como modelos críticos a los otros dos que veremos en este escrito.

No obstante, respecto al pluralismo, entiendo que ocupa lugares comunes con el liberalismo y muchos neoliberales; en su vertiente no económica, se encuentran en la denominación de pluralistas. Ahora bien, considero que suele confundirse a las sociedades plurales con el paradigma pluralista y este hecho no responde a la realidad. No obstante, no debemos confundir una realidad, evidente y constatada, con un modelo de interpretación y condicionalidad de la misma. El pluralismo proyecta su visión de vida sobre sociedades plurales, del mismo modo que lo hace el multiculturalismo o el cosmopolitismo, pero no por ello denominamos pluralismo a todas las ideologías. Esta es la hipótesis de este artículo, que trata de demostrar que el pluralismo es un paradigma alternativo y/o complementario al liberal democrático.

El pluralismo como ideología

Es cierto que no siempre resulta sencillo justificarlo pero se puede considerar al pluralismo como algo más que una herramienta, adquiriendo el estatus de ideología. Antropólogos o sociólogos utilizan el término para designar situaciones que consolidan las divisiones sociales o étnicas. Elementos como la raza, la religión o la clase social crean situaciones donde las divisiones sociales de un país conducen a una sociedad plural. Esta es la idea: no considerar a las sociedades plurales como el objeto del análisis sino emplear el pluralismo como medio de análisis social.

Coincido plenamente con David G. Nicholls en su artículo La paradoja del Estado pluralista cuando considera que “un Estado plural [...] es aquel cuyo régimen reconoce la existencia y la legitimidad de un amplio número de grupos diversos y admite que dichos grupos deberían, en general, tener la libertad de perseguir sus propios fines” (Nicholls, 1993, p. 31).



Desde este momento ya divisamos una ruptura con el liberalismo clásico y con el neoliberalismo, ya que considera al grupo y no al individuo, existente y legítimo para tener libertad y alcanzar sus fines. No es sencillo encontrar autores que coincidan en mi visión del pluralismo, pero el punto de partida separa ya radicalmente al liberalismo del pluralismo. Es más, siguiendo con el Vicario de Littlemore:

Estos grupos existen como verdaderas entidades sociales, pero su existencia no deriva del Estado, sino del hecho de que los seres humanos son sociables por naturaleza y se agrupan para alcanzar objetivos comunes a diferentes niveles. Los pluralistas rechazan que el Estado se compone de una serie de individuos aislados (...) (Nicholls, 1993, p. 33).

Por ello, basculando entre uno y otro polo, el pluralismo tiende a considerar a los poderes públicos como meros garantes de una cierta estabilidad que permita a cada grupo alcanzar la *Vida Buena* que deseen alcanzar, al parecer, sin juzgar la sustantividad de ninguna de estas opciones, distribuyendo las coyunturas necesarias para que cada grupo se alce con sus fines. En otras palabras, el papel del Estado, para la visión pluralista, no es otro que permitir la satisfacción de intereses a los distintos grupos que lo conforman.

Ahora bien, llegados a estos espacios comunes, cabe preguntarse por los sujetos de la acción pluralista, por quiénes son estos grupos. La respuesta es múltiple, variada y, como no podía ser de otra manera, plural. Engloba a asociaciones cívicas, entidades religiosas, grupos culturales, confesiones religiosas, sindicatos, grupos empresariales, sociedades deportivas o cualquier otra que tengo un específico modo de entender el mundo. Claro está que no será igual de relevante una agrupación deportiva que una confesión religiosa. Es evidente. Pero lo que quieren remarcar los pluralistas es la diversidad de grupos de pertenencia, con fines propios y con una identidad que no es conformada por el Estado, sino que se ha ido forjando de un modo natural como consecuencia de la sociabilidad

intrínseca del individuo. Tal grande es la extroversión y la cordialidad del individuo que cede buena parte de su atomicidad para fundirse con el grupo. De este modo, ni comulgan con el individuo aislado y egoísta, ni con el ciudadano sin atributos (al menos en lo público), ni coinciden tampoco con el protagonismo de las diferencias pegadas a la espalda del multiculturalismo.

La labor del Estado no es otro que el establecimiento de un marco que tiende a evitar y, en su caso, a resolver los conflictos que pudieran darse entre estos grupos. Por ello, los verdaderos cimientos del pluralismo no los encontramos en los poderes públicos sino en tres pilares que apunta Nicholls: “1º) La primacía de la libertad y la convicción de que está más protegida cuando el poder está repartido. 2º) Afirmación de la “personalidad real” de los grupos. 3º) Rechazo de las doctrinas que afirman la soberanía nacional” (Nicholls, 1993, p. 37).

El primero de los principios coincide, a simple vista, con el liberalismo, aunque veremos que se desmarca de él. Para los clásicos, la libertad es la esencia de la existencia, aunque la abandonáramos en el estado de naturaleza para no recuperarla nunca más. En todo caso, el Estado debe garantizarla para permitir que desarrollemos nuestra personalidad, alcancemos nuestros fines, nos asociemos y agrupemos a nuestro antojo o para que tomemos las decisiones que consideremos oportunas. Ahora bien, mientras que para la triunfante ideología el papel del Estado debe contenerse en garantizar que podemos hacer aquello que elegimos (todo lo que se extralimite vulnerará, con seguridad, algún derecho del ser humano o del ciudadano) debemos preguntarnos, ¿somos verdaderamente libres si no contamos con los medios para poder ser libres?, y si no tenemos alternativa, ¿somos libres? A este respecto, siempre recuerdo unas imágenes emitidas en televisión de una cárcel del Sahara que no tenían barrotes ni alambres de espino. El problema radicaba en que era imposible escapar con vida del desierto que la rodeaba.

Por ello, la neutralidad del Estado se hace insoportable para los pluralistas. No es suficiente con la eliminación de los límites externos sino que es necesaria la implantación de mecanismos que nos permitan ser libres, de alternativas de acción. Algún multiculturalista pensará, a este respecto, que no hay alternativas de libertad o de vida buena al margen de la comunidad de destino, por lo que esta visión pluralista le resultará engañosa y etnocéntrica.

Además, esta libertad pluralista se vincula al reparto del poder. No deja de ser curioso que pueda verse el advenimiento de las democracias liberales, tan niveladoras, tan alienantes, tan homogeneizadoras, como el principio del fin de esta forma de libertad. Cuando dejamos nuestras pertenencias asociativas, cuando las sustituimos por el laicismo cívico urbanita, estamos abandonando, en cierto modo, toda posibilidad de libertad de elección. Este necesario “interés general” exige de una civilidad pública depurada de pertenencias grupales caducas.

Pasemos al segundo punto. A estas alturas nadie pensará que los pluralistas ven a los grupos como meras adiciones de individuos atomizados y egoístas, entre otras cosas porque si lo fueran, no se asociarían. Son verdaderos sujetos con identidad y sustantividad. Además, no son los Estados los que crean a estas asociaciones. De hecho, no les queda

más remedio que contar con ellas, reconocerlas, escuchar sus demandas y atenderlas como partes orgánicas de un todo. Y a este respecto, los movimientos sociales a los que hacíamos referencia al comienzo del capítulo (y que parecen enfriarse a medida que la crisis no puede ir a peor) han vuelto a otorgar protagonismo a esta forma asociacionista de participación.



"Caras abstractas" / <http://www.publicdomainpictures.net/>

Por último, la soberanía nacional no existe o, al menos, no debe anteponerse a la soberanía "societaria". Esta cesión de soberanía, que en Hobbes se consideraba irrecuperable, únicamente es legítima cuando coincide, o no daña, mis intereses de grupo, por lo que tanto la objeción de conciencia como la desobediencia civil se constituyen en mecanismos razonables para reorientar la desviada acción del Estado. A este respecto, la objeción de conciencia de algunos médicos en relación a la atención sanitaria de determinados colectivos es un buen ejemplo.

Los grupos intermedios que pugnan por el poder

Algunos de estos grupos luchan por el poder, pugnan por hacerse con la posibilidad de tomar decisiones que afecten al resto de grupos, a la sociedad de sociedades. Esta pugna, lejos de ser vista como un destabilizador social, es vista como un acto saludable para nuestra democracia, al menos así lo veían los padres fundadores de los Estados Unidos. Se participa, se divide el poder, se debate, se da oportunidad de acción en la esfera pública desde la particularidad de cada demanda asociativa, etc.

El peligro no está tanto, al menos en la actualidad, en la tiranía de la mayoría como nos atemorizaban algunos clásicos como J. S. Mill o el Vizconde de Tocqueville. El verdadero peligro se encuentra en las desigualdades que pueden generar estas sociedades democrático-liberales. Este primer peligro liberal resulta infundado para los pluralistas al considerar corta de miras y simplista la descripción de la sociedad como una democracia de mayorías, cuando no existe una mayoría sino un rico conjunto de minorías que se hacen oír por medio de grupos, asociaciones o confesiones. Por si fuera poco, el sistema se equilibra sobre la base de esta pluralidad de entidades que necesitan al resto para poder competir.

Por ello, no existe (no puede existir) un único bien común puesto que cada asociación puede tener, legítimamente, el suyo. Lo que no significa que no existan una serie de valores comunes, transversales, a todos los miembros de la comunidad. Valores que no tiene que ser necesariamente jurídicos, aunque algunos de ellos ya hayan sido normativizados. Su carácter práctico, cotidiano e incuestionable debe ser su fortaleza. Principios como una opinión pública libre, la libertad de asociación, la posibilidad de formular preferencias, la libertad de expresión, un sistema educativo de calidad, la igualdad de trato para todas las opciones, los mecanismos compartidos de control del poder, el poder expresarse con total libertad en público, las diversas fuentes de información y todas aquellas prácticas que podemos compartir al margen del vínculo grupal, asociacional o confesional.

De todos modos, el observador avezado habrá sentido un cierto regusto a elitismo político, a lucha de elites por el poder.¹ Si bien, el profesor Held (1991) lo aborda con mayor erudición: “[...] en la teoría de Schumpeter se sitúan pocas cosas entre el ciudadano y el liderazgo electo. Se describe al ciudadano como un ser aislado y vulnerable en un mundo marcado por el choque competitivo entre élites” (p. 253).

El planteamiento se asemeja pero vuelve a poner su atención en sujetos distintos: “En esta descripción apenas se presta atención a los grupos “intermediarios”, como las asociaciones comunitarias, los cuerpos religiosos, los sindicatos, las organizaciones empresariales que atraviesan las vidas de las personas y las relaciones de formas complejas a una variedad de instituciones” (Held, 1991, p. 255).

Este hecho le sirve a D. Held para considerar la concepción elitista de la política como “parcial e incompleta”, tratando de superar esta visión por medio del examen de las dinámicas de la política de grupos. Este es el comienzo de una larga lista de críticas que los pluralistas realizan al resto de modelos de democracia.

Ahora bien, nadie está libre de pecado y las críticas al pluralismo también han sido numerosas. ¿Tienen todos los grupos el mismo valor, el mismo peso específico? Evidentemente no. Los poderes públicos, ¿van a consultar a todos los miembros de las agrupaciones o únicamente a los líderes? La respuesta es evidente y las oligarquías vuelven a tomar protagonismo. ¿Tratarán los Estados de controlar y encauzar a estas

¹ A este respecto, véase el Capítulo III del libro *Elites, tecnócratas y ciudadanía: hacia una democracia con minúsculas* del libro *Reflexiones (poco académicas) sobre la sociedad actual* (Gil de Gómez, 2013, p. 46-71).

organizaciones? Con toda seguridad intentarán movilizarlas conforme a los intereses del gobierno en funciones.



pagina3.mx

El mayor problema, a mi modo de ver, es la distinta consideración y envergadura que alguna de estas asociaciones ha adquirido en la actualidad y cómo están acabando con el equilibrio social a nivel mundial. De hecho, en las que estoy pensando ni siquiera se autodefinen como agrupaciones o asociaciones sino como corporaciones (tiene más empaque, la verdad). Efectivamente, las corporaciones económicas internacionales gobiernan los mercados y éstos, a los gobiernos. Ya hemos advertido el desplazamiento del *locus* de decisión desde los hemiciclos deliberativos a los consejos de administración imperativos y, de ahí, hasta nuestras decisiones más concretas.

Ahora bien, tan malo es el monopolio del poder como el exceso de pluralismo, que podría tender al secesionismo, a la infinita autodeterminación o al racismo.

Sociedades abiertas

En cualquier caso, lo innegable es que las estructuras sociales actuales son plurales (demasiado para algunos). Vivimos en sociedades abiertas, tanto a presiones internas (reivindicaciones multiculturales de tipo étnico, religioso, lingüístico o sexual) como a flujos externos (inmigrantes o refugiados). Y todas ellas, generan, como estamos viendo, sentimientos de xenofobia, rechazo o simple indiferencia. La figura del otro, del distinto a mí, del que vive de un modo distinto al mío, se generaliza y se hace cada vez más evidente.

La sociedad pluralista está vinculada a la tolerancia. El pluralismo presupone tolerancia, sin ella no hay sociedades ni abiertas, ni plurales. Hasta aquí, nada parece ser nuevo. Pero debemos apreciar un matiz que separa el origen de la tolerancia de la visión pluralista. Ese matiz, nada superficial, es la diferencia entre la neutralidad y la indiferencia liberal con la subjetividad: entre la abstención y el reconocimiento, entre la imparcialidad y el partidismo.

La Reforma Protestante obligó a considerar a la tolerancia religiosa como un bien básico garantizador de la convivencia, no sólo religiosa. Se llegó a la conclusión, a la propia necesidad más bien, de que preferible era convivir que tratar de eliminar u homogeneizar al resto de confesiones. Para ello, se separó la ciudad de Dios y la del hombre (aunque con esta frase se hace evidente que estas ideas ya flotaban en el ambiente europeo) y el teocentrismo abandonó la interpretación social, lo público, para pasar a un plano privado. En la actualidad sería lo auténtico, lo propio, lo que ha sustituido este espacio de fe y, presuntamente, lo público debe ser el lugar para el encuentro y la convivencia (aunque debemos recordar los chalés adosados o los clubes sociales).

Durante la Edad Media, la heterogeneidad fue más evidente de lo que pudiera parecer, aunque las estructuras sociales eran demasiado rígidas. Será con el humanismo, el relativismo cultural de las conquistas (recuérdese la diatriba del padre Almeida en la película *El rey pasmado*) el comercio y la Reforma cuando se comience a tener en consideración la heterogeneidad como algo positivo y estabilizador. Una diversidad controlada, un disenso verificado por el Estado moderno primero y por el Estado-nación después, una distinción privada y privativa dentro de un mismo molde, el del súbdito primero y el del ciudadano después. La indisoluble unidad de la nación española convive con las regiones y nacionalidad que la integran y el pluralismo de partidos son dos buenos ejemplos de este sano disenso. De hecho, es el propio Estado el que alienta, hasta cierto límite, estas divergencias y desacuerdos, considerándolos, dentro de espacio común de convivencia, como algo muy beneficioso para la sociedad.

De este modo, según Sartori, estaremos ante un verdadero pluralismo cuando no exista monopolio de creencias (para lo cual es esencial una sociedad secularizada), persista un sincero pluralismo social y vivamos en una verdadera democracia de partidos (muy en la línea de R. Dahl).

Para el modelo liberal-democrático, el consenso y el disenso son algo habitual, incluso más el disenso (*la dialéctica del disentir* que dice Giovanni Sartori). El consenso es necesario en los principios fundamentales y, el más importante de todos ellos, es el de la resolución de conflictos, que en democracia es la regla de la mayoría, ¡nunca del consenso! De una mayoría limitada que respete los derechos de las minorías, ya que son igualmente tratadas y tenidas en consideración. En lo referente a los principios accesorios (contingentes) cabe todo tipo de conflicto, que será canalizado dentro del marco de los principios fundamentales; por ello, el conflicto se encauza y nunca lleva a eliminar a otras variantes o

identidades, porque todas tienen cabida en el disenso (disenso controlado). En el pluralismo, se produce un consenso por medio de muchos (continuos) disensos.²



enfoquederecho.com/

El pluralismo postula una sociedad de asociaciones múltiples. Parece que cualquier modelo de sociedad es así pero, para que se dé, es necesario que las asociaciones sean voluntarias. Esta es la clave que pone una frontera infranqueable entre el pluralismo y el multiculturalismo: la voluntariedad, el carácter optativo de la elección. Por ello, el pluralismo cree en las divisiones pero únicamente en las horizontales, opcionales y diacrónicas, pues considera que las *cleavages* verticales, forzosas y concomitantes terminan gestando rechazo, cerrazón y agresividad frente al resto de identidades.

Esta visión considera al multiculturalismo un foco de conflicto y de aislamiento, dentro de una etnia, una raza, una lengua, una religión, una cultura y un color de piel determinado. Por el contrario, el pluralismo se relaja en las identidades y, a diferencia de aquéllos, considera que estas pertenencias pueden alternarse: podemos compartir una misma religión con personas de distinto color de piel, de la misma o diferente clase social, ser políglotas y estudiosos de una cultura distinta a la nuestra de origen. Incluso dirán que podemos cambiar de sexo.

Estas combinaciones, estas convivencias múltiples, nos llevarán a ser más tolerantes al valorar las diferencias sin llegar a constituir las en un motivo de enfrentamiento. Vuelvo a los guetos autoimpuestos de los chalés pareados, donde pretendemos encontrar personas de nuestra raza, lengua, religión, gustos culinarios, prácticas sexuales, cultura, permisibilidad respecto a los escarceos sexuales, lugar de la mujer, estudios superiores de nuestros hijos y un largo etcétera. ¿Pluralidad? Que lo sean los que no tienen más remedio que serlo.

² A este respecto, siempre es recomendable la obra de G. Sartori y, en concreto, la siempre sugerente *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo, extranjeros e islámicos* (2003).

Por ello, parece que las sociedades en las que vivimos, cada vez más abiertas y ricas, están generando una búsqueda interior, un reconocimiento que fragmenta, que destaca más lo que nos separa que lo que nos une. Si compartimos un contexto muy reducido y cerrado, tendemos a mirarnos al ombligo, desatendiendo a los que nos rodean. Seguro que ya estamos pensando la respuesta multicultural: no elijo mi contexto, no puedo abandonarlo a mi antojo, me hace ser como soy, lo sustantivo me viene dado y, por ello, tal vez no pueda nunca llegar a puntos de entendimiento con otros que no sean como yo. Debemos recordar que mi pertenencia no es ni voluntaria, ni múltiple, es mi segunda piel y, por ello, es única. Me puedo operar, aprender otro idioma, convertirme a otra religión, cambiar de equipo de fútbol, pero nunca dejaré de ser el que soy. O sí.

Fuerzas centrífugas y centrípetas en el Estado-nación

Como nos decía Nicholls, el Estado se entiende como un *comunitas communitatum*, en lugar de una colección de individuos, egoístas y aislados. El lugar del Estado es ahora facilitar la consecución o, al menos, la persecución de los fines de los miembros integrantes de agrupaciones dentro de la sociedad (nunca de los individuos, parece ser). Por este motivo, el papel centralizador de decisiones se entiende poco útil, prefiriéndose el principio de subsidiariedad, inclinándose por adoptar las decisiones en el ámbito local, siempre que sea posible. Cuando las decisiones deban tomarse desde instancias superiores, no quedará más remedio que ceder esa parcela de autonomía o incluso contar con una cierta capacidad de coerción, pero nunca para imponer su visión del mundo a uno o varios grupos sociales.

Este principio de preferencia de lo local frente a lo estatal, nos sirve para abordar la situación actual de los Estados-nación, sobre todo en Europa. Para muchos nos encontramos ante una crisis del modelo, para los menos, ante un proceso de readaptación a nuevos escenarios. Sartori, gran conocedor de la realidad europea, considera que los Estados-nación se están vaciando en lo más pequeño (nacionalidades, secesiones) y en lo más grande (supranacionalidades, UE).

Este fenómeno no es nuevo. A lo largo de la historia, siempre, ante una crisis de modelo, ya fuese de imperios, de reinos, de ciudades-estado, se ha tendido a buscar dentro de la comunidad, de lo inmediato. Sin duda, por este motivo está proliferando el multiculturalismo, la vuelta a la autenticidad, al calor de lo familiar. Nos proporciona seguridad frente a la incertidumbre, convicción frente al desasosiego y la sospecha. La identificación se produce de un modo más sencillo con lo próximo, con lo contiguo, que con lo lejano y amplio. Por ello, en este momento, los euroescépticos pueden estar satisfechos, los partidos de ultraderecha entrar a formar gobierno y los cosmopolitas son señalados como locos extravagantes.

En este entorno, según el ideario pluralistas, la mejor opción es la asociación voluntaria y múltiple, pues las identidades inexorables e ineludibles resultan, según ellos, carentes de sentido por su estrechez de miras (la globalización es otro factor que evidencia este hecho) y la identificación cosmopolita, les resulta poco menos que imposible e impracticable, teniendo en cuenta que necesitamos fronteras y límites que nos diferencien (caracterizándonos) de lo que no somos.

Y muchos nos preguntamos, ¿qué funcionó tan bien en la formación de los Estados Unidos? ¿Cómo se conformó la unidad de una nación en la que se podía ser blanco católico y negro, musulmán? Un crisol de culturas, con diferentes religiones, lenguas, costumbre, gustos. ¿Por qué no aplicamos los mismos criterios a los inmigrantes en Europa, a los refugiados que deseen adquirir la nacionalidad española, italiana o alemana, a los musulmanes, a los animistas, a los de color de piel más oscura o a los que no hablan español con fluidez? En principio, una nación de naciones como la americana podría ser imitada por una nación de nacionalidades y regiones como la española. En principio, no parece que Utah, Oregón o Missouri estén por la labor de iniciar un proceso soberanista como Cataluña.

Vuelvo a coincidir con Sartori, menos en el tema de la inmigración, en que esa simetría no es posible a día de hoy, al menos en Europa y, seguramente, en el resto del mundo. En aquel momento se trataba de construir una nación (nueva) con nacionalidades (no tan nuevas) en un espacio prácticamente libre (no nos solemos acordar de los indios americanos o del resto de etnias que ya ocupaban el espacio que se convirtió en EEUU). De hecho, la prueba más evidente es que EEUU está empezando a compartir los problemas migratorios y los sentimiento de rechazo que plantean la llegada del “otro” o las culturas del “que no es como yo”. No es posible repetir en Europa este proceso porque no se trata de crear una nueva e inexistente nación (y que nadie piense que la Unión Europea lo es) ni ocupar espacios más o menos vírgenes.

Consecuencia de estos hechos es el euroescepticismo actual, la vuelta hacia los orígenes, el rechazo de lo ajeno o la incompreensión hacia el inmigrante. Ese famoso crisol no tiene cabida en unos Estado-nación con una historia (no demasiado larga) que encuentra movimientos de ruptura interna e indiferencia hacia la supraestatalidad. Así las cosas, en medio de la nada, el Estado-nación debe lidiar con el secesionismo, con la inmigración, con los dictados de Bruselas y los mercados, con las exigencias de autenticidad infraestatal, con las demandas de asimilación o, directamente, de expulsión de los inmigrantes... Y el Estado-nación, actualmente, no está para muchas demandas.

Todo ello nos lleva a buscar una serie de elementos para poder definir a un verdadero Estado pluralista, en el que existan diferentes culturas y en el que la confrontación (no sangrienta) entre ellas, en torno a asociaciones, agrupaciones o confesiones, genere dinámicas de convivencia democrática participativa. Para Nicholls, este tipo de Estados entra en un conflicto o en una paradoja cuando considera precondition necesaria contar con una *Iglesia nacional*. ¿Estados plurales seculares que necesitan contar con una iglesia nacional? Parece contradictorio, pero no lo es.

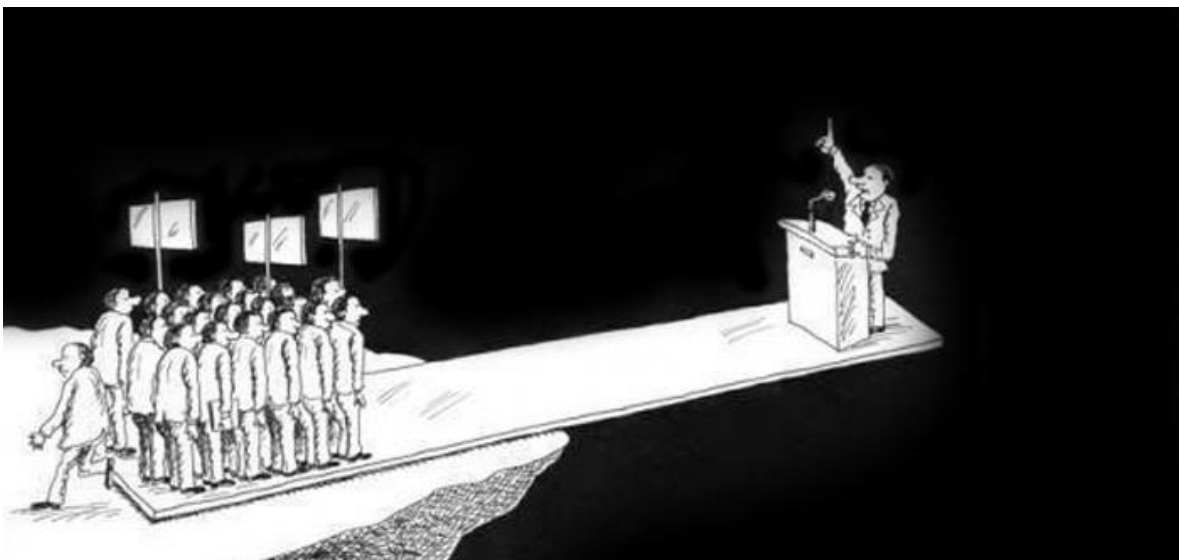
Para la consecución de un Estado pluralista (secular) es necesario contar con unos principios comunes, valores que deben encontrar su origen en la filosofía pública. Ahora bien, ésta puede quedar alejada de la praxis (allí donde surgen problemas reales como el racismo, la inmigración o la pertenencia) por adquirir un nivel de abstracción difícilmente aplicable a la acción pública y privada. Por ello, hay quien ha visto como requerimiento esencial construir una *religión cívica*, protegida y amparada por una *iglesia nacional laica*. La paradoja se supera al sustituir constitucionalismo o patriotismo constitucional por iglesia

nacional o religión cívica. Debemos recordar el origen etimológico de la palabra religión, que refuerza la idea de unión, de ligar fuertemente a un colectivo con algo en común.

En palabras de John Courtney Murray, S.J., recogidas en una de las obras teológicas de Julio Luis Martínez Martínez:

Una filosofía pública no debería verse perturbada ni sentirse desfasada por el hecho de que somos una sociedad con muchas sociedades, una comunidad con muchas comunidades [...] Tal filosofía pública no hablaría sobre el pueblo en singular sino sobre el pueblo con sus distintas particularidades; ser referiría menos a lo público que al millar de públicos a quienes el Estado tiene la obligación de respetar y servir (Martínez, 2002, p. 377).

Superada la paradoja, surgen las preguntas, reiteradas por otro lado. ¿Una única religión cívica para todas las comunidades?, ¿una común religión compatible con cada una de las particularidades de cada una de las identidades?, ¿y si una confesionalidad no respeta la religión cívica común? Ésta es la pregunta.



enlainedeltiempo.com1

Reconocimiento, integración o absorción

Efectivamente, qué sucede si un determinado colectivo no respeta las reglas del juego impuestas por esta religión cívica. Debemos advertir, antes de centrar la reflexión en la respuesta, que en filosofía primero y en el resto de ciencias sociales después, se plantean paradojas de difícil resolución. ¿Puede Dios, todopoderoso, crear a un ser más poderosos que él? ¿Llegaría este ser a poder destruir a su creador? ¿Debe una democracia pluralista permitir toda clase de pluralidad? ¿Dejaría de serlo si limitase al resto de concepciones? ¿Debería permitir su existencia aún a riesgo de ser destruida? ¿Fue el ascenso nazi, por medio de las urnas, una muestra de la fortaleza de la democracia pluralista? La respuesta a esta última pregunta encierra la mayor de las contradicciones.

Retomando la cuestión anterior, ¿qué sucede si una religión, etnia o confesión no respeta los valores de la religión cívica compartida? ¿Debemos respetar sus pretensiones, amparadas en su vínculo comunitario e inherente? O por el contrario, ¿debemos limitar nuestra proclamada pluralidad democrática rechazando y prohibiendo sus prácticas ancestrales? La réplica será bien distinta si procede de un cosmopolita, de un liberal, de un pluralista o de un multiculturalista. En cualquier caso, en lo que nos ocupa, el pluralista priorizará, antes que nada, las normas de convivencia y no le temblará la mano a la hora de limitar, prohibir, restringir o acotar cualquier actuación o comportamiento que pueda ir en contra de los valores colectivos de convivencia.

Así es si se piensa que cualquier grupo social, por el mero hecho de convivir entre nosotros, se beneficia de lo que podemos aportarle: educación, sanidad, servicios sociales, acceso a una vivienda, orden público, salubridad y otras tantas cosas más. Por ello, se le exige, dentro de este pluralismo, no entorpecer la convivencia del resto de grupos, confesiones o aglomeraciones que se consigue por medio de una correlación, más o menos, equilibrada. Puesto que no solamente aquéllas encontrarán ganancias sino que también el resto de grupos lograrán importantes provechos. Se trataría de un *quid pro quo*, al modo del propuesto por Hannibal Lecter en el *Silencio de los Corderos: Quid pro quo, agente Starling* porque, sin duda, algunos de estos grupos comunitarios verán este intercambio como un socavamiento de sus valores más profundos.

Pero, ¿no es entrar en comunidad dar y recibir?, ¿no lo aceptamos al abandonar el estado de naturaleza?, ¿no debe ser aceptado por las colectividades que se integren en nuestras democracias pluralistas? Además, consideran con buen criterio los pluralistas, si das no se te verá como un extraño. Toda vez que, tal vez, así sea. Es decir, y volviendo a la etimología, extranjero y extraño (aunque también exorcismo) comparten la misma raíz y viene a significar, fuera de. Y es que, sin duda, el extranjero o el inmigrante ni quieran, ni deban, ni puedan, dejar de ser quienes son para ser los que no son. Se les sitúa “fuera”, aquél que no es “nosotros”, en una peligrosa dialéctica entre “nosotros” y “ellos”, entre la pureza y la miscelánea.

En este punto, el pluralismo trata de separarse del multiculturalismo más que de ningún otro paradigma. Le acusa de dividir y fraccionar, una y otra vez, (religión, lengua, color de piel, sexo, lengua, salud, orientación sexual y cualquier otra que me distinga). Por el contrario, el pluralista considera que su opción es la del respeto y el equilibrio: reconoce (ni multiplica ni fomenta) que existen diferencias pero las limita (en lo común) poniendo freno a esta mixtura infinita por el bien de la convivencia. Una diferencia contenida, nos recordarán los pluralistas. Se es musulmán, pero un poco; se es gay, pero lo necesario; se es discapacitado, pero lo justo y así con cada colectivo. Mientras tanto, el multiculturalismo genera estas diferencias y dinamita la posible convivencia.

Existen equipos de fútbol opuestos, pero que comparten unas reglas comunes de juego. Eso es el pluralismo. Que un equipo quiera jugar una liga aparte, con sus propias reglas, eso es multiculturalismo, muchas ligas con otras tantas normas de juego y lo que es peor, considerando que mi liga y mis reglas son mejores y más auténticas frente al resto de ligas y normas, que son opresoras y retrógradas.



