



Universidad
Politécnica
de Nicaragua

Sirviendo a la Comunidad

CUADERNO JURÍDICO Y POLÍTICO

Volumen 3 • No. 9 • Julio - septiembre 2017 • ISSN 2413-810X

Publicación trimestral
Managua, Nicaragua

SUMARIO

- Editorial
Geormar Vargas
- Avances y resultados de investigación
José Alejandro Castillo
Elvin Rodríguez Fabilena | Jimmy Chang Antón
- Artículos
Byron Israel Sequeira | Roberto Guerrero Vega
Soledad M. Rodríguez Orsi
Franco Gatti
Paola Flores Gutiérrez
Pablo Ronchi Talsky
Gabriel C. Sánchez
- 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, julio 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



ICEJP

Instituto Centroamericano de
Estudios Jurídicos y Políticos

CUADERNO JURÍDICO Y POLÍTICO

Vol. 3. No. 9. Julio-septiembre 2017

Geormar Vargas Téllez– José Alejandro Castillo–Elvin Rodríguez
Fabilena– Jimmy Chang Antón –Byron Israel Sequeira–
Roberto Guerrero Vega–Soledad M. Rodríguez Orsi–Franco Gatti–
Paola Flores Gutiérrez–Pablo Ronchi Talsky–Gabriel C. Sánchez

Geormar Vargas Téllez

Editorial

Limbo legal en la aplicación del criterio de oportunidad..... 1

Avances y resultados de investigación

José Alejandro Castillo

Implementación de la figura del teletrabajo en el sector público de Costa Rica:

Avances y desafíos..... 5

Elvin Rodríguez Fabilena | Jimmy Chang Antón

Propuesta de regulación de la planta de cannabis en Nicaragua como una alternativa en la lucha contra el narcotráfico y el crimen organizado..... 24

Artículos

Byron Israel Sequeira | Roberto Guerrero Vega

Métodos de resolución alternos de conflictos..... 37

Soledad M. Rodríguez Orsi

Variables psicosociales en las transgresiones de adolescentes y el rol de psicólogas/os en la Mediación Penal Juvenil..... 56

Franco Gatti

Las bases conceptuales de los derechos humanos:

Hacia una teoría crítica 69

Paola Flores Gutiérrez

Ser mujer en Chile ¿estamos alcanzando la igualdad?

Historia de la reivindicación femenina para lograr sus derechos..... 85

Pablo Ronchi Talsky

Conflicto Anglo-Argentino. Los intereses en la disputa por la soberanía de las Islas Malvinas.)..... 97

Gabriel C. Sánchez

Derechos de los pueblos indígenas en Argentina:

La brecha entre el reconocimiento formal y el goce efectivo..... 110

Informativo

Instructivo para autores..... 123

*A mi padre, fuente de admiración;
y a mi madre, fuente de inspiración.*

Limbo legal en la aplicación del criterio de oportunidad La mediación antes y durante el proceso penal



Geormar Vargas Téllez (1995)
Licenciado en derecho y
candidato a máster en Derecho
penal y procesal penal por la
Universidad Politécnica de
Nicaragua. Editor adjunto del
Cuaderno Jurídico y Político
ICEJP-UPOLI Contacto:
geormarvargas@hotmail.com

La mediación penal es una “[...] manifestación del principio de oportunidad [...]” (Nicaragua, Asamblea Nacional, Ley No.406, art. 55), la cual procede únicamente bajo diversos supuestos¹ legalmente regulados.

Al hablar de la mediación penal, nace por sí misma una controversia² que posiblemente la litigación ha procurado resolver en vista de la falta de concordancia entre la legislación y la practica judicial, discusión, que debe estar acompañada de los siguientes lineamientos.

El proceso penal da inicio con la realización de la audiencia preliminar cuando el investigado esté privado de libertad y con la audiencia inicial con características de preliminar cuando el investigado esté en libertad (Nicaragua, Asamblea Nacional, Ley No.406, arts.254-265).

Por otro lado, es criterio jurisprudencial, que el proceso penal no inicia, *per se*, con la realización de la audiencia preliminar o inicial según sea el caso, ya que “no basta con la simple interposición de la acusación sino que se hace necesario que concurra un acto de actuación judicial, [...] lo que significa que en tanto no sean aceptadas, no puede considerarse que el procedimiento sea dirigido contra persona alguna”³ (Nicaragua, Sala Penal, Corte Suprema de Justicia, sentencia No. 8, 02 de febrero de 2010, p. 2), es decir, que el proceso comienza con la admisión de la acusación, por lo que, no hay proceso si la acusación no reúne los requisitos de admisibilidad, resuelto así, por el órgano jurisdiccional competente.

A su vez de manera puntual, la mediación penal acapara dos momentos procesales: el primero, de previo a la presentación de la acusación la cual se hará ante un abogado o notario o ante la

CUADERNO JURÍDICO Y POLÍTICO, Vol. 3, No. 9, julio- septiembre de 2017.
Universidad Politécnica de Nicaragua. ISSN 2413-810X | Págs. 1-4.

¹ La mediación procederá: 1. Las faltas. 2. Los delitos imprudentes o culposos. 3. Los delitos patrimoniales cometidos entre particulares sin mediar violencia o intimidación, y, 4. Los delitos sancionados con penas menos graves (Nicaragua, Asamblea Nacional, Ley No.406, art.56).

² Está discusión se dilucido en el marco de la Maestría en Derecho Penal y procesal penal desarrollada en la Universidad Politécnica de Nicaragua UPOLI, cohorte 2016-2017.

³ Véase también: (Nicaragua, Sala Penal, Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 19, 18 de marzo de 2005; Nicaragua, Sala Penal, Corte Suprema de Justicia, Sentencia No.102, 03 de junio de 2008).

defensoría pública o facilitador judicial en las zonas rurales; el segundo, una vez iniciado el proceso ante el Ministerio Público el cual se hará constar en acta y se presentará al juez para su debida inscripción en el libro de mediación del juzgado y con ello la suspensión de la persecución penal por el plazo requerido para el cumplimiento del acuerdo (Nicaragua, Asamblea Nacional, Ley No.406, arts.57-58).

Problemas de aplicación

Para un mejor análisis del tema se propone tomar en cuenta el siguiente caso hipotético: El o la representante del Ministerio Público presenta acusación ante ORDICE, se cita para audiencia preliminar el catorce de agosto de 2017, pero no se acepta la acusación por no reunir los requisitos de ley. El código procesal penal indica que el proceso inicia con la celebración de la audiencia preliminar-según sea el caso- pero la jurisprudencia penal refiere que inicia con la admisión de la acusación. Tomando en cuenta que la mediación previa cabe hasta antes de la presentación de la acusación y la mediación durante el proceso una vez iniciado el mismo, nos preguntamos ¿En qué momento procesal cabe el trámite de mediación?



Juez rechaza acusación | boy.com.ni

La interrogante preliminar se puede resolver de diversas maneras, consternadamente, debido a que no existe un criterio único en la aplicación de la norma lo que hace compleja la puesta en práctica del derecho procesal penal.

En el primer sentido, la legislación penal deja en claro que la mediación previa tiene lugar “[...] de previo a la presentación de la acusación [...]” (Nicaragua, Asamblea Nacional, Ley No.406, art.57). De manera particular los abogados litigantes confunden el lineamiento anterior, es decir, la presentación de la acusación, pues entienden erróneamente que esta se realiza de manera oral

ante el órgano judicial, pero aquella-presentación de la acusación- es ante la “[...] Oficina de Recepción y Distribución de Causas [...]” (Nicaragua, Asamblea Nacional, Ley No.406, art.80).

Por lo anterior, si la acusación ya fue presentada en ORDICE, no se puede realizar la mediación previa debido a que no corresponde en este momento procesal, en todo caso, lo procedente es esperar la realización de la audiencia para posteriormente acudir ante el Ministerio Público para la celebración de un trámite de mediación durante el proceso.

En un segundo supuesto, requiere especial análisis en vista de que la situación se agrava. Retomamos lo siguiente:

1. Que la medicación previa tiene lugar hasta antes de la presentación de la acusación.
2. Que la mediación durante el proceso tiene lugar una vez iniciado el proceso penal.
3. Bajo el criterio jurisprudencial el proceso inicia con la admisión de la acusación.

En este punto observamos un serio problema, al haber una falta de concordancia entre la jurisprudencia y la legislación penal en lo que hace al inicio del proceso, por lo que la práctica se ha encargado-erróneamente- de dar respuesta. Es errónea toda vez que bajo ningún supuesto la práctica puede estar por encima de la ley, pero, lamentablemente la primera se impone por sobre la segunda, reflejando un déficit en el sistema judicial y legislativo. Esto trae como consecuencia una confusión legal, debido a que, si tomamos el criterio jurisprudencial y atendiendo la interrogante, no procedería la mediación previa porque la acusación ya está presentada y tampoco tiene lugar la mediación durante el proceso, pues, se ha realizado la audiencia pero no se admite la acusación lo que supone que el proceso no haya iniciado-según la jurisprudencia-.

De lo anterior, se confirma la existencia de un limbo jurídico en la cual la solución está precisamente en la aplicación literal de la norma penal, y eso implica tener claro que el proceso inicia con la celebración de la audiencia y no con la admisión de la acusación, sin embargo, si tomamos el criterio jurisprudencial, nos resta puntualizar lo siguiente:

1. Acudir ante un notario público para realizar una escritura denominada “Acuerdo” en la que las partes con seguridad buscarán reparar el daño causado. Hay que dejar claro que esta práctica no está jurídicamente aceptada, toda vez que no forma parte de las manifestaciones del principio de oportunidad⁴.
2. Una vez iniciado el proceso, se podrá acudir ante el Ministerio Público en procura de la realización de un trámite de mediación durante el proceso y seguir con la tramitación correspondiente⁵.

⁴ Son manifestaciones del principio de oportunidad las siguientes: 1. La mediación. 2. La prescindencia de la acción. 3. El acuerdo. 4. La suspensión condicional de la persecución penal. [...] (Nicaragua, Asamblea Nacional, Ley No.406, art.57).

⁵ De lograrse acuerdo total o parcial, el fiscal presentará el acta correspondiente ante el juez de la causa para que lo inscriba en el libro de mediación del juzgado y con ello la suspensión de la persecución penal (Nicaragua, Asamblea Nacional, Ley No.406, arts.57-58).

En otro sentido, hay que determinar que la jurisprudencia no es de carácter vinculante toda vez que “la única fuente real del derecho procesal penal es la ley” (Morales, s.f, p.2) lo que no obliga a tomar en consideración el criterio anterior. No obstante, la aplicación de la jurisprudencia puede ser relevante, pues “toda disposición penal es interpretada cada vez que se aplica, y no siempre es interpretada de la misma forma por el órgano o los órganos jurisdiccionales” (Erenguer y Cussac, 2004, p.35).



poderjudicial.gob.ni

Si bien es cierto las sentencias no son de carácter vinculante, estas revisten un carácter ilustrativo lo que supone que el criterio anterior puede ser tomado en cuenta, aplicabilidad que no se recomienda debido a que deja en un limbo jurídico la aplicación de este criterio de oportunidad, sin embargo, debemos adoptar un pensamiento idóneo de cara a la resolución del conflicto, en donde, atendiendo a la celeridad y la economía procesal no se debe condenar a la inaplicabilidad de la mediación ya sea previa o durante el proceso por simples requisitos procedimentales que son contrapuestos con la finalidades del proceso penal y la garantías de la tutela judicial efectiva en su caso.

En suma, la aplicación del criterio jurisprudencial dependerá del criterio individual de cada fiscal, pues, como indiqué con antelación, no existe una uniformidad de criterios en la aplicación del *corpus iuris* nacional.

Implementación de la figura del teletrabajo en el sector público de Costa Rica: avances y desafíos

José Alejandro Castillo

Recibido: 10.06.2017 / Aceptado: 09.07.2017

RESUMEN

El presente artículo denominado “Implementación de la figura del Teletrabajo en el sector público de Costa Rica: avances y desafíos”, constituye un avance de investigación de mi tesis doctoral para acceder al grado de doctor en derecho por la Universidad Politécnica de Nicaragua, UPOLI. El objetivo de este artículo, es describir la experiencia de Costa Rica en las diferentes etapas del proceso implementación del teletrabajo, esto a raíz de una serie de entrevistas que se realizaron a actores claves de información y funcionarios públicos que participaron en este proceso a fin de identificar cuáles han sido las debilidades y desafíos que ha enfrentado el proceso. La discusión de este trabajo se centra en el marco teórico conceptual del informe regional “Desafíos para la implementación del teletrabajo en los sistemas jurídicos laborales de los países centroamericanos” elaborado en el marco de la estancia de investigación del autor investigación en la Universidad de San José, Alajuela, como becario del programa de intercambio académico regional, organizado por la Secretaría General del Sistema de Integración Centroamericana y auspiciado por la Cooperación Española entre los meses de mayo y junio del año dos mil dieciséis.

PALABRAS CLAVES

Teletrabajo, desafíos, proceso de implementación, Costa Rica.

ABSTRACT

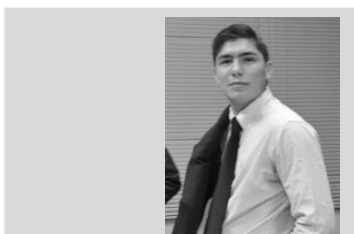
The present article entitled "Implementation of the figure of the teleworking in the public sector in Costa Rica: progress and challenges" represents an advance of my PhD at the Polytechnic University of Nicaragua. The aim of this article is to describe the experience of Costa Rica in the different stages of teleworking implementation process, as a result of a series of interviews with some important actors and public officials which participated in this process in order to identify the flaws and the challenges for the future implementation of teleworking in countries of Central American region.

The discussion of this work focuses on the theoretical framework of the regional report "Challenges for the implementation of teleworking in the legal systems of Central American countries" developed during my research stay at the University of San Jose, Alajuela, as a fellow of the regional academic exchange program, organized by the General Secretariat of the Central American Integration System and sponsored by the Spanish Cooperation, between May and June, 2016.

KEYWORDS

Teleworking, challenges, implementation process.

Introducción



José Alejandro Castillo (1993)
licenciado en derecho y
candidato al grado de doctor en
derecho por la UPOLI.
Docente investigador en el
ICEJP-UPOLI. Contacto:
investigadoricejp1@upoli.edu.ni

El teletrabajo es una modalidad novedosa e innovadora de laborar que nace en los Estados Unidos de Norteamérica y que posteriormente se fue prolongando a países de la región europea y países de Latinoamérica como Argentina, Colombia y Chile.

Esta modalidad consiste en la prestación de un servicio en un lugar ajeno o distinto al de la empresa o institución, haciendo uso de las tecnologías de información y comunicación (en lo sucesivo TIC'S). A esta novedosa modalidad de contratación se le atribuyen múltiples beneficios a favor de los trabajadores, las organizaciones y la misma sociedad, sin embargo la falta de regulación del mismo en la mayoría de los países de la región genera una serie de problemas e inconvenientes para su

implementación, por lo anterior, se hace necesario realizar una exploración sobre la experiencia de los países que han incursionado en la regulación del teletrabajo, de cara a identificar buenas prácticas, fortalezas y desafíos en los procesos de regulación e implementación de esta figura.

Costa Rica es el primer país centroamericano y uno de los primeros países de Latinoamérica que implementa el teletrabajo. El primer acercamiento de Costa Rica con el teletrabajo se da en el año 2006, con la participación de una delegación de éste país centroamericano en el congreso de la Unión Internacional de Telecomunicaciones celebrado en Arabia Saudita, donde se reunieron los principales operadores de telecomunicaciones del mundo.

El doctor Jorge Llubere, Coordinador nacional de la Comisión Técnica del Teletrabajo de la República de Costa Rica y uno de los informantes claves de este proceso investigativo, fue uno de los miembros que integró la delegación de ese país en el congreso de la UIT. Llubere (comunicación personal, 07 de junio de 2016) recordó al momento de ser entrevistado por el autor de este informe, que a cada una de las delegaciones presentes en ese congreso le correspondió presentar un tema novedoso y de interés mundial. A las representaciones de Finlandia y Corea del Sur, las que abordaron el tema del teletrabajo.

La presentación de estos países despertó el interés de funcionarios costarricenses por implementar el teletrabajo, dada las múltiples ventajas que se le relacionaban; el doctor Llubere (comunicación personal, 07 de junio de 2016) recuerda que en esa oportunidad, en Costa Rica, se estaban “replanteando toda la gestión humana en aras de buscar una gestión efectiva, productiva y de alto valor agregado en toda la gestión del factor humano, de ahí que la propuesta les pareció novedosa e interesante.”

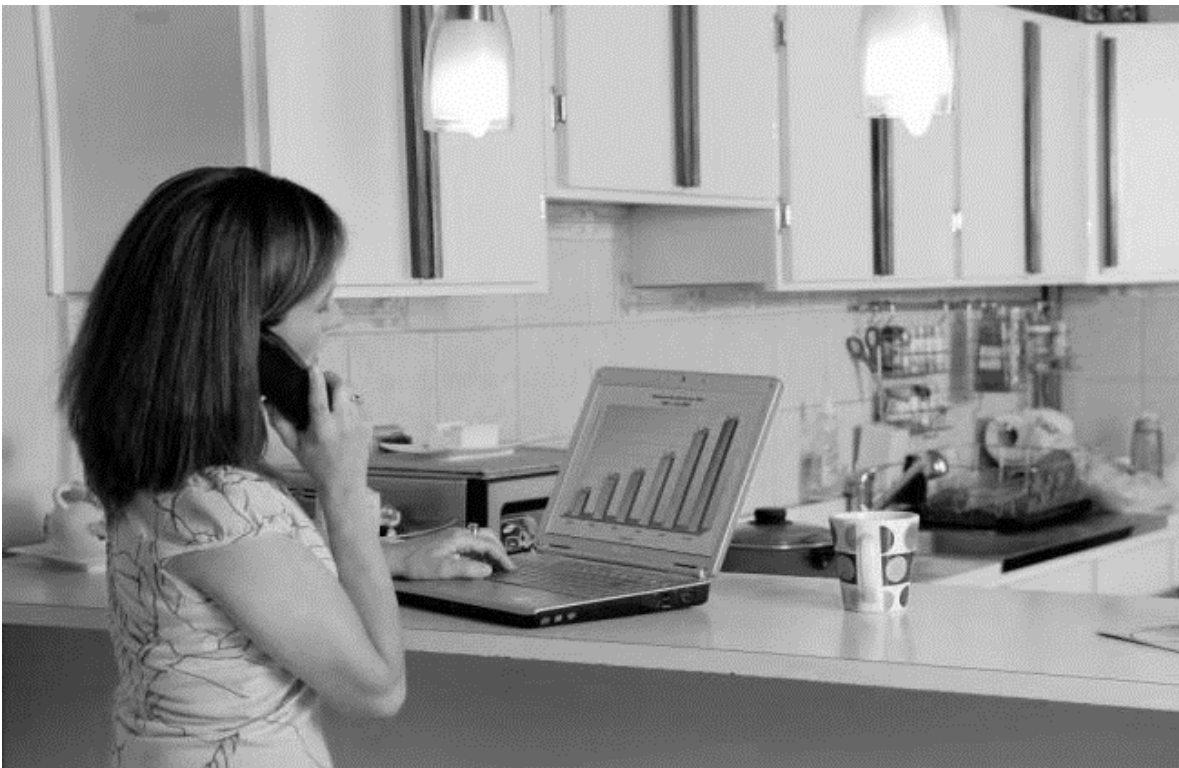
La primera institución pública de Costa Rica que incursionó en este tema, fue el Instituto Costarricense de Electricidad (2009, p.320), al implementar en el año 2007 un plan piloto que incluyó a dieciséis funcionarios. Llubere (comunicación personal, 07 de junio de 2016) señala que estos funcionarios eran de diferentes especialidades, entre las que había ingenieras, arquitectas, contadores, administradores, oficinista, etc. A finales de 2007 e inicios del 2008 el

plan lanzó sus primeros resultados y fueron altamente satisfactorios, por lo que el gobierno de Costa Rica decidió incorporar mediante un decreto ejecutivo la implementación del teletrabajo en todas las instituciones públicas del Poder Ejecutivo.

Marco jurídico de la implementación del teletrabajo en Costa Rica

La implementación del teletrabajo en Costa Rica para las y los funcionarios públicos fue mediante la creación de un decreto ejecutivo en el año 2008, posteriormente en el año 2013 y 2015 se crearon otros decretos tomando en cuenta otros elementos, la elaboración del decreto estuvo a cargo de funcionarios del ICE, dentro de los que estaba el doctor Llubere, quien señaló al respecto:

el gobierno de la república nos mandó a pedir que le redactáramos un decreto para aplicar el teletrabajo en todas las instituciones públicas, de tal manera que ya para el 2008 Costa Rica contaba ya con su primer decreto de teletrabajo; en realidad fue en alguna medida de los primeros en América Latina; habían esfuerzos de Brasil, Argentina había hecho ya un esfuerzo importante en aquella época, pero Costa Rica fue el primero que lo elevó a nivel de presidencia de la república y emite un decreto: a partir del año 2008 yo vengo coordinando a nivel nacional todo lo que es el teletrabajo (comunicación personal, 07 de junio de 2016).



Tecnología y teletrabajo cambiaron el modelo laboral | vanguardia.com

En Costa Rica, el teletrabajo hoy en día se impulsa como un esfuerzo por lograr la modernización del Estado, pero en sus orígenes surge como una respuesta o alternativa a problemas de diferentes índoles que enfrentaba el país; en ese sentido el doctor Jorge Ortega Vindas nos señala “cuando surge, no surge por un tema propiamente de modernización del Estado, sino en respuesta a que teníamos muchas crisis digamos desde energética hasta viales” tema en el que coincide el Dr. Llubere al manifestar:

decidimos crear el primer decreto en el 2008 por varios motivos, en primer lugar porque los precios de los combustibles estaban en niveles que rondaban los 65 y 70 dólares el barril, en segundo lugar porque la congestión vial de las ciudad se había convertido en un desafío, un reto; y en tercer lugar porque necesitábamos reducir un poco la cantidad de gente que habita o está en instalaciones alquiladas del Estado que nos consume mucho dinero o pagamos mucha suma en alquileres, esa fue la razón diría a tu pregunta en términos rápidos el por qué implementamos el teletrabajo en al país (comunicación personal, 07 de junio de 2016).

Otros elementos o factores que incidieron en la implementación del teletrabajo, tal y como lo señala el decreto No. 34704-MP-MTSS (2008), fue “la protección del medio ambiente, y favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, mediante la utilización de las TIC’S” (pp.1-2).

Desde 2008 se han creado tres decretos distintos: 2008, 2013 y 2015. La creación de tres decretos distintos a lo largo de ocho años, no representa la existencia de cambios profundos o sustanciales en el proceso de implementación del teletrabajo. Si bien, cada decreto ha derogado el anterior, es importante señalar que se ha mantenido la esencia original de los mismos y cada decreto ha venido a enriquecer el anterior y a darle una perspectiva más amplia, agregando en cada uno de ellos nuevos elementos o variables, que a continuación se detallan:

Decreto	Variable
No. 34704-MP-MTSS del año 2008	<ul style="list-style-type: none"> • Incrementar la productividad del funcionario • El ahorro de combustibles • La protección del medio ambiente • Favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral
No. 37695-MP.MTSS del año 2013	<ul style="list-style-type: none"> • Promover la modernización de las organizaciones • La inserción laboral • reducir el gasto en las Instituciones Públicas,
No. 39225-MP.MTSS-MICITT del año 2015	<ul style="list-style-type: none"> • Desarrollo laboral en los territorios • Apoyar las políticas públicas en materia de empleo mediante la utilización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones

Fuente: Elaboración propia del autor



El teletrabajo en la familia | .enfoquealafamilia.com

Como se puede observar en el cuadro, el primer decreto de 2008 atendía a problemas relacionados con el medio ambiente y el costo de los combustibles que para la fecha habían alcanzado máximos históricos; a la misma vez, trataba de dar solución a un problema que se venía discutiendo desde los años noventa, a como lo es la conciliación de la vida laboral con la vida personal y familiar, esto en el marco del proceso de replanteamiento de la gestión humana en aras de la búsqueda de gestiones más productivas por parte de los trabajadores.

El decreto de 2013, por su parte, adicionó nuevos elementos como lo es la modernización del Estado que implica fortalecer el trabajo virtual y la gestión en línea de los servicios que ofrece el Estado Costarricense, así como mejorar la calidad del servicio. Según Llubere (comunicación personal, 07 de junio de 2016) “le quisimos incorporar un tema de productividad eso tiene que ver con modernización del Estado, aquí en Costa Rica hay programa muy grande de modernización del Estado y queremos que el trabajo virtual sea parte de la modernización del Estado”.

Este decreto también profundizó en el tema económico, tratando de promover el teletrabajo para reducir al máximo el gasto en las instituciones públicas y que estos ahorros no se concentraran exclusivamente en el tema del combustible sino que fueran más allá de ello. En este caso se plantearon ahorros relacionados con los gastos de funcionamiento de las oficinas, adquisición de nuevos equipos, gastos en servicios básicos y gastos relacionados con alquileres de edificios para el funcionamiento de las instituciones públicas.

El decreto 2015 incorpora los últimos estándares a nivel mundial en materia de tecnología de la información y comunicación, así como las últimas directrices de la OIT en este tema, que promueven el aprovechamiento de la tecnología para la reducción de las brechas sociales, principalmente en lo que atañe al acceso al trabajo de personas pertenecientes a grupos en

condición de vulnerabilidad, de cara a contribuir a la reducción de la pobreza y la pobreza extrema, relacionadas con los altos índices de desempleo; de ahí que el decreto hable de desarrollo laboral en los territorios (inclusión de las zonas rurales) y de apoyar las políticas públicas en materia de empleo mediante la utilización de las TIC'S.

De manera específica, el Estado Costarricense se ha enfocado en el tema del acceso al trabajo de las mujeres, de los jóvenes y de las personas con discapacidad; no se menciona ni en las entrevistas, ni en los documentos a los que se tuvo acceso, a los miembros del colectivo LGTBI como es el caso de las personas trans, con altos índices de desempleo en América Latina.

Condiciones jurídicas

En Costa Rica existen condiciones jurídicas para implementar el teletrabajo en el sector público del país, en condiciones de respeto y garantía de los derechos laborales de los trabajadores sujetos a esta condición especial de trabajo. A la fecha el país no cuenta con una normativa que establezca condiciones de implementación del teletrabajo en el sector privado; aunque por experiencia se puede deducir que cualquier regulación será en plena armonía y respeto con los derechos de la población trabajadora. Según Jorge Llubere (comunicación personal, 07 de junio de 2016), en la Asamblea Nacional existe una propuesta para regular el teletrabajo en el sector privado.

Costa Rica allanó el camino para la implementación del Teletrabajo en el sector público del país. Elevó este tema a nivel jurídico, al promover su implementación mediante los decretos ejecutivos mencionados anteriormente.

Cada uno de estos decretos, reconocen que a los teletrabajadores les asisten los mismos derechos y beneficios laborales que le asisten a los trabajadores presenciales; el decreto de 2015 señala que:

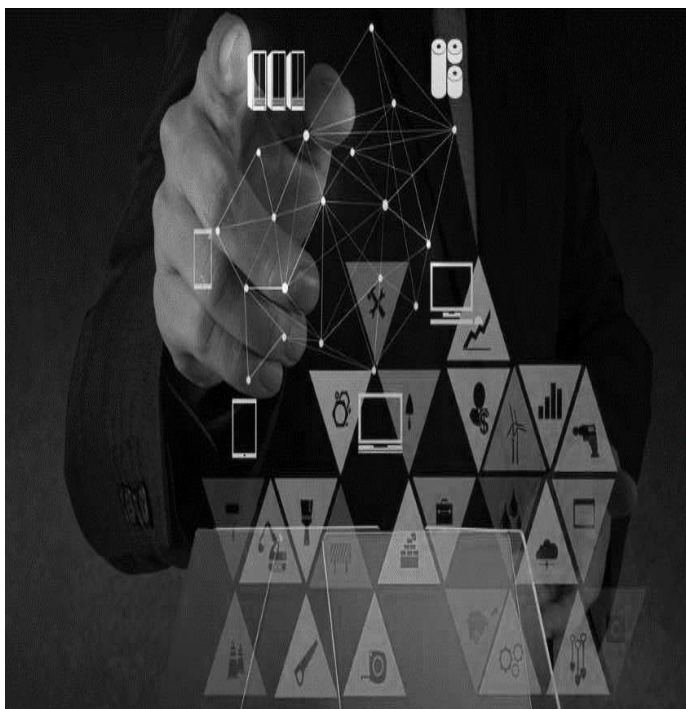
El teletrabajo modificará única y exclusivamente la organización y la forma en que se efectúa el trabajo, sin afectar las condiciones de la relación de servicio del funcionario, quien mantiene los mismos derechos, beneficios y obligaciones de aquellos servidores que desarrollen sus funciones en las instalaciones de cada institución del sector público, de conformidad con la normativa aplicable a cada relación de servicio establecida con la administración (Art.7).

El mismo decreto señala que cuando el trabajador ya tenga una relación laboral previa con el empleador, si se decidiera trasladarlo a la modalidad del teletrabajo, el empleador o patrono necesita la autorización previa del teletrabajador, dado que la misma; es decir la decisión de incorporarse al teletrabajo, es un acto voluntario del trabajador y no un acto potestativo del empleador.

Adicionalmente, reconoce lo que en derecho comparado se conoce como “derecho de reversibilidad” al considerar el derecho del trabajador de solicitar la restitución de sus condiciones de trabajo anteriores en caso de disconformidad con el teletrabajo; siempre y cuando agote con los procedimientos establecidos para tal efecto en cada institución. Si la decisión de revertir la modalidad es del empleador, éste no necesita autorización del trabajador.

Condiciones relacionadas con la infraestructura tecnológica

Hasta el año 2007 Costa Rica se caracterizó por tener un monopolio estatal en el campo de las comunicaciones. Con la aprobación y entrada en vigencia del tratado de libre comercio entre Centroamérica, República Dominicana y Estados Unidos (DR-CAFTA), el país, mediante la creación de una nueva ley sobre este tema, se abrió a la iniciativa privada, lo que le ha representado grandes avances en relación al incremento del acceso a internet, banda ancha y desarrollo de su infraestructura tecnológica.



¿Por qué es tan importante la infraestructura tecnológica? | mycomputer.com

La apertura del mercado de las telecomunicaciones coincidió con la adopción de la modalidad del teletrabajo (2008) que suponía la necesidad de mejorar la infraestructura tecnológica y reducir la brecha digital entre los ciudadanos de cara a garantizar la efectividad y la viabilidad de esta modalidad de trabajo, hasta entonces novedosa en el sector público del país.

Para el año 2006, según cifras del Banco Mundial de cada 100 habitantes, solo 25.1 tenía acceso a internet; mientras que para esa misma fecha solo 1.90 de cada 100 habitantes tenía acceso a internet por banda ancha; esta realidad ha cambiado considerablemente y a pasos agigantados desde esa fecha hasta la

actualidad, demostrando la capacidad de Costa Rica de adaptarse a los nuevos desafíos en materia de acceso a internet y a la mejora de su infraestructura en este tema.

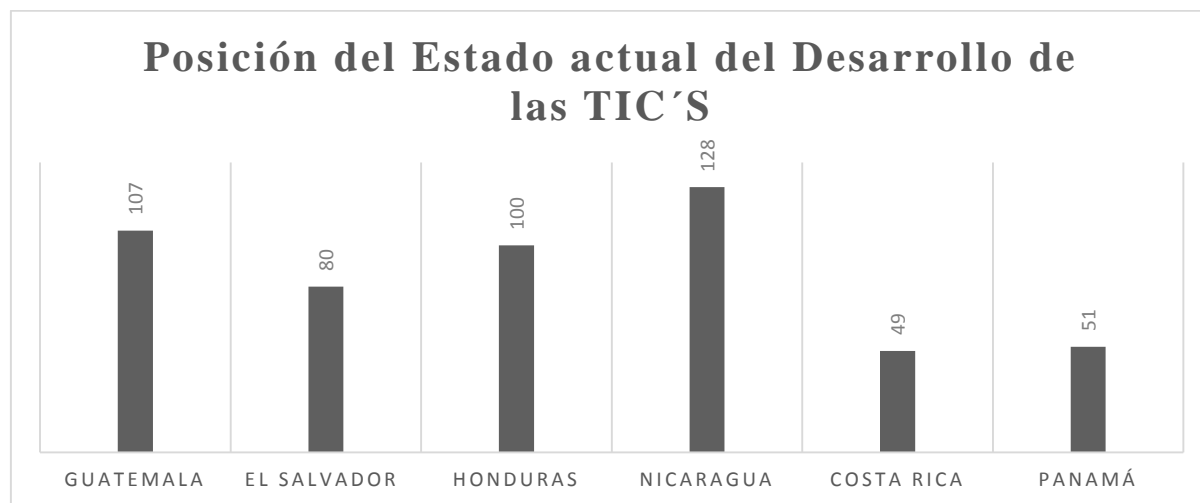
En la actualidad, Costa Rica es el país de la región centroamericana que tiene mayores condiciones de infraestructura tecnológica en relación con sus pares centroamericanos que han quedado rezagados desde la apertura del mercado de las telecomunicaciones a la iniciativa privada en Costa Rica llevada a cabo en 2007.

El acceso a internet, la banda ancha, los costos del internet y los planes y políticas que actualmente impulsa el gobierno, principalmente, mediante la ejecución del Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones, son un importante impulso para este tema.

Según el ranking elaborado para el 2015 por Alliance For Affordable Internet (A4AI) Costa Rica se ubica en el ranking número 2 en acceso de internet, de un total de 51 países en desarrollo, superado únicamente por Colombia; a la vez, que se ubica en octavo lugar en infraestructura de comunicación. Esto no solo ubica al país en mejor posición de sus homólogos centroamericanos,

sino que lo ubica en una posición mejor a la de otros países latinoamericanos como Argentina, México y Brasil. Cabe destacar que Colombia al igual que Costa Rica implementa en su legislación interna el teletrabajo, por lo que también ha asumido el reto de mejorar su infraestructura tecnológica.

A nivel mundial, en un estudio de *The Global Information Technology Report. ICTs for Inclusive Growth* (Foro Económico Mundial, 2015), Costa Rica se ubica en el ranking 49 de países con mayor acceso a internet en el mundo (aprovechamiento de las TIC'S), superando a los demás países de la región centroamericana y latinoamericana como se puede notar en el siguiente cuadro:



Fuente: Elaboración propia del autor

Según estadísticas del Banco Mundial, suministradas oficialmente por los Estados y disponibles en su página web, el acceso a internet por banda ancha en Costa Rica ha evolucionado de la siguiente manera, lo que denota un crecimiento acelerado analizando la evolución interna y en comparación con los avances mínimos de sus homólogos centroamericanos:

Acceso a internet por banda ancha por cada cien habitantes				
País	2011	2012	2013	2014
Costa Rica	8.86	9.34	9.95	10.52
El Salvador	3.29	3.84	4.49	5.00
Guatemala	-----	1.86	2.28	2.73
Honduras	0.74	0.77	0.85	1.39
Nicaragua	1.44	1.69	2.17	2.48
Panamá	7.56	7.75	7.95	7.90
República Dominicana	4.18	4.71	5.06	5.70

Fuente: Elaboración propia del autor.

De la misma manera, en acceso a internet por cada cien habitantes, en Centroamérica, es notable el avance de Costa Rica en este tema, aunque el primer lugar lo tiene República Dominicana con un acceso de 49.6 habitantes por cada cien, siguiendo en segunda posición Costa Rica con 49.4 habitantes; Panamá con 44.9; El salvador con 29.7; Guatemala con 23.4; Honduras con 19.1 y Nicaragua con 17.6.

Pese a que Costa Rica tiene notables avances en el tema de acceso a internet y banda ancha, en la entrevista con Roberto Lemaitre del Vice Ministerio de Telecomunicaciones, éste funcionario, reconoce que uno de los retos que actualmente tiene el Estado costarricense en mejorar la infraestructura tecnológica de cara a una efectiva implementación del teletrabajo, es mejorar la accesibilidad en las zonas rurales más alejadas del país; textualmente Lemaitre (comunicación personal, 10 de mayo de 2016) señala que “definitivamente hay unos aspectos que ya son claves: banda ancha, llegar a los hogares y no solo al centro si no a zonas rurales con capacidad de conexión efectiva” adicionalmente manifiesta que “otro de los puntos es el tema de la capacitación de la ciudadanía y población [...] este tema se vuelve una base fundamental” para garantizar la efectividad del teletrabajo.



faonet.co

Desde el año 2010, Costa Rica ha incorporado en el sistema educativo la capacitación en la utilización de los medios tecnológicos, lo que ha significado un avance cuantitativo y cualitativo para la población en lo que respecta al uso de estos medios, sin embargo existen ciertos sectores de la población que no cuentan con medios tecnológicos, banda ancha de conectividad ni con la capacitación correspondiente para el uso y manejo de estos medios telemáticos y del uso del internet.

Por esta situación, el Estado se ha preocupado por formular programas para disminuir esta problemática, el Plan Nacional de Desarrollo Tecnológico establece una serie de metas a corto y mediano plazo para reducir la brecha digital entre los costarricenses; dentro de estas metas se encuentran:

1. Programa del plan de trabajo de tele comunicaciones 2016-2021 en el que se pretende llegar a más de un 70% de la población con banda ancha, eso quiere decir que va a permitir la conectividad y el acceso a más de un 70% de la población en los lugares más remotos y aislados del país.
2. Se entregarán alrededor de 140 mil computadoras a familias en situación de pobreza con la finalidad de reducir la brecha digital en el país, adicionalmente la entrega de estos aparatos vienen de la mano con un subsidio en la tarifa de acceso a internet.
3. 100 % de ejecución del programa de banda ancha solidaria al 2021.
4. Por otro lado se han creado 256 telecentros que son llamados centros comunitarios inteligentes, que están ubicados a lo largo y ancho del país, estos telecentros están ubicados en lugares más rurales, con cierta brecha social importante y son utilizados para realizar programas de capacitación para el uso básico de la informática y la alfabetización digital.

Es muy importante el trabajo que está realizando el Estado de Costa Rica en la implementación de programas que sirvan para involucrar a toda la sociedad al mundo digital, y que estas condiciones sean de utilidad para la incorporación de la modalidad del teletrabajo en la sociedad costarricense.

Los funcionarios entrevistados por el autor indicaron que estos centros comunitarios inteligentes tienen todas las condiciones necesarias para ser utilizados como instalación para teletrabajar, es decir, que su funcionalidad no se limite a capacitar, sino que sea aprovechado como un medio que permita ejercer el teletrabajo.

Adicionalmente, otro factor fundamental para la efectividad del teletrabajo es la necesidad imperante que la sociedad tenga un cambio radical de mentalidad y un cambio de cultura muy profunda donde las personas involucradas en este proceso puedan adecuarse y adaptarse al uso de los medios tecnológicos con fines laborales y así mismo los empresarios romper ese esquema tradicional del presencialismo en los puestos de trabajo; pues solo de esta manera se puede lograr la implementación plena del Teletrabajo.

Condiciones que deben cumplir los teletrabajadores para incorporarse a esta modalidad

La experiencia de Costa Rica y la doctrina sobre el teletrabajo ha asentado que se necesitan diferentes condiciones para lograr de una manera certera y eficiente esta nueva modalidad.

