

CUADERNO JURÍDICO Y POLÍTICO

Volumen 5 • No. 14 • Julio-diciembre 2019 • ISSN 2413-810X

Publicación semestral
Managua, Nicaragua

SUMARIO

Presentación

Geormar Vargas-Téllez

Artículos

Diego Yanten Cabrera | Arnulfo Sánchez García
Lázaro Enrique Ramos Portal | Yumara Santana Ortego
Franco Gatti

Anahí M. Mendoza Alcalá | Emilio G. Terán Andrade
Miguel Polaino-Orts

Reflexión académica

María Teresa Jaramillo Ríos

Corpus iuris de Derechos Humanos

Eugenia D'Angelo | Lucas Mantelli
Comisión Interamericana de Derechos Humanos
ONU | OSCE | OEA



ICEJP

Instituto Centroamericano de
Estudios Jurídicos y Políticos



CONSEJO NICARAGÜENSE DE CIENCIA Y TECNOLOGÍA

Mejor revista indexada
Nicaragua 2017

ECJP
UPOLI

Escuela de
Ciencias
Jurídicas y
Políticas



ICEJP

Instituto Centroamericano de
Estudios Jurídicos y Políticos

CUADERNO JURÍDICO Y POLÍTICO

Vol. 5 Nro. 14. Julio-diciembre 2019



CONSEJO NICARAGÜENSE DE CIENCIA Y TECNOLOGÍA

Premio mejor revista indexada en línea (2017), otorgado por el
Consejo Nicaragüense de Ciencia y Tecnología CONICYT

INSTITUTO CENTROAMERICANO DE
ESTUDIOS JURÍDICOS Y POLÍTICOS
ICEJP-UPOLI

Norberto Herrera Zúñiga
Rector
UPOLI

Astrid Bracamonte Hernández
Decana
Escuela de Ciencias Jurídicas y Políticas

Óscar Castillo Guido
Decano emérito

Mario Isaías Tórrez
Director

Camilo Castillo Bravo
Docente investigador

Jerson Cerda Tijerino
Docente investigador

Roberto Guerrero Vega
Docente investigador

Geomar Vargas Téllez
Centro de documentación

CUADERNO JURÍDICO Y POLÍTICO (CJP) es una publicación semestral 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 2019.

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

La edición en línea está disponible en el Portal de Revistas de la UPOLI:

<http://portalderevistas.upoli.edu.ni/>

Universidad Politécnica de Nicaragua | UPOLI

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

Esta obra está bajo una licencia de *Creative Commons* Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional.



CUADERNO JURÍDICO Y POLÍTICO

Director

Danny Ramírez Ayérdiz

Editores generales

Mario Isaías Tórrez | Geormar Vargas Téllez

Editor adjunto

José Alejandro Castillo

Consejo Editorial

Miembros y miembras plenas

Óscar Castillo Guido
Universidad Politécnica de Nicaragua

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

Ana Margarita Vijil
Universidad Politécnica de Nicaragua

Lea Cruz Rivera
Universidad Politécnica de Nicaragua

Roberto Guerrero Vega
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
Investigadora independiente

Carlos Emilio López,
Asamblea Nacional

Par revisora

Constanza Ramírez Marchant

Equipo técnico

Corrector de textos y revisión de estilo
Waldir Ruíz

Traductora de textos

Sofía Serrano | Centro de Idiomas UPOLI

Diseño de portada

Ivonne Lezama Vásquez

Asistente de edición y de entrevistas

Ariana González | Jason Pereira | Manuel Espinoza

	Contenido
Directrices para la presentación de trabajos	1
<u>Presentación</u>	
Presentación de la Revista CJP <i>Geormar Vargas-Téllez</i>	5
<u>Artículos</u>	
La condición ética: motor propulsor y posibilitador del teletrabajo <i>Diego Yanten Cabrera Arnulfo Sánchez García</i>	7
Nudos teóricos y desigualdades sociopolíticas en los caminos de la participación ciudadana <i>Lázaro Enrique Ramos Portal Yumara Santana Ortego</i>	21
El derecho político frente al «Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano». Análisis comparativo con el modelo de democracia constitucional <i>Franco Gatti</i>	33
La filosofía política del transnacionalismo en la migración: una respuesta al debate entre el liberalismo y el comunitarismo <i>Anahí M. Mendoza Alcalá y Emilio G. Terán Andrade</i>	41
Las Catilnarias de Cicerón y el derecho penal del enemigo <i>Miguel Polaino-Orts</i>	49
<u>Reflexión académica</u>	
La repercusión del financiamiento público y privado en las candidaturas independientes en México <i>María Teresa Jaramillo Ríos</i>	69
<u>Corpus iuris de derechos humanos</u>	
Avances en materia de desca en relación con los pueblos originarios. Comentarios a la sentencia “<i>Lhaka honhat vs. Argentina</i>” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos <i>Eugenia D’Angelo Lucas Mantelli</i>	77

Informe empresas y derechos humanos: Estándares interamericanos	89
<i>Comisión Interamericana de Derechos Humanos</i>	
Violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes: Buenas prácticas y desafíos en América Latina y en el caribe	107
<i>Comisión Interamericana de Derechos Humanos</i>	
Declaración conjunta sobre libertad de expresión y elecciones en la era digital	123
<i>ONU OSCE OEA</i>	

DIRECTRICES PARA LA PRESENTACIÓN DE TRABAJOS

Aprobadas: 6 de noviembre de 2015

Cuarta actualización: 7 de enero de 2018

CUADERNO JURÍDICO Y POLÍTICO (CJP) es una revista académica semestral 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, tamaño carta, 1.15 de interlineado, 11 puntos en el tamaño de letra y un límite máximo de diez páginas. En casos especiales el editor general 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 y bibliografía. En el caso de cuadros o tablas se describirán debidamente y se designará la fuente de extracción. CJP no incluye imágenes en los artículos editados; salvo, mapas o diagramas estrictamente necesarios.
3. Se evitará el uso de subrayados en el texto. Las negritas estarán reservadas a los títulos y subtítulos y las cursivas a las palabras en otro idioma distinto al castellano, el título de obras y el énfasis de palabras. Los títulos y subtítulos no estarán enumerados, salvo casos que el orden argumental así lo requiera. Las mayúsculas no se usarán para realizar énfasis en el texto y su uso se regirá de conformidad con las reglas generalmente aceptadas en la redacción académica. Los párrafos no serán extensos.
4. Las y los autores indicarán, en la primera página de todo trabajo, la naturaleza del mismo (artículo, avance o resultado de investigación, comentario de libro, reflexión académica) y la línea de investigación y el tema correspondiente en el que se circunscribe el escrito.
5. 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. Las referencias textuales menores a tres líneas se entrecomillarán. Se pide el uso de las comillas angulares o españolas (« »).
6. En la lista de referencias bibliográficas sólo se incluirán los libros o documentos que se hayan incluido en el trabajo. 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.
Los artículos de revista seguirán este orden: Apellido, letra inicial del nombre, año de la publicación entre paréntesis, título del artículo, nombre de la revista en cursiva, entidad editora, volumen, número, páginas en que aparece el artículo. Ejemplo: Ramírez, S.

(2015). Estado de Derecho y Libertad de Expresión, *Revista Ciencia Jurídica y Política*. Universidad Politécnica de Nicaragua, 1 (1), 11-21.

Para otras referencias se respetará el uso de normas APA.

7. Aquellos 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.
8. Los trabajos enviados serán inéditos (salvo excepciones especialmente consideradas por el editor general). 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 general. Una vez que el artículo supera la instancia de revisión de los aspectos de forma, es enviado a las/los árbitras/os, quienes, sin tener ningún dato que identifica a la/el autora/or, dictaminará si éste debe ser publicado o no, sobre la base de un instrumento estándar con parámetros que guían la revisión. En el caso de ser positiva la sugerencia arbitral, el director de CJP decidirá en última instancia sobre la publicación o no del artículo. En ambos escenarios, la decisión se comunicará oportunamente a la/el autora/or.
9. La revista rechazará cualquier artículo que, en todo o en parte, contenga plagio. En la instancia de revisión de requisitos de forma o arbitral de cualquier escrito, el equipo editorial/árbitras-os verificarán de oficio la existencia de plagio y si es detectado, será rechazado. CJP no publicará durante un año trabajo alguno de autoras/es responsables de plagio, a partir de la fecha de notificación correspondiente.
10. Los aportes se enviarán a la casilla de correo electrónico revistacjp@upoli.edu.ni Al enviar el aporte, el asunto indicará el nombre y apellido de su remitente y hará referencia al trabajo a remitir: CASTRO, Juan. Envío artículo; LÓPEZ, María. Envío ponencia; PÉREZ, Miguel. Envío comentario de libros. En las comunicaciones posteriores, se indicará su motivo en el asunto: CASTRO, Juan. Adjunto observaciones; LÓPEZ, María. Solicito plazo adicional.
11. Los ensayos o artículos en los que se den a conocer los resultados de una investigación seguirán este orden: a) Resumen/Palabras clave. b) Introducción (provee un trasfondo del tema e informa el propósito del trabajo). c) Revisión de literatura (indica sobre el estado actual del debate doctrinal de los temas abordados). d) Materiales y métodos (explica cómo se hizo la investigación). e) Resultados y discusión (desarrollo del trabajo donde explica los resultados y se los compara con el conocimiento previo del tema) y f) Bibliografía. En este tipo de escritos, la extensión mínima será 15 páginas y el máximo 25.
12. La revista CJP está comprometida con el uso de un lenguaje inclusivo y no discriminatorio. En general, se recomienda a las y los autores el uso de estilos de redacción que no invisibilicen a la mujer o las disidencias sexuales no hegemónicas.