“¿Fue el ascenso nazi, por medio de las urnas, una muestra de la fortaleza de la democracia pluralista? La respuesta a esta última pregunta encierra la mayor de las contradicciones”. / arquitecturaentrelneas.blogspot

Se plantea la dicotomía entre lo auténtico y la convivencia. Aquello de: de muchos uno, frente al de muchos, más aún. El ejemplo que suele resumir es arquetipo es el de EEUU frente a los Balcanes. Respetar la diferencia en la unidad o destruir la unión con la diferencia, este sería un buen resumen del multiculturalismo a los ojos de los pluralistas.

Pero en cualquier caso, no hemos contestado completamente a la pregunta anterior, ¿qué hacemos con el otro que conviven entre nosotros? ¿Debemos tolerar a las culturas intolerantes? ¿Son igualmente valiosas todas las culturas? ¿Respetamos todas sus lealtades o les obligamos a ser como somos los demás? Ya hemos visto que no se está, desde esta perspectiva, por la labor de respetar cada una de sus prácticas y valores por lo que pasamos a un segundo estadio, ¿los integramos o los absorbemos? Sin duda se apostará por la integración, que no es otra cosa que formar un todo, con cada una de las partes. Por el contrario, la absorción, que implica disolverse para formar parte de otra cosa, se le aplica a los multiculturalistas, que no soportan lo que es diferente. Por ello, debemos borrar las diferencias que nos impiden vivir en comunidad, en una comunidad plural, con grupos distintos que enriquecen en la diversidad. Debemos mostrarnos ciegos ante las desigualdades, insensibles a los que nos diferencia, siempre que esta diferencia nos impida convivir.

Pero seguimos sin responder a las preguntas. ¿Cómo se consigue? Por medio de un Estado de derecho que se despreocupe y se desentienda de lo que nos separa, de lo que nos divide, de lo que nos hace auténticos. Tal vez no sea la mejor solución, pero es menos mala que si permitimos un Estado preocupado y activo frente a ellas, lo que provocará y mantendrá

separaciones, secesionismos y conflictos. Por lo tanto, también se trata de promover una discriminación positiva, frente a la neutralidad liberal, como el multiculturalismo, pero, en este caso, esta discriminación se destina a borrar diferencias, no a fortalecerlas.

Por si fuera poco, si enfrentamos estos hechos con mi visión del nacionalismo (simplificando, aquélla que considera antes al nacionalismo que a la nación y que genera de forma pseudoartificial rasgos identitarios –deconstrucción de la realidad-) podemos encontrar rasgos diferenciales que no se habían hecho patentes tiempo atrás y que ahora parecen ser vitales para una determinada comunidad. Con esta afirmación no digo que no existiesen, simplemente digo que no se habían hecho visibles, que no había adquirido la relevancia social actual y que, seguramente, se han ido construyendo con un fin disgregador y diferenciador.

Sin duda, este trance que atraviesa el Estado-nación, representante de la vida en común, ayuda a que se debilite la lealtad hacia él, virándose hacia devociones más concretas. Por ello, cada vez es más difícil esgrimir los valores cegadores de la diferencia, el hormigón que a todos nos une y más sencillo buscarnos en la comunidad, en la autenticidad y en la diferenciación. Cuando parece ser que las ideologías son cada vez menos interesantes para la sociedad, cuando asistimos a un cierto declive del nacionalismo, resulta que “guetificamos” nuestra existencia por medio de la deconstrucción de identidades y lealtades que nos separan y nos dividen.

Noecorporatismo como articulación de la sociedad civil

De hecho, este asilamiento, producto de la búsqueda de lo auténtico, posee dos dinámicas, una voluntaria y otra impuesta. La primera, menos preocupante, pero muy significativa, ya ha sido apuntada al analizar el anterior paradigma. Una minoría cada vez mayor, que de forma voluntaria, decide quedarse “fuera” de los iguales, con el fin de que se les reconozca una autoexclusión significadora –utilizando una lengua minoritaria, cuando conocen otras; subsumiendo su vida a una parcela de su identidad, sea sexual o de otro tipo; viviendo como si su existencia se explicara por medio de la lucha de clases o usando el aspecto económico a modo de carta de presentación en cada una de las representaciones sociales-.

La segunda, aquella que no decidimos y que se nos impone, es mucho más preocupante. Y lo es porque ser como queremos ser nos hace ser lo que somos, pero más aún nos hace ser como somos, el cómo nos ven los demás y el qué nos permiten ser. Y diría más. En ocasiones estas virtudes del pluralismo, se convierten poco menos que en inalcanzables para algunos que están dispuestos a camuflar sus diferencias. Algunos inmigrantes sin papeles, desconocedores del idioma, con diferente color de piel, ignorantes de las normas y comportamientos básicos (conocen a todos los equipos de fútbol, así es el globalismo neoliberal) aun cuando lo desea, no son capaces de formar parte de la unidad desde su diferencia. Puesto que esas diferencias les marcan tanto que difícilmente podrán subordinarlas en aras de los valores compartidos. ¡No los conocen!

Estos guetos (odiosos o deseados) producen una segregación que impide la convivencia ciudadana, priorizando valores compartidos por unos pocos y olvidando los compartidos por todos. Se produce un desarraigo que, de una u otra forma, nos lleva a buscar comunidades de iguales (raza, idioma, etnia, religión, estatus social, nivel cultural) y que nos socorren del mayor de los riesgos: la soledad. Lo que podemos ver como algo vistoso en nuestras visitas a otros lugares lejanos (Chinatowon, las mansiones de famosos en Miami) o más cercanos (locutorios latinos o urbanizaciones periféricas) supone una patología del declive del Estado-nación. Lo que nos llevará, inexorablemente, a crear lindes cada vez más “seguros” con el fin de evitar el contagio (de otra religión, de un obrero, de una mujer, de un transexual, de un asiático). El pluralismo trata de reducir estas diferencias pero siempre que estos grupos puedan o quieran integrarse y enriquecerse mutuamente, porque a nadie se le escapa que es más fácil mudarse a otro barrio que “ocultar” su color de piel.

Vemos que esta dificultad deriva de la ausencia de ciudadanía compartida, de la escasa importancia que le podemos dar desde comunidades concretas, en definitiva, de la ausencia de derechos políticos y sociales, o mejor dicho, de la ausencia de instituciones o mecanismos que se los reconozcan, amparen o presten. La crisis del Estado-nación y del Estado de bienestar está avocando a la búsqueda de herramientas sustitutivas de estas identidades y prestaciones: asociaciones de inmigrantes, seguros médicos privados, domingos campestres en cualquier parque urbano. Sustitutivos de realidades y coberturas que nunca se han tenido o que nunca volverán.

Podríamos deducir que de la bicefalía Estado-nación, la más preocupante de las crisis es la del Estado y, no tanto, la de la nación, porque desde este prisma un Estado puede (y seguramente, debe) ser plurinacional. Por ello, mientras se respeten las instituciones, el Estado de derecho y los derechos y los deberes democráticos todo marchará bien, qué importa si el Estado es nacional o multinacional.

En EEUU se estaba creando una nueva nación por una pluralidad de nacionalidades, en un espacio común, en algo inédito que permitía y exigía mantener las diferencias supeditadas al proyecto común. Se agradecía ser americano sin perder sus orígenes, aunque algunas comunidades fueran injustamente tratadas ¿Y en España? ¿Y en Europa? Nada es ya lo mismo. La UE no posee una verdadera política común en materia de inmigración exterior y España bascula de un lado a otro sin rumbo fijo ni satisfactorio. Los países europeos no están habituados al inmigrante, sobre todo alguno como el español, más bien todo lo contrario. Por si fuera poco, cada vez es más común observar fuerzas centrífugas poniendo en duda tanto a la nación española como al Estado mismo. El razonamiento es similar, desde el centro se estaba pisoteando lo que nos hace ser como somos.

Asistimos a un desapego, cuando no a un deprecio directo a la ropa occidental, a la comida global, a la lengua mayoritaria, a la religión culturalmente compartida. Y lo encontramos amparado en el mismo razonamiento, si bien en unas ocasiones este argumento de la autenticidad es más artificial que en otras. Debemos erradicar prácticas denigrantes de culturas, dentro del respeto que se merecen, pero también debemos tratarlas con valores neutros y considerar las dificultades que puedan encontrar en esta nueva escena de convivencia.



Ahora bien, aún cuando hay quien quiera ver este tipo de pertenencias como propias e ineludibles, no es menos cierto que algunas, la mayoría, no deberían condicionarnos tanto, ni permitir que nos definan por oposición al que no es así. No podemos pensar en estos vínculos como fidelidades eternas, desde la cuna hasta la sepultura, agotando el resto de opciones que se me presenten, pudiendo cambiar de gustos o preferencias religiosas, gastronómicas, sexuales, de clase, lingüísticas, etc. Todo ello dentro de una partitura conocida y colectiva (la ciudadanía) que valora lo diferente a la vez que le pone límites y condiciones, que no crea divisiones ni las intensifica.

En todo caso, estos valores comunes del pluralismo se anteponen a cualquier diferencia, incluso cuando se valore, teóricamente, lo enriquecedor de lo diverso y de lo heterogéneo. Dejando de lado si estos valores son efectivamente comunes y no han sido impuestos por una u otra colectividad, lo cierto es que esta visión tiende a adormecer todo lo diferente, por lo que se la puede criticar de demasiado uniformadora. Todo está permitido siempre que no nos salgamos del santo grial de la ciudadanía constitucional. Un consenso constitucional que va más allá de lo puramente normativo, de lo normativizado, pues un *modus vivendi* necesita de un sentimiento de aceptación, más allá de las meras normas. Sería lo que Rawls llama *consenso por imbricación*, desde el que cada opción de vida determina su propia visión del mundo. No se deben decidir las cuestiones sustantivas por parte del Estado, tampoco puede quedar impasible, por el contrario, se le exige alentar a todas las opciones desde la perspectiva de la convivencia. Vivir y dejar vivir, esta parece ser la conclusión. A este respecto, Robert Dahl (1992), en *La democracia y sus críticos*, nos dice:

Anterior a la política, por debajo de ella, envolviéndola, limitándola, condicionándola, está el consenso esencial sobre las políticas que normalmente existen en la sociedad... Sin ese consenso, ningún sistema democrático podría sobrevivir mucho tiempo a los interminables enojos y frustraciones [...] (p. 173).

La tolerancia como centro del paradigma pluralista

Desgraciadamente, esta tolerancia tan propia del paradigma pluralista ha sido uno de los factores que ha defenestrado el hijo bastardo del liberalismo, por considerarlo contraproducente para consigo mismo. El neoliberalismo considera que la condescendencia es un signo de debilidad y que la mejor forma de sobrevivir (no he dicho convivir) es eliminar al oponente, de otro modo, puede fortalecerse y convertirse en un feroz enemigo.

La tolerancia es capital para poder lograr y mantener lo pactado, porque este vínculo de convivencia no exige renunciar a amplios márgenes de libertad. Por todo ello, tanto por la imposibilidad de abandonar nuestra propia autenticidad como por la dificultad que implica cegar nuestro yo por medio de cualquier velo, el consenso debe darse en tres planos superpuestos, cuando así se haga necesario. La primera coordenada debe darse en el marco de la *Vida Buena* que cada persona decide (si es que eso se puede hacer) para sí, en el marco de su familia, de su comunidad o de sus círculos más cercanos al yo. Si estos principios, costumbres o prácticas no contradicen las normas de convivencia que engloban a otras colectividades comunitarias, la convivencia sin fricciones es posible. Si por el contrario, choca con alguna de las pautas de cohabitación cívica, aquéllas deberán adaptarse a éstas, lo que no quiera decir que no puedan adaptarse las unas a las otras desde el diálogo, la búsqueda de consenso y la tolerancia mutua. Y si, en un tercer supuesto, las prácticas cotidianas de una colectividad no pueden ser estimadas desde un prisma cívico, deberemos acudir a los reconocimientos básicos de los derechos humanos para censurarlos u aceptarlos.

Estas garantías deberían ser aseguradas por un poder supraestatal, lo cual, a día de hoy, es sencillamente imposible. El Estado, con sus crisis, desafíos y retos, sigue siendo la única entidad con poder y legitimidad real para fiscalizar estas concordancias. No obstante, en caso de conflicto cívico-universal, es decir, en el supuesto de conflicto entre una norma estatal y una declaración de derechos humanos, el propio garante tendrá que sujetarse a ellos, bajo la atenta mirada del resto de unidades soberanas.

Ahora bien, como todo en esta vida, el consenso, el diálogo e incluso la tolerancia tienen sus límites. Respecto a esta última virtud, los lindes o los contornos son autoevidentes, aunque solemos olvidarlo. De hecho, el primer paso para determinar qué es tolerable es concretar qué no lo es. En caso contrario, como sucede en la actualidad, el exceso de libertad en la consideración inherente del yo, como sujeto moral autónomo e independiente, nos lleva al mayor de los peligros: el relativismo moral. Mis decisiones valen tanto como las tuyas, por lo que puedo hacer lo que me plazca y nadie, ni tú ni el Estado, puede decir qué está mal o qué atenta contra algún valor superior, pues no los hay. Solemos caer en la indiferencia y en el relativismo alegando costumbres ancestrales, modus atávicos o imperialismos culturales.

Pero no solamente debemos atenernos a definir o a extirpar la intolerancia de la tolerancia sino que debemos ir más allá con el amojonamiento de la misma. Apuntaré un mecanismo de deslinde más. Es el principio por el cual, cualquier daño que podamos producir a otro u

otros, no exclusivamente a humanos, debe considerarse intolerable, salvo que exista una necesidad mayor que lo justifique y con el menor mal posible a quien lo sufre. Esta última aclaración permite justificar, por ejemplo, el consumo de animales o vegetales para satisfacer las necesidades de supervivencia del ser humano, evitando el sufrimiento animal o la sobreexplotación de recursos. Sin embargo, no disculpa el dolor o el abuso en aras del placer, la acumulación o las tradiciones de un pueblo.

Estas coartadas suelen ir acompañadas por una intencionada mala interpretación del consecuencialismo utilitarista, según el cual toda acción que produce buenos resultados o maximiza la satisfacción es oportuna. Teniendo en cuenta que la postmodernidad otorga a cada individuo el monopolio de la referencia moral, mi placer o mi bienestar justifica cualquier acto cruel o inapropiado. Este es uno de los principales problemas para la convivencia social: el mal entendido autorreferente moral como vara de medirlo todo.

Cambiando de asunto pero sin desviarnos del tema que nos ocupa, debemos advertir el parentesco que la tolerancia tiene con la solidaridad. Pero para que exista ésta se hace necesario un proyecto común y compartido, al costarnos mucho ser fraternales con colectividades que no comparten rasgos distintivos idénticos o similares a los nuestros. Por mucho que la globalización cultural y el contacto planetario sea algo habitual, la abstracta identidad global es demasiado volátil e irreal (e incluso peligrosa, recuérdese el grito de: *¡proletarios del mundo, ¡uníos!*) para generar filiaciones reales. En el otro extremo encontramos el particularismo excluyente, por lo que parece que el punto medio lo encontramos en el Estado.

No cualquier Estado, claro está, pero sí uno que permita ir más allá del individuo aislado y egoísta, que genere lazos conformadores de cohesión sin ahogar la tan merecida individualidad. Para ello no debemos caer en el siempre sugerente y provocador pragmatismo rortyaniano, según el cual, la solidaridad únicamente aflora cuando podemos identificarnos y situarnos en esa situación de desamparo. Por lo que nunca seremos solidarios ante situaciones a las que creamos que no podemos llegar.

Dos ejemplos, uno antiguo y otro reciente. La crisis económica actual nos ha hecho más altruistas y participativos ante situaciones que pensábamos propias de otros pero que nos han afectado. La más antigua es la siguiente: a Diógenes se le atribuye aquella contestación ante la pregunta de unos nobles de por qué deban dinero a los pobres y no a los sabios, ante lo que contestó, porque os podéis convertir en pobres pero nunca en sabios.

En todo caso, aún cuando la abstracción cosmopolita no deje de ser una floritura poco creíble, no podemos subordinar la solidaridad a meros vínculos comunitarios o cívicos sino que debemos pensar en ir un poco más allá. Debemos partir de una solidaridad redistributiva estatal, por medio de un Estado de derecho que ponga algunos límites al egoísmo neoliberal y de un Estado social sostenible, que proporcione unas mínimas prestaciones, con el fin de evitar una fractura social que ponga en peligro la convivencia y el proyecto común.



educima.com

No he olvidado al Estado democrático, pero en este aspecto achaco los males más al ciudadano que a las instituciones. Debemos rescatar el discurso del republicanismo cívico, con su pluralismo inherente, valorar las virtudes públicas de la participación activa e involucrarnos más en lo común. Otro de los grandes principios que el neoliberalismo ha borrado de su herencia clásica.

En conclusión, para tratar de separar el prisma del análisis y la realidad (o una de las características de esta realidad) podemos considerar el hecho evidente de que el pluralismo trata de tomar partido, enjuicia la sociedad (plural) que analiza e, incluso, trata de cambiarla. Este hecho, ilustra dos aspectos, el primero que toma partido ante la sociedad plural, la condiciona y pretenden moldearla, como cualquier otra ideología y, el segundo que se separa de la

tolerancia “indiferente” característica del liberalismo o incluso de los principios de justicia de algún neoliberal como Rawls.

Bibliografía

- Dahl, R. (1992). *La democracia y sus críticos*. Barcelona: Paidós Ibérica.
- Gómez de Pérez-Arados, C. (2013). *Reflexiones (poco académicas) sobre la sociedad actual*. Oviedo: KRK.
- Held, D. (1991). *Modelos de democracia*. Madrid: Alianza.
- Martínez, J. L. (2002). *Consenso público y moral social: las relaciones entre catolicismo y liberalismo en la obra de John Courtney Murray, S.J.* Madrid: UPC.
- Nicholls, D. G., (1995). La paradoja del Estado pluralista, *Revista Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*. Universitat de València, (13), 49-63.
- Sartori, G. (2003). *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo, extranjeros e islámicos*. Madrid: Taurus.

Naturaleza jurídica del arbitraje

Byron Sequeira

Recibido: 22.06.16 / Aceptado: 26.12.16

RESUMEN

El arbitraje tiene razón de ser en los instrumentos que lo impulsan. Sin embargo, estas herramientas requieren de un enfoque más allá de las normas que, únicamente, la doctrina se ha encargado de desarrollar. Este enfoque parte del análisis filosófico del arbitraje como institución jurídica y de ahí se extiende a las formas en que ha de ejecutarse. Como toda institución encarna un sentido propio que al existir permanece y se exterioriza en las normativas de los ordenamientos jurídicos. A esto se le conoce como la naturaleza jurídica. En este trabajo se analiza las dos corrientes más aceptadas sobre la naturaleza jurídica del arbitraje, a saber, la teoría contractualista y la teoría jurisdiccionalista que, según la realidad de cada ordenamiento jurídico, tendrá su razón de ser.

PALABRAS CLAVES

Arbitraje, naturaleza jurídica, teoría contractualista, teoría jurisdiccionalista.

ABSTRACT

The arbitration has reasons to exist within the instruments that drive it. However, these tools require an approach beyond the rules that only doctrine has been in charge to develop. This approach is part of the philosophical analysis of arbitration as a legal institution and from that point it extends to the ways in which has to be implemented. Like any other institution, it embodies an own sense of self that remains and it is exteriorized in the regulations of legal systems. This is known as the legal nature. This paper analyses the two most widely accepted movements about the legal nature of arbitration, those are, the contractualist theory and the jurisdictional theory, which, according to the reality of each legal system, will have its reason of being.

KEYWORDS

Arbitration, legal nature, contractualist theory, jurisdictional theory.

Introducción



Byron Sequeira (1989) abogado, candidato al grado de doctor en derecho por la UPOLI. Jefe de Área de Ciencias Políticas de la Escuela de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UPOLI. Contacto: derecho-cienciaspoliticas@upoli.edu.ni

Al introducimos en el objeto de estudio de este trabajo, nos permitimos partir de la siguiente cita: “he aquí esta dificultad. ¿Por qué hay unidad en el ser definido, en el ser cuya noción es una definición?” (Aristóteles, Forster, & Tredennick, 1966, 172 b). Definir en la generalidad siempre es en sí mismo, una tarea compleja, que requiere pericia y conocimiento multidimensional de todo aquel que pretenda llevar a cabo esta loable labor, aun cuando se trata de explicar un fenómeno o institución jurídica, puesto que estos generan siempre reacciones doctrinarias diversas y en algunas ocasiones discordantes entre sí, acontecimiento que no es en lo absoluto ajeno al quehacer diario del derecho, como resultado de la complejidad que significa la conceptualización de las conductas humanas surgidas en el

seno de la sociedad .

Ahora bien, para permitir al lector distinguir el oriente de este escrito, es menester que conceptualicemos: ¿qué quiere decir *definir*? El diccionario de la Real Academia Española nos dice que proviene del latín *definire* que significa: fijar con claridad, exactitud y precisión el significado de una palabra o la naturaleza de una persona o cosa, decidir, determinar, resolver algo dudoso. Por tanto, definición es la operación que consiste en analizar la comprensión de una idea.

En la parte inicial de este trabajo nos aproximamos a los elementos que nos permitan identificar la naturaleza jurídica del arbitraje, recurriendo primero al abordaje filosófico relativo a la naturaleza de las cosas. La reflexión filosófica de este aspecto nos permitirá apropiarnos de las diferentes dimensiones que integran la comprensión de la naturaleza jurídica de la figura en estudio. Tras la labor filosófica, el trabajo se aboca al estudio de dos de las teorías doctrinales más debatidas y confrontadas que se han ocupado de abordar la naturaleza jurídica del arbitraje, a saber: la teoría jurisdiccionalista de la naturaleza del arbitraje, la cual está fundamentada en la finalidad del arbitraje y la labor del árbitro y, la teoría contractualista de la naturaleza jurídica del arbitraje que implica el reconocimiento de la voluntad de las partes y su libre disponibilidad.

Para definir la naturaleza del arbitraje, necesariamente debemos hacer el viaje entre ambas teorías que explican la razón de ser de esta institución. Después de este necesario análisis de ambas teorías, el escrito prosigue hacia un estudio profundo del caso nicaragüense. Como veremos, para el caso nicaragüense, los principios generales del arbitraje nos sirven como directriz orientadora, marcando el eje transversal que aborda la Ley de Mediación y

Arbitraje, aunque no nos permiten dilucidar claramente la tendencia a la cual se inclina dicha institución.

Uno de los objetivos primordiales de este documento es dotar al lector de elementos conceptuales que le permitan construir su propia conclusión, además de recibir las de su autor, sobre la naturaleza jurídica del arbitraje y cómo esta se ve desarrollada en el marco jurídico de los ordenamientos jurídicos, específicamente el de Nicaragua.

Perspectiva filosófica de la naturaleza jurídica del arbitraje

Identificar la naturaleza del arbitraje como tal, no debería representar ninguna dificultad, más aún, teniendo acceso a los resultados doctrinales que clasifican a este en varias teorías. Sin embargo, vale la pena preguntarse, ¿por qué es necesario conocer la naturaleza del arbitraje como método de resolución alterna de conflictos? ¿Qué relevancia tiene manejar la naturaleza jurídica de esta figura? ¿Para qué sirve saberlo?

Si bien la temática de la naturaleza jurídica de las cosas compete, en primera instancia, a la filosofía y particularmente en el ámbito jurídico, a la filosofía del derecho, el asunto no nos es totalmente ajeno. “Pueden decir, no sin razón, que el tema de la naturaleza jurídica desborda su competencia, pues por su carácter general entra de lleno en el ámbito jurisdiccional del filósofo. Y el filósofo del [d]erecho, a quien, en efecto, correspondería estudiar esta materia” (Lois Estévez, 1956, pp. 159-182).

Para los juristas, de nada serviría saber las teorías de la naturaleza jurídica del arbitraje si no está clara la causa de ello, como fuente creadora de la misma. Por esa razón, debe remitirse previamente a su enfoque filosófico del tema. En otras palabras, su importancia radica en ser la idea precursora que da nacimiento a esta figura y que al mismo tiempo justifica su existencia. Aristóteles dijo: “suponemos que tenemos conocimiento de una cosa cuando conocemos su causa” (Aristóteles, Forster, & Tredennick, 1966, p. 172). En este sentido, la causa debe entenderse como aquello a partir de lo cual algo se hace o se produce.

La naturaleza de las cosas está relacionada a la causa de su origen, y de igual manera, la naturaleza jurídica de las instituciones y figuras del derecho. Es ahí, en donde se justifica su existencia, desarrollo, validez y aplicación. Además, esta temática ha sido objeto de consideración desde épocas antiguas, por ejemplo, para Aristóteles es la esencia de los seres que poseen en sí mismo principio de actividad (Aristóteles. & Russo, 1968, Pág. 195a). Al respecto, Heidegger nos explica, lo siguiente:

la época del [...] despliegue de la filosofía occidental, es decir, entre los griegos en quienes la pregunta por el ente cómo y en su totalidad tuvo verdadero comienzo, al ente se le denominó *physis*. Esta fundamental palabra griega, que designa al ente, se suele traducir con el vocablo «naturaleza». Se emplea la traducción latina «natura» que, en sentido propio, significa «ser nacido», «nacimiento». Pero ya con esta traducción latina se extorsionó el contenido originario de la palabra griega *physis* y se destruyó la fuerza nominal, propiamente filosófica, de dicho término [...]. Ahora bien,

¿qué dice la palabra *physis*? Significa lo que sale o brota de sí mismo («das von sich aus Aufgehende») (por ejemplo, el brotar de una rosa); el desplegarse que se manifiesta, lo que en tal despliegue se hace manifiesto y se detiene y permanece en esa manifestación; brevemente dicho, la fuerza imperante (*Walten*) de lo que, al brotar, permanece (Heidegger & Ackermann Pilári, 1995, p. 22).

Claro está que la interpretación del término es profunda y requiere de estudio independiente. No obstante, nos ocuparemos de la utilidad de este tema en el desarrollo de este apartado; antes habrá de recalcarse brevemente la relevancia para la humanidad que, en el sentido filosófico, ha representado la naturaleza de las cosas.

Tanta ha sido la notabilidad de este tema, que hasta en el Medioevo, por medio de la simbología yacía la preocupación por utilizar las alegorías para ilustrar la naturaleza de las cosas, como razón de su ser. Por ejemplo, Beda el que ha sido considerado uno de los eruditos más notables de la Edad Media, por medio su escrito *De natura rerum* (la Naturaleza de las Cosas) y *De temporarum ratione* (de los tiempos) dejó plasmado dibujos en pluma en los que describen monstruos que son transmisores de la enseñanza y con ello la naturaleza que representaba (Fábregas y Olivar, 2002).¹

En este sentido, partiendo de una necesidad filosófica de considerar la naturaleza de las cosas como algo requerido en su estudio para desarrollar una temática, la filosofía del derecho con respecto al objeto de su estudio sigue la misma lógica. Es decir, analizar la razón del porqué existe una figura o institución es fundamental para aplicarla lógica y coherentemente. En el derecho, la naturaleza jurídica de una institución estriba en los procedimientos técnicos, en las categorías jurídicas por cuya mediación el derecho realiza y, sanciona la idea general que esa institución sirve de principio (Lois Estévez, 1956, pp. 159-182).

Para efectos de este apartado consideraremos, pues, la naturaleza jurídica de las cosas como la razón de la existencia y esencia de las instituciones que tienen validez y eficacia, además de por sí mismas, también por el respaldo del imperio de la ley. La naturaleza jurídica del arbitraje deberá manejarse para comprender la corriente doctrinal y filosófica que encierra el ordenamiento jurídico de un país. De ahí que múltiples tratadistas, que a continuación desarrollaremos se han encargado de analizar cuál es el origen o fuente motivadora del arbitraje y las bases que esta posee para su aplicación lógica y coherente en la práctica jurídica. Se requiere pues lo anterior, para partir del planteamiento doctrinal y aterrizar en el desenvolvimiento práctico del arbitraje.

¹ Estos monstruos estaban compuestos por partes de animales diferentes, en el folio 63 de ese antiquísimo documento se visualiza una criatura con su parte superior, representada con una cabeza de pájaro con orejas de burro, la cola de un dragón que termina en la de un pavo real, un ala con un brazo humano y una pierna con una pezuña bovina. La segunda criatura tiene una cabeza de perro con astas de ciervo; los brazos y manos humanos sostienen un garrote, sus patas terminan en garras o pezuñas. Los versos en latín, que acompañan los dibujos, explican su simbología durante la Edad Media. Por ejemplo, un pico de pájaro es símbolo de locuacidad, mientras que las astas de ciervo representan arrogancia. Tanto los versos como las imágenes estaban pensados para cumplir una función didáctica en clases de latín y en el análisis de cuestiones relacionadas con la filosofía moral. Estos manuscritos al mismo tiempo traían consigo la importancia de estudiar la naturaleza de las cosas.



<http://blogs.elconfidencial.com/>

Teorías sobre la naturaleza del arbitraje

Considerando lo anterior, sobre la necesidad de conocer la naturaleza jurídica de una institución, múltiples doctrinarios han desarrollado luces sobre la razón de ser del arbitraje tomando en consideración la forma en que se origina y la forma en que este resuelve el conflicto. Con la aparición de mecanismos autocompositivos y heterocompositivos en el Estado surge la posibilidad, en el primer caso, de resolver conflictos o disputas con formas alternas y directas entre las partes, y en el segundo caso, de recurrir a los mecanismos legales que el Estado administra y supervisa.

Con referencia a los mecanismos heterocompositivos significó dos cosas:

1. La regulación de la actividad jurisdiccional del Estado, en la que una parte involucrada en conflictos con otra, acude a un órgano nombrado por el Estado, ajeno a la voluntad de cualquiera de ellas. El sometimiento únicamente estará regulado por directrices de competencia y solemnidad, para su procedencia. No requiere la voluntad o consenso de las partes. Es decir, el proceso judicial tal a como lo entendemos hasta el día de hoy (González, 1992).
2. La posibilidad de remitir a un tercero elegido por las mismas partes involucradas en un conflicto.

En este segundo punto surge la figura del arbitraje, en la que tal como definimos, es el proceso en virtud del cual, previo acuerdo, dos o más partes han decidido resolver sus controversias alternamente a la vía judicial, nombrando un tercero para que dirima el conflicto según las facultades que estos le han asignado. Estamos frente al *ad biter*, formada

por la proposición *Ad y arbiter*, que significa tercero que se dirige a dos litigantes para entender sobre su controversia (Gozaíni, 1994, p. 9). Caravantes expresa que esta palabra supone la voluntaria elección de las partes para que un tercero falle en un negocio que los enfrenta. Se concluye, entonces, que la palabra arbitraje o arbitramento indica la autoridad o jurisdicción que adquieren los árbitros por el compromiso (Vicente y Caravantes, 1856, p. 466).

Para algunos el arbitraje tiene naturaleza contractual al provenir de la libre estipulación entre partes. Otros, en cambio, atienden no a la manera como se constituye, sino a la forma de resolución, señalando la naturaleza jurisdiccional del acto final. Las teorías que explican la razón de ser del arbitraje, su origen central y su desenvolvimiento al momento de aplicación, tradicionalmente, han estado en dos opuestos.

No abordaremos en este escrito la teoría mixta o ecléctica² de la naturaleza jurídica, por ser la unión práctica o conciliación de los argumentos de las dos teorías tradicionales (Calamandrei, 1962, p. 280). Nos enfocaremos en las dos teorías contrapuestas, con argumentos contrarios, que nos lleven a analizar profundamente la naturaleza, evitando así la conciliación conceptual de ambas teorías que es el producto o fundamento de la teoría ecléctica.