Según los planes y políticas de implementación del teletrabajo en Costa Rica; los teletrabajadores deben reunir una serie de condiciones para aplicar a esta modalidad; las condiciones son principalmente las siguientes:

Estar en buen estado de salud emocional y psicológica, dado que el teletrabajo, según la doctrina y diferentes investigaciones en el campo de la psicología, puede tener efectos negativos en la persona, en tanto se pueden desarrollar en ella condiciones y situaciones de estrés vinculadas con el aislamiento social al que son sometidos los teletrabajadores.

Por recomendaciones de la instancia central del teletrabajo, todas las instituciones públicas están obligadas a realizar a las personas seleccionadas para desarrollar el trabajo mediante esta modalidad, un examen psicológico y de actitud. Jorge Llubere en su entrevista, sobre este punto, manifiesta lo siguiente:

Costa Rica hizo bien, nosotros hicimos algo que no habíamos visto en ningún lugar y era que para enviar a una persona a teletrabajar primero le hacemos pruebas psicológicas, para ver si es apto para teletrabajar. Pasaron por pruebas psicológicas para ejercerlo, entonces en esas pruebas psicológicas que son especializadas digo que son propias para evaluar ambientes virtuales, no la entrevista típica cuando entra a una empresa y le dicen que se va a sentar en una silla si no que otros factores, entonces ahí es donde uno se explica porque una persona cuando pasa esa prueba y entra al programa es porque ya se le valoraron, una serie de competencias actitudinales que tiene que ver con las conductas, que tiene que ver con emociones, tiene que ver con la competencias del relacionamiento, tiene que ver con las competencias de planificar el trabajo, tiene que ver con las competencias de comunicación, etc (comunicación personal, 10 de mayo de 2016)

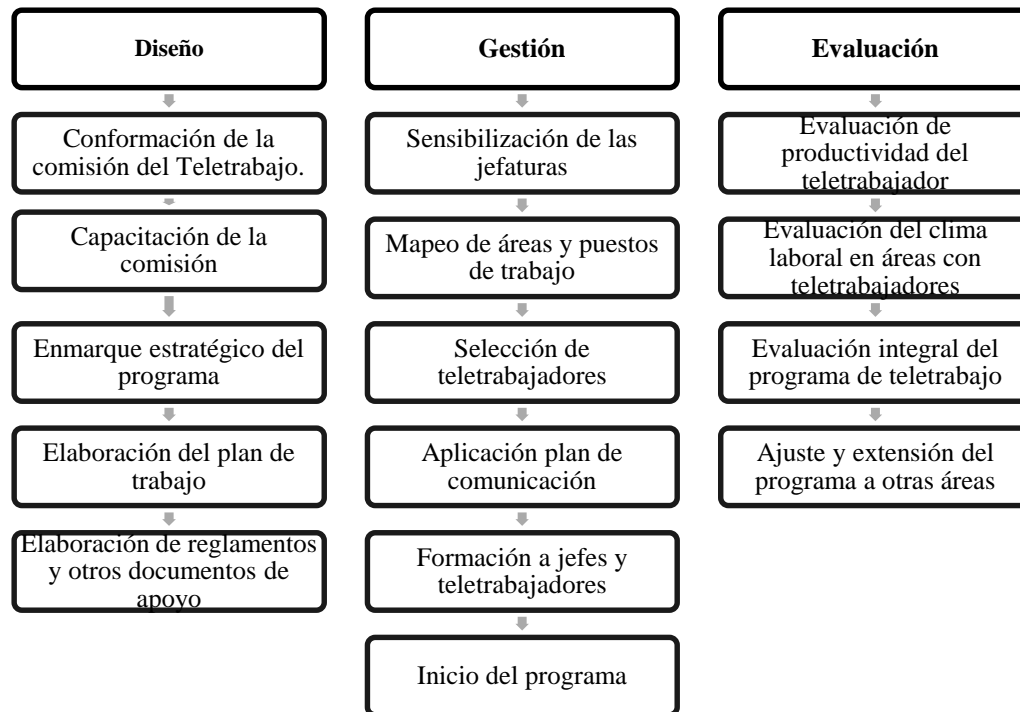
Otro factor importante es las condiciones necesarias del lugar de donde se va a la teletrabajar, generalmente se realizaría desde los hogares de los trabajadores, lo que implica que debe contar una infraestructura física adecuada para desempeñar sus funciones, destacando entre estos: 1. Espacio físico: el teletrabajador debe contar con un espacio físico adecuado donde pueda desarrollar cómodamente sus labores, ello incluye el espacio aéreo y de superficie. 2. Condiciones ergonómicas: estas condiciones consisten en que los teletrabajadores deben de cumplir ciertos requisitos mínimos para la ejecución de esta modalidad, que son los mismos que se deben aplicar en las instalaciones físicas propias de la empresa o institución, entre ellas básicamente: a) disponer de un escritorio o de una mesa con condiciones para realizar las funciones. b) un silla que pueda ajustarse de tal manera que perjudique o lesione al trabajador c) buenas condiciones de iluminación d) niveles de ruidos que no perjudiquen el desempeño del teletrabajador, 3. Condiciones de seguridad: consiste en que el teletrabajador desempeñe sus actividades en un lugar donde no este expuesto a cualquier afectación de su salud y 4. Acceso a internet.

Sobre este último punto, es válido señalar que la mayoría de documentos especializados sobre este tema, como el Marco Europeo del Teletrabajo, recomiendan que a los teletrabajadores se les reconozca económicamente y en la medida de lo posible, los costos en los que incurren para laborar bajo esta modalidad.

En el caso de Costa Rica, por política, no se le reconoce al teletrabajador ningún estipendio o bono adicional a su salario por los costos mencionados, dado que para funcionarios de este país centroamericano, existe una relación ganar-ganar bajo el criterio que la institución se ahorra costos que son trasladados al trabajador y estos a su vez, se ahorran costos que compensan los

nuevos gastos que implica el teletrabajo, tales como el ahorro en trasladarse a sus puestos de trabajo y los ahorros en alimentación.

Proceso de implementación del teletrabajo en Costa Rica



Proceso de implementación del teletrabajo en Costa Rica | Elaboración propia del autor

En el año dos mil quince el Estado de Costa Rica emitió el último decreto ejecutivo para la implementación del teletrabajo en las instituciones públicas, decreto número 39225, a raíz de este decreto, el Ministerio del Trabajo y de la Seguridad Social creó la “Guía para implementar el Teletrabajo en las Instituciones Públicas” para orientar a estas instituciones en la aplicación de sus programas de teletrabajo.

Diseño

El primer paso para la implementación del teletrabajo en cualquier institución del Estado, debe partir por la creación de una comisión institucional tal y como lo mandata el decreto ejecutivo de 2015; la guía de implementación del teletrabajo plantea que este equipo debe ser interdisciplinario y debe estar integrado por representantes de distintas áreas estratégicas de la institución tales como el área de recursos humanos, el área informática y el área de asesoría legal principalmente, entre otras que se estimen conveniente.

Creada la comisión institucional del teletrabajo, se procede a la fase de capacitación. La capacitación de la comisión institucional del teletrabajo, debe abarcar aspectos relacionados al teletrabajo propiamente dicho, así como aspectos relacionados al uso de las tecnologías de la información y comunicación, aplicadas a este nuevo modelo de trabajo.

Capacitada la comisión, esta procede a la elaboración de un plan de trabajo y a la elaboración de los instrumentos internos que van a rectorar el proceso; estos instrumentos incluyen reglamentos, manuales de implementación del teletrabajo, entre otros que se consideren pertinentes.

Gestión

La etapa de gestión incluye varias fases que van desde la sensibilización de empleadores y trabajadores, pasando por la identificación de las áreas y puestos en los que se puede aplicar el teletrabajo, hasta llegar a la selección de los teletrabajadores. Los instrumentos relacionados a la implementación del teletrabajo en el sector público de Costa Rica plantean que la identificación del área y puesto no es suficiente, puesto que si el teletrabajador no tiene cualidades, actitudes y aptitudes para desarrollar el trabajo bajo esta modalidad, no puede ser seleccionado para teletrabajar.

En el proceso de identificación de puestos se debe convocar la participación de jefes o responsables de las diferentes áreas de la institución. Para la selección de los teletrabajadores se deben aplicar criterios técnicos. En esta etapa es donde da inicio el plan.

Evaluación

Al haberse implementado el teletrabajo en una institución, da inicio a la etapa de evaluación de este sistema de trabajo, en las que se deben evaluar tres aspectos fundamentalmente:

1. Productividad de los teletrabajadores: Consiste en fijar y evaluar un conjunto de indicadores para cada uno de los teletrabajadores incorporados al programa.
2. El clima laboral, RSE (Responsabilidad Social Empresarial) y calidad: Su objetivo es conocer cómo se comportan diferentes variables del ambiente laboral, la RSE y la calidad producto de la implementación del teletrabajo.
3. Evaluación integral del programa: Esta es la última etapa evaluación que tiene como finalidad verificar si el programa está cumpliendo con los objetivos planteados y fijados en el programa.

Efectuadas las evaluaciones, se deben realizar ajustes al programa, que permita mejorar algunos aspectos identificados en esta primera experiencia, en aras de ir mejorando y así en el siguiente proceso sea más efectivo la implementación de esta modalidad y que en la medida de lo posible pueda irse extendiendo y ampliando a otras áreas de la institución.

Actualmente, todas las instituciones públicas vinculadas al decreto ejecutivo de 2015, cuentan con comisiones institucionales de teletrabajo instaladas y en funcionamiento; no todas las instituciones se encuentran en etapa de implementación de los planes de teletrabajo, sino que la mayoría está en la fase de elaboración de los instrumentos internos o en la fase de identificación de los puestos o cargos hábiles para teletrabajar. Solo 15 instituciones se encuentran en fase de ejecución del teletrabajo.

Según el Plan Nacional de Desarrollo de Telecomunicaciones, se espera que al año 2018 el cincuenta por ciento de las instituciones públicas se encuentren en etapa de ejecución de los planes de teletrabajo. En la actualidad, son pocas las instituciones que se encuentran en esta fase.

La institución que más ha avanzado en la implementación del teletrabajo es el Instituto Costarricense de Electricidad, que tiene aproximadamente trescientos cincuenta trabajadores laborando bajo esta modalidad. También de la entrevista se logró obtener información parcial de la implementación del teletrabajo en la Contraloría General de la República, dado que se estima que es otro de los órganos que más ha avanzado en esta etapa, pero no se logró obtener información del número de teletrabajadores laborando en dicha institución.



De izquierda a derecha: Jorge Llubere director del Instituto Costarricense de Electricidad ICE y José Alejandro Castillo, Docente investigador ICEJP-UPOLI

Actualmente Costa Rica tiene unos trescientos mil trabajadores laborando en el sector público, de esa cantidad se cree que al menos el diez por ciento, es decir treinta mil pueden teletrabajar, aunque no necesariamente el cien por ciento de esa cifra va ingresar al teletrabajo. Las proyecciones del Estado costarricense es alcanzar al menos el diez por ciento de esos treinta mil trabajadores. Jorge Llubere (comunicación personal, 07 de junio de 2016) señaló que este proceso es lento y paulatino; se espera que a finales de 2017 haya mil telefuncionarios en Costa Rica y a finales de dos mil dieciocho esta cifra se eleve a cuatro mil teletrabajadores.

Las instituciones que se encuentran en fase de elaboración de los instrumentos de teletrabajo y de identificación de puestos, actualmente se encuentran ejecutando el teletrabajo de manera parcial, de manera que pretenden fortalecer la cultura del teletrabajo entre sus trabajadores de cara a la futura implementación de los planes permanentes.

Beneficios del teletrabajo en Costa Rica

Impacto social

El impacto social del teletrabajo puede medirse en dos sentidos; un impacto social *intra parte*, es decir, entre los miembros de la relación laboral y un impacto social que trasciende a los sujetos de la relación laboral.

El impacto más evidente de la implementación del teletrabajo se ha dado entre los sujetos de la relación laboral, quienes según el coordinador de la comisión técnica del teletrabajo de Costa

Rica, se encuentran satisfechos en niveles superiores a un ochenta y cinco por ciento con este nuevo esquema de trabajo.

Las y los trabajadores del sector público que se encuentran sujetos a esta modalidad de trabajo, tienen mayores posibilidades de convivir con sus familiares y cumplir mayores responsabilidades y compromisos en el seno de su vida privada en comparación con sus compañeros sujetos a la modalidad presencial, lo que reduce los niveles de estrés y depresión laboral y ha impactado positivamente en la productividad individual de cada teletrabajador. Según encuestas de consumo interno a las que hace referencia el doctor Llubere, solo el tres por ciento de los teletrabajadores se han manifestado insatisfechos con el teletrabajo, llegando inclusive a solicitar la restitución en sus puestos anteriores.

La literatura universal hace referencia a otro tipo de impactos sociales que trascienden la relación bilateral de los sujetos de la relación laboral, estos beneficios inclusive se encuentran contemplados como objetivos del teletrabajo en los distintos decretos ejecutivos que se han dictado desde el año 2008; sin embargo, medir ese impacto es hasta cierto punto, un tanto complicado, considerando el bajo número de teletrabajadores que se encuentran insertos en este programa.

El impacto social del teletrabajo más allá de la relación laboral, es aquel que se manifiesta positivamente en la solución de algunas problemas que afectan a la sociedad contemporánea, estos problemas son: congestión vial y contaminación del medio ambiente principalmente.

Se prevé que en un futuro el impacto social del teletrabajo pueda trascender a todas las esferas de la sociedad, garantizando la solución de estos problemas; sin embargo, esto será posible, sólo en la medida en que el Estado de Costa Rica sea capaz de incorporar al teletrabajo al mayor número de funcionarios públicos posibles, porque la cifra actual de teletrabajadores es insuficiente para garantizar una solución al congestión vial y al problema del medio ambiente.

Impacto económico

Un impacto medible y cuantificable económicamente del teletrabajo, son los ahorros que se generan las instituciones costarricenses a partir de la implementación de esta modalidad de contratación en el sector público del país. Se estima que las instituciones de Costa Rica se ahorran el equivalente aproximado a 200 dólares mensuales por cada teletrabajador en gastos de agua, electricidad, aseo, depreciación de equipos, tinta, papelería y otros gastos de oficina.

Se proyecta que en la medida en que aumente el número de teletrabajadores, se puedan generar otros ahorros como los ahorros en alquiler de locales que rentan las instituciones públicas, dado que se requerirían locales más pequeños frente a la reducción del trabajo presencial, lo que tendría un fuerte y favorable impacto económico en el presupuesto de las instituciones públicas de este país.

El impacto económico del teletrabajo no solo beneficia a las instituciones públicas, también a los trabajadores que laboran bajo esta modalidad, quienes se ahorran gastos de traslado de su casa de habitación a su centro de trabajo y viceversa, así como gastos de alimentación cuando

apliquen. En caso de que estos gastos sean subvencionados por las instituciones públicas mediante beneficios colectivos a favor de los trabajadores, esto se suma a los ahorros institucionales que le genera el teletrabajo al sector público costarricense.

Aspectos negativos de la implementación del teletrabajo en Costa Rica

- El proceso ha avanzado de manera lenta. A la fecha solo 15 instituciones públicas que se encuentran en proceso de implementación del teletrabajo. La mayoría de las instituciones, aunque tienen elaboradas sus comisiones institucionales, se encuentran en fase de diseño de instrumentos e identificación de cargos hábiles para teletrabajar.
- A la fecha el teletrabajo no ha causado un gran impacto social, lo que se debe a la poca cantidad de trabajadores laborando bajo esta modalidad. Se espera que a dos mil dieciocho este panorama haya cambiado.
- No se logró tener acceso a informes oficiales sobre los avances del proceso de implementación del teletrabajo, por lo que la información estadística sobre el número de trabajadores y el número de instituciones involucradas en el proceso no es exacta.
- No se ha generado un cambio de cultura organizacional en la mentalidad de quienes dirigen algunas instituciones y quienes lideran los procesos del teletrabajo o tienen a su mando teletrabajadores; siempre trabajan bajo esquemas organizacionales rígidos que les llevan a tratar de mantener un control excesivo en los teletrabajadores lo que ha generado inconformidad y malestar de muchos de ellos y anuencia de otros trabajadores para incorporarse a esta modalidad. En las tres entrevistas realizadas se hizo referencia a este aspecto.

Hallazgos

El estudio del proceso de implementación del teletrabajo en Costa Rica, permitió identificar los desafíos que tienen los países centroamericanos de cara a la posible implementación del teletrabajo en sus sistemas jurídicos laborales. Los resultados de implementación de esta modalidad de trabajo en el sector público costarricense evidencian después de casi ocho años de construcción y ejecución, la existencia de un proceso que avanza de manera lenta pero progresiva.

Es innegable que desde 2008, el país se ha ido preparando para la implementación efectiva del teletrabajo, mediante la creación de un marco jurídico que sirve de base y guía a este proceso; a la vez que ha venido creando los diferentes instrumentos que orientan a las instituciones públicas en su actuar en relación al teletrabajo.

El marco jurídico, desarrollado mediante decreto ejecutivo, garantiza el pleno respeto de los derechos laborales de los trabajadores que se integren a laborar bajo esta condición especial de trabajo, garantizando idénticos derechos y garantías que al resto de trabajadores que laboran bajo modalidad presencial.

En cuanto a las condiciones tecnológicas, es el país es consciente de la necesidad de mejorar su infraestructura tecnológica. Ha venido ampliando su banda ancha, garantizando internet solidario, reduciendo la brecha digital y alfabetizando tecnológicamente a su población mediante programas que pretenden dotarlos de competencias y capacidades para el uso adecuado de las tecnologías de información y comunicación.

El teletrabajo ha mostrado crecientes beneficios sociales y económicos a favor de trabajadores y empleadores en Costa Rica y se espera que en la medida en que el plan de implementación vaya incluyendo una mayor cantidad de trabajadores, estos beneficios trasciendan a los sujetos de la relación laboral y tengan un mayor impacto en la sociedad, contribuyendo a la solución de algunos problemas específicos relacionados con la movilidad en las ciudades, aspectos medioambientales y con la incorporación de grupos en condición de vulnerabilidad al mundo laboral.

El país tiene un camino andado y una ruta clara de implementación. A la fecha, todas las instituciones públicas del país cuentan al menos con sus Comisiones Institucionales del Teletrabajo creadas y en funcionamiento, pero el proceso no ha estado exento de dificultades y resistencias naturales. La falta de acceso a los informes institucionales y nacionales de las respectivas comisiones, imposibilitó profundizar en los avances, retrocesos y desafíos pendientes de Costa Rica en este tema; sin embargo, la información ha sido suficiente para inferir de la experiencia costarricense, los desafíos que enfrentan el resto de países de nuestra región de cara a una eventual implementación del teletrabajo.

1. El primer desafío es delimitar el ámbito de aplicación del teletrabajo, es decir, tomar la decisión de implementarlo exclusivamente en el sector público, como lo ha hecho Costa Rica o ir más allá de ello, e implementarlo inclusive en el sector privado del país, que es el sector que mayor cantidad de empleos produce en la región, conforme a nuestros esquemas de desarrollo económico.

Debemos tener presente que el teletrabajo no es más que una expresión de aprovechamiento del desarrollo tecnológico para incrementar la productividad de las empresas, algo que podría resultar atractivo a la inversión privada.

2. El segundo desafío es la necesidad de creación de políticas públicas o de instrumentos jurídicos en sus diferentes modalidades ya sea, leyes especiales, reformas de adición al código del trabajo, decretos ejecutivos o de una resolución administrativa del órgano competente, que regule el proceso de implementación del teletrabajo. Estos instrumentos deben garantizar a teletrabajadores derechos y garantías laborales en condiciones idénticas a las de los trabajadores presenciales.
3. El tercer desafío creación de un órgano o de una comisión nacional especializada que coordine y dirija el proceso de implementación del teletrabajo en los países de la región, es necesario que esta comisión cuente con conocimientos técnicos

y con una capacitación muy profunda en este tema para una coordinación y dirección efectiva en el proceso. Esta comisión de debe encargarse además de la elaboración de instrumentos especializados, como guías o manuales de implementación, así como de formular los instrumentos jurídicos o políticas públicas que se requieran para este caso.

4. El cuarto desafío es mejorar la infraestructura tecnológica: Los Estados de la región se encuentran en una situación desfavorable en temas de infraestructura tecnológica, así lo indican números informes, lo que hace necesario y urgente incrementar la inversión en infraestructura tecnológica para reducir las brechas digitales de las sociedades, y de esta manera encausar positivamente el teletrabajo en los países.
5. Un quinto desafío es la capacitación tecnológica, lo que implica elaborar planes o programas de capacitación para el uso y manejo de las tecnologías de la información y comunicación para reducir los índices de analfabetismo digital en los que encuentran muchos miembros de las sociedades vulnerables.
6. Elaborar programas de sensibilización y concientización dirigido a los jefes y responsables de las instituciones con el fin de lograr un cambio de cultura y de mentalidad organizacional, que permita la transición efectiva a este nuevo modelo en el que los medios tecnológicos juegan un papel primordial, y que los mecanismos de control y supervisión deben adaptarse a un nuevo sistema.

Referencias bibliográficas

- Acuña, L. (10 de mayo de 2016). *Proceso de implementación del teletrabajo*. Castillo, A., comunicación personal.
- Argentina, Ministerio del Trabajo, Empleo y Seguridad Social (2010). Declaración de lineamientos y compromisos en materia de teletrabajo, para la promoción de trabajo decente y como garantía de calidad laboral.
- Belloch, C. (2001). *Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC)*. Recuperado de <http://www.uv.es/~belloch/pdf/pwtic1.pdf>.
- Calvo, M. (2002). *El teletrabajo*. Tesis de Maestría. Universidad Estatal a Distancia: Costa Rica. Recuperado de <http://repositorio.uned.ac.cr/reuned/bitstream/120809/1416/1/El%20teletrabajo.pdf>.
- Costa Rica, Poder ejecutivo:
- (2018). Decreto No. 34704-MP-MTSS, *Decreto sobre promoción del teletrabajo en las instituciones públicas*.
 - (2015). Decreto No. 39225-MP-MTSS-MICITT, *Decreto sobre aplicación del teletrabajo en las instituciones públicas*.
 - (2013). Decreto No. 37695-MP-MTSS, *Decreto sobre promoción del teletrabajo en las instituciones públicas*.

- Izquierdo F. (2006). El Teletrabajo. Recuperado de <http://www.difusionjuridica.com.bo/bdi/biblioteca/biblioteca/libro024/lib024-2.pdf>.
- Jaramillo, H. (2014). *El Teletrabajo: Los beneficios de una forma de Organización Laboral Moderna*. Ensayo. Universidad Militar de Nueva Granada, Bogotá. Recuperado de <http://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/11993/1/EL%20TELETRABAJO.pdf>.
- Jiménez, C. (2007). *El Derecho Laboral ante el reto de las Nuevas Tecnologías*. Madrid: Editorial Grupo Difusión.
- Lemaitre, R. (10 de mayo de 2016). *Proceso de implementación del teletrabajo*. Castillo, A., comunicación personal.
- Llubere J. (07 de junio de 2016). *Proceso de implementación del teletrabajo*. Castillo, A., comunicación personal.
- Ministerio de Tecnología de la Información y Comunicación (2012). Libro blanco. El ABC del teletrabajo en Colombia. (Versión 3.0). Recuperado de http://www.teletrabajo.gov.co/622/articles-8228_archivo_pdf_libro_blanco.pdf.
- Murillo, G. y Rojas, H. (2009). *Implementación del Teletrabajo en la Realidad del Sector Público*. Tesis de Licenciatura. Universidad de Costa Rica, San José. Recuperado de http://iiij.ucr.ac.cr/sites/default/files/documentos/implementacion_del_teletrabajo_en_la_realidad_del_sector_publico.pdf
- Ortega, J. (10 de mayo de 2016). *Proceso de implementación del teletrabajo*. Castillo, A., comunicación personal.
- Yáñez, S. (1999). Consideraciones sobre flexibilidad laboral planteadas desde una mirada de género. Recuperado: http://www.cem.cl/pdf/flexibil_laboral.pdf

Propuesta de regulación de la planta de cannabis en Nicaragua como una alternativa en la lucha contra el narcotráfico y el crimen organizado

Elvin Rodríguez Fabilena | Jimmy Chang Antón

Recibido: 06.07.2017 / Aceptado: 02.09.2017

RESUMEN

En este ensayo se presentan los resultados de la investigación monográfica para optar al Título de Licenciado en Derecho denominada “Propuesta de regulación de la planta de cannabis en Nicaragua, como una alternativa en la lucha contra el narcotráfico y el crimen organizado”, que defendieron los Licenciados en Derecho: Elvin Francisco Rodríguez Fabilena y Jimmy Xavier Chang Antón ante la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua, León (UNAN-León) el día 22 de junio del año 2015.

PALABRAS CLAVES

Regulación, cannabis, crimen organizado, narcotráfico.

ABSTRACT

This essay presents the results of the monographic research to qualify for a Law Degree entitled "Proposed regulation of the cannabis plant in Nicaragua, as an alternative in the fight against drug trafficking and organized crime", which defended the Law graduates: Elvin Francisco Rodríguez Fabilena and Jimmy Xavier Chang Antón before the Faculty of Juridical and Social Sciences of the National Autonomous University of Nicaragua, León (UNAN-León) on June 22, 2015.

KEYWORDS

Regulation, cannabis, organized crime, drug trafficking.

Introducción



Elvin Rodríguez Fabilena

Licenciado en Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua-León (UNAN-León), con Especialización en Ciencias Políticas de la Universidad de Hradec Králové, República Checa. Contacto: elvinfabilena@hotmail.es

La investigación fue de carácter propositivo y constó de 3 capítulos. En el primer capítulo se hizo un análisis de la situación de la seguridad ciudadana en Nicaragua y la influencia que ejerce el narcotráfico y el crimen organizado en la violencia observada en el país. En el segundo capítulo se describió los antecedentes internacionales y nacionales en materia de cannabis, además, de realizarse un análisis de derecho comparado en esa misma materia. Por último, en el tercer capítulo se planteó una propuesta integral de regulación de la planta de cannabis con enfoque de reducción de daños y enfoque de reducción de la demanda.

Como la información oficial disponible, no tiene el nivel de detalle necesario para poder determinar cuántos de los homicidios y asesinatos cometidos en territorio nicaragüense en el período estudiado fueron ocasionados ya sea de manera directa o indirecta por el narcotráfico y el crimen organizado, se recurrió a datos complementarios sistematizados por instituciones nacionales e internacionales y organismos independientes, además se hizo una recolección independiente de información a través de instrumentos propios de las investigaciones empíricas como son las entrevistas.



Jimmy Chang Antón

Licenciado en Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua-León (UNAN-León), con Especialización en Ciencias Políticas de la Universidad de Hradec Králové, República Checa. Contacto: jchanganton@gmail.com

Otra gran deficiencia encontrada que obstaculizó hasta cierto punto el proceso de recolección de datos de la investigación, fue el hecho de que en Nicaragua sólo se ha realizado un estudio sobre consumo de drogas, el cual fue en el año 2003. Fue sumamente difícil encontrar información más actualizada sobre este factor que sin duda, es total para poder comprender la problemática del narcotráfico en Nicaragua y en qué medida afecta ésta al país.

Teniendo en cuenta la coyuntura nacional e internacional, se pudo constatar que el problema del narcotráfico y el crimen organizado va cobrando fuerza a pasos agigantados en la región centroamericana de manera general y en Nicaragua de manera específica. La importancia de analizar la propuesta de producción, comercialización, consumo, auto cultivo y publicidad del cannabis en Nicaragua (en adelante “regulación del cannabis”), surgió a raíz de la evidencia de dicha violencia en el país.

El objeto de esta investigación fue la elaboración de una propuesta de regulación de la planta de cannabis en Nicaragua, como una alternativa en la lucha contra el narcotráfico y el crimen

organizado. Los aspectos factos perceptibles de la violencia generada por estos fenómenos, se trataron de indagar en los registros que hay sobre los delitos violentos acaecidos entre los años 2011 y 2013, en particular los homicidios y asesinatos.

Revisión de literatura

Según una revista especializada de la Universidad de Harvard (Panner, 2012, p.6), si sólo en los Estados Unidos se legalizara el consumo de la marihuana, se reduciría en un 20 % los ingresos de los carteles, lo cual contribuiría a restarles poder a estas organizaciones delictivas.

Ahora bien, en cuanto a los consumidores de cannabis, de acuerdo con el libro *Drogas y Derechos* de Douglas Husak (2001, pp. 70,71, 84), hay que precisar que existen dos tipos de consumidores de drogas y por ende de cannabis, los consumidores habituales y los consumidores ocasionales. Dentro de esta tipología de consumidores, también están los que consumen cannabis con fines recreativos y quienes consumen con fines medicinales. Entender esto es fundamental para encontrar una solución sostenible al problema del consumo y saber con qué enfoque se puede abordar.

Además, según los estudios de Alonso Barriuso (2012) los clubes de cannabis españoles son formas organizativas que surgieron para hacer frente a la prohibición de consumir en lugares públicos, sin embargo no hay ni la más mínima regulación que indique cuántas plantas se pueden cultivar para consumo, por lo que se busca una manera legal para abastecerse de la sustancia.

Esta inseguridad jurídica que se presenta en España ha obligado a actuaciones dispares por parte de los policías y jueces que estén involucrados en cada caso particular que sea llevado ante ellos, ya que éstos se ven obligados a utilizar el discernimiento propio en cada caso. Esta situación suele provocar a veces intervenciones de la policía en contra de pequeños cultivos que terminan en sobreseimiento libre o en absolución de la causa (Alonso, 2012, p.7).

Adicionalmente, de acuerdo a Van Kalmthout (1988, p.91) se desprende que pese a todos los aspectos positivos de la política holandesa en materia de drogas, hay una cierta disyuntiva que aqueja al país al respecto, ya que la posesión, tráfico menor y producción de cannabis sigue siendo punible, pero hay una legalización de hecho, porque en este país, “no rige el principio de legalidad sino el principio general de oportunidad” (*Ibid*).

Este principio deja a la fiscalía la discreción de prescindir de una persecución penal si el interés social no exige una intervención, ya que la misma podría producir un daño mayor que el delito o falta respectiva. Seguir el llamado principio de oportunidad o principio de conveniencia, le permite al Estado holandés, tipificar la posesión, cultivo y comercio de cannabis cumpliendo de esta manera con los tratados internacionales, pero permite fácticamente el acceso legal al cannabis para fines no médicos al decidir prescindir de la persecución judicial en determinadas circunstancias.

Materiales y métodos

La metodología utilizada fue el análisis-síntesis de los documentos y literatura disponible sobre el tema, así como el análisis de Derecho Comparado de las legislaciones de Holanda, Estados Unidos (Washington y Colorado), Uruguay y España, en materia de regulación del cannabis. Adicionalmente, se recurrió a instrumentos propios de las investigaciones empíricas cualitativas como son las entrevistas. Se realizaron tres entrevistas a expertos en materia de Seguridad Ciudadana, Economía y Judicial. La primera fue semi-estructurada y las dos posteriores fueron abiertas.

Resultados y discusión

Los resultados correspondientes al capítulo sobre seguridad en Nicaragua, estuvieron relacionados con el análisis de los delitos y faltas registrado en los anuarios estadísticos de la Policía Nacional.

Para este análisis de los datos, es necesario partir de las incautaciones de marihuana registradas entre los años de 1990 y 2013 (Policía Nacional, 2013, p.28) (Ver Tabla 1).

Tabla 1: Incautaciones de marihuana en Nicaragua en el período 1990-2013.

Plantas	Kilogramos	Kilogramos (semillas)
251,091	1,666.04	1,73

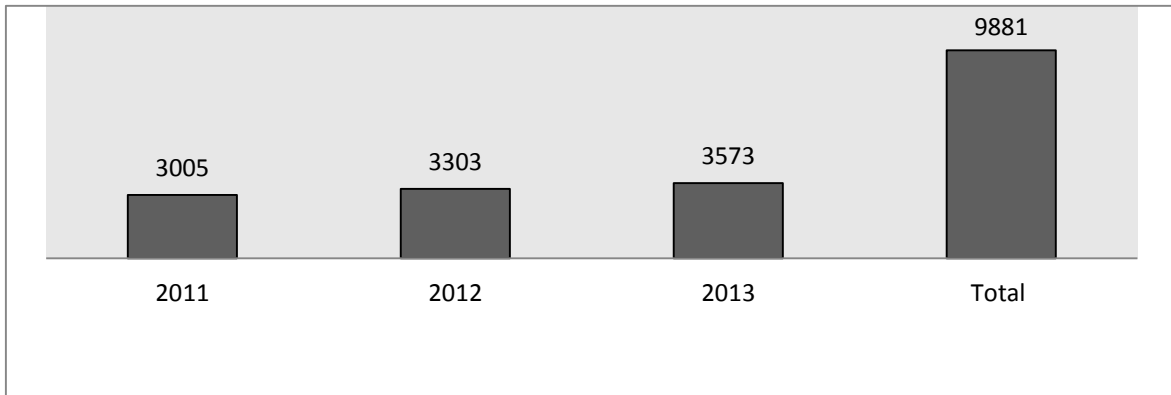
Fuente: Elaboración propia a partir de datos del Anuario Estadístico de la Policía Nacional, 2013

A como se puede observar, la cantidad de plantas incautadas en ese período es relativamente considerable.

En cuanto a las denuncias de delitos contra la salud pública¹, en los años 2011 y 2012, representaron el 2% del total de las denuncias a nivel nacional; mientras que, en el año 2013, representaron el 3%. De esta manera se evidencia, un ligero incremento. En total, se registraron 9881 denuncias de estos delitos (Policía Nacional, 2011; Policía Nacional, 2012; Policía Nacional, 2013) (Ver Gráfico 1).

¹ Así se refiere la Policía Nacional en sus Anuarios Estadísticos, a las denuncias de delitos y faltas relativas a estupefacientes, psicotrópicos y otras sustancias controladas.

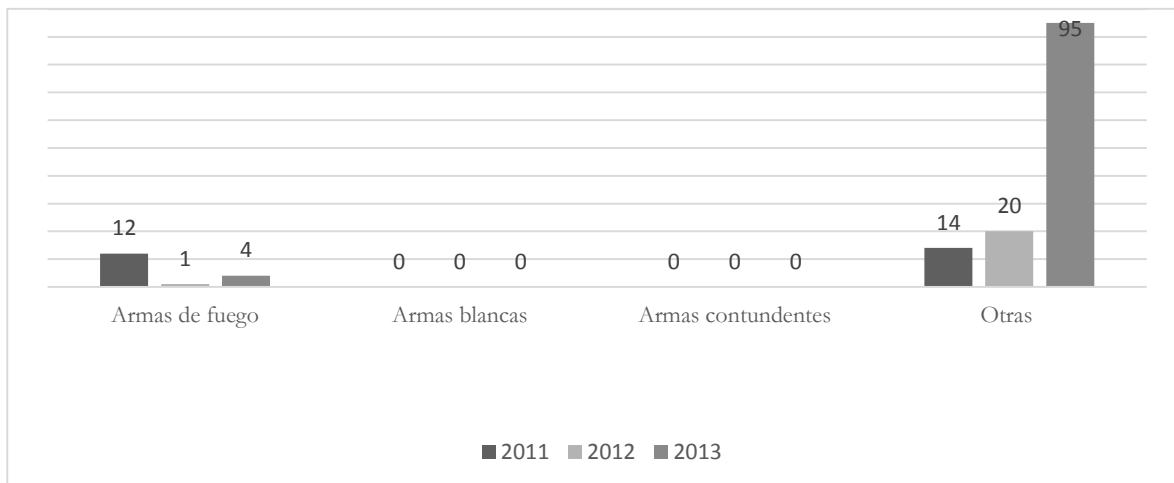
Gráfico 1: Denuncias de delitos y faltas relacionadas con estupefacientes, psicotrópicos y otras sustancias controladas en el período 2011-2013.



Fuente: Elaboración propia con datos tomados de los Anuarios Estadísticos Policiales 2011, 2012 y 2013.

En lo que respecta a las armas utilizadas en la comisión de estos delitos y faltas, el uso de armas de fuego es relativamente bajo en el caso de los delitos (Ver Gráfico 2) y nulo en el caso de las faltas (Ver Gráfico 3). Por otro lado, en cuanto a las armas blancas y armas contundentes, la cantidad es cero en el caso de los delitos (Ver Gráfico 2) y se utilizó una en las faltas registradas en el año 2013 (Ver Gráfico 3). Las armas que revelan una tendencia de incremento tanto en los delitos como faltas, son las agrupadas en la categoría de “Otras” (Ver Gráficos 2 y 3). La Policía Nacional no especifica qué tipo de armas entran en ésta última categoría.

Gráfico2: Armas utilizadas en la comisión de delitos relacionados con estupefacientes, psicotrópicos y otras sustancias controladas. Período 2011-2013.

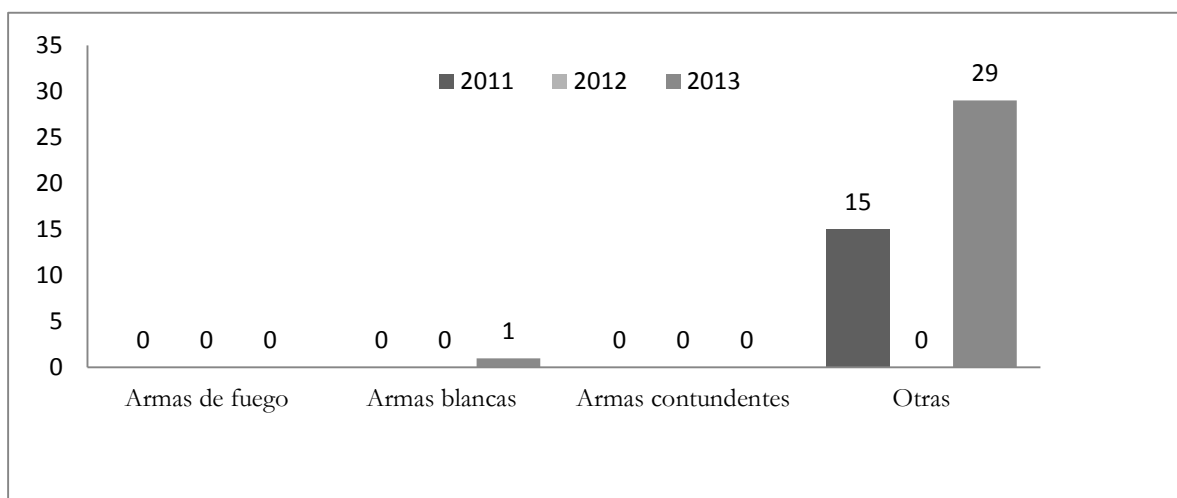


Fuente: Elaboración propia a partir de los Anuarios Estadísticos de la Policía Nacional.

Estadísticos de la Policía Nacional

Tal y como se puede observar, por lo general los delitos relacionados con drogas en el periodo analizado fueron realizados casi con pocas o nulas armas. Esta misma tendencia se puede observar en la comisión de las faltas relacionadas con drogas (Ver Gráfico 3). En los anuarios estadísticos de la Policía Nacional no se especifica si estos delitos y faltas fueron específicamente posesión de cannabis para consumo personal y cuáles estuvieron relacionados con el narcotráfico en sí mismo.

Gráfico 3: Armas utilizadas en la comisión de faltas relativas a estupefacientes, psicotrópicos y otras sustancias controladas. Período 2011-2013.



Fuente: Elaboración propia con datos de los Anuarios Estadísticos de la Policía Nacional.