El equipo editorial y revisor podrá introducir modificaciones en los textos enviados recurriendo a las correcciones necesarias para evitar generalizaciones androcéntricas tales como el uso de *hombre* como estándar que incluye a mujer y otras disidencias del género o como sinónimo de un conglomerado. Asimismo, en los casos del uso de artículos y sustantivos masculinos, el equipo editorial y revisor podrá cambiarlos por expresiones neutras o incluyentes. Ejemplo: *el estudiantado universitario* (también, las y los estudiantes universitarios) *tiende a desertar en los primeros tres años de las carreras* se preferirá en lugar de: *el estudiante universitario tiende a desertar en los primeros tres años de las carreras*. Adicionalmente, para referirse a ambos géneros, se preferirá la mujer y el hombre, las personas o el ser humano en lugar de *hombre*. Ante la omisión de las y los autores, el equipo editorial y revisor decidirá según cada circunstancia concreta.

13. CJP está comprometida con la promoción de una sociedad democrática, plural, diversa y respetuosa de los derechos humanos, por tanto, no publicará ningún trabajo fundamentado en opiniones o desarrollos teóricos asentados en prejuicios raciales, étnicos, de género o cualquier otra forma que promueva el supremacismo, el odio a grupos específicos o las incitaciones a cometer delitos o que justifiquen experiencias pasadas relacionadas con graves crímenes contra la humanidad.
14. Se recibirán aportes circunscritos en las siguientes líneas, sub-líneas y temas de investigación:

Línea	Sub-línea	Tema
Ciencias Jurídicas		
Derechos humanos	Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos	Mecanismos Internacionales de protección de los Derechos Humanos
		Nicaragua ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos
	Derechos humanos de grupos en situación de vulnerabilidad	Derechos humanos de las mujeres
		Derechos humanos de los niños
		Derechos humanos de las comunidades indígenas y afrodescendientes
		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
Derecho Público y Social	Derecho Constitucional	Nuevas tendencias del Derecho Constitucional.
		Derecho Constitucional comparado

Línea	Sub-línea	Tema
	Derecho del Trabajo	Estado de Derecho y gobernabilidad democrática
		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		
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

Presentación

PRESENTACIÓN DE LA REVISTA CJP

Geormar Vargas-Téllez

Máster en Derecho Penal y Derecho Procesal Penal por la Universidad Politécnica de Nicaragua. Candidato a doctor en Criminología por la Universidad Autónoma de Nuevo León, México, becario doctoral del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT-México). Editor General de la revista CJP y asistente editorial de la Revista Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Contacto: geormarvargas@hotmail.com

 <https://orcid.org/0000-0002-9755-8865>

La dirección del Instituto Centroamericano de Estudios Jurídicos y Políticos adscrito a la Escuela de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Politécnica de Nicaragua ha promovido reuniones constantes con equipo de la Revista Cuaderno Jurídico y Político de cara a fortalecer los procesos que en ella se desarrollan. Actualmente se trabaja en la actualización de las directrices editoriales y en la creación del “Consejo Editorial Internacional” como una forma de dar realce a la revista. Se han incorporado a este Consejo Internacional el Dr. Daniel de la Garza Montemayor, Profesor investigador de la Facultad de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales, UANL y el Dr. Arnulfo Sánchez, Profesor investigador del Centro de Investigación de Tecnología Jurídica y Criminología, UANL. Ambos, académicos de reconocida trayectoria en el estudio de la participación política y de los métodos alternativos de solución de conflictos en México, respectivamente.

Recientemente CJP fue incorporada a LatinRev —1150 revistas incorporadas—, MIAR—aproximadamente 650 revistas incorporadas—, Google académico, CIRC y DRJI—5021 revistas indexadas—. En el transcurso de dos mil veinte el equipo CJP sumará esfuerzos para la incorporación en otras bases de datos que promuevan su visibilidad.

Así mismo, en este contexto donde la virtualidad está jugando un papel importante en la formación de profesionales, es que el equipo editorial promoverá la presentación virtual de cada número de la revista. El equipo prevé que la primera presentación se realice con el número especial sobre «COVID-19 y derechos humanos» la cual ya se encuentra en labores de diagramación. A estos esfuerzos de fortalecimiento se añade la incorporación de nuevo personal en el proceso de diagramación, en especial, el nombramiento de Jerson Cerda Tijerino, Docente Investigador del Instituto Centroamericano de Estudios Jurídicos y Políticos, como nuevo editor adjunto de la revista.

Para este número contaremos con la publicación de diversos trabajos de rigor científico e internacional. En la sección de artículos se contará con cinco trabajos inéditos, el primero, «La condición ética: motor propulsor y posibilitador del teletrabajo», segundo, «Nudos teóricos y desigualdades sociopolíticas en los caminos de la participación ciudadana», tercero, «El derecho político frente al Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. Análisis comparativo con el modelo de democracia constitucional».

El cuarto artículo que se publicará en este número se denomina «La filosofía política del transnacionalismo en la migración: una respuesta al debate entre el liberalismo y el comunitarismo» y finalmente la sección concluye con el trabajo «Las Catilinarias de Cicerón y el derecho penal del enemigo».

En la sección de reflexión académica se publicará el aporte de la académica María Teresa Jaramillo Ríos titulada «La repercusión del financiamiento público y privado en las candidaturas independientes en México». Finalmente, el número cerrará con la sección del *corpus iuris* con la publicación de los comentarios a la sentencia “*Lhaka bonbat vs. Argentina*” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos además de tres instrumentos internacionales.

Esperamos que este número sea de su agrado y contribuya al crecimiento académico y profesional de todas aquellas personas a las que llegue.


LA CONDICIÓN ÉTICA: MOTOR PROPULSOR Y POSIBILITADOR DEL TELETRABAJO

*THE ETHICAL CONDITION: TELEWORKING ENGINE AND
ENABLER*

Diego Yanten Cabrera

Abogado, magister en Derecho Administrativo, estudiante de Doctorado en Métodos Alternos de Solución de Conflictos de la Universidad Autónoma de Nuevo León (México). Investigador perteneciente al Grupo de Investigación GICPODERI de la Universidad Santiago de Cali (Colombia).


Contacto: diego.yanten00@usc.edu.co

 <https://orcid.org/0000-0002-2804-4000>

Arnulfo Sánchez García

Doctor en Derecho por la Universidad Rey Juan Carlos. Profesor Titular "A" tiempo completo de Derecho en la UANL. Abogado. Investigador del Centro de Investigación de Tecnología Jurídica y Criminológica de la Facultad de Derecho y Criminología de la misma Universidad. Investigador Nacional Nivel I CONACYT (SNI-I).

Contacto: arnulfo.sanchezgrc@uanl.edu.mx

 <https://orcid.org/0000-0002-6237-3465>

Recibido: 19.05.2020/Aceptado: 17.06.2020

RESUMEN

El presente artículo diluye la realidad actuante bajo presupuestos humanistas, implica que, superpuesta la precipitación actuarial tecnológica y la transfiguración de la relación laboral operada en el teletrabajo, la condición humana determinante requiere de condiciones ético-morales previas para que la interrelación intralaboral, pese a las barricadas indirectas que supone la virtualización, pueda adscribirse con éxito al tecnocosmos. Proceso este que, dada la postorganicidad y la adaptabilidad de un medio que no implica, en modo alguno, la supresión de la mundanidad, requiere esquemas de actualización institucional-jurídica para regular una práctica que se encuentra presente desde tiempo atrás ya entre nosotros.

PALABRAS CLAVE

Autorresponsabilidad de la industria, postorgánico, ley del deber, virtualización, ética.

ABSTRACT

This article break up the acting reality under humanist budgets, implies that, overlapping technological precipitation and the transfiguration of the employment relationship operated in the telework, the decisive human condition requires prior ethical-moral conditions so that the intra-labor interrelationship, despite the indirect barricades that virtualization entails, can be successfully attached to techno cosmos. This process which, given the adaptability of a medium it does not imply, in any way, the suppression of worldliness, requires institutional-legal updating schemes to regulate a practice that has been present from a long time ago between us.

KEYWORDS

Industry self-responsibility, post organic, law of duty, virtualization, ethics and organizational discipline.

CUADERNO JURÍDICO Y POLÍTICO,
Vol. 5, Nro. 14, julio-diciembre de 2019.
Universidad Politécnica de Nicaragua.
ISSN 2413-810X | Págs. 7-20.

Sumario

Introducción | Teletrabajo: co-desarrollo ulterior a la configuración relacional entre tecnocosmos, propensión postorgánica, virtualización y adaptabilidad | La doble trascendencia ético-moral en el contexto telelaboral | Conclusiones | Referencias bibliográficas

Introducción

El eje relacional socio-integral se expone, ahora, diseminado, la fuerza de los derechos y garantías adquiere una nueva repercusión contextual¹ y las barreras territoriales han sido desdibujadas. La persistencia de este fenómeno se encuentra prescrita por el avasallante paso tecnológico que al interior de una relación que, en otrora, suponía la conexión directa entre individuos, actualmente, se transforma en una suerte de condición indirecta, mediada, por esquemas virtuales que posibilitan la transfiguración de aquellas tareas que, con seguridad, en el pasado parecían no poder llevarse a cabo de otra manera. Ciertamente, la tecnología y esta nueva forma de interrelacionarse los unos con los otros, ha denostado tal afirmación y expone que, incluso, algo tan sustancial, como la producción, distribución y consumo de bienes y servicios esenciales puede confluír a distancia, como si, acaso, las transacciones libres de mercado adquiriesen un nuevo vigor y una nueva significación, en la cual, el humano, de antaño, si no aprendiese a vérselas con este mundo, corriese el riesgo de sorprenderse rezagado, rebasado, verdaderamente, por un mundo que le resulta extraño.