Teoría jurisdiccionalista o procesalista de la naturaleza del arbitraje

La teoría jurisdiccionalista se fundamenta en la finalidad del arbitraje y la labor del árbitro. En este sentido, se entiende que la función arbitral lleva implícita la función jurisdiccional del Estado de administrar e impartir justicia e inclusive ejecutarla. Es decir, la teoría jurisdiccionalista reconoce a los árbitros como administradores de conflictos que imparten justicia “privada”. Se considera que el arbitraje es una concesión, que en materia de derecho privado se hace el Estado a los particulares, para resolver sus conflictos (Talero Rueda, 2008, pp. 1-25.).

Se trata, pues, de un proceso el que debe reconocérsele su naturaleza jurisdiccional, sin que la derivación de competencias que las partes les otorgan a los árbitros sea determinante para caracterizar el mismo. En esa dirección se desempeñan como verdaderos jueces, con autonomía e independencia frente a las mismas partes que hicieron su designación (Monro y Cabra, 1982, p. 6).

Ante esta teoría existe la postura de la Corte constitucional de Colombia, que dejó plasmado algunas consideraciones para determinar la naturaleza jurisdiccional del arbitraje, al expresar que el arbitraje es la representación de un mecanismo para impartir justicia, a través del cual igualmente se hace efectiva la función pública del Estado en ese sentido, y claramente consagrado por el ordenamiento jurídico; es más, dicho instituto goza de autorización constitucional expresa, con determinadas características, en donde los árbitros

² La teoría mixta tiene entre sus defensores a autores como Piero Calamandrei, que expresa el carácter auxiliar el árbitro con respecto al juez, es decir, el árbitro imparte justicia pero requiere del reconocimiento de éste para ejecutar lo decidido. Lo que hace a su origen contractual fuertemente amarrado al carácter jurisdiccional del Estado, para ejecutar lo resuelto.

quedan investidos transitoriamente, de la función de administrar justicia, con los mismos deberes, poderes, facultades y responsabilidades, en razón de haber quedado habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que señale la ley.

[...] La decisión arbitral concretada en un laudo arbitral, bien sea en derecho o en equidad, es eminentemente jurisdiccional y equivale a una providencia judicial, en cuanto resuelve el litigio suscitado entre las partes, pronunciándose sobre los hechos, resolviendo sobre las pretensiones, valorando las pruebas y declarando el derecho a la luz de los mandatos constitucionales y legales o atendiendo a los principios de equidad. Claro está, que la ejecución y control de ese laudo corresponde a la jurisdicción ordinaria permanente. No cabe, entonces, duda alguna de que el arbitramento constituye una institución importante para la obtención de una eficaz administración de justicia. (Colombia, Corte constitucional de Colombia, sentencia C- 242 de 1997)

Este criterio revestido de un análisis procesalista de la función arbitral, nos indica al menos ciertos discernimientos que fundamentan la teoría jurisdiccional. Cabe destacar la equivalencia del laudo arbitral con respecto a las providencias judiciales, puesto que resuelven conflictos entre las partes por medio del análisis de prueba, de los hechos presentados y las pretensiones expresadas en la litis.

De hecho, se sostiene el criterio de un reconocimiento temporal del ejercicio de la jurisdicción para impartir justicia. Esto equivale a comparar a la figura del árbitro con respecto al judicial como hermanos pero de diferente padre, cuya madre es la constitución que reconoce y permite el ejercicio de la jurisdicción pero por ser uno originado por la voluntad de las partes para resolver el conflicto frente a un tercero, los hace diferentes.

Se han desarrollado puntos que apuntan hacia la vigencia de la teoría jurisdiccionalista de la naturaleza del arbitraje (Serra Domínguez, 1969, pp. 580-582), sosteniendo que:

1. La labor jurisdiccional es independiente de la atribución que hace el Estado a un órgano que se encuentra bajo su cuidado. Dicha afirmación por considerarse históricamente que jurisdicción es anterior a la legislación. En este sentido, la designación del órgano como tal es irrelevante, sea este un tercero ajeno al Estado o bien proveniente de éste. Lo importante será la función que ejerce el tercero para dirimir el conflicto.
2. El resultado que pone fin al conflicto son idénticos, tanto para la sentencia así como para el laudo. En ambos casos las pretensiones planteadas por las partes reciben respuesta ya sea estimándola en todo o en parte, o desestimándola.



<http://inadeb.edu.be/>

3. El consentimiento de las partes en el proceso arbitral opera únicamente en su fuente creadora, es decir en el momento inicial del arbitraje. Es totalmente irrelevante a lo largo del procedimiento arbitral.
4. El tercero designado como árbitro únicamente posee autoridad entre las partes para decidir y dirimir el conflicto, pero les hace falta la potestad que es un atributo exclusivo del Estado. Por ello, requerirá la cooperación de los tribunales respecto de aquellos actos que necesiten posesión de potestad.

Estos puntos, permiten a los seguidores de esta corriente, considerar que la naturaleza del arbitraje no está definida, por el órgano, sino por la función o rol que este desempeña a la hora de dirimir el conflicto. Inclusive, esta interpretación se extiende a aquellos momentos en que existan vacíos procesales, para reafirmar el papel del árbitro ante el silencio procesal que dejó la voluntad de las partes al momento de constituir el arbitraje.

En otro análisis, la misma Corte Constitucional de Colombia reafirma la labor pública que le es asignada al árbitro para impartir justicia. A pesar del nombramiento temporal (es decir, únicamente mientras dura el proceso) tienen la facultad de emitir fallos ya sea en equidad o en derecho. Esto los hace titular del ejercicio de una función pública estatal. En esta sentencia se estableció igualmente el carácter transitorio con el que son investidos los árbitros para administrar justicia y se determinó la viabilidad para que tribunales de arbitramento conozcan de procesos ejecutivos (Informe de Ponencia para Primer Debate (Tercer Debate) del Proyecto de Ley 176 de 2011, 2012).

Teoría contractualista de la naturaleza jurídica del arbitraje

Esta teoría parte del principio de autonomía de la voluntad de las partes, como motor del arbitraje. El arbitraje como tal sólo se desarrollará bajo los términos que las partes así hayan plasmado y consensuado. Aunque sea un proceso regido por normas jurídicas, el principal punto inicial será la voluntad de los individuos. Lo importante de esto es cómo se origina el arbitraje y no así la función que el árbitro desempeñe.

Según este criterio, lo importante del arbitraje es su constitución formal y lo que ello envuelve que, en palabras de Chiovenda, implica que la autoridad judicial no pueda conocer del asunto controvertido. En este sentido, la sola puesta en conocimiento ante un judicial de la causa regulada por arbitraje, dotaría a una de las partes de la posibilidad de oponer la excepción de compromiso, que no es ni de incompetencia ni de litispendencia, sino la renuncia expresa al procedimiento judicial. Las partes han de resolver el conflicto mediante un juicio ajeno. Quien lo resuelve es el árbitro que, en términos claros, no es funcionario estatal, no ostenta jurisdicción, ni propia, ni delegada; sus facultades o poderes se derivan de la voluntad de las partes expresadas según las formalidades de ley. De hecho, la decisión que sea dictada por la autoridad arbitral, es irrevocable por las partes, puesto que a ella, previamente, se habían sometido; pero no posee ejecutoriedad por sí sola (Chiovenda & Casais, 1922, p. 142-147).

Lo determinante para esta teoría no es la manera en que el tercero ejerce su función al resolver el conflicto, sino la voluntad de las partes al establecer los extremos en que el tercero actuará. En este sentido, Serra Domínguez (1969) cita a Furno quien en sus palabras expresó que en ningún caso la voluntad del tercero concurre para determinar la voluntad privada pues, la única voluntad jurídicamente relevante es la de las partes (p. 575)

En otras palabras, el arbitraje no es más que un método heterocompositivo en virtud del cual una parte involucrada en una controversia con otra, invitan a un tercero que, actuando bajo las directrices de ambas, aquél resuelve. Esta resolución ha de cumplirse por el compromiso de las partes de aceptar y quedar ligados a los resultados que el tercero proclame (Guasp, 1956, p. 16). Todo esto no implica ni supone que el árbitro sea un juez, sino un simple administrador de un conflicto, con la misión de dirimir él mismo sin tener una facultad jurisdiccional, ni ajena a la voluntad de las partes.

Nicaragua y la naturaleza jurídica del arbitraje

Como hemos visto, la teorías sobre la naturaleza del arbitraje nos plantean un análisis de la figura arbitral para definir sus alcances y formas en que se desarrolla el proceso, inclusive para determinar el peso y efecto de la decisión del árbitro. En eso radica el análisis de la naturaleza del arbitraje. No es un debate irrelevante, puesto que de ello depende la armonía jurídica de la figura y la práctica jurídica que se tome en cada país. Pero en Nicaragua ¿de qué manera se ha desenvuelto el arbitraje? ¿Cuál es la teoría que asume? ¿Qué resultados nos da el análisis de algunos artículos claves de la legislación, pero no únicos, que regulan el arbitraje?

En ambas teorías como hemos visto, se reconoce que la voluntad de las partes es trascendental para dar cabida al arbitraje y la constitución política de Nicaragua, en el marco de la autonomía de la voluntad del ciudadano, otorga la permisibilidad a las partes para actuar conforme al consenso que tomen, siempre y cuando no atente contra el orden jurídico (Nicaragua, Asamblea Nacional, 2014, Constitución Política, art. 32)

También, se ve desarrollado en el Código Civil el principio de autonomía de voluntad de las partes, que dota la facultad a los individuos de pactar las cláusulas y condiciones que tengan por conveniente (Nicaragua, Asamblea Nacional, 1904, Código Civil, art. 2437) y que ellas mientras, no sean ilegales, inmorales ni atentados al orden público, tienen fuerza de ley entre los contratantes y debe cumplirse al tenor de los mismos (Nicaragua, Asamblea Nacional, 1904, Código Civil, art. 1836).

Estos principios generales aún no nos dicen nada sobre la tendencia utilizada en Nicaragua, pero sí nos marcan el punto de partida que en la ley de Mediación y Arbitraje se desarrolla. En la definición señalada en dicha ley, se expresa literalmente que el arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos que surge de la autonomía de la voluntad de las partes, quienes delegan en un tercero imparcial llamado árbitro la resolución de su controversia, y éste, siguiendo el procedimiento determinado previamente por las partes decide la controversia mediante un “laudo arbitral” que es de obligatorio cumplimiento para las partes (Nicaragua, Asamblea Nacional, ley 540, art. 24.).

De esta definición se rescata para nuestro análisis los elementos de:

- Autonomía de la voluntad de las partes,
- Procedimiento determinado por las partes previamente,
- Tercero imparcial que resuelve la controversia,
- Obligatorio cumplimiento de la resolución que pone fin a la controversia.

Estos elementos, son torales para afirmar en primera instancia, que Nicaragua posee rasgos de reconocimiento de la teoría contractualista, pues la voluntad de las partes es fundamental para definir el actuar del tribunal arbitral durante el proceso. Es decir, la función arbitral es resultado, no de una potestad jurisdiccional, sino de las reglas que la voluntad de las partes han plasmado previamente. Sobre todo el resultado que emita el tribunal arbitral es asumido por las partes, porque así ellas lo han concertado.

La libre disponibilidad de los sujetos,³ es en primera instancia determinante para definir lo que será el arbitraje para las partes. Los fundamentos constitucionales nos asisten para reconocer la naturaleza contractual del arbitraje, puesto que la facultad de impartir justicia bajo imperio de ley, es una potestad indelegable del poder judicial quien en nombre del pueblo la ejerce (Nicaragua, Asamblea Nacional, 2014, Constitución Política, art.158). Es decir, la potestad jurisdiccional de juzgar y ejecutar lo juzgado únicamente pertenecen a

³ Libre disponibilidad: situación en virtud de la cual se deba a las partes la facultad de decidir libremente sobre un asunto; esa facultad conlleva el derecho de las partes de autorizar a un tercero a que adopte esa decisión.

este poder del Estado.⁴ Criterios que para la tesis jurisdiccionalista son vistos como adversarios a sus postulados, puesto que dicha corriente reconoce que la labor del árbitro es judicial al impartir justicia. Sin embargo, en Nicaragua estos criterios no tienen el respaldo constitucional esperado.

En estos términos, el principio de exclusividad de la actividad jurisdiccional corresponde exclusivamente al Estado para juzgar y ejecutar lo juzgado (Nicaragua, Asamblea Nacional, 2014, Constitución Política, art. 159). El escenario para la teoría jurisdiccionalista en Nicaragua parece gris, ya que bajo estos primeros términos se considera únicamente la voluntad de las partes como el motor que desarrolla e impulsa el proceso arbitral desde su inicio hasta el final.

Así mismo, la función jurisdiccional en el arbitraje es casi inexistente, pues al ejecutar actividades que no le son propias o conferidas por las partes, se requiere del auxilio judicial. Por ejemplo, levantamiento de sigilo bancario y ejecución de laudo arbitral. Para ello, la legislación no equipara o asemeja la fuerza de la resolución de un tribunal arbitral con respecto a una judicial. Tanto así que únicamente, las resoluciones de los tribunales de justicia son de obligatorio cumplimiento (Nicaragua, Asamblea Nacional, 1998, Ley 260, art. 18) y ante su incumplimiento la coerción de la fuerza pública estatal le cobija. En cambio el laudo arbitral *per se* es únicamente obligatorio para las partes pero ante el incumplimiento, quien tiene la potestad de obligar es el órgano jurisdiccional.

Es en esta dirección que el afán constitucional de regular la administración de justicia, ha tenido sus extensiones en los procedimientos judiciales de carácter civil, con el recién aprobado Código Procesal Civil de la República de Nicaragua, Ley 902. Si bien es cierto, el proceso arbitral se desarrolla bajo los términos que las partes han pactado, también es cierto que el control de legalidad de las actuaciones del tribunal arbitral está fiscalizado por la autoridad judicial competente para realizar el “despacho” u ordenar cualquier ejecución del laudo arbitral.

En primera instancia, el laudo es de obligatorio cumplimiento para las partes, de ahí que los sujetos implicados han de cumplir bajo los términos señalados, pero en caso de omitir la decisión para su efectivo cumplimiento, el tribunal arbitral carece de la potestad jurisdiccional que posee el Estado para ejecutar lo juzgado, por ello requiere la intervención del órgano judicial (Nicaragua, Asamblea Nacional, 2015, Ley 902, art. 410) para cumplir lo decidido únicamente si el laudo se ha dictado en el marco de un proceso desarrollado según reglas previas pactadas libremente, consensualmente, y si no contraviene la ley (Nicaragua, Asamblea Nacional, 2015, Ley 902, art. 410). Esta situación niega la jurisdiccionalidad del arbitraje, pues carece de fuerza para ejecutar por sí sólo lo juzgado.



culturadelasalud.wordpress.com

No existen elementos suficientes en nuestra legislación que nos den indicios para afirmar que es jurisdiccional la naturaleza del arbitraje nicaragüense. A pesar de ser un proceso contradictorio, con partes en litigio, con reglas procesales y con una decisión final para el conflicto. El proceso arbitral en nuestro país tiene un carácter evidentemente contractual, en el que el tribunal arbitral funciona como un administrador del conflicto, bajo las bases y estipulaciones que las partes le confirieron y ante el silencio de ellas, en regular pasos a seguir, supletoriamente el tribunal organiza, pero sin tener jurisdicción.

Afirmar que en Nicaragua la naturaleza del arbitraje es jurisdiccional sería constituir una falacia jurídica, pues a pesar de tener elementos que parecieran convincentes, legalmente en sentido constitucional es inválido.

Conclusiones

Primera. La naturaleza jurídica del arbitraje es la razón por la cual los ordenamientos jurídicos deciden dotar de relevancia procesal o contractual a esta figura. Siempre, en el marco de la agilización de los mecanismos tradicionales para resolver los conflictos, debe plantearse la naturaleza de esta figura. No puede concebirse el desenvolvimiento del arbitraje como institución sin que se hayan trazado los roles o alcances de los sujetos que contribuyen en su nacimiento y desarrollo.

Segunda. Las teorías tradicionales que definen la naturaleza del arbitraje son diametralmente opuestas, pero nos permiten reafirmar la validez del análisis del proceso arbitral. Por un lado, desde un punto de vista procesal y por otro desde la acera autónoma de los métodos de resolución alternos de conflictos, en donde la autonomía de la voluntad de las partes juega un papel determinante para definir los alcances de estos.

Tercera. No es un debate innecesario discutir la naturaleza del arbitraje puesto que de ello depende la aplicación y desenvolvimiento de esta figura. Hablar del arbitraje sin estar claro de su naturaleza es comparable a ejecutar una receta sin saber cómo se llaman las especias que se aplican. He ahí la utilidad, pues conocer por qué un laudo arbitral requiere del visto bueno o no, de un órgano judicial es determinante para definir los argumentos que dan cabida a ese comportamiento jurídico.

Cuarta. Nicaragua tiene claro en su ordenamiento jurídico la naturaleza del arbitraje. Aunque no lo diga expresamente en ley, su regulación se deduce fácilmente. Esto le ha permitido tener un nivel de coherencia interna en lo que la buena andanza de proceso arbitral se refiere, sin que eso implique el desconocimiento de autoridades judiciales ni mucho menos el rol del árbitro. Ciertamente, la voluntad de las partes se ha

complementado con los alcances del laudo y el control de legalidad del judicial, lo que ha permitido reafirmar la naturaleza contractual del arbitraje nicaragüense, bajo un resguardo Estatal del debido proceso y de la facultad inherente a ella, la administración de justicia y la ejecución de la misma.

Bibliografía

- Aristóteles (Russo, A) (1968). *Física*. Bari: Laterza.
- Aristóteles (Tredennick, H. & Forster, E.). (1966). *Aristoteles*. London: Heinemann.
- Calamandrei, P. (1962). *Instituciones de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America.
- Caravantes, J. V. (1856). *Tratado histórico, crítico, filosófico de los procedimientos judiciales según la nueva ley de Enjuiciamiento*. Madrid: Edición Gaspar y Roig.
- Chiovenda, G. & Casais, J. (1922). *Principios de derecho procesal civil*. Madrid: Editorial Reus.
- Fábregas, J. & Olivar, A. (2002). *La voz de los Padres en la liturgia de las horas*. Barcelona: Centre de Pastoral Litúrgica.
- Gonzáini, O. A:
- (1992). *Derecho Procesal Civil, Teoría General del Derecho Procesal (volumen 1)*. Buenos Aires, Edición Ediar.
- (1994). *Notas y estudios sobre el proceso civil (1st ed.)*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Guasp, J. (1956). *El arbitraje en el derecho español*. Barcelona: Bosch.
- Heidegger, M. (2001). *Einführung in die Metaphysik* (Introducción a la Metafísica, Ackermann, P. trad. Barcelona: Edisa Editorial.
- Jarrosson, C. (1987). *La Notion d'arbitrage*. Paris: LGDJ.
- Lois Estévez, J. (1956). Sobre el concepto de "Naturaleza jurídica", *Anuario De Filosofía del Derecho*. 4 (1), 159-182. Recuperado de https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-F-1956-10015900182
- Monroy Cabra, M. (1982). *Arbitraje comercial*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis Librería.
- Nicaragua, Asamblea Nacional:
- (1906). *Código Civil de la República de Nicaragua*.
- (2005). *Ley No. 540. Ley de mediación y arbitraje*.
- (2015). *Ley 902 Código Procesal Civil de la república de Nicaragua*.
- Serra Domínguez, M. (1969). *Estudios de derecho procesal*. Esplugues de Llobregat: Ediciones Ariel.
- Talero Rueda, S. (2008). *Arbitraje comercial internacional*. Bogotá, Colombia: Universidad de Los Andes.

Vicente y Caravantes, J. (1856). *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil*. Madrid: Impr. De Gaspar y Roig.

Alcances de la irrenunciabilidad de los derechos laborales en Nicaragua

Ponencia presentada en el XX Congreso Iberoamericano
de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Luis Manuel Osejo

Recibido: 09.12.16 / Aceptado: 06.01.17

RESUMEN

Como toda disciplina jurídica el derecho laboral está erigido en principios fundamentales sobre los cuales sustenta su amplia regulación de naturaleza social. En este trabajo se pretende analizar la aplicación del principio de irrenunciabilidad en las relaciones laborales que no está delimitado en la ley. Se profundiza en el análisis basado en los criterios doctrinales aplicables y posteriormente sobre la base de la jurisprudencia nicaragüense sentada por las autoridades laborales de este país, planteándose una serie de aportes conclusivos con el objeto de contribuir al correcto abordaje de este elemental principio.

PALABRAS CLAVES

Derecho laboral, irrenunciabilidad, jurisprudencia.

ABSTRACT

As any legal discipline, labor law is built on the fundamental principles on which sustains its wide regulation of social nature. In this paper I pretend to analyze the application of the inalienability principle in labor relations that is not defined in the law. I will go in depth analyzing the doctrinal criteria applicable and subsequently the basis of the Nicaraguan jurisprudence made by the labor authorities of this country, posing a series of conclusive contributions with the aim of contributing to the correct approach of this basic principle.

KEYWORDS

Labor law, inalienability principle, jurisprudence.

Introducción



Luis Manuel Osejo (1975)
Magistrado presidente del
Tribunal Nacional Laboral
de Apelaciones de
Nicaragua. Miembro de la
Asociación Iberoamericana
de Derechos del Trabajo y
de la Seguridad Social.
Contacto:
luis.osejo@gmail.com

La legislación laboral nicaragüense solamente establece de manera enunciativa en el Principio Fundamental IV del Título Preliminar del Código del Trabajo, que los derechos laborales establecidos en dicho código “son irrenunciables”. No obstante, ni dicho código ni ninguna otra norma de nuestro sistema jurídico laboral establecen la definición de *irrenunciabilidad*, ni están determinados sus alcances y forma de aplicación, de tal forma que no está precisado cuáles derechos son irrenunciables, qué es lo irrenunciable, si hay algunas situaciones o derechos que pueden disponerse, de existir una situación de inseguridad jurídica. La ausencia de precisiones en la ley respecto de la irrenunciabilidad menudo se traduce en la proliferación de conflictos entre las partes vinculadas por relaciones laborales, que luego tienen que resolver las autoridades laborales con una adecuada interpretación de las normas y principios que rigen el orden jurídico laboral.

Por lo anterior, en este trabajo se trata de establecer cuáles son los derechos del trabajador cubiertos por la garantía de irrenunciabilidad. Así mismo, se considera de sumo interés analizar la aplicación de la irrenunciabilidad de derechos laborales, basada en la doctrina jurídica actualizada, así como en la jurisprudencia emanada de las autoridades judiciales que tienen competencia asignada por ley para dirimir conflictos laborales, a saber, en la jurisdicción ordinaria, los jueces del trabajo y de la seguridad social, en primera instancia y el Tribunal Nacional Laboral de Apelaciones, en segunda instancia.

De la renuncia de los derechos laborales

Aspectos generales

En el derecho del trabajo nicaragüense, el numeral IV del título preliminar del Código del Trabajo nicaragüense establece: “Los derechos reconocidos en este Código son irrenunciables”, disposición que luego es refrendada por el artículo 29 del mismo cuerpo normativo, que reza: “se prohíbe estipular en el contrato que no se pagarán prestaciones sociales. El derecho a las prestaciones sociales es irrenunciable”.

Un tema de esencial trascendencia a tratar aquí, lo reviste la protección constitucional a esta garantía de irrenunciabilidad, puesto que nuestra carta magna no dispone normas específicas que establezcan el carácter irrenunciable de los derechos y prestaciones laborales, salvo la inembargabilidad del salario y de las prestaciones sociales. Llama mucho la atención que una situación tan trascendente sobre la cual gira gran parte de la aplicación

del derecho del trabajo y principalmente de las normas protectoras de la clase trabajadora, como es la irrenunciabilidad de los derechos y prestaciones laborales, no se encuentra elevada a garantía constitucional. Consideramos necesario que en una próxima reforma constitucional esto sea tomado en cuenta. Es responsabilidad de las centrales sindicales de nuestro país velar porque sea considerado este derecho con una relevancia tal que amerite ser incluido en el texto constitucional a los fines de dotar de una mayor protección a los trabajadores.



luzalejandraescobarderecholaboral.blogspot.com.ar/

El derecho del trabajo está regido por principios propios dentro de los cuales, por su propia naturaleza protectora de la clase trabajadora, destaca el principio de irrenunciabilidad, según el cual, el trabajador se encuentra imposibilitado de privarse, voluntariamente, de los derechos y garantías que le otorga la legislación laboral, de manera tal que toda renuncia de derechos que haga el trabajador, de los que son contemplados por las normas de orden público, se encuentra viciada de nulidad absoluta. Así, un trabajador no puede renunciar a su salario o aceptar uno que sea menor al mínimo establecido por el ordenamiento o si la jornada de trabajo diaria máxima es de ocho horas, un trabajador no puede pedirle a su empleador que le deje trabajar ordinariamente durante un lapso de tiempo mayor.

Señala Orsini (2010) sobre este principio:

Este principio impone que el trabajador no puede renunciar o disponer en su propio perjuicio a los derechos y créditos que se derivan del contrato de trabajo. Tomando nota de la situación de inferioridad y debilidad contractual en la que se encuentra el trabajador, el principio restringe la autonomía de la voluntad y la libertad contractual del derecho civil clásico para garantizar - estableciendo un verdadero orden público laboral imperativo e inderogable - la modesta propiedad alimentaria de los trabajadores. En consecuencia, por imperio del principio de irrenunciabilidad, ni aun con el concurso de su propia voluntad puede éstos aceptar modificaciones in pejus de los derechos que han adquirido (p. 502).

El fundamento y razón de ser de la irrenunciabilidad estriba, precisamente, en las normas propias del derecho laboral y específicamente en la subordinación del trabajador respecto del empleador, estimando que en tales circunstancias la renuncia de derechos puede no ser un acto libre al presumirse que el trabajador que desiste de los beneficios legales actúa por falta de libertad, forzado a ello por la situación preeminente que ocupa el empleador en la relación laboral. Indudablemente, a mi juicio, la renuncia es un negocio jurídico que en materia de derecho del trabajo es considerado por la ley con singular prevención, pues, frente al principio de que puede renunciarse cualquier derecho, salvo excepciones, se acoge el principio de que ningún derecho laboral establecido en la ley puede ser renunciado.

El laboralista nicaragüense Alemán Mena (2004) ha planteado sobre la irrenunciabilidad que:

es un beneficio de los hombres y mujeres que viven de la prestación de su fuerza de trabajo. Carece de efectos jurídicos la renuncia que haga el trabajador a percibir su salario, a gozar de vacaciones, a obtener un pago especial por el tiempo extraordinario trabajado, a recibir indemnización por riesgos de trabajo, etc. La irrenunciabilidad se desprende de la naturaleza de orden público de los beneficios y garantías, de carácter de mínimos, otorgados a los trabajadores. (pp. 25 – 26).

Este carácter irrenunciable deviene de la naturaleza misma del derecho del trabajo, de su razón de ser protector de los sujetos más débiles como son los trabajadores en el vínculo empleado-patronal. Así, Pla Rodríguez (1978), coloca como el principal de los principios del derecho del trabajo el principio protector, cuyo fundamento responde al propósito de nivelar desigualdades y citando a Radbruch, refiere: “la idea central en que el derecho social se inspira no es la idea de la igualdad entre las personas, sino de la nivelación de las desigualdades que entre ellas existen” (p. 25).

En las relaciones laborales son evidentes las desigualdades, el desequilibrio, la posición preeminente del empleador frente al trabajador, por consiguiente se evidencia una desigualdad jurídica y económica que separa a las partes en un vínculo laboral al ser el empleador la parte fuerte y el trabajador la parte débil. Así nace pues el derecho del trabajo como un conjunto de normas, cuyo objetivo es procurar eliminar o, al menos, atenuar o disminuir el desequilibrio, creando nuevas desigualdades de signo inverso, en las que el trabajador tenga posibilidades de colocarse en un contexto de equiparación frente al empleador.

Respecto de la irrenunciabilidad, Lastra (2001) ha fijado:

la irrenunciabilidad debe entenderse como “la no posibilidad de privar voluntariamente los derechos concedidos por la legislación laboral”. Este principio no se restringe solo por la celebración de los contratos individuales de trabajo, sino que también es aplicable a la negociación profesional y al contrato colectivo. El carácter imperativo y el hecho de integrar un sistema normativo de orden público, hacen que el derecho del trabajo sea

irrenunciable. El principio de irrenunciabilidad pretende evitar, en detrimento de los trabajadores, algunas de sus ya precarias condiciones materiales (p. 193).

La limitación comprende la totalidad de beneficios concedidos por las leyes, está referida a los derechos que el trabajador no puede renunciar individual y válidamente porque son nacidos de normas de derecho necesario absoluto, salvo aquellos que, originados por éstas, se sitúan por encima de los mínimos imperativamente garantizados, por lo que, la irrenunciabilidad supone la existencia de una esfera de derechos indisponibles, de los cuales ninguno puede ser renunciado válidamente.

Por ello el jurista colombiano Barona (2010) señala:

así mismo, la irrenunciabilidad es de la esencia del derecho del trabajo, en cuanto: La legislación laboral tiene su origen [...] y pretende –por medio de la protección del trabajador– evitar que la igualdad formal se convierta en una justificación de la desigualdad real existente [...], el reconocimiento de la desigualdad de las condiciones reales [...], la excepción al principio del derecho romano de igualdad contractual en beneficio de la protección especial de los intereses de los trabajadores.

Consecuentemente, en materia laboral, si bien es cierto las partes pueden actuar con su autonomía de voluntad, pero esta se encuentra severamente limitada por el contenido de lo establecido en las normas jurídico laborales, es decir, trabajador y empleador pueden fijar voluntariamente las condiciones de trabajo, pero siempre respetando los mínimos o máximos que define el orden jurídico positivo que rige en el sector de que se trate, no teniendo libertad entera las partes para fijar condiciones que restrinjan o infrinjan esos límites establecidos en la ley, y sí teniendo libertad plena los contratantes para establecer cuanto acuerdo sea posible, a partir de esos límites legales en adelante. Esto significa que los trabajadores no pueden renunciar a esos mínimos o máximos que a su favor establecen las disposiciones legales que rigen la materia, indistintamente al orden jerárquico de las mismas.

Comprensión material de la irrenunciabilidad

Hemos establecido ya la imposibilidad legal de la renuncia de parte de los trabajadores a sus derechos que les concede taxativamente la ley laboral. Conviene precisar cuáles son las materias que comprende este impedimento de disponer de sus derechos para el trabajador, es decir, es necesario determinar los derechos en defensa de los cuales se establecen los mecanismos jurídicos tendentes a neutralizar los eventuales efectos de la voluntad de renunciar.



principiosdelderecholaboralco.blogspot.com.ar/

Así tenemos que no debe haber la más mínima duda de que son irrenunciables los derechos fundamentales, los derechos específicos regulados en la constitución política nicaragüense, y los derechos inespecíficos del trabajador, dado que todos estos se encuentran dispuestos por una serie de normas taxativas contenidas en convenios internacionales, la constitución política y leyes internas del país.

Considero que el principio fundamental contenido en el numeral IV del Código del Trabajo de nuestro país resulta bien claro al definir que son irrenunciables los derechos contenidos en el aludido código. Es decir, del enunciado del referido principio se desprende claramente que la protección concedida por la ley a los trabajadores es para preservarles sus garantías mínimas contenidas en la legislación taxativa. Al respecto tenemos que Cruz Villalón (2014) ha fijado con meridiana claridad:

respecto del ámbito material de la indisponibilidad, ésta abarca a los derechos reconocidos por las disposiciones legales de derecho necesario, así como por las cláusulas indisponibles de los convenios colectivos, si bien se presumen salvo declaración explícita de contrario que la generalidad de unas y otras normas gozan de ese carácter imperativo e indisponible (pp. 98 – 99).