Ahora bien, para un mayor nivel de detalle en los datos, se desagregaron las denuncias de delitos y denuncias de faltas registradas en el período que va del 2011 al 2013 (Ver Tabla 2).

Tabla 2: Denuncias de delitos y faltas relacionadas con estupefacientes, psicotrópicos y otras sustancias controladas en el período 2011-2013.

2011		2012		2013	
Delitos	Faltas	Delitos	Faltas	Delitos	Faltas
1860	1145	2044	1259	2317	1256

Fuente: Elaboración propia a partir de Anuarios Estadísticos Policiales 2011-2013.

A como se puede observar, a excepción de las faltas registradas en el año 2013 con relación al 2012, las denuncias de delitos y faltas relacionadas con estupefacientes, psicotrópicos y otras sustancias controladas han visto un incremento en el período 2011-2013.

Nuevamente, no se especifica en los anuarios si estos delitos y faltas relacionados con drogas que incrementaron fueron los relativos a la posesión del cannabis para consumo personal o al tráfico ilícito del mismo.

En relación a los detenidos por delitos relacionados con estupefacientes, psicotrópicos y otras sustancias controladas, se encontró un total de 11,807 personas en el período estudiado (Ver Tabla 4).

Tabla 4: Detenidos por delitos y faltas relacionadas con estupefacientes, psicotrópicos y otras sustancias controladas.

2011		2012		2013	
Hombres	Mujeres	Hombres	Mujeres	Hombres	Mujeres
2915	463	3699	585	3612	533
Total: 3378		Total: 4284		Total: 4145	
GRAN TOTAL: 11,807					

Fuente: Elaboración propia a partir de datos tomados de los Anuarios Estadísticos Policiales 2011-2013.

Si bien es cierto no quedan claros cuáles fueron los delitos y faltas relacionadas con drogas cometidas con violencia, la violencia del narcotráfico y el crimen organizado es derivada de los enfrentamientos entre los narcotraficantes y las fuerzas públicas (Ejército y Policía), y la derivada de los enfrentamientos entre los narcotraficantes y los denominados tumba drogas.

Por consiguiente, para efectos de poder precisar de una manera más o menos exacta el concepto de violencia generada por el narcotráfico y el crimen organizado, se realizó una entrevista semi-estructurada al Doctor Braulio Espinoza Mondragón, investigador del Centro de Información en Demografía y Salud (CIDS), de la Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua, León (UNAN-León).

Para empezar, el entrevistador le preguntó doctor Espinoza ¿en Nicaragua existe violencia generada por el narcotráfico y el crimen organizado?; y si la respuesta es positiva, ¿cómo se conceptualizaría este tipo de violencia? A esa pregunta, la respuesta del entrevistado fue la siguiente:

Definitivamente sí, pero ésta se observa con mayor frecuencia en la Costa Caribe y en los departamentos de Jinotega y Matagalpa. En el estudio que se hizo sobre determinantes de la violencia en la Costa Caribe², nosotros logramos identificar una correlación entre la ola de violencia y el narcotráfico y logramos también establecer cómo estas bandas se enfrentan entre sí mismas, lo que se conoce con el nombre de tumbadores, entonces hay una estafa mutua porque unos no llevan la droga y otros no llevan el dinero (Espinoza, Rodríguez y Chang, 21 de noviembre de 2014).

² Alude a un estudio que realizó el Centro de Información en Demografía y Salud (CIDS) de la Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua, León (UNAN-León) en la Costa Caribe en el año 2012, el cual todavía no ha sido publicado.

Ahora bien, teniendo en cuenta la gran cantidad de personas detenidas por delitos y faltas relacionadas con drogas, es preciso cuestionar la efectividad y sostenibilidad en el tiempo de la estrategia denominada como muro de contención, la cual es definida por el Ejército de Nicaragua (2013, p.27) como “el primer anillo estratégico de la seguridad nacional y tiene como objetivo evitar la circulación de la droga en los núcleos poblacionales y con ello; la destrucción de la sociedad nicaragüense”.



Operativo Antinarcoítico evidencia el muro de contención de nuestro país | wordpress.com

Es interesante observar que el concepto dado por el Ejército haga referencia a la seguridad nacional, la doctrina que se supone ha sido superada para dar paso al concepto de seguridad ciudadana. Mientras la primera busca cómo proteger el Estado aun en detrimento del individuo, la segunda pone a éste último en el centro y persigue como proteger el núcleo básico de derechos de los ciudadanos. También es importante señalar, que el mismo Ejército de Nicaragua considera que el narcotráfico y el crimen organizado representan la “principal amenaza a la seguridad de la nación” (*Ibíd*). He ahí el motivo de una lucha encarnizada y sin tregua en contra de estos males.

Asimismo, uno de los problemas que se observa, es que en el afán por librar la denominada lucha contra el narcotráfico y el crimen organizado, se pueden violentar los derechos individuales de los ciudadanos. Al respecto, se realizó una entrevista abierta a la Doctora Nardis de Fátima Núñez Téllez, Juez Segundo Local Penal de León (Rodríguez y Chang, 12 de marzo de 2015). En esta entrevista se le preguntó: Tomando en cuenta que hay faltas relativas a posesión menor de marihuana que se cometen en las casas de habitación de los detenidos: ¿Cómo considera usted que actúa la Policía Nacional en estos casos?”. A dicha pregunta, la juez contestó:

La Policía Nacional violenta un derecho privado de la persona; derechos constitucionales como el derecho a la intimidad. Después se dan los casos en que se presentan denuncias ante los Derechos Humanos si acaso existe allanamiento sin orden judicial. El allanamiento con autorización judicial se da cuando existe conocimiento de que la persona se dedica a la venta. Las detenciones se dan generalmente cuando [los infractores] están [consumiendo] en las esquinas.

Después de haber hecho este recorrido transversal (2011-2013) acerca de la comisión delitos relacionados con estupefacientes, psicotrópicos y otras sustancias controladas, queda preguntarse: ¿Por qué se propone regular el cannabis?

Para dar respuesta a esta interrogante, se consultó la encuesta sobre consumo de drogas, en estudiantes de enseñanza secundaria de Nicaragua (Sánchez, 2003, p.1), y que tuvo como muestra 5,412 estudiantes de secundaria; los que estaban distribuidos de la siguiente manera: 56.1% (3,037) mujeres y 42.9% (2,322) varones; de colegios públicos, 3804 (70.3%) y privados, 1608 (29.7%).

El rango de edad de los estudiantes estaba entre los 12 a los 20 años. Todos eran estudiantes del segundo, tercer y cuarto año de secundaria. El hallazgo más importante al que se hace referencia, es que la marihuana fue la droga ilícita más consumida entre los estudiantes, con un porcentaje de prevalencia del 5.2%.

Ahora bien, en cuanto al segundo capítulo de la investigación monográfica, la Convención Única de 1961 sobre estupefacientes de las Naciones Unidas, modificada por el Protocolo de modificación de 1972 y otros instrumentos representan el marco jurídico internacional de fiscalización de estupefacientes.

Estos instrumentos son los promotores del modelo prohibicionista actual de lucha contra las drogas practicado e interpretado de manera errónea por la mayoría de los Estados partes, ya que, el enfoque de guerra contra las drogas es el que ha prevalecido. Esta situación ha producido la estigmatización de los consumidores de drogas, alejándolos así de los sistemas de salud, violentando sus derechos humanos, sobre poblando las cárceles estatales y desviando la implementación de recursos que podrían ser invertidos en salud y educación. Estos instrumentos internacionales deben ser implementados con un enfoque de salud pública, protegiendo la salud física y moral de la humanidad (Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito [UNODC], 2013, p. 16), este enfoque ha probado ser más eficaz en la práctica. (UNODC, 2013, p. 30)

El Estado holandés entendió el tema como un problema de sanidad y salud pública, de modo que se conceptualizó la dosis personal, además, se creó un sistema educacional para evitar el consumo, invirtiendo de esta manera en la prevención del consumo más que en la represión de los consumidores.

Este modelo holandés opera de la siguiente manera: El consumidor regular de cannabis que se abastece en el mercado negro tiene más posibilidades de entrar en contacto con las drogas duras que generalmente están en las manos de los mismos traficantes, por tanto, al separar los mercados de drogas duras y blandas, se puede proteger a los consumidores de cannabis

y aislarlos de formas de consumo más dañinas desde el punto de vista sanitario. La posesión de cannabis está permitida hasta en un máximo de 5 gramos (*Ibíd.*)

La venta de cannabis con fines recreativos está permitida sólo en lugares específicos llamados Coffee Shops, hasta por una cantidad de 5 gramos por transacción (Bewley y Blickman, 2014, p.50), estos lugares operan bajo condiciones muy estrictas estipuladas en las directrices emitidas por el gobierno holandés.

En el caso de España, desde el año 2002 (Alonso, 2011, p.1), miles de personas usuarias del cannabis se abastecen de manera legal, ejerciendo control sobre la calidad de la sustancia para uso personal. El modelo español se basa en el hecho de que el consumo de sustancias ilícitas nunca ha sido un delito en dicho Estado, por ende, desde hace varios años, existen varios clubes que producen la planta para el consumo de usuarios previamente registrados, este es el llamado modelo de los clubes de consumidores de cannabis.

El mismo, ha propiciado que miles de personas dejen de financiar el mercado negro y conozcan el origen de lo que consumen, siendo esto más sanitario y alejando a los mismos del contacto con los narcotraficantes.

Hasta el 31 de marzo de 2015, 23 Estados de los Estados Unidos han legalizado el uso de cannabis con fines medicinales, pero de manera particular 3 de esos Estados, tal es el caso de Colorado, Alaska y Washington más Washington DC, capital de Estados Unidos, han ido más allá legalizando el cannabis con fines recreativos.



<http://www.cultivodeinterior.net>

Además, en Oregon, la legalización con estos mismos fines entrará en vigencia el 01 de julio del año 2015 (AFP, 2015, eltiempo.com). Se observa una gran contradicción a lo interno de

este país, el cual ha sido el principal promotor del modelo prohibicionista a lo largo de la historia y que en cuya ley federal, aún prohíbe el consumo y posesión de la marihuana.

En relación al caso de Uruguay, el objetivo principal de la ley es la protección de los derechos de los habitantes del Estado uruguayo a la seguridad y alejarlos de los riesgos del contacto con el narcotráfico y todas las consecuencias que se deriven de este, ya sean éstas, sanitarias, sociales o económicas. (Uruguay, Asamblea General, 2013, Ley 19.172, art.3-4)

Prosiguiendo con el análisis, la misma ley (2013, art.5), establece una diferencia muy importante entre los que es cannabis psicoactivo y cannabis no psicoactivo; siendo el primero según la misma, las sumidades floridas con o sin frutos de la planta hembra del cannabis cuyo contenido de THC natural, sea igual o superior al 1% de su volumen, por otra parte, el cannabis no psicoactivo (cáñamo) según esta ley son las plantas o piezas de la planta de los géneros cannabis, las hojas y las puntas floridas, que no contengan más de 1% de THC.

Según el artículo 17 de esta novedosa ley (2013), toda actividad relacionada con el cultivo, cosecha, industrialización y expendio de cannabis psicoactivo estará bajo el control directo del organismo especializado que crea esta ley denominado Instituto de Regulación y Control de Cannabis (en adelante IRCCA) quien será el encargado de emitir las licencias para poder ejecutar las actividades previamente mencionadas. Además, IRCCA, será el encargado de llevar el registro de las mismas (Uruguay, Asamblea General, 2013, Ley 19.172, art.8).

Con respecto al capítulo 3 de la monografía, la propuesta es regular la comercialización interna, producción, auto cultivo, consumo y publicidad de la planta de cannabis en Nicaragua, como una alternativa en la lucha contra el narcotráfico y el crimen organizado. Adicionalmente, la presente propuesta se basa en los distintos informes y documentos temáticos sobre drogas, publicados por la OEA y ONU, entre otros documentos.

En cuanto a la producción, la propuesta concreta es que la producción del cannabis con fines medicinales, científicos y recreativos a cargo del Estado de Nicaragua, en conjunto con empresas privadas previamente autorizadas para realizar esta actividad.

En relación al consumo, la propuesta es tratar el consumo del cannabis como un problema de salud pública y de derechos humanos. Castigar a los consumidores es un despilfarro del dinero de los contribuyentes. Se podría destinar un porcentaje de los ingresos obtenidos en las ventas de cannabis para financiar los centros de rehabilitación a fin de que las personas que hayan desarrollado una dependencia de la planta, reciban tratamiento.

Con respecto al auto cultivo, los consumidores que deseen cultivar su propio cannabis podrían cultivar un total de seis plantas en sus respectivos domicilios, previa autorización del INRCA. Dicho instituto, le emitiría una licencia que lo acreditaría como cultivador. Las semillas para cultivar serían suministradas por el INRCA. Como máximo, la producción personal podría quedar limitada a 180 gramos anuales.

En términos de posesión, la propuesta de regulación consistiría en que sea permitida la posesión de un máximo de 15 gramos de marihuana por persona. En caso contrario, a las personas que se le encuentre, ya sea en la vía pública o en un lugar donde no esté autorizado su consumo, en posesión de una cantidad de marihuana superior a 15 y menor de 20 gramos,

sería sancionada administrativamente por un Tribunal del INRCA creado para tal efecto, con una multa pecuniaria y servicios comunitarios, además que se le incautaría la marihuana. Sin embargo, cuando la cantidad incautada supere los 20 gramos, estas personas podrían incurrir en responsabilidad penal.

En cuanto a la comercialización, ya que la propuesta es que Nicaragua asuma la producción, ineludiblemente se tendría que hablar de la comercialización a lo interno del Estado. El Estado sería el principal comercializador de cannabis. Sin embargo, las empresas privadas, que podrían ser “Coffee Shops”, para poder producir y comercializar cannabis, deberían estar previamente autorizadas por el INRCA del país.

Por último, con respecto a la publicidad del cannabis, la propuesta sería que ésta debería tener un enfoque de educación, advirtiendo a los consumidores de las consecuencias científicamente comprobadas que el cannabis causa en el organismo y los riesgos que representa para la sociedad.

Bibliografía

- AFP, (25 de febrero de 2015). Alaska despenaliza uso recreativo del cannabis, *El Tiempo*. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/mundo/ee-uu-y-canada/venta-de-cannabis-en-alaska/15298595>
- Alonso, Martín. (2012). Ni prohibición ni mercantilización: Buscando el equilibrio en la regulación legal del cannabis. Recuperado de http://www.ararteko.net/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/0_2673_3.pdf.
- Bewley, D., Blickman, T. (2014). Auge y caída de la prohibición del cannabis: La historia del cannabis en el sistema de control de drogas de la ONU y opciones de reforma. Recuperado de <http://www.tni.org/files/download/auge-y-caida-web.pdf>.
- Douglas, H. (2001). *Drogas y Derechos*. México: Fondo de cultura económica
- Nicaragua. Ejército de Nicaragua (2014). *Memoria Anual 2013*. Recuperado de: http://www.ejercito.mil.ni/contenido/relacionespublicas/publicaciones/docs/memoria_2013.pdf.
- Espinoza, M. B. (2014) *Entrevista semi-estructurada*. Elvin, R., Jimmy, C.
- Martín A. (2011) Los Clubes de Sociales de Cannabis en España, *Una alternativa normalizadora en marcha*. Amsterdam. Recuperado de <http://www.tni.org/sites/www.tni.org/files/download/dlr9s.pdf>
- Núñez, T. N (2015) *Entrevista abierta*. Elvin, R., Jimmy, C.
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (2013), *Contribución del Director Ejecutivo de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito al examen de alto nivel de la aplicación de la Declaración Política y Plan de Acción sobre Cooperación Internacional en Favor de una Estrategia Integral y Equilibrada para Contrarrestar el Problema Mundial de las Drogas, al que la Comisión de Estupefacientes procederá en 2014*.
- Panner, M.(2012). Latin American Organized Crime's New Business Model. Beyond dope and more dangerous, *Harvard Review of Latinamerica*. *Organized Crime Beyond Drugs Trafficking*.

Recuperado de: http://revista.drclas.harvard.edu/files/revista_files/orgcrime.pdf?m=1410442975.

Rodríguez, E., Chang, J. (2015). *Propuesta de regulación de la planta de cannabis en Nicaragua, como una alternativa en la lucha contra el narcotráfico y el crimen organizado*. Trabajo Monográfico. Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua, León.

Sánchez, M. (2014). Encuesta sobre consumo de drogas, en estudiantes de enseñanza secundaria de Nicaragua. Recuperado de en <http://docplayer.es/15457007-Encuesta-sobre-consumo-de-drogas-en-estudiantes-de-ensenanza-secundaria-de-nicaragua.html>

Uruguay, Poder Legislativo, (2013). Ley No. 19.172, *Maribuana y sus derivados; control y regulación del Estado de la importación, producción, adquisición, almacenamiento, comercialización y distribución*.

Van, K (1988). Aspectos de la Política Holandesa en Materias de Drogas. Revista *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*. Recuperado de <http://www.ehu.eus/documents/1736829/2162844/12+Aspectos+de+la+politica+holandesa.pdf>.

Byron Israel Sequeira | Roberto Guerrero Vega

Recibido: 11.07.2017/Aceptado: 31.07.2017

RESUMEN

Los métodos de resolución alternos de conflictos que se desarrollan en el presente artículo, nos definen los mecanismos por los cuales puede abordarse los conflictos o las pretensiones encontradas entre las partes, este artículo desarrolla los distintos métodos como lo son la mediación, conciliación, arbitraje y la negociación basada en intereses (NBI), que se materializan tanto en los procesos administrativos como en los judiciales, de igual forma denota como se transversalisan, las capacidades de negociación de los litigantes en los nuevos procesos en los cuales predomina la oralidad.

De igual forma se explica los efectos de los acuerdos y la fuerza que pueden alcanzar dependiendo ante quien o ante quienes se hayan realizado, todo de conformidad a los cuerpos normativos de la republica de Nicaragua en donde se aborden temas relacionados a los métodos de resolución alternos de conflictos

PALABRAS CLAVE

Métodos, conflicto, negociación, intereses.

ABSTRACT

The methods of alternate resolution of conflicts which are presented in this article define the mechanisms by which conflicts or claims between the parties can be solved. This article describes various methods such as mediation, conciliation, arbitration and interest-based negotiation (NBI), that materialize both in the administrative processes as well as in the judicial, in the same way shows how the negotiating capacities of the litigants in the new processes in which there is a predominance of oral tradition.

At the same time I will explain the effects of the agreements and the force that can reach depending on to whom have been applied, all in accordance to the body of legislation of the Republic of Nicaragua in which we can found issues related to methods of alternate resolution of conflicts.

KEYWORDS

Methods, conflict, negotiation, interests.

Marco histórico y conceptual¹

Antecedentes históricos de los MRAC



Byron Israel Sequeira Pérez
Abogado y Notario Público.
Mediador y Árbitro. Docente
Titular Escuela de Ciencias
Jurídica y Políticas UPOLI. Jefe
de Ciencias Políticas y Gestión
Pública ECJP-UPOLI
Candidato a doctor en Derecho
en el programa de Doctorado
en Tendencias de Derecho del
siglo XXI. Contacto: derecho-
cienciaspolíticas@upoli.edu.ni



Roberto Guerrero Vega (1986)
licenciado en derecho (2011) y
máster en Derecho procesal
civil por la UPOLI (2015).
Docente investigador del
ICEJP-UPOLI. Contacto:
investigadoricejp2@upoli.edu.ni

El conflicto a su vez es tan antiguo como el ser humano, aparece como parte inevitable de la función social, “el ser humano, desde su nacimiento, aprende a vivir empleando estrategias de supervivencia para resolver sus conflictos más elementales.”(Márquez, 2000). Por tanto, podemos aseverar que los orígenes de los métodos RAC se remontan a los principios de la civilización, convirtiendo así a los métodos de resolución de conflicto actuales en una adaptación renovada de los existentes en otras culturas y épocas.

Una evidencia de los MRAC, la encontramos en la biblia, en el evangelio según Lucas², 12: 58-59: “Por eso cuando vayas ante el juez con tu enemigo, trata de ponerte bien con él por el camino, no sea que te arrastre delante del juez y que el juez te aplique la justicia y te echen a la cárcel”. En la antigua Grecia, los antecedentes de la conciliación son narrados en la enciclopedia espasa, de la siguiente manera: “La conciliación estaba regulada por la ley, teniendo los temostenes el encargo de examinar los hechos, motivos del litigio y procurar convencer a las partes que debían transigir equitativamente sus diferencias” (IAEJ, s.f).

En las culturas orientales, ya en la época de Confucio en China, se propiciaba una filosofía fundada en el entendimiento entre las personas que inspiró por ejemplo, la revolución cultural liderada por Mao Tse Tung, en 1949.

En Latinoamérica los descendientes de la cultura maya, poseen y practican aún los procedimientos heredados para resolver pacíficamente sus conflictos. Basados en un sistema reparador, persiguen atender lo dañado, partiendo de la necesidad y responsabilidad que se tiene con la naturaleza, el

cosmos y el ser humano (...) implica resolver conflictos con esos tres elementos y no causar daño a ninguno, cuando eso sucede, se pierde el equilibrio (Sequeira,2016).

¹ El presente artículo fue publicado en el Manual de Estado de Derecho tomo 1, financiado por departamento de Estado de los Estados Unidos.

² Según datos históricos se ubica la redacción del libro de Lucas, en el periodo del 80 y 70 D. C, lo que nos puede dar un horizonte sobre el tiempo en que se practicaban y se aconsejaban los MRAC. Para mayor información véase: (José I. Lago (s.f) Disponible en http://www.historialago.com/xto_03205_evangelios_01.htm).

En Nicaragua todavía existen manifestaciones de estos métodos de resolución de conflictos como es el caso de los *Almuk Nani*³, que juegan el papel de intermediarios en las negociaciones orientadas a la paz social y la armonía en la comunidad. En Nicaragua ha sido evidente la existencia de la cultura adversarial, pues tradicionalmente las controversias se han resuelto haciendo uso de diferentes formas de violencia con el uso de las armas o en otros casos en la vía judicial, algo traumático por sus costos y tiempos para llegar a una resolución, sin mencionar la carga emocional que acompaña a los mismos.

Existen otros antecedentes previos a la actual ley de mediación y arbitraje, por ejemplo: La ley 278, ley de la propiedad reformada urbana y agraria que establece el uso de la conciliación y el arbitraje como mecanismos para dirimir problemas de propiedad regulados por esta ley, la ley orgánica del Poder Judicial, ley N° 260 de 1998 y su reglamento⁴, el código procesal penal, ley N° 406, de 2002; entre otros.

Concepto de los MRAC

Podríamos definir a los métodos de resolución alternos de conflictos como aquellas formas de resolver las controversias al margen de los medios convencionales (Stone y Rubenstein, 2000). Es decir, una opción externa a las vías judiciales de resolución de controversias. También conocidos por las siglas MRAC, MARC o MASC buscan resolver los conflictos sin acudir al órgano jurisdiccional creado para tal fin.



wordpress.com

Tradicionalmente, se han distinguido dos mecanismos de resolución de los conflictos en el mundo jurídico, siendo estas dos vertientes los mecanismos “autocompositivos” y “heterocompositivos”. Entenderemos por métodos autocompositivos aquellos en virtud del cual las partes resuelven los conflictos por sí mismas, sin recibir de un tercero la imposición de la solución a la controversia en forma de autoridad. Las partes deciden el rumbo y la conclusión a la controversia.

Por otro lado, los mecanismos heterocompositivos de resolución de las disputas son aquellos en que las partes, de forma adversarial, acuden a un tercero para que éste resuelva el conflicto. En esta vía el tercero da la solución a las partes, las cuales se han de limitar a realizar alegaciones que

³ Esta es la Institución tradicional más antigua que se remonta a la época Precolombina. Está integrada por tres ancianos o venerables como mínimo, con gran prestigio y honorabilidad ante la sociedad Indígena que compone el territorio de la Mosquitia. Estos tienen funciones de representación política de Gobierno Interno, de guías espirituales y legitimar al jefe de la Comunidad.

⁴ Véase: (Nicaragua, Asamblea Nacional, 1998, Ley No. 260, art. 94; Nicaragua, Asamblea Nacional, 1999, Decreto No. 69-99, art. 38).

consideran oportunas y desarrollan los medios de prueba pertinentes para la defensa de sus respectivas posiciones (Belloso, 2006).

En la vertiente autocompositiva tenemos: La mediación, la conciliación y la negociación. En los mecanismos heterocompositivos: El arbitraje. En este último mecanismo, también tiene cabida el sistema de justicia ordinaria y tradicional, al ser un mecanismo externo de resolver las disputas por medio de la decisión de un tercero llamado juez. En este sentido, los MRAC refuerzan y complementan la administración de justicia, por medio de la resolución de conflictos entre las partes o por medio de un tercero facultado para ello, sin que implique la intervención directa del aparato jurisdiccional en la resolución de la controversia.

Clasificación de los MRAC

Sea cual fuese el mecanismo (entiéndase adversarial o no adversarial) alternativo de resolución de conflictos, podríamos clasificarlos en los siguientes: Negociación, mediación, conciliación y arbitraje.

Negociación

Podemos afirmar que la negociación es la máxima expresión de los MRAC, al ser este algo intrínseco y natural al ser humano. Negociamos en cada momento de nuestra vida con el fin de lograr la satisfacción de necesidades nuestras que requieren del servicio o apoyo de algún sujeto. “La negociación es aquel campo de conocimiento y de acción cuyo objetivo es ganarse el favor de una gente de la que usted quiere cosas” (Cohen, 1980-1981).

Por otro lado, Tara Depre (1892) ha definido la negociación como aquella acción de discutir asuntos comunes entre dos partes con el fin de llegar a un acuerdo. En ambos conceptos, la negociación es vista como un diálogo en virtud del cual dos partes han de ponerse de acuerdo a fin de resolver una diferencia. La negociación es directa, sin intervenciones de terceros, únicamente las partes se involucran y dan resolución a su conflicto.

Mediación

La mediación es aquel proceso en virtud del cual dos o más partes involucradas en un conflicto acuden ante un tercero imparcial, que haciendo uso del diálogo constructivo y respetuoso auxilia a las partes a que por sí mismas resuelvan la controversia. En otras palabras, la mediación es aquel proceso que busca otorgar un espacio de diálogo directo y participativo entre dos o más personas que tienen un problema, para que conversen sobre el origen del conflicto y las consecuencias que se han derivado del mismo. Los interesados concurren a la realización de una o más sesiones, acompañados por un tercero que facilita el diálogo, donde buscan vías de resolución del conflicto (Chile, Ministerio de Justicia, 2016).

Conciliación

La Corte Constitucional de Colombia ha dado su aporte al afirmar que la conciliación es un mecanismo alternativo para la resolución de conflictos, por cuyo medio las partes, con la ayuda de un tercero neutral, calificado y autorizado para ello, resuelven directamente un

asunto en el que se presenta desacuerdo y que es susceptible de ser conciliable” (Colombia, Corte Constitucional, sentencia C 902/8, 2008). Su diferencia con la mediación radica en la labor propositiva del tercero conciliador, quien puede sin impedimento legal, proponer opciones para la solución de la controversia. En cambio, en la mediación la función de la persona neutral es únicamente es la prestación de un servicio de facilitación de la comunicación.

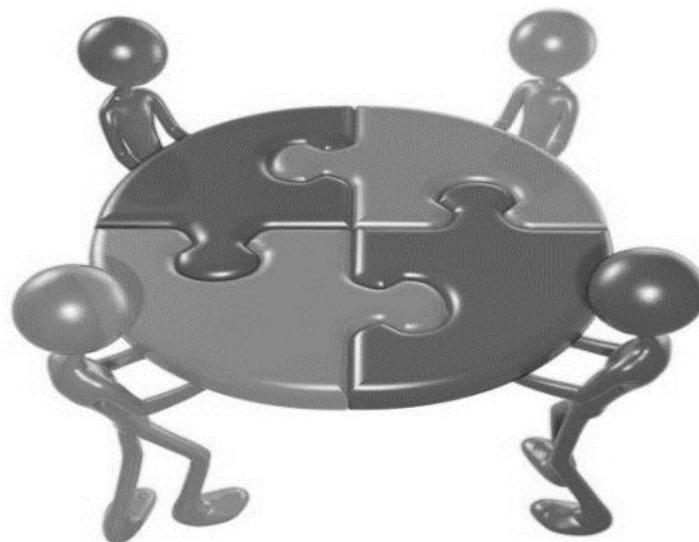
Arbitraje

El arbitraje es un método alternativo de solución de conflictos que surge de la autonomía de la voluntad de las partes, quienes delegan en un tercero imparcial llamado arbitro 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, 2005, Ley 540).

El arbitraje es un método RAC de carácter adversarial, es decir un mecanismo heterocompositivo, cuya diferencia con los demás MRAC, radica en la facultad del tercero de brindar la solución a la controversia, y esta decisión las partes han de cumplirlas.

Técnicas básicas para el desarrollo de los MRAC

Los métodos RAC gozan de legitimidad y utilidad legal, convirtiendo a las partes en administradores de conflictos y gestores del mismo, de manera madura e inteligente, logrando así la resolución de las disputas sin la intervención directa del Estado. Sin embargo, existen procedimientos y técnicas que son necesarias para su correcto desenvolvimiento.



La negociación basada en intereses

Como hemos definido anteriormente, la negociación es un diálogo entre partes que han de ponerse de acuerdo, a fin de resolver una diferencia. La negociación es directa, sin intervenciones de terceros, únicamente las partes se involucran y dan resolución a su conflicto. Tradicionalmente, las maneras de negociar se han caracterizado por la forma en que se desenvuelven las personas involucradas; por ejemplo, podría estarse en presencia de un negociador “duro” y en ocasiones frente a un negociador “suave”. El negociador duro es percibido como la persona que difícilmente cede ante las solicitudes o pretensiones de la otra parte. Por otro lado, el negociador suave procura mantener el vínculo amistoso entre las partes negociadoras, evitando así conflictos personales, y por eso hace concesiones con el objeto de llegar a un acuerdo. Quiere una solución amistosa (Fisher y Ury, 1985).

Con ambos extremos de negociadores, pareciera que no existe más opción que asumir un rol. Sin embargo, desde el proyecto de negociación de Harvard se ha propuesto un estilo de negociación que sentó los primeros fundamentos de la negociación basada en intereses, que posteriormente fueron desarrollados a siete elementos. Sin embargo, para efectos prácticos desarrollaremos las bases primigenias de este método, entiéndanse: Las personas: Separar a las personas del problema, los intereses: Concéntrese en los intereses y no en las posiciones, las opciones: Invente opciones de mutuo beneficio y los criterios: Insista en usar criterios objetivos (Tobón, 1997).

Las personas: separando a las personas del problema

Un comportamiento habitual en los procesos de negociación es evitar acudir a ellos, por las diferencias entre las partes involucradas. Ya sea por el daño causado o bien por la fama que la persona contraria ostenta. En gran medida, los patrones sociales en los que hemos sido educados nos han acostumbrado a confundir a las otras personas con el problema. Ese bolsón imaginario, con el cual cargamos nuestras vivencias, podría provocar que relacionemos experiencias dolorosas del pasado con hechos actuales, lo que nos llevaría a interpretar erróneamente la realidad inmediata y relacionar la situación directamente con la persona. De esta manera caemos en el error de identificar a la persona como el problema.

De hecho, la existencia de visiones y percepciones opuestas a menudo puede incrementar nuestra percepción de que el otro en sí mismo es una amenaza (Guillén, Arias y Paniagua, 2011). Esto es resultado de la confusión de la relación de las partes con respecto a su discusión. Tal como es ejemplificado por Fisher y Ury (1985), en la vida de familia, una afirmación como “la cocina es un desastre” o “nuestro saldo en el banco está bajo”, puede querer simplemente la identificación de un problema, pero es probable que se perciba como un ataque personal. La ira frente a una situación puede llevarlo a expresar ira hacia una persona que usted asocia con la situación.

La separación de la persona con respecto al problema, parte de evitar la búsqueda de culpables como respuestas al conflicto. La idea es enfocarse en el problema y buscar opciones de solución al mismo, y ver como una oportunidad de aprendizaje para prevenir que la situación que generó el problema se repita (Guillén, Arias y Paniagua, 2011).

Separando posiciones de intereses

Producto de la forma en que tradicionalmente las personas han sido influenciadas en asumir un rol duro o suave en la negociación, tienden a negociar en base a sus posiciones, es decir accionan en la negociación con una postura clara. Una de las partes afirma y la otra niega e intenta imponer su postura. Luego de un largo y fatigado proceso de negociación, la tendencia general es que, ninguna cede o bien una termina cediendo mucho.

Los intereses son las preocupaciones y deseos que la persona posee. Estos son los que motivan a los individuos, pero a la hora de la negociación esconden sus preocupaciones, temores y deseos, para sacar a flote su postura. Las posiciones es lo primero que es visible, y creemos que ese es lo que realmente motiva a la otra parte, pero realmente, los intereses motivan a las personas; son el resorte silencioso detrás del ruido de las posiciones. Su posición es algo que usted decidió. Lo que lo impulsó a decidir son sus intereses (Fisher y Ury, 1985).

Para separar a la posición del interés, podría utilizarse la pregunta ¿Qué es lo que desea? ante ello, recibiremos la parte superficial de la cual ya hablamos. Es decir, veremos la punta de ello, la posición o postura. Al preguntar las razones que motivan esa postura, recibiremos los intereses, por ejemplo, preguntando: ¿Por qué? ¿Para qué? Las respuestas deben identificarse claramente al oírse temores, necesidades o deseos. Con ello recibimos información relevante que nos impulse a conversar y sostener el enfoque en ello. De esa manera lograremos negociar por intereses y no en posiciones.



Certicalia.com

Las opciones: Invente opciones de mutuo beneficio

Al recibir la información que nos indique los verdaderos intereses o motivaciones que impulsan a las partes, será más sencillo pensar en opciones que nos ayuden a resolver el conflicto. Las opciones, irán acorde a los intereses de las partes. Aprender a generar opciones requiere de la aplicación de técnicas que pueden ser utilizadas por las partes para la discusión de ellas.⁵

Los criterios: Insista en usar criterios objetivos

Como hemos dicho, normalmente las negociaciones enfrascadas en posiciones tienden a jugar en base a voluntades, en donde existe una parte ganadora y

⁵ Las técnicas de generación de opciones podrá leerlas en el subtítulo de: Etapas básicas y técnicas aplicadas a los procesos de mediación y conciliación, de este manual.

perdedora. Este tipo de negociaciones están llenas de subjetividades y superficialidades emotivas que tienden a desvirtuar el diálogo y a generar suposiciones o conjeturas erróneas.

En la negociación basada en intereses pasa lo contrario, se reconoce la necesidad de negociar con información cierta y veraz, es decir, en base a criterios objetivos, constatables que permitan darle un marco de legalidad y certeza a la negociación. Los criterios objetivos son aquellos elementos que sirven a las partes para dar fuerza al argumento expuesto, por ejemplo, leyes, investigaciones, estudios, informes oficiales, etc. Nada que sea por suposiciones personales podría ser un elemento decisivo en la negociación. Al iniciar la negociación es recomendable retomar un punto para definir los criterios objetivos a utilizar.

La mediación y la conciliación

Etapas básicas y técnicas aplicadas a los procesos de mediación y conciliación

Identificando etapas básicas de la mediación y conciliación

Las etapas de los procesos de mediación y conciliación varían según la propuesta académica e institucional, entre ellos, el enfoque clásico de Lederach, o las fases propuestas por Ripol- Millet en el libro “Familia, trabajo social y mediación”, nos remiten a fases cuyos nombres cambian, pero en esencia se persigue el mismo fin. Sin embargo, para efectos de este manual propondremos seis etapas básicas que deben ser recogidas durante un proceso conciliatorio o de mediación:

Primera etapa: Introducción

En esta etapa se presenta el neutral ante las partes y explica las reglas del proceso, conceptos, principios, reglas de convivencia que deben ser consensuadas entre partes, persuade a los involucrados sobre la utilidad práctica del proceso utilizado y las felicitaciones por haber optado a resolver sus controversias por sí mismos, encomiándoles por la madurez que demuestran con ello. Las partes han de quedar claras sobre sus derechos y obligaciones y la labor del neutral en todo el proceso.

Segunda etapa: Obtención de hechos y compartir información

En esta etapa las partes explican desde su perspectiva la situación. Se resumen los puntos e información relevante. Se parafrasea para hacer aclaraciones y verificar si la información es la correcta y si así fue la intención de las partes. Se realizan las preguntas necesarias para aclarar dudas y vacíos en los hechos a fin de recabar información. Se prepara la agenda para organizar los puntos que han de ser analizados y discutidos.

Tercera etapa: Ordenamiento del conflicto y elaboración de agenda

Se organizan los puntos en agenda, debidamente formalizada y con conocimiento de las partes. Esta etapa es importante pues, jerarquiza en orden de prioridad los puntos que han de discutir las partes, evitando así el desorden y la emisión de información irrelevante.

Cuarta etapa: Identificar opciones para la solución de la controversia

Se aplican técnicas de generación y evaluación de opciones, para estimular a que las partes brinden ideas, que ayuden a resolver la problemática⁶. Se constata acá el rol de filtro y auxiliar del neutral. En el caso de la conciliación, el tercero puede proponer opciones. En la mediación el mediador no genera recomendaciones, pues son las partes quienes las emiten.

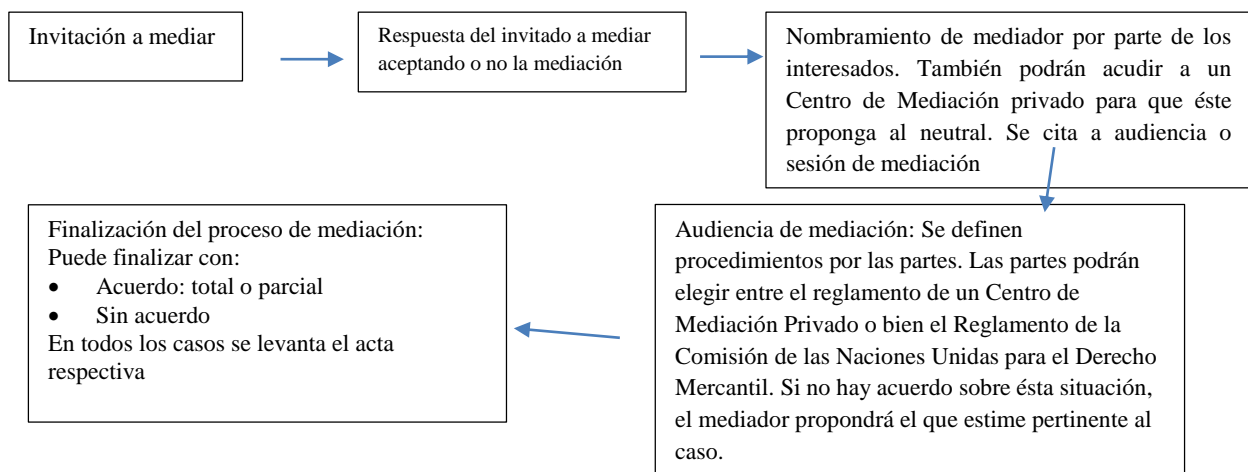
Quinta etapa: Preparación de posibles acuerdos

Se ha logrado levantar los puntos de potenciales acuerdos según las opciones aceptadas y reconocidas por las partes. Si las partes lo desean pueden consultar con sus asesores esta primera propuesta de acuerdos.

Sexta etapa: Elaboración de acta de acuerdo y culminación de la mediación

Las partes una vez estando de acuerdo con los resultados, proceden a firmar el acuerdo que han de cumplir. Se le es entregada a cada individuo una copia de cada documento. Se les recuerda a las partes los efectos y trascendencias de este acto. Concluye el proceso.