En un mundo en el cual el comercio electrónico se extiende incuestionablemente, abarcando posiciones, cada vez más amplias, de indudable valor económico y humano, convirtiéndose así, en una herramienta indiscutible y necesaria para la vida, parece lógico que, dadas las condiciones actuantes, la relación laboral transmute, precisamente, porque la necesidad de incorporar una nueva forma de entender lo laboral no es ya una elección, al contrario, supone una descripción acertada del universo en el que el humano ejerce su voluntad transaccional. Esta nueva coetaneidad «requiere, sostener, un nuevo modelo laboral que se adapte al uso de las nuevas tecnologías de la información y de las telecomunicaciones y a esa flexibilización laboral seguida de una descentralización en el propio seno de la empresa» (Elizondo, 2006, p. 177).

No obstante, la elemental consideración de una transmutación implica, indudablemente, un proceso de migración del esquema medular del trabajo hacia el teletrabajo, lo cual, desde luego, requiere una sutil deliberación sobre el componente humano inmerso en tal acto jurídico, único elemento insustituible e invariable de la interacción laboral, meditación esta que expresa la irremplazable tendencia ética del individuo y la potencia organizacional del esquema ético-moral que permite la conmutatividad diversificada en el eje empleador/empleado y la subsecuente configuración de procesos teleológico-garantísticos industriales, como también, del objeto contractual-laboral, sin que, tal proceso denote supresión de garantías y derechos del trabajador a distancia, más si, su perfecta materialización.

¹ Ver: (Colombia, Sala de Revisión, Corte Constitucional de Colombia, sentencia Nro. T-155/19, 4 de febrero de 2019).

Esta única motivación engalana las líneas subsiguientes, las cuales describen la metamorfosis operada en la situación relacional humana, no sin antes, determinar la naturaleza condicionante del humano mismo y sentencian, en igual medida que, el teletrabajo no es un proceso que pueda ser objeto de reparo como un hecho innovador jurídico-comunitario, sino, muy al contrario, un esquema de actualización de prácticas humanas ya procesadas. En ese sentido, el eje nuclear de la presente consideración supone un movimiento propulsor determinante de la virtualización del trabajo para la posterior adscripción de este al tecnocosmos, supone que, si ha de acontecer un desplazamiento entonces la propulsión opera desde el interior humano y la práctica telelaboral sólo es posible si ese condicionamiento está presente en todo proyectar, como elemento determinante, primero, de la caracterización hacia lo deseable por el teletrabajador y como elemento insustituible para la progresión organizacional de la industria.

La transformación social y la actualización relacional pospuesta al proceso de virtualización

Suele considerarse uno de las características humanas *par excellence* la sociabilidad del individuo (Rochefoucauld, 2000, p. 107), este, entregado a un mundo inmutable y determinado de antemano (Montesquieu, 1906, p. 14), se contrae a partir de ejes relacionales con sujetos de una misma condición: la humanidad, lo que, a su vez, termina por configurar su comportamiento, generándose, de esa única forma, estructuras regladas socio-aglutinadores (Hart, 1961, p. 86) que trascienden la esfera, eminentemente, personal, instalándola en el contexto comunitario, lo que, establece un «patrón público» (Raz, 1985, p. 71) de comportamiento, a través del cual, desde luego, se generan estándares de acción y pautas de crítica que representan, en un sentido u otro, conductas esperables.

Esta situación natural, aparentemente obvia —en otrora—, resulta adscrita a la condición del estar presente, el hacer parte de una dinámica social, tanto física como espiritual, pues, es esta lo que determina el trato interhumano y de esta forma se fomenta el impostergable menester de un origen ético para todo comportamiento, lo cual, simplemente, propende por la expansión de un presupuesto necesario e irrefutable que hace posible la practicidad de la vida en sociedad (Finnis, 1983, p. 14).

En efecto, la prefiguración de una sociedad ordenada y delimitada, más allá de la «conminación penal» (Schünemann, 1991, p. 183), es posible porque los hombres, en su constante relacionarse unos con otros, encuentran senderos comportamentales ético-morales que, de ser inexistentes, obstaculizarían la vida social misma. Luego, el canalizar la condición moral del hombre —en un sentido funcionalista— pre-establece no una natural inmanencia hacia la moral, al contrario, presupone que los conceptos y procesos ético relacionales son necesarios, en tanto, el hombre no es aprehensible, sino, desde el punto de vista socio-comunitario (Finnis, 1998, p. 25).

Sin embargo, esta predeterminación social ha sido sobrepasada —en el sentido, de haber perdido su hegemonía relacional—, la idea de un medio compartido no es ya necesaria para la co-habitabilidad entre semejantes, la supresión de una esfera contextual mediada por la presencia no es, en efecto, requerida para ejercer la condición socio-relacional humana.

Aparentemente, el mundo real ha sido trastocado por una estructura virtual que codifica una nueva forma de enfrentar el mundo y lo contenido en él, como, si acaso, la perspectiva de las cosas se difuminará y adquiriera una renovada dimensión, desdibujando las categorías existenciales de antaño.

Se ha dicho, no sin razón que, «hay un declive de la vida social dentro del trabajo, en general, en el mundo. Lo que está ocurriendo es que la sociabilidad se está transformando mediante lo que algunos llaman la privatización de la sociabilidad» (Castells, 2000, p. 13), lo cual significa que, en este contexto, no ya el medio determina las relaciones, al contrario, existe un poder de elección, más fuerte aún que aquel diezmado por el rechazo o la crítica social, pues, arropado por el anonimato o la ausencia de una crítica directa y embarazosa, se elige con quien ha de interactuarse, sin que la negativa a hacerlo, con una u otra persona, repercuta, ulteriormente, en la práctica social totalizadora.

Cabe preguntar, dado este contexto, si acaso, la condición ética del hombre se transforma, de la misma forma, en que se ha transformado su constante relacionar, dado que la ética determina una categoría necesaria para ese mismo relacionar? ¿No resulta, acaso, lógico pensar que la ética debe transformarse si el medio en que predominaba se ve afectado por la virtualidad y esta, ahora, expone un mundo en el cual la condición crítica de la ética misma no posee la misma potencia definitoria, precisamente, por carecer de un contexto de interacción directo?

Evidentemente, existe una superposición humana sobre lo tecnológico, esto significa que, pese al condicionamiento del hombre por la tecnología, lo humano sigue señalando la vanguardia de un movimiento que, aunque imbuye a actualizar la forma de comportamiento con el mundo, se encuentra delimitada por este mismo, lo cual —salvo, las perspectivas más temerarias que, ficcionalmente, suprimen al hombre y advierten, no sin sorprendernos, un mundo en que el maquinismo supere a este y lo elimine, tal cual lo predispone la literatura postapocalíptica, e. g. Harlan—, hace incuestionable el hecho que, pese a suprimirse contextos de interacción social directa, la condición humana, precisamente, por ser indeleble, mantiene, en situaciones especiales, a la zaga a la tecnología.

El ser humano, ciertamente, no puede ser suprimido y la tecnología, aunque pueda considerarse impersonal, no deja de ser una cuestión que transforma el eje situacional en que el ser humano se encuentra inmerso, sin embargo, sigue siendo el mismo, los prejuicios, los valores y defectos son sólo la condición irremplazable sobre la que la tecnología gravita y, aunque la instantaneidad y la supresión nominal del ser humano estén presentes, cuando cesa la hegemonía de lo indirecto surge ese mundo siempre presente del cual el hombre no puede escapar.

No obstante, si, acaso, es posible hablar de una ética imperante, a pesar de los procesos adaptabilidad, actualización y virtualización, es, precisamente, porque, aunque los ejes relacionales se encuentren distantes, son insustituibles, dada la necesidad natural del ser humano por identificarse con una cierta comunidad (Posner, 1999, p. 4) —hoy extendida, supuesta, la instantaneidad, al igual, que la apertura de un mundo sin fronteras en el cual la virtualidad aglutina a gran parte de la humanidad—.

Eventualmente, este contexto, aunque propende por una real comunidad integrada, no deja de constituir presupuestos propios de la interrelación, la asociación misma periclita con incuestionables conflictos lo que la sociabilidad indirecta hace convergir, la rivalidad entre grupos e identidades similares, representa, en un mismo sentido, la dispersión del ser humano hacia lo familiar y la condena de lo que, en su parecer, resulta diferente, concentrándose un mayor estímulo para segregar y atacar, proteger y devorar, la presencia constante de la indiferencia, tal como otrora, sigue siendo determinante en el relacionar indirecto con el mundo y la histeria colectiva por lo inmaterial hace que, una y otra vez, se cuestione si, por de pronto, la tecnología no aparece una cierta pérdida de humanidad.

Esta particularidad humana hacia la diseminación refuerza la necesidad ética en el interactuar humano, como una forma de proteger los valores propios de una sociedad diversificada que, empero, contiene una suficiencia relacional que requiere estándares para garantizar una co-extensiva responsabilidad (Nino, 1989, p. 99), máxime en un mundo donde las repercusiones por una actitud anti-moral se establece diletante y en la cual, sino siempre, el espectro de acción del «monopolio coercitivo del Estado» no es con mucho paladino, sencillamente, porque la tecnología generó relaciones globales que, aunque con gran esfuerzo intentan mimetizarse, resultan inmensurables y generan declives progresivos de poder.