De lo anterior se desprende que el trabajador puede disponer de aquellos derechos que están colocados por encima de los límites establecidos por las normas jurídicas, siendo lícito adoptar acuerdos con los empleadores, siempre que no menoscabe esas garantías mínimas dispuestas a su favor por la ley.

Aspectos subjetivos de la renuncia de derechos

Indistintamente al hecho de que la renuncia supone la imposibilidad de adoptar acuerdos en los que se menoscaben las garantías mínimas establecidas a favor del trabajador por las normas taxativas vigentes, nos enfrentamos al supuesto en el que, aun cuando el trabajador tiene conocimiento de la transgresión a su derecho y de la violación del principio de irrenunciabilidad cometido en su contra y estando plenamente consciente de que le asiste el derecho de tutela, no acude ante las autoridades administrativas o judiciales a reclamar por el cumplimiento de sus más elementales prestaciones laborales. Por ejemplo: el trabajador que pactó devengar un salario abiertamente inferior al mínimo legal y estando en pleno conocimiento de ello, labora ininterrumpidamente por tres años, poniendo fin luego a la relación laboral pero sin reclamar el pago de lo que el empleador le debe en concepto de complemento de salario mínimo, ni reclama lo correspondiente a las prestaciones sociales, dejando transcurrir el plazo de la prescripción legalmente fijado.

Sobre supuestos como este, Díez-Picazo (2001) afirma:

en definitiva, los derechos fundamentales son derechos subjetivos y éstos se caracterizan por dejar a su titular la facultad de hacer valer, cuando lo estime oportuno, la protección de los intereses protegidos por aquéllos. Este último, precisamente, parece que debe ser el criterio general en materia de renuncia a actos de ejercicio de los derechos fundamentales: es a las personas, actuando de manera consciente y libre, a quienes debe corresponder la decisión de cuándo ejercer sus derechos fundamentales. No obstante, esta afirmación necesita de algunas matizaciones ulteriores (p. 135).

Por lo tanto, aún consentida la renuncia de los derechos del trabajador, corresponde a éste denunciar su violación ante las autoridades laborales competentes, para que estas, con la tramitación del procedimiento correspondiente, con audiencia al empleador, puedan lograr el ordeno de la restitución del derecho violentado, salvo cuando se trate de la función ejercida por los inspectores del trabajo, quienes sí pueden acudir a los centros de trabajo, oficiosamente con base en la Ley General de Inspección del Trabajo, norma que los faculta para emitir medidas correctivas a fin que los empleadores se ajusten al cumplimiento de las normas laborales.

Renuncia y disponibilidad de los derechos laborales

En líneas generales, podemos diferenciar la renuncia de la disponibilidad de derechos al decir que aquella tiene como finalidad última la de impedir que el derecho nazca. Por ejemplo, si en el contrato de trabajo se pacta que no se generará derecho a prestaciones sociales, se pretende que el trabajador jamás llegue a considerar que ha percibido este derecho, pues no se ha originado a su favor. En cambio la disponibilidad es aquella que se permite al trabajador, una vez que ya los derechos laborales forman parte de su patrimonio, darles el destino que desee. Verbigracia: si el empleador paga al trabajador su liquidación de prestaciones laborales, y al momento del pago o en momento posterior el

trabajador positivamente procede a cancelar una deuda que tenía con el empleador, no estamos hablando de que se produzca una renuncia de derechos, sino una disposición del trabajador.

Al respecto, citando jurisprudencia española, ha fijado Prados (1980) respecto a un primer momento interpretativo, lo que sigue:

así, se declara que «... si bien es cierto que, en principio, el trabajador no podrá renunciar a los derechos que le sean reconocidos en las normas laborales y será nulo todo acto que los ignore o limite, sin embargo, el Tribunal Supremo, en sentencia de 3 de octubre de 1961 (Aranzadi 3090), tiene declarado que no es lo mismo la renuncia a priori de derechos en potencia, cosa prohibida como contraria al orden social, que la renuncia a los ya consumados que son perfectamente renunciables, expresa o tácitamente, como integrados que ya están en el patrimonio privado y por ello a la libre “disposición” de su titular...» (STCT 4 julio 1978, A/4282), sin que, por tanto, sea nula «... la novación o transacción, ya que el trabajador no renunció a futuros derechos, sino que transigió los que ya estaban en su patrimonio, si bien no reconocidos judicialmente... (p. 65).

De lo anterior se desprende pues, que los actos de disposición y de renuncia son figuras independientes, puesto que los primeros implican que los derechos percibidos en virtud de la relación laboral son integrados en el patrimonio del trabajador y por tanto no se han renunciado, siendo indiferente que luego éste decida darles el destino que le conviene; en cambio la renuncia se materializa aun cuando el derecho ni siquiera se ha originado, siendo más bien su propósito impedir que ese derecho llegue a constituirse, por lo que es ahí donde entra en juego el principio de irrenunciabilidad y hace prevalecer las normas legales por encima de cualquier acuerdo violatorio de los derechos del trabajador.

Respecto a este mismo tema, con gran acierto se ha referido Montoya Melgar (2015) cuando plantea:

Conviene advertir la separación existente entre la renuncia de derechos — única vía de disposición de derechos que se prohíbe al trabajador bajo pena de nulidad— y otras actuaciones con las que guarda semejanza real o aparente. Así, la dejación o no ejercicio del derecho no puede ser razonablemente prohibida o impedida por el legislador, pues ello equivaldría a forzar al trabajador a actuar su derecho. Las transacciones y conciliaciones no tienen, de suyo, por qué encubrir renunciaciones, en la medida en que constituyen compromisos o acuerdos mediante los cuales las partes realizan cesiones recíprocas. Por añadidura, mientras que la renuncia estricta «supone simplemente privarse de un derecho cierto», figuras como la transacción o la conciliación significan «trocar un derecho litigioso o dudoso por un beneficio concreto y cierto (p. 228).



laquintainternacionalsocialistamexico.files.wordpress.com

Resulta claro pues, que aun cuando la legislación española no habla de irrenunciabilidad sino de indisponibilidad de derechos, es inequívoco que esta prohíbe taxativamente las renunciaciones en sentido propio, sea que estas se produzcan antes o después del nacimiento del derecho correspondiente, como suele ocurrir en las renunciaciones anticipadas al disfrute de las vacaciones, o en la renuncia a la percepción de una retribución ya anteriormente devengada. Pero, eso no significa que las conciliaciones entre las partes no estén permitidas, al contrario, a través de estas se logran dilucidar los conflictos laborales, pero siempre cuidando de que no encubran puras y simples renunciaciones.

La irrenunciabilidad en la legislación nicaragüense

Tratamiento de la Irrenunciabilidad en sentencias del Tribunal Nacional Laboral de Apelaciones

Desde su creación, este tema fue tratado por primera vez por Tribunal Nacional Laboral de Apelaciones, TNLA (máxima autoridad judicial laboral del país), en sentencia No. 11/2011, del once de noviembre del dos mil once, a las diez de la mañana, en la que se abordó el tratamiento jurídico brindado a la figura de la consignación judicial, de origen civil, mediante la cual los empleadores pretendían desembarazarse de las cargas laborales respecto de sus trabajadores, ofreciendo bajo la modalidad de la consignación, pagos menores a los que correspondían a éstos en concepto de sus prestaciones laborales, con el objeto de que se tuvieran como pagos liberatorios y de esa forma pagar menos de lo que por ley debían hacer. No obstante, la autoridad laboral máxima, sobre la base del principio de irrenunciabilidad, determinó la inaplicabilidad plena de la figura de la consignación

judicial civil en la materia laboral, teniendo ésta el único efecto de constituir ofrecimientos que el trabajador bien puede optar por recibir como pagos parciales, pudiendo reclamar en otro juicio las prestaciones laborales que su empleador no le ha reconocido en la mencionada consignación. Es evidente la salvaguarda a los derechos de la clase trabajadora por el TNLA al aplicarse el principio en estudio.

Luego, en cuanto a la inexistencia de pagos liberatorios y de la posibilidad de recibir pagos en condición de abonos o cancelaciones parciales, el mismo TNLA estableció en sentencia No. 56/2012, del diecisiete de febrero del dos mil doce, a las once de la mañana que:

En este mismo orden, los empleadores han pretendido que los trabajadores renuncien a sus derechos, tras la firma de finiquitos o de hojas de liquidación final por parte de los trabajadores al recibir pagos de liquidación final de prestaciones laborales, en los que se establece que un reclamo posterior no tendrá fundamento alguno, dado que lo percibido por el trabajador exonera al empleador de toda responsabilidad, persiguiendo con ello que los trabajadores no tengan derecho a reclamar las sumas no percibidas. Tales propósitos han sido pulverizados por el Tribunal Nacional Laboral de Apelaciones, que ha resuelto mediante Sentencia No. 61/2012 del diecisiete de febrero del dos mil doce, a las once y veinticinco minutos de la mañana.

Se evidencia, entonces, en las resoluciones antes referidas, la aplicación de la naturaleza propia del derecho del trabajo, poniéndose de manifiesto la intención protectora del legislador laboral, dejándose establecido con claridad, que es prohibido pactar contratos o acuerdos en los que se renuncien a los más elementales derechos laborales, careciendo de toda validez estas renunciaciones, prevaleciendo las normas laborales por encima de esas expresiones de voluntad.

Irrenunciabilidad en cuanto a las deducciones de prestaciones laborales

Siempre en el ámbito jurisprudencial, reviste singular importancia en el establecimiento de criterios por el TNLA, el tratamiento jurídico que dicho órgano ha dado a un tema muy controversial, que son las deducciones a las liquidaciones finales de prestaciones laborales que los empleadores unilateralmente realizan, tema sobre el cual el tribunal fijó criterio a partir de la sentencia No. 74/2012 del ocho de marzo del dos mil doce, a las diez y diez minutos de la mañana, en la cual se estableció que los empleadores no pueden practicar unilateralmente deducciones a las liquidaciones finales de prestaciones laborales de sus trabajadores y mucho menos si no son de naturaleza laboral, de tal manera que:

1. El empleador no puede disponer unilateralmente de las prestaciones del trabajador practicando deducciones a la liquidación final de éste.
2. No puede el empleador practicar aquellas deducciones que no tienen una naturaleza laboral.

3. Jurídicamente no está habilitado el empleador a efectuar aquellas deducciones que el trabajador no ha consentido expresamente.
4. La garantía de irrenunciabilidad protege a las prestaciones de los trabajadores frente a propósitos del empleador de practicar deducciones unilaterales a sus liquidaciones finales.

No obstante, con posterioridad el TNLA dictó la sentencia No. 937/2015 del nueve de diciembre del dos mil quince, a las nueve y cincuenta minutos de la mañana, en la que se estableció lo siguiente:

1. Es posible que el trabajador pueda autorizar a su empleador para que éste le practique deducciones a sus prestaciones laborales, debiendo entenderse que estas son deducciones voluntarias que ocurren por decisión unilateral del trabajador en ejercicio de su poder de disposición y autonomía de la voluntad que no le está vedada totalmente. En estos casos el trabajador tiene toda la potestad de decidir sobre el destino que pretende darle a sus prestaciones y derechos laborales, pues se entiende que al disponer a través de la autorización, éstas ya forman parte de su patrimonio, de manera que no existe lesión al principio de irrenunciabilidad de las prestaciones laborales dado que no implica una renuncia a las mismas, sino que el trabajador consiente darles el destino que a su juicio corresponde a dichas prestaciones.
2. Es posible practicar deducciones que son de origen y naturaleza laboral, es decir, aquellas que surgen de la aplicación de la ley laboral, del contrato de trabajo, del reglamento interno de trabajo o del convenio colectivo.
3. No puede dar el mismo tratamiento jurídico a las deducciones autorizadas por el trabajador y a aquellas que el empleador pretende imponer unilateralmente, mismas que legalmente no pueden practicarse ni avalarse una vez efectuadas.
4. Las autoridades laborales son competentes para avalar judicialmente la práctica de deducciones de prestaciones laborales consentidas por el trabajador.

Este criterio referido, ha sido reiterado recientemente mediante la sentencia No. 763/2016 del mismo tribunal y otras dictadas con posterioridad.

Irrenunciabilidad y pacto sobre modificaciones de condiciones de trabajo

Un tema de trascendental importancia fue resuelto por el Tribunal Nacional Laboral de Apelaciones a través de la sentencia No. 591/2014 del catorce de agosto del dos mil catorce, a las doce y veinte minutos de la tarde, referido a la posibilidad legal de que las partes una vez ya en vigencia la relación laboral, pueden válidamente modificar las condiciones de trabajo pactadas inicialmente, siempre que esta modificación de

condiciones se efectúe bajo el mutuo consentimiento y que no afecte los límites mínimos que establece el orden jurídico.

Así entonces, en aquellos casos en que se produzcan estas modificaciones de condiciones de trabajo cumpliendo ambos requisitos, no estamos en presencia de violaciones al principio de irrenunciabilidad, sino en el ejercicio claro del consentimiento y libertad que ambas partes tienen de pactar las condiciones de trabajo, salvo el respeto de las garantías mínimas.

Esta sentencia causó enorme polémica en nuestro país, pues fue objeto de duras críticas periodísticas que nacieron de la lectura a dos votos disidentes de la decisión de mayoría, pero revisando el contenido íntegro de la aludida sentencia, esta no transgrede derechos laborales ni principios, *contrario sensu*, trata de preservarlos, al establecer que no procede la modificación de condiciones sustanciales de trabajo de manera unilateral, sino que se requiere del consentimiento de ambas partes como ya se dijo, evitándose con ello prácticas fraudulentas de los empleadores.¹

Conclusiones

1. Los derechos que gozan los trabajadores nicaragüenses que se encuentran cubiertos por la garantía de irrenunciabilidad, son los establecidos taxativamente en el orden jurídico, a saber: los dispuestos en la Constitución Política, los derechos fundamentales conforme la legislación internacional establecida por la OIT en la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales y los derechos que le son inherentes al trabajador como persona y miembro de una comunidad, mismos que el Estado debe velar por su protección y los empleadores deben respetar dentro de los términos que fije el ordenamiento legal.
2. A pesar de la trascendencia que reviste la aplicación del principio de irrenunciabilidad para la consecución de los fines del derecho laboral de proteger al trabajador como sujeto más débil de la relación laboral, resulta sorprendente que este principio no se encuentre contenido en las normas de nuestra Constitución Política, de tal manera que no ha sido elevado a rango constitucional. Para la consecución de un mayor nivel de garantías a favor de la clase trabajadora, se hace necesario que en una próxima reforma constitucional sea incluida la irrenunciabilidad como parte de los derechos laborales establecidos en el artículo 82 del texto constitucional.
3. Como consecuencia de lo anterior, nuestra legislación laboral vigente no ha definido taxativamente el significado de la irrenunciabilidad, ni sus alcances. Ha sido la jurisprudencia sentada por las autoridades laborales

¹ En el Tribunal Nacional Laboral de Apelaciones, según su Ley creadora (Ley No. 755: Ley Creadora del Tribunal Nacional Laboral de Apelaciones y de reforma a la Ley No. 290 Ley Orgánica del Poder Judicial), en su Arto. 40 bis, las decisiones se toman con el voto favorable de tres de sus cinco magistrados miembros, por lo que pueden existir hasta dos votos disidentes en una sentencia de mayoría.

jurisdiccionales, la que ha establecido corrientes de interpretación sobre la misma. De ahí que se ha interpretado que un derecho laboral es irrenunciable en tanto le está prohibido al trabajador pactar en contrario a lo establecido en el orden jurídico sobre determinados derechos, careciendo de valor jurídico todo acuerdo tomado en contra de lo establecido en la ley.

4. No se transgrede el principio de irrenunciabilidad cuando el trabajador dispone libremente de sus derechos y acuerda con su empleador sobre determinados tópicos que no atentan contra lo estatuido en el orden jurídico. Por consiguiente, la aplicación del principio de irrenunciabilidad no alcanza a los derechos nacidos del consentimiento posterior o por encima de los derechos mínimos, de forma tal que esa esfera superior a los límites legales es perfectamente negociable por ambas partes.

Bibliografía

Barona Betancourt, R. (2010). Principios del derecho laboral en el sistema jurídico colombiano, *Revista Criterio jurídico garantista*. Fundación Universidad Autónoma de Colombia, 2 (2), 252-264.

Cruz, V. J. (2014). *Compendio de derecho del trabajo*. Recuperado <http://site.ebrary.com/lib/ucanicaraguasp/reader.action?docID=11046849>

Díez-Picazo, L. (2001). Notas sobre la renuncia a los derechos fundamentales. *Persona y derecho*, *Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*. Universidad de Navarra, (45), 133-138.

Lastra, J. M. (2001). Principios ordenadores de las relaciones de trabajo, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Universidad Nacional Autónoma de México, 34 (100), 165-208.

Montoya Melgar, A. (2015). *Derecho del trabajo*. Recuperado de <http://site.ebrary.com/lib/ucanicaraguasp/reader.action?docID=11231073>.

Nicaragua, Asamblea Nacional:

(1996). *Ley No. 185, Código del Trabajo de la República de Nicaragua*.

(2012). *Ley No. 815, Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social*.

(2014). *Constitución Política de la República de Nicaragua y sus reformas*.

Nicaragua, Tribunal Nacional Laboral de Apelaciones:

(11 de noviembre de 2011). *Sentencia No. 11*.

(14 de agosto de 2014). *Sentencia No. 591*.

(17 de febrero de 2012). *Sentencia No. 56*.

(17 de febrero de 2012). *Sentencia No. 61*.

(8 de marzo de 2012). *Sentencia No. 74*.

(9 de diciembre de 2015). *Sentencia No. 937*.

(9 de junio de 2016). *Sentencia No. 763*.

Orsini, J. I. (2010). Los Principios del Derecho del Trabajo, *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*. Universidad Nacional de la Plata, 7 (40), 490-491.

Pla Rodríguez, A. (1978). *Los principios del derecho del Trabajo*. Buenos Aires: Depalma.

Prados de Reyes, F. J. (1980). Renuncia y transacción de derechos en el Estatuto de los Trabajadores, *Revista de Política Social*. Centro de estudios Políticos y Constitucionales, (127), 55-75.

De la criminología crítica a la crítica del derecho penal:

Apuntes y reflexiones a las consideraciones de Alessandro Baratta

Ponencia presentada en la Cátedra Rodolfo Sandino Argüello
de la Escuela de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UPOLI

Jenny Mora Paizano

Recibido: 17.08.16 /Aceptado: 09.12.16

RESUMEN

Los aportes de Alessandro Baratta sobre la criminología crítica y consecuentemente sobre crítica al derecho penal, se caracteriza por una influencia marxista que delinea el claro enfoque de la criminología crítica en la construcción de una teoría materialista de la desviación a partir de las estructuras socioeconómicas. En este sentido, se explica, de manera general, cómo el derecho penal, el sistema penal y la estructura son creadas para favorecer a la clase dominante. La criminología crítica demuestra que el castigo va dirigido a los comportamientos de las clases subordinadas y por tanto son estas las que pueblan mayoritariamente las cárceles. Alessandro Baratta, entonces, considera que el delito es una construcción social amparada por el derecho y que obedece a la clase dominante.

PALABRAS CLAVES

Criminología crítica, construcción social, delito, sociedad.

ABSTRACT

The contributions of Alessandro Baratta on critical criminology, and consequently on criticism of the criminal law are characterized by a marxist influence that outlines the clear focus of critical criminology in the construction of a materialist theory of the deviation from the socio-economic structures. In this sense, it explains, in a general way, how criminal law, penal system and the structure are created to favor the ruling class. The critical criminology demonstrates that the punishment is directed to the behavior of the subordinate classes and therefore these are those that populate the majority of the prisons. Alessandro Baratta, then, considers that the offense is a social construction covered by law and that it obeys to the ruling class.

KEYWORDS

Critical criminology, social construction, offense, society.



Jenny Mora Paizano (1990)
activista feminista,
antropóloga y maestrante en
criminología por la
Universidad Nacional del
Litoral, Santa Fe, Argentina.
Contacto:
jennympaizano@gmail.com

Hablar de criminología, sociología jurídico-penal y política criminal, resulta fundamental para comprender la efectividad del sistema penal en la sociedad capitalista avanzada. En efecto, a partir de la “nueva criminología” o “criminología crítica”, se estudia, desde una perspectiva macrosociológica, la interpretación de la desviación. Para ello, se apoya de varias disciplinas como antropología, el derecho, sociología, etc. Analizar el funcionamiento del sistema penal y control social y poner en perspectiva el vínculo del sistema penal con la estructura socioeconómica ayuda a comprender las concepciones que se van tejiendo alrededor de los estudios sobre desviación.

La criminología resulta ser, entonces, una sociología del delito y de las instituciones y las prácticas del control del delito. La transdisciplinariedad del pensamiento sobre lo que se ha denominado la “cuestión criminal” es necesaria para valorar el pasado y el presente. Preguntarnos sobre la criminología clásica es indispensable para poder explicar los procesos actuales de la criminología.

Procesos históricos de la criminología en relación a las instituciones y prácticas penales

La criminología desde sus orígenes se caracteriza por el estudio de las causas del delito. Preguntarnos, ¿por qué las y los sujetos cometen delito? Implicó el primer momento de los estudios criminológicos. Un segundo momento, se enfoca en el estudio de las instituciones, la sociedad y el Estado. A la criminología contemporánea no le interesa las causas del delito; con un foco más amplio se apoya bajo la sociología de la desviación: el interés está dirigido a las reacciones sociales en contextos históricos determinados. La criminología contemporánea entonces, desde los años treinta en adelante, se viene caracterizando por la tendencia de superar las teorías positivistas de la criminalidad, que imperaron durante el siglo XIX, con los estudios de Lombroso.

La criminología positivista dirige sus estudios al delincuente y no al delito. Las causas del porqué se comete un delito están determinadas por razones biológicas y psicológicas que diferenciarían a los sujetos “criminales” de los individuos “normales” y en la negación del libre arbitrio mediante un rígido determinismo.



laprimera piedra.com.ar

La criminología crítica, mientras tanto, gira sus estudios a la función que cumple el Estado, las leyes e instituciones en el mantenimiento de un sistema de producción capitalista. El crimen es considerado como un comportamiento que es definido por el derecho y las instituciones penales; el determinismo y las consideraciones sobre el delincuente, como un individuo diferente, es rechazada por la nueva criminología o criminología crítica.

Ahora bien, luego de hablar de la criminología crítica frente a la criminología clásica, entonces, ahora preguntémosnos: ¿hasta qué punto se ha puesto en duda la ideología penal tradicional sobre la cual se sustenta la ciencia del derecho penal hasta nuestros días?

Las ideas acerca del crimen y las consideraciones del derecho penal, desarrolladas en el ámbito de la filosofía política liberal clásica, en la Europa del siglo XVIII y primera mitad del siglo XIX, difiere de las ideas de la nueva criminología. De modo que es necesario hacer referencia a teorías sobre el crimen, sobre el derecho penal y sobre las penas, desarrolladas en diversos países de Europa.

La escuela liberal clásica no consideraba al delincuente como un ser diferente de los demás, no partía de un rígido determinismo. El delito es entendido como concepto jurídico, es decir, como violación del derecho y también de aquel pacto social que se hallaba, según la filosofía política del liberalismo clásico, en la base del Estado y del derecho (Baratta, 2004).

El concepto jurídico plantea que el delito surgía de la libre voluntad del individuo, no de causas patológicas. Dicho de otro modo, cometer o no un delito, tiene que ver la libertad y responsabilidad moral de las propias acciones. El delincuente no era diferente del hombre normal, según la escuela clásica. En consecuencia, según Baratta (2004): el derecho penal y la pena no necesariamente es un medio para modificar al sujeto delincuente, es un instrumento legal para defender a la sociedad del crimen, creando frente a éste, donde fuese necesario, un disuasivo, es decir una contra motivación, el castigo es la motivación para no cometer delitos. Los límites de la conminación y de la aplicación de la sanción penal, así como las modalidades del ejercicio de la potestad punitiva del Estado, estaban señalados por la *necesidad* o *utilidad* de la pena y por el principio de legalidad.

A pesar de que el castigo como elemento disuasivo es característico de las escuelas liberales clásicas, que se situará como una instancia crítica frente a la práctica penal del antiguo régimen, éste pretendía crear políticas criminales inspiradas en principios radicalmente diferentes (principio de humanidad, principio de legalidad, principio de utilidad).

Ahora bien, este principio de humanidad que debería tomarse en la pena, surge a partir de los planteamientos del utilitarista Cesare Beccaria. Para el autor, la base de la justicia humana es la utilidad común; esta idea de la utilidad común emerge de la necesidad de tener unidos los intereses particulares superando los choques y oposición. De este modo, el contrato social aparece como la base de la autoridad del Estado y de las leyes; su función se deriva de la necesidad de defender la coexistencia de los intereses individualizados en el Estado civil.

En líneas generales, de la idea de la división de poderes y de los principios humanitarios iluministas (Beccaria, 1876), se derivan en seguida: la negación de la justicia de gabinete, propia del sistema inquisitivo, la negación de la práctica de la tortura, así como la afirmación de la exigencia de salvaguardar los derechos del imputado por medio de la actuación de un juez obediente. El daño social y la defensa social constituyen así en este sistema los elementos fundamentales, respectivamente, de la teoría del delito y de la teoría de la pena.

Crítica del derecho penal

Por otro lado, de la historia de la criminología y su relación con el derecho penal es necesario preguntarnos, ¿cuál es el papel del derecho penal en las sociedades modernas frente a las nuevas formas de criminalidad? Al entender al derecho penal como la legislación penal, podemos decir que éste en la región funciona como un tinte absolutamente represivo, con una absoluta ineficacia frente los problemas reales, simplemente vende ilusiones a través de las leyes y derramamientos de penas.



senbe.filo.uba.ar

En la actualidad vemos que el derecho penal está siendo utilizado para todos los conflictos sociales. En este sentido, me parece que estamos ante la presencia de una incapacidad del estamento político para la solución de conflictos. La tendencia es no atender a los problemas y conflictos, pero si bajo la imagen y discurso penal crear la idea de que a partir del uso, por no decir abuso de las leyes, se logra la eficiencia y eficacia ante el peligro y la inseguridad de los conflictos.

Esto nos muestra que estamos ante la presencia de nuevas formas de violencia estatal. O sea que en el mundo está viviendo una crítica y creciente desigualdad, mayor concentración de riquezas en pocas manos. Lo cual revierte una tendencia que había sido más retributiva en el Estado de Bienestar.

Esto refleja que el derecho penal tiene todo un universo moral propio de una cultura burguesa-individualista, que destaca al máximo la protección del patrimonio privado y que se dirige prioritariamente a tocar las formas de desviación típicas de los grupos socialmente más débiles y marginados. Basta pensar en la enorme proporción de los delitos contra el patrimonio en la tasa de la criminalidad, según resulta de la estadística judicial. Las redes de la figura delictiva penal son, en general, más apretadas en el caso de los delitos típicos de las clases sociales más bajas que en el caso de los delitos de cuello blanco.

Desde este punto de vista, el sistema penal actúa, pues, como lo hace la escuela respecto de los grupos sociales más débiles y marginados: no en el sentido de integración, sino en el sentido opuesto. La separación que el proceso de criminalización crea entre los honestos y los réprobos pone en evidencia aquellas funciones simbólicas de la pena que han sido particularmente estudiadas en el ámbito de las teorías psicoanalíticas de la sociedad

punitiva. Vemos entonces que existe una línea de demarcación cuyo efecto sobre la distancia social son tanto más drásticos.

Bibliografía

- Baratta, A. (2004). *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*. México: Siglo Veintiuno Editores.
- Bergalli, R. (1980). La ideología del Control Social Tradicional, *Doctrina Penal. Teoría y Práctica de las Ciencias Penales*. 3 (12), 805-818.
- Taylor, W. y Young, P. (1981). *Criminología Crítica*. México: Siglo Veintiuno, Editores.

“Estudiar a mí me salvó la vida”

Entrevista a Alma Fernández, activista argentina de derechos humanos y egresada del Bachillerato Popular Mocha Celis



Alma Fernández es una activista argentina de derechos humanos perteneciente a la comunidad travesti. Alma es una persona con muchas historias para contar, no pocas atravesadas por una existencia difícil marcada por la exclusión, la discriminación y la violencia que sufren las personas travestis/trans. Migró de su ciudad de origen, a los trece años, a la capital argentina. Sin nadie en la gran ciudad y lejos de su familia, se vio obligada a ejercer el trabajo sexual por las condiciones de pobreza y la consecuente negación de oportunidades de la sociedad. Fernández estudió en el Bachillerato Popular Mocha Celis, el primer espacio

argentino pensado para la inclusión en el sistema educativo de las personas travestis/trans y su paso por él, representó también un cambio de perspectiva en su vida, al igual que para muchas de las personas que estudian en el bachillerato, cuyo nombre homenajea a una travesti analfabeta asesinada por la policía argentina. Para Alma, ahora visible defensora de derechos humanos, “[...] estudiar a mí me salvó la vida”.

¿Qué significa que una identidad trans-travesti vaya a una escuela pública en Buenos Aires?

Significa no tener un registro en la escuela pública porque, históricamente, las travesti y las trans fuimos expulsadas del sistema educativo; de hecho, te podría decir que antes ir a la escuela pública tradicional era ir con un nombre distinto, era entrar a un baño distinto, enfilarse en una silla distinta y pasar por la burla cotidiana todos los días.



Alma en una concentración frente al poder legislativo argentino. / facebook.com

[...] [Experiencias como las del bachillerato trans Mocha Celis] viene, justamente, a devolvernos al lugar donde históricamente las identidades trans y travesti fuimos expulsadas. Nosotras, la mayoría, somos migrantes de nuestras provincias, somos expulsadas por la pobreza, por la persecución, por la policía y también por la discriminación. Yo vine [a Buenos Aires] a los trece años de mi provincia sin saber prácticamente [nada]. Dejás de ser una niña para convertirte en una adulta y tener que empezar a prostituirte como única opción mientras un Estado está viendo para otro lado.

Entonces, a mí me parece importante que estas experiencias se repliquen porque, justamente, es una transformación real dentro de la educación. Yo creo que estudiar te salva la vida, de hecho a mí estudiar me salvó la vida.

¿Cómo están pensados, de acuerdo a tu opinión, los sistemas educativos que excluyen a las identidades trans y travestis?

Justamente esto, el principal factor de exclusión es que no hay un sistema de educación sexual integral en la escuela tradicional, y también, esto de que la educación también está atravesada por el paradigma religioso, entonces, a mí me parece que de hecho no hay un inclusión verdadera dentro de la educación. [...]

A mí me parece que un bachillerato trans y travesti no tendría que existir, sino que nosotras tendríamos que estudiar en todas las escuelas como todas las personas, como todos los ciudadanos. Nos pasa que venimos viendo cómo un Estado que toda su vida miró para otro lado en nuestras realidades.

Contanos del Bachillerato Mocha Celis ¿Qué significa para ustedes el bachillerato en términos simbólicos?

Para nosotras, el bachillerato, es como nuestra casa, es nuestra casa, es nuestro lugar en el mundo, nosotras no tenemos, no tuvimos otro espacio más que el de estar en las calles; nuestro único espacio público fue la calle y que exista un bachillerato, una escuela para nosotras y que sea trans y que ser trans o travesti no sea justamente para que sea un gueto, si no, que sea pensar estratégicamente, para que nosotras ingresemos a la educación.