Estas etapas se ven reflejadas en el procedimiento establecido en la ley 540, ley de mediación y arbitraje de Nicaragua. Para facilitar su comprensión a continuación se detallará el flujograma básico⁷.



Fuente: Elaboración propia de los autores

⁶ Leer Técnicas aplicadas a los procesos de mediación y conciliación.

⁷ Para elaborar el presente flujograma se utilizó como referencia el capítulo II y III de la ley 540, pues de forma dispersa va desarrollado desde el artículo 8 al 20.

Técnicas aplicadas a los procesos de mediación y conciliación

Generando opciones

Según el diccionario de la real academia española la palabra opción proviene del latín *optio*, -ōnis. Relacionado a la libertad o facultad de elegir, a la acción de elegir o bien cada una de las cosas a las que se puede optar. Por otro lado, la palabra generación, según el mismo diccionario, afirma que su origen es del latín *generatio*, -ōni y se usa para describir la acción y efecto de generar, es decir, producir.

Con ambas definiciones podemos partir para aclarar el objeto de generar opciones en el marco de los MRAC. Delimitaremos para ello, a la etapa de generación de opciones como el proceso de creación y emanación de ideas a fin de evaluar y elegir posteriormente la más adecuada en la solución de asuntos entre partes involucradas en un conflicto. Su objetivo es lograr que las personas sugieran y exploren por sí mismas, de forma libre y abierta, la mayor cantidad de opciones que sean posibles para ellas. De tal manera se fomenta la capacidad creativa de las partes en aras de la construcción de soluciones.

En caso que las partes se estanquen en este proceso de generar opciones para resolver el conflicto, debe aclarárseles que no hay similitud entre generar las opciones y decidir sobre ellas, de tal manera que aún no se evalúan ideas, ni tampoco se valida su utilidad o viabilidad. Y una vez generadas las opciones, debe recalcarse o señalar cuales son las ideas prometedoras.

En este apartado se han seleccionado algunas propuestas que la doctrina en mediación ha preparado. Estas técnicas también son aplicables para el proceso de conciliación, pues a pesar de tener el conciliador un rol más activo, también existe la necesidad de generar opciones en conjunto a pesar de las propuestas o recomendaciones que éste pueda brindar.

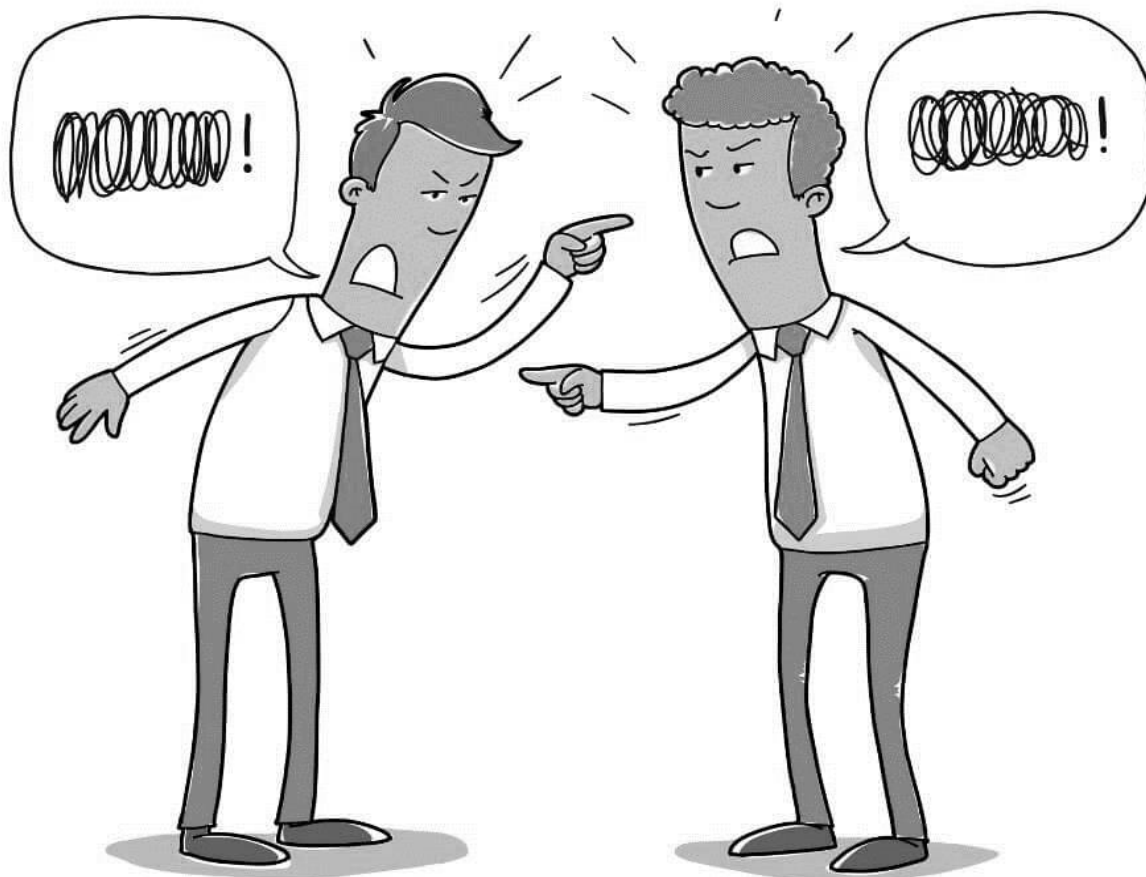
El triángulo de Mitchell

Una técnica que permite analizar la perspectiva de las partes en conflicto. Para Mitchell, los conflictos tienen 3 componentes que tienen influencia unos con otros:

- El contexto es la explicación que da cada una de las partes sobre el marco estructural del conflicto.
- La actitud es todo el conjunto de interpretaciones, posiciones ideológicas, sentimientos, etc. que inciden desde el otro, las actitudes que según la parte analizada tiene el contrario.
- La conducta englobada las acciones de una parte que molestan a la otra a la parte analizada.

Técnica de confrontación

Esta técnica es utilizada cuando el tercero neutral identifica que las partes no tienen clara su determinación, lo cual se evidencia cuando esta presenta contradicción tanto en su discurso, como en su lenguaje verbal y no verbal, poniendo a prueba las pretensiones expresadas por el usuario de forma tal que la contextualiza desde diferentes puntos de vista, que en ocasiones pueden llegar incluso a ser opuestos, con el objeto de que la parte no acepte un acuerdo que no cumplirá o se adhiera a planteamientos que no coinciden con sus intereses y necesidades.



lamenteesmaravillosa.com

Para aplicar esta técnica de manera efectiva el neutral debe poseer habilidades de:

- Escucha activa: que le permita detectar cualquier posible incongruencia,
- Lenguaje asertivo para poder formular de forma correcta la confrontación,
- Neutralidad e imparcialidad,
- Identificar la reacción de las partes en conflicto y
- Capacidad de reacción cuando la técnica no tenga el resultado esperado.

Reencuadre

“Nada es verdad ni es mentira, todo depende del cristal con que se mira” (William Shakespeare, s.f.). La estrategia centrada en las narrativas de las partes trata de facilitar la creación de una historia alternativa al conflicto, rescatando hechos que quedaron relegados en el relato. El trabajo de la persona neutral (entiéndase el tercero) con este tipo de estrategia es analizar los efectos de la historia alternativa y ayudar a que las partes se convenzan de esta nueva historia analizándola y, de esta forma, facilitar el acuerdo final. (Chimpén López y Sagrado García, 2011)

Técnica de recontextualización

Esta técnica permite a las partes modificar sus puntos de referencia en cuanto al conflicto, poniendo bajo contexto el asunto, en un escenario más específico o amplio lo cual ayuda al mediador a situar a la parte en otro punto de vista diferente al que ha expresado.

Técnica de legitimación y empowerment

Esta técnica es de suma relevancia para posicionar a las partes bajo la percepción de sí mismas en condiciones de igualdad, ya que la acción legitimadora, les aporta reconocimiento, es decir la parte se reconoce a sí misma como sujeto de valor dentro del proceso, lo que permite que dicha parte abandone la posición de amenaza que deriva de la falta de reconocimiento.

Diez Tapia hace referencia a tres pasos en el proceso de legitimar (Peña Yañes, 2013), El primer paso a seguir es detectar si las partes aportan razones y el tono del discurso es positivo, siendo así este procede a legitimar a las partes, una vez legitimadas las partes ante sí mismas, el neutral intentará el reconocimiento entre las partes lo que consiste en lograr que una parte vea a la otra de manera positiva, transformando los aspectos negativos.

Técnica de agente de la realidad

Ha de utilizarse cuando el tercero, considere o perciba que las partes están perdiendo la objetividad y la coherencia, resultando en pretensiones o percepciones irreales, es por tanto que este juega el papel de agente de la realidad y debe procurar, centrar la atención en la realidad a través de hechos y abstenerse de juzgar o aconsejar, manteniendo su neutralidad. En esta técnica el tercero, al mismo tiempo realiza preguntas que pongan de manifiesto lo posible de la propuesta, lo que da un aspecto valorativo a la opción. Con esta técnica es colocarse en la otra acera del argumento u opción planteada por una parte.

Técnica de resumen

Esta técnica centra su utilidad en, permitir cotejar si el tercero entendió bien el relato proporcionado por las partes, ya que este en un inicio suele ir acompañado de percepciones o datos inexactos debido a las posiciones iniciales que las partes asumen, permite establecer un modelo de comunicación adecuado y persigue lograr que las partes aprendan a gestionar

sus conflictos y ampliar sus puntos de vista. Luego de los planteamientos y opciones generados en cada sesión, el tercero debe emplear el resumen para recoger la información relevante y organizarla para favorecer la continuidad de la negociación⁸.

Técnica de enfocar al futuro

El empleo de esta técnica permite que las partes se desprendan del espacio temporal asociado al origen y desarrollo del conflicto, en miras al futuro en la búsqueda de soluciones, ha de enfatizarse la ventaja de olvidarse de situaciones pasadas que entorpecen la negociación, recordando el objetivo de las sesiones para el acuerdo de soluciones.

Técnica de connotación positiva

Se trata de una técnica reformulativa, consistente en eliminar los aspectos negativos de lo expresado por la parte por elementos positivos, se logra a través de breves pero frecuentes intervenciones durante el desarrollo de la mediación, lo que logra transformar la matriz comunicacional aportando a la transformación del conflicto.

Técnica de normalización

La técnica de la normalización se aplica en cuanto a desacuerdo y en cuanto al conflicto, el mediador ha de utilizarlo para que las partes perciban que lo expresado se encuentra dentro de los bordes de la normalidad, dejando por sentado que el desacuerdo es también algo normal y además necesario para poder alcanzar el acuerdo.

Técnica de reciprocación

En esta técnica se pretende, focalizar a las partes evitando achacarles partes de lo ocurrido en el conflicto, en vez de ello se busca que las partes reconozcan y asuman una responsabilidad en el todo del conflicto. “No se trata de identificar la parte de responsabilidad y mostrarla a los otros, sino de asumir que todos los implicados en un conflicto son parte actuante del mismo y, por lo tanto, parte responsable” (Peña Yañez, 2013).

Sesiones individuales “caucus”

Esta técnica es utilizada al identificar que una de las partes ha guardado información que podría ser valiosa o que no colabora como se espera. Al llegar a celebrarse estas reuniones individuales, debe aclararse a las partes que será con cada una de manera individual, bajo la misma cantidad de tiempo y condiciones. En la práctica lo más habitual es que no duren más de una hora.

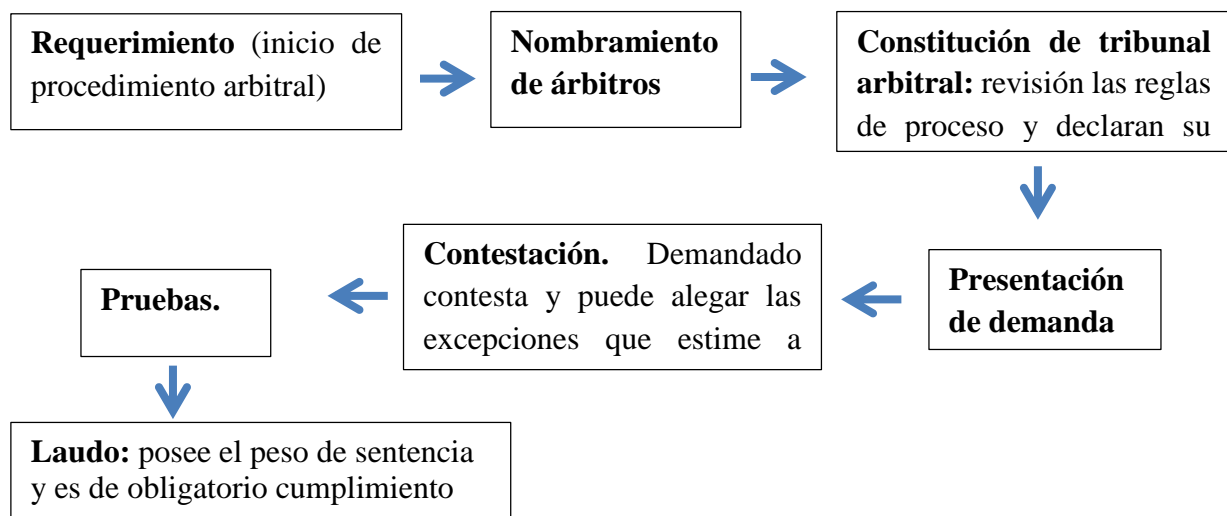
⁸ Al respecto, Peña Yañez nos aporta varios modelos de resumen: Resumen estratégico: En la práctica es el más empleado, no recaba toda la información, sino la que permite avanzar en la negociación, presentando el extracto libre de la parte discursiva de las posturas de las partes. Resumen de ordenación: Es utilizado como coadyuvante en el ordenamiento de ideas con el fin de que el interlocutor pueda presentar sus ideas de forma secuencial sin fraccionarlas. Resumen de agrupación: Tiene como objeto identificar y señalar las ideas comunes en la negociación y transformarla en una directriz para lograr acuerdos o consensos. Resumen de estructuración: El tercero neutral ayuda a la parte a estructurar su discurso dentro de un mensaje coherente, mediante la traducción del lenguaje inconexo en un mensaje estructurado.

Rotafolio o papelógrafo

Por medio de esta técnica las ideas son presentadas en forma de exposición, en un papelógrafo o un rotafolio. De esta manera se ayuda a que las partes centren su atención en los problemas y no en el rival, lo que les ayuda a trabajar en busca de opciones que resuelvan el conflicto. Al mismo tiempo el neutral controla el proceso siendo un facilitador de ese diálogo.

El arbitraje*Etapas básicas del proceso arbitral*

En Nicaragua, el proceso arbitral se encuentra regulado en la ley 540, “Ley de Mediación y Arbitraje”. Esta constituye un referente para el desenvolvimiento de proceso arbitral, el que podrá ser desarrollado en correspondencia con el reglamento interno del centro privado que administre arbitraje (esto en el caso de ser institucional) o bien en según las etapas que las partes determinen convenientes, sin contradecir las normas establecidas por la ley 540 en caso de ser arbitraje ad-hoc. En este apartado abordaremos las etapas básicas de proceso arbitral en un flujo grama, sin entrar en reglas específicas, o plazos legales, únicamente propondremos las etapas mínimas para el desenvolvimiento de mismo.



Fuente: Elaboración propia de los autores

Tendencia actual de los MRAC en el sistema procesal nicaragüense

Los MRAC en materia de familia

La naturaleza jurídica del derecho de familia puede considerarse mixta, pues la doctrina ha establecido un criterio ecléctico, que refuerza la naturaleza del derecho de familia

como un derecho: público-privado; público-social e inclusive de naturaleza trivalente, es decir, concilia dentro de sí los tres tipos de intereses.

Esta particularidad del derecho de familia, nos facilita la comprensión del rol del Estado en los conflictos que nacen en el núcleo familiar como propiciador y garante en la resolución de los mismos ya sea a través de sus mecanismos jurisdiccionales o a través de medios alternativos de resolución de conflictos.

El Código de Familia de Nicaragua (Asamblea Nacional, 2014, Ley 870, art.433), establece las pautas que deben regir la conciliación en materia de familia, si la conciliación se llevase a cabo ante un órgano no jurisdiccional se deberá atender a los parámetros de privacidad, pudiendo actuar las partes con o sin representación de un abogado, también se estipula la posibilidad de que el trámite conciliatorio se lleve a cabo ante el órgano jurisdiccional, actuando el juez como conciliador.

Conciliación en la vía administrativa: El Ministerio de la Familia, Adolescencia y Niñez está facultado para intervenir en los asuntos familiares sujetos a su competencia por la vía conciliatoria, a objeto de lograr acuerdos o compromisos entre las partes, como espacio de avenimiento a sus conflictos previo al proceso judicial. Los acuerdos pactados en el MIFAM tendrán fuerza ejecutiva, ejecución que deberá ser dirigida por el órgano judicial. (Nicaragua, Asamblea Nacional, 2014, Ley N° 870).

Conciliación en la vía judicial: Posterior a la interposición de la demanda, el juez especializado en materia de familia convocará a las partes a la audiencia inicial, que tiene como finalidad fijar los hechos litigiosos para posteriormente identificar cuál de estas pretensiones pueden ser conciliadas por las partes en la misma audiencia; las partes podrán efectuar junto a sus representantes debidamente acreditados acuerdos totales o parciales sobre las pretensiones, si las partes no llegaran a ningún acuerdo la ley les concede nuevamente intentarlo en cualquier momento del proceso, tanto en la audiencia inicial, de vistas o ejecución de sentencia inclusive en la apelación.

Los MRAC en el nuevo Código Procesal Civil

En el nuevo Código Procesal Civil se determinan de forma específica, las normas que rigen lo que conocemos como actos previos al proceso, destacando la relevancia de la mediación como requisito previo a la iniciación de un proceso judicial, determinando también las reglas durante el mismo y la competencia de la autoridad judicial en la ejecución de laudos arbitrales en caso de incumplimiento, de igual forma determina la competencia de la autoridad Judicial en la ejecución de actas de mediación y laudos arbitrales, también identifica a los sujetos facultados como autoridades especiales para realizar la mediación⁹.

Según establece el CPCN, las autoridades que están facultadas para ejercer la mediación son las sedes de la dirección de resolución alterna de conflictos –DIRAC- o en un centros autorizados y supervisado por la DIRAC, de igual forma los facilitadores judiciales,

⁹ El Código procesal civil establece, en su artículo 407 establece como requisito previo llevar a cabo un trámite de mediación. Cuando las partes no llegaran a un acuerdo o la persona citada no compareciere, el solicitante de la mediación podrá acudir al juzgado civil competente a plantear su demanda y adjuntar el acta de no acuerdo como comprobante de tal hecho.

autoridades comunales o territoriales, facultados por la Constitución Política, el reglamento emitido por la Oficina del Sistema Nacional de Facilitadores Judiciales y el Código Procesal Civil.

En atención a los momentos en los cuales se puede llevar a cabo la mediación, esta puede presentar las siguientes características:

Mediación previa: La parte interesada en un conflicto, acude ante la mediadora o mediador, con el fin de llegar a un acuerdo y evitar la judicialización, si la mediación se constituye y hay como resultado un acuerdo entre las partes, este gozará de fuerza ejecutiva. Como mencionamos con anterioridad la mediación constituye en el proceso civil nicaragüense uno de los actos previos al proceso, provistos de más relevancia.

Mediación durante el proceso: Una vez iniciado el proceso judicial, una o ambas partes podrán convenir una audiencia de mediación, aunque esta sea la fase de ejecución, a tal efecto se acudirá nuevamente ante la DIRAC o a los centros debidamente facultados por esta con el fin de la búsqueda de acuerdo, previa solicitud de suspensión del proceso por acuerdo de las partes.

Homologación: Las sentencias homologatorias persiguen dar validez a los acuerdos o convenios a los que lleguen las partes, para su validez la autoridad judicial debe examinar la procedencia de la homologación, si se refiere a cuestiones litigiosas, convenientes por las partes, o por lo contrario, se encuentren afectadas normas que atañen el orden público. En caso de duda, ante el peligro de violar tales principios, la autoridad judicial no dará lugar a la homologación.

Los MRAC y los facilitadores judiciales

El artículo 160 párrafo segundo de la Constitución Política (2014), reconoce la importancia de la participación ciudadana a través de los líderes tradicionales de los pueblos de la costa caribe y de las o los facilitadores judiciales, su principal objetivo es ayudar a descongestionar la administración de justicia, a través de los métodos alternos de resolución de conflictos en las comunidades. El Código Procesal Civil de Nicaragua CPCN establece la competencia de los facilitadores judiciales de mediar en materia civil, conforme el reglamento emitido por la dirección especializada en la materia, previa aprobación de la Corte Suprema de Justicia.

Los facilitadores judiciales deberán de mediar en los conflictos de su localidad, teniendo todas las técnicas que requiere un mediador para dirimir el conflicto y orientando a las partes las ventajas y desventajas de no llegar a un acuerdo en la vía extrajudicial.

¿Cuál debe de ser el perfil de un facilitador judicial?

Debe ser una persona acreditada por la Corte Suprema de Justicia, que goza de liderazgo social, comunal y sectorial, con vocación de servicio; que trabaja voluntariamente en beneficio de su comunidad para mejorar y garantizar el acceso a la justicia de los

pobladores, previniendo, orientando, acompañando y facilitando la resolución de los conflictos que se presenten en su comunidad o sector.

La persona del facilitador judicial, es electa por su comunidad, nombrado y juramentado por el Juez Local del municipio de su residencia, conforme las disposiciones del Reglamento del Servicio de Facilitadores Judiciales. Los facilitadores judiciales brindan sus servicios gratuitamente como auxiliares de la administración de justicia y son ejemplo de pacificación en su comunidad.

Bibliografía

Belloso, N. (2006). *Estudios sobre Mediación: La ley de Mediación Familiar de Castilla y León*. Castilla y León: Indipress.

Chile. Ministerio de Justicia Gobierno:

(2016). Gobierno de. (08 de 11 de 2016). Recuperado de <http://www.mediacionchile.cl/portal/2012-02-28-13-15-05/concepto>

(s.f). Nueva justicia de Familia. Recuperado de: <http://www.mediacionchile.cl/portal/2012-02-28-13-15-05/>

Chimpén López, C. & Sagrado García, M. (2011). *Mediación* (1st ed., p. 40). Buenos Aires: Editorial Universidad Adventista del Plata.

Clausewitz, C. (2003). *De la guerra* (1st ed.). Córdoba, Argentina: El Cid Editor.

Cohen, H. (1981). *Todo es negociables*. Barcelona: Editorial Planeta.

Depre, T. (1892). *El arte de la negociación*. Buenos Aires: Atlántida.

Escuela de Paz Jtatic Samuel (2016). *Análisis y Estrategia: Manual para la Transformación Positiva de Conflictos*. Mexico: SERAPAZ.

Fisher, R. y Ury, W. (1985). *Sí, de acuerdo! Cómo negociar sin ceder*. Bogotá: Norma S, A.

Gómez, J. (1998). *Resolución Alternativa de Conflictos*. Valencia.

Guillén, S. Arias, R. y Paniagua, F. (2011). *Manual de formación de negociación basada en intereses*. San José, Costa Rica: FUNPADEM.

Márquez Algara, M. (2000). *Mediación y administración de justicia*. México: Universidad Autónoma de Aguascalientes.

Mateo, S. (2010). Quienes somos, adonde vamos, origen y evolución del concepto de mediación. *Revista de Mediación* . 8-15.

Nicaragua, Asamblea Nacional (2005). Ley No. 540, *Ley de Mediación y Arbitraje de la República de Nicaragua*.

Peña Yañes, M. (2013). *El proceso de mediación, capacidad y habilidades del mediador*. Madrid: DYKINSON, S.L.

- Pardo, M. y Botana, V. (2000). *La mediación paso a paso*. Editorial Dykinson.
- IAEJ (2015). Reseña Histórica de los Métodos RAC. Recuperado de <https://es.slideshare.net/IAEJ/resea-historica-de-los-metodos-rac>.
- Colombia, Corte Constitucional (17 de septiembre de 2007). *Sentencia C 902/8*.
- Sequeira, B. (2016). La mediación penal en Nicaragua. *Cuaderno Jurídico y Político*, Vol. 1(2), 77.
- Stone, M. y Rubenstein, W. (2000). *Principios de Resolución de Alternas de Conflictos: Resúmenes expuestos y comentados*. Florida: Universidad de Florida.
- Tobón, J. (1997). Método Harvard de Negociación. Cómo negociar con inteligencia. Recuperado de [datateca.unad.edu.co/contenidos/102024/.../El-Metodo-Harvard-de-Negociacion.pdf](http://www.datateca.unad.edu.co/contenidos/102024/.../El-Metodo-Harvard-de-Negociacion.pdf): <http://www.datateca.unad.edu.com>.

Variables psicosociales en las transgresiones de adolescentes y el rol de psicólogas/os en la Mediación Penal Juvenil

Soledad M. Rodríguez Orsi

Recibido: 20.06.2017 / Aceptado: 27.07.2017

RESUMEN

La psicología en el ámbito de la justicia busca, primordialmente, comprender las motivaciones de las conductas transgresoras, a la vez que estudia la manera en que las normas o leyes influyen en la sociedad.

En este artículo se exploran las variables psicosociales que circundan a los adolescentes que infringen las leyes en Argentina, España y Nicaragua, con el objetivo de alcanzar una lectura más acabada de la compleja cuestión de las transgresiones en la infancia y adolescencia.

Se exponen también, los mecanismos y usos de la Mediación Penal Juvenil en estos países y el rol que desempeñan las psicólogas/os que intervienen en el proceso.

El estudio comparado que aquí se implementa, permite dar visibilidad a la situación actual de los menores en diferentes regiones y generar posibles enriquecimientos recíprocos.

PALABRAS CLAVES

Adolescentes, transgresiones, psicología, mediación penal juvenil.

ABSTRACT

Psychology in the field of justice seeks, primarily, to understand the motivations of transgressive behavior, and at the same time study the way in which norms or laws influence society.

This article explores the psychosocial variables that surround adolescents who break the laws in Argentina, Spain and Nicaragua, in order to reach a more complete reading of the complex situation of transgressions in childhood and adolescence. The mechanisms and uses of Juvenile Criminal Mediation in these countries and the role played by psychologists who are involved in the process are also discussed. The comparative study that is implemented here, allows to give visibility to the current situation of the children in different regions and to generate possible reciprocal enrichments.

KEYWORDS

Adolescents, transgressions, psychology, juvenile criminal mediation.

Introducción



Soledad M. Rodríguez Orsi (1986). Máster universitario en intervención y mediación familiar y candidata a Doctora en ciencias de la comunicación por la Universitat Jaume I, Comunidad Valenciana, España
Contacto: soledadrodriguez@hotmail.com

La psicología y el derecho son dos disciplinas que se encuentran en diálogo constante. Este puente está enmarcado en la especialidad de la psicología jurídica; ciencia que tiene sus técnicas propias y desde la cual confluyen ambos campos científicos.

Está claro que la psicología debe aportar al derecho lo que éste necesita para dilucidar (o al menos acercarse) a la *verdad* sobre lo acontecido (Varela, Álvarez y Sarmiento, 2002). Sin embargo, desde el modelo de *complementariedad*, la psicología va más allá y no sólo responde, sino que también cuestiona al derecho, ya que se encarga de comprender las motivaciones de las conductas marginales y la influencia que las leyes tienen sobre las personas y las sociedades (Garrido, 1994).

Desde el paradigma de la complementariedad, tanto la psicología, como el derecho y otras ciencias sociales van a buscar explorar la pluralidad de realidades sociales, económicas, políticas, familiares, educativas y psíquicas que confluyen en el comportamiento transgresor de una niña, niño o adolescente.

Los organismos internacionales de derechos humanos que velan por las buenas prácticas de una justicia juvenil eficiente y justa, han proclamado diversos instrumentos en busca de garantizar un tratamiento acorde, no solo al desarrollo evolutivo de los menores, sino también a las realidades que los circundan, las que generalmente dejan a los niños y adolescentes de los sectores más vulnerables, en situaciones de desamparo y desprotección.

Dando cuenta de esto, los estándares internacionales constituyen los principios de intervención mínima y de especialidad en los que se enmarca la mediación penal juvenil. Tanto Argentina como España y Nicaragua adhieren en sus Constituciones Nacionales y en normativas especiales a los tratados internacionales, pero, veremos a continuación la realidad actual en que se encuentran los y las adolescentes de esas regiones y qué uso se hace actualmente, en los tres países, de la mediación en justicia penal juvenil.

Aspectos psicológicos y sociales vinculados a los comportamientos transgresores de niñas, niños y adolescentes.

Resulta necesario señalar que, cuando hablamos de *transgresión* se puede estar haciendo alusión a un concepto con una connotación positiva como negativa. La primera acepción –la positiva–, se utiliza cuando ciertas acciones transgresoras permiten romper

tabúes y prejuicios de una cultura, o cuando permiten la autoconservación del sujeto, su autonomía, libertad y/o dignidad (Carpintero, 2012).

En contrapartida, la connotación negativa señala conductas antisociales o también comportamientos que son tipificados como faltas o delitos en los códigos penales (Varela, 2002). Es decir, cuando se trata de conductas que difieren de lo que la sociedad espera, adopta -¿o se le impone?- como ético, “normal”, esperable o políticamente correcto, tras lo cual se busca poner un límite o coto, cuestión que se efectiviza mediante la norma, la ley, estatutos y los llamados “usos y costumbres” (Carpintero, 2012).



blogspot.com

Ahora bien, como señalan Varela (2002) éstas conductas transgresoras tienen que ver con diversos factores que directa o indirectamente han incidido para que tal comportamiento transgresor tuviera lugar. Quienes también coinciden en que la psicología jurídica debe encargarse de comprender las motivaciones de las conductas delictivas.

En este sentido, según la autora Marchiori (1992) la comisión de un delito puede explicarse -desde un punto de vista clínico- como un doble fracaso. Por un lado, se trata de un fracaso a nivel individual en el sentido de la falla de los mecanismos de defensa psíquicos que existen para controlar los impulsos agresivos (represión, sublimación, etc.), y por el otro lado, un

fracaso a nivel social, es decir, fracaso del núcleo familiar y de las instituciones en general que debieran evitar el delito.

Cabría preguntarse, entonces; ¿qué sucede -o ha sucedido, previo al hecho delictivo- con los derechos fundamentales que se debieran garantizar de las niñas, niños, adolescentes que infringen las leyes?, ¿no significa, acaso, una falla del sistema de protección social, cuando un niño, niña o adolescente en formación comete un delito?

Domínguez y Di Nella (2007) pueden estar echando luz sobre esta cuestión cuando advierten que no existe peligrosidad en las personas si antes no han sido vulnerables.

Las variables psicosociales en los datos estadísticos oficiales

Cuando se observan las estadísticas –en este intento por comprender las motivaciones de las conductas delictivas- se puede dar cuenta de innumerables situaciones de desamparo y desprotección en que se encuentran niñas, niños y adolescentes tanto en Argentina como en España y Nicaragua (Ver cuadro 1).

En el caso de Argentina, según el informe de UNICEF Argentina (2016)¹, en el país hay 5,6 millones de chicos y chicas pobres, es decir, un 47.7% del total de la población de personas menores a 18 años. Además, entre esos 5,6 millones, hay 1.300.000 que se encuentran en la indigencia, es decir que apenas pueden alimentarse diariamente. A su vez, el estudio muestra que la incidencia mayor de la pobreza se verifica para el grupo de 13 a 17 años (51%).

Una situación diferente se presenta en España y en Nicaragua. Según el Instituto Nacional de Estadística de España (INE) del año 2016, el 92.65% de chicos vinculados al sistema penal juvenil residen en una vivienda que presenta buenas condiciones de habitabilidad. En Nicaragua, según datos del año 2012 de la Oficina Técnica para el Seguimiento del Sistema Penal de Adolescentes (OTSSPA) de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, el 76% de adolescentes en conflicto con la ley vive en zonas urbanizadas.

Con respecto a la variable de los vínculos familiares, basándonos en los datos de las fuentes mencionadas anteriormente, en Argentina el 46.04% de la población menor de 18 años vive en un hogar con ingresos inferiores a los necesarios para pagar una canasta familiar básica. En Nicaragua, de los adolescentes en conflicto con la ley en 2012: el 72.27% de los chicos vivía en hogares con ausencia del padre y el 9.04% con ausencia de la madre. El 19.96% vivía con ausencia de ambos progenitores, el 26% sufrió violencia intrafamiliar y el 20.32% violencia institucional (generalmente, de la fuerza policial).

¹ Estudio en el que colaboraron también el Instituto de Estudios Laborales y del Desarrollo Económico de Argentina (IELDE), y el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC) de Argentina y en el cual se aclara que se hace referencia a la palabra “pobreza” como pobreza monetaria.

En cuanto a la inclusión en instituciones educativas de los adolescentes vinculados a los sistemas de justicia juvenil de estos tres países, se puede concluir que: en Argentina, según datos del Ministerio de Justicia de la Nación (2015), el 16% de adolescentes no culminó sus estudios primarios, un 17% sí lo concluyó y un 64% tienen la escolaridad secundaria incompleta (esto reúne a quienes aún están cursando y a quienes abandonaron). De acuerdo a los datos del INE en España: entre el 53-68% no está escolarizado y el 52% abandonó la escuela. En Nicaragua, según OTSSPA (2012) el 88.80% de los adolescentes tiene la primaria incompleta. Existiría, por tanto, un gran número de menores que no se encontrarían inmersos en el sistema educativo.



Psicólogo infantil en Barcelona | psicologiainfantilyfamilia.com

En cuanto al aspecto psicológico, debe aclarar que la vasta literatura sobre el tema muestra que; resulta dificultoso delimitar la cuestión de la “delincuencia” en la infancia y la adolescencia ya que se trata, en ambos casos, de una personalidad que se encuentra en proceso de desarrollo, evolución y maduración y que por tanto no es estática ni determinada. Si bien, en mucho tiene que ver el proceso de socialización que puedan haber construido los adolescentes desde su pequeña infancia (Serrano y López, 2006), son muchos los factores que se interrelacionan.

Un estudio realizado por las autoras españolas Cuervo y Villanueva (2013) da fuerzas a éstas teorías; ellas mencionan que “existe un porcentaje muy significativo de menores que cuentan con un solo expediente (61.43%) en sus trayectorias penales, y por lo tanto, una tasa de reiteración delictiva del 38.57%, frente al grupo de menores con una trayectoria delictiva más larga o persistente” (p. 65). Es decir, que al tratarse de una personalidad en evolución, las trasgresiones de los adolescentes, en ocasiones, tienen que ver con un episodio aislado y no con una trayectoria delictiva.

En esta línea, la investigación llevada a cabo por Carrasco, García y Zaldívar (2014) da cuenta de que “algo más de uno de cada cuatro menores que se encuentra ejecutando una medida judicial han tenido contacto con los servicios de protección” (p. 33). Por tanto, a partir de los datos hallados, el transcurrir por los sistemas de protección podría considerarse un factor de riesgo.

Ante tal panorama de riesgo y vulnerabilidad, pareciera sustancial adoptar medidas que no insistan en castigos punitivos, sino mediante las cuales se logre una reeducación y reintegración social de los sujetos en conflicto con la ley.

Cuadro 1: Variables psicosociales sobre la situación de la infancia y la adolescencia en Argentina, España y Nicaragua.

VARIABLES	ARGENTINA	ESPAÑA	NICARAGUA
Entorno Social y económico	El 31% está en la línea de pobreza (2016). 1 de cada 3 niños/as está en situación de pobreza (2016).	92,65% reside en una vivienda que presenta buenas condiciones de habitabilidad (INE).	76% vive en zonas urbanas (OTSSPA, 2012)
Vínculos familiares	46% vive con ingresos inferiores a los necesarios para pagar una canasta básica familiar (2016)	del 40% de los casos: 70% familia biparental 19% monoparental 7% reconstituida (INE, 2014)	72.27% Ausencia de padre; 19.96% Ausencia ambos 26% Violencia intrafamiliar 20.32% Violencia institucional
Aspectos escolares	45.44% No hace actividad educativa ni deportiva 64% escolaridad inc. 3% terminó el secundario (2015)	Entre 53-68% no está escolarizado. El 52% abandonó la escuela (2014)	88.80% primaria incompleta 15.39% terminó 1.80% no tiene ocupación

Características psicológicas	61.43% Con 1 solo expte. Tasa de reiteración de delito baja (38.57%)	Informe bio-psico-social a los condenados.
Consumo de sustancias	32.05% Consume alcohol, 36.64% drogas 1.6% fármacos (INE, 2014)	30% consume sustancias ilegales y alucinógenas

Fuente: Elaboración propia en base a datos del Instituto Nacional de Estadística de España (INE) del año 2016; UNICEF Argentina, 2016 y Oficina Técnica Para el Seguimiento del Sistema Penal de Adolescentes (OTSSPA) de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua del año 2012.

La Mediación Penal Juvenil en el paradigma restaurativo

La Mediación Penal Juvenil (MPJ) se inscribe dentro del paradigma de la justicia restaurativa. En dicho paradigma se entiende, en sentido amplio, que el fin último de la justicia debe ser la recomposición y armonía de los lazos sociales en la comunidad (Álvarez, 2008; Braithwaite, 1999; Duff, 2015).



Restaurar antes que castigar, el desafío de la justicia para adolescentes | lapublica.org.bo

El modelo jurídico con enfoque restaurativo desaprueba y confronta el delito, a la vez que tiende a respaldar la reconciliación o el encuentro entre las personas: buscando restablecer relaciones, o al menos construyendo, en conjunto, soluciones que permiten abordar el conflicto pacíficamente.

Debemos recordar que, en busca de garantizar un tratamiento acorde a su desarrollo y capacidades evolutivas, los organismos internacionales de derechos humanos han previsto -no sin grandes dificultades y demoras-, instrumentos jurídicos mediante acuerdos y tratados que garantizaran a los adolescentes y jóvenes un tratamiento diferenciado del de los adultos.

Estos estándares marcan dos ejes fundamentales que debieran guiar las buenas prácticas de un sistema de justicia juvenil: la prevención (como garantía de derechos fundamentales) y la especialidad (dando respuesta diferenciada a cada menor) (Beloff, 2011; Guemureman, 2015). Argentina, España y Nicaragua suscribieron mediante sus Constituciones Nacionales

y/o legislaciones específicas, a los diversos tratados internacionales que buscan instaurar un enfoque restaurativo y diferenciado en el sistema de justicia juvenil.

Sin embargo, como se ha visto en el apartado anterior mediante los datos estadísticos, existen factores de riesgo vinculados a las transgresiones que aún persisten -y que en algunas regiones se agravan con el tiempo-, ya que ni en todos los países las legislaciones están debidamente adecuadas, ni se garantizan los derechos fundamentales de todos los sujetos, ni tampoco se llevan a cabo las buenas prácticas que éstos tratados promulgan en las praxis institucionales cotidianas.

¿No sería entonces, una obligación y una responsabilidad de las instituciones del Estado proveer a dichos adolescentes a quienes -según datos oficiales- ya ha desprotegido y postergado en sus derechos; la real posibilidad de al menos, no quedar por fuera del entramado social?