Este debate en las formas de relación y control yuxtaponen una necesidad ética (García, 1944, p. 14) que, desde luego, determine un esquema de comportamiento que permita estatuir la forma en que esta interacción ha de llevarse a cabo, no obstante, la esfera individual progresiva constituye la única herramienta eficaz sobre la cual pueden edificarse los pilares estructurales de una moral constitutiva que, sin eliminar los antagonismos o liberalidades actuantes, configure una verdadera cultura de paz, en la cual, el conflicto sea una herramienta posibilitadora del progreso y no la supresión de ejes relacionales armónicos.

Parece, pues que, si la necesidad ética es indubitable, lo es, dadas las circunstancias actuales, una suerte de fe pospuesta a la naturaleza humana, una transformación de la sociedad en que la vileza, malquerencia y ojeriza con que se ha observado al hombre, sean superadas por la discordia respetuosa, el debate abierto y la posibilidad de decisiones institucionales regularizadoras, si bien, para ciertos casos, lo será, a no dudarlo, donde aquellas falten, las decisiones salomónicas operaran como precedentes para engalanar situaciones ulteriores en que las condiciones de resolución sean mediadas por la educación para la paz (Fisas, 2011, p. 6), privativa de cada individuo y cada contexto cultural, dada la —ya mencionada— interacción indirecta no-presencial, en la que, la forma condicionante crítica/pauta comportamental de la condición ética se encuentra denostada por la simple desconexión del usuario, la supresión real del quién interactúa y la relativa impunidad del agravio.

Teletrabajo: co-desarrollo ulterior a la configuración relacional entre tecnocosmos, propensión postorgánica, virtualización y adaptabilidad

La especie humana se encuentra ya determinada por su enorme fragilidad, la condición de temporalidad del proceso vital auspicia la necesidad de encontrar formas de producción que permitan suprimir la debilidad amenazante y elevarla a una suerte de seguridad pasajera, al interior de la cual, los procesos vitales y la postergación del constante deterioro hacia la cesación de la vida se adviertan paralizados momentáneamente, pretensión esta que es desgarrada por un constante ir hacia lo ineludible. Luego, el trabajo presupone una condición, no determinada por la inmanencia esencial del hombre, al contrario, expone una forma de superar la naturalidad misma que tiende a la destrucción, su ansiedad constituye una fortaleza endeble contra lo venidero, sin embargo, genera blasones de protección que repercuten en el desarrollo progresivo de la vida, mediado por un halo de falsa esperanza hacia la intemporalidad

Trabajo es la actividad humana que corresponde a lo no natural de la exigencia del hombre, que no está inmerso en el constantemente repetido ciclo vital de la especie, ni cuya mortalidad queda compensada por dicho ciclo. El trabajo proporciona un ‘artificial’ mundo de cosas, claramente distinta de todas las circunstancias naturales. Dentro de sus límites se alberga cada una de las vidas individuales, mientras que este mundo sobrevive y trasciende a todas ellas (Arendt, 2003, p. 21).

Esta postergación hacia la inevitabilidad, se advierte, en este presente tecnológico arrasador, sumergida en la obsolescencia de lo postorgánico, que transfiere una suerte de metamorfosis en lo contingente corporal, la transfiguración implicada extiende al hombre hacia un querer progresivo en el cual, lo dado, se convierte en fantasmagoría ostensible, el cuerpo se representa como un constante objeto determinado por una repercusión no presencial de la superficialidad, relegando el condicionamiento social a estándares impermeables a los razonamientos prevalentes que, antaño, lo definían.

El cuerpo humano, en su anticuada configuración biológica, se estaría volviendo obsoleto. Intimidados (y seducidos) por las presiones de un medio ambiente amalgamado por el artificio, los cuerpos contemporáneos no logran esquivar las tiranías (y las delicias) del *upgrade*. Un nuevo imperativo es interiorizado. El deseo de lograr una total compatibilidad con el tecnocosmos digital (Sibilia, 2005, p. 11).

La transformación social procurada por el «salto cualitativo tecnológico», el cual, desde luego, «ha generado grandes transformaciones en la forma en que nos relacionamos con los otros, es decir, en la forma en que convivimos y estructuramos nuestras identidades individuales y colectivas» (Cubillo, 2013, p. 171), decodifica, en igual sentido, la configuración emblemática de instituciones y prácticas, constituyendo una practicidad problemática, sin resoluciones definitivas y pletórica de adaptaciones *ad hoc*. Una fusión es, pues, incontrovertible, entre la pretensión de pertenencia al tecnocosmos, la cual para edificarse, ha de suponer que lo postorgánico ocupe el lugar que, en otro tiempo, parecía propicio a nuestra contingencia y el deseo de adscripción, mediado por la transfiguración del cuerpo hacia lo proyectante,

supone, tras de sí, la adaptabilidad de los medios de producción que procuran la protección de este novísima esquema de interrelación humana, dando vigor al teletrabajo que, entrabado en el constante relacionar, superpuesta la condición social del ser humano, repercute en la transformación institucional de raigambre estatal.

En ese sentido, la genealogía determinante del teletrabajo supone, no un proceso de innovación, al contrario, una estructura actualizante que, no logrando ser de otro modo, repercute en la adaptabilidad tardía de las formas jurídicas a un relacionar proyectante imperante. Ciertamente es que, dadas las condiciones de producción y comercio de bienes y servicios, la trascendencia del teletrabajo es incuestionable, no obstante, su codificación jurídica no deja de ser, pese a ello, un proceso que, con esfuerzos obstaculizados por la propia dinámica del sistema jurídico, se encuentra, siempre, dada el abismal progreso tecnológico, inmerso en una dilación evidente. Sin embargo, el teletrabajo no deja de ser un proceso de actualización que representa una de las mayores repercusiones de este movimiento tecnológico, derivado, precisamente, por la interrelación propuesta por el deseo de pertenencia al cosmos virtualizado.

El acto jurídico negocial-laboral, transacción voluntaria de mercado industrial-operativa que da vida al teletrabajo, expone una interacción que ya no cuenta con todos los presupuestos determinadores de la convencional conceptualización del trabajo —*ad exemplum*, la locación o destinación de la labor contratada intraorganizacional—, supone adaptaciones progresivas no-definitivas en la relación empleador/empleado —e.g. la transmutación dispositiva a la subordinación²—, condicionando una relación diferencial socio-integradora obligada, ahora, por los medios tecnológicos y la interacción indirecta, constituyendo una progresión hacia la solidificación solidaria y mancomunada de esfuerzos tendiente, no sólo al cumplimiento del objeto contractual laboral, sino a la interacción recíproca entre empleados para garantizar los procesos misionales y visionales de la entidad contratante. El trabajo, convencionalmente considerado, migra, yuxtapuesto el medio social actuante, hacia la virtualización y, tras ello, codifica, desde su tránsito, la materialidad del teletrabajo.

La virtualización no es una desrealización (la transformación de una realidad en un conjunto de posibles), sino una mutación de identidad, un desplazamiento del centro de gravedad ontológico del objeto considerado: en lugar de definirse principalmente por su actualización (una ‘solución’), la entidad encuentra así su consistencia esencial en un campo problemático (Lévy, 1998, p. 12).

El Teletrabajo es un condicionamiento, pospuesto a la particularidad omniabarcadora del tecnocosmos, que actualiza el principio de juridicidad, atribuyendo a la prestación de servicios destinada a la producción de bienes comerciales —extensión determinada si se considera al trabajo objeto mismo transaccional— la tecnología de la información y la comunicación TIC's, construyendo una nueva forma de organización laboral y entretejiendo un proceso adaptativo para operar la raigambre jerárquica de condicionamientos intraorganizacionales, constituyendo así, no una inédita manera referente al relacionar operativo-industrial, sino actualizándola a las fuerzas actuariales del ahora.³

² Ver: (Colombia, Sala de Revisión, Corte Constitucional de Colombia, sentencia Nro. T-254/19, 17 de mayo de 2016).

³ Ver: (Colombia, Congreso de la República de Colombia, 2008, Ley 1221).

Este proceso de actualización tendiente a la virtualización, requiere, además, de una prefiguración, como resulta obvio, de los espacios físicos ajenos al tecnocosmos, empero, que repercuten en la virtualidad de permanencia a este, lo cual, implica que, el teletrabajo no sólo procura la adaptabilidad no definitiva de los estándares normativos, sino que, además, brinda una estructura física que desdibuja lo material y que se extiende hacia la proyección, con lo cual la estructura cosista del mundo se revierte hacia la desmaterialización, convirtiéndose en instrumento para el acercamiento indirecto.⁴

La transmutación progresiva del medio, no obstante, carece de legitimidad para suprimir— como ya se ha advertido— la condición ética del ser humano que, espiritualmente, trasciende cualquier condicionamiento, con lo cual, puede afirmarse que el imperar moral, *mutatis mutandis*, transfiere senderos de comprensibilidad y potencializaciones tendientes a establecer una permanencia humana redireccionada hacia la integración moral adscrita al tecnocosmos. El cómo sea esto posible es pre-establecido, mucho antes, de cualquier deseo de pertenencia al nuevo medio, previo a la trasmutación proyectista del hombre postorgánico y, sobre todo, condición indispensable para ejercer cualquier tipo de metamorfosis institucional, social y jurídica, pospuesta, a la actualización debida de un operar que se encuentra ya en el mundo circundante.