Mocha Celis es un espacio muy pedagógico con una mirada muy puesta en nuestras realidades, en nuestras vidas cotidianas, es un bachillerato trans, pero en realidad en el espacio conviven otros tipos de diversidades culturales. De hecho, está cerca de un asentamiento que se llama la Villa La Fraga que es un asentamiento del que vienen mujeres de cincuenta años, también tenemos gentes de otros países como Paraguay, Perú, Bolivia. También tenemos mujeres de sesenta años que no pudieron estudiar en su vida y vinieron a la escuela a porque se les pasó el tiempo y tuvieron que trabajar o salir adelante en su vida. [...] Yo siempre digo que nosotras con los alumnos de la escuela no tenemos nada en común, lo único en común que tenemos es que fuimos expulsados de nuestras escuelas, de nuestros espacios educativos.

¿Por qué se llama Mocha Celis?

[...] Mocha Celis era una travesti tucumana que vivía en el barrio en el barrio Flores y fue matada, la mató la policía de la comisaría cincuenta y Mocha Celis era analfabeta, entonces, cuando íbamos presas por los edictos policiales, Mocha Celis siempre perdía porque no sabía leer ni escribir, entonces, las compañeras siempre le ayudaban a leer, les leían las actas, le enseñaban donde tenía que firmar.

Entonces, para reivindicar esa expulsión, ese rechazo nuestra escuela se llama en honor de la compañera que no pudo lograr, por ejemplo, terminar sus estudios o estudiar alguna vez en su vida. [...]

“Entonces, a mí me parece importante que estas experiencias se repliquen porque, justamente, es una transformación real dentro de la educación. Yo creo que estudiar te salva la vida, de hecho a mí estudiar me salvó la vida”.

¿Qué significa ser una identidad trans o travesti hacia adentro y hacia afuera, hacia la sociedad?

Desde mi humilde expresión, para mí es un orgullo todos los días, es un sentir de que como ser humano que vivo la verdad de que esto lo que yo soy; es mi verdad y que podría tapanlo, maquillar, como me maquillo todos los días, pero no estaría siendo feliz ni verdadera. De hecho, de volver a nacer, elegiría ser travesti, amo ser travesti.

Ser travesti también es una cuestión de clases sociales, ser travesti es ser pobre, gorda, negra, india, inmigrante, narcotraficante, prostituta; ser trans en esta sociedad, acá en Buenos Aires es ser de clase media, de buena familia, de no haber pasado por la prostitución, no haber tocado la pobreza, haber tenido oportunidades pero en realidad esto es una pose o un cliché, porque, ¿cuántas travesti abogadas conoces? ¿Cuántas travesti juezas conocemos? ¿Cuántas doctoras travesti conocemos? Más allá de que yo sueño con un mundo travesti o trans, de ir a un kiosko

y que te atiendan una travesti, ir a un banco y que te cobre una travesti, entrar al súper y que esté una trans, pero eso no pasa.

Yo llegué a los trece años acá a Buenos Aires [...] ahora tengo treinta años y yo llegué como la mayoría de todas en un camión, llegué en el año dos mil uno, en noviembre, en medio del caos. Trece años, yo veía, siendo niña, veía que otras travestis se venían a Buenos Aires y en cuatro meses llegaban al barrio pobre de donde soy, llegaban llenas de electrodomésticos en una camioneta, todas operadas, con pechos, narices, pelo, todo el electrodoméstico nuevo y venían a Buenos Aires a trabajar, venían sólo tres meses.

Entonces, yo me vine pensando que yo iba hacer lo mismo y a mí no me pasó. Yo llegué el veintiuno de noviembre [de 2001] a Buenos Aires, nunca lo voy a olvidar porque fue un día veintiuno de noviembre, y el veintiuno de diciembre se pudrió todo en la ciudad y yo terminé viviendo en la calle. [...] No hubo ninguna sociedad ni una persona que se preguntará, ¿qué hace una niña de trece años viajando en un camión, sola en la gran ciudad?

Yo siempre hui de la prostitución. A mí no me parece que la prostitución sea un trabajo, de hecho, creo que mientras no haya oportunidades, la prostitución no puede ser lo único que tenemos que hacer las travestis y trans. Terminé viviendo en la calle, yo vivía en Plaza Flores, dormía en los colchones, robaba celulares en el tren Sarmiento para sobrevivir, escapar a la situación imposible de la prostitución.

[...]

Yo entendí, entiendo que la educación es un arma poderosa que rompe las barreras de la esclavitud y de la opresión, estudiar te cambia la vida. Muchas travestis en la universidad, cuando una travesti entra a la universidad le cambia la vida a esa travesti,

pero muchas travestis en la universidad le cambian la vida a la sociedad, entonces, me parece que yo soy la transformación y la prueba real y viva de que la educación cambia, de que la educación puede transformarte y puede sacarte desde la noche y desde la ignorancia porque yo soy pobre y yo estudié hasta segundo grado porque mi familia no me podía mandar a estudiar, entonces, estudiar a mí me salvó la vida.

Si no hubiera estudiado o si no hubiese pasado por ese lugar, si no hubiese seguido esa corazonada, yo, hoy por hoy, estuviera muerta, presa o renga porque cuando yo robaba celulares la policía me iba a dar un balazo en la pierna; de hecho, tengo cicatrices en mi cuerpo que me hizo la policía por prostituirme o por salir a robar para sobrevivir. Por eso yo sigo adelante siempre, esta cosa de estudiar, de creer en el estudio, porque yo creo que el camino es ese, la educación, la educación de la que nos expulsaron, la educación que nos negaron o de la que no pudimos acceder por ser pobres.

¿Ya hay acá en Argentina travestis/trans ejerciendo la docencia en primaria, en secundaria, en la universidad?

No hay muchas, pero si hay compañeras trans y travesti que trabajan, que enseñan en la universidad, pero seguimos siendo muy pocas [...]. Contadas con el dedo de la mano, es una cuestión de exclusión social, cultural e histórica; de hecho, a mí me parece genial eso, me encantaría que pase eso que no se tenga que pensar en la ley de cupo laboral trans para que podamos ingresar a un trabajo o que no se haya tenido que pensar en una ley de identidad de género para que podamos tener un nombre y podamos acceder a la educación [...].



Alma (derecha) el día de su graduación. / facebook.com.

Igual, hablando un poco de la ley de identidad de género, me parece que es vanguardista si se quiere, [sin embargo] la ley de identidad de género sigue apuntando sólo a dos géneros y ser trans o travesti, por lo menos para mí, es ir más allá de ser hombre o mujer, es romper con lo binario es correrse de ese círculo binario impuesto por la sociedad y por el capitalismo pero, justamente, el camino es ese.

Y ahora con este nuevo gobierno y con las políticas de desmantelamiento de políticas públicas y el retroceso de derechos humanos, nuestra comunidad también se ve afectada. Hay un dicho que se dice en la sociedad de que los noventa volvieron y en realidad los noventa para nosotras fue una época de represión de las identidades trans y travesti, fuimos perseguidas, reprimidas y ahora está pasando, de hecho, casi cada un día matan a una compañera trans, la están matando o está siendo lastimada, golpeada o agredida como era en los noventa.

Me parece importante, más ahora, juntarse, abrazarse y hacerle frente a esto que se viene que en algún momento, nuestro proxeneta, mal llamado policía, el que siempre nos reprimió, nos va a volver a reprimir, en cualquier momento y vivo asustada por la situación a la que pueden llegar a través de mis compañeras y también por esta cuestión de falta de oportunidades porque yo creo que si las travesti, si las trans no estuviéramos en la zona roja paradas o estuviéramos haciendo otra cosa, seguramente, no pasaríamos tantos hechos de violencia.

“Yo entendí, entiendo que la educación es un arma poderosa que rompe las barreras de la esclavitud y de la opresión”.

Cuando una persona trans o travesti está en el ejercicio de la prostitución, es golpeada, es llevada a las comisarías o duermen en la plaza, ¿se piensa en ese momento en el discurso de los derechos humanos? ¿Qué piensa una persona que está viviendo en ese círculo de desprotección social?

Nada. La persona que no hizo un proceso, que no hizo un click como yo, no entiende de derechos humanos, nosotras no entendemos, por eso es que yo te digo que las travesti y las trans somos las que menos herramientas políticas tenemos, nosotras no sabemos de eso.

Si bien, lo que vos decís existe, organizaciones que se roban la representatividad de todo el colectivo, pero las compañeras no lo saben, ni si quiera saben que esas personas se roban su representatividad y que esas personas cobran sueldo y financiaciones en nombre de esas compañeras que están en la zona roja. Nosotras vivimos inmersas en un mundo de ignorancia, creo que por no tener oportunidades, por no poder haber hecho otra cosa que prostituirnos [...] Yo tenía una lógica de causa y efecto y de balancear todo, de sobrevivir, de ser un sobreviviente.

Teniendo en cuenta que el Estado en sus lógicas es machista, misógino y transfóbico, ¿qué significa ser travesti y ser de la villa, una travesti villera y negra?

[...] Ser travesti y ser villera es ser lo más bajo que hay para la sociedad, de hecho, si te pones a ver los planes de políticas públicas que alcanzan las personas trans. El subsidio habitacional, por ejemplo, es una ayuda de mil ochocientos pesos [ciento doce dólares] que te dan para que vos podás pagar una habitación, para que te alquiles un lugar en la ciudad, ¿dónde conseguís un alquiler con esa plata? ¿Sólo en dónde? en la villa.

El Estado te asigna a la villa, también, y más allá de asignarte a una villa, también te da una categoría de indigente porque quienes cobran los subsidios habitacionales, [son] las personas que viven en la calle, los indigentes. Las travestis no somos indigentes, las travestis somos personas que no tuvimos oportunidades, no tuvimos posibilidades y la prostitución es una picadora de carne que selecciona a la más linda y a la más vieja la va apartando a un costado, entonces, con mil ochocientos pesos, ¿qué haces? te vas a vivir a una villa y automáticamente adquirís esa identidad y la hacés propia, como todo lo que hacés propio para poder sobrevivir y adentro de la villa también es un estigma ser travesti, porque es no tener un lugar, es no tener un reconocimiento, es luchar contra una ignorancia machista. [...]

Las villas son lugares de donde las personas son asignadas o donde una persona que viene de afuera tanto como de otros países, como del interior del país, vienen y no tienen donde vivir, van a vivir a una villa, entonces, entra a un círculo social que para unos es denigrante.

Las villas son sinónimos de pobreza aunque muy adentro no lo son, delincuencia, narcotráfico, pero también en las villas hay amor y cariño, de hecho, hay mucha ayuda social. Las villas son como la marginación de la sociedad en nuestra ciudad.

¿Qué retos y desafíos quedan pendientes?

Hace falta, ya, aplicar la educación sexual integral para empezar a entender el sistema educativo bien, como qué es un cuerpo, cómo son las realidades y también hace falta compromiso, compromiso de todos los sectores de la sociedad porque también es verdad que hay personas que les sirve que nosotras sigamos paradas en las calles.

Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores

AG/RES. 2875 (XLV-O/15)

(Aprobada en la segunda sesión plenaria del 45° POS de la Asamblea General de la OEA, celebrada el 15 de junio de 2015)

PREÁMBULO

Los Estados Parte en la presente Convención,

Reconociendo que el respeto irrestricto a los derechos humanos ha sido consagrado en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y reafirmado en otros instrumentos internacionales y regionales;

Reiterando el propósito de consolidar, dentro del marco de las instituciones democráticas, un régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos fundamentales de la persona;

Teniendo en cuenta que, con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, solo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos;

Reafirmando la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, así como la obligación de eliminar todas las formas de discriminación, en particular, la discriminación por motivos de edad;

Resaltando que la persona mayor tiene los mismos derechos humanos y libertades fundamentales que otras personas, y que estos derechos, incluido el de no verse sometida a discriminación fundada en la edad ni a ningún tipo de violencia, dimanar de la dignidad y la igualdad que son inherentes a todo ser humano;

Reconociendo que la persona, a medida que envejece, debe seguir disfrutando de una vida plena, independiente y autónoma, con salud, seguridad, integración y participación activa en las esferas económica, social, cultural y política de sus sociedades;

Reconociendo también la necesidad de abordar los asuntos de la vejez y el envejecimiento desde una perspectiva de derechos humanos que reconoce las valiosas contribuciones actuales y potenciales de la persona mayor al bienestar común, a la identidad cultural, a la diversidad de sus comunidades, al desarrollo humano, social y económico y a la erradicación de la pobreza;

Recordando lo establecido en los Principios de las Naciones Unidas en favor de las Personas de Edad (1991); la Proclamación sobre el Envejecimiento (1992); la Declaración Política y el Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento (2002), así como los instrumentos regionales tales como la Estrategia Regional de implementación para América Latina y el Caribe del Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento (2003); la Declaración de Brasilia (2007), el Plan de Acción de la Organización Panamericana de la Salud sobre la salud de las personas mayores, incluido el envejecimiento activo y saludable (2009), la Declaración de Compromiso de Puerto España (2009) y la Carta de San José sobre los derechos de las personas mayores de América Latina y el Caribe (2012);

Decididos a incorporar y dar prioridad al tema del envejecimiento en las políticas públicas, así como a destinar y gestionar los recursos humanos, materiales y financieros para lograr una adecuada implementación y evaluación de las medidas especiales puestas en práctica;

Reafirmando el valor de la solidaridad y complementariedad de la cooperación internacional y regional para promover los derechos humanos y las libertades fundamentales de la persona mayor;

Respaldando activamente la incorporación de la perspectiva de género en todas las políticas y programas dirigidos a hacer efectivos los derechos de la persona mayor y destacando la necesidad de eliminar toda forma de discriminación;

Convencidos de la importancia de facilitar la formulación y el cumplimiento de leyes y programas de prevención de abuso, abandono, negligencia, maltrato y violencia contra la persona mayor, y la necesidad de contar con mecanismos nacionales que protejan sus derechos humanos y libertades fundamentales; y

Convencidos también de que la adopción de una convención amplia e integral contribuirá significativamente a promover, proteger y asegurar el pleno goce y ejercicio de los derechos de la persona mayor, y a fomentar un envejecimiento activo en todos los ámbitos,

Han convenido suscribir la presente Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (en adelante, la “Convención”):

CAPÍTULO I

Objeto, ámbito de aplicación y definiciones

Artículo 1. Ámbito de aplicación y objeto

El objeto de la Convención es promover, proteger y asegurar el reconocimiento y el pleno goce y ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor, a fin de contribuir a su plena inclusión, integración y participación en la sociedad.

Lo dispuesto en la presente Convención no se interpretará como una limitación a derechos o beneficios más amplios o adicionales que reconozcan el derecho internacional o las legislaciones internas de los Estados Parte, a favor de la persona mayor.

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en esta Convención no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Parte se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Los Estados Parte solo podrán establecer restricciones y limitaciones al goce y ejercicio de los derechos establecidos en la presente Convención mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida en que no contradigan el propósito y razón de los mismos.

Las disposiciones de la presente Convención se aplicarán a todas las partes de los Estados federales sin limitaciones ni excepciones.

Artículo 2. Definiciones

A los efectos de la presente Convención se entiende por:

“Abandono”: La falta de acción deliberada o no para atender de manera integral las necesidades de una persona mayor que ponga en peligro su vida o su integridad física, psíquica o moral.

“Cuidados paliativos”: La atención y cuidado activo, integral e interdisciplinario de pacientes cuya enfermedad no responde a un tratamiento curativo o sufren dolores evitables, a fin de mejorar su calidad de vida hasta el fin de sus días. Implica una atención primordial al control del dolor, de otros síntomas y de los problemas sociales, psicológicos y espirituales de la persona mayor. Abarcan al paciente, su entorno y su familia. Afirman la vida y consideran la muerte como un proceso normal; no la aceleran ni retrasan.

“Discriminación”: Cualquier distinción, exclusión, restricción que tenga como objetivo o efecto anular o restringir el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la esfera política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública y privada.

“Discriminación múltiple”: Cualquier distinción, exclusión o restricción hacia la persona mayor fundada en dos o más factores de discriminación.

“Discriminación por edad en la vejez”: Cualquier distinción, exclusión o restricción basada en la edad que tenga como objetivo o efecto anular o restringir el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones de los derechos humanos y libertades fundamentales en la esfera política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública y privada.

“Envejecimiento”: Proceso gradual que se desarrolla durante el curso de vida y que conlleva cambios biológicos, fisiológicos, psico-sociales y funcionales de variadas consecuencias, las cuales se asocian con interacciones dinámicas y permanentes entre el sujeto y su medio.

“Envejecimiento activo y saludable”: Proceso por el cual se optimizan las oportunidades de bienestar físico, mental y social, de participar en actividades sociales, económicas, culturales, espirituales y cívicas, y de contar con protección, seguridad y atención, con el objetivo de ampliar la esperanza de vida saludable y la calidad de vida de todos los individuos en la vejez, y permitirles así seguir contribuyendo activamente a sus familias, amigos, comunidades y naciones. El concepto de envejecimiento activo y saludable se aplica tanto a individuos como a grupos de población.

“Maltrato”: Acción u omisión, única o repetida, contra una persona mayor que produce daño a su integridad física, psíquica y moral y que vulnera el goce o ejercicio de sus derechos humanos y libertades fundamentales, independientemente de que ocurra en una relación de confianza.

“Negligencia”: Error involuntario o falta no deliberada, incluido entre otros, el descuido, omisión, desamparo e indefensión que le causa un daño o sufrimiento a una persona mayor, tanto en el ámbito público como privado, cuando no se hayan tomado las precauciones normales necesarias de conformidad con las circunstancias.

“Persona mayor”: Aquella de 60 años o más, salvo que la ley interna determine una edad base menor o mayor, siempre que esta no sea superior a los 65 años. Este concepto incluye, entre otros, el de persona adulta mayor.

“Persona mayor que recibe servicios de cuidado a largo plazo”: Aquella que reside temporal o permanentemente en un establecimiento regulado sea público, privado o mixto, en el que recibe servicios socio-sanitarios integrales de calidad, incluidas las residencias de larga estadía, que brindan estos servicios de atención por tiempo prolongado a la persona mayor, con dependencia moderada o severa que no pueda recibir cuidados en su domicilio.

“Servicios socio-sanitarios integrados”: Beneficios y prestaciones institucionales para responder a las necesidades de tipo sanitario y social de la persona mayor, con el objetivo de garantizar su dignidad y bienestar y promover su independencia y autonomía.

“Unidad doméstica u hogar”: El grupo de personas que viven en una misma vivienda, comparten las comidas principales y atienden en común las necesidades básicas, sin que sea necesario que existan lazos de parentesco entre ellos.

“Vejez”: Construcción social de la última etapa del curso de vida.

CAPÍTULO II

Principios generales

Artículo 3

Son principios generales aplicables a la Convención:

- a) La promoción y defensa de los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor.
- b) La valorización de la persona mayor, su papel en la sociedad y contribución al desarrollo.
- c) La dignidad, independencia, protagonismo y autonomía de la persona mayor

- d) La igualdad y no discriminación.
- e) La participación, integración e inclusión plena y efectiva en la sociedad.
- f) El bienestar y cuidado.
- g) La seguridad física, económica y social.
- h) La autorrealización.
- i) La equidad e igualdad de género y enfoque de curso de vida.
- j) La solidaridad y fortalecimiento de la protección familiar y comunitaria.
- k) El buen trato y la atención preferencial.
- l) El enfoque diferencial para el goce efectivo de los derechos de la persona mayor.
- m) El respeto y valorización de la diversidad cultural.
- n) La protección judicial efectiva.
- o) La responsabilidad del Estado y participación de la familia y de la comunidad en la integración activa, plena y productiva de la persona mayor dentro de la sociedad, así como en su cuidado y atención, de acuerdo con su legislación interna.

CAPÍTULO III

Deberes generales de los Estados parte

Artículo 4

Los Estados Parte se comprometen a salvaguardar los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor enunciados en la presente Convención, sin discriminación de ningún tipo, y a tal fin:

- a) Adoptarán medidas para prevenir, sancionar y erradicar aquellas prácticas contrarias a la presente Convención, tales como aislamiento, abandono, sujeciones físicas prolongadas, hacinamiento, expulsiones de la comunidad, la negación de nutrición, infantilización, tratamientos médicos inadecuados o desproporcionados, entre otras, y todas aquellas que constituyan malos tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes que atenten contra la seguridad e integridad de la persona mayor.
- b) Adoptarán las medidas afirmativas y realizarán los ajustes razonables que sean necesarios para el ejercicio de los derechos establecidos en la presente Convención y se abstendrán de adoptar cualquier medida legislativa que sea incompatible con la misma. No se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas afirmativas y ajustes razonables que sean necesarios para acelerar o lograr la

igualdad de hecho de la persona mayor, así como para asegurar su plena integración social, económica, educacional, política y cultural. Tales medidas afirmativas no deberán conducir al mantenimiento de derechos separados para grupos distintos y no deberán perpetuarse más allá de un período razonable o después de alcanzado dicho objetivo.

- c) Adoptarán y fortalecerán todas las medidas legislativas, administrativas, judiciales, presupuestarias y de cualquier otra índole, incluido un adecuado acceso a la justicia a fin garantizar a la persona mayor un trato diferenciado y preferencial en todos los ámbitos.
- d) Adoptarán las medidas necesarias y cuando lo consideren en el marco de la cooperación internacional, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales; sin perjuicio de las obligaciones que sean aplicables de inmediato en virtud del derecho internacional.
- e) Promoverán instituciones públicas especializadas en la protección y promoción de los derechos de la persona mayor y su desarrollo integral.
- f) Promoverán la más amplia participación de la sociedad civil y de otros actores sociales, en particular de la persona mayor, en la elaboración, aplicación y control de políticas públicas y legislación dirigida a la implementación de la presente Convención.
- g) Promoverán la recopilación de información adecuada, incluidos datos estadísticos y de investigación, que le permitan formular y aplicar políticas, a fin de dar efecto a la presente Convención.

CAPÍTULO IV **Derechos protegidos**

Artículo 5. Igualdad y no discriminación por razones de edad

Queda prohibida por la presente Convención la discriminación por edad en la vejez.

Los Estados Parte desarrollarán enfoques específicos en sus políticas, planes y legislaciones sobre envejecimiento y vejez, en relación con la persona mayor en condición de vulnerabilidad y aquellas que son víctimas de discriminación múltiple, incluidas las mujeres, las personas con discapacidad, las personas de diversas orientaciones sexuales e identidades de género, las personas migrantes, las personas en situación de pobreza o marginación social, los afrodescendientes y las personas pertenecientes a pueblos indígenas, las personas sin hogar, las personas privadas de libertad, las personas pertenecientes a pueblos tradicionales, las personas pertenecientes a grupos étnicos, raciales, nacionales, lingüísticos, religiosos y rurales, entre otros.

Artículo 6. Derecho a la vida y a la dignidad en la vejez

Los Estados Parte adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar a la persona mayor el goce efectivo del derecho a la vida y el derecho a vivir con dignidad en la vejez hasta el fin de sus días, en igualdad de condiciones con otros sectores de la población.

Los Estados Parte tomarán medidas para que las instituciones públicas y privadas ofrezcan a la persona mayor un acceso no discriminatorio a cuidados integrales, incluidos los cuidados paliativos, eviten el aislamiento y manejen apropiadamente los problemas relacionados con el miedo a la muerte de los enfermos terminales, el dolor, y eviten el sufrimiento innecesario y las intervenciones fútiles e inútiles, de conformidad con el derecho de la persona mayor a expresar el consentimiento informado.

Artículo 7. Derecho a la independencia y a la autonomía

Los Estados Parte en la presente Convención reconocen el derecho de la persona mayor a tomar decisiones, a la definición de su plan de vida, a desarrollar una vida autónoma e independiente, conforme a sus tradiciones y creencias, en igualdad de condiciones y a disponer de mecanismos para poder ejercer sus derechos.

Los Estados Parte adoptarán programas, políticas o acciones para facilitar y promover el pleno goce de estos derechos por la persona mayor, propiciando su autorrealización, el fortalecimiento de todas las familias, de sus lazos familiares y sociales, y de sus relaciones afectivas. En especial, asegurarán:

- a) El respeto a la autonomía de la persona mayor en la toma de sus decisiones, así como a su independencia en la realización de sus actos.
- b) Que la persona mayor tenga la oportunidad de elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir, en igualdad de condiciones con las demás, y no se vea obligada a vivir con arreglo a un sistema de vida específico.
- c) Que la persona mayor tenga acceso progresivamente a una variedad de servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad, incluida la asistencia personal que sea necesaria para facilitar su existencia y su inclusión en la comunidad, y para evitar su aislamiento o separación de ésta.

Artículo 8. Derecho a la participación e integración comunitaria

La persona mayor tiene derecho a la participación activa, productiva, plena y efectiva dentro de la familia, la comunidad y la sociedad para su integración en todas ellas.

Los Estados Parte adoptarán medidas para que la persona mayor tenga la oportunidad de participar activa y productivamente en la comunidad, y pueda desarrollar sus capacidades y potencialidades. A tal fin:

- a) Crearán y fortalecerán mecanismos de participación e inclusión social de la persona mayor en un ambiente de igualdad que permita erradicar los prejuicios y estereotipos que obstaculicen el pleno disfrute de estos derechos.

- b) Promoverán la participación de la persona mayor en actividades intergeneracionales para fortalecer la solidaridad y el apoyo mutuo como elementos claves del desarrollo social.
- c) Asegurarán que las instalaciones y los servicios comunitarios para la población en general estén a disposición, en igualdad de condiciones, de la persona mayor y tengan en cuenta sus necesidades.

Artículo 9. Derecho a la seguridad y a una vida sin ningún tipo de violencia

La persona mayor tiene derecho a la seguridad y a una vida sin ningún tipo de violencia, a recibir un trato digno y a ser respetada y valorada, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la cultura, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen social, nacional, étnico, indígena e identidad cultural, la posición socio-económica, discapacidad, la orientación sexual, el género, la identidad de género, su contribución económica o cualquier otra condición.

La persona mayor tiene derecho a vivir una vida sin ningún tipo de violencia y maltrato. Para los efectos de esta Convención, se entenderá por violencia contra la persona mayor cualquier acción o conducta que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la persona mayor, tanto en el ámbito público como en el privado.

Se entenderá que la definición de violencia contra la persona mayor comprende, entre otros, distintos tipos de abuso, incluso el financiero y patrimonial, y maltrato físico, sexual, psicológico, explotación laboral, la expulsión de su comunidad y toda forma de abandono o negligencia que tenga lugar dentro o fuera del ámbito familiar o unidad doméstica o que sea perpetrado o tolerado por el Estado o sus agentes dondequiera que ocurra.

Los Estados Parte se comprometen a:

- a) Adoptar medidas legislativas, administrativas y de otra índole para prevenir, investigar, sancionar y erradicar los actos de violencia contra la persona mayor, así como aquellas que propicien la reparación de los daños ocasionados por estos actos.
- b) Producir y divulgar información con el objetivo de generar diagnósticos de riesgo de posibles situaciones de violencia a fin de desarrollar políticas de prevención.
- c) Promover la creación y el fortalecimiento de servicios de apoyo para atender los casos de violencia, maltrato, abusos, explotación y abandono de la persona mayor. Fomentar el acceso de la persona mayor a dichos servicios y a la información sobre los mismos.
- d) Establecer o fortalecer mecanismos de prevención de la violencia, en cualquiera de sus manifestaciones, dentro de la familia, unidad doméstica, lugares donde recibe servicios de cuidado a largo plazo y en la sociedad para la efectiva protección de los derechos de la persona mayor.
- e) Informar y sensibilizar a la sociedad en su conjunto sobre las diversas formas de violencia contra la persona mayor y la manera de identificarlas y prevenirlas.

- f) Capacitar y sensibilizar a funcionarios públicos, a los encargados de los servicios sociales y de salud, al personal encargado de la atención y el cuidado de la persona mayor en los servicios de cuidado a largo plazo o servicios domiciliarios sobre las diversas formas de violencia, a fin de brindarles un trato digno y prevenir negligencia y acciones o prácticas de violencia y maltrato.
- g) Desarrollar programas de capacitación dirigidos a los familiares y personas que ejerzan tareas de cuidado domiciliario a fin de prevenir escenarios de violencia en el hogar o unidad doméstica.
- h) Promover mecanismos adecuados y eficaces de denuncia en casos de violencia contra la persona mayor, así como reforzar los mecanismos judiciales y administrativos para la atención de esos casos.
- i) Promover activamente la eliminación de todas las prácticas que generan violencia y que afectan la dignidad e integridad de la mujer mayor.

Artículo 10. Derecho a no ser sometido a tortura ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes

La persona mayor tiene derecho a no ser sometida a tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Los Estados Parte tomarán todas las medidas de carácter legislativo, administrativo o de otra índole para prevenir, investigar, sancionar y erradicar todo tipo de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes hacia la persona mayor.

Artículo 11. Derecho a brindar consentimiento libre e informado en el ámbito de la salud

La persona mayor tiene el derecho irrenunciable a manifestar su consentimiento libre e informado en el ámbito de la salud. La negación de este derecho constituye una forma de vulneración de los derechos humanos de la persona mayor.

Con la finalidad de garantizar el derecho de la persona mayor a manifestar su consentimiento informado de manera previa, voluntaria, libre y expresa, así como a ejercer su derecho de modificarlo o revocarlo, en relación con cualquier decisión, tratamiento, intervención o investigación, en el ámbito de la salud, los Estados Parte se comprometen a elaborar y aplicar mecanismos adecuados y eficaces para impedir abusos y fortalecer la capacidad de la persona mayor de comprender plenamente las opciones de tratamiento existentes, sus riesgos y beneficios.

Dichos mecanismos deberán asegurar que la información que se brinde sea adecuada, clara y oportuna, disponible sobre bases no discriminatorias, de forma accesible y presentada de manera comprensible de acuerdo con la identidad cultural, nivel educativo y necesidades de comunicación de la persona mayor.

Las instituciones públicas o privadas y los profesionales de la salud no podrán administrar ningún tratamiento, intervención o investigación de carácter médico o quirúrgico sin el consentimiento informado de la persona mayor.

En los casos de emergencia médica que pongan en riesgo la vida y cuando no resulte posible obtener el consentimiento informado, se podrán aplicar las excepciones establecidas de conformidad con la legislación nacional.

La persona mayor tiene derecho a aceptar, negarse a recibir o interrumpir voluntariamente tratamientos médicos o quirúrgicos, incluidos los de la medicina tradicional, alternativa y complementaria, investigación, experimentos médicos o científicos, ya sean de carácter físico o psíquico, y a recibir información clara y oportuna sobre las posibles consecuencias y los riesgos de dicha decisión.

Los Estados Parte establecerán también un proceso a través del cual la persona mayor pueda manifestar de manera expresa su voluntad anticipada e instrucciones respecto de las intervenciones en materia de atención de la salud, incluidos los cuidados paliativos. En estos casos, esta voluntad anticipada podrá ser expresada, modificada o ampliada en cualquier momento solo por la persona mayor, a través de instrumentos jurídicamente vinculantes, de conformidad con la legislación nacional.

Artículo 12. Derechos de la persona mayor que recibe servicios de cuidado a largo plazo

La persona mayor tiene derecho a un sistema integral de cuidados que provea la protección y promoción de la salud, cobertura de servicios sociales, seguridad alimentaria y nutricional, agua, vestuario y vivienda; promoviendo que la persona mayor pueda decidir permanecer en su hogar y mantener su independencia y autonomía.

Los Estados Parte deberán diseñar medidas de apoyo a las familias y cuidadores mediante la introducción de servicios para quienes realizan la actividad de cuidado de la persona mayor, teniendo en cuenta las necesidades de todas las familias y otras formas de cuidados, así como la plena participación de la persona mayor, respetándose su opinión.

Los Estados Parte deberán adoptar medidas tendientes a desarrollar un sistema integral de cuidados que tenga especialmente en cuenta la perspectiva de género y el respeto a la dignidad e integridad física y mental de la persona mayor.