Algunas características de la Mediación Penal Juvenil en Argentina, España y Nicaragua

Se crean procedimientos jurídicos como la Mediación Penal Juvenil (MPJ) con el fin de dar acceso a una forma de justicia diferenciada y especializada para los adolescentes, pero también con un sentido reintegrativo, puesto que se busca que el/la menor no quede estigmatizado/a y etiquetado/a socialmente tras su contacto con el sistema judicial (Márquez, 2005).

Entre sus particularidades, la MPJ no se realiza como tal en ninguno de los tres países, sino que adopta el nombre de conciliación. Esto es así debido a algunas diferencias entre los dos procedimientos como la imparcialidad del conciliador, la igualdad entre las partes, etc. La conciliación se enmarca como un proceso extrajudicial, en el cual cobra gran importancia tanto la desjudicialización (haciendo caso al principio de intervención mínima) como su capacidad de responsabilizarse y su voluntad; ya que simbolizan los aspectos fundamentales de un paradigma que marca una nueva forma de resolver conflictos entre sujetos, diferenciándose del litigio, la rehabilitación, la protección y el castigo que establece el sistema punitivo.

En este sentido, Varela (2002) explican que mediante el procedimiento de la MPJ, la justicia juvenil pone el acento en el sujeto de la falta –la menor niña, niño o adolescente- y no en la acción delictiva en sí como sucede con los adultos.

Ahora bien, cabe reparar en las características que el sujeto de la falta debe presentar para que se inicie una MPJ. En este aspecto, cada país en su normativa establece diferentes requisitos exigibles a los menores susceptibles de atravesar este procedimiento.

Tanto Argentina como España y Nicaragua mantienen algunas particularidades y divergencias (Ver cuadro 2):

- Las legislaciones de los tres países coinciden en que se trata de un acto voluntario con el fin de reparar el daño ocasionado.
- En cuanto al delito o la falta cometida: la legislación española mediante la ley orgánica 5/2000 de responsabilidad penal del menor, establece que necesariamente debe tratarse del primer delito cometido. En el caso de Argentina la ley 22278 de régimen penal de la minoridad sugiere que pueden realizarse sucesivas MPJ siempre que el/la menor haya cumplimentado los acuerdos realizados anteriormente y que hayan transcurrido mínimo cinco años tras la firma del anterior acuerdo. Ambos países establecen que el delito del que se acuse al/la menor no debe ser de gravedad, es decir, que no se haya utilizado ni la violencia ni la intimidación. Nicaragua, mediante el código de niñez y adolescencia, ley 287, establece que la conciliación no procederá en los delitos cuya pena merezca medidas de privación de libertad, pero no establece la cantidad ni tiempo transcurrido entre una u otra conciliación.
- Argentina y España instauran la responsabilización de los actos por parte del menor y la actitud activa frente a la reparación del daño ocasionado como condición sine qua non para que exista MPJ. Nicaragua establece que es suficiente con que existan indicios de la participación del adolescente sin ser necesaria su aceptación sobre la comisión del hecho.
- Sobre la víctima: en España la legislación es muy clara y habilita a hacerse conciliaciones cuando las víctimas son menores de edad. En Argentina depende; en algunas provincias se prohíbe éste procedimiento, en otras es posible siempre que el menor sea menor de 16 años (no punible) y en otras provincias se utiliza para casos de menores punibles y no punibles. Nicaragua no aclara esta posibilidad en la ley 287, pero por jurisprudencia se han realizado conciliaciones entre menores, siempre que el menor víctima este acompañado de sus representantes legales y de su representante legal.

Los roles de los profesionales también poseen divergencias, de acuerdo a las normativas vigentes en cada uno de estos territorios como se detallará a continuación.

Cuadro 2: Normativas y estadísticas sobre el uso de la Mediación Penal Juvenil

	ARGENTINA	ESPAÑA	NICARAGUA	
Mediación Penal juvenil	Ley 13.433 (2006) Mediación Penal. Modificada por Ley 13.943.	Ley Orgánica 5/2000 de Responsabilidad Penal de los Menores	Ley 287 (1998) Código de Niñez y Adolescencia	Legislación

De 1.142 menores al 78.85% medidas socioeducativas. No figuran datos MPJ (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2014).	De 36.000 medidas, 14% se resolvieron por MPJ (INE, 2014). En 2015 de 23.000 medidas, el 40% fue la libertad vigilada (INE)	De un total de 3799 expedientes, solo el 3.24% se resolvió mediante conciliación. (OTSSPA, 2012)	Uso de la MPJ
Informes psicosociales, entrevistas, mediaciones. Asesoramiento a jueces y fiscales	Informes psicosociales Entrevistas-evaluaciones al menor y su familia Asesoramiento a jueces y fiscales	Informe bio-psico-social cuando se condena al adolescente	Rol Psicólogo/a

Fuente: elaboración propia en base a datos del Instituto Nacional de Estadística de España (INE) del año 2016; UNICEF Argentina, 2016 y Oficina Técnica Para el Seguimiento del Sistema Penal de Adolescentes (OTSSPA) de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua del año 2012.

Rol de las psicólogas/os en las intervenciones

En este aspecto, también los países mantienen sus diferencias. Mientras que Argentina y España cuentan con equipos interdisciplinarios a la hora de llevar a cabo las mediaciones penales o conciliaciones con sujetos menores de edad, en Nicaragua es la figura del juez quien las lleva adelante.

En España, el Equipo Técnico Interdisciplinario (ET) del juzgado de menores debe estar conformado –según legislación vigente 5/2000- por trabajadores/as sociales, educadores/as sociales y psicólogos/as. Son éstos últimos los que llevan a cabo las entrevistas evaluadoras y preliminares tanto con el adolescente como con su grupo de convivencia y núcleo familiar. De este modo, el ET realiza dos grandes funciones: producir informes e intervenciones psico-socio-educativos con el objetivo de informar y asesorar a jueces y fiscales de menores sobre qué medida judicial o extrajudicial es la que más se adecua a las características del menor y a sus necesidades (López, 1999) y llevar adelante la mediación extrajudicial entre el menor infractor y la víctima/perjudicado.

En Argentina la situación se complejiza puesto que, la ley nacional 22278 de régimen penal de la minoridad es una ley del año 1978, época oscura de la historia Argentina atravesada por una dictadura cívico-militar. Desde aquellos tiempos no se ha modificado la normativa a nivel nacional en materia de justicia penal juvenil, aunque sí se ha logrado hacer a nivel provincial. Sin embargo, en ninguno de los casos cuentan con una ley específica de mediación para la justicia penal juvenil, pero sí algunas de las leyes contemplan su aplicación a procesos penales en que estén imputadas personas menores de edad.

De este modo, la mayoría de las provincias argentinas han logrado adaptarse a lo que plantean los estándares internacionales de derechos humanos, a los que Argentina abonó en su Constitución Nacional (reformada en 1994). Estos territorios provinciales cuentan con equipos interdisciplinarios tal como en el caso español y nicaragüense. Pero, a diferencia de Nicaragua por ejemplo, son los profesionales de la salud mental los que dirigen las mediaciones penales en conjunto con abogados, además de hacer informes y asesorar a jueces y fiscales.

Los equipos interdisciplinarios en Nicaragua hacen informes bio-psico-sociales una vez que se haya comprobado la comisión del delito por parte del menor y que esos delitos se correspondan a la medida de privación de libertad. Este equipo no lleva adelante las mediaciones o conciliaciones sino que lo hace el juez de menores.

Conclusiones

La situación de la infancia y la adolescencia, especialmente en Latinoamérica, está atravesada por un marcado olvido de las instituciones que debieran tener la obligatoriedad de proteger y garantizar sus derechos, aunque sea, los fundamentales.

De este modo, la cuestión de la “delincuencia” juvenil -enmarcada en estos contextos-, no hace más que poner de manifiesto el peor de los síntomas de las sociedades actuales y por ende, el rotundo fracaso de las instituciones estatales en instancias proteccionistas.

Se han expuesto datos que arrojan las estadísticas oficiales de Argentina, España y Nicaragua, las cuales demuestran que existe una pluralidad de realidades que atraviesan fronteras y que están vinculadas -directa o indirectamente- a los y las menores que transgreden las leyes.

Con este aporte no se intenta correr de foco la gravedad que presentan algunos de los delitos cometidos por adolescentes -que por cierto son muchos menos, en cantidad, de lo que comunican los medios de comunicación o ciertos sectores políticos represivos²-, sino, que se pretende contribuir a un debate que sea reflexivo y crítico y que, profundizando y visibilizando las situaciones reales, se logre salir de las dicotomías seguridad-inseguridad y de las soluciones punitivas simplistas, que bien sabemos, han favorecido a agravar estas problemáticas.

Tampoco se busca colocar la mediación penal juvenil como una solución mágica a la problemática planteada, pero sí de poder repensarla como una medida que -dentro del enfoque restaurativo- permite abordar la problemática de manera integral, con el adolescente, su familia, las instituciones del Estado y la comunidad.

Al mismo tiempo, mediante la mediación o conciliación, se evitan las consecuencias negativas que traen el sometimiento penal y la institucionalización, es decir; la

² Ver: Salgado, 2015, pp. 551-584.

estigmatización y la reincidencia. Un estudio realizado por un grupo de investigadores/as españoles/as, demuestra que las tasas de reincidencia son mucho más bajas tras una mediada extrajudicial como la conciliación en relación a otras medidas; lo que señala la efectividad y el carácter educativo que tiene la misma (Campillo, Badenes y Pérez, 2015).

En cuanto a las diferencias y divergencias entre Argentina, España y Nicaragua vale la pena rescatar algunas de ellas con la intención de generar posibles enriquecimientos recíprocos.

Como primer punto, es necesario subrayar que Argentina necesita debatir y construir de manera urgente una nueva ley de responsabilidad penal juvenil integral y respetuosa de los derechos humanos. Esto de ninguna manera debe significar continuar ahondando en la cuestión de la baja de la edad de punibilidad (en Argentina es a los 16 años), sino encuadrar el debate en la necesidad de aplicar los tratados internacionales que mediante la Constitución de 1994 el país asumió y en fortalecer las redes institucionales del ámbito de protección y prevención del Estado.

En este sentido, aun con diferencias y/o dificultades en las prácticas –que también se observan en territorio argentino-, las normativas sobre esta temática en España y Nicaragua se encuentran actualizadas y acorde a lo que promulgan dichos organismos internacionales.

Por otro lado, la legislación española y la jurisprudencia nicaragüense han demostrado menos limitaciones en cuanto a hacer conciliaciones entre infractor/a y perjudicado/a cuando ambos/as son menores de 18 años. En Argentina esto depende de la legislación de cada provincia, lo cual remite nuevamente a la necesidad de actualizar la normativa nacional.

Es de destacar también que; el código de la niñez y la adolescencia de Nicaragua permite llevar a cabo conciliaciones aun cuando él o la menor no hayan reconocido su participación en los hechos, cuestión que no es admisible en los otros dos países, al contrario, es condición *sine qua non* para poder adoptar esa medida. Esto nos lleva a reconsiderar en qué lugar quedaría el otro u otra –y el contrato humano de respeto e igualdad- que el adolescente avasalló en sus derechos, ante la ausencia de la responsabilización de éste sobre sus actos.

A su vez, llama la atención que en Nicaragua la MPJ es realizada por los jueces, esto difiere de lo que sucede en Argentina y España donde la dirigen los profesionales de equipos interdisciplinarios. En este sentido, sería interesante que en el plano nicaragüense se pudiera establecer el debate sobre cuál es el aporte de psicólogos/as, educadores/as y trabajadores/as sociales en la justicia juvenil y especialmente en las mediaciones o conciliaciones.

Por otro lado, a la hora de analizar el uso de ésta medida en los tres países, es necesario tener en cuenta varios factores: la cantidad de habitantes de cada país, el nivel de violencia utilizado en las faltas o delitos cometidos (elemento que impide un proceso conciliatorio) y la capacidad de las instituciones comunitarias y/o escolares de resolver conflictos mediante conciliaciones sin llegar a la instancia judicial.

Con el afán de repensar y abordar la cuestión de las transgresiones en la infancia y la adolescencia de manera más respetuosa y asumiendo sus complejidades, parece oportuno

recordar que la vulnerabilidad psico-social implica el grado de fragilidad psíquica que todo sujeto presenta por haber sido desatendido/a en sus necesidades psicológicas y sociales básicas (Domínguez y Di Nella, 2007).

Por tanto, pareciera que intentar dar soluciones desde la lógica represiva y simplista no haría más que continuar agravando la vulnerabilidad a la que niñas, niños y adolescentes se encuentran expuestos desde hace décadas; cuestión ésta que no debiera pasar por alto ningún/a profesional que pretenda abordar la temática de manera ética y responsable.

Bibliografía

- Braithwaite, J. (1999). Restorative Justice: Assessing optimistic and pessimistic accounts. *Crime and Justice*.
- Beloff, M. (2011). Justicia Penal Juvenil. ¿Qué se juega en la modificación del régimen? *Revista Encrucijadas*, 53, 35-41.
- Campillo A., Villanueva B. y Pérez J. (2015). La conciliación víctima-infractor: Su repercusión en la reincidencia de menores infractores. *Calidad de vida y Salud*. Universidad de Flores. Buenos Aires, Argentina 8, (2), 118-130.
- Carpintero, E. (2012). La transgresión cuestiona lo natural del orden de la cultura. *Revista TOPIA*. Recuperado de <https://www.topia.com.ar/articulos/transgresi%C3%B3n-cuestiona-lo-natural-del-orden-cultura>.
- Carrasco, N., García, J., y Zaldívar, F. (2014). Estimación y caracterización de los antecedentes de protección de los menores infractores. *Anuario de Psicología Jurídica*, (24), 31-35.
- Cuervo, K. y Villanueva, L. (2013). Reiteración y Reincidencia delictivas en menores españoles con expediente Judicial. *Revista Mexicana de Psicología*, 30 (1), 61-68.
- Domínguez L. y Di Nella, Y. (2007). *¿Es necesario encerrar? El derecho a vivir en comunidad*. Buenos Aires, Argentina: Koyatun.
- Duff, A. (2015). *Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno.
- Sobral, J., Arce, R. y Prieto, A. (s.f). *Manual de Psicología Jurídica*. México: Paidós.
- Guemureman, S., Debandi, N., Graziano, F., Herrera, M., Jorolinsky, K., López, A.L., Pasin, J. y Salgado, V. (2015). *Políticas penales y de seguridad dirigidas hacia adolescentes y jóvenes*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- López, P. (1999). Programa de mediación y reparación en la justicia de menores. *Zerbitzuan: Gizarte Zerbitzuetako Aldizcaria*, 37, 19-26.
- Marchiori, H. (1992). *“Criminología Crítica” en Delito y personalidad*. Córdoba: Marcos Lerner.
- Márquez, B.(2005). La mediación en la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores: conciliación y reparación del daño. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, (7), 14.
- Serrano, A. y López, M. (15 de septiembre de 2016) ¿Qué es esa cosa llamada violencia? Suplemento del Boletín Diario de Campo. Recuperado de <http://online.ucv.es/>.

UNICEF (2017). La pobreza monetaria en la niñez y la adolescencia en Argentina. Recuperado de https://www.unicef.org/argentina/spanish/La_pobreza_monetaria_en_la_ninez_y_adolescencia_2017.pdf.

Varela, O., Alvares, H. y Sarmiento, A.(2000). Psicología Forense: Consideraciones sobre temáticas centrales. Abeledo-Perrot.

Las bases conceptuales de los derechos humanos:

Hacia una teoría crítica

Franco Gatti

Recibido: 18.07.2017 / Aceptado: 17.08.2017

RESUMEN

Los derechos humanos, como discurso de la dignidad humana, han sido históricamente identificados con la naturaleza humana y calificados como innatos, universales, imprescriptibles e inderogables. Sin embargo, las conquistas más sustanciosas de nuestros tiempos demuestran que solo desde una perspectiva crítica es posible desafiar a las estructuras teóricas tradicionales y conservadoras. En efecto, resulta imperioso colocar el énfasis en los necesarios debates que deben librarse alrededor del concepto y los fundamentos de los derechos humanos, incluso desde la propia óptica del Sistema Interamericano de Protección.

PALABRAS CLAVES

Derechos humanos, iusfilosofía, teoría crítica, epistemología, naturaleza.

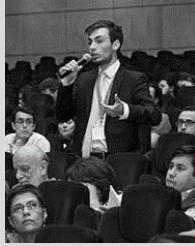
ABSTRACT

Human rights, as a discourse of human dignity, have been historically identified with the human nature and qualified as innate, universal, inalienable and non-derogable. However, the more substantial achievements of our times show that only from a critical perspective it is possible to challenge the traditional and conservative theoretical structures. Indeed, it is imperative to place the emphasis on the necessary discussions about the concept and the foundations of human rights, even from the point of view of the Inter-American System or Protection.

KEYWORDS

Human rights, iusphilosophy, critical theory, epistemology, nature.

Los derechos humanos y la matriz iusfilosófica



Franco Gatti

Abogado, diploma de Honor, por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, Argentina. Doctorando en derecho y maestrando en derecho público. Docente de la facultad de derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Contacto: francogatti517@hotmail.com

La teoría general del derecho nutre desde el conflicto ideológico y delinea el marco óptico para ingresar en la especificidad con coherencia y compromiso, talla un cristal para atravesar a las normas que interactúan en tiempo y espacio. Por ello, es prudente poner de relieve los resultados irreversibles que emergen de las posiciones iusfilosóficas y se trasladan al análisis de los derechos humanos. Es preciso, delinear brevemente las tensiones históricas que disputaron la definición del derecho, para ingresar en la conceptualización de los derechos humanos con los elementos teóricos que ello requiere.

La significación de los vocablos se perfila como un tópico inquietante, profundo y generador de amplios epicentros de cuestionamiento debido a que involucra a la lengua – retomando la diferenciación de Saussure entre lenguaje y lengua-, que es una institución social, un complejo sistema

de reglas que funcionan como normas determinantes del comportamiento humano. Carlos Nino explica que el llamado “realismo verbal” afirma la existencia de una relación entre los significados de las expresiones lingüísticas y la realidad, y en consecuencia habría una sola definición válida para cada palabra. En un enfoque opuesto, la denominada “filosofía analítica” entiende que el vínculo entre el lenguaje y la realidad ha sido establecido arbitrariamente por los hombres y mujeres, y aunque hay un acuerdo tácito en nombrar a ciertas cosas con determinados símbolos, nadie está constreñido a seguir los usos vigentes (Nino, 1980, p.12).

Las más diversas voces se han congregado alrededor de la delimitación y definición del concepto de derecho, ya que, desde la dominación o desde la subordinación, sembraron la discordia y robustecieron la perspicacia del debate. En aquellos momentos en que les fue posible a los poderosos darse sus propias normas, consolidaron el positivismo exegético e irrestricto, mientras que cuando debieron sobrevivir con un sistema positivo inconveniente, le colocaron por encima un conjunto de principios morales y de justicia aparentemente universales, que ellos mismos se encargaron de interpretar con la suficiencia pertinente para desbaratar a las normas “injustas”.

De tal modo, las propuestas clásicas de la filosofía del derecho repercuten de igual modo sobre la delimitación del campo conceptual de los derechos humanos. Por un lado, la mirada con filiación metafísica, y por el otro el positivismo jurídico, puesto de manifiesto en el proceso desarrollado con gran ímpetu en la segunda mitad del siglo XX, más precisamente a partir de la constitución de Naciones Unidas (Gardella, 1989, p.84).

La mentada positivización de los derechos fundamentales fue el resultado de procesos extensos de intercambios y consensos, cristalizándose viejos anhelos y brindándoles a ellos seguridad jurídica e irreversibilidad. Sin embargo, en los propios textos de los instrumentos internacionales se incluyeron manifestaciones en pos de la insuficiencia de las consagraciones legislativas, y de la necesidad de coadyuvarlas con prácticas, políticas y reinterpretaciones evolutivas. Así, el preámbulo de la convención Americana destaca la importancia de realizar el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, creando para ello condiciones que permitan el goce de los derechos. En la construcción de dichas condiciones juegan un papel clave las teorías críticas, que se imponen desafiantes del status quo y ven en el derecho una práctica social, comprensiva de las normas vigentes, pero también de los poderes, las tensiones y los conflictos que las circundan.



Eleanor Roosevelt sosteniendo la Declaración Universal de los Derechos Humanos en español | wikipedia.org

En conclusión, de lo expuesto surge cuáles son los efectos prácticos de las convicciones teóricas que pugnan en derredor del concepto de derecho y por tanto de los derechos humanos. El positivismo jurídico es acotado, conservador, utilitario a los intereses imperantes y falaces en su autosuficiencia. El iusnaturalismo —y las escuelas que, sin asumirlo, terminan por serle compatibles- comete la grave falta de entreverar lo inmóvil y estático con una disciplina dinámica por definición. En el seno de las tensiones reseñadas es menester situar a los derechos humanos.

Tal como se expresó, el perfil iusfilosófico con el que se empape el abordaje disciplinar es determinante en el resultado del estudio y en las proyecciones prometedoras de una ampliación de conquistas. Hundir a los derechos humanos en la tradición iusnaturalista pone sobre la cornisa el mayor mérito que puede reconocérseles, su predisposición permanente a la extensión de horizontes. Suele asimilarse que la remisión a la “naturaleza” supone un resguardo peculiar frente a la variedad de intentos plausibles por despojar al pueblo de sus facultades, sin embargo el peligro de tal aseveración yace latente y oculto. Lo “natural” es quitado del terreno contextual para elevarlo a las cumbres ideológicas, accesibles sólo para quienes detentan los privilegios que abren paso al monopolio interpretativo, y tiñen sus producciones del ánimo insaciable de protección política.

Derechos humanos y “naturaleza”

El debate en los orígenes y evolución del sistema interamericano contemplando las herramientas de análisis plasmadas hasta el momento, es menester ahondar en cuáles han sido las perspectivas sentadas por la corte interamericana (Corte IDH) respecto del concepto de derechos humanos y a partir de allí, obtener la matriz desde la que se ha expedido el tribunal. En relación a enlazar la noción de derechos humanos a la naturaleza, se advierte en el sistema interamericano un tránsito orientado a fortalecer el carácter histórico de los derechos fundamentales, y con ello la posibilidad de resignificación y ampliación, dejándose atrás criterios iniciales más cercanos a posiciones iusnaturalistas.

El ex Presidente de la corte interamericana de derechos humanos, Pedro Nikken (1994), sostiene que “la noción de derechos humanos se corresponde con la afirmación de la dignidad de la persona frente al Estado. El poder público debe ejercerse al servicio del ser humano: no puede ser empleado lícitamente para ofender atributos inherentes a la persona y debe ser vehículo para que ella pueda vivir en sociedad en condiciones cónsonas con la misma dignidad que le es consustancial” (p.10). Conjuntamente, destaca como atributos de los derechos humanos, la transnacionalidad, universalidad, irreversibilidad, progresividad y, desde luego, no es lícito olvidar que en la “protección de los derechos humanos está necesariamente comprendida la restricción al ejercicio del poder estatal” (Corte IDH, 1986, Opinión Consultiva OC-6/86, La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre derechos humanos, párr.22).

Por su parte, Héctor Gros Espiell (1989), ha estudiado las raíces filosóficas del derecho interamericano, y al respecto pronuncia que

“los caracteres del pensamiento americano en cuanto a los derechos humanos, su naturaleza y su relación con la organización política, se encuentran plasmados en lo que podría llamarse el derecho constitucional común de nuestros países, desarrollado a partir de la emancipación. Pese a las diferencias entre los diversos textos constitucionales de los distintos Estados, es fácil comprobar una identidad ideológica en los fundamentos del tratamiento normativo de la materia relativa a los derechos del hombre” (p.43).

Se trata entonces de un lazo común de cuño liberal, tesitura filosófica que nació en suelo francés, y reconoció que los hombres –y las mujeres– “nacen y permanecen libres e iguales en derechos” y sostuvo a la propiedad como un derecho “inviolable y sagrado”. Sin embargo, “a esta concepción común de los derechos, concebidos como derechos de la libertad, se sumó más tarde, en especial a partir de la Constitución de México de 1917, el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales”(Gros Espiell, 1989, p.44).

Circunscribiendo el abordaje a la posición iusfilosófica que es plausible extraer de las manifestaciones concretas de la corte interamericana, es oportuno, a modo de anticipo, esclarecer ciertas aristas. Ante todo, y en consonancia con las convicciones del ex magistrado Pedro Nikken, podría obtenerse de allí un posicionamiento afín a las concepciones que entienden a los derechos humanos como “naturales y universales”.



blogspot.com

Sin embargo, el autor le quita relevancia a la discusión y simplifica la cuestión aseverando que:

“cualquiera sea el fundamento filosófico de la inherencia de los derechos humanos a la persona, el reconocimiento de la misma por el poder y su plasmación en instrumentos legales de protección en el ámbito doméstico y en el internacional, han sido el producto de un sostenido desarrollo histórico, dentro del cual las ideas, el sufrimiento de los pueblos, la movilización de la

opinión pública y una determinación universal de lucha por la dignidad humana, han ido forzando la voluntad política necesaria para consolidar una gran conquista de la humanidad, como lo es el reconocimiento universal de que toda persona tiene derechos por el mero hecho de serlo” (Nikken, 1994, p.11).

Los instrumentos internacionales recogen menciones a la naturaleza, como así también postulados que acreditan la intención de consagrar derechos humanos más allá de la coyuntura positivista. Así, el artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) –tal como la Declaración de los derechos del hombre y el ciudadano (1789)– refiere a un ser humano “libre e igual” desde el nacimiento, mientras que el preámbulo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1789) estipula que “todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros”. Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), sólo remite a la naturaleza en su artículo 17 entendiendo a la familia como el “elemento natural y fundamental de la sociedad”.

Bohórquez Monsalve y Aguirre Román (2009) relatan que

“la pregunta acerca de si los derechos humanos deberían estar fundamentados en algo considerado como “natural” o “esencial” a los seres humanos estuvo en el corazón del debate sobre el primer documento internacional de derechos humanos: la Declaración Universal de Derechos Humanos. La tensión entre, por una parte, el deseo por una teoría realmente universal y, por otra, el temor por basarse en conceptos metafísicos puede verse en estos debates” (p.44).

En el marco de estas tensiones, el derecho a la dignidad –a título de ejemplo–, es útil para echar luz sobre las disímiles ópticas argumentales. En diversos documentos del ámbito internacional de los derechos humanos y de las constituciones modernas, la dignidad es una característica “natural” con la que nacen todas y todos los seres humanos. Así, toda mujer y todo hombre, por el simple hecho de serlo, se encuentra naturalmente dotado de un atributo llamado “dignidad”.

De esta manera, la dignidad aparece como el elemento definitorio de la idea de naturaleza humana, la cual en principio caracterizaría esencialmente a todo ser que haga parte de la especie humana sin importar rasgos accidentales tales como su lugar de nacimiento, su origen étnico, su posición social, su género, etcétera. Desde esta perspectiva, es la naturaleza misma, o Dios, quien otorga a todo individuo perteneciente a la especie humana este atributo esencial llamado “dignidad”.

La carga metafísica de ello es tan evidente como problemática, en especial, en sociedades complejas y plurales como las actuales en donde la idea de “una única naturaleza humana” parece insostenible. Así por ejemplo, se pregunta Mary Ann Glendon (1999):

“¿Se encuentra la idea de derechos universales basada simplemente en un acto de fe? Si bien “defender la dignidad humana” aparece como un objetivo admirable en todo debate político, aún existen preguntas abiertas acerca del significado del “derecho a igual dignidad”. No es claro, por ejemplo, en qué medida la dignidad puede servir como una base para fundamentar derechos en medio de visiones diferentes y opuestas de la dignidad humana en relación con la búsqueda de una buena vida” (p. 13).

Desde la superficialidad suele darse una connotación positiva al contenido de los postulados procedentes de la “naturaleza”. Pareciera que “lo natural” transita por el andarivel de la benevolencia, la justicia, lo equitativo, en fin, de lo que no debemos desobedecer. La ingenuidad de tal observación es evidente, ya que la lectura que se concreta sobre la naturaleza siempre está en manos de quienes coyunturalmente detentan el poder.

De hecho, poco tiempo ha pasado desde que la adopción era la vía “anti natural” de formar familia, y la heterosexualidad la única posibilidad para contraer matrimonio civil. Cuando los intereses que consolidaron dichas “naturalidades” cedieron, cayeron también parte de sus producidos, mientras que otros continúan en vigencia. A pesar de que la normativa internacional es reservorio de alusiones a la naturaleza, la Corte Interamericana de Derechos Humanos canalizó en sus sentencias y opiniones consultivas elementos interpretativos sensibles a la comprensión del fenómeno jurídico como una disciplina histórica y penetrada insistentemente por la geografía, la cultura, la política y otros extremos contextuales.



<http://www.movillh.cl>

Precedentemente, se ha dicho que el artículo 17 de la convención americana (1969) define a la familia como el elemento “natural y fundamental de la sociedad”, mereciendo tal construcción normativa la preocupación propia de toda vinculación con lo “inmutable”.

Pero, la corte interamericana propuso una interpretación innovadora y lejana al criterio iusnaturalista, afirmó acerca del mencionado artículo de la convención, “este tribunal ha señalado en otras oportunidades 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” (Corte IDH, *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, 28 de noviembre de 2012, p.19).

Con este posicionamiento renovó la mirada sobre la edificación familiar y propició una comprensión jurídica cercana a las realidades socio-culturales, perceptiva de las necesidades ciudadanas y aggiornada temporalmente.

El mismo tribunal, insistió en la importancia de atender al terreno fáctico, favoreciendo una interpretación evolutiva del contenido normativo, y declarando que “mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y, de conformidad con el artículo 29.b de la convención - que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos” (Corte IDH, *Comunidad Mayagna Awas Tingni vs. Nicaragua*, 31 de agosto de 2001, párr. 148).

La relevancia del momento histórico, también mereció menciones de la corte, expresando que: “la convención americana establece lineamientos generales que determinan un contenido mínimo de los derechos y permite a los Estados que dentro de los parámetros convencionales regulen esos derechos de acuerdo a sus necesidades históricas, políticas, sociales y culturales, las que pueden variar de una sociedad a otra, e incluso en una misma sociedad, en distintos momentos históricos” (Corte IDH, *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, 02 de septiembre del 2008).

Carlos Cárcova (2012) enseña que uno de los bastiones claves de las teorías críticas lo constituye la puesta de manifiesto de la relación entre derecho y poder, y adiciona que

“el sentido común jurídico parece indicar que ése no es un tema de los juristas, quienes no se ocupan de esas cosas, sino de unas técnicas específicas, de instituciones y normas, de pleitos, códigos, procedimientos, etcétera. Sin embargo, como es sabido, el sentido común es el menos común de los sentidos. El sentido común no es más que un modo de aprehender la realidad, impuesto por un conjunto de ideas y prácticas dominantes en un lugar y tiempo determinados, cuyo propósito fundamental como el de la ideología en general, consiste neutralizar lo contingente, en hacer de la contingencia un dato natural, esto es, incuestionable y permanente, como la mismísima rotación de la tierra” (p.113).

La corte interamericana, contra todo diagnóstico, desterró el ideario de inmutabilidad y de universalización irrestricta, dándole sentido a las aspiraciones de la convención, un sentido no común ni general, sino terrenal y circunstanciado. Prueba de ello, es el precedente *Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, donde sentenció:

"es de notar que las violaciones de derechos humanos cometidas en contra de los migrantes quedan muchas veces en impunidad debido, *inter alia*, a la existencia de factores culturales que justifican estos hechos, a la falta de acceso a las estructuras de poder en una sociedad determinada, y a impedimentos normativos y fácticos que tornan ilusorios un efectivo acceso a la justicia" (párr.153).

En iguales términos, reconoció la particular situación de los pueblos originarios en Guatemala, entendiendo que

“el acceso al ejercicio pleno de la participación directa de un líder indígena en las estructuras del Estado, donde la representación de grupos en situaciones de desigualdad resulta ser un prerequisite necesario para la realización de aspectos fundamentales como la inclusión, la autodeterminación y el desarrollo de las comunidades indígenas dentro de un Estado plural y democrático” (Corte IDH, Nadege Dorzema y otros v. RD, 24 de octubre de 2012).

En suma, se observa en el accionar del máximo tribunal interamericano una consuetudinaria práctica de leer y aplicar las conquistas normativas con profundo sentido evolutivo. Las peculiaridades configurativas del entorno donde yacen las violaciones a los derechos humanos no pueden desconocerse al momento de dictaminar, es iluso el intento de diseñar campos hermenéuticos válidos en todo tiempo y lugar, ya que las idiosincrasias locales claman la escucha pertinente.

La contemplación de extremos históricos y culturales, la admisión de la riqueza interdisciplinaria, y el rechazo a la recurrencia constante a la naturaleza –como recipiendario de la invariación y eternidad- respaldan una arquitectura epistemológica capaz de revertir las prácticas reduccionistas y desconocedoras de las auténticas necesidades sociales. Los derechos humanos que penetran en la materialidad en pos de adecuarla a las exigencias ambicionadas, demandan de las y los juristas, del derecho positivo y de quienes ejercen la magistratura, una matriz iusfilosófica que no lesione el pilar más férreo sobre el que se sostienen, su dinamismo ínsito, su poderío para recoger las insatisfacciones humanas y acercarlas a la confianza del cambio.

“Universalidad” y pluralismo en la conceptualización de los derechos humanos

No puede soslayarse que los principios de “universalidad, indivisibilidad e interdependencia” se hallan reconocidos en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y la jurisprudencia interamericana los ha destacado en reiteradas oportunidades (Corte IDH, Kawas Fernández Vs. Honduras, 03 de abril de 2009). Sin embargo, desde la crítica jurídica se pone el acento en deconstruir los universalismos edificados a partir de un paradigma de ser humano no sólo occidental, sino también masculino, heterosexual, blanco y propietario.

El sistema interamericano, amén de las referencias a la universalidad –en la mayoría de las ocasiones interpretada desde la óptica de la titularidad indiscriminada de los derechos– también se ha expedido reconociendo las particularidades culturales, e insistiendo en la necesidad de oír las voces de la diversidad –aún frente a conflictos con el contenido normativo “hegemónico”–.

La occidentalización en la que se inscribe nuestro sistema jurídico no puede escapar a los ejes analíticos que buscan dilucidar cuáles son los factores demandantes de espacios en el escenario del derecho. Boaventura de Sousa Santos se ha ocupado del tema, centrando la exposición en los derechos humanos y sosteniendo que “la cuestión de la universalidad de los derechos humanos es una cuestión de la cultura occidental, por lo tanto los derechos humanos son universales sólo cuando se los considera desde una óptica occidental” (Santos, 2010, p.88).



blogspot.com

Sin embargo pocas voces asumen esta realidad, pues asistimos a una tradición histórica que se posiciona de un lado del mundo y así construye y destruye aquello que se presenta como “universal”. La relatividad cultural, el reconocimiento de la incompletud, la fidelidad a los orígenes y la valorización de lo repudiado y descalificado, configuran el reto actual del progresismo jurídico.

La capacidad comprensiva de estos extremos es la llave para impregnarle a la educación en derechos humanos una cuota más de sinceridad. Pero no sólo eso, también abrirá paso a reconocer que el derecho oficial –colonizado– convive con ordenamientos paralelos, ligados

por su propia idiosincrasia y extraños a los mandatos estatales –nacidos como consecuencia de la importación cultural, económica y normativa-

Boaventura de Sousa Santos, desde la sociología, nos interroga profundamente y desacomoda a una miopía centenaria que ha desechado en sus apreciaciones el montaje ideológico heredado y ha evitado llevar a cabo una resignificación de los relatos desde la perspectiva terrenal. El autor pone de relieve la existencia de un “pensamiento abismal”, cuyas manifestaciones consumadas son el pensamiento y el derecho moderno.

Sobre este último apunta que “en el campo del derecho moderno, este lado de la línea está determinado por lo que se considera legal o ilegal de acuerdo con el estado oficial o con el derecho internacional. Lo legal y lo ilegal son las únicas dos formas relevantes de existir ante el derecho” (Santos, 2010, p.14). Es transversal la relevancia de lo anterior, puesto que si entendemos que el derecho nos constituye, es absurdo olvidar que lo hace a partir de parámetros prefabricados, despojados de revisión y digeridos acriticamente.

La corte interamericana orienta en el sentido anterior la aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y estimula la consideración de las peculiaridades culturales. De tal manera se ha pronunciado en el Caso Yatama vs. Nicaragua (23 de junio de 2005), aseverando que:

“al analizar el goce de estos derechos por las presuntas víctimas en este caso, se debe tomar en consideración que se trata de personas que pertenecen a comunidades indígenas y étnicas de la Costa Atlántica de Nicaragua, quienes se diferencian de la mayoría de la población, *inter alia*, por sus lenguas, costumbres y formas de organización, y enfrentan serias dificultades que los mantienen en una situación de vulnerabilidad y marginalidad” (párr. 202).

En paralelo, dicho tribunal se ha detenido en contemplar la vivencia de las pueblos originarios, siendo útil a modo de ejemplo lo dictaminado en el caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala (25 de mayo de 2010), donde declaró que “para el desarrollo pleno y armonioso de su personalidad, los niños indígenas, de acuerdo con su cosmovisión, preferiblemente requieren formarse y crecer dentro de su entorno natural y cultural, ya que poseen una identidad distintiva que los vincula con su tierra, cultura, religión e idioma” (párr. 169).

Sin perjuicio de lo ilustrativo que resulta el caso de las comunidades indígenas, la descolonización jurídica merece ser una aspiración de todos los estudios universitarios, pues llama a permanecer incómodos en el estudio, a la conciencia inquieta que auspicia “la contemplación de la diversidad y la comprensión del tiempo histórico” (Ruiz, 2001, p.4). Si bien la “universalización” de los derechos humanos fijó un rumbo de difícil escape, y posicionó a los estados en un verdadero compromiso por la efectividad de los mismos, la batalla actual se ubica en resignificarlos, sometiendo su contenido e interpretación al cristal crítico impregnado de matices regionales.

Hacia una teoría crítica de los derechos humanos

Habiendo descripto las raíces liberales del sistema interamericano, e incluso las menciones a la naturaleza halladas en su normativa, no nos es lícito detener allí el razonamiento. Tal como se expuso, la corte interamericana aggiornó la interpretación de la convención americana a las nuevas coyunturas temporales y geográficas, dando cuenta que identificar a los derechos humanos con la inmutabilidad –propia de versiones iusnaturalistas– acaba dando la espalda a las necesidades reales que exigen respuestas jurídicas novedosas. Demuestran esta circunstancia, además de los precedentes citados, la creación de relatorías en el seno de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, encargadas de abordar problemáticas específicas, fundamentalmente vinculadas a los sectores más vulnerables de las poblaciones.

Por ejemplo, la relatoría sobre los derechos de las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex (LGBTI) entró en funciones el día 1° de febrero de 2014, dando continuidad a las principales líneas de trabajo de la unidad LGBTI ocupándose de temas de orientación sexual, identidad y expresión de género y diversidad corporal. Asimismo, la relatoría sobre derechos de los pueblos indígenas, brinda atención a los pueblos indígenas de América que se encuentran especialmente expuestos a violaciones de derechos humanos por su situación de vulnerabilidad y de fortalecer, impulsar y sistematizar el trabajo de la propia comisión interamericana en el área. Como éstas, se han creado relatorías sobre derechos de las mujeres, de los migrantes, de la niñez, de las personas privadas de la libertad, de las personas afrodescendientes, etc.

Con dichas acciones queda desterrada cualquier mención a la inmutabilidad de los derechos, a la idea de que las prerrogativas humanas son dadas de una vez y para siempre, y se consolida una óptica jurídica más bien cercana –aunque no sea puesto en estos términos– a los aportes de las teorías críticas.