La doble trascendencia ético-moral en el contexto telelaboral

Carece de sentido transferir la problematicidad adscrita a la condición ética a conjuntos de normaciones pre-programadas por un fuero coactivo y delimitante del ámbito actuarial humano, máxime si, por de pronto, se repara en la intratable disolución existente en la dicotomía pospuesta a la diferenciación existente entre sistema jurídico y moral (Hart, 1958, pp. 628-629), pues, todo aquello que condiciona la fuerza actuante del hombre por el hombre no es ya una pretensión ética, al contrario, supone un re-direccionamiento mediado por lo amenazante.

Cierto es que, con referencia al teletrabajo, se ha consignado con verosimilitud, el hecho que, «el surgimiento de esta nueva modalidad laboral redefine la concepción clásica de subordinación y ha mostrado a su vez, la necesidad de regularizar las condiciones en que se presta, protegiendo al trabajador de posibles abusos o del desconocimiento de sus derechos laborales»⁵, más la esfera y el eje nuclear de esta afirmación se instaura en la verificación institucional de la sanción, lo que ocurre, incluso, más allá del condicionamiento atómico de los procesos ético-morales subjetivados.

Por mucho que pueda tergiversarse, dogmáticamente, esta invasión en el ámbito privado, bajo esquemas conceptuales irreales, como, los propuestos en la concepción que afirma la existencia de una suerte de «moral interna del derecho» (Fuller, 1967, p. 185), la ética es, frente a todo, un proceso individual de dominio personal. Sea ya el condicionamiento coactivo organizacional-privado⁶ o público-institucional/estatal (Gómez, 2011, pp. 128-

⁴ Ver: (Colombia, Presidencia de la República de Colombia, 2012, Decreto 884).

⁵ Ver: (Colombia, Sala Plena, Corte Constitucional de Colombia, sentencia Nro. C-351, 19 de junio de 2013).

⁶ Ver: (Colombia, Sala de Revisión, Corte Constitucional de Colombia, sentencia Nro. T-433, 20 de agosto de 1998).

129), la supresión del carácter individual aparece impostergable, toda vez que la norma ocupa el lugar del direccionamiento libre de las acciones.

Desde luego, si la ética ha de conservar un lugar preeminente en la determinación actuarial del hombre, esta, a no dudarlo, ha de confluír, no por la fuerza moderante de un orden coactivo-reaccionario (Jakobs, 1996, p. 18), al contrario, actúa, pese o de acuerdo a este y la fusión, pospuesta a la consideración individual, que aglutina diversas conciencias morales de individuos bien definidos es lo que posibilita la condición intersubjetiva del entendimiento y la progresión hacia un logro común, no porque lo ético-moral se imponga por una comunidad fortalecida por su coincidencia valorativa, sino porque el grupo reevalúa y acrecienta los lazos de identificación como un todo que debe protegerse y que define a cada individuo y a este con la particularidad del grupo, hecho que, produce un eco, tanto más portentoso, en la ya avasallante dependencia del deseo a la proyección operante en el tecnocosmos.

Ética individual y censurabilidad personal

La condición ética del hombre es aquello que le permite evaluar, más allá de todo condicionamiento, su realidad valorativa y, como evento pospuesto a tal examen interior, proceder a actuar de acuerdo con estándares organizacional-sociales, en los cuales, la identificación opera como un acicate interior tendiente a la solidificación de una labor determinadora, empero que, no procede del miedo determinado por la acción contraria a lo que un determinado reglamento establece. Quiere significar esto que, dadas las consideraciones de actualización, virtualización y postorganicidad de los tiempos presentes, el teletrabajo sólo es aprehensible si, más allá de las normas impuestas por un orden coactivo-disciplinario y las condiciones clausulares del contrato de trabajo, el individuo decide, en su fuero interno, superado por la fuerza de su propia razón, dar contenido material en sus acciones a las particularidades misionales de la industria.

No es una condición propia del teletrabajo imbuir al hombre a actuar de forma ética, más la condición ética es la resolución vertebral para la materialización de este, pues, aunque los ejes relacionales se diluyan en la interacción indirecta, la fuerza espiritual ético-moral de cada sujeto tiende a plegarlos a un mismo sentimiento, si, para esto, la comunidad se expresa como una potencia con condicionamientos morales y visionales que le son propios, precisamente, por engalanar su concepción de lo valorable.

Es, pues, el individuo (teletrabajador) quien establece las condiciones propicias para que el objeto contractual derivada de la naciente relación telelaboral se transparente como fructífera, no por la condición de empleado, sino por la particularización tendencial a proteger a una organización de la cual forma parte activa y aquella que brinda un sentido de respetabilidad anhelado. Los estándares reglamentarios —e. g. códigos disciplinarios privado-organizacionales, manuales de convivencia y un largo etcétera— son inadecuados para verter una elucidación plausible al interrogante que pregunta el porqué del teletrabajador deseable, puesto que, la condición ética es carácter privativo y constructivo del individuo que trasciende lo material.

Sí es posible hablar de un hombre ético es porque «la autonomía es un rasgo necesario de la ética privada en tanto en cuanto exige o la creación o la aceptación personal de esos criterios de comportamiento» (Peces-Barba, 2000, p. 14), luego la regla carece de la potencia invasora para adentrarse en el sentir individual y la configuración de un sentir organizacional no es posible por los caracteres misionales de la industria, al contrario, estos operan como presupuestos que una moral bien definida acepta para sí, luego de ser reflexionados, mas no impuestos.

Si ha de comprenderse, que la médula del actuar organizacional radica en el individuo, la iridiscencia explicativa misma, señalara que, la desviación de la conducta laboral esperable, no es una consideración derivacional que pueda ser conculcada con la aplicabilidad de la sanción y la progresión tendiente al despido y a la condición de ajenidad de una comunidad industrial, sino que, la condición de auto-censurabilidad se establece como categoría posibilitadora de responsabilidad personal tendiente a la confluencia entre lo deseable individual y la condición misional orgánico-empresarial.

Ética y disciplinaria organizacional

La historia fluye exponiendo una consideración explicativa retroactiva, prescribe la condición del pasado actuante sobre el presente, pretendidamente, innovador, hurtando su carácter de novedad y sustrayendo su extrañeza para condicionarlo con elucidaciones pasadas que avizoran el éxito del otrora. Aprender, pues, cómo es posible la fusión nuclear de las tendencias ético-individuales y las consideraciones industrial-organizacionales en un todo que constriñe, voluntariamente, a la masificación del contenido misional como un universo que regula la conducta del teletrabajador tal fuerza interior, ya no exterior, que le domina y repercute en la experiencia positiva del desplazamiento a distancia de la labor contratada supone un paso hacia las pasadas consideraciones de responsabilidad personal determinadas por un concepto finalístico que determine la materialización física de un medio en el cual, la producción de bienes y servicios se condiciona por el tecnocosmos.

Entre las consideraciones históricas, de invaluable mensurabilidad, se presenta la eclosión de un estándar superior industrial —condición teórico-práctica, ciertamente, de origen judío— que sugirió la forma de aglutinar el sentir individual-laboral con la condición misional organizacional-industrial, eliminando los fragmentos subjetivos y conspirando para la real identificación personal/organizacional tendiente a la propulsión de un contenido teleológico que los supera y los dirige.

Este *principium* surgió, después el deceso —controversial— de Fritz Todt, en el preciso instante en que Alemania se encontraba inmiscuida en la Segunda Guerra Mundial y tras la sorpresiva designación —para él, por supuesto— de un nuevo *Reichsminister für Bewaffnung und Munition*, quien implementó el principio de autorresponsabilidad de la industria, con el propósito de generar incrementos progresivos en la industria armamentística del Tercer Reich. El estándar superior, de corte individualizador-colectivo, suponía la consideración democrática (Speer, 2011, p. 384), al interior de una industria sumergida en el peor de los momentos para una producción víctima de bombardeos masivos, por la cual, los trabajadores incorporaban senderos de autocrítica productiva sobre ellos y la industria a fin de evitar la

aciaga paralización de los procesos misionales que dan vigor a la existencia industrial del momento, lo cual, pese a los esfuerzos y, verdaderamente, al logro alcanzado, dado el poder bélico de las fuerzas aliadas, terminó sucediendo.

Este estándar, supone, en principio, el hecho, irrefutable que, «el que un individuo sea virtuoso o inmoral no le interesa sólo a él, sino a la comunidad entera» (Gandhi, 1988, p. 168), pues, la consideración de entrega al valor, constituye un hombre solícito y lo configura, a su vez, como un engranaje activo en la relación empresarial-teleológica, en la cual, el valor industrial es el mismo del individuo y este acepta las consecuencias de la industria como consecuencias que le afectan de manera personal. La notoriedad de este principio radica, no, solamente, en la posibilidad de adscripción personal del trabajador en las definiciones directivas de la empresa, sino, cabe remarcar, en la consolidación de un único espíritu individual-laboral/industrial-organizacional que repercute en una totalidad moral determinante del buen juicio.

Luego, la aparición de un nuevo matiz en la consideración de un medio que, en modo alguno, deja de ser eminente y humano, no periclita al examen ético a la transfiguración de su irremplazable basamento: el ser humano. No, la condición ética supone ser el motor propulsor y potencializador del teletrabajo, puesto que, de derruirse los presupuestos ético-morales, ya sea en el plano subjetivo o en el aspecto aglutinador industrial comunitario-particular, privativo de cada empresa, toda consideración relacional laboral, sea convencional o telelaboral, está condenada al fracaso. Es, a no dudarlo, la condición ética del ser humano la que hace posible la industrialidad, no los estándares corrosivos de la individualidad determinante. Sólo pues, cuando la identidad entre valores personales e industriales es latente, resulta aprehensible, la fuerza del tecnocosmos como un proceso de actualización no-definitivo que transfiere procesos de adaptabilidad en la producción de bienes y servicios para la conservación de la especie.