Para garantizar a la persona mayor el goce efectivo de sus derechos humanos en los servicios de cuidado a largo plazo, los Estados Parte se comprometen a:

- a) Establecer mecanismos para asegurar que el inicio y término de servicios de cuidado de largo plazo estén sujetos a la manifestación de la voluntad libre y expresa de la persona mayor.
- b) Promover que dichos servicios cuenten con personal especializado que pueda ofrecer una atención adecuada e integral y prevenir acciones o prácticas que puedan producir daño o agravar la condición existente.
- c) Establecer un marco regulatorio adecuado para el funcionamiento de los servicios de cuidado a largo plazo que permita evaluar y supervisar la situación de la persona mayor, incluyendo la adopción de medidas para:
 - i. Garantizar el acceso de la persona mayor a la información, en particular a sus expedientes personales, ya sean físicos o digitales, y

- promover el acceso a los distintos medios de comunicación e información, incluidas las redes sociales, así como informar a la persona mayor sobre sus derechos y sobre el marco jurídico y protocolos que rigen los servicios de cuidado a largo plazo.
- ii. Prevenir injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, familia, hogar o unidad doméstica, o cualquier otro ámbito en el que se desenvuelvan, así como en su correspondencia o cualquier otro tipo de comunicación.
 - iii. Promover la interacción familiar y social de la persona mayor, teniendo en cuenta a todas las familias y sus relaciones afectivas.
 - iv. Proteger la seguridad personal y el ejercicio de la libertad y movilidad de la persona mayor.
 - v. Proteger la integridad de la persona mayor y su privacidad e intimidad en las actividades que desarrolle, particularmente en los actos de higiene personal.
- d) Establecer la legislación necesaria, conforme a los mecanismos nacionales, para que los responsables y el personal de servicios de cuidado a largo plazo respondan administrativa, civil y/o penalmente por los actos que practiquen en detrimento de la persona mayor, según corresponda.
- e) Adoptar medidas adecuadas, cuando corresponda, para que la persona mayor que se encuentre recibiendo servicios de cuidado a largo plazo cuente con servicios de cuidados paliativos que abarquen al paciente, su entorno y su familia.

Artículo 13. Derecho a la libertad personal

La persona mayor tiene derecho a la libertad y seguridad personal, independientemente del ámbito en el que se desenvuelva.

Los Estados Parte asegurarán que la persona mayor disfrute del derecho a la libertad y seguridad personal y que la edad en ningún caso justifique la privación o restricción arbitrarias de su libertad.

Los Estados Parte garantizarán que cualquier medida de privación o restricción de libertad será de conformidad con la ley y asegurarán que la persona mayor que se vea privada de su libertad en razón de un proceso tenga, en igualdad de condiciones con otros sectores de la población, derecho a garantías de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos y a ser tratada de conformidad con los objetivos y principios de la presente Convención.

Los Estados Parte garantizarán el acceso de la persona mayor privada de libertad a programas especiales y atención integral, incluidos los mecanismos de rehabilitación para su reinserción en la sociedad y, según corresponda, promoverán medidas alternativas respecto a la privación de libertad, de acuerdo con sus ordenamientos jurídicos internos.

Artículo 14. Derecho a la libertad de expresión y de opinión y al acceso a la información

La persona mayor tiene derecho a la libertad de expresión y opinión y al acceso a la información, en igualdad de condiciones con otros sectores de la población y por los medios de su elección.

Los Estados Parte adoptarán medidas destinadas a garantizar a la persona mayor el ejercicio efectivo de dichos derechos.

Artículo 15. Derecho a la nacionalidad y a la libertad de circulación

La persona mayor tiene derecho a la libertad de circulación, a la libertad para elegir su residencia y a poseer una nacionalidad en igualdad de condiciones con los demás sectores de la población, sin discriminación por razones de edad.

Los Estados Parte adoptarán medidas destinadas a garantizar a la persona mayor el ejercicio efectivo de dichos derechos.

Artículo 16. Derecho a la privacidad y a la intimidad

La persona mayor tiene derecho a la privacidad y a la intimidad y a no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, familia, hogar o unidad doméstica, o cualquier ámbito en el que se desenvuelvan, así como en su correspondencia o cualquier otro tipo de comunicación.

La persona mayor tiene derecho a no ser objeto de agresiones contra su dignidad, honor y reputación, y a la privacidad en los actos de higiene o en las actividades que desarrolle, independientemente del ámbito en el que se desenvuelva.

Los Estados Parte adoptarán las medidas necesarias para garantizar estos derechos, particularmente a la persona mayor que recibe servicios de cuidado a largo plazo.

Artículo 17. Derecho a la seguridad social

Toda persona mayor tiene derecho a la seguridad social que la proteja para llevar una vida digna.

Los Estados Parte promoverán progresivamente, dentro de los recursos disponibles, que la persona mayor reciba un ingreso para una vida digna a través de los sistemas de seguridad social y otros mecanismos flexibles de protección social.

Los Estados Parte buscarán facilitar, mediante convenios institucionales, acuerdos bilaterales u otros mecanismos hemisféricos, el reconocimiento de prestaciones, aportes realizados a la seguridad social o derechos de pensión de la persona mayor migrante.

Todo lo dispuesto en este artículo será de conformidad con la legislación nacional.

Artículo 18. Derecho al trabajo

La persona mayor tiene derecho al trabajo digno y decente y a la igualdad de oportunidades y de trato respecto de los otros trabajadores, sea cual fuere su edad.

Los Estados Parte adoptarán medidas para impedir la discriminación laboral de la persona mayor.

Queda prohibida cualquier distinción que no se base en las exigencias propias de la naturaleza del cargo, de conformidad con la legislación nacional y en forma apropiada a las condiciones locales.

El empleo o la ocupación debe contar con las mismas garantías, beneficios, derechos laborales y sindicales, y ser remunerado por el mismo salario aplicable a todos los trabajadores frente a iguales tareas y responsabilidades.

Los Estados Parte adoptarán las medidas legislativas, administrativas o de otra índole para promover el empleo formal de la persona mayor y regular las distintas formas de autoempleo y el empleo doméstico, con miras a prevenir abusos y garantizar una adecuada cobertura social y el reconocimiento del trabajo no remunerado.

Los Estados Parte promoverán programas y medidas que faciliten una transición gradual a la jubilación, para lo cual podrán contar con la participación de las organizaciones representativas de empleadores y trabajadores y de otros organismos interesados.

Los Estados Parte promoverán políticas laborales dirigidas a propiciar que las condiciones, el ambiente de trabajo, horarios y la organización de las tareas sean adecuadas a las necesidades y características de la persona mayor.

Los Estados Parte alentarán el diseño de programas para la capacitación y certificación de conocimiento y saberes para promover el acceso de la persona mayor a mercados laborales más inclusivos.

Artículo 19 Derecho a la salud

La persona mayor tiene derecho a su salud física y mental, sin ningún tipo de discriminación.

Los Estados Parte deberán diseñar e implementar políticas públicas intersectoriales de salud orientadas a una atención integral que incluya la promoción de la salud, la prevención y la atención de la enfermedad en todas las etapas, y la rehabilitación y los cuidados paliativos de la persona mayor a fin de propiciar el disfrute del más alto nivel de bienestar, físico, mental y social. Para hacer efectivo este derecho, los Estados Parte se comprometen a tomar las siguientes medidas:

- a) Asegurar la atención preferencial y el acceso universal, equitativo y oportuno en los servicios integrales de salud de calidad basados en la atención primaria, y aprovechar la medicina tradicional, alternativa y complementaria, de conformidad con la legislación nacional y con los usos y costumbres.
- b) Formular, implementar, fortalecer y evaluar políticas públicas, planes y estrategias para fomentar un envejecimiento activo y saludable.
- c) Fomentar políticas públicas sobre salud sexual y reproductiva de la persona mayor.

- d) Fomentar, cuando corresponda, la cooperación internacional en cuanto al diseño de políticas públicas, planes, estrategias y legislación, y el intercambio de capacidades y recursos para ejecutar planes de salud para la persona mayor y su proceso de envejecimiento.
- e) Fortalecer las acciones de prevención a través de las autoridades de salud y la prevención de enfermedades, incluyendo la realización de cursos de educación, el conocimiento de las patologías y opinión informada de la persona mayor en el tratamiento de enfermedades crónicas y otros problemas de salud.
- f) Garantizar el acceso a beneficios y servicios de salud asequibles y de calidad para la persona mayor con enfermedades no transmisibles y transmisibles, incluidas aquellas por transmisión sexual.
- g) Fortalecer la implementación de políticas públicas orientadas a mejorar el estado nutricional de la persona mayor.
- h) Promover el desarrollo de servicios socio-sanitarios integrados especializados para atender a la persona mayor con enfermedades que generan dependencia, incluidas las crónico-degenerativas, las demencias y la enfermedad de Alzheimer.
- i) Fortalecer las capacidades de los trabajadores de los servicios de salud, sociales y socio-sanitarios integrados y de otros actores, en relación con la atención de la persona mayor, teniendo en consideración los principios contenidos en la presente Convención.
- j) Promover y fortalecer la investigación y la formación académica profesional y técnica especializada en geriatría, gerontología y cuidados paliativos.
- k) Formular, adecuar e implementar, según la legislación vigente en cada país, políticas referidas a la capacitación y aplicación de la medicina tradicional, alternativa y complementaria, en relación con la atención integral de la persona mayor.
- l) Promover las medidas necesarias para que los servicios de cuidados paliativos estén disponibles y accesibles para la persona mayor, así como para apoyar a sus familias.
- m) Garantizar a la persona mayor la disponibilidad y el acceso a los medicamentos reconocidos como esenciales por la Organización Mundial de la Salud, incluyendo los fiscalizados necesarios para los cuidados paliativos.
- n) Garantizar a la persona mayor el acceso a la información contenida en sus expedientes personales, sean físicos o digitales.
- o) Promover y garantizar progresivamente, y de acuerdo con sus capacidades, el acompañamiento y la capacitación a personas que ejerzan tareas de cuidado de la persona mayor, incluyendo familiares, con el fin de procurar su salud y bienestar.

Artículo 20. Derecho a la educación

La persona mayor tiene derecho a la educación en igualdad de condiciones con otros sectores de la población y sin discriminación, en las modalidades definidas por cada uno de los Estados Parte, y a participar en los programas educativos existentes en todos los niveles, y a compartir sus conocimientos y experiencias con todas las generaciones.

Los Estados Parte garantizarán el ejercicio efectivo del derecho a la educación de la persona mayor y se comprometen a:

- a) Facilitar a la persona mayor el acceso a programas educativos y de formación adecuados que permitan el acceso, entre otros, a los distintos niveles del ciclo educativo, a programas de alfabetización y postalfabetización, formación técnica y profesional, y a la educación permanente continua, en especial a los grupos en situación de vulnerabilidad.
- b) Promover el desarrollo de programas, materiales y formatos educativos adecuados y accesibles para la persona mayor que atiendan sus necesidades, preferencias, aptitudes, motivaciones e identidad cultural.
- c) Adoptar las medidas necesarias para reducir y, progresivamente, eliminar las barreras y las dificultades de acceso a los bienes y servicios educativos en el medio rural.
- d) Promover la educación y formación de la persona mayor en el uso de las nuevas tecnologías de la información y comunicación (TIC) para minimizar la brecha digital, generacional y geográfica e incrementar la integración social y comunitaria.
- e) Diseñar e implementar políticas activas para erradicar el analfabetismo de la persona mayor y, en especial, de las mujeres y grupos en situación de vulnerabilidad.
- f) Fomentar y facilitar la participación activa de la persona mayor en actividades educativas, tanto formales como no formales.

Artículo 21. Derecho a la cultura

La persona mayor tiene derecho a su identidad cultural, a participar en la vida cultural y artística de la comunidad, al disfrute de los beneficios del progreso científico y tecnológico y de otros, producto de la diversidad cultural, así como a compartir sus conocimientos y experiencias con otras generaciones, en cualquiera de los contextos en los que se desarrolle.

Los Estados Parte reconocerán, garantizarán y protegerán el derecho a la propiedad intelectual de la persona mayor, en condiciones de igualdad con los demás sectores de la población y de acuerdo con la legislación interna y los instrumentos internacionales adoptados en este ámbito.

Los Estados Parte promoverán las medidas necesarias para asegurar el acceso preferencial de la persona mayor a los bienes y servicios culturales, en formatos y condiciones asequibles.

Los Estados Parte fomentarán programas culturales para que la persona mayor pueda desarrollar y utilizar su potencial creativo, artístico e intelectual, para su beneficio y para el enriquecimiento de la sociedad como agente transmisor de valores, conocimientos y cultura.

Los Estados Parte impulsarán la participación de las organizaciones de personas mayores en la planificación, realización y divulgación de proyectos educativos y culturales.

Los Estados Parte incentivarán, mediante acciones de reconocimiento y estímulo, los aportes de la persona mayor a las diferentes expresiones artísticas y culturales.

Artículo 22. Derecho a la recreación, al esparcimiento y al deporte

La persona mayor tiene derecho a la recreación, la actividad física, el esparcimiento y el deporte.

Los Estados Parte promoverán el desarrollo de servicios y programas de recreación, incluido el turismo, así como actividades de esparcimiento y deportivas que tengan en cuenta los intereses y las necesidades de la persona mayor, en particular de aquella que recibe servicios de cuidado a largo plazo, con el objeto de mejorar su salud y calidad de vida en todas sus dimensiones y promover su autorrealización, independencia, autonomía e inclusión en la comunidad.

La persona mayor podrá participar en el establecimiento, gestión y evaluación de dichos servicios, programas o actividades.

Artículo 23. Derecho a la propiedad

Toda persona mayor tiene derecho al uso y goce de sus bienes y a no ser privada de estos por motivos de edad. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.

Ninguna persona mayor puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.

Los Estados Parte adoptarán todas las medidas necesarias para garantizarle a la persona mayor el ejercicio del derecho a la propiedad, incluida la libre disposición de sus bienes, y para prevenir el abuso y la enajenación ilegal de su propiedad.

Los Estados Parte se comprometen a adoptar medidas para eliminar toda práctica administrativa o financiera que discrimine a la persona mayor, principalmente a las mujeres mayores y a los grupos en situación de vulnerabilidad respecto del ejercicio de su derecho a la propiedad.

Artículo 24. Derecho a la vivienda

La persona mayor tiene derecho a una vivienda digna y adecuada, y a vivir en entornos seguros, saludables, accesibles y adaptables a sus preferencias y necesidades.

Los Estados Parte deberán adoptar las medidas pertinentes para promover el pleno goce de este derecho y facilitar que la persona mayor tenga acceso a servicios socio-sanitarios integrados y servicios de cuidados domiciliarios que le permitan residir en su propio domicilio conforme a su voluntad.

Los Estados Parte deberán garantizar el derecho de la persona mayor a una vivienda digna y adecuada y adoptarán políticas de promoción del derecho a la vivienda y el acceso a la tierra reconociendo las necesidades de la persona mayor y la prioridad en la asignación a aquella que se encuentre en situación de vulnerabilidad. Asimismo, los Estados Parte fomentarán progresivamente el acceso al crédito de vivienda u otras formas de financiamiento sin discriminación, promoviendo, entre otros, la colaboración con el sector privado, la sociedad civil y otros actores sociales. Las políticas deberán tener especialmente en cuenta:

- a) La necesidad de construir o adaptar progresivamente soluciones habitacionales con el fin de que estas sean arquitectónicamente adecuadas y accesibles a los adultos mayores con discapacidad y con impedimentos relacionados con su movilidad.
- b) Las necesidades específicas de la persona mayor, particularmente aquellas que viven solas, a través de subsidios para el alquiler, apoyo a las renovaciones de la vivienda y otras medidas pertinentes, según la capacidad de los Estados Parte.

Los Estados Parte promoverán el establecimiento de procedimientos expeditos de reclamación y justicia en caso de desalojos de personas mayores y adoptarán las medidas necesarias para protegerlas contra los desalojos forzosos ilegales.

Los Estados Parte deberán promover programas para la prevención de accidentes en el entorno y el hogar de la persona mayor.

Artículo 25. Derecho a un medio ambiente sano

La persona mayor tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos, a tal fin los Estados Parte adoptarán las medidas pertinentes para salvaguardar y promover el ejercicio de este derecho, entre ellas:

- a) Fomentar el desarrollo pleno de la persona mayor en armonía con la naturaleza.
- b) Garantizar el acceso de la persona mayor en condiciones de igualdad a servicios públicos básicos de agua potable y saneamiento, entre otros.

Artículo 26. Derecho a la accesibilidad y a la movilidad personal

La persona mayor tiene derecho a la accesibilidad al entorno físico, social, económico y cultural, y a su movilidad personal.

A fin de garantizar la accesibilidad y la movilidad personal de la persona mayor para que pueda vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, los Estados Parte adoptarán de manera progresiva medidas pertinentes para asegurar el acceso de la persona mayor, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales. Estas medidas, que incluirán la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso, se aplicarán, entre otras cosas, a:

- a) Los edificios, las vías públicas, el transporte y otras instalaciones exteriores e interiores como centros educativos, viviendas, instalaciones médicas y lugares de trabajo.

- b) Los servicios de información, comunicaciones y de otro tipo, incluidos los servicios electrónicos y de emergencia.

Los Estados Parte también adoptarán las medidas pertinentes para:

- a) Desarrollar, promulgar y supervisar la aplicación de normas mínimas y directrices sobre la accesibilidad de las instalaciones y los servicios abiertos al público o de uso público.
- b) Asegurar que las entidades públicas y privadas que proporcionan instalaciones y servicios abiertos al público o de uso público tengan en cuenta todos los aspectos de su accesibilidad para la persona mayor.
- c) Ofrecer formación a todas las personas involucradas en los problemas de accesibilidad que enfrenta la persona mayor.
- d) Promover otras formas adecuadas de asistencia y apoyo a la persona mayor para asegurar su acceso a la información.
- e) Promover el acceso de la persona mayor a los nuevos sistemas y tecnología de la información y las comunicaciones, incluida Internet y que estas sean accesibles al menor costo posible.
- f) Propiciar el acceso a tarifas preferenciales o gratuitas de los servicios de transporte público o de uso público a la persona mayor.
- g) Promover iniciativas en los servicios de transporte público o de uso público para que haya asientos reservados para la persona mayor, los cuales deberán ser identificados con la señalización correspondiente.
- h) Dotar a los edificios y otras instalaciones abiertas al público de señalización en formatos de fácil lectura, comprensión y adecuados para la persona mayor.

Artículo 27. Derechos políticos

La persona mayor tiene derecho a la participación en la vida política y pública en igualdad de condiciones con los demás y a no ser discriminados por motivo de edad.

La persona mayor tiene derecho a votar libremente y ser elegido, debiendo el Estado facilitar las condiciones y los medios para ejercer esos derechos.

Los Estados Parte garantizarán a la persona mayor una participación plena y efectiva en su derecho a voto y adoptarán las siguientes medidas pertinentes para:

- a) Garantizar que los procedimientos, instalaciones y materiales electorales sean adecuados, accesibles y fáciles de entender y utilizar.
- b) Proteger el derecho de la persona mayor a emitir su voto en secreto en elecciones y referendos públicos, sin intimidación.

- c) Garantizar la libre expresión de la voluntad de la persona mayor como elector y a este fin, cuando sea necesario y con su consentimiento, permitir que una persona de su elección le preste asistencia para votar.
- d) Crear y fortalecer mecanismos de participación ciudadana con el objeto de incorporar en los procesos de toma de decisión en todos los niveles de Gobierno las opiniones, aportes y demandas de la persona mayor y de sus agrupaciones y asociaciones.

Artículo 28. Derecho de reunión y de asociación

La persona mayor tiene derecho a reunirse pacíficamente y a formar libremente sus propias agrupaciones o asociaciones, de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos.

A tal fin los Estados Parte se comprometen a:

- a) Facilitar la creación y el reconocimiento legal de dichas agrupaciones o asociaciones, respetando su libertad de iniciativa y prestándoles apoyo para su formación y desempeño de acuerdo con la capacidad de los Estados Parte.
- b) Fortalecer las asociaciones de personas mayores y el desarrollo de liderazgos positivos que faciliten el logro de sus objetivos y la difusión de los derechos enunciados en la presente Convención.

Artículo 29. Situaciones de riesgo y emergencias humanitarias

Los Estados Parte tomarán todas las medidas específicas que sean necesarias para garantizar la integridad y los derechos de la persona mayor en situaciones de riesgo, incluidas situaciones de conflicto armado, emergencias humanitarias y desastres, de conformidad con las normas de derecho internacional, en particular del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.

Los Estados Parte adoptarán medidas de atención específicas a las necesidades de la persona mayor en la preparación, prevención, reconstrucción y recuperación en situaciones de emergencias, desastres o conflictos.

Los Estados Parte propiciarán que la persona mayor interesada participe en los protocolos de protección civil en caso de desastres naturales.

Artículo 30. Igual reconocimiento como persona ante la ley

Los Estados Parte reafirman que la persona mayor tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Los Estados Parte reconocerán que la persona mayor tiene capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

Los Estados Parte adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a la persona mayor al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Los Estados Parte asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona mayor, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona mayor, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de la persona mayor.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Parte tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de la persona mayor, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietaria y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que la persona mayor no sea privada de sus bienes de manera arbitraria.

Artículo 31. Acceso a la justicia

La persona mayor tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Los Estados Parte se comprometen a asegurar que la persona mayor tenga acceso efectivo a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante la adopción de ajustes de procedimiento en todos los procesos judiciales y administrativos en cualquiera de sus etapas.

Los Estados Parte se comprometen a garantizar la debida diligencia y el tratamiento preferencial a la persona mayor para la tramitación, resolución y ejecución de las decisiones en procesos administrativos y judiciales.

La actuación judicial deberá ser particularmente expedita en casos en que se encuentre en riesgo la salud o la vida de la persona mayor.

Asimismo, los Estados Parte desarrollarán y fortalecerán políticas públicas y programas dirigidos a promover:

- a) Mecanismos alternativos de solución de controversias.
- b) Capacitación del personal relacionado con la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario, sobre la protección de los derechos de la persona mayor.

CAPÍTULO V

Toma de conciencia

Artículo 32

Los Estados Parte acuerdan:

- a) Adoptar medidas para lograr la divulgación y capacitación progresiva de toda la sociedad sobre la presente Convención.
- b) Fomentar una actitud positiva hacia la vejez y un trato digno, respetuoso y considerado hacia la persona mayor y, sobre la base de una cultura de paz, impulsar acciones de divulgación, promoción de los derechos y empoderamiento de la persona mayor, así como evitar el lenguaje e imágenes estereotipadas sobre la vejez.
- c) Desarrollar programas para sensibilizar a la población sobre el proceso de envejecimiento y sobre la persona mayor, fomentando la participación de ésta y de sus organizaciones en el diseño y formulación de dichos programas.
- d) Promover la inclusión de contenidos que propicien la comprensión y aceptación de la etapa del envejecimiento en los planes y programas de estudios de los diferentes niveles educativos, así como en las agendas académicas y de investigación.
- e) Promover el reconocimiento de la experiencia, la sabiduría, la productividad y la contribución al desarrollo que la persona mayor brinda a la sociedad en su conjunto.

CAPÍTULO VI

Mecanismo de seguimiento de la convención y medios de protección

Artículo 33. Mecanismo de Seguimiento

Con el fin de dar seguimiento a los compromisos adquiridos y promover la efectiva implementación de la presente Convención se establece un mecanismo de seguimiento integrado por una Conferencia de Estados Parte y un Comité de Expertos.

El Mecanismo de Seguimiento quedará constituido cuando se haya recibido el décimo instrumento de ratificación o adhesión.

Las funciones de la secretaría del Mecanismo de Seguimiento serán ejercidas por la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo 34. Conferencia de Estados Parte

La Conferencia de Estados Parte es el órgano principal del Mecanismo de Seguimiento, está integrada por los Estados Parte en la Convención y tiene, entre otras, las siguientes funciones:

- a) Dar seguimiento al avance de los Estados Parte en el cumplimiento de los compromisos emanados de la presente Convención.
- b) Elaborar su reglamento y aprobarlo por mayoría absoluta.

- c) Dar seguimiento a las actividades desarrolladas por el Comité de Expertos y formular recomendaciones con el objetivo de mejorar el funcionamiento, las reglas y procedimientos de dicho Comité.
- d) Recibir, analizar y evaluar las recomendaciones del Comité de Expertos y formular las observaciones pertinentes.
- e) Promover el intercambio de experiencias, buenas prácticas y la cooperación técnica entre los Estados Parte con miras a garantizar la efectiva implementación de la presente Convención.
- f) Resolver cualquier asunto relacionado con el funcionamiento del Mecanismo de seguimiento.

El Secretario General de la Organización de los Estados Americanos convocará la primera reunión de la Conferencia de Estados Parte dentro de los noventa días de haberse constituido el Mecanismo de Seguimiento. La primera reunión de la Conferencia será celebrada en la sede de la Organización, a menos que un Estado Parte ofrezca la sede, para aprobar su reglamento y metodología de trabajo, así como para elegir a sus autoridades. Dicha reunión será presidida por un representante del Estado que deposite el primer instrumento de ratificación o adhesión de la presente Convención.

Las reuniones ulteriores serán convocadas por el Secretario General de la Organización de los Estados Americanos a solicitud de cualquier Estado Parte, con la aprobación de dos tercios de los mismos. En ellas podrán participar como observadores los demás Estados Miembros de la Organización.

Artículo 35. Comité de Expertos

El Comité estará integrado por expertos designados por cada uno de los Estados Parte en la Convención. El quórum para sesionar será establecido en su reglamento.

El Comité de Expertos tiene las siguientes funciones:

- a) Colaborar en el seguimiento al avance de los Estados Parte en la implementación de la presente Convención, siendo responsable del análisis técnico de los informes periódicos presentados por los Estados Parte. A tales efectos, los Estados Parte se comprometen a presentar un informe al Comité de Expertos con relación al cumplimiento de las obligaciones contenidas en la presente Convención, dentro del año siguiente de haberse realizado la primera reunión. De allí en adelante, los Estados Parte presentarán informes cada cuatro años.
- b) Presentar recomendaciones para el cumplimiento progresivo de la Convención sobre la base de los informes presentados por los Estados Parte de conformidad con el tema objeto de análisis.
- c) Elaborar y aprobar su propio reglamento en el marco de las funciones establecidas en el presente artículo.

El Secretario General de la Organización de los Estados Americanos convocará la primera reunión del Comité de Expertos dentro de los noventa días de haberse constituido el Mecanismo de Seguimiento. La primera reunión del Comité de Expertos será celebrada en la sede de la Organización, a menos que un Estado Parte ofrezca la sede, para aprobar su reglamento y metodología de trabajo, así como para elegir a sus autoridades. Dicha reunión será presidida por un representante del Estado que deposite el primer instrumento de ratificación o adhesión de la presente Convención.

El Comité de Expertos tendrá su sede en la Organización de los Estados Americanos.

Artículo 36. Sistema de peticiones individuales

Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos, puede presentar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de alguno de los artículos de la presente Convención por un Estado Parte.

Para el desarrollo de lo previsto en el presente artículo se tendrá en cuenta la naturaleza progresiva de la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales objeto de protección por la presente Convención.

Asimismo, todo Estado Parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o de adhesión a la presente Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte ha incurrido en violaciones de los derechos humanos establecidos en la presente Convención. En dicho caso, se aplicarán todas las normas de procedimiento pertinentes contenidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Los Estados Parte podrán formular consultas a la Comisión en cuestiones relacionadas con la efectiva aplicación de la presente Convención. Asimismo, podrán solicitar a la Comisión asesoramiento y cooperación técnica para asegurar la aplicación efectiva de cualquiera de las disposiciones de la presente Convención. La Comisión, dentro de sus posibilidades, les brindará asesoramiento y asistencia cuando le sean solicitados.

Todo Estado Parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o de adhesión a la presente Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria y de pleno derecho y sin acuerdo especial la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de la presente Convención.

En dicho caso, se aplicarán todas las normas de procedimiento pertinentes contenidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

CAPÍTULO VII

Disposiciones generales

Artículo 37. Firma, ratificación, adhesión y entrada en vigor

La presente Convención está abierta a la firma, ratificación y adhesión por parte de todos los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos. Después de que entre en vigor, todos los Estados Miembros de la Organización que no la hayan firmado estarán en posibilidad de adherirse a la Convención.

Esta Convención está sujeta a ratificación por parte de los Estados signatarios de acuerdo con sus respectivos procedimientos constitucionales. Los instrumentos de ratificación o adhesión se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

La presente Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que se haya depositado el segundo instrumento de ratificación o adhesión en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

Para cada Estado que ratifique o se adhiera a la presente Convención después de que haya sido depositado el segundo instrumento de ratificación o adhesión, la Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado el instrumento correspondiente.

Artículo 38. Reservas

Los Estados Parte podrán formular reservas a la Convención en el momento de su firma, ratificación o adhesión, siempre que no sean incompatibles con el objeto y fin de la Convención y versen sobre una o más de sus disposiciones específicas.

Artículo 39. Denuncia

La Convención permanecerá en vigor indefinidamente, pero cualquiera de los Estados Parte podrá denunciarla mediante notificación escrita dirigida al Secretario General de la Organización de los Estados Americanos. Transcurrido un año contado a partir de la fecha de depósito del instrumento de denuncia, la Convención cesará en sus efectos para dicho Estado, permaneciendo en vigor para los demás Estados Parte. La denuncia no eximirá al Estado Parte de las obligaciones impuestas por la presente Convención con respecto a toda acción u omisión ocurrida antes de la fecha en que la denuncia haya entrado en vigor.

Artículo 40. Depósito

El instrumento original de la Convención, cuyos textos en español, francés, inglés y portugués son igualmente auténticos, será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, la que enviará copia certificada de su texto para su registro y publicación a la Secretaría de las Naciones Unidas, de conformidad con el artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas.

Artículo 41. Enmiendas

Cualquier Estado Parte puede someter a la Conferencia de Estados Parte propuestas de enmiendas a esta Convención.

Las enmiendas entrarán en vigor para los Estados ratificantes de las mismas en la fecha en que dos tercios de los Estados Parte hayan depositado el respectivo instrumento de ratificación. En cuanto al resto de los Estados Parte, entrarán en vigor en la fecha en que depositen sus respectivos instrumentos de ratificación.

Opinión consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016 solicitada por la República de Panamá¹

*Titularidad de derechos de las personas jurídicas
en el sistema interamericano de derechos humanos (interpretación y alcance del
artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29,
30, 44, 46 y 62.3 de la Convención Americana sobre derechos humanos, así como
del artículo 8.1.a y b del protocolo de San Salvador)*

Corte Interamericana de Derechos Humanos

[...]

Presentación de la consulta

1. El 28 de abril de 2014 la República de Panamá (en adelante “Panamá”), con fundamento en el artículo 64.1 de la Convención Americana² y de conformidad con lo establecido en el artículo 70.1 y 70.2 del Reglamento³, presentó una solicitud de Opinión Consultiva sobre la interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46 y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1.a y b del Protocolo de San Salvador (en adelante “la solicitud” o “la consulta”). En particular, Panamá solicitó que el Tribunal se pronuncie⁴:

- a) en relación con el artículo 1.2 de la Convención Americana sobre “[e]l alcance y protección de las personas físicas por medio de las personas jurídicas o ‘entidades no gubernamentales legalmente reconocidas’, tanto para agotar los procedimientos de la jurisdicción interna como para plantear denuncias de violación [a] los derechos humanos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, y “[e]l alcance y la protección de los derechos de las

CUADERNO JURÍDICO Y POLÍTICO, Vol. 2, No. 7, enero-marzo de 2017.
Universidad Politécnica de Nicaragua. ISSN 2413-810X | Págs. 90-109.