Una teoría crítica de los derechos humanos debe sustentarse en asumir que éstos no son algo que caiga del cielo o que vengan al nacer como otros factores de una biológica naturaleza humana, sino que son una producción socio-histórica, condensando enfrentamientos de fuerzas sociales, polarizadas o no, en relación con lo que valoran o un cambio radical o la defensa, también radical de un determinado sistema de poderes (Gallardo, 2011, p.51).

La mirada crítica centra su atención en las relaciones sociales que constituyen la base del sistema de dominación y de su reproducción, y en sus peculiaridades económicas, sociales, políticas, culturales e ideológicas. Entender que los derechos humanos no son una proyección de una metafísica dignidad humana, permite a quienes históricamente han sufrido la exclusión y el olvido estatal, luchar organizadamente para cancelar las condiciones que generan su vulnerabilidad (explotación, discriminación, marginación, etc.)

*nach.cl*

Mediante una concepción de los derechos humanos atada a la naturaleza, hubiese resultado inalcanzable, por ejemplo, que la Corte Suprema de Justicia Argentina reconozca que contribuye al bien común una Asociación de Luchas por la Identidad Travesti ("Asociación Lucha por la Identidad Travesti- Transexual c/ Inspección General de Justicia", 2006). Igualmente, de haber triunfado la posición naturalista, que afirma que el matrimonio tiene una esencia única dada por la naturaleza, nunca se hubiese avanzado hacia la consolidación del matrimonio igualitario o entre personas del mismo sexo, en los distintos Estados. Y de hecho, hubiese sido difícil de imaginar que la corte interamericana se encuentre a punto de pronunciarse sobre la identidad de género, el cambio de nombre y los derechos patrimoniales en los matrimonios entre personas del mismo sexo.

En igual sentido, sin una verídica perspectiva crítica resultaría complejo que los ordenamientos internos recepan interpretaciones con sensibilidad cultural. Por ejemplo, en el año 2006, la Corte Suprema de la Provincia de Salta en Argentina, hizo lugar a un recurso de casación y declaró la nulidad del procedimiento por el cual había sido procesado José Fabián Ruiz, imputándosele el delito de "abuso sexual agravado".

Entre los fundamentos expuestos por el máximo tribunal salteño, éste señaló que se encontraba incorporado en el expediente un informe pericial antropológico, que:

“fue objeto sólo de una valoración peyorativa para el imputado, sin que se tuvieran en cuenta aspectos especialmente importantes que surgen de su

contexto, tales como la aceptación social que en esos grupos tendría que las mujeres mantengan relaciones sexuales desde temprana edad, más concretamente a partir de la primera menstruación” (Argentina, Corte de Justicia de Salta, sentencia No. 389/430, 29 de septiembre de 2006, p. 2).

Si bien asistimos a un antecedente jurisdiccional polémico y cuestionado con sustento en diversas aristas, hubiese sido inconcebible el dictado de una sentencia de este tenor si continuaran arraigadas con la solidez de otros tiempos las perspectivas iusnaturalistas en el ámbito de los derechos humanos, puesto que ni la interpretación más progresista de la naturaleza humana permitiría ni siquiera contemplar características antropológicas que pongan en cuestión instituciones clásicas del derecho occidental, imbuido por el cristianismo, el antropocentrismo y el liberalismo económico.

Conclusión

Los derechos humanos son fruto de la intrepidez humana, y también de sus padecimientos, emergieron tras las consecuencias dolorosas de la impunidad económica y política y se inscriben en el dominio común, ya que exceden la esfera individual y se depositan en la herencia colectiva. Atarlos a la incertidumbre riesgosa de la naturaleza, impregnándolos de un contenido contingente, capaz de ser definido sólo por la coyuntura impuesta, representa el desprecio vil de los antepasados que los forjaron y de los próceres terrenales que los renovarían.

En dicho escenario, la iusfilosofía, como disciplina promotora de la revelación ideológica del derecho, no puede permitirse la ajenidad y debe evidenciar la importancia de que la academia tome conciencia de la trascendencia pragmática de la matriz epistemológica desde la que se enfoca al fenómeno jurídico. Por ello, resulta crucial que las voces de la academia se encausen hacia la democratización propia de un posicionamiento crítico, para habilitar el despliegue genético de los derechos humanos, puesto que enseñarlos como formulaciones dadas de una vez y para siempre los suprime del accionar social. Sólo así, optimizando la discusión, promoviendo la interpretación impregnada de idiosincrasia y colocando a las conquistas históricas en la exigencia de defensa permanente, podrá adquirir auténtica definición la labor ponderable del sistema interamericano de protección.

En la medida en que los derechos humanos configuren asignaturas de relatos desprovistos de dinamismo y escapen a la consideración de su resignificación y cuestionamiento continuaremos asistiendo a una insatisfactoria respuesta jurídica. Es menester comprender que la cruzada por los derechos humanos jamás encontrará un punto final, se trata de un derrotero de inicios permanentes, de inacabable predisposición científica y comunitaria. Cuando el poder parecía no reconocer adversidades y se había cobrado vidas, ilusiones, proyectos, dignidades, irrumpieron desde la invisibilidad, enormes desobedientes que encarnaron la puja y provocaron una estela de luz en las noches del despotismo.

El tesoro invaluable que significan los derechos humanos, arte pura del ingenio y la convicción, insta a que no sean meramente transmitidos, sino dispuestos a la energía

progresista que evite con la palabra y la práctica su defunción, y los ponga en el movimiento de las necesidades sociales.

El sistema interamericano, quizás con actitud tímida y progresiva, hace décadas comenzó a revertir la filosofía liberal en la que se forjó. Aquella noción de la familia como “elemento natural”, y la reiterada remisión a la naturaleza de otros instrumentos internacionales, van dando paso –a través de los órganos encargados de aplicar e interpretar la 18 normativa- a visiones renovadas de los derechos humanos, territoriales, sensibles a un contexto inconformista con el derecho clásico – y “natural”-. La corte interamericana, y en igual sintonía la comisión, proponen nuevos escenarios para que la diversidad ideológica, cultural, sexual y política no mueran encorsetadas en paradigmas jurídicos conservadores y reacios a recoger las exigencias de la pluralidad.

Bibliografía

Bobbio, N.

(1994). *Diccionario de Política*. México, D.F: Siglo XXI editores.

(2001). *El futuro de la democracia*. México, D.F: Fondo de Cultura Económica.

Bohórquez M. y Aguirre R. (2009). Las tensiones de la dignidad humana: conceptualización y aplicación en el derecho internacional de los derechos humanos, *Revista internacional de derechos humanos*, 6 (11), 40-63. Recuperado de <http://dx.doi.org/10.1590/S1806-64452009000200003>.

Cárcova, C.

(1998). *La opacidad del derecho*. Madrid: Trotta.

(2006). *Materiales para una teoría crítica del derecho*. Buenos Aires: Lexis Nexis- Abeledo Perrot.

(2012). *Las teorías jurídicas post-positivistas*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Ferrajoli, L.

(2001). *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. Madrid: Trotta.

(2010). *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta.

Freire, P.

(1993). *Pedagogía de la esperanza*. México, D.F: Editorial Siglo XXI.

(2001). *Pedagogía de la indignación*. Madrid: Ediciones Morata.

Galeano, E. (2012). *Patas arriba. La escuela del mundo al revés*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno.

Gallardo, H. (2011). *Los derechos humanos desde el enfoque crítico*. Caracas: Fundación Juan Vives Suriá.

Gardella, J. (1989). *Sobre los fundamentos filosóficos de los derechos humanos*. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina e Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Glendon, M. (1999). Foundations of Human Rights: The Unfinished Business. *American Journal of Jurisprudence*, 44, 1-13.

- GROS, H. (1989). *Declaración Americana: raíces conceptuales y políticas en la historia, la filosofía y el derecho americano*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Kelsen, H.
(1983). *Teoría Pura del Derecho*. Buenos Aires: EUDEBA.
(1993). *¿Qué es la justicia?* Barcelona: Planeta-Agostini.
- Marí, E.
(1987). *Derecho y Psicoanálisis. Teoría de la ficción y función dogmática*. Buenos Aires: Hachette.
(2002). *Teoría de las ficciones*. Buenos Aires: EUDEBA.
- Nikken, P. (1994). *El concepto de derechos humanos*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Nino, C.
(1984). *Ética y derechos humanos*. Buenos Aires: Paidós.
(1980). *Introducción al análisis del Derecho*. Buenos Aires: Astrea.
- Novoa, E. (1984). *Crítica y desmitificación del derecho*. Buenos Aires: EDIAR.
- Ross, A. (1994). *Sobre el Derecho y la Justicia*. Buenos Aires: EUDEBA.
- Ruiz, A. (2001). *Idas y vueltas: por una teoría crítica del derecho*. Buenos Aires: EUDEBA.
- Santos, B. (2006). *Reinventar la democracia, reinventar el Estado*. Buenos Aires: CLACSO.
- Santos, B. (2010). *Para descolonizar occidente*. Buenos Aires: CLACSO.
- Taborda, M. (2006). *Derechos humanos: una mirada desde la Universidad*. Rosario: UNR Editora.

Ser mujer en Chile ¿estamos alcanzando la igualdad?

Historia de la reivindicación femenina para lograr sus derechos

Paola Flores Gutiérrez

Recibido: 15.07.2017 / Aceptado: 09.08.2017

RESUMEN

Los valores que tradicionalmente han estado asociados a la mujer han sido los de sensibilidad, compasión y cuidado por los demás. Todos ellos están orientados hacia la relación con otras personas: el estereotipo que recoge todos estos valores presenta a una mujer amable, sensible, tranquila y capaz de exteriorizar sus sentimientos, siendo estos los principales rasgos que construyen su personalidad.

Por ello es necesario abordar la temática de la desigualdad de género centrada en los roles que desempeñan hombres y mujeres. La incorporación de la mujer chilena al mercado laboral ha modificado los esquemas tradicionales en relación a los roles y las tareas que desempeñaban unos y otros, de modo que la sociedad debe sumarse a ese cambio social y abandonar poco a poco el patriarcado para asumir nuevas pautas culturales.

PALABRAS CLAVES

Mujer, movimiento feminista, desigualdad.

ABSTRACT

The values that have been traditionally associated with women are those of sensibility, compassion and care for others. All of them are oriented toward the relationship with other people: the stereotype that collects all these values presents a kind woman, sensitive, quiet and able to externalize her feelings, as these main features have built her personality.

It is therefore necessary to deal with the issue of gender inequality focusing on the roles played by men and women. The incorporation of Chilean woman into the labor market has modified the traditional scheme in relation to the roles and tasks that have each gender, so that society must join this social changes and gradually abandon the patriarchy to assume new cultural schemes.

KEYWORD

Women, feminist movement, inequality.



Paola Flores Gutiérrez (1993)
Licenciada en Trabajo Social
Universidad Santo Tomás.
Diplomado en Salud Familiar y
Comunitaria en Atención
Primaria. De la Universidad
Santo Tomás.
Contacto:
p.flores6@hotmail.com

La mujer, antes de verla insertada en el área del trabajo o en cualquier otro espacio, cumplía un rol específico en la sociedad, “dueña de casa”. Con el transcurso del tiempo esto no ha cambiado, sino que la mujer se ha ido adaptando e incorporándose a otras áreas (laboral, social, economía, etc.) sin tener que abandonar a su familia, sin dejar de ser dueña de casa y no abandonar su rol de madre, quizás este último en la actualidad se posterga; ya que la mujer prefiere terminar el colegio para luego estudiar una carrera universitaria que asegure su vida sin tener que depender de un hombre.

A comienzos de la década de los ochenta se introdujo dentro de las investigaciones historiográficas la palabra género, la cual trata de generalizar al hombre y a la mujer y por supuesto tratarlos como seres con igualdad de derechos y

esto se ejemplifica en el año 1984 con la creación del primer Centro de Estudios de la Mujer (CEM) en donde incorpora una perspectiva de género, en el ámbito de políticas públicas, el ejercicio ciudadano y en el mercado del trabajo. Es aquí donde se habla de igualdad de género, y termina con la idea de que sólo es el hombre el único proveedor del hogar, sino que ahora es también la mujer quien asume un rol multifacético.

Ser mujer en la historia chilena

En todo el mundo la mujer ha recorrido un largo camino hasta llegar al lugar que hoy ocupa. Chile no se mantiene al margen.

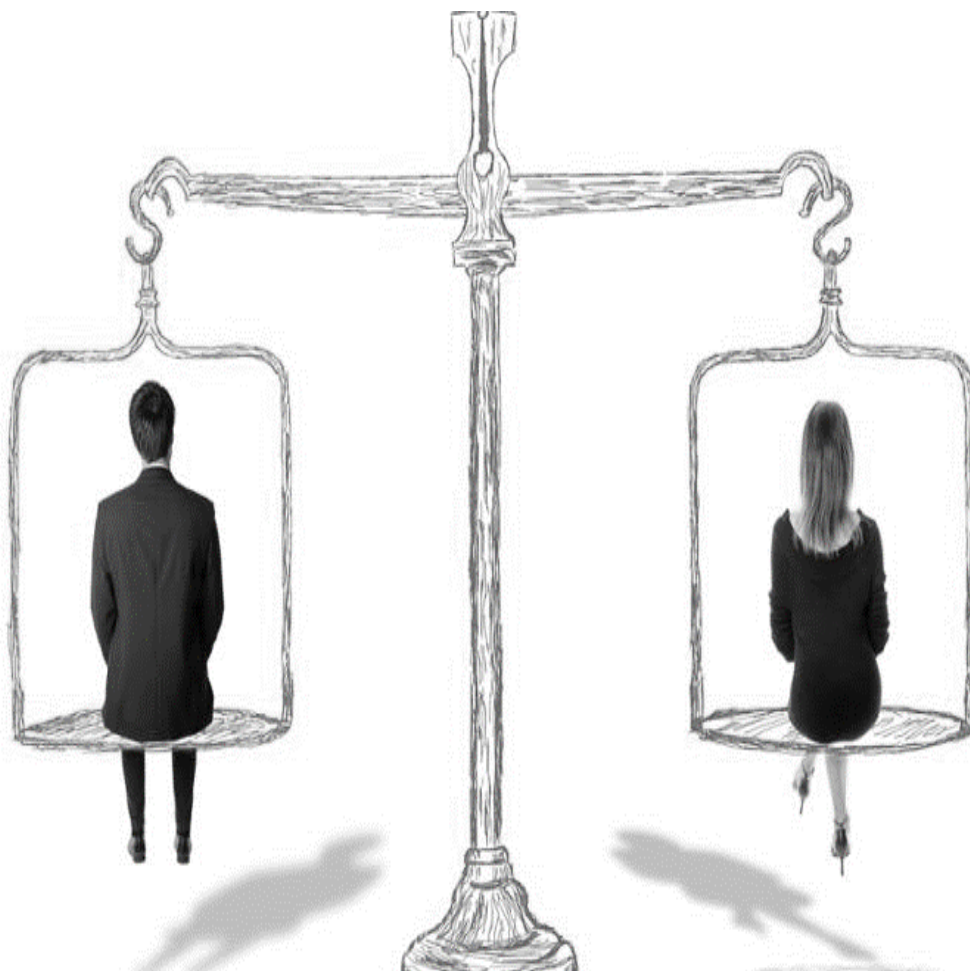
Debemos remontarnos al siglo XIX para encontrar uno de los principales hechos históricos de la integración de la mujer. En 1877 se dictó el decreto Amunátegui que permitió el acceso de las mujeres a la educación universitaria, pero años más tarde, este avance de las mujeres se vio frenado por la aprobación, en 1884, por parte del congreso de una reforma de ley que prohibía el voto femenino.

No fue hasta entrado el siglo XX cuando se empezó a pensar en la igualdad de derechos entre hombres y mujeres.

En 1931 el movimiento femenino consigue el derecho a voto en las elecciones municipales y en 1935 se creó el Movimiento Pro Emancipación de las Mujeres en Chile (MEMCH) que constituyó el primer grupo político que reivindicaba mejoras para la mujer chilena. En 1949 se aprobó el sufragio femenino pleno y años más tarde se asistió a la participación de varias mujeres en la política chilena. “Sin embargo, cómo no hablar de un arraigo concepto patriarcal cuando los diarios más serios e influyentes en la política, refiriéndose en 1951 a la elección de tres mujeres al parlamento (después de 40 años de lucha femenina) no hacen más comentario que: Hoy, la belleza de la mujer chilena hace su entrada en el Congreso” (Kirkwood, 2010, p.63).

Las mujeres chilenas han alcanzado los mismos derechos y deberes que los hombres en parte debido a las medidas promovidas internacionalmente.

Para las Naciones Unidas la búsqueda de la igualdad de género ha sido uno de los ejes fundamentales en la lucha por los derechos humanos. Se han sucedido numerosas medidas en relación a la igualdad de género, entre las que se destaca las siguientes: en 1952 tuvo lugar la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer, en 1979 la Convención sobre Eliminación de todas las formas de discriminación contra las Mujeres, en 1995 la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer y en 2000 en Nueva York tuvo lugar la conferencia del milenio en donde se adoptaron metas concretas sobre la igualdad en relación a la educación, la salud materna y la autonomía de las mujeres.



wordpress.com

Chile ha participado en todas las anteriores instancias intentando reducir la brecha de desigualdad entre hombres y mujeres y para ello, en 1991 se creó el Servicio Nacional de la Mujer (SERNAM) que busca “lograr una sociedad constituida por vínculos entre hombres y mujeres que sean justos, entendiendo la justicia como el dar a cada quien lo que le corresponde en equidad” (Ministerio del Interior [MI], 2011, p.7).

Para alcanzar dicha meta es necesario “iniciar políticas públicas para lograr avances para la eliminación de las brechas de género y la promoción de un cambio cultural que adopte la integración de la mujer a la nueva sociedad moderna” (MI, 2011, p.7). Para conseguirlo en la actualidad nos encontramos con el Plan de Igualdad de Oportunidades entre Hombres y Mujeres 2011-2020 que muestra ejes de acción que deberán adoptar los gobiernos para orientar la política estatal hacia una igualdad de oportunidades.

El plan se articula en torno a los siguientes ejes:

- Políticas públicas y una institucionalidad reforzada para la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.
- Fortalecimiento del liderazgo.
- Hacia la corresponsabilidad familiar.
- Igual acceso a las oportunidades.
- Fortalecimiento de vínculos sanos y respetuosos.
- Calidad de vida: hacia la dignidad plena.

¿Es la desigualdad de género en Chile, un problema social?

Lo que para unas personas puede ser un problema social, para otras no puede serlo. Por ello es importante definir lo que consideramos un problema social, así como establecer los criterios que vamos a utilizar para ellos. Un ejemplo de criterios de clasificación a la hora de definir los problemas sociales lo encontramos en López-Aranguren a partir de su clasificación, y situándonos en el criterio “objetivo-subjetivo”, existe un problema social cuando “algo está mal, que eso que está mal afecta a mucha gente, y que deberíamos hacer algo para remediarlo o corregirlo” (Aranguren, 2005, p. 30).

Este criterio mezclaría la objetividad que aportan las investigaciones sociológicas sobre un problema social (encuestas de opinión en las que se analizan diversos indicadores), con la valoración o interpretación subjetiva que se da de estos resultados, es decir, que además de que los indicadores señalen que existe un problema, la población lo perciba como tal.

El problema social en el que se centra este trabajo es la desigualdad de género.

Entendemos por desigualdad al “[...] fenómeno estructural, pero se trata de una fatalidad social y su origen no es natural ni de responsabilidad individual, sino que se ubica en las estructuras socioeconómicas y culturales de la sociedad” (Ministerio Desarrollo Social [MDS], 2000, p. 3). Y más concretamente: “Las mujeres están en situación de desigualdad en recursos, poder y estatus social en relación a los hombres en general, y, por otra parte, teniendo en cuenta el protagonismo del trabajo, también en relación a otras mujeres, particularmente cuando consideramos el caso de ama de casa” (Martínez, 2005, p. 131).

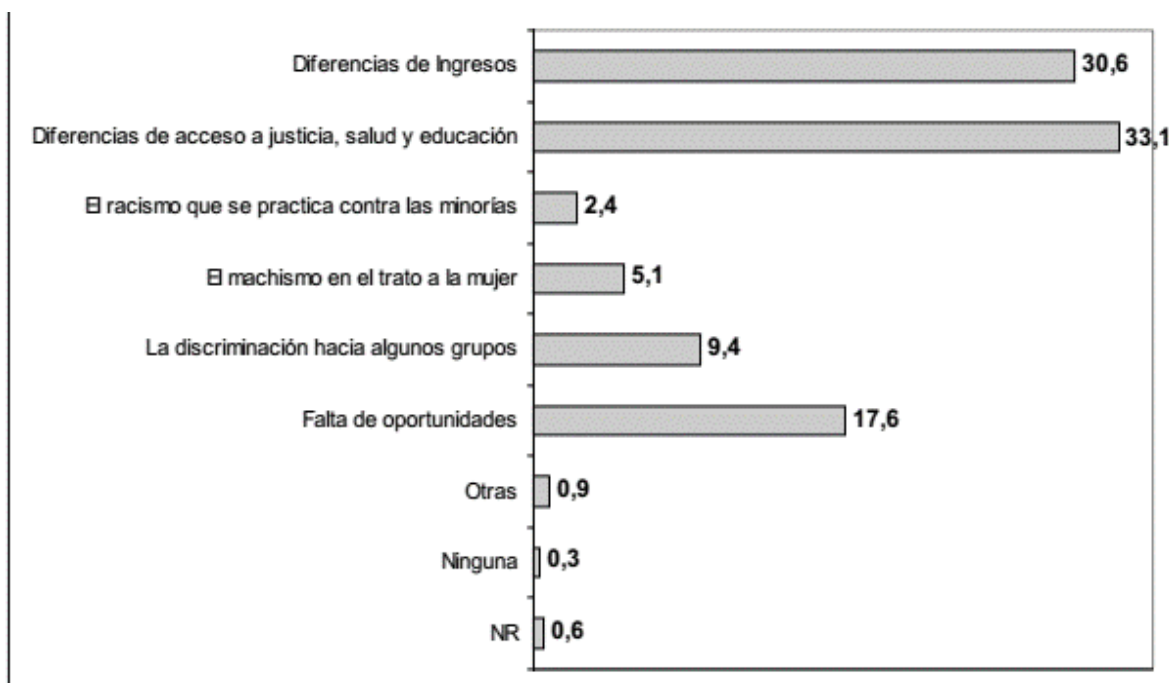
Tal y como hemos señalado anteriormente, para establecer un problema social tienen que existir unos indicadores objetivos que visibilicen el fenómeno.

En Chile se han realizado diferentes encuestas y estudios a lo largo del tiempo, en los que se analizaban las percepciones de la población en relación a determinados problemas sociales, utilizando para ello indicadores objetivos. Entre ellas se encuentra la encuesta: “Percepciones Culturales de la Desigualdad” (MDS, 2000, p.3) elaborada en noviembre de 2000 por el Ministerio de Planificación y Cooperación y en colaboración con el Departamento de Sociología de la Universidad de Chile, en la que se tienen en cuenta indicadores relativos a la desigualdad de género.

El estudio muestra que la población analizada percibe desigualdades más allá de las económicas, aunque guardan estrecha relación con éstas (origen social o étnico, estatus e incluso apariencia física), por otra parte, las mujeres encuestadas manifiestan una mayor conciencia de las desigualdades de género.

A continuación, extraemos tres de los gráficos del estudio, en los que se señalan algunas de las situaciones de desigualdad consideradas como problemas sociales por los chilenos:

Gráfico N° 1: Mucho le agradecería que me dijera cuál de las siguientes ideas se acerca más a lo primero que se le viene a la cabeza cuando escucha hablar de desigualdad social (en porcentaje)



(Ministerio de Planificación y Cooperación [MPC], 2000, *Percepciones Culturales de la Desigualdad*)

Como sabemos, Chile es uno de los países con mayor desigualdad económica del mundo. Por este motivo, como podemos ver las diferencias de ingresos y de acceso a la justicia, salud y educación, además de la falta de oportunidades, ocupan los primeros puestos, relegando a un quinto puesto el problema de la desigualdad de género (machismo en el trato hacia la mujer). Pese a ello, es destacable el hecho de que se tenga en cuenta el “machismo” como un indicador, a pesar de los avances sociopolíticos de Chile en los últimos años, lo que demuestra que se trata de un fenómeno todavía actual y a tener en cuenta.

Cuadro N° 2: ¿Cuánta desigualdad hay, a su juicio, entre cada uno de los siguientes grupos que le voy a nombrar? (en porcentaje).

	Mucha	Algo	Poca	Nada	NS/NR
1. Hombres y Mujeres	49.8	26.5	17.9	5.6	0.1
2. Heterosexuales y Homosexuales	66.1	16.0	7.7	3.5	6.7
3. Personas con poder y sin poder	87.3	10.4	1.3	0.8	0.3
4. Gente de la ciudad y del campo	60.2	27.1	10.1	2.5	0.1
5. Personas que aprovechan y que no aprovechan las oportunidades	44.7	35.3	14.4	2.8	2.8
6. Entre chilenos y otros grupos étnicos	60.2	25.7	9.5	2.6	2.0
7. Civiles y militares	58.3	25.5	9.9	5.7	0.7
8. Jóvenes y adultos	43.2	34.7	16.8	5.1	0.2
9. Por aspecto físico (bonitos, feos; rubios, morenos; gordos, flacos, etc.)	65.9	19.9	9.4	3.8	0.9
10. Trabajadores y Cesantes	66.5	23.5	7.0	2.7	0.3
11. Trabajadores y jubilados	55.4	29.0	11.0	4.2	0.3
12. Católicos y no católicos	24.0	26.0	26.1	22.6	1.3
13. Gente extravagante y gente común	36.5	30.5	20.1	9.9	3.0
14. Santiago y las regiones	63.3	23.0	9.3	3.2	1.3
15. Los que tienen título profesional y los que no lo tienen	79.5	14.3	4.3	1.5	0.3
16. Las familias bien constituidas y las familias con quiebres	52.5	30.0	11.5	4.3	1.8
17. Gente con apellidos pituco y el resto de la gente	58.5	22.4	10.9	7.3	0.9

(MPC, 2000, *Percepciones Culturales de la Desigualdad*)

En el gráfico se señala que casi el 50% de la población encuestada considera que existe mucha desigualdad de género, y solo un 5,6% consideran que no existe ningún tipo de desigualdad. Por otra parte, para el 52,5% de la población encuestada, la estructura familiar constituye un determinante de la desigualdad, lo que supone una desventaja, por ejemplo, para las familias monoparentales.

Cuadro N° 3: ¿Cuánta desigualdad hay, a su juicio, entre cada uno de los siguientes grupos que le voy a nombrar? según grupos destacados por sobre la media (en porcentaje).

Desigualdades	Grupos destacados
1. Hombres y Mujeres	Estrato alto, estrato medio, grupo 25 a 41 años
2. Gente de la ciudad y del campo	Estrato medio y estrato alto
3. Personas que aprovechan y que no aprovechan las oportunidades	Estrato alto
4. Entre chilenos y otros grupos étnicos	Estrato medio y estrato alto
5. Civiles y militares	Estrato bajo
6. Jóvenes y adultos	Mayores de 55 años
7. Por aspecto físico (bonitos, feos; rubios, morenos; gordos, flacos, etc.)	Estrato bajo, grupo 41 a 54 años
8. Trabajadores y Cesantes	Estrato alto, grupo 41 a 54 años
9. Trabajadores y jubilados	Estrato alto, mayores de 55 años
10. Católicos y no católicos	Mayores de 55 años
11. Santiago y las regiones	Estrato alto
12. Las familias bien constituidas y las familias con quiebres	Estrato alto
13. Gente con apellidos pituco y el resto de la gente	Estrato bajo

(MPC, 2000, *Percepciones Culturales de la Desigualdad*)

En este último gráfico podemos ver que la desigualdad de género es percibida fundamentalmente por los estratos alto y medio de la sociedad chilena, y de una edad

comprendida entre los 25 y los 41 años de edad. Constituyen por tanto un grupo de personas con una mayor formación y una relativamente jóvenes, que posiblemente tenga unas ideas menos tradicionales.

Teorías feministas

Para definir cualquier fenómeno social debemos situarnos desde un marco teórico de referencia. En este caso, los conceptos relativos al género derivan en gran medida de las teorías feministas, las cuales nacieron a principios del siglo XX (1910) cuando las trabajadoras quisieron defender su trabajo, con salarios más equitativos (en más desde este escenario se conmemora el día de la mujer trabajadora), luego existió un receso entre los grandes conflictos mundiales como la primera y segunda guerra. Así fue como entre las décadas de los 60 y 70 resurgió este movimiento donde nacieron nuevas demandas: las reproductivas

El movimiento feminista “en tanto busca la real concreción de un proyecto alternativo a la dominación y, por la otra, su carácter universal en cuanto aparece donde quiera que la sociedad se haya dado una constitución injusta en lo familiar y cotidiano”. (Kirkwood, 2010, p. 31). Dichas teorías “implican la lucha por la liberación de las mujeres de sus sometimientos por las estructuras sociales, políticas y simbólicas del patriarcado” (Viscarret, 2011, p.213).

Desigualdad de rol visto como problema de intervención

Una vez definido el problema social, es necesario concretar el problema de intervención, porque no todo problema social es un problema socialmente intervenible.

Para definir en forma correcta el problema de intervención se debe caracterizar el mismo. En este caso la desigualdad de rol es uno de los efectos de otro problema más grave: la arraigada estructura patriarcal de la sociedad. Dicha estructura se materializa en diferentes tipos de desigualdad hacia la mujer, que se retroalimentan entre sí.

Los roles estereotipados de la mujer

“El hombre no sólo tenía el poder en lo público, sino que además dominaba en lo privado. Pese a que el poder efectivo de la mujer en lo doméstico era considerable, el marido era quien tomaba las decisiones (Fernández, 2011, p.9).

Todos los seres humanos aprendemos a ser hombre o mujer por medio de las influencias que la cultura y el entorno ejercen sobre nosotros. “El desempeño de los distintos roles que son asignados socialmente a cada sexo, nos lleva a una consecución de estereotipos sexuales, que funcionan como mecanismos socializadores de género” (Plaza, 2005, p. 31).

Los roles de género actúan como instrumento de control social, ya que son adquiridos desde que somos pequeños, por medio del lenguaje, el juego (diferenciación entre juguetes para niños y para niñas, para ellos autos, para ellas muñecas), los actos cotidianos y los hábitos que adquirimos. Los principales roles asignados por la estructura social a la mujer son:

- Rol como madre: papel reproductivo
- Rol como cuidadora: cuidadora de los hijos y de su pareja, e incluso en un determinado momento, de sus progenitores y de los progenitores de su pareja.
- Rol como administradora del hogar: se ocupa personalmente de las tareas domésticas y administración del dinero de la familia.
- Rol profesional/ laboral: Mujer que realiza un trabajo remunerado.
- Rol como mujer: Rol que le confiere personalidad más allá del cuidado de su hogar, sus hijos y su pareja. Es en estas actividades, donde la mujer se siente totalmente libre, realizada y feliz, en definitiva, donde puede ser ella misma.

División tradicional de las tareas en función de los roles (Kipen, 2005, pp. 67-68).

	Mujeres	Hombres
Tareas en la casa y en la familia	Cuidar de los/as niños/as	Repararlo todo
	Cocinar/limpiar	Arreglar la luz, el agua
	Lavar la ropa /planchar	Administrar los ingresos
	Conciliar / comprar alimentos	Tomar decisiones importantes
Tareas en el espacio público	Trabajo voluntario	Actos políticos
	Actos sociales y beneficencia	Reuniones de gremios y negocios

	Trabajo voluntario	Actos políticos
Tareas en el espacio público	Actos sociales y beneficencia	Reuniones de gremios y negocios
	Reuniones de la escuela	Deportes
	Educación de la infancia	Reuniones entre amigos en espacios públicos
	Secretaria	Gerente
Profesiones	Enfermera	Científico
	Vendedora	Ingeniero
	Trabajo informal	Artesano
	Empleada doméstica	Constructor
	Cajera de banco	Chófer/taxista
	Cocinera	Político

Además, existen diversos espacios donde la mujer ha sido discriminada a lo largo de la historia chilena.

Discriminación laboral

Con la crisis financiera vivida en Chile en 1975 las mujeres ingresaron a trabajar en áreas que eran de uso exclusivo para hombres, sólo por cuestión de necesidad debido a que muchos de sus esposos se encontraban cesantes. Esto demuestra que las mujeres no presentan problema alguno para trabajar en un rubro distinto, que requiere de esfuerzos mayores o de una especialización, como se manifiesta en esta cita “se manifiesta que el sexismo que se expresa en una actitud de desvalorización y subestimación de los valores y roles femeninos” (Salinas, Aylwin, Labra y Nordenflycht, 1998, p. 26).

No obstante, la sociedad se encarga de discriminar de manera brutal si la mujer desea trabajar en un área que no corresponda a la del género femenino, que quiere ejercer un distinto rol en esta población y notaremos como también se genera diferencias al ser juzgadas de distintas formas por cometer el mismo acto que un hombre, por ejemplo un varón trabaja en la construcción es algo propiamente normal ante los ojos de los otros, en cambio si se presenta este mismo caso en una mujer será criticada y mal visto, de hecho se le atribuirá el que no será capaz de mezclar elementos, levantar paredes y se le atribuirá características masculinas.

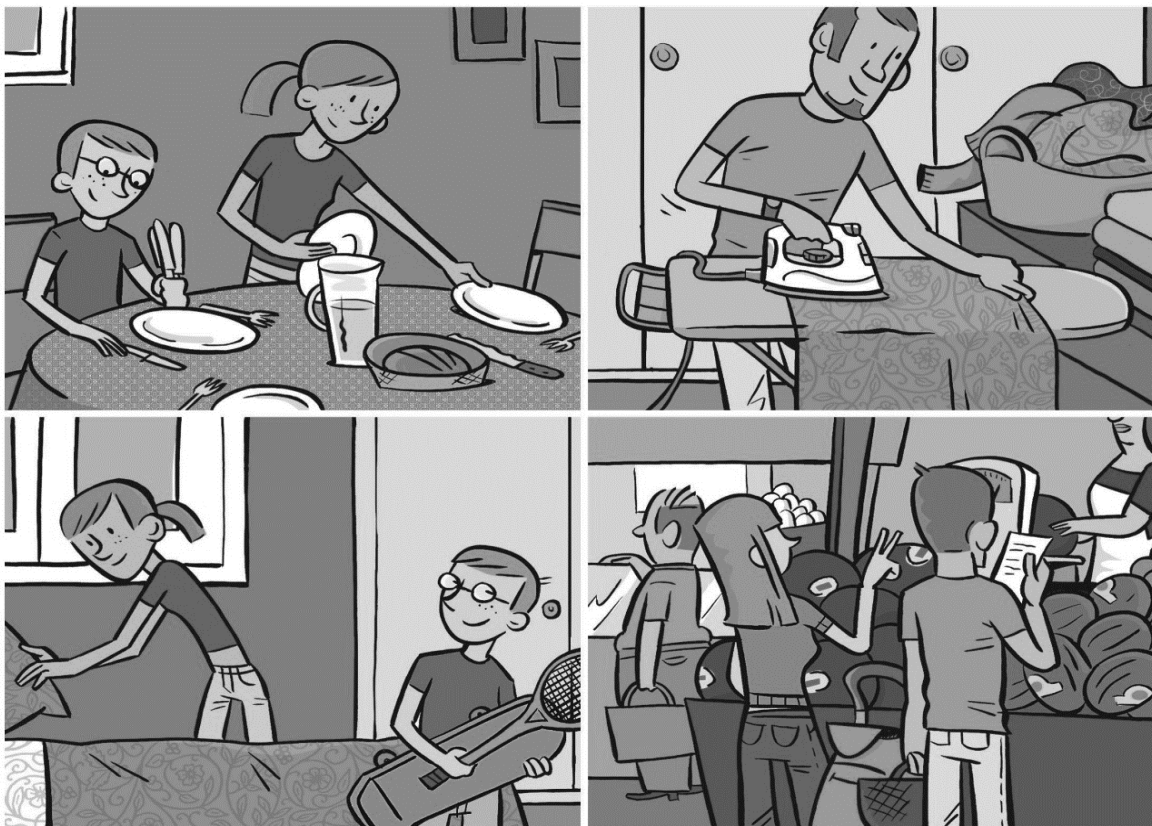
Otro tipo de discriminación puede ser indirecta como el exigir un perfil que consta de talla de ropa, apariencia física, etc. Quienes son segregadas son las mujeres embarazadas quienes deben cumplir con estándares que por su condición se les es imposible cumplirlas. Si se presentan una capacitación en otra región o país las mujeres no podrán asistir debido a que deben preocuparse de sus hijos y de labores domésticas, por lo tanto estos beneficios sólo lo obtienen hombres casados o solteros.

Por muchos años la crianza de los hijos estuvo marcada por la caracterización de los roles femeninos y masculinos (niña dueña de casa y el hijo proveedor del hogar) en cambio con el aumento de la fuerza laboral femenino se descubre que todo podía cambiar y se refleja en que para el año 1982 las mujeres pertenecían al 26% de la población activa del país.

Con el cambio de sistema de salud que funciona como un sistema de seguro que depende de los pagos mensuales que realice cada persona y esto afectó intensamente a las mujeres, debido a que persistían ingresos inferiores además frente a este nuevo sistema ellas pertenecerían al grupo con mayor riesgo especialmente en su etapa reproductiva. De esta manera encarece sus planes casi tres veces en relación a los hombres.

Es necesario que el proceso de incorporación al mercado laboral de las mujeres chilenas vaya unido a un cambio en la sociedad, que pasa tanto por la elaboración de políticas de igualdad de género, como por programas y proyectos de intervención que sensibilicen sobre las diferencias y generen cambios en los ámbitos más cotidianos.

Las mujeres sienten la dicotomía trabajo-familia como un conflicto de roles. El rol de madre, el de esposa y el de trabajadora reclaman para sí un recurso escaso, el tiempo. Y, en orden con sus valores sociales, encuentran distintas soluciones al problema: renunciando a trabajar, ocupándose a tiempo parcial, o haciendo el sobreesfuerzo de encargarse de ambas tareas.



blogspot.com

El acuerdo entre los miembros del hogar, que aparece como la solución ideal, está plagado de dificultades: ni las mujeres ni los varones contemporáneos consideran deseable que sean los varones, como antes lo fueron las mujeres, los que se ocupen exclusivamente de las tareas del hogar. La única solución factible es, que si unos y otras trabajan en el exterior del hogar, se distribuyan por igual la responsabilidad de las tareas domésticas.

La solución ideal al problema de hacer compatibles ambas dedicaciones requiere que tanto las unas como los otros asuman una ocupación y media (trabajo y medio hogar).

Participación de la mujer y educación

Si hoy en día es complicado encontrar trabajo si no presenta un nivel educativo aceptable, lo fue también en décadas anteriores. De esta manera las mujeres tenían doble exigencia, primero por pertenecer al género y segundo por el nivel de educación.

Así el factor de una educación alta y de calidad corresponderá a una remuneración con las mismas características (mucho dinero) y viceversa, así lo afirma los datos entregados por el informe de Osvaldo Larrañaga, Participación laboral de la mujer en Chile: 1958- 2003, dice lo siguiente: en el período 1987 la participación femenina de 25-60 años era la siguiente: 0-8 años: 25%; 9-12 años: 36,6%; 13 años y más: 68,3%. Los lugares donde se desempeñan estas mujeres son niveles profesionales, técnicos y empleados de oficinas.