Conclusiones

Estrafalaria es la consideración que condiciona lo actuante a la aparición de un «mundo virtual», ajena al buen juicio, ciertamente, carece de la comprensión que el hombre ejerce su fuerza actuarial sobre un mundo inalterable, en el cual sólo existe un «desplazamiento ontológico», una suerte de presupuesto proyectista del hombre a un medio para el cual genera aprehensiones comportamentales actualizadoras. Es, precisamente, la ebullición pospuesta a la eclosión de este medio por descubrir, aquello que condiciona la fragilidad de una relación laboral no actualizada, dada, la virtualización de los procesos proveedores de bienes y servicios que, en la actualidad, ejercen una hegemonía particular.

La presencia del teletrabajo, como modernidad adecuada del medio, es, simplemente, la trasmutación tardía de los estándares jurídico-normativos a un medio que lo mantiene a la zaga no es condición ejemplificante de una innovación, sino el presupuesto de la aleatoriedad tecnológica que avasalla a una instrumentalización institucional que, por sus propios procesos de actuación, resulta operar con una dinámica paulatina y retrasada.

No obstante, la construcción jurídica del teletrabajo extiende las garantías que, antaño, superponían la presencialidad para su materialización, las prescripciones organizacional-industriales se encuentran delimitadas por un conjunto de normaciones que propenden por la normalización de un medio que escapa, dada su singular precipitación, a una regularización jurídica basada en la contemporaneidad del salto tecnológico. La necesidad del sistema jurídico para establecer condiciones propias para el desarrollo del trabajo a distancia es, con todo, un mero proceso de actualización que, sin embargo, constituye una sucesión del poder institucional sobre la consideración individual del hombre que se auto-construye, proyectando pautas de comportamiento debido y estableciendo relaciones de obligatoriedad *so pena* de una sanción

Es justo que un hombre, incluso aunque no tuviera la mala intención, resulte responsable inmediato de los efectos inmediatos de sus acciones, pero no por lo que pueda resultar en un caso esporádico de vez en cuando, sino sólo de aquellos que puedan ser prevenidos por una regla de prudencia razonable (Peirce, 1997, p. 211).

Sin embargo, esta forma de coacción individual resulta ajena a la condición ética del hombre que, no obstante, contiene más fuerza que la determinación normativa del derecho. Lo que hace posible la adaptabilidad al tecnocosmos, el cual opera como deseo de pertenencia a un medio con abismales progresiones transformadoras, es, ciertamente, la condición humana, esto es, la posibilidad de construir valores y extender condiciones de autocrítica sobre la propia determinación actuarial, lo que, en definitiva, permite la fusión de identidades atomizadas en un todo nuclear que identifica una organización, un grupo o una sociedad. Sin la condición ética proyectante, todo argumento se transfiere a lo insustancial, pues, resquebraja el eje motor que tiende a la configuración de relaciones, a la determinación de un medio y a la recalitrante prefiguración humana de todo lo presente.

Carece de toda lógica verter las características esencializadoras del teletrabajo como un subproducto propio de la actualización y la necesaria adaptabilidad al medio en el que la proyección y la portorganicidad constriñen a la virtualización de las directrices jurídicas, si, acaso, no se repara en el elemento único que hace posible tal consideración: lo humano. Si el humano careciera de la tendencia existencial a la adscripción al tecnocosmos, con seguridad, el sistema jurídico carecería de los mismos impulsos para regular una actividad insustancial, dado que, la distribución de bienes y servicios ya ha mutado, cuando el derecho da cuenta de ello, el teletrabajo no es sino el proceso por el cual el legislador o el juez constitucional asume para sí, en el lenguaje jurídico, un hecho que ya ha pasado, de allí, la necesidad de actualización, pues, lo contrario supondría un sistema ajeno al presente.

Referencias bibliográficas

Arendt, H. (2003). *La Condición Humana*. (Gil, R. trad.). Buenos Aires: Paidós.

Castells, M. (2000). *Internet y la Sociedad* en Red Conferencia de presentación del Programa de Doctorado sobre la Sociedad de la Información y el Conocimiento. Universitat Oberta de Catalunya. 1-19.

- Cubillo, R. (2013). La intermedialidad en el Siglo XXI, *Diálogos*. Universidad de Costa Rica, 14 (2), 169-179.
- Elizondo, A. (2006). El Teletrabajo. Una aproximación conceptual, *Sala Segunda*. Corte Suprema de Justicia, (3), 175-199.
- Finnis, J.
(1983). *Fundamentals of Ethics*. Washington D. C.: Georgetown University Press.
(1998). *Founders of Modern Political and Social Thought*. New York: Oxford University Press.
- Fisas, V. (2011). Educar para una Cultura de Paz, *Quaderns de Construcció de Pau*. Escola de Cultura de Pau, (20), 3-8.
- Fuller, L. (1967). *La Moral del Derecho* (Navarro, F. trad.). México: F. Trillas.
- Gandhi, M. (1988). *Todos los Hombres son Hermanos* (Legaz, L. trad.). Madrid: Testigos del Hombre.
- García, E. (1944). *Ética*. México: Universidad Nacional de México.
- Gómez, C. (2011). El Derecho Disciplinario en Colombia: “Estado del Arte”, *Revista Derecho Penal y Criminología*. Universidad Externado de Colombia, 32 (92), 115-154.
- Hart, H.:
(1958). Positivism and the Separation of Law and Morals, *Harvard Law Review*. 71 (4), 593-692.
(1961). *El Concepto de Derecho* (Carrió, G. trad.). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Jakobs, G. (1996). *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional* (Cancio, M. trad.). Madrid: Civitas.
- Kant, I. (2005). *Crítica de la razón práctica* (D. Granja, trad.). México: FCE: UAM, UNAM.
- Lévy, P. (1998). *¿Qué es lo Virtual?* (Levis, D. trad.). Barcelona: Paidós.
- Montesquieu, C. (1906). *El Espíritu de las Leyes (Vol. I)* (García, S. trad.). Madrid, España: Librería General de Victoriano Suárez.
- Nino, C. (1989). *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación (Segunda ed.)*. Buenos Aires: Astrea.
- Peces-Barba, G. (2000). *Ética, Poder y Derecho. Reflexiones ante el fin de siglo*. México: Fontamara.
- Peirce, C. (1997). *Escritos Filosóficos* (Vevia, F., y Zamora, M. trads.). Morelia: El Colegio de Michoacán.
- Posner, R. (1999). *The Problematics of Moral and Legal Theory*. London: Harvard University Press.
- Raz, J. (1985). *La autoridad del Derecho. Ensayos sobre Derecho y moral* (Tamayo, R. trad.). México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Rochefoucauld, F. (2000). *Reflexiones y Máximas Morales* (Del Brando, J. trad.). México: Factoría.

Schünemann, B. (1991). *El Sistema Moderno del Derecho Penal: Cuestiones Fundamental*. Madrid: Tecnos.

Sibilia, P. (2005). *El Hombre Postorgánico. Cuerpo, subjetividad y tecnologías digitales*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

Speer, A. (2011). *Memorias* (Sabrido, A. trad.) Barcelona: Acantilado.


NUDOS TEÓRICOS Y DESIGUALDADES SOCIOPOLÍTICAS EN LOS CAMINOS DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA

*THEORETICAL KNOTS AND SOCIOPOLITICAL INEQUALITIES IN THE
PATHS OF PARTICIPATION*

Lázaro Enrique Ramos Portal


Doctor en Ciencia Jurídica por la Universidad de La Habana. Candidato a Doctor en Criminología por la Universidad Autónoma de Nuevo León. Profesor del Departamento de Ciencias Penales y Criminología de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.

Contacto: lramosportal@gmail.com

 <https://orcid.org/0000-0002-7478-6371>

Yumara Santana Ortego

Doctora en Medicina. Miembro de CEMAJUR Internacional y CEMAJUR Kids. Coordinadora de la Comunidad de Especialistas en Métodos Alternos y Justicia Restaurativa (CEMAJUR) en Cuba. Contacto: ysantanaortego@gmail.com

 <https://orcid.org/0000-0002-0570-3317>

Recibido: 20.04. 2020 / Aceptado: 17.06.2020

RESUMEN

El presente artículo constituye una reflexión teórica en torno a las pautas que han conducido el pensamiento político referente a las relaciones entre Estado y sociedad, su influencia en la polémica feminista sobre las desigualdades que genera la dicotomía entre los espacios de participación pública y el ámbito doméstico o privado, las barreras que ofrece la hiperconceptualización de las formas de participación social en la organización de las relaciones; y el protagonismo del Derecho como justificante del poder patriarcal y la conducción androcéntrica de las sociedades, incluyendo las de América Latina.

PALABRAS CLAVES

participación, pensamiento político, Estado, sociedad y Derecho.

ABSTRACT

This article is a theoretical reflection on the guidelines that have led to political thinking concerning relations between state and society, its influence on the feminist controversy over the inequalities generated by the dichotomy between spaces of public participation and the domestic or private sphere, the barriers offered by the hyper conceptualization of ways of social participation in the organization of relations; and the leadership of law as just as a proof of patriarchal power and the androcentric conduct of societies, including those in Latin America.