¹ *Nota del editor.* El contenido de este apartado es un resumen preparado por el equipo de la revista Cuaderno Jurídico y Político a partir del texto oficial publicado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su sitio web: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_22_esp.pdf Se han suprimido algunas notas al pie que estaban en el texto original que se seleccionó para la elaboración de este resumen; por tanto, se advierte que la numeración de las notas al pie de este resumen no se corresponde con la numeración original de la opinión en su versión completa en español. También se advierte que se ha respetado, excepcionalmente, el estilo de citación del original que consigna al pie las referencias.

² Artículo 64.1 de la Convención “Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires”.

³ Artículo 70.1 y 70.2 del Reglamento de la Corte Interamericana “1. Las solicitudes de opinión consultiva previstas en el artículo 64.1 de la Convención deberán formular con precisión las preguntas específicas sobre las cuales se pretende obtener la opinión de la Corte. 2. Las solicitudes de opinión consultiva formuladas por un Estado miembro o por la Comisión, deberán indicar, además, las disposiciones cuya interpretación se pide, las consideraciones que originan la consulta y el nombre y dirección del Agente o de los Delegados”.

⁴ El texto completo de la solicitud puede ser consultada en el siguiente enlace de la página web de la Corte: http://www.corteidh.or.cr/solicitudoc/solicitud_14_11_14_esp.pdf.

- personas jurídicas o ‘entidades no gubernamentales legalmente reconocidas’, como tales, en cuanto instrumentos de las personas físicas para lograr sus cometidos legítimos”;
- b) “si el artículo 16 de la Convención, que reconoce el derecho de los seres humanos a asociarse, se ve limitado o no por la restricción de protección de las asociaciones libremente formadas por las personas físicas como ‘entidades no gubernamentales legalmente reconocidas’, para proteger sus derechos expresados y desarrollados por medio de las personas jurídicas que se conforman al amparo del derecho de asociación”;
 - c) la interpretación del artículo 1.2 a la luz de los artículos 29 y 30 de la Convención, y
 - d) “la protección de derechos humanos de las personas físicas por medio de organizaciones no gubernamentales o personas jurídicas, de los [...] derechos [a] la protección judicial y al debido proceso del artículo 8 de la Convención; [a] la intimidad y vida privada del artículo 11 de la Convención; [a la] libertad de expresión del artículo 13 de la Convención; [a] la propiedad privada reconocida por el artículo 21 de la Convención; [a] la igualdad y no discriminación de los artículos 1.1 y 24 de la Convención; [al] derecho de huelga y de formar federaciones y confederaciones del artículo 8 del Protocolo de San Salvador de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

[...]

La consulta sobre la titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano

34. La Corte estima que el principal problema jurídico que fue planteado en la solicitud de opinión consultiva es si las personas jurídicas pueden ser consideradas como titulares de los derechos establecidos en la Convención Americana y, por tanto, podrían acceder de forma directa al sistema interamericano como presuntas víctimas. Para dar respuesta a este interrogante es imperativo realizar una interpretación del artículo 1.2 de la Convención Americana, el cual establece que:

“1.2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”.

[...]

36. A partir de lo anteriormente señalado, [...] la Corte procederá a analizar: a) sentido corriente del término y buena fe; b) objeto y fin del tratado; c) contexto interno del tratado, y d) interpretación evolutiva. Por último, con la finalidad de confirmar la interpretación a la que se arriba, se hará referencia a uno de los métodos complementarios establecidos en el artículo 32 de la Convención de Viena, es decir a los trabajos preparatorios de la Convención.

**a) Sentido corriente de los términos
“persona” y “ser humano” – interpretación literal**

37. La Corte reitera que ya ha establecido que el artículo 1.2 de la Convención establece que los derechos reconocidos en dicho instrumento corresponden a personas, es decir, a seres humanos. En particular, cabe resaltar que la Convención Americana no dejó abierta la interpretación sobre cómo debe entenderse el término “persona”, por cuanto el artículo 1.2 precisamente busca establecer una definición al mismo, lo cual demuestra la intención de las partes en darle un sentido especial al término en el marco del tratado, como lo establece el artículo 31.4 de la Convención de Viena. De acuerdo a lo anterior, este Tribunal ha entendido que los dos términos del artículo 1.2 de la Convención deben entenderse como sinónimos.

38. Al respecto, la Corte observa que el diccionario de la Real Academia Española define “persona” en su primera acepción como “[i]ndividuo de la especie humana”. Por su parte, dicho diccionario precisa el término “humano” o “humana” en una de sus acepciones como: “1. adj. Dicho de un ser: Que tiene naturaleza de hombre (|| ser racional)”. En similar sentido, este Tribunal constata que las versiones en inglés, portugués y francés de la Convención Americana, las cuales son versiones auténticas del tratado, también hacen una remisión expresa al término “ser humano” como sinónimo de “persona”. Además, al verificar el sentido corriente de los términos en cada uno de estos idiomas, éste es el mismo que se le da en español. Teniendo en cuenta lo anterior, es claro que de la lectura literal del artículo 1.2 de la Convención se excluye a otros tipos de personas que no sean seres humanos de la protección brindada por dicho tratado. Lo anterior implica que las personas jurídicas en el marco de la Convención Americana no son titulares de los derechos establecidos en ésta y, por tanto, no pueden presentar peticiones o acceder directamente, en calidad de presuntas víctimas y haciendo valer derechos humanos como propios, ante el sistema interamericano.

[...]

b) Objeto y fin del tratado – interpretación teleológica

[...]

41. [...] El preámbulo de la Convención Americana hace varias referencias que permiten establecer el objeto y fin del tratado:

Reafirmando su propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre;

Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos; [...]

Reiterando que, con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos,

sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos. (Subrayado fuera del texto)

42. Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte ha afirmado que en el caso de la Convención Americana, el objeto y fin del tratado es “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”, a propósito de lo cual fue diseñada para proteger los derechos humanos de las personas independientemente de su nacionalidad, frente a su propio Estado o a cualquier otro. En este sentido, la Convención Americana prevé expresamente determinadas pautas de interpretación en su artículo 29, entre las que alberga el principio pro persona, que implican que ninguna disposición de dicho tratado puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados, o bien de excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y otros instrumentos internacionales de la misma naturaleza.

[...]

c) Contexto interno – interpretación sistemática

44. La Corte resalta que, según el criterio sistemático, las normas deben ser interpretadas como parte de un todo cuyo significado y alcance deben fijarse en función del sistema jurídico al cual pertenecen. En este sentido, el Tribunal ha considerado que al dar interpretación a un tratado no sólo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste (inciso segundo del artículo 31 de la Convención de Viena), sino también el sistema dentro del cual se inscribe (inciso tercero del artículo 31), esto es, el sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

45. En el marco de una interpretación sistemática de la Convención se deben tener en cuenta todas las disposiciones que la integran y los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con ella, como por ejemplo, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, por cuanto permiten verificar si la interpretación dada a una norma o término en concreto es coherente con el sentido de las demás disposiciones. Concretamente, las normas que se analizarán en este capítulo muestran la utilización de la palabra “persona” en el contexto del tratado y de la Declaración Americana.

46. Al respecto, la primera parte de la Declaración Americana se refiere a:

Que los pueblos americanos han dignificado la persona humana y que sus constituciones nacionales reconocen que las instituciones jurídicas y políticas, rectoras de la vida en sociedad, tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritualmente y alcanzar la felicidad;

Que, en repetidas ocasiones, los Estados americanos han reconocido que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana;

Que la protección internacional de los derechos del hombre debe ser guía principalísima del derecho americano en evolución;

Que la consagración americana de los derechos esenciales del hombre unida a las garantías ofrecidas por el régimen interno de los Estados, establece el sistema inicial de protección que los Estados americanos consideran adecuado a las actuales circunstancias sociales y jurídicas, no sin reconocer que deberán fortalecerlo cada vez más en el campo internacional, a medida que esas circunstancias vayan siendo más propicias. (Subrayado fuera del texto)

47. La Corte considera que el Preámbulo de la Convención Americana [...], así como las primeras consideraciones de la Declaración Americana, muestran que estos instrumentos fueron creados con la intención de centrar la protección y titularidad de los derechos en el ser humano. Lo anterior se infiere de la constante referencia a palabras tales como “hombre” o “persona humana”, los cuales denotan que no se estaba teniendo en cuenta la figura de las personas jurídicas a la hora de redactar dichos instrumentos. Sobre la Declaración Americana, el Consejo Interamericano de Jurisconsultos sobre la Conferencia de Bogotá manifestó que “[e]s evidente que la Declaración de Bogotá no crea una obligación jurídica contractual, pero también lo es el hecho de que ella señala una orientación bien definida en el sentido de la protección internacional de los derechos fundamentales de la persona humana”⁵.

48. Por otra parte, la expresión “toda persona” es utilizada en numerosos artículos de la Convención Americana y de la Declaración Americana, siempre para hacer referencia a los derechos de los seres humanos. Como se analizará posteriormente [...], algunos de los derechos consagrados en estos artículos son inherentes a la condición de ser humano, como por ejemplo los derechos a la vida, a la integridad personal o a la libertad personal, entre otros. Otros de estos derechos, como el de propiedad o la libertad de expresión, podrían llegar a ser ejercidos por personas naturales a través de personas jurídicas [...], como una empresa o un medio de comunicación, sin embargo, ninguno de los artículos mencionados anteriormente contienen alguna expresión que le conceda a las personas jurídicas titularidad de estos derechos o que permitan inferir una excepción a lo establecido en el artículo 1.2 de la Convención.

d) Otros sistemas de protección de los derechos humanos y derecho comparado - Interpretación evolutiva

49. Este Tribunal ha señalado en otras oportunidades⁶ que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁷. Además, el párrafo tercero del artículo 31 de la Convención de Viena autoriza la utilización para la interpretación de medios tales como los acuerdos o la práctica⁸ o reglas relevantes del derecho internacional⁹ que los Estados hayan manifestado sobre la materia del tratado, los cuales son algunos de los

⁵ Comité Jurídico Interamericano, Recomendaciones e informes, 1949-1953 (1955), p. 107.

⁶ Cfr. Opinión Consultiva OC-16/99, párr. 114; Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 83; Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) Vs. Costa Rica, párr. 245, y Opinión Consultiva OC-21/14, párr. 55. En similar sentido, el Preámbulo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre indica: “[q]ue la protección internacional de los derechos del hombre debe ser guía principalísima del derecho americano en evolución”.

⁷ Cfr. Opinión Consultiva OC-16/99, párr. 114, y Opinión Consultiva OC-21/14, párr. 55.

⁸ Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) Vs. Costa Rica, párr. 245. Cfr. TEDH, Caso Rasmussen vs. Dinamarca, (No. 8777/79), Sentencia de 28 de noviembre de 1984, párr. 41; Caso Inze vs. Austria, (No. 8695/79) Sentencia de 28 de octubre de 1987, párr. 42, y Caso Toth vs. Austria, (No. 11894/85), Sentencia de 25 noviembre de 1991, párr. 77.

⁹ Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) Vs. Costa Rica, párr. 245. Cfr. TEDH, Caso Golder vs. Reino Unido, (No. 4451/70), Sentencia de 12 de diciembre de 1975, párr. 35.

métodos que se relacionan con una visión evolutiva de la interpretación del tratado. Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte procederá a analizar: i) la protección a personas jurídicas en otros tribunales u organismos internacionales de derechos humanos, y ii) la protección a personas jurídicas en el derecho interno de los Estados Parte.

i) Tribunales y organismos internacionales

[...]

a) Sistema europeo

51. Este Tribunal denota que el Convenio Europeo no contiene una definición del término “persona” a diferencia de la Convención Americana. El Convenio Europeo se limita en todos sus artículos al uso de la expresión “toda persona”, sin especificar si se trata de la persona humana o persona jurídica. Asimismo, el Preámbulo del Convenio hace énfasis solamente en el valor de los derechos humanos como un medio para asegurar la justicia y la paz en Europa. En efecto, los únicos artículos en los cuales se hace alusión directamente a la persona jurídica son el 34 del Convenio Europeo y el 1 del Protocolo Adicional No. 1. Al respecto, la Corte observa que el artículo 34 establece que:

ARTÍCULO 34 Demandas individuales: El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación por una de las Altas Partes Contratantes de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho. (Resaltado fuera del texto)

52. Por su parte, el artículo 1 del Protocolo Adicional No. 1 indica que:

ARTÍCULO 1 Protección de la propiedad: Toda persona física o jurídica tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho Internacional. Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que tienen los Estados de dictar las leyes que estimen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos, de otras contribuciones o de las multas. (Resaltado fuera del texto)

53. [...] La interpretación del artículo 34 del Convenio ha conllevado que el Tribunal Europeo no solo haya conocido casos de personas jurídicas relacionados con el derecho a la propiedad, lo cual expresamente lo permite el artículo 1 del Protocolo No. 1 del Convenio Europeo, sino que también ha analizado casos relacionados con derechos tales como a la libertad de expresión¹⁰ (artículo 10 del Convenio Europeo), a la no discriminación¹¹ (artículo 14 del Convenio), a un proceso equitativo¹² (artículo 6 del Convenio), de libertad de reunión y

¹⁰ TEDH, Autronic AG Vs. Suiza [Corte Plena, Serie A], (No. 178), Sentencia de 22 de mayo de 1990, párr. 47.

¹¹ TEDH, Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas y Otros Vs. Austria, (No. 40825/98), Sentencia de 31 de julio de 2008, párrs. 87 a 99.

¹² TEDH, Erni Makina Sanayi y Ticaret AS Vs. Turquía, (No. 70830/01), Sentencia de 3 de mayo de 2007, párrs. 28-30, y TEDH, Asunto Stoeterij Zangersheide N.V. y Otros Vs. Bélgica, (No. 47295/99), Sentencia de 22 de diciembre de 2004, párr. 36.

asociación¹³ (artículo 11 del Convenio), a libertad de pensamiento, conciencia y de religión¹⁴ (artículo 9 del Convenio) o a la vida privada y familiar¹⁵ (artículo 8 del Convenio).

54. Ahora bien, la Corte considera necesario hacer referencia en este punto al artículo 44 de la Convención Americana, dado que varias de las observaciones escritas presentadas hicieron notar que el artículo 34 del Convenio Europeo sería materialmente idéntico al artículo 44 de la Convención y que con base en dicho artículo, el sistema europeo ha concedido el acceso a las personas jurídicas. Por lo anterior, surge la pregunta sobre si sería posible hacer extensiva la protección a las personas jurídicas como se ha hecho en el sistema europeo. Al respecto, el artículo 44 de la Convención Americana dispone que:

Artículo 44: Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte. (Resaltado fuera del texto)

55. La Corte considera que del tenor literal de los artículos 44 de la Convención y 34 del Convenio se podría llegar a afirmar que la redacción de las dos normas es sustancialmente similar. Sin embargo, la diferencia radica en que el artículo 34 del último añade un requisito al establecer que puede presentar una petición cualquier persona “que se considere víctima de una violación por una de las Altas Partes Contratantes de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos”. Esto implica que la persona que presenta la petición ante el Tribunal Europeo debe acreditar que es presunta víctima del caso, es decir, en el caso de las personas jurídicas, por ejemplo, estas tienen que encontrarse directamente afectadas en sus propios derechos por el acto o la omisión que se esté alegando y no podrían presentar peticiones respecto a presuntas violaciones a los derechos de sus miembros o de terceros.

[...]

b) Sistema africano

57. Respecto a la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (en adelante “la Carta Africana”), la Corte observa que ésta no ofrece una definición sobre el término “persona”. Tampoco se encontró una interpretación oficial realizada por parte de sus órganos judiciales, sobre si el término “pueblos”¹⁶, al que hace referencia la Carta, podría llegar a cobijar a personas jurídicas. Por ello, no es posible determinar de manera concluyente si las personas jurídicas en el sistema africano son titulares de derechos y pueden ser consideradas víctimas de manera directa.

[...]

¹³ TEDH, Asunto Syndicat Nationale Des Professionnels Des Procédures Collectives Vs. Francia, (No. 70387/01), Sentencia de 21 de junio de 2006.

¹⁴ TEDH, Church of Scientology Vs. Suecia [D y RJ], (No. 16), Sentencia de 5 mayo de 1979, párr. 68.

¹⁵ TEDH, Colas Est y Otros Vs. Francia, (No. 37971/97), Sentencia de 16 de abril de 2002, párrs. 40 a 41, y TEDH, Ernst y Otros Vs. Bélgica, (No. 33400/96), Sentencia de 15 de junio de 2003, párr. 109.

¹⁶ La Carta Africana incluye a los “pueblos” como los titulares del derecho. Por ejemplo, son titulares al derecho a la igualdad (artículo 19), a la existencia y autodeterminación (artículo 20), a la libre disposición de sus riquezas y recursos naturales (artículo 21), al desarrollo (artículo 22), a la paz y a la seguridad (artículo 23) así como a un entorno general satisfactorio favorable a su desarrollo (artículo 24).

c) Sistema universal

59. La Corte constata que los derechos humanos contenidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante el “PIDCP”) no son extensivos a las personas jurídicas. La interpretación oficial de este instrumento establece de manera clara que solamente los individuos pueden someter una denuncia ante el Comité de Derechos Humanos (en adelante “CDH” o el “Comité de Derechos Humanos”). Al respecto, el CDH ha establecido que, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1 del Protocolo Facultativo del PIDCP, solamente los individuos pueden presentar denuncias ante este órgano¹⁷. Asimismo, la Observación General número 31 del CDH establece que “[l]os beneficiarios de los derechos reconocidos por el Pacto son los individuos”¹⁸. Asimismo, en varias resoluciones, el Comité de Derechos Humanos, ha insistido en que, “independientemente de que pareciera que los alegatos tengan relación con cuestiones del Pacto”¹⁹, las personas jurídicas no cuentan con capacidad procesal ante el órgano. Sumado a esto, el Comité de Derechos Humanos exige que, quien presente la denuncia, sea al mismo tiempo la víctima de los derechos presuntamente violados²⁰.

60. Distinta es la situación a la luz de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, la cual hace referencia expresa la prohibición de discriminación en contra de grupos u organizaciones²¹. En desarrollo de lo anterior, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (en adelante CERD) ha establecido que las personas jurídicas pueden denunciar violaciones que afecten sus derechos, siempre y cuando éstas hayan sido perjudicadas y puedan considerarse víctimas del caso²². En este sentido, el CERD ha reconocido la capacidad de las personas jurídicas de presentar denuncias por concepto de violaciones a sus propios derechos y también por violaciones a los derechos de sus miembros, accionistas y propietarios, tanto de manera individual como colectiva²³.

61. [...] La Corte denota que tanto el artículo 2 del Protocolo Facultativo de la CEDAW²⁴, como el artículo 2 del Protocolo adicional al PIDESC²⁵ establecen que los “grupos de

¹⁷ CDH, V.S. Vs. Bielorrusia, No. 1749/2008. 31 de Octubre de 2011, párr. 7.3. (“Given the fact that under article 1 of the Optional Protocol only individuals may submit a communication to the Committee, it considers that the author, by claiming violations of the rights of the Religious Union, which are not protected by the Covenant, has no standing under article 1 of the Optional Protocol”).

¹⁸ CDH, Observación General No. 31. 26 de mayo de 2004, párr. 9..

¹⁹ CDH, A newspaper publishing Company Vs. Trinidad y Tobago, No. 360/1989. 14 de julio de 1989, párr. 3.2. (“A company incorporated under the laws of a State party to the Optional Protocol, as such, has no standing under article 1, regardless of whether its allegations appear to raise issues under the Covenant.”); A publication Company and A printing Company Vs. Trinidad y Tobago, No. 361/1989. 14 de julio de 1989, y J.R.T. y el Partido W.G. Vs. Canadá, No. 104/1981. 6 abril de 1983.

²⁰ CDH, A Group of Association For the Defence of The Rights of Disabled and Handicapped Persons in Italy Vs. Italia, No. 163/1984. 10 de Abril de 1984, párr. 6.2.

²¹ Por ejemplo, el artículo 2.1.a de la Convención establece que: “1. Los Estados partes condenan la discriminación racial y se comprometen a seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a promover el entendimiento entre todas las razas, y con tal objeto: a) Cada Estado parte se compromete a no incurrir en ningún acto o práctica de discriminación racial contra personas, grupos de personas o instituciones y a velar por que todas las autoridades públicas e instituciones públicas, nacionales y locales, actúen en conformidad con esta obligación”.

²² CERD, The Documentation and Advisory Centre on Racial Discrimination (DACRD) Vs. Dinamarca, No. 28/2003. Declarado inadmisibile el 26 de agosto de 2003, párr.6.4, y CERD, Caso La Comunidad Judía de Oslo y Otros Vs. Noruega, No. 30/2003. 15 de agosto de 2005, párr. 7.4.

²³ CERD, TBB-Turkish Union in Berlin/Brandenburg Vs. Alemania, No. 48/2010. 26 de febrero de 2013, párrs. 11.2 y 11.3.

²⁴ Artículo 2. “Las comunicaciones podrán ser presentadas por personas o grupos de personas que se hallen bajo la jurisdicción del Estado Parte y que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado Parte de cualquiera de los derechos enunciados en la Convención, o en nombre de esas personas o grupos de personas. Cuando se presente una comunicación en

personas” sí pueden presentar denuncias en nombre de individuos o grupos de individuos, siempre y cuando estos individuos aleguen, a su vez, el estatus de víctima de una violación de los derechos otorgados por las Convenciones.

[...]

ii) Reconocimiento de derechos a personas Jurídicas en el derecho interno

[...]

64. [...] La Corte constata que en todos los países que han ratificado la jurisdicción de la Corte se reconocen directamente derechos fundamentales a las personas jurídicas, que pueden coincidir con aquellos consagrados en la Convención Americana. Según la información analizada por este Tribunal, los derechos que comúnmente²⁶ se le reconocen a las personas jurídicas son los de propiedad²⁷, libertad de expresión²⁸, petición²⁹ y asociación³⁰. Asimismo, la Corte observa que estos derechos no necesariamente se garantizan para todo tipo de personas

nombre de personas o grupos de personas, se requerirá su consentimiento, a menos que el autor pueda justificar el actuar en su nombre sin tal consentimiento”.

²⁵ Artículo 2. Comunicaciones: “Las comunicaciones podrán ser presentadas por personas o grupos de personas que se hallen bajo la jurisdicción de un Estado Parte y que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado Parte de cualquiera de los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el Pacto. Para presentar una comunicación en nombre de personas o grupos de personas se requerirá su consentimiento, a menos que el autor pueda justificar que actúa en su nombre sin tal consentimiento”.

²⁶ Otros derechos que la Corte constató que se le reconocen a personas jurídicas en la región son, inter alia: a las garantías judiciales, al debido proceso, a la legalidad, de audiencia, a la seguridad jurídica, a la información pública, de reunión, a la inviolabilidad de la correspondencia y demás formas de comunicación privada, a la inviolabilidad de domicilio, a solicitar la rectificación, actualización, inclusión o supresión de los datos personales que le corresponda, a la personalidad, al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad de enseñanza, a la libertad religiosa o de creencias, a la libertad de contratación, a la libertad de trabajo, a libertad de empresa, comercio e industria, a la libre competencia, a fundar medios de comunicación, a fundar centros educativos, a la igualdad, al buen nombre, a la honra, y al habeas data.

²⁷ Al respecto ver: Artículo 16 Constitución de Barbados; artículos 14, 56, y 315.I de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia; Sentencia No. T-396/93 de la Corte Constitucional de Colombia, 16 de septiembre 1993; Sentencia: 00128 Expediente: 98-000128-0004-CI, Sala Primera de la Corte Suprema de Costa Rica, 16 de diciembre de 1998; artículo 2 de la Constitución de El Salvador y Sentencia de 9 de marzo de 2011, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Proceso de Amparo 948-2008; artículo 39 de la Constitución Política de la República de Guatemala; artículo 36 de la Constitución de la República de Haití; Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Contradicción de Tesis 360/2013, Fecha de resolución: sesionado el 21 de abril de 2014; artículos 103 de la Constitución Política de la República de Nicaragua; Exp. n.º 4972-2006-PA/TC, La Libertad, Corporación Meier S.A.C. y Persolar S.A.C. Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú; artículo 47 de la Constitución Política de la República de Panamá; artículo 34 de la Constitución de Surinam, y Sentencia TC/0242/13, Tribunal Constitucional de República Dominicana, 29 de noviembre de 2013.

²⁸ Al respecto ver: Artículo 35 de la Constitución Política de la República de Guatemala; Sentencia No. T-396/93, Corte Constitucional de Colombia, 16 de septiembre 1993; Exp. n.º 4972-2006-PA/TC, La Libertad, Corporación Meier S.A.C. y Persolar S.A.C. Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, y artículo 26 de la Constitución Nacional de Paraguay.

²⁹ Al respecto ver: Sentencia No. T-396/93, Corte Constitucional de Colombia, 16 de septiembre 1993; sentencia de 7 de noviembre de 2008, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, Proceso de amparo 103-2006; artículo 80 de la Constitución de Honduras; Suprema Corte de Justicia de la Nación de México Contradicción de Tesis 360/2013, Fecha de resolución: sesionado el 21 de abril de 2014; Exp. n.º 4972-2006-PA/TC, La Libertad, Corporación Meier S.A.C. y Persolar S.A.C. Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú; artículo 41 de la Constitución Política de la República de Panamá, y artículo 40 de la Constitución Nacional de Paraguay.

³⁰ Artículo 34 de la Constitución Política de la República de Guatemala; Sentencia No. T-396/93, Corte Constitucional de Colombia, 16 de septiembre 1993; Sentencia con número de Expediente: 08-007986-0007-CO, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, 8 de septiembre de 2009; Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, Proceso Constitucional 23-R-96, Ramírez y Marcelino vrs. Concejo Municipal de San Juan Opico, sentencia de 8 de octubre de 1998; artículo 31 y 31.1 de la Constitución de la República de Haití; Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Contradicción de Tesis 360/2013, Fecha de resolución: sesionado el 21 de abril de 2014, y Exp. n.º 4972-2006-PA/TC, La Libertad, Corporación Meier S.A.C. y Persolar S.A.C. Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú.

jurídicas, dado que algunos están orientados a proteger tipos especiales de las mismas, como es el caso de algunos derechos que les son otorgados únicamente a los sindicatos³¹, a los partidos políticos³², a los pueblos indígenas³³, a las comunidades afrodescendientes³⁴ o a instituciones o grupos específicos³⁵.

65. Asimismo, la Corte nota que en gran parte de los países de la región a las personas jurídicas se les otorga la posibilidad de interponer una acción de amparo o recursos análogos en defensa de los derechos que les son reconocidos³⁶.

³¹ Bolivia (artículo 51 de la Constitución Política); Brasil (artículos 8, 74.IV. § 2º, y 103 IX de la Constitución Política); Honduras (artículo 128.14 de la Constitución Política); Nicaragua (artículo 87 Constitución Política); Panamá (artículos 68 y 69 de la Constitución Política); Paraguay (artículos 96-98 Constitución Nacional); Perú (artículos 28 y 42 de la Constitución Política), y Surinam (artículo 32 de la Constitución).

³² Argentina (artículo 38 de la Constitución Nacional); Brasil (artículos 17, 74.IV. § 2º, y 103.VIII de la Constitución Política); Colombia (artículos 107 y 108 de la Constitución Política); Haití (artículo 31.1 de la Constitución); Honduras (artículo 47 de la Constitución Política), Nicaragua (artículos 55, 173.7, 173.11, 173.12, 173.13 de la Constitución Política); Panamá (artículo 140 de la Constitución Política); Paraguay (artículos 124-126 de la Constitución Nacional), y Perú (artículo 35 de la Constitución Política).

³³ Bolivia (artículos 30 y 32 entre otros de la Constitución Política); Brasil (artículos 231, y 232 de la Constitución Política); Colombia (artículo 329 de la Constitución Política); Nicaragua (artículos 121 y 103 de la Constitución Política); Panamá (artículos 124 y 127 de la Constitución Política), y Paraguay (artículos 62-67 de la Constitución Nacional)

³⁴ Bolivia (artículos 32,100.I y 395.I de la Constitución Política), y Nicaragua (artículos 89, 90 y 121 de la Constitución Política).

³⁵ En Perú, por ejemplo, se reconoce el derecho a la inafectación de todo impuesto que afecte bienes, actividades o servicios propios en el caso de las universidades, institutos superiores y demás centros educativos (artículo 19 de la Constitución Política). En Chile, se le otorga derecho a las iglesias, confesiones e instituciones religiosas con respecto a los bienes que otorgan y reconocen las leyes en vigor (artículo 19.6 de la Constitución Política). En Nicaragua a los centros educativos privados de orientación religiosa a impartir religión como materia extracurricular, así como a las universidades y centros de educación técnica superior a gozar de autonomía académica, financiera, orgánica y administrativa, y exención de impuestos. Los bienes y rentas de las universidades y centros de educación técnica superior no pueden ser objeto de intervención, expropiación ni embargo, se garantiza la libertad de cátedra, el Estado promueve y protege la libre creación, investigación y difusión de las ciencias, la tecnología, las artes y las letras, y garantiza y protege la propiedad intelectual (artículos 124 y 125 de la Constitución Política); también en Nicaragua, se establece la exención de impuestos en relación con importaciones específicas que hagan los medios de comunicación social así como la prohibición de censurarlos previamente (artículo 68 de la Constitución Política); asimismo, en Nicaragua se otorga el derecho a “los campesinos y demás sectores productivos” a participar mediante sus propias organizaciones en la definición de políticas de transformación agraria (artículos 108 y 111 de la Constitución Política). En Panamá se le reconoce derechos a la Universidad Oficial de Panamá (artículos 103 y 104 de la Constitución Política).

³⁶ Argentina (Artículo 43 de la Constitución Nacional. Adicionalmente ver Ley N°16.986 o Ley Reglamentaria de la Acción de Amparo, artículo 5); Bolivia (artículo 128 y 129 de la Constitución Política. Ver también Sentencia 0763/2011 R, Tribunal Constitucional del Bolivia, 20 de mayo de 2011); Brasil (Artículo 5, LXX de la Constitución Política); Chile (artículo 20 de la Constitución Política); Colombia (Sentencia T-411/92, Corte Constitucional de Colombia, 17 de junio de 1992); Costa Rica (artículo 48 de la Constitución Política y artículos 57 y 58 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, Ley N°7135); Ecuador (artículos 86 y 88 de la Constitución Política, artículo 9 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. También ver sentencia N°001-14-PJO-CC, Caso N° 0067-11-JD, Corte Constitucional del Ecuador, 23 de abril de 2014); El Salvador (artículo 247 de la Constitución. En relación ver la sentencia de 9 de marzo de 2011, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Proceso de Amparo 948-2008); Honduras (artículo 183 de la Constitución Política y artículo 44 de la Ley sobre Justicia Constitucional); México (artículos 8 y 9 de la Ley de Amparo. Ver al respecto: Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Contradicción de Tesis 360/2013, Fecha de resolución: sesionado el 21 de abril de 2014); Nicaragua (artículo 45 de la Constitución y artículo 23 de la Ley de Amparo, Ley N°49); Paraguay (artículo 134 de la Constitución Nacional y artículos 4 y 5 de la Ley N°340/71 que reglamenta el Amparo); Perú (artículo 200 de la Constitución Política y artículo 26 de la Ley de Habeas Corpus y Amparo, Ley N°23506); República Dominicana (artículo 72 de la Constitución Dominicana, artículo 2 de la Ley N°437-06 que establece el Recurso de Amparo y artículo 67 de la Ley N°137-11 del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales), y Uruguay (artículo 1 de la Ley 16011, Regulación de Disposiciones relativa a la Acción de Amparo).