En 1982 las ramas de empleo dentro de las mujeres eran los siguientes: agricultura, caza y pesca (2,2%) minería (0,2%) industrias (10,7%) transportes (1,6%) comercio (16,7%) servicios (57,2%).

Otro dato que aporta este estudio es que el salario que presenta una mujer con estudios superiores duplica a los de la mujer con estudios secundarios.

También se presenta el caso de mujeres analfabetas quienes entre los 25-34 años trabajan en oficios no calificados como empleadas domésticas.

Discurso presidencial y las mujeres

Cuando un Presidente de la República se enfrenta a la ciudadanía para dar cuenta de cómo el país ha avanzado en términos económicos, las mujeres han tenido que luchar para entrar dentro de este discurso. Entender que a comienzos del siglo XIX el género femenino estaba relegado a papeles secundarios, de hecho ni siquiera el hombre era asunto de preocupación para quienes estaban en el poder para esa época. El primer acercamiento que tuvo el gobierno con el pueblo fue para la crisis de salitre de 1930, pues vieron que este elemento tan vital para la economía de esos años iba decayendo estrepitosamente hasta llegar a niveles extremos, y fue el Estado de Bienestar quien en el año 1924 iba a enfocar gran cantidad de ayuda para los trabajadores (obreros) quienes además estaban inmersos en la horrorosa cuestión social.

Con el paso de los años el enfoque ha ido cambiando y las lecturas han incorporado a las mujeres, sin embargo, aún existía grandes diferencias en términos de desigualdad.

De hecho en 1972 cuando el Presidente del Partido Socialista Salvador Allende daba su discurso en el seminario “la mujer de hoy en América Latina” daba a entender que la mujer era aquella persona encargada del hogar, tenía grandes responsabilidades, era aquella que estaba junto a su marido.

Dentro del gobierno de la Unidad Popular se le atribuyó más características a la mujer y dentro de ellas se encuentra la de guerrera, revolucionaria y compañera, no obstante el único rol que tenía dentro de la sociedad en esa época era la de madre.

El “trabajo” que debería desempeñar este grupo era el de centro de madres, dentro de esta época (años sesenta y principio de los setenta) no existía gran preocupación para que la mujer ingresara al trabajo, de hecho las tasas de participación laboral eran bastante bajas.

Con la llegada del régimen militar la visión que se tenía sobre la mujer y el trabajo era similar a la anterior, sólo con un pequeño cambio en la mirada. Si antes se veía a la mujer como la revolucionaria o compañera, ahora le correspondía aquella mujer llena de valores maternos y patrios, habían sido ellas las que habían salvado al país del comunismo. Si antes se tenía que desempeñar dentro de los centros de madres, ahora era la función de voluntaria. Era un papel lejano a la política y su único objetivo era seguir con el encargo de mujer - madre, sin duda tenía que colaborar con el régimen.

No obstante, las mujeres ya no querían ser caracterizadas como aquellas que se quedaban en la casa para cumplir labores domésticas ni maternas, ellas decidieron salir a cobrar sus derechos, también se le atribuye que en esos años los movimientos sociales y feministas tenían una voz potente y marcada dentro de la sociedad. Por esta razón miles de mujeres, llámese solteras, casadas, viudas, con esposos cesantes y jefas de hogar deciden de una vez por todas salir de ese karma que por muchos años tuvo que cargar. También (como lo vimos en páginas anteriores) con la llegada crisis de los setenta y posterior dictadura, hicieron propicio el terreno para que mujeres trabajasen, sin embargo, muchas de sus labores contaban con salarios precarios y desprotegidos de toda ley laboral.

Bibliografía

- Aranguren, E. (2005). *Problemas sociales: desigualdad, pobreza y exclusión*. Madrid: Biblioteca Nueva.
- Chile. Ministerio de Desarrollo Social. (2000). Ministerio de Planificación y Cooperación. Recuperado de <http://www.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/admin/docdescargas/centrodoc/centrodoc197.pdf>.
- Chile. Ministerio del Interior. (2011). Plan de Igualdad de Oportunidades 2011- 2014. Recuperado de <http://www.interior.gob.cl/media/2012/01/PlandeIgualdaddeOportunidades20112014.pdf>.
- Fernández, A. (2011). *Amor a palos: La violencia en la pareja en Santiago: 1900-1920*. Santiago: LOM Ediciones.
- Kipen, A y Caterberg, M. (2005). *Maltrato, un permiso milenario. La violencia contra la mujer*. Barcelona: Intermon Oxfam.
- Kirkwood, J. (2010). *Ser política en Chile: Las feministas y los partidos*. Santiago: LOM Ediciones.
- Larrañaga, O. (s.f). *Participación laboral de la mujer en Chile: 1958- 2003*. Santiago de Chile: Departamento de Economía, Universidad de Chile.
- Martínez, R. (2005). *Estructura Social y Estratificación: reflexiones sobre las desigualdades sociales*. Argentina: Miño y Dávila.
- Plaza, J. (2005). *Modelos de varón y mujer en las revistas femeninas para adolescentes*. Madrid: Fundamentos Colección Ciencia.
- Salinas, C. Aylwin, P. Labra, H. y Nordenflycht, M. (1998). *Hombre = mujer ¿Y en oportunidades?* Santiago de Chile: CPEIP.
- Viscarret, J. (2011). *Modelos y métodos de intervención en Trabajo Social*. Madrid: Alianza.

Conflicto Anglo-Argentino. Los intereses en la disputa por la soberanía de las Islas Malvinas.

Pablo Ronchi Talsky

Recibido: 02.07.2017 / Aceptado: 10.08.2017

RESUMEN

El conflicto Anglo-Argentino por la soberanía de las Islas Malvinas tiene un largo recorrido y una gran influencia en el ritmo de las relaciones entre ambos países. Una disputa que alcanzó su mayor pico de tensión con la Guerra de Malvinas en Abril de 1982 y que, pese a estar plagado de sucesos desde que se iniciara en 1833, no parece mostrar transformaciones significativas ni horizontes de salida negociada.

En este trabajo se presenta una breve reseña de los principales acontecimientos que permitan un acercamiento panorámico a la complejidad del problema, para luego avanzar en una revisión interpretativa sobre las posiciones de ambos países, analizando los argumentos fundamentales de las pretensiones de soberanía sobre el archipiélago. En el mismo sentido se intentan indagar sobre los intereses que están presentes en el control de las Islas Malvinas y cómo, a partir de su análisis, se pueden explicar las posiciones de cada uno de los actores en el conflicto. Un ejercicio reflexivo sobre una disputa cuya trama colonial trasciende ampliamente la cuestión de la soberanía sobre las islas.

PALABRAS CLAVE

Conflictos, Argentina, Reino Unido, Islas Malvinas, colonialismo.

ABSTRACT

The Anglo-Argentinean conflict over the sovereignty of the Falkland Islands has a large history and a huge impact in the relationship between the two countries. Despite many events have occurred since the beginning of this conflict in 1833, it reached its critical stage during the Falklands War in April 1982, and does not seem to show significant transformations, nor hope for an agreement in the near future.

This paper presents a brief overview of the main events that allow a panoramic approach to the complexity of the problem, followed by an interpretation of the position of both countries and the analysis of fundamental arguments of the claims of sovereignty over the archipelago. At the same time, the main current interests over the Falkland Islands will be highlighted and, following this analysis, the position of each actor in this conflict will be explained. A reflective exercise on a dispute whose colonial plot transcends the question of sovereignty over the islands.

KEYWORDS

Conflict, Argentina, United Kingdom, Falkland Islands, colonialism.

Introducción



Pablo Ronchi Talsky (1984);
Master en Estudios
Internacionales de Paz,
Conflicto y Desarrollo (2017)
por la Universitat Jaume I –
España; Lic. en Administración
(2013) por la Universidad
Nacional del Litoral – Argentina;
Cooperante en IMLK-UPOLI;
Miembro del Centro de
Estudios Municipales y
Provinciales (CEMUPRO),
Santa Fe, Argentina.

Las relaciones entre el Reino Unido [RU] y la República Argentina [RA] tienen una larga historia de encuentros y desencuentros, de dependencia, dominación, cooperación e intereses cruzados. Incluso anteriores a los levantamientos independentistas de inicios del siglo XIX las otrora colonias españolas despertaban gran interés en el desarrollo geopolítico del Imperio Británico, en expansión luego de la revolución industrial.

Más aún, al calor de las luchas por la independencia de España, la “alianza estratégica” entre el Reino Unido y el naciente Estado sudamericano suponía un beneficio y una necesidad para ambos. Los primeros, en el afán de expandir su influencia y conquista territorial en búsqueda de nuevos mercados a escala global y fuentes de materia prima; los segundos ante la necesidad de consolidar el nacimiento de un país independiente que requería reconocimiento internacional y la llegada de inversiones, al menos en el modelo de desarrollo liberal que dominaba el pensamiento político de la época.

Resulta evidente que una dimensión más acabada de este vínculo requeriría de un análisis y revisión histórica mucho más exhaustivos pero, a efectos del presente trabajo, interesa establecer una idea general del complejo de relaciones entre estos dos países, que han girado en torno a diversos aspectos y contextos [políticos, sociales, económicos, entre otros].

En este sentido, la cuestión de las Islas Malvinas¹, ha sido –indudablemente- uno de los elementos más significativos y condicionantes de esta relación, configurando una disputa que se acerca ya a los dos siglos de historia.

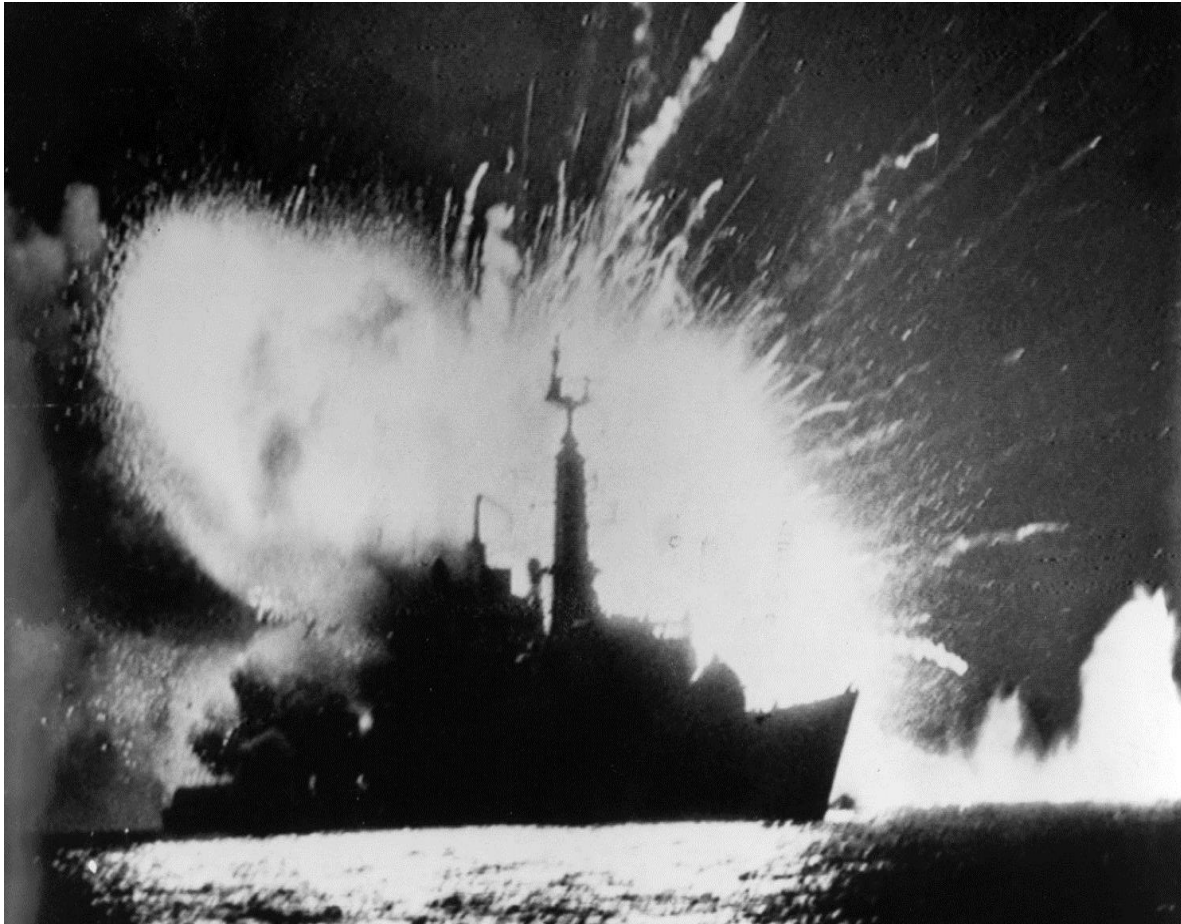
El Conflicto por la soberanía de las Islas Malvinas, cuyo inicio podría datarse con cierta certeza en la ocupación inglesa de las islas en 1833, tuvo su momento de mayor tensión en Abril de 1982, cuando el gobierno de la dictadura cívico-militar argentina decidió ocupar las islas por la fuerza y fue replicado por la Armada Real británica, desatando “la Guerra de Malvinas”, en el que ha sido el único conflicto armado “tradicional” (Fisas, 2004, p. 13)² que

¹ En este trabajo se hará referencia al archipiélago con su nombre en español “Islas Malvinas”, que deriva de Malouines, como fueron nombradas por los ocupantes franceses en las Islas alrededor de 1764. En el Reino Unido se las conoce como “Falkland Islands”. Este último es además el nombre que utilizan los Kelpers, actuales habitantes de las Islas.

² El Director de la Escola de Cultura de Pau de la Universitat Autònoma de Barcelona, Vicenç Fisas, utiliza la expresión “tradicional” para diferenciar a los conflictos armados clásicos que enfrentaban a Estados, con sus ejércitos, en un territorio determinado frente a la configuración actual de muchos de los conflictos armados que masacran poblaciones donde intervienen grupos no gubernamentales, comunidades étnicas o religiosas y no podría decirse que el Estado se sea un actor necesario, ni que el territorio esté siempre definido (Fisas, 2004, pp. 13-14).

ha enfrentado a una potencia militar internacional con un ejército sudamericano en la historia de los Estados-Nación modernos.

La disputa por la soberanía de las Islas Malvinas, Sandwich del Sur y Georgias del Sur³ es todavía un tema abierto, que ha despertado interés en intelectuales, politólogos e internacionalistas, organismos internacionales, organizaciones sociales y, en los últimos años ha generado gran preocupación en los países y organismos de cooperación regional de Latinoamérica.



Ataque argentino al HMS Sheffield el 4 de mayo de 1982. Murieron 20 personas. Fue el primer barco de la Royal Navy hundido en una guerra en cuarenta años (AP) | infobae.com

En este trabajo se propone una breve reseña de los principales acontecimientos que permiten un acercamiento a la complejidad del problema, poner para luego avanzar en una revisión interpretativa de las posiciones de ambos países en el conflicto, analizando los argumentos fundamentales de las pretensiones de soberanía sobre el archipiélago.

³ Si bien la disputa de soberanía involucra también las Islas Georgias y Sandwich del Sur, en este trabajo se hará referencia a las Malvinas como núcleo central del conflicto.

Finalmente se propone un análisis crítico desde la perspectiva del autor que pretende indagar en los intereses estratégicos del reclamo argentino y la negativa británica; para luego presentar algunas ideas a modo de epílogo.

Breve reseña del conflicto

Como suele suceder frente a cada proceso histórico, establecer con exactitud el origen del conflicto, resulta una tarea al menos pretenciosa. El control territorial de las islas ya era objeto de disputa entre las potencias coloniales del siglo XVI y XVII. Tanto Francia, España como el Reino Unido se arrogaron en algún momento el descubrimiento del archipiélago y la legitimidad de su soberanía.

Lo interesante a destacar es que ninguna de estas disputas derivó en un enfrentamiento militar abierto, en todo caso lo que predominó fue la gestión de las antiguas diplomacias a través de tratados y pactos [algunos apadrinados por el Vaticano] que –en general- no hacían referencia explícita a Malvinas, sino a los “territorios del nuevo mundo”.^{4 5}

Pese a la controversia entre los historiadores respecto al descubrimiento y los primeros asentamientos en las islas, existe un acuerdo generalizado sobre algunas cuestiones que conviene explicitar en virtud de establecer cierto criterio histórico sobre el origen del conflicto.

En primer lugar, existen evidencias suficientes para afirmar que –efectivamente- las Islas Malvinas fueron descubiertas en el siglo XVI, lo que significa que no estaban pobladas por asentamientos originarios (Altamiranda, 2013, pp. 77-78); en segundo lugar, en el contexto de la expansión imperial de las potencias coloniales del siglo XVII y XVIII y en virtud de los pactos a los que se hiciera referencia, luego de un breve asentamiento Franco-Inglés, la corona española reclama los territorios y los ocupa efectivamente entre los años 1767 y 1810 (Pertierra Cánepa, 2003; Laver, 2001).

En tercer lugar, lo que interrumpe esta ocupación española es el movimiento revolucionario independentista en Sudamérica que obliga a las guarniciones españolas a abandonar las islas para reforzar las defensas en el continente. De aquí en más, el naciente Estado independiente [por entonces: Provincias Unidas del Río de la Plata, luego República Argentina], ocupará tíbiamente [aunque con cierta formalidad] el archipiélago, hasta que se produce el acontecimiento que –como se sostiene en este trabajo- da origen al conflicto Anglo-Argentino. En el año 1833, en un contexto de convulsión por las guerras de independencia, las guerras civiles post-independencia en América y la expansión imperialista del RU, este último ocupa militarmente las islas y expulsa [casi sin resistencia] a los residentes argentinos.

Desde entonces [1833] el RU ha ejercido de facto el control político, administrativo y económico sobre las Islas Malvinas, mientras que la RA ha reclamado por diversos medios

⁴ Antigua expresión para referirse al continente Americano que refleja la visión colonial de la época.

⁵ Por ejemplo, las dos bulas papales de 3 y 4 de mayo de 1493 otorgaban a los Reyes Católicos Isabel y Fernando todas las islas y tierras descubiertas y por descubrir que no estuvieran bajo el dominio de algún príncipe cristiano, con la obligación de evangelizarlas (Sánchez Bella, 1993, p. 371).

diplomáticos la devolución de los territorios que entiende son soberanos, especialmente a través del Comité Especial de Descolonización de la ONU⁶, donde las Islas Malvinas son consideradas como uno de los diecisiete “territorios no autónomos pendientes de descolonización” en el mundo⁷. Fue este mismo comité que -en el año 1965- emitió la resolución N° 2065 que:

Invita a los gobiernos de la Argentina y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte a proseguir sin demora las negociaciones recomendadas por el Comité Especial [...] a fin de encontrar una solución pacífica al problema [...].(Organización de las Naciones Unidas [ONU], 1965, art. 1).

Como se menciona en la introducción, esta dinámica de “control británico-reclamo argentino”, sólo se vería interrumpida entre abril y junio de 1982, cuando el ejército argentino ocupa las islas y se desata la guerra de Malvinas. Este nefasto episodio de la historia fue una bisagra en la cuestión de Malvinas, en primer lugar por su repercusiones en la relaciones entre ambos países que se vieron fuertemente erosionadas; en segundo lugar por el impacto en la política interna tanto de Argentina [con una sangrienta dictadura cívico-militar que atravesaba una profunda crisis económica y de legitimidad] como del RU [donde la guerra significó un valiosa oportunidad para elevar la popularidad del gobierno de Margaret Thatcher que era fuertemente cuestionado por varios sectores de la sociedad].



OEA solicitó a Argentina y Reino Unido retomar negociación de las Malvinas | segundoenfoque.com

⁶ En 1962 la Asamblea General de la ONU estableció el Comité Especial de Descolonización encargado de supervisar la aplicación de la “Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales” y hacer recomendaciones respecto de su aplicación. Este comité tiene como misión la promoción y el seguimiento de los procesos de descolonización todo el mundo (ONU, 2017).

⁷ Según el Comité Especial de Descolonización de la ONU existen en la actualidad 17 “territorios no autónomos”, en el mundo, es decir que se trata de territorios en conflicto por su soberanía o pendientes de descolonización. De ese total, 10 [un 59%] se encuentran bajo administración del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (ONU, 2017).

Por último, por su efecto amplificador sobre la disputa de soberanía en las agendas diplomáticas internacionales y, en especial en los organizaciones de naciones americanas como la CELAC, MERCOSUR, UNASUR, OEA (Pigna, 2015).

Desde entonces, si bien las relaciones políticas y comerciales entre los países se han ido recuperando, los esfuerzos por establecer canales institucionales de negociación han fracasado, en tanto la Argentina insiste en el reclamo de soberanía y la apertura de las negociaciones, mientras que el Reino Unido se niega sistemáticamente a concurrir a una instancia de este tipo. Como señala con claridad John Lederach (1998) “el conflicto no es nunca un fenómeno estático” (pp. 91-92), sino que en su dinámica cambia y se transforma constantemente.

Esto último se verifica también en el caso de Malvinas donde los argumentos de ambas partes, la escalada de tensiones y las relaciones de poder evolucionan, se modifican y dan nuevas perspectivas sobre cuáles son los intereses que están en juego en una disputa que no parece encontrar un camino sencillo de cooperación, ni una salida definitiva y pacífica en el corto plazo.

Posiciones cruzadas

Como explican Muñoz (2004) y Fisas (2004), no son pocas las disputas que se ven empantanadas, donde parece imposible encontrar la estrategia correcta para promover una salida o una transformación positiva debido la dificultad [o la decisión] de los actores [e incluso los observadores y analistas] de presentar sus intereses o necesidades con claridad, es decir con eficacia comunicativa (Nos Aldás, 2010). En su lugar, se aferran a posiciones, aquellas que responden a la pregunta de ¿qué quiero?, y no ¿por qué o para qué lo quiero?

Esta sea tal vez la razón fundamental por la que el conflicto Anglo-Argentino por la soberanía de Malvinas no ha atravesado grandes transformaciones en casi 200 años. A pesar de que los argumentos de unos y otros se han ido adaptando a las posibilidades materiales del contexto local y las oportunidades de la política internacional, las posiciones no han variado sustancialmente (Pertierra Cánepa, 2003), y rara vez se observa una manifestación sincera de intereses.

La República Argentina ha adoptado la posición de que cualquier proceso de negociación con el Reino Unido debe estar inevitablemente dirigido hacia debatir la cuestión de la soberanía, en el marco de un proceso pacífico y bajo el amparo del derecho internacional. Mientras que el país anglosajón, insiste en el derecho de libre determinación de los habitantes de las islas y, en función de esto, no hay nada que discutir (Laver, 2001, p. 208).

Los argumentos argentinos se basan en elementos geográficos [la cercanía de las islas, la ubicación en aguas del mar argentino, la continuidad geológica de la plataforma continental]; históricos [la herencia de los territorios de posesión española tras la independencia y la

ocupación efectiva de las islas en los años posteriores⁸]; y jurídicos [basados en una serie de fundamentos históricos y del derecho internacional]. Mientras que los británicos son también de carácter histórico y jurídico, pero especialmente hacen referencia al “tiempo de posesión pacífica” y al “derecho a la libre determinación” (Laver, 2001; Guillaume, 1995).

Es interesante revisar brevemente este último argumento. En marzo de 2013, en un contexto de tensión creciente en las manifestaciones de ambas diplomacias, el gobierno británico impulsó un referéndum en las Malvinas que preguntaba a sus habitantes por “sí” o por “no”, si querían que las islas continuaran bajo la administración del Reino Unido. Como era de esperarse, en una población casi exclusivamente británica, el resultado fue contundente a favor del sí (Brock, 2013).

La respuesta de la diplomacia argentina no tardó en llegar, calificando el plebiscito como “una trampa”. Alicia Castro, la por entonces embajadora argentina en el RU, haría referencia al referéndum como una “maniobra mediática que expresa la debilidad de la posición del Reino Unido” (TELAM, 2013). Castro además manifestó que se trataba de “[...] un referéndum entre habitantes británicos, convocado por británicos, para que digan si quieren que el territorio donde viven sea británico [...]. Respetamos su modo de vida, su identidad. Respetamos que quieran seguir siendo británicos, pero el territorio en el que habitan no lo es” (Niebieskikwiat, 2013).

En definitiva lo que se cuestionaba desde la diplomacia de la nación del sur no refería la opinión de los Kelpers, como se denomina a los isleños, sino la aplicabilidad del principio de “libre determinación de los pueblos”, es decir la posición argentina [apoyada por la gran mayoría de los miembros de la ONU y la doctrina jurídica internacional] supone que no puede concedérsele ese derecho a quien no es jurídica ni históricamente hablando un “pueblo originario” en el auténtico sentido del término (Pigna, 2015).

Como se puede deducir, las posiciones de ambas administraciones parecen difíciles de reconciliar, en tanto no son claros los intereses de los Estados partes en el conflicto, los terceros países y los organismos internacionales, mientras que –de cualquier manera- resulta necesario considerar la situación de los Kelpers, lo cual agrega gran complejidad a la cuestión.

¿Por qué Malvinas? Sobre los intereses en el conflicto⁹

Una disputa de tantos años, que ha atravesado diferentes administraciones, escaladas de tensión, una guerra, intentos de mediación, resoluciones de Naciones Unidas y una innumerable cantidad de intervenciones diplomáticas presenta una complejidad que dificulta la comprensión de los intereses de fondo sobre el archipiélago, sin embargo aquí se intentan exponer –a modo de ejercicio reflexivo- algunos factores fundamentales que explican el empantanamiento [o la inexistencia] de las negociaciones.

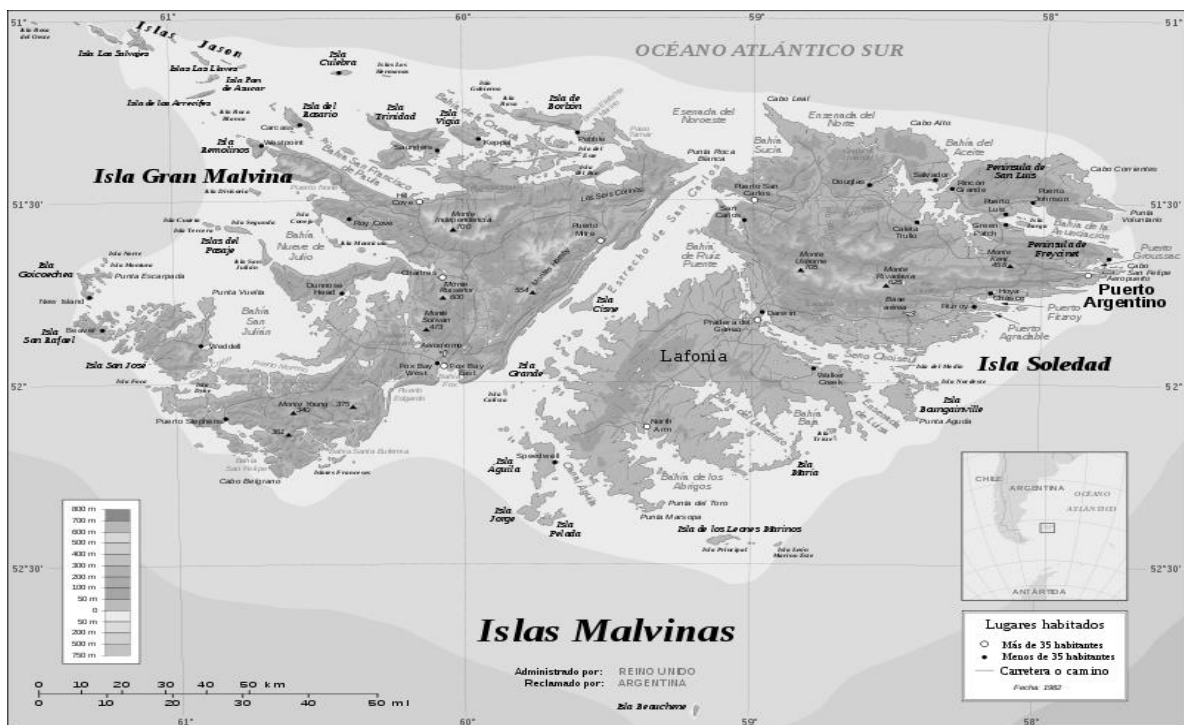
⁸ Aquí se aplica el principio *Uti Possidetis Iure* del Derecho Romano que ha sido utilizado por las naciones sudamericanas para dividir fronteras en el proceso de descolonización y que supone que la nación que se independiza hereda la propiedad de los territorios ocupados por el antiguo colonizador.

⁹ Conviene advertir al lector que, a falta de producción académica sobre estos tópicos, se exponen aquí reflexiones del autor en base a la propia interpretación de los acontecimientos recientes y la opinión de analistas internacionales.

Identidad Nacional y legitimidad política

Se podría comenzar este ejercicio por un elemento de carácter más bien “blando”, que poco tiene que ver con el análisis geo-político pero que –indudablemente- tiene su importancia: el patriotismo, el sentimiento de “causa común”, tanto de británicos como argentinos, pero especialmente de estos últimos para quienes la causa de Malvinas supone – como sólo podría compararse con el fútbol- una adhesión prácticamente unánime de la población. Después de la guerra también se despierta ese sentimiento en algún sector del pueblo británico y, especialmente en los Kelpers. Claro que este factor condiciona [y de hecho, ha condicionado] sensiblemente el accionar de los gobiernos y las diplomacias, operando en distintas oportunidades como eje de debates nacionales y elemento constructor de legitimidad.

Ahora bien, esto no explica por si solo el interés en las Islas Malvinas. Conviene entonces revisar algunas cuestiones geo-estratégicas.



wikipedia.org

Ubicación de las Islas

En primer lugar, la ubicación del archipiélago. Un enclave estratégico en el océano atlántico sur, por su cercanía a la Antártida [una de las reservas de agua dulce más importante del mundo], sobre la cual existe un debate internacional sobre su administración y explotación¹⁰ como recurso estratégico. La cercanía del archipiélago otorga algún elemento

¹⁰ Al respecto es interesante revisar el “Sistema de tratados Antárticos” que regula las relaciones internacionales con respecto a la Antártida, en el cual hay 12 Estados firmantes (entre los que se encuentran Argentina y el Reino Unido) y 52 Estados parte (web Secretaría del Tratado del Antártico: http://www.ats.aq/index_s.htm).

de legitimidad en la pretensión y supone un potencial rol estratégico en el abastecimiento desde y hacia el continente blanco.

Además, es un paso obligado para atravesar el estrecho de Magallanes, único paso interoceánico natural [alternativa frente a un eventual incidente que imposibilite la navegación a través del canal de Panamá] que comunica el Atlántico con el Pacífico y por el que atraviesan miles de buques al año según la Dirección General del Territorio Marítimo y de Marina Mercante de Chile.

Recursos Naturales y Sostenibilidad

Se sabe que el archipiélago cuenta con una riqueza de recursos naturales que moviliza intereses económicos de los Estados y las corporaciones. Las islas cuentan con reservas comprobadas de gas, petróleo y otros minerales, además de ser un centro de caza y pesca con variedad y cantidad de especies que son sumamente valoradas en los mercados internacionales (de la Fuente, 2010).

Al respecto, el Observatorio de la Energía, Tecnología e Infraestructura para el Desarrollo (OETEC-ID) advierte que, en virtud del avance en la exploración hidrocarburífera por parte de empresas británicas, se espera que la explotación en cantidades comerciales de petróleo en los yacimientos circundantes a las islas alcance niveles de “viabilidad” para 2020, con un horizonte de producción económicamente rentable hasta el 2050 según la tecnología actual.

Esta novedad no sólo representa una ventaja relevante en términos comerciales, la sostenibilidad económica de las islas es también un elemento de vital importancia para los intereses británicos ya que los analistas de aquel país la asocian al humor político de los kelpers y, por lo tanto, a las posibilidades de adhesión de los isleños a la posición de Londres en la disputa por la soberanía.

Militarización del Atlántico Sur

Con todo, la que a criterio del autor es la razón fundamental para sostener la presencia británica en las islas y, a su vez, la mayor amenaza para los pueblos de la región: la presencia militar de la OTAN en el atlántico sur.

Esta situación es necesario ubicarla en el marco del nuevo concepto estratégico de la OTAN, una estrategia que persigue reconvertir su sentido de existencia —en crisis luego de la disolución del Pacto de Varsovia en 1991— y consolidar la hegemonía militar global de la organización (Morales, 2015, p. 107), con la mirada puesta en el control estratégico de los recursos de toda la región.¹¹

La situación política en América del Sur agrega todavía más preocupación. Las particularidades de las crisis en Venezuela, Paraguay y Brasil, el viraje hacia proyectos de corte neoliberal en algunos países y el debilitamiento de los organismos de cooperación entre

¹¹ Esta perspectiva, considera a la OTAN como “instrumento de dominación que garantiza [...] la depredación de riqueza y recursos naturales que sus países miembros realizan en el resto del mundo” (Brunet, 2016).

naciones sudamericanas [como UNASUR y MERCOSUR], entre otros, parecen indicadores de un contexto fértil para el intervencionismo internacional en la política regional.

A este escenario, debemos sumar la creciente presencia militar de EE.UU. en territorio argentino y países vecinos con el pretexto –en algunos casos- de la “lucha contra el narcotráfico y el terrorismo” (Bruzzone, 2016) y de “ayuda humanitaria y cooperación al desarrollo”, en otros.

Lo cierto es que no sería la primera vez que en la región se despliegan operaciones de desestabilización para interferir en los procesos políticos internos, un fenómeno que David Llistar Bosch (2009) define como “anticooperación”¹², concepto que utiliza para explicar las interferencias de determinados grupos de las élites internacionales en países empobrecidos como estrategia para asegurar el control de los mercados y el suministro de recursos.

Si bien la producción académica en este campo es todavía muy incipiente, algunos analistas, como la destacada investigadora del Centro de Militantes para la Democracia Argentina [CEMIDA] (E. Bruzzone, 2017), con un importante acervo documental en defensa de los recursos naturales y la soberanía de los pueblos del Sur, advierten sobre el riesgo que implica la expansión militar de la OTAN en Sudamérica, donde Malvinas es evidentemente un pivote fundamental.

En este contexto, las islas representan al día de hoy –en términos relativos militares/civiles- una de las zonas más militarizada del mundo [más de 2000 efectivos militares y una población que no alcanza los 3000 habitantes civiles], y que además posee una capacidad armamentista -y nuclear- que se ha incrementado notablemente en los últimos años; una situación desmesurada, considerando que no existe ningún indicio sobre la posibilidad de un conflicto armado en la zona.¹³

Esto pareciera haber generado gran preocupación en los países de América del Sur, que en los últimos años venían manifestado su apoyo unánime a las pretensiones argentinas en clave de mantener el Atlántico Sur como una zona de paz y abrir el diálogo sobre la soberanía de las islas. Un reclamo al que se ha sumado la mayoría de los países miembros de la Asamblea General ONU en reiteradas oportunidades (Sánchez, 2015).

Epílogo

Como se adelantara en la introducción, la cuestión de Malvinas es un tema abierto. A más de 150 años de conflicto no parece haber un canal de salida o de transformación positiva, en tanto las tensiones continúan presentes.

La militarización de la zona es una evidencia de esto, y representa una clara amenaza para un continente que ha aprendido a resolver sus disputas entre Estados pacíficamente. La presencia de la OTAN en la región no hace más que confirmar el interés de establecerse

¹² Se recomienda la revisión del libro “Anticooperación. Interferencias Globales Norte-Sur. Los Problemas del Sur no se resuelven con más ayuda internacional” (Llistar Bosch, 2009).

¹³ Para más información ver: “Malvinas y la militarización del Atlántico sur: una amenaza continental” (Campagna, 2017).

definitivamente en el Atlántico Sur con objetivos geo-políticos y militares de clave colonial. Más aun considerando que los antecedentes de esta organización no han sido especialmente pacíficos.



Cristina aseguró que las Malvinas hoy "son la base militar nuclear de la OTAN en el Atlántico Sur" | Telam.com.ar

La lógica colonial es la que sigue predominando en esta cosmovisión del mundo y representa una barrera hacia el desarrollo de los pueblos y mitigación de las grandes desigualdades. El interés colonial está claramente vinculado a las riquezas y recursos estratégicos, pero además posee un contenido ideológico y político que las comunidades del sur están intentando discutir.

Visto de otro modo, si se considera la cuestión de Malvinas como una causa de la OTAN, como se ha intentado demostrar, sería deseable que la estrategia de la diplomacia argentina se dirija hacia la sudamericanización del conflicto, buscando por un lado equilibrar eventuales negociaciones sobre soberanía, y por otro una mayor garantía para el mantenimiento de la paz en la región.

Así las cosas, conformar un espacio de diálogo serio sobre este conflicto parece tarea difícil, sin embargo han habido ciertos gestos bilaterales de acercamiento.

En primer lugar, las relaciones diplomáticas y comerciales entre Reino Unido y Argentina están vigentes; en segundo lugar se ha intentado [sin éxito] explorar alternativas para acordar una explotación de recursos "equitativa"; asimismo, se han realizado experiencias

cooperativas de ejercicios de salvataje en las aguas cercanas a las islas donde han participado ambos Estados.

Lo necesario, en línea con lo se viene exponiendo, es avanzar en una agenda que promueva procesos de diálogo, de comunicación eficaz, teniendo en consideración los intereses de todas las partes involucradas en el marco del derecho internacional, tanto los Kelpers, cuyas preocupaciones deben ser atendidas, como de los organismos regionales y los países del Sur [no solo la Argentina].

Tal vez el camino sea considerar alguna estrategia alternativa, de transiciones graduales o al estilo de las arquitecturas políticas intermedias, pero es necesario sincerar intereses y ser consecuentes con la historia y el futuro de los pueblos.

Bibliografía

- Altamiranda, M. (2013). *Luchar, sufrir y morir por Malvinas*. Buenos Aires, Argentina: Dunken.
- Brock, J. (11 de Marzo de 2013). Falklands Vote 98.8% Yes. Falklands Island New Network. Recuperado de <http://www.falklandnews.com/public/story.cfm?get=6491&source=3>.
- T. Font, R. Grassa y E. Grau, *Trenta Preguntas sobre l'OTAN. 30 anys després del referéndum*. Barcelona, España: Líniazero Edicions.
- Bruzzone, E. (12 de Julio de 2016). Sustancioso informe sobre la instalación de bases militares yanquis en Argentina. Resumen Latinoamericano, Recuperado de <http://www.resumenlatinoamericano.org/2016/07/12/sustancioso-informe-sobre-la-instalacion-de-bases-militares-yanquis-en-argentina/>.
- Campagna, J. (7 de Mayo de 2017). Malvinas y la militarización del Atlántico sur: una amenaza continental. Nodal. Noticias de América Latina y el Caribe. Recuperado de <http://www.nodal.am/2017/05/malvinas-y-la-militarizacion-del-atlantico-sur-una-amenaza-continental/>.
- De la Fuente, L. (2010). Intereses del Reino Unido de la Gran Bretaña sobre los Territorios de las Islas Malvinas, Georgias del Sur (San Pedro) y Sandwich del Sur. Documento de trabajo presentado en el marco del Seminario sobre las Islas Malvinas, Georgias del Sur (San Pedro) y Sandwich del Sur. Universidad Nacional de La Plata, Argentina.
- Dirección General del Territorio Marítimo y de Marina Mercante de Chile [DIRECTEMAR]. Estrecho de Magallanes, Canales Y Fiordos Chilenos. Regulaciones y Direcciones de Pilotaje, Rutas. Chile Recuperado de <http://web.directemar.cl/pilotaje/PaginaB.html>.
- Fisas, V. (2004). *Procesos de Paz y Negociación en Conflictos Armados*. Barcelona, España: Paidós.
- Guillaume, G. (1995). *Las Grandes Crisis Internacionales y el Derecho*. Barcelona, España: Ariel.
- Laver, R. (2001). *The Falkland/Malvinas Case. Breaking the Deadlock in the Anglo-Argentine Sovereignty Dispute*. Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers.
- Lederach, J. (1998). *Construyendo la Paz: Reconciliación sostenible en sociedades divididas*. Bilbao, España: Bakeaz/Gernika Gogoratuz.