KEYWORDS

Participation, political thinking, state, society and law.

Sumario

Introducción | Estado y sociedad: las dos esferas del pensamiento político androcéntrico | Sociedad dividida en clases: preámbulo de las desigualdades | Estigmas teóricos y perpetuas crisis políticas de representación | Administración y Derecho: unidades de control del temor político a la participación ciudadana | Referencias bibliográficas

El derecho de los ciudadanos a participar en asuntos públicos como individuos o a través de organizaciones como partidos políticos y agrupaciones civiles es un principio fundamental de la democracia.

Vera Carrera (2013)

Introducción

La evolución del ser humano y el desarrollo de su conciencia social están estrechamente relacionados con las formas de participación y el pensamiento político. Este presupuesto está implícito en el concepto de política cuando suma a la evidente actividad de conducir y gobernar a una sociedad mediante el ejercicio del poder, el requisito de permitir el intercambio de opinión en función de los intereses y las posturas políticas de los ciudadanos, aun sin filiación a los partidos políticos.

Todas las ciudadanas y los ciudadanos deben ser escuchados porque gozan de un pensamiento político, aun cuando pretendan tener posiciones apolíticas. Este pensamiento marcará su apatía o sus ansias de participación en las actividades públicas en correspondencia con sus intereses sociales. Pero su exposición y afectación por las decisiones políticas no dependen de su acción o inacción, sino de su posición social en determinado lugar y momento histórico.

La participación ciudadana se define como el conjunto de acciones que ejecutan los seres humanos para intervenir de manera positiva o negativa en la toma de decisiones públicas, la puesta en marcha y el seguimiento de estas. Por tanto, está condicionada por el pensamiento político, a la vez que actúa sobre él, ya que el pensamiento político es resultado de la forma en que se manifiesta el ejercicio del poder. Con esto se satisface, en primera instancia, la necesidad de un vínculo entre el Estado y la sociedad civil (Baño, 1998, p. 15).

Esta premisa nos lleva a considerar que la participación ciudadana nace, como concepto, con el surgimiento del Estado y que el pensamiento político, en su evolución, justificó o revolucionó los sistemas políticos y, con ellos, las diferentes formas y estructuras de ejercicio del poder estatal. Pero el pensamiento político de quienes gobiernan influye, pero no determina el pensamiento político ciudadano, por lo que la participación ciudadana se erige en mecanismo de contradicción, afirmación y perfección de las gestiones públicas.

La influencia del pensamiento político en la participación ciudadana tiene como condicionante la postura sobre su identidad o diferencia conceptual y de contenido, es decir, el poder público se ha ejercido teniendo en consideración la autoridad estatal por encima de la ciudadanía o basado en la paridad de poder entre los ciudadanos y aquellos que los representan desde la gobernabilidad y/o la conducción estatalizada de la sociedad.

Pero la paridad depende de la visibilización pública de los diferentes grupos sociales; por lo que gran parte de la historia política del mundo se ha construido sobre pilares de desigualdad social, que se hacen visibles cuando aparecen los conflictos entre las aspiraciones políticas de ciertos grupos sociales y su recepción por los órganos de conducción estatal.

Estado y sociedad: las dos esferas del pensamiento político androcéntrico

Los grandes pensadores políticos, recogidos por la historia, han manifestado su propio criterio en torno a la relación entre Estado y sociedad. Aristóteles partía de una identidad entre Estado (*polis*: identificado como el espacio público donde se expresan los ciudadanos) y sociedad (*oikos*: reservado para el espacio doméstico y privado donde se encontraban las mujeres, los niños y los esclavos). Su pensamiento clásico:

No abarcaba solamente el hecho de que ser social y ser político es lo mismo, sino que también establecía una unidad con la naturaleza, puesto que el hombre era por su propia naturaleza un ser político (social). Pero el hombre es un animal político porque posee la razón y es así capaz de ordenar, constituir un orden social, lo cual implica, como contrapartida, la existencia de un aspecto irracional, pasional, que es preciso ordenar. La razón, que es única, debe ordenar el interés (la pasión) que es múltiple y conflictiva (Baño, 1998, p. 16).

En su análisis, Aristóteles concebía una multiplicidad de formas de ejercicio del poder que determinaban la cercanía entre el Estado y la sociedad; donde la democracia dependía de la cantidad de personas que lo detentaran. Compartía la idea con Platón de que: o gobierna una persona o varias o todas (Calderón, 2017, p. 5).

El pensamiento político posterior, de base iusnaturalista, pero afianzado en el contractualismo, instó a una revolución en la forma de delimitar la relación entre sociedad civil y Estado. La escandalosa obra de Maquiavelo *El príncipe*, considerada como la primera que tuvo por objeto la ciencia política (Cerroni, 1967, p. 1), sentó pautas sobre las claras prerrogativas que tiene el ejercicio del poder monárquico y justificó su necesidad para la conducción social, sin embargo, en otra de sus obras titulada *Discursos sobre la primera década de Tito Livio* manifestó su predilección por la República como forma de gobierno con mayor participación popular.

Ambas obras muestran la diferenciación entre Estado y sociedad. Reafirman que toda comunidad tiene dos espíritus contrapuestos: el del pueblo y el de los grandes (que quieren gobernar al pueblo), que están en constante conflicto. La obra *El Contrato Social*, escrita por Rousseau, muestra la clara separación entre Estado y sociedad; su pensamiento político indica como el pueblo deposita el poder en sus representantes, firmando tácitamente un contrato, por el cual acepta la posibilidad de ser conducido y de acatar las decisiones de los mandatarios, siempre que coincidan con la voluntad general.

Con Rousseau vuelve a surgir, en una representación moderna, el antiguo ideal de la comunidad orgánica. Mientras que con Kant se perfila una nueva versión de la entera tradición de la escisión. Sobre la línea de Rousseau, con desarrollos originales, se proyecta la nueva temática comunitaria del socialismo. Sobre la línea de Kant, sin desarrollos sustancialmente originales, se levanta el constitucionalismo jurídico con sus contradicciones autoritarias, sancionando la laceración que resulta de la división entre vida pública y vida privada y consagrando la sociedad de los privados que se integra en una comunidad exclusivamente abstracta (Cerroni, 1967, p. 52).

El pensamiento político liberal de la época sentó las bases del enfoque de las dos esferas, ya que un rasgo distintivo de estos discursos fue la exclusión de la participación política de las mujeres. El pensamiento feminista, sin precisar claros contornos, instauró la polémica en torno a las desigualdades que fomentaba la dicotomía entre lo público y lo privado.

La Revolución francesa de 1789, uno de los hechos de mayor trascendencia histórica, política y jurídica, excluyó a las mujeres de la ciudadanía universal al no considerarlas como destinatarias favorecidas por la Declaración Universal del Hombre y el Ciudadano, negarles el reconocimiento social y los derechos civiles y políticos (Emmenegger, 2000, p. 38). La revolución liberal tuvo un gran sustento en el patriarcado, como sistema basado en

Un conjunto de instituciones de la sociedad política y civil que se articulan para mantener y reforzar el consenso expresado en un orden social, económico, cultural, religioso y político, que determina que las mujeres como categoría social siempre estarán subordinadas a los hombres, aunque pueda ser que una o varias mujeres tengan poder, hasta mucho poder (Facio, 1999, p. 25).

Su crítica dio inicios al feminismo liberal con tres obras escritas, cuyo eje esencial era el reclamo de la ciudadanía y el derecho a la participación sociopolítica de las mujeres, como forma de superar las desigualdades entre los participantes en la vida pública y los limitados al espacio doméstico.

La primera obra fue el alegato de Marie-Jean-Antoine Nicolas de Caritat, marqués de Condorcet, escrito en 1790 *Sobre la admisión de las mujeres al derecho de ciudadanía* que, como miembro del consejo municipal de París, impulsó un sistema de enseñanza laico y una nueva constitución.

La obra más significativa fue la *Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana*, de Olympe de Gouges, redactada en 1789 y presentada ante la Asamblea Nacional Francesa en 1791. Constituyó un verdadero documento jurídico atendiendo a su estructura y contenido. Siguiendo la sistemática de la Declaración Universal del Hombre y el Ciudadano, cuenta con un preámbulo donde se exponen los motivos por los que debe tenerse en consideración a las mujeres, planteando que «la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos de la mujer son las únicas causas de los males públicos y de la corrupción de los gobiernos», requiriéndose la unidad de poderes con los hombres para la mejor conducción política y social; de esta forma se proclaman sus derechos en diecisiete artículos concisos, tal cómo se estructuraba la Declaración masculina (Gouges, 1789).

Otra obra, símbolo de rebeldía igualitarista, fue *Defensa de los derechos de la mujer*, presentada por Mary Wollestonecraft en 1792, en oposición a las concepciones misóginas que Rousseau había desarrollado en su obra *El Emílio*, demeritando a las mujeres. El texto feminista ataca la naturaleza opresiva de las concepciones masculinas sobre el papel de las mujeres en el ámbito social, académico, laboral y sexual (Miguel, 2011, p. 4).

Sin embargo, estas manifestaciones del pensamiento político no siempre fueron conocidas. La historia se encargó de nublar la relación entre las formas de participación ciudadana y política de las mujeres, sencillamente porque estuvo recreando el estudio cronológico del pensamiento político androcéntrico. Este fenómeno se conoce como «historia robada» (Lerner, 1990) y constituyó una estrategia para perpetuar la inequidad de género en el ejercicio del poder político.