[...]

Conclusión sobre la interpretación

70. Habiendo empleado en forma simultánea y conjunta los distintos criterios hermenéuticos establecidos en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena, la Corte concluye que de una interpretación del artículo 1.2 de la Convención Americana, de buena fe, acorde con el sentido natural de los términos empleados en la Convención y teniendo en cuenta el contexto y el objeto y fin de la misma, se desprende con claridad que las personas jurídicas no son titulares de derechos convencionales, por lo que no pueden ser consideradas como presuntas víctimas en el marco de los procesos contenciosos ante el sistema interamericano.

Las comunidades indígenas y tribales y las organizaciones sindicales

[...]

73. En una primera etapa, al declarar violaciones de derechos humanos en los casos relacionados con comunidades indígenas o tribales, la Corte consideraba únicamente como sujetos de derecho a los miembros de las comunidades y no a estas últimas como tal³⁷. Por ello, se declaraba como víctimas a las personas individuales y no la colectividad a la que pertenecían.

74. En el año 2012, en el Caso *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador* por primera vez la Corte reconoció como titulares de derechos protegidos en la Convención no solo a los miembros de una comunidad indígena sino a ésta en sí misma³⁸. En dicho caso, este Tribunal consideró que se habían violado los derechos del pueblo indígena Kichwa de Sarayaku a la consulta, a la propiedad comunal indígena, a la identidad cultural, a las garantías judiciales y a la protección judicial. Asimismo, sostuvo que el Estado era responsable por haber puesto gravemente en riesgo los derechos a la vida e integridad personal de los miembros de la comunidad. En este sentido, la Corte manifestó que hay algunos derechos que los miembros de las comunidades indígenas gozan por sí mismos, mientras que hay otros derechos cuyo ejercicio se hace en forma colectiva a través de las comunidades.

[...]

78. Además de la jurisprudencia indicada anteriormente, la Corte resalta que el Convenio No. 169 de la OIT³⁹ y la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos

³⁷ Cfr. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79; Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124; Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146; Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, y Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214.

³⁸ Cfr. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, puntos declarativos 2 a 4.

³⁹ El artículo 3.1 del Convenio dispone que “[l]os pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación [y que l]as disposiciones de es[e] Convenio se aplicarán

Indígenas⁴⁰ de 2007 reconocen la titularidad de derechos humanos tanto a las comunidades indígenas como a sus miembros.

[...]

84. Por consiguiente, la Corte reitera que las comunidades indígenas y tribales son titulares de algunos de los derechos protegidos en la Convención y, por tanto, pueden acceder ante el sistema interamericano [...].

Sindicatos, federaciones y confederaciones – Análisis del artículo 8 del Protocolo de San Salvador

85. [...] Los derechos sindicales están consagrados en el artículo 8 del Protocolo en los siguientes términos:

1. *Los Estados partes garantizarán:*

a. el derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección, para la protección y promoción de sus intereses. Como proyección de este derecho, los Estados partes permitirán a los sindicatos formar federaciones y confederaciones nacionales y asociarse a las ya existentes, así como formar organizaciones sindicales internacionales y asociarse a la de su elección. Los Estados partes también permitirán que los sindicatos, federaciones y confederaciones funcionen libremente;

b. el derecho a la huelga.

2. El ejercicio de los derechos enunciados precedentemente sólo puede estar sujeto a las limitaciones y restricciones previstas por la ley, siempre que éstos sean propios a una sociedad democrática, necesarios para salvaguardar el orden público, para proteger la salud o la moral públicas, así como los derechos y las libertades de los demás. Los miembros de las fuerzas armadas y de policía, al igual que los de otros servicios públicos esenciales, estarán sujetos a las limitaciones y restricciones que imponga la ley.

3. Nadie podrá ser obligado a pertenecer a un sindicato. (Subrayado fuera del texto)

86. Al respecto, la Corte reitera que tiene competencia para decidir sobre casos contenciosos en torno a los derechos contenidos en el artículo 8.1.a en virtud de lo dispuesto en el artículo 19.6 del Protocolo. En efecto, este último permite la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana si los derechos sindicales o el derecho a la educación (artículo 13 del Protocolo) fueran violados por una acción u omisión imputable directamente a un Estado Parte del Protocolo⁴¹.

sin discriminación a los hombres y mujeres de esos pueblos”. Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, N° 169 de 5 septiembre 1991.

⁴⁰ El artículo 1 de la Declaración señala que “[l]os indígenas tienen derecho, como pueblos o como personas, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos por la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la normativa internacional de los derechos humanos”. Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. Resolución 61/295 aprobada por la Asamblea General en su 107a. sesión plenaria, 13 de septiembre de 2007.

⁴¹ Cfr. Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 01 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, párr. 234.

87. Hasta el momento, la Corte no ha tenido la oportunidad para pronunciarse sobre alegadas violaciones de los referidos derechos sindicales. Sin embargo, en un caso relativo a un dirigente sindical, el Tribunal tuvo oportunidad de hacer referencia a “lo señalado en el Protocolo de San Salvador [...] y en el Convenio No. 87 de la OIT relativo a la Libertad Sindical y a la Protección del Derecho de Sindicación [...], los cuales en sus artículos 8.1.a y 11, respectivamente, comprenden la obligación del Estado de permitir que los sindicatos, federaciones y confederaciones funcionen libremente”⁴².

89. Respecto al sentido corriente de los términos [...], la Corte destaca que el referido artículo 8.1.a del Protocolo hace una aparente diferenciación entre los trabajadores, por un lado, y los sindicatos, las federaciones y las confederaciones, por el otro. Inicialmente, dicho artículo señala que debe “garantizarse” el derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección y, con posterioridad a ello, indica que como proyección de este derecho, se les “permitirá” a los sindicatos, las federaciones y las confederaciones su libre funcionamiento y a los sindicatos, adicionalmente, asociarse.

[...]

91. De acuerdo al sentido corriente de los términos, la Corte entiende entonces que cuando el artículo señala que los Estados “permitirán”, lo que la norma busca es que los Estados hagan posible el libre funcionamiento de los sindicatos, las federaciones y confederaciones, así como que se asocien y formen federaciones y confederaciones nacionales, y organizaciones sindicales internacionales. Ese libre funcionamiento implica que estas organizaciones colectivas tienen la capacidad de, por ejemplo, crear sus propios estatutos, elegir a sus representantes o manejar sus finanzas. Asimismo, asociarse y formar otras organizaciones colectivas también supone que tienen la capacidad para llevar a cabo esos actos. La capacidad de obrar implica la existencia de la personalidad jurídica de los sindicatos, las federaciones y las confederaciones. Ello conlleva a la Corte a concluir que el uso del término “permitir” en el marco del artículo 8 del Protocolo presupone entonces que los sindicatos, las federaciones y las confederaciones constituyen personas jurídicas distintas a sus asociados con capacidad diferente a las de ellos para contraer obligaciones, y adquirir y ejercer derechos, tales como, al libre funcionamiento. Además, las organizaciones sindicales tendrían el derecho de asociarse y formar federaciones y confederaciones nacionales, y organizaciones sindicales internacionales.

[...]

93. Con relación a una interpretación sistemática, la Corte nota que el encabezado del artículo 8 del Protocolo es “derechos sindicales”. En este sentido, el ámbito de aplicación de dicha disposición hace referencia a los derechos relativos a la actividad sindical que nace de la voluntad de los individuos de asociarse y se materializa en la creación de sindicatos que, a su vez, pueden asociarse entre ellos y crear federaciones, confederaciones u organizaciones sindicales cuyo funcionamiento debe ser libre para ser efectivo. En este sentido, el encabezado abarca los derechos reconocidos en la norma, a saber el de los trabajadores a organizar sindicatos y afiliarse al de su elección, así como el de los sindicatos a asociarse y el de los sindicatos, las federaciones y las confederaciones a funcionar libremente. Adicionalmente, si

⁴² Caso Huilca Tecse Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 03 de marzo de 2005. Serie C No. 121, párr. 74.

bien las demás versiones originales tienen el mismo encabezado⁴³, la Corte constata que la versión en inglés indica “Trade Union Rights” lo que podría entenderse en el sentido ya descrito en este párrafo pero igualmente como los derechos reconocidos a los sindicatos.

[...]

97. En consecuencia, la Corte considera que la interpretación más favorable del artículo 8.1.a conlleva entender que allí se consagran derechos a favor de los sindicatos, las federaciones y las confederaciones, dado que son interlocutores de sus asociados y buscan salvaguardar y velar por sus derechos e intereses. Llegar a una conclusión diferente implicaría excluir el efecto de la Carta de la OEA y, por ende, desfavorecer el goce efectivo de los derechos en ella reconocidos.

[...]

103. Por otra parte, el Tribunal recuerda que, en razón de lo dispuesto por el artículo 19.6 del Protocolo, únicamente podría aplicarse el sistema de peticiones individuales a los derechos contenidos en los artículos 8.1.a y 13. Así, la Corte solo tendría competencia para conocer de los casos en los que los sindicatos, las federaciones y las confederaciones acudan ante el sistema interamericano buscando la protección de los derechos que les son reconocidos en el artículo 8.1.a cuando se alegue que estos fueron violados por una acción imputable directamente a un Estado Parte del Protocolo. De acuerdo a lo anterior, la titularidad de derechos y el acceso al sistema interamericano estarían limitados a las organizaciones sindicales constituidas u operantes en los Estados que hayan ratificado el Protocolo, por cuanto las obligaciones allí dispuestas no pueden hacerse extensivas a los Estados que no hayan expresado su voluntad de asumirlas.

104. La Corte considera relevante referirse asimismo al derecho a la huelga establecido en el artículo 8.1.b del Protocolo. La Corte no es competente para conocer de casos en los que dicho derecho se alegue vulnerado, por cuanto, como se mencionó, el artículo 19.6 del Protocolo, únicamente le otorga competencia sobre los derechos sindicales contenidos en el artículo 8.1.a. No obstante lo anterior, la Corte recuerda que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1 del Protocolo de San Salvador, los Estados Parte deben adoptar las medidas necesarias a fin de lograr en forma progresiva la efectividad plena de este derecho.

105. [...] La Corte [concluye que] la titularidad de los derechos establecidos en el artículo 8.1.a del Protocolo de los sindicatos, las federaciones y las confederaciones, lo cual les permite presentarse ante el sistema interamericano en defensa de sus propios derechos. Ahora bien, en este punto la Corte considera relevante recordar que en razón de lo dispuesto por el artículo 44 de la Convención Americana, los sindicatos, las federaciones y las confederaciones legalmente reconocidos en uno o más Estados Parte de la Convención, formen o no parte del Protocolo de San Salvador, pueden presentar peticiones individuales ante la Comisión Interamericana en representación de sus asociados, en caso de una presunta violación de los derechos de sus miembros por un Estado Parte de la Convención Americana.

⁴³ La Corte constata que el encabezado es el mismo en las demás versiones auténticas del texto. En inglés: Trade Union Rights; en portugués: Direitos sindicais, y en francés: Droits syndicaux.

Ejercicio de los derechos de las personas naturales a través de personas jurídicas

[...]

107. Como se indicó anteriormente, este Tribunal ha reiterado que si bien la figura de las personas jurídicas no ha sido reconocida expresamente por la Convención Americana, esto no restringe la posibilidad de que bajo determinados supuestos el individuo que ejerza sus derechos a través de ellas pueda acudir al sistema interamericano para hacer valer sus derechos fundamentales, aun cuando los mismos estén cubiertos por una figura o ficción jurídica creada por el mismo sistema jurídico⁴⁴.

108. En efecto, este Tribunal resalta la existencia de ciertos derechos que son inherentes y exclusivos al ser humano, de manera que su ejercicio sólo se puede realizar de forma personal, lo cual los excluiría de un potencial análisis en el marco de un caso en el que se alegue la violación de derechos cuya titularidad reside igualmente en las personas físicas pero el ejercicio de los cuales se hiciera a través de una persona jurídica. Al respecto, desde el Preámbulo de la Convención Americana, el sistema interamericano ha establecido que de los derechos reconocidos a los seres humanos se deriva el carácter esencial de los mismos. Por ello, estos derechos “no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana”⁴⁵. La existencia de los derechos reconocidos en la Convención corresponde con la naturaleza propia de los seres humanos como sujetos de derechos. Esta afirmación encuentra su fundamento en diferentes postulados de la Convención Americana, los cuales plantean el sentido fundamental de esa inmanencia. Así, mientras el artículo 5 de la Convención menciona la importancia de entender la dignidad humana como un elemento intrínseco del ser humano, el artículo 29 del mismo instrumento predica que “[n]inguna disposición de la [...] Convención puede ser interpretada en el sentido de [...] c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano”.

[...]

110. [...] Sin embargo, es preciso aclarar que cada derecho implica un análisis distinto en cuanto a su contenido y forma de realización. Así, mientras algunos derechos se relacionan directamente con las funciones vitales de los seres humanos o con las funciones físicas o psicológicas del cuerpo humano, tales como el derecho a la vida, la libertad personal o la integridad personal, otros se vinculan con la relación entre los seres humanos y la sociedad. Ejemplos de esta última relación serían los derechos a la propiedad privada, asociación, nacionalidad, entre otros. Estos últimos serían el tipo de derechos que podrían ser objeto del análisis mencionado en los párrafos precedentes.

[...]

119. Al respecto, cabe señalar que, independientemente de la especificidad de cada caso, este Tribunal considera que el ejercicio del derecho a través de una persona jurídica debe involucrar una relación esencial y directa entre la persona natural que requiere protección por parte del sistema interamericano y la persona jurídica a través de la cual se produjo la violación,

⁴⁴ Cfr. Caso Cantos Vs. Argentina, párr. 29, y Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela, párr. 146.

⁴⁵ Preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

por cuanto no es suficiente con un simple vínculo entre ambas personas para concluir que efectivamente se están protegiendo los derechos de personas físicas y no de las personas jurídicas. En efecto, se debe probar más allá de la simple participación de la persona natural en las actividades propias de la persona jurídica, de forma que dicha participación se relacione de manera sustancial con los derechos alegados como vulnerados. Además, la Corte, al amparo de lo previsto en el artículo 29.a de la Convención, considera que la mera existencia y acción de la persona jurídica en la que participa la persona natural, presunta víctima de la violación que se alegue, no puede constituir un obstáculo para que le sea sometido, conozca y resuelva el caso correspondiente. De otra manera, se estaría interpretando el artículo 1.2 del mismo texto convencional, como permitiendo “a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella”.

120. Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte considera que debido a las múltiples formas que pueden surgir de la figura de personas jurídicas, tales como empresas o sociedades comerciales, partidos políticos, asociaciones religiosas u organizaciones no gubernamentales, no es viable establecer una fórmula única que sirva para reconocer la existencia del ejercicio de derechos de personas naturales a través de su participación en una persona jurídica, de manera como lo ha realizado con el derecho a la propiedad y a la libertad de expresión. Por ello, la Corte determinará la manera de probar el vínculo cuando analice la alegada violación de uno de los derechos presuntamente vulnerados en un caso contencioso concreto.

Posible agotamiento de los recursos internos por personas jurídicas

121. [...] Ahora compete a la Corte examinar, si a través del agotamiento de los recursos internos por parte de personas jurídicas, a título propio o en representación de sus miembros (socios, accionistas, directivos, trabajadores, etc.), se cumple con el requisito de admisibilidad señalado en el artículo 46.1.a de la Convención.

1. Naturaleza del requisito de agotamiento de los recursos internos en el sistema interamericano

122. [...] Al respecto, esta Corte ha establecido que la responsabilidad estatal bajo la Convención Americana sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de determinar, en su caso, una violación de un derecho y reparar el daño ocasionado por sus propios medios. Lo anterior se asienta en el principio de complementariedad que informa transversalmente el sistema interamericano, el cual es, tal como lo expresa el Preámbulo de la Convención Americana, “coadyuvante o complementario de la [protección] que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”⁴⁶ [...].

123. Precisamente, el requisito de agotamiento de los recursos internos implica que los peticionarios pongan en conocimiento del Estado las alegadas violaciones, “pues busca [dispensar al mismo] de responder ante un órgano internacional por actos que se le imputen,

⁴⁶ Convención Americana sobre Derechos Humanos, Preámbulo. San José, Costa Rica, 1969. Cfr. Caso Tarazona Arrieta y Otros Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 15 de octubre de 2014. Serie C No. 286 párr. 137.

antes de haber tenido la ocasión de remediarlos con sus propios medios”⁴⁷. En el sistema interamericano, este requisito se encuentra contenido en el artículo 46.1.a) de la Convención Americana. Según esta norma, “[p]ara que una petición o comunicación [...] sea admitida por la Comisión, se requerirá [...] que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos”⁴⁸.

[...]

127. Como conclusión preliminar, este Tribunal reitera la importancia de la regla de agotamiento de recursos internos como una expresión de la facultad que tienen los Estados de enfrentar y solucionar las violaciones a los derechos humanos por sus propios medios, previo al sometimiento de un caso ante el sistema interamericano y en consonancia con sus obligaciones internacionales. Igualmente, recuerda lo manifestado a lo largo de su jurisprudencia en cuanto a los requisitos procesales y materiales que deben ser cumplidos por parte de aquellos Estados que aleguen esta excepción preliminar. Asimismo, considera importante enfatizar la importancia de los criterios de disponibilidad, idoneidad y efectividad que han sido mencionados de manera reiterada en la jurisprudencia de la Corte frente al requisito de agotamiento de recursos internos⁴⁹.

2. Idoneidad y efectividad de los recursos de jurisdicción interna que deben ser agotados

[...]

129. La Corte ha incluido en su jurisprudencia el análisis de los criterios de “efectividad” e “idoneidad” de los recursos. En términos generales, que un recurso sea idóneo significa que la función de esos recursos, dentro del sistema del derecho interno, sea adecuada para proteger los derechos vulnerados⁵⁰. Este Tribunal ha sostenido que “[e]n todos los ordenamientos internos existen múltiples recursos, pero no todos son aplicables en todas las circunstancias”⁵¹.

130. De otra parte, la eficacia se predica cuando el recurso es capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido⁵². Por ejemplo, “[el recurso] de exhibición personal puede volverse ineficaz si se le subordina a exigencias procesales que lo hagan inaplicable, si, de hecho, carece de virtualidad para obligar a las autoridades, resulta peligroso para los interesados intentarlo o no se aplica imparcialmente”⁵³.

[...]

131. Ahora bien, la Comisión manifestó en sus observaciones que su posición actual sobre la admisibilidad de las peticiones en que los recursos presentados hayan sido interpuestos por

⁴⁷ Asunto de Viviana Gallardo y otras, Decisión del 13 de noviembre de 1981, No. G 101/81. Serie A, párr. 26, y Caso López Lone y Otros Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 302, párr. 20.

⁴⁸ Artículo 46.1.a) de la Convención Americana

⁴⁹ Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No.04, párrs. 64, 66 y 67, y Caso López Lone y Otros Vs. Honduras, párr. 21.

⁵⁰ Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo, párr. 64.

⁵¹ Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo, párr. 64.

⁵² Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo, párr. 66. CIDH. Informe No. 50/13, Petición 1491-06. Admisibilidad. Familia Guzmán Cruz. México. 12 de julio de 2013, párr. 38.

⁵³ Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo, párr. 66.

personas jurídicas, es que “si bien en principio los recursos internos deben ser agotados por parte de la persona natural alegada como víctima ante el sistema interamericano, pueden existir circunstancias en las cuales dichos recursos a favor de las personas naturales no existen, no están disponibles o no resultan procedentes frente a la acción estatal concreta dirigida contra la persona jurídica. En consideración de la Comisión, [el análisis sobre el] agotamiento de los recursos internos debe efectuarse caso por caso”⁵⁴.

[...]

133. [...] En primer lugar, este Tribunal constata que el artículo 46.1.a) no hace ninguna distinción entre personas naturales o personas jurídicas, puesto que se concentra exclusivamente en el agotamiento de los recursos. Por ello, la Corte no puede interpretar el artículo 46.1.a) de modo que limite el acceso al sistema interamericano por parte de posibles víctimas y se genere una desprotección de las mismas. En este sentido, la Corte considera que resulta desproporcionado obligar a una presunta víctima a interponer recursos inexistentes, cuando se comprueba que el recurso idóneo y efectivo era el agotado por parte de la persona jurídica.

134. En segundo lugar, la Corte considera que los principios de idoneidad y efectividad son fundamentales en el análisis de admisibilidad. Así, en el marco de la situación planteada, si se comprueba que el recurso agotado por la persona jurídica protege los derechos individuales de las personas naturales que pretenden acudir ante el sistema interamericano, el mismo podrá ser entendido como un recurso idóneo y efectivo. En otras palabras, si a través de un recurso en sede interna que fue resuelto a favor de una persona jurídica se protegieran los derechos de las personas individuales, la Corte no encuentra razón alguna para entender que dicho recurso no pueda llegar a ser idóneo y efectivo, según el análisis de cada caso.

135. En tercer lugar, este Tribunal estima que el agotamiento de los recursos internos supone un análisis independiente del referente a la titularidad de derechos por parte de personas jurídicas. El estudio sobre el cumplimiento de este requisito debe centrarse en que se hayan presentado los recursos idóneos y efectivos en el ámbito interno, los cuales, en algunos casos, serán recursos cuya legitimación activa esté en cabeza de la persona jurídica [...].

137. En concreto, esta Corte considera que se deben tener por agotados los recursos internos en cumplimiento del artículo 46.1.a) de la Convención cuando: i) se compruebe que se presentaron los recursos disponibles, idóneos y efectivos para la protección de sus derechos, independientemente de que dichos recursos hayan sido presentados y resueltos a favor de una persona jurídica, y ii) se demuestre que existe una coincidencia entre las pretensiones que la persona jurídica alegó en los procedimientos internos y las presuntas violaciones que se argumenten ante el sistema interamericano. Al respecto, el Relator para la Libertad de Expresión manifestó que “lo que se busca es que exista una coincidencia material entre las reclamaciones formuladas en el proceso que fue agotado a nivel interno y aquellas presentadas ante la [Comisión], con el objeto de asegurarse que las autoridades nacionales conocieron sobre

⁵⁴ Observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Solicitud de Opinión presentada por el Estado de Panamá (expediente de fondo, folio 2424).

la supuesta violación de un derecho protegido y, de ser apropiado, tuvieron la oportunidad de solucionarla antes de que sea conocida por una instancia internacional”⁵⁵.

[...]

139. Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte concluye que la interposición de recursos por parte de personas jurídicas no implica *per se* que no se hayan agotado los recursos internos por parte de las personas físicas titulares de los derechos convencionales, por lo que el cumplimiento de este requisito deberá ser analizado en cada caso.

Opinión

[...] **LA CORTE,**

DECIDE

por unanimidad, que

1. Es competente para emitir la presente Opinión Consultiva.

Y ES DE OPINIÓN

por unanimidad, que

2. El artículo 1.2 de la Convención Americana sólo consagra derechos a favor de personas físicas, por lo que las personas jurídicas no son titulares de los derechos consagrados en dicho tratado, en los términos establecidos en los párrafos 37 a 70 de esta Opinión Consultiva.

por unanimidad, que

3. Las comunidades indígenas y tribales son titulares de los derechos protegidos en la Convención y, por tanto, pueden acceder ante el sistema interamericano, en los términos establecidos en los párrafos 72 a 84 de la presente Opinión Consultiva.

Por seis votos a favor y uno en contra, que

4. El artículo 8.1.a del Protocolo de San Salvador otorga titularidad de derechos a los sindicatos, las federaciones y las confederaciones, lo cual les permite presentarse ante el sistema interamericano en defensa de sus propios derechos en el marco de lo establecido en dicho artículo, en los términos establecidos en los párrafos 85 a 105 de la presente Opinión Consultiva. [...]

Por seis votos a favor y uno en contra, que

5. Las personas físicas en algunos casos pueden llegar a ejercer sus derechos a través de personas jurídicas, de manera que en dichas situaciones podrán acudir ante el Sistema

⁵⁵ Observaciones escritas presentadas por el Relator Especial para la Libertad de Expresión durante la audiencia pública (expediente de fondo, folio 3216).

Interamericano para presentar las presuntas violaciones a sus derechos, en los términos establecidos en los párrafos 106 a 120 de esta Opinión Consultiva [...].

Por seis votos a favor y uno en contra, que

6. Las personas físicas bajo ciertos supuestos pueden agotar los recursos internos mediante recursos interpuestos por las personas jurídicas, en los términos establecidos en los párrafos 121 y 140 de esta Opinión Consultiva [...].

Líneas de investigación del Instituto Centroamericano de Estudios Jurídicos y Políticos

Las líneas de investigación y acción del ICEJP-UPOLI,¹ son las guías orientadoras del quehacer de esta unidad académica. En 2014 el equipo del Instituto, asesorado por la Dirección de Investigación y Posgrado de la Universidad Politécnica de Nicaragua, actualizó sus líneas de investigación y acción para el periodo 2014-2018. Mediante el Acuerdo No. 48 A- 2014, la rectora de la UPOLI autorizó la actualización. A continuación insertamos las líneas, sub temas y temas del ICEJP, a los fines de que las personas interesadas en enviar sus aportes a CUADERNO JURÍDICO Y POLÍTICO, conozcan de las temáticas publicables.

Ciencias Jurídicas

Línea	Sub línea	Tema
Derechos humanos	Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos	Mecanismo Internacionales de protección de los Derechos Humanos
		Nicaragua ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos
	Derechos humanos de grupos en condición de vulnerabilidad	Derechos humanos de las mujeres
		Derechos humanos de los niños
		Derechos humanos de las comunidades indígenas y afro descendientes
		Derechos humanos de personas con discapacidad
		Derechos humanos de la comunidad LGTBI
Derechos humanos de la población trabajadora		
Métodos de Resolución	Mediación y Arbitraje	Aplicabilidad de la Ley de Mediación y Arbitraje, Ley 540

¹ El ICEJP-UPOLI es la unidad académica especializada de la Escuela de Ciencias Jurídicas y Políticas para la promoción, estudio e investigación de los derechos humanos de grupos en situación de vulnerabilidad, la resolución alternativa de conflictos, el derecho del trabajo y de familia, las políticas públicas y participación política con énfasis en la región centroamericana. Fue creado en 2002 a través de un acuerdo rectoral de la Universidad Politécnica de Nicaragua.

Línea	Sub línea	Tema
Alternativa de Conflictos	Negociación Basada en Intereses	La negociación basada en intereses y su aplicabilidad en Centroamérica
	Conciliación administrativa y judicial	La conciliación y su aplicación en procedimientos especiales
Derecho Público y Social	Derecho Constitucional	Nuevas tendencias del Derecho Constitucional.
		Derecho Constitucional comparado
		Estado de Derecho y gobernabilidad democrática
	Derecho del Trabajo	Tendencias del Derecho del Trabajo en el Siglo XXI
		Derecho del Trabajo comparado (centroamericano y latinoamericano)
	Derecho de Familia	Aplicabilidad del nuevo Código de Familia y los cambios de la legislación relacionada en Nicaragua
		Nuevas tendencias internacionales vinculadas al Derecho de Familia
		Reformas en Derecho de Familia en Centroamérica

Ciencias Políticas

Línea	Sub línea	Tema
Participación política	Participación política y grupos en condición de vulnerabilidad	Participación Política de grupos históricamente excluidos en Centroamérica (comunidades indígenas y pueblos tribales, mujeres y jóvenes)
		Incidencia local comunitaria
Políticas públicas	Políticas públicas hacia grupos en condición de vulnerabilidad	Políticas públicas en el ámbito local y municipalismo
		Políticas públicas hacia grupos históricamente excluidos (comunidades indígenas y pueblos tribales, mujeres y jóvenes)
		Primer empleo juvenil
		Políticas públicas y violencia basada en género
	Políticas públicas y propiedad intelectual	Políticas públicas en el ámbito de propiedad intelectual

Directrices para la publicación de trabajos

Actualizadas el 3 de mayo de 2016

CUADERNO JURÍDICO Y POLÍTICO, CJP, es una revista académica trimestral del Instituto Centroamericano de Estudios Jurídicos y Políticos, ICEJP-UPOLI. CJP es un espacio abierto y plural en el que convergen las voces de actoras y actores del Estado, la sociedad civil organizada y la academia nacional y regional, mediante la publicación de los trabajos que estos actores y actoras nos envían. Las y los autores interesados observarán las siguientes directrices:

1. Los escritos se remitirán en formato electrónico *Office Word*, en tipo *Times News Roman*, márgenes normales, en tamaño carta, 1.15 de interlineado y con un límite máximo de diez páginas. En casos especiales el editor encargado considerará la aceptación de trabajos cuya máxima extensión sea quince páginas.
2. Las diez páginas incluirán estas secciones: resumen de hasta 100 palabras, 5 palabras clave, cuerpo del trabajo, bibliografía. En el caso de cuadros e imágenes, se describirán debidamente y se designará la fuente de extracción.
3. Las referencias se harán en el texto y seguirán este orden: entre paréntesis, apellido del autor/a, año de la publicación, página citada. Ejemplo (López, 1990, p. 23). Las citas de ampliación e información se crearán a pie de página.
4. En cuanto a la lista bibliográfica, los libros citados se consignarán así: Apellido, letra inicial del nombre, año de la publicación entre paréntesis, título del trabajo en cursiva, lugar de publicación y editorial. Ejemplo: Martínez, M. (2015). *Control constitucional y derechos humanos*. México, DF: Casa Paz editores.
5. En trabajos presentados a título individual y que sean el resultado de un proceso de investigación institucional o de coautoría, se solicita adjuntar comunicación escrita donde las personas coautoras, instituciones o cualquier otro que pueda tener derechos autorales sobre la investigación, autorizan expresamente el uso y publicación del escrito.
6. Los trabajos enviados serán inéditos (salvo excepciones especialmente consideradas por el editor encargado). Todo trabajo pasará por un proceso de revisión arbitral por pares, por lo que la aceptación del aporte dependerá del proceso de revisión entre el autor o autora y los árbitros a través del editor encargado. Los aportes se enviarán a la casilla de correo electrónico revistacjp@upoli.edu.ni
7. En el caso de ensayos en los que se den a conocer los resultados de una investigación, seguirán este orden: 1. Resumen/Palabras clave. 2. Introducción (provee un trasfondo del tema e informa el propósito del trabajo). 3. Revisión de literatura (indica sobre el estado actual del debate doctrinal de los temas abordados). 4. Materiales y métodos (explica cómo se hizo la investigación). 5. Resultados y discusión (desarrollo del trabajo donde explica los resultados y se los compara con el conocimiento previo del tema) y 6. Bibliografía.

El contenido de los artículos refleja el criterio de quien los firma y no representa la opinión de CJP. Los trabajos sin autor son producto del equipo ICEJP.

¡Suscribite a CJP! Escribí a nuestro correo electrónico para acordar una suscripción anual (USD 32.00) o una suscripción parcial (USD. 8.00 por cada número). También podés donar a CJP para el sostén de sus altos costos operativos.

En el caso de artículos de revista, será el siguiente orden: Apellido, letra inicial del nombre, año de la publicación entre paréntesis, título del artículo entre paréntesis, nombre de la revista en cursiva, entidad editora, volumen, número, páginas en que aparece el artículo y dirección URL, en el caso de

CUADERNO JURÍDICO Y POLÍTICO, CJP, es una revista académica trimestral del Instituto Centroamericano de Estudios Jurídicos y Políticos, ICEJP-UPOLI. CJP es un espacio abierto y plural en el que convergen las voces de actoras y actores del Estado, la sociedad civil organizada y la academia nacional y regional, mediante la publicación de los trabajos que estos actores y actoras nos envían.