- Llistar, D. (2009). *Anticooperación. Interferencias Globales Norte-Sur. Los Problemas del Sur no se resuelven con más ayuda internacional*. Barcelona, España: Icaria.
- B. Molina Rueda y F. A. Muñoz. (s.f). *Manual de Paz y Conflictos*. Universidad de Granada:Consejería de Educación de la Junta de Andalucía.
- Morales, J. (2015). Rusia y Europa entre la confrontación y la cooperación: el rearme ante el conflicto en Ucrania. *Anuario CEIPAZ*, 799-112. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4942619.pdf>.
- Niebieskikwiat, N. (12 de Marzo de 2013). Abrumador triunfo del Sí en el referendum de Malvinas. Clarin Recuperado de http://www.clarin.com/malvinas/Abrumador-triunfo-referendum-Malvinas_0_880712159.html.
- Comins, I. y París, S. (sf). *Investigación para la Paz. Estudios Filosóficos*. Barcelona, España: Icaria.
- Observatorio de la Energía, Tecnología e Infraestructura para el Desarrollo [OETEC-ID], (2017). El petróleo del Departamento Islas del Atlántico Sur (Malvinas) y el pillaje británico en marcha. Recuperado de <http://www.oetec.org/nota.php?id=2298&area=1>.
- Organización de las Naciones Unidas:
- (1965). Resolución 2065, Cuestión de las Islas Malvinas (Falkland Islands). Recuperado de: [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/2065\(XX\)&Lang=S&Area=RESOLUTION](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/2065(XX)&Lang=S&Area=RESOLUTION).
- (2017). La Naciones Unidas y la Descolonización. Recuperado de <http://www.un.org/es/decolonization/>.
- Pertierra, F. (2013). Análisis del Proceso de Malvinas. Documento de Investigación N° 24, Universidad de CEMA. Recuperado de <http://www.ucema.edu.ar/u/fpeca/textos/malvinas.pdf>.
- Pigna, F. (2015). *Malvinas en Conferencia dictada en el marco del programa #Cultura UNSAM*. Buenos Aires, Argentina: Universidad Nacional San Martín.
- Sánchez, G. (2015). Globalización y conflicto en América Latina: tensiones y desafíos, *Revista El Horizonte*, 4, 25-60.
- Sánchez Bella, I. (1993). *Las bulas de 1493 en el derecho indiano*. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- TELAM (12 de Marzo de 2013) "El referendo en Malvinas expresa la debilidad de la posición del Reino Unido", afirmó Alicia Castro. Telam Recuperado de <http://www.telam.com.ar/notas/201303/10117-el-referendo-en-malvinas-expresa-la-debilidad-de-la-posicion-del-reino-unido.html>

Derechos de los pueblos indígenas en Argentina:

La brecha entre el reconocimiento formal y el goce efectivo

Gabriel C. Sánchez

Recibido: 10.06.2017 / Aceptado: 09.07.2017

RESUMEN

Este trabajo pretende abordar la situación actual de los pueblos indígenas en Argentina, partiendo del análisis de los cambios normativos que los han afectado desde la recuperación democrática, y con el objetivo de entender los impactos logrados en sus condiciones de vida. Para ello, se abordará el marco legal vigente en Argentina, se revisarán informes de organizaciones de derechos humanos que reflejan el estado en el que viven los pueblos indígenas en Argentina, y se intentará analizar por qué existe una brecha entre los derechos consagrados a favor de los pueblos indígenas y la implementación real de los mismos.

PALABRAS CLAVE

Pueblos indígenas, Argentina, derechos humanos, reforma constitucional

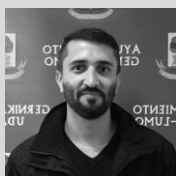
ABSTRACT

This paper aims to address the current situation of indigenous peoples in Argentina, starting from the analysis of the normative changes that have affected them since the democratic recovery, and with the objective of understanding the impacts achieved in their living conditions. To that end, it will address the legal framework in force in Argentina, review reports from human rights organizations that reflect the state in which indigenous peoples live in Argentina, and attempt to analyze why there is a gap between the rights consecrated in favor of Indigenous peoples and the real implementation of them.

KEYWORDS

Indigenous peoples, Argentina, human rights, constitutional reform

Introducción



Gabriel C. Sánchez (1986)
Licenciado en Relaciones
Internacionales por la
Universidad Abierta
Interamericana, Argentina.
Maestrante en Estudios
Internacionales de Paz,
Conflictos y Desarrollo en
Universitat Jaume I, España.
Investigador del Centro de
Altos Estudios en Ciencias
Sociales (CAECS-UAI).
Contacto:
gabriel@gcsanchez.com

El presente escrito pretende abordar la situación actual de los pueblos indígenas en Argentina, partiendo del análisis los cambios normativos que los han afectado desde la recuperación democrática, y con el objetivo de examinar los impactos reales logrados en sus condiciones de vida. Para ello, se dividirá el presente trabajo en tres secciones. En la primera de ellas, se abordará el marco legal vigente en la República Argentina en relación al derecho indígena, especialmente a partir de la reforma constitucional del año 1994. En la segunda sección se repasarán cuatro documentos de diferentes organizaciones de derechos humanos que reflejan las condiciones actuales en las que viven los pueblos indígenas en Argentina. Por último, se intentará analizar por qué existe una brecha entre los derechos consagrados a favor de los pueblos indígenas y la implementación real de los mismos.

Derechos de los pueblos indígenas en Argentina

La República Argentina registra en la actualidad treinta y dos pueblos indígenas que, según el Censo Nacional de Población, Vivienda y hogares 2010, agrupan a 955.032 personas que se reconocen como indígenas (Secretaría de Derechos Humanos, 2015, p. 11). Esta aceptación de su condición indígena por parte de un 2,4% de la población es relativamente nueva en un país construido sobre el mito de blanquitud, en el sentido de ordenamiento ético moderno (Echeverría, 2010), que fue importada vía barcos provenientes de Europa. La mencionada visibilización de la identidad indígena en el entramado institucional como un elemento constitutivo del imaginario social y un actor relevante de la sociedad argentina es producto de una evolución acaecida en los últimos tres décadas. En las líneas que siguen intentaré realizar un pequeño repaso sobre la evolución normativa en ese sentido.

Desde el año 1983, con la reinstauración del sistema democrático, se inició un proceso de apertura institucional que permitió a diferentes colectivos impulsar el reconocimiento normativo de las luchas que impulsaban. En el caso particular de los pueblos indígenas, con la creación del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI) en 1985 se comienzan a plasmar jurídicamente las reivindicaciones de diferentes movimientos que se habían comenzado a organizar desde varias décadas antes (Rosti, 2009, pp. 51-52).

El proceso de la reforma constitucional abrió un nuevo espacio de discusión por parte del Estado en relación a las poblaciones indígenas del territorio. Hasta ese momento se encontraba vigente el artículo 67, inciso 15 de la Constitución Nacional de 1853 que “prescribía como atribución del Congreso de la Nación «proveer a la seguridad de las fronteras, conservar el trato pacífico con los indios y promover su conversión al catolicismo».” (Carrasco, 2000, p. 39). Con vistas a reformar ese artículo se presentaron ochenta y cuatro proyectos de reforma por parte de juristas, pero también de organizaciones de derechos humanos y de la Asociación Indígena de la República Argentina (Carrasco, 2000, p. 39).

El texto actual de la Constitución Argentina afirma que corresponde al Congreso de la Nación:

Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería Jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones (Argentina, Congreso General Constituyente, 1994, Ley N° 24.430, art. 75).



Indígenas de Argentina esperan ser reconocidos por nuevo Gobierno | sputniknews

Ese nuevo marco normativo ha significado un importante avance en la medida en que ha reconocido legalmente varios derechos a los pueblos indígenas, pero especialmente porque acepta su preexistencia étnica y cultural en el actual territorio del Estado argentino. La serie de cambios se termina de completar con la ratificación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo en el año 2000, que había sido previamente incorporado al ordenamiento jurídico argentino mediante la Ley N° 24.071 (Carrasco, 2000, p. 11).

Luego de la reforma general de la cúspide de sistema normativo, se inició el proceso de sanción de leyes que permitieran la implementación de los derechos mencionados en la Constitución y en los instrumentos internacionales. De esta manera, en coherencia con lo afirmado por la Secretaría de Derechos Humanos, se sancionan las siguientes normas: Ley N° 25.607 de difusión de derechos de

los pueblos indígenas; Ley N° 26.160 de emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas, que ordena el relevamiento de los territorios indígenas y suspende los desalojos; Ley N° 26.206 de educación nacional, que introduce la educación bilingüe; Ley N° 26.522 de servicios de comunicación audiovisual, que garantiza la participación de los pueblos indígenas en los medios de comunicación; y Ley N° 26.994 de reforma del Código Civil, que reconoce la propiedad comunitaria de las tierras (Secretaría de Derechos Humanos, 2015).

Es obligatorio mencionar que todos estos cambios en las normas de alcance federal y la admisión del rango constitucional de los instrumentos de derechos humanos también provocaron cambios en las estructuras jurídicas provinciales, las cuales comenzaron a mostrarse más receptivas al reconocimiento formal de los pueblos indígenas como sujetos de derecho (Carrasco, 2000, p. 11).

En resumen, el tejido institucional ha reformado la Carta Magna para incorporar al colectivo indígena al cuerpo de derechos. Además, el principal instrumento internacional en materia indígena se encuentra vigente (Convenio 169 de la OIT) y se ha creado un instituto especial para favorecer la dirección de las políticas públicas en sentido favorable al ejercicio de los derechos reconocidos (INAI). Por otro lado, también se ha avanzado en la sanción de leyes nacionales y provinciales que deberían favorecer la operatividad de las reformas a la norma fundamental del año 1994. Todo esto debe sumarse a la jerarquía constitucional que le ha sido concedida a los tratados fundamentales de derechos humanos descriptos en el artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional. En relación al aspecto formal de los derechos de los pueblos indígenas, Argentina parecería encontrarse a la vanguardia del reconocimiento de los mismos.

Situación de los pueblos indígenas en Argentina

Esta sección estará dedicada al escudriñamiento de la situación real de acceso al ejercicio de los derechos consagrados en el marco normativo descrito previamente. Para ello, recurriré a informes de distintas instancias de las Naciones Unidas, del Defensor del Pueblo de la Nación Argentina, y de Amnistía Internacional.

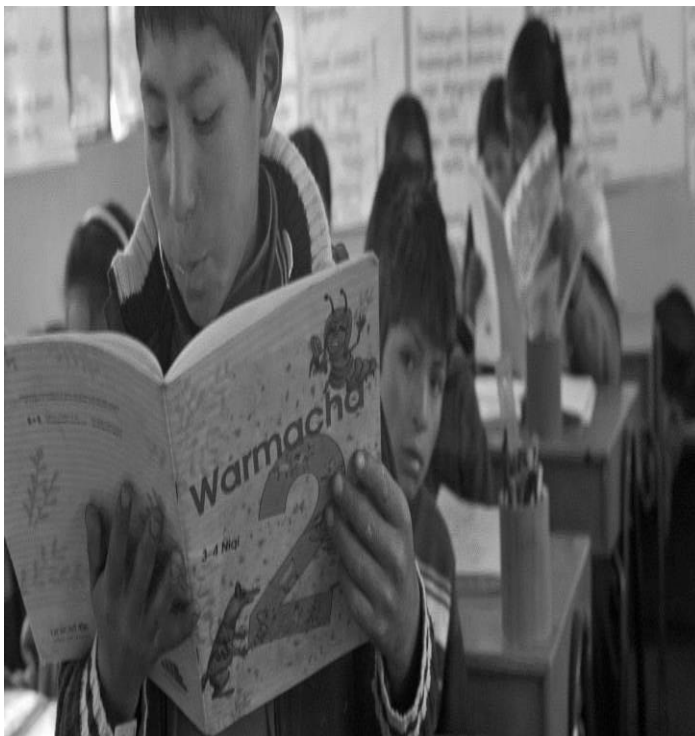
El Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya - La situación de los pueblos indígenas en Argentina es producto de la visita oficial realizada a finales del año 2011. En dicho documento se hace énfasis sobre tres preocupaciones principales: tenencia de la tierra y recursos naturales; acceso a la justicia, desalojos y protesta social; y condiciones sociales y económicas (Asamblea General ONU, 2012).

Con respecto a la tenencia de la tierra y recursos naturales, el Relator Especial ha destacado desde el comienzo que, pese a la aprobación de la Ley N° 26.160, la mayoría de las comunidades indígenas del país no cuenta con el reconocimiento legal de sus tierras (Asamblea General ONU, 2012, pp. 7-8). Se han identificado diferentes causas que han provocado esta situación, como ser las trabas burocráticas y la falta de completación de la documentación requerida (Asamblea General ONU, 2012, p. 9), la falta de reconocimiento provincial de la normativa nacional (Ibíd), la débil participación indígena en el proceso de relevamiento (Ibíd), la carencia de un sistema de titulación de la propiedad indígena (Ibíd), y la falta de contemplación de las comunidades desposeídas que han migrado a nodos urbanos (Ibíd).

Las industrias extractivas que explotan los recursos naturales y los proyectos agropecuarios también tienen implicancias sobre los pueblos indígenas. Los desmontes y la expansión de la frontera agrícola

afectan el sostenimiento del modo de vida indígena, provocando así su expulsión y migración a las ciudades (Asamblea General ONU, 2012, p. 10). Además, se han intensificado el consumo desmesurado de agua por parte de emprendimientos extractivos, y la contaminación que producen las industrias mineras (Asamblea General ONU, 2012, pp. 10-11). El derecho a la consulta y el consentimiento previo tampoco ha sido debidamente implementado, y no existe una ley que codifique el desarrollo del procedimiento (Asamblea General ONU, 2012, pp. 11-12). Esto provoca que las comunidades no puedan participar de beneficio alguno resultante de los proyectos (Asamblea General ONU, 2012, p. 12).

En relación a acceso a la justicia, desalojos y protesta social, el Relator Especial ha enfatizado que los pueblos indígenas se enfrentan a diferentes adversidades. El acceso a la justicia se ve impedido por barreras lingüísticas, culturales, económicas y de distancia (Asamblea General ONU, 2012, p. 13). En adición, las interpretaciones de los jueces, en general, tienden a defender la propiedad privada en detrimento de la propiedad comunitaria (Ibíd). Todo esto redundando en una profunda inseguridad jurídica para las comunidades y los consecuentes desalojos. Estos procesos, además de violentos y desproporcionados, violan los derechos consagrados en la Ley N° 26.160 (Ibíd). Las diferentes organizaciones indígenas han ejercido la protesta pacífica social como herramienta para contener los desalojos y han recibido como respuesta la criminalización de esas manifestaciones y el uso desproporcionado de la fuerza por parte de los diferentes cuerpos de policía (Asamblea General ONU, 2012, pp. 13-14).



Pueblos originarios denuncian que se eliminó la educación intercultural bilingüe | wordpress.com

Por último, en lo relativo a condiciones sociales y económicas, el Relator Especial ha indicado que el Estado argentino posee pocos datos sobre la situación de los pueblos indígenas por no incluirlos en los censos, incluso hasta el censo realizado en el año 2001. Pese a eso, los datos existentes indican una fuerte marginalización de los pueblos indígenas en comparación con el resto de la población argentina (Asamblea General ONU, 2012, p. 14).

En ese sentido, el acceso a la educación se encuentra impedido por la falta de escuelas y las condiciones de pobreza que enfrentan, especialmente en los niveles secundarios y universitarios (Ibíd). Por otro lado, la educación bilingüe no se encuentra totalmente implementada, y no incluye a todas las asignaturas del programa (Ibíd). El sector más vulnerado en su acceso a la educación son las mujeres indígenas, ya que abandonan por obligaciones familiares o

por encontrarse en zonas alejadas y sin centros educativos (Asamblea General ONU, 2012, p. 15).

El derecho de acceso a la salud también se ve imposibilitado por las distancias y la poca disponibilidad horaria de los centros de salud. Esto provoca, por ejemplo, un alza en la mortalidad infantil en

poblaciones indígenas, y se ve acrecentado por las situaciones de discriminación y las barreras idiomáticas (Asamblea General ONU, 2012, pp. 15-16).

La falta de acceso pleno a la educación y a la atención sanitaria, se suma a los bajos índices de desarrollo social y económico, completando así el estado de marginalización. En concreto, hay más hogares indígenas que tienen necesidades insatisfechas en comparación con el resto de casos en Argentina, y no existe una política pública organizada que dé respuesta a esta situación (Asamblea General ONU, 2012, pp. 16-17). El Relator Especial concluye que, aunque se han realizado profundos avances en el reconocimiento de derechos, aún “persiste una brecha significativa entre el marco normativo establecido en materia indígena y su implementación” (Asamblea General ONU, 2012, p. 18).

La situación de discriminación que viven los pueblos indígenas en Argentina permite comprender la base de legitimación tácita que sostiene esas vulneraciones de derechos. Con respecto a este punto, el Informe del Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, de discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia sobre su misión a la Argentina en relación a su visita del año 2016 expresa que los pueblos indígenas se ven expuestos a la yuxtaposición de situaciones discriminatorias y de pobreza severa (Asamblea General ONU, 2017, p. 8). Las razones de esta doble exclusión se encuentran en la homogeneización del proceso histórico de construcción del Estado, que ha impulsado la invisibilización de ciertos grupos, sus tradiciones y su cultura (Asamblea General ONU, 2012, p. 3). Así, la existencia de amplios prejuicios en la sociedad argentina termina materializándose en la denegación del acceso a la salud, educación, y satisfacción de necesidades básicas a los pueblos indígenas (Asamblea General ONU, 2012, pp. 8-9). Pero la discriminación horizontal y vertical existente no solo genera las exclusiones materiales, sino que paralelamente provoca la afeción directa al derecho a la identidad indígena (Asamblea General ONU, 2012, p. 9).

El Relator Especial hace hincapié en que, sumado a las condiciones materiales de existencia inadecuadas, los derechos civiles y políticos de los pueblos indígenas también se encuentran violentados por la criminalización de la protesta y por las represalias tomadas contra los asesores letrados de las comunidades (Asamblea General ONU, 2017, p. 11). Al mismo tiempo, la insuficiente participación existente de los pueblos indígenas en los organismos de gobierno se ve afectada por la débil legitimidad de los procesos de elección de los representantes (Asamblea General ONU, 2012, pp. 11-12). Finalmente, el Relator Especial exhorta al Estado argentino a la formulación de una política integrada que garantice la protección de los derechos de los pueblos indígenas (Asamblea General ONU, 2012, p. 20).

Por su parte, el Defensor del Pueblo de la Nación (DPN) en su Vigésimo segundo informe anual 2015 igualmente destaca la “distancia que aún existe entre el marco normativo vigente en nuestro país en materia indígena y el ejercicio real de los derechos ahí reconocidos” (Defensor del Pueblo, 2016, p. 32). Las investigaciones impulsadas por el Ombudsman nacional se dividen en cinco ejes temáticos que intentan agrupar las principales vulneraciones al derecho indígena: demoras en la ejecución del reconocimiento territorial establecido por la Ley N° 26.160; dificultades en la entrega de la personería jurídica; debilidades en el proceso de participación y consulta previa, libre e informada; falta de acceso a la justicia; y carencias relativas a derechos económicos, sociales y culturales (Defensor del Pueblo, 2016, pp. 33-34).

Sobre los casos que refleja el informe del DPN quisiera señalar uno en particular: el Rally Dakar. Esta cuestión es relevante ya que pone de manifiesto los intereses cruzados existentes en los Estados provinciales y nacional. Es decir, cómo el interés en la atracción de inversiones y turismo, ocasiona la

postergación de la observancia del marco normativo vigente. En ese sentido, el DPN afirma haber recibido denuncias sobre la falta de consulta previa, libre e informada en la planeación del recorrido del Rally Dakar en sus ediciones de los años 2014 y 2015 (Defensor del Pueblo, 2016, p. 40). Como resultado, la circulación de los vehículos participantes en la competición terminó provocando la mortandad de animales, el daño de viviendas, la destrucción de caminos comunitarios, y la afección del modo de vida de los pueblos indígenas de la zona (Defensor del Pueblo, 2016, pp. 40-41).



Jujuy entregó 90 mil hectáreas a minera de litio por encima de las comunidades | biodiversidadla.org

Para concluir este apartado, me referiré al documento de Amnistía Internacional (AI) titulado 2017 - Derechos Humanos - Agenda para Argentina. AI coincide con ambos Relatores Especiales de Naciones Unidas y con el Defensor del Pueblo de la Nación en su diagnóstico del respeto a los derechos de los pueblos indígenas en Argentina. De manera análoga resalta como cuestiones fundamentales la tierra y el territorio, la ley de emergencia territorial (Ley N° 26.160), el modelo extractivo y las luchas territoriales, la represión y la criminalización, el derecho a la consulta, y la concesión de la personería jurídica¹ (Amnistía Internacional, 2017, pp. 8-17).

Proseguiré en el análisis del documento, entonces, mencionando las recomendaciones dirigidas al Estado argentino. AI se enfoca en los siguientes siete puntos: 1) garantizar la suspensión de los desalojos de los pueblos indígenas, asegurando su participación en el relevamiento técnico-catastral; 2)

¹ Amnistía Internacional ha identificado y geolocalizado más de doscientos conflictos relacionados a derechos de los pueblos indígenas. El mapa y la base de datos se pueden consultar en el siguiente sitio web: <http://www.territorioindigena.com.ar/>.

promover una ley de propiedad comunitaria; 3) promover una política integral de consulta y consentimiento libre, previo e informado; 4) terminar las estrategias de persecución y criminalización de la lucha indígena; 5) garantizar la inscripción de las personerías jurídicas; 6) garantizar la libertad de organización política, social, económica, cultural y religiosa de los pueblos indígenas; y 7) promover un rol activo del Gobierno nacional en el cumplimiento de la normativa de derechos de los pueblos indígenas (Amnistía Internacional, 2017, p. 17).

El objetivo de este apartado era poner de manifiesto las persistentes contradicciones en materia de implementación de derechos de los pueblos indígenas en Argentina. Si bien es innegable la evolución que ha experimentado el entramado jurídico en los últimos treinta años, es igualmente cierto que en Argentina persisten las diferentes formas de exclusión histórica a las que han sido sometidos los pueblos indígenas. La revisión de estos cuatro documentos exhibe la distancia existente entre el marco normativo vigente y las condiciones materiales e inmateriales de existencia de los pueblos indígenas.

Tensiones estructurales de la sociedad y el Estado argentinos

Ahora, es oportuno indagar sobre las razones que dan fundamento a la persistencia de esas vulneraciones históricas. En ese sentido, esta sección discurrirá a través de tres cuestiones: el proceso de creación del moderno Estado argentino, las luchas indígenas previas a la obtención de derechos, y, por último, y las consecuencias de la institucionalización de las demandas indígenas.

En primer lugar, es necesario comprender el lugar que ocuparon los pueblos indígenas en el proceso histórico de construcción del Estado argentino. Luego de la Batalla de Caseros (1852), la sanción de la Constitución Nacional (1853), y la incorporación final de la Provincia de Buenos Aires a la República Argentina (1861), quedan definidas las bases de la moderna definición política del Estado argentino. La élite portuaria de Buenos Aires logra imponerle su visión de sociedad y organización política al resto de la Confederación Argentina. A partir de allí, comienza el proceso para definir la inserción económica de la pacificada nación.

Previamente, y para realizar un rápido repaso del pensamiento de ese pequeño grupo que impulsaba el nuevo gobierno, quisiera referirme a la figura de Domingo Faustino Sarmiento. Segundo presidente (1868-1874) desde la unificación de la actual República Argentina, fue también gobernador de la Provincia de San Juan durante la presidencia de Bartolomé Mitre (1862-1868), y ocupó cargos ejecutivos en el gobierno de Nicolás Avellaneda (1874-1880) y durante el primer mandato de Julio Argentino Roca (1880-1886). Su pensamiento se refleja en su extensa obra, siendo *Civilización y Barbarie* (1874), también conocido como *Facundo*, uno de los libros que más impacto tuvo en las clases gobernantes de la joven Argentina de aquellos años. Publicado originalmente en 1845, este libro relata la biografía de Facundo Quiroga, uno de los caudillos federales más destacados.

Aquellos caudillos, según entendía Sarmiento, habían sumido a las Provincias Unidas del Sur en el caos de la guerra civil y solo así se podía “explicar el atraso del desarrollo social, económico, y político del pueblo argentino” (Mejía, 2000, p. 110). Esos enfrentamientos respondían a la lógica de que existen dos mundos antagónicos e irreconciliables y, sin embargo, conviven en un mismo territorio. Estos dos mundos están en la lucha: por un bando la campaña argentina -bárbara y americana- y por el otro bando la ciudad, en especial Buenos Aires y su civilización europea (Mejía, 2000, p. 112).

Había llegado el momento para finalmente buscar el progreso. Esa finalidad demandaba poner en orden la propia casa, y la nueva organización institucional del país respondía a ese objetivo. Todo rezago del bando derrotado, sería eliminado o puesto al servicio del plan nacional de Buenos Aires. Los caudillos, los gauchos, los indios, el campo y la identidad americana serían remplazados por los dirigentes porteños, los inmigrantes europeos, el puerto, y la identidad blanca y europea. Se buscaba abandonar la minoría de edad, y avanzar hacia la madura adultez moderna (Dussel, 1994).



El lonco Valentín Saybueque, uno de los principales comandantes de las fuerzas mapuches durante la Conquista del desierto. | wikipedia.org

Los pueblos indígenas serán borrados del imaginario fundacional de la República Argentina, que a partir de allí será un país blanco concebido en los barcos que llegarían desde Europa. Este proceso de homogeneización racial (Quijano, 2000), materializado a través de la denominada Conquista del Desierto, evento destacado en la mitología de la formación nacional, no solo los dejaba por fuera del proyecto de Buenos Aires, sino que los declaraba abiertamente enemigos del progreso. Así, el genocidio republicano terminaría de finiquitar la tarea iniciada por el genocidio colonial (Bartolomé, 2003).

La mal llamada Conquista del Desierto también tenía fines económicos. La expansión de la frontera agrícola era profundamente necesaria para el modelo de inserción en la división internacional del trabajo que la élite porteña había concebido. Es así que la Generación de 1880 comienza a exportar los productos agrícola-ganaderos de la Pampa húmeda a través de la ciudad puerto, e importar trabajadores y positivismo (Ramos, 2011).

Durante todo el siglo XX y hasta la vuelta de la democracia en 1983, como hemos visto, los pueblos indígenas fueron completa y absolutamente negados como sujetos frente al Estado argentino:

Tanto el paternalismo, como el populismo, el desarrollismo, el militarismo o las vacilantes políticas democráticas, se basaron en un mismo principio explícito o implícito: para ser argentinos de pleno derecho los indígenas debían renunciar a su condición étnica y asumir el modelo cultural que le ofrecían los propietarios del Estado. Estado que había sido su antagonista y que ahora les sugería la promesa de aceptarlos si abdicaban de la posibilidad de seguir siendo ellos mismos. Es decir que se les ofrecía un tramposo derecho a la existencia, concedido a cambio de que asumieran esa inducción al suicidio cultural que hoy llamamos etnocidio (Bartolomé, 2003, p. 171).

En resumen, uno de los pilares de la fundación del moderno Estado argentino ha sido la eliminación del indio. A partir de ese razonamiento y hasta años recientes, su única relación con los pueblos indígenas ha sido a través de la negación de su existencia.

Sosteniendo el hilo argumental propuesto, avanzaré ahora hacia el segundo punto de este apartado: el análisis de las luchas y conquistas de derechos por parte de los pueblos indígenas de Argentina. Al

parecer, los derechos logrados desde 1983 en adelante responderían a una lógica de apertura propia del Estado argentino que, de forma endógena, voluntaria, y unilateral, comienza a otorgar derechos a diferentes colectivos en razón de la primavera democrática. Esta visión provoca una doble confusión, por un lado, oculta la lucha y organización previa de los pueblos indígenas, y, por otro, muestra un Estado que parecería cumplir con sus obligaciones.

Las luchas indígenas se venían desarrollando desde varios años antes, teniendo como hitos la marcha conocida como Malón de la Paz (1946), el I Parlamento Indígena Nacional Futa Traun (1972), la creación de la Asociación Indígena de la República Argentina (1972), y movilizaciones en relación con luchas locales en las provincias de Formosa, Chaco, y Salta desde inicios de la década de los 80 (Carrasco, 2000, pp. 15-16). A esto tenemos que sumar la aparición de distintas organizaciones, como el Equipo Nacional de la Pastoral Aborigen (ENDEPA), que permitieron organizar la incidencia en la máxima de las conquistas: la reforma de la Constitución Nacional (Carrasco, 2002).

Como se puede apreciar, el derecho indígena existía, antes de su insitucionalización, en la calle como voz y organización de aquellos marginados en pleno ejercicio de su libertad no-lesiva (Lyra Filho, 1982). Los pueblos indígenas impulsaron sus reivindicaciones y lograron el reconocimiento formal de las mismas por parte de un Estado que simplemente se había limitado a la reacción.

En tercer y último lugar, me dedicaré al análisis del proceso de institucionalización de las demandas indígenas. El Estado, al convertir en norma las reivindicaciones de los pueblos indígenas, institucionaliza los históricos reclamos de los colectivos indígenas dando lugar a un fenómeno denominado como juridización de lo indígena (Gómez, 1994). Esta juridización tiene un doble sentido, es primeramente un reconocimiento, pero, en la práctica, también es una concesión que espera atemperar los reclamos hacia el tejido institucional. El período de reformas constitucionales en América Latina, y en este caso la de Argentina, está sumergido en la lógica del Consenso de Washington. Es decir, los procesos de transformación jurídica están dirigidas hacia las necesidades del capital transnacional y de la globalización triunfante.

Es por eso que, pese a la consagración formal de los derechos, todavía resta avanzar hacia el goce real de los mismos que requieren la acción efectiva del Estado: “los derechos económicos, sociales y culturales importan un gasto y nadie quiere hacerse cargo de ese gasto: va contra la lógica propia del sistema, que es la de la maximización de las ganancias y consecuente acumulación de capital” (Barcesat, 1993, p. 105).

Aquí, se torna fundamental privilegiar los espacios de organización y participación de los pueblos indígenas. Impulsar los procesos de exigibilidad al Estado dependerá profundamente de aquella precondition. En el caso de Argentina, los pueblos indígenas apenas cuentan con algunas estructuras dentro del INAI, de los cuales el más destacado es el Consejo de Coordinación, y aún se espera por la definición del Consejo Consultivo y Participativo creado por del Decreto N° 672/2016. Lamentablemente, la incidencia en la política nacional de esas estructuras es baja. Para asegurar la implementación de los derechos de los pueblos indígenas, no deben aceptarse interpretaciones que escindan los derechos de la política. La dignidad solo se alcanza por la vía de la participación política, entendida como la capacidad de actuar en el mundo (Herrera Flores, 2008).

Para resumir esta parte, se puede afirmar que la brecha entre los derechos formalmente concedidos a los pueblos indígenas y sus condiciones reales de vida se fundamenta en tres cuestiones. En primer lugar, el moderno Estado argentino se fundó sobre la concepción del indígena como enemigo. Una

vez derrotado, ese enemigo fue invisibilizado. En segundo lugar, frente a la organización de las demandas indígenas, el entramado institucional absorbió sus reclamos en forma de normas legales.

En tercer lugar, una vez incorporadas al sistema jurídico esas demandas, no se desarrollaron los mecanismos que pudieran materializar la implementación de los derechos consagrados. Impera entonces un estado de dualidad donde los derechos son reconocidos, pero no garantizados. Ante esa contradicción que le es propia y que despierta reclamos por parte de las organizaciones indígenas, el Estado reacciona con represión y criminalización de la protesta.

Conclusión

Quisiera iniciar esta esta sección con unas palabras de Paulo Freire (2005) en *Pedagogía del Oprimido*:

Para las élites dominadoras, esta rebeldía que las amenaza tiene solución en una mayor dominación -en la represión hecha, incluso, en nombre de la libertad y del establecimiento del orden y de la paz social. Paz social que, en el fondo, no es otra sino la paz privada de los dominadores (pp. 88-89).

Es que, para los opresores, la persona humana sólo son ellos. Los otros son “objetos, cosas”. Para ellos, solamente hay un derecho, su derecho a vivir en paz, frente al derecho de sobrevivir que tal vez ni siquiera reconocen, sino solamente admiten a los oprimidos. Y esto, porque, en última instancia, es preciso que los oprimidos existan para que ellos existan y sean “generosos” (Freire, 2005, p. 59).

Con esta falsa generosidad, además de pretender seguir manteniendo un orden injusto y necrófilo, desea “comprar” su paz. Ocurre, sin embargo, que la paz no se compra, la paz se vive en el acto realmente solidario y amoroso, que no puede ser asumido, ni puede encarnarse en la opresión (Freire, 2005, p. 190).

Argentina todavía se encuentra en tránsito y debatiéndose sobre qué tipo de sociedad quiere ser. En consecuencia, qué organización institucional y política se quiere dar a sí misma. Desde la caída de los regímenes militares y con más de treinta y tres años de recorrido democrático, se han logrado avances sociales y conquistas de derechos. Pero, lejos de representar un estado ideal, la situación actual es profundamente paradójal. La diferencia radica en la interpretación que se haga de la obtención de aquellas conquistas.

La lucha de los pueblos indígenas pretende ser contenida bajo el argumento del reconocimiento normativo de su preexistencia étnica y de su condición de sujeto jurídico. A partir de ese punto, los reclamos en el espacio público por fuera de los canales prescriptos legalmente pasan a ser criminalizados y legítimamente reprimidos. Esta paz social ficticia que pretende sostener el Estado argentino es tan solo la muestra más acabada de las profundas injusticias vigentes. Frente a esos desafíos a las condiciones de humanidad más básicas, se debe enfrentar la responsabilidad de una decisión: legitimar aquella generosa paz o perseverar solidariamente en la búsqueda de las condiciones materiales e inmateriales para el desarrollo de una existencia digna.

La actividad de las diferentes organizaciones indígenas en Argentina es vívida y auténtica. Lejos está de ser doblegada. Se manifiesta en calles y rutas, en zonas rurales y urbanas, en el interior remoto y en los centros de poder. Aquella institucionalización de los reclamos no logra esconder las consecuencias

del desprecio histórico que los pueblos indígenas han padecido hacia adentro de la República Argentina. La brecha existente entre el marco normativo vigente y las condiciones reales de existencia es producto de los vestigios actuales de un sistema injusto, contra el cual se dirige la búsqueda irrenunciable de dignidad por parte de los pueblos indígenas.

Bibliografía

- Amnistía Internacional (2017). *Derechos humanos - Agenda para Argentina*. Buenos Aires: AI.
- Argentina, Congreso General Constituyente (1994). Ley N° 24.430, *Constitución de la Nación Argentina*. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>
- Asamblea General ONU
- (2017). *Informe del Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia sobre su misión a la Argentina*. Nueva York: ONU.
- (2012). *Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya*. Nueva York: ONU.
- Barcesat, E. (1993). *Derecho al derecho: democracia y liberación*. Buenos Aires: Ediciones Fin de Siglo.
- Bartolomé, M. A. (2003). "Los pobladores del "Desierto". Genocidio, etnocidio y etnogénesis en la Argentina", *Cuadernos de Antropología Social*. Universidad de Buenos Aires, 17 (1), 162-189.
- Carrasco, M. (2002). *El movimiento indígena anterior a la reforma constitucional y su organización en el Programa de Participación de Pueblos Indígenas*. Austin: Center for Latin American Social Policy (CLASPO).
- Carrasco, M. (2000). *Los derechos de los pueblos indígenas en Argentina*. Buenos Aires: Vinciguerra.
- Defensor del Pueblo (2016). *Vigésimo segundo informe anual 2015*. Buenos Aires: Defensor del Pueblo de la Nación de la República Argentina.
- Dussel, E. (1994). 1492. *El encubrimiento del Otro. Hacia el origen del "mito de la Modernidad"*. La Paz: Plural Editores - UMSA.
- Echeverría, B. (2010). *Modernidad y blanquitud*. México, DF: Ediciones Era.
- Freire, P. (2005). *Pedagogía del oprimido*. México, DF: Siglo Veintiuno.
- Gómez, M. (1994). La juridización de los indígenas ante la nación mexicana, *Cuadernos de Antropología Jurídica*. Instituto Nacional Indigenista, 6 (I), 19-30.
- Herrera, J. (2008). *La reinención de los derechos humanos*. Sevilla: Atrapasueños.
- Lander, E. (s.f). *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas Latinoamericanas*. Buenos Aires: CLACSO.
- Lyra, R. (1982). *O que é Direito*. San Pablo: Brasiliense.
- Mejía, E. (2000). Civilización y barbarie en facundo de Domingo Faustino Sarmiento, *Revista Historia y Espacio*. Universidad del Valle, 16, 109-118.
- Ramos, J. (2011). *Historia de la Nación Latinoamericana*. Buenos Aires: Ediciones Continente.
- Rosti, M. (2009). La tierra entre derecho y cultura indígena en Argentina, *Altre Modernità, Rivista di studi letterari e culturali*. Università degli Studi di Milano, 1, 50-61.

Sarmiento, D. (1874). *Facundo o civilización i barbarie en las pampas argentinas*. Buenos Aires: Hachette y Cia.

Secretaría de Derechos Humanos:

(2015). *Derechos de los pueblos indígenas en la Argentina. Una compilación*. Buenos Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

(2011). *Pueblos originarios y derechos humanos*. Buenos Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Instructivo para autores

1. Directrices para la publicación de trabajos

Actualizadas el 1 de septiembre 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.

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 revistas en línea. Ejemplo: Mayor-Zaragoza, F. (2015). “¡Por fin paz en la tierra!”, *Cultura de Paz*. Universidad Politécnica de Nicaragua, Vol. 21, No. 65, 28-41. Para otras fuentes se respetará el uso de las normas APA.

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.

¡Suscríbete 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.

2. Líneas de investigación del Instituto Centroamericano de Estudios Jurídicos y Político

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 Alternativa de Conflictos	Mediación y Arbitraje	Aplicabilidad de la Ley de Mediación y Arbitraje, Ley 540
	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

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
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

CUADERNO JURÍDICO Y POLÍTICO

Coordinador general
Mario Isaías Tórrez

Vice-Coordinador
José Alejandro Castillo

Editora encargada
Isbelia Ruiz Perdomo

Editores adjuntos
Roberto Guerrero Vega | Geormar Vargas Téllez

Consejo Editorial

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

Danny Ramírez Ayérdiz,
Universidad Politécnica de Nicaragua

Luis Manuel Osejo,
Tribunal Nacional Laboral de Apelaciones

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

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

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

Karla Pineda Gadea,
Investigadora independiente

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 | Carlos Pineda

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

Asistente de edición y de entrevistas
Ariana González

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.