Sociedad dividida en clases: preámbulo de las desigualdades

Las revoluciones burguesas, que abrieron las puertas al predominio del sistema capitalista, constituyeron el mejor ejemplo de la separación entre Estado y sociedad civil. El pensamiento político se vio escindido por los intereses económicos y la participación ciudadana dio al traste con las formas tradicionales de gobierno, instaurando nuevas fórmulas para el ejercicio del poder.

Esta participación ciudadana de una sociedad civil que revolucionó las estructuras de poder sobre las nuevas bases económicas y que Rousseau hubiese catalogado como una nueva expresión de la «voluntad popular», fue enmascarada por un halo idealista que, representado en el pensamiento político de Hegel, se expuso como la «objetivación del espíritu absoluto» (Baño, 1998, p. 17).

No obstante, bajo la dialéctica de Hegel, quedó claro que la relación entre Estado y sociedad civil, entre poder público y participación ciudadana, tiene sus orígenes en la congruencia o discrepancia del pensamiento político. Esta idea fue reforzada por el trabajo de Marx, quien demostró la relación dialéctica que existe entre la base económica y la superestructura que se erige sobre esta, donde se encuentran el Estado y el derecho, conformando las claves de los sistemas políticos en cada sociedad.

Marx reconoce el mérito de Hegel por haber visto la separación entre Estado y sociedad civil en el mundo moderno, pero lo hace responsable de no haber visto los fundamentos históricos modernos de tal separación y de haberla supuesto como una etapa del itinerario seguido por el espíritu a través de su historia temporal hacia el éxtasis del espíritu absoluto. (Cerroni, 1967, pp. 56-57).

Para Marx el Estado es un aparato de coacción y fuerza que opera según las reglas del derecho, como voluntad de la clase dominante erigida en ley. Así muestra que los caracteres que identifican a los sistemas políticos dependen del equilibrio de las fuerzas y que la voluntad que representa el poder estatal es la de aquellos que se erigen como clase dominante y, por tanto, subyugan el panorama de la participación ciudadana, lo cual conlleva a la

existencia de una clase dominada que tendrá que movilizar sus fuerzas para el reconocimiento político y el acceso a la gestión pública.

Este concepto de clase social es retomado por Gramsci para señalar a un grupo que ostenta una razón colectiva unificadora que lo identifica como sociedad civil. No obstante, el concepto de clase también sirvió para delimitar nuevas desigualdades entre la esfera pública y la privada, por ejemplo, contribuyó a identificar que las mujeres de la clase media estaban sometidas al espacio doméstico porque vivían a expensas de los éxitos de padres y esposos; a diferencia de aquellas que se habían incorporado a las labores que proponía el desarrollo industrial capitalista, aunque fueran subvaloradas y consideradas mano de obra barata (Peyrou, 2019, p. 362).

La concepción sobre el origen y trascendencia de la opresión femenina fue coherentemente expuesta por Engels en su obra *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, publicada en 1884. En ella asume, sin negar totalmente el evolucionismo y reafirmando las bases de la historia económica, una posición en defensa de la mujer, al colocar como motivos de su exclusión social el empoderamiento masculino que se asentaba sobre la división sexual del trabajo, el nacimiento de la propiedad privada y el predominio de la familia monogámico-patriarcal (Engels, 1884).

En tales condiciones, la concepción marxista de sociedad civil comienza a primar en el análisis socio político, en el sentido amplio de establecer en ella el lugar de la multiplicidad, de la diferencia, del interés (Baño, 1998, p. 17). Cuando Marx analiza el sistema capitalista desenmascara la supuesta coherencia del pensamiento político entre la clase dominante y dominada, abre grandes fisuras al supuesto «contrato social» y muestra la razón y fundamento de la participación de la ciudadanía, como fuente de la conducción de la sociedad que lleva a cabo el Estado, y como mecanismo regulador de la administración pública.

En términos generales, si el Estado representa el poder de la mayoría, entonces la gestión de gobierno que ejerce la administración pública debe responder a los intereses generales que representa el Estado y conciliar la gestión pública con la privada, dando entrada a la participación ciudadana como medio para el control, el equilibrio y el orden social.

Estigmas teóricos y perpetuas crisis políticas de representación

Cuando aparecen incongruencias muy marcadas entre los intereses generales y los individuales, y se acompañan de una dispersión del pensamiento político y de la ideología resultante, nos encontramos ante lo que se conoce como «crisis políticas de representación» (Baño, 1998, p. 19).

Estas crisis generan acciones de participación política (como el ejercicio del derecho político a elegir o ser electo), a través de partidos políticos o no, y surgen de la aspiración ciudadana de compartir el poder político del Estado, sobre todo en las democracias representativas, sin embargo, no son esencialmente consideradas como expresión de participación ciudadana. En este sentido, el pensamiento político funciona como detonante de las aspiraciones

políticas de integración al Estado como institución u organismo estructural y no como representante de un sistema político.

La historia nos muestra, como ejemplo, los argumentos esgrimidos para impedir el sufragio universal femenino. Entre los más utilizados se encuentra el temor del poder estatal de permitir que votaran aquellas mujeres influidas por la ideología religiosa, luego que la Iglesia y el Estado habían separado sus poderes en la era moderna; es decir, permitir el voto de las mujeres, que hasta ese momento habían sido impulsadas a mantener una vida casta según los cánones de la iglesia y que permanecían influidas y coartadas por las normas morales, era como colocar los destinos políticos en manos del poder eclesiástico.

Sin embargo, no hacían falta muchas justificaciones; el feminismo sufragista, nacido del pensamiento político de las mujeres de clase media, fue estigmatizado como un movimiento social y no como una muestra de participación política o ciudadana. Su posición histórica fue resultado de la prevalencia de aquellos mitos patriarcales que condicionaban los atributos, valores, tradiciones, prejuicios, conductas y estereotipos sexuales y de género que habían formado, hasta entonces, la feminidad y la masculinidad (Álvarez, 2015, pp. 9-15). El sufragismo tuvo respuestas favorables, luego del protagonismo de las mujeres en la Primera Guerra Mundial.

El derecho de las mujeres al voto se consolidó de forma tardía en gran parte de América Latina y el Caribe, por ejemplo, Brasil y Cuba en 1934, Bolivia en 1938, El Salvador en 1939, Panamá en 1941 y República Dominicana en 1942. Otros países se incorporaron después de la Segunda Guerra Mundial, como Guatemala y Venezuela en 1946, Argentina en 1947, Chile y Costa Rica en 1949, Bolivia en 1952, México en 1953, Colombia en 1954 y Nicaragua, Honduras y Perú en 1955 (Montenegro, 2012, pp. 96-97), durante el auge del proteccionismo a los derechos humanos.

Una concepción teórica restrictiva indica que la participación social, a partir de integrarse a los movimientos sociales que critican o se contraponen al *statu quo*, tampoco constituye participación ciudadana *strictu sensu*. Para Baño (1998)

Difícilmente se podría sostener que este movimiento tenga orientaciones asimilables a lo que actualmente pareciera entenderse por «participación ciudadana», dado que no está dirigido a la participación, sino que a la transformación. Ello no implica que, de hecho, no haya promovido y alcanzado formas de participación (p. 24).

Pero resulta contraproducente que algunos movimientos sociales; como los feministas, pacifistas y ecologistas, entre otros, sean considerados expresión de la participación ciudadana solo cuando accionan a instancia de determinados valores (como la libertad o la igualdad) desde fuera de los partidos políticos o de las organizaciones sindicales, aunque pretendan obtener respaldo político y protección jurídica a sus aspiraciones sociales. Y que tiendan a ser reconocidos como grupos de presión cuando sus demandas son absorbidas como estandarte por los partidos políticos o se suman a los proyectos institucionales del gobierno.

Los procesos clasificatorios utilizan estigmas y generan discriminación, en la que siempre «está presente la idea de superioridad-inferioridad, aunque pueda variar de un contexto histórico o de un período de tiempo a otro» (Pacheco, Torres y Tojo, 2006, p. 80).

Del anterior análisis se colige que la participación ciudadana aparece diversificada por sus propósitos, o sea, expresa objetivos políticos cuando se dirige a influir en la esfera política, para lo cual toma los fundamentos del pensamiento político imperante, y expresa sus objetivos administrativos al direccionar su actuación hacia la esfera ejecutiva, como brazo articulado del poder público.

Los objetivos políticos de la participación ciudadana tendrán la cobertura que le facilita el grado de autoritarismo del régimen político y las prerrogativas admitidas, bajo la democracia representativa, para expresar los intereses privados de la sociedad civil y la orientación política colectiva; lo cual puede generar conflictos de gobernabilidad, al momento en que hacen públicos (de interés general) los argumentos que sostienen la validez de los «intereses privados». En consecuencia, aquella participación que va dirigida a la transformación de la política estatal, y no a hacer resaltar los intereses privados, será considerada una expresión de la participación política, pero no de la participación ciudadana.

Desde el punto de vista de la ciencia política la expresión participación política generalmente viene usada para designar toda una serie de actividades «el acto de votar, la afiliación a un partido político, la participación en manifestaciones, la discusión de asuntos políticos, la participación en un mitin o en reunión con algún sindicato, la presión ejercida sobre algún actor político, entre otras formas de participación» (Calderón, 2017, p. 8).

La participación ciudadana, en cambio, se hará presente cuando acompaña objetivos administrativos, principalmente el cuestionamiento de la gestión y las políticas públicas sea por ineficiencia, burocratismo, corrupción o discriminación, entre otros aspectos. En este sentido, las políticas públicas se establecen en función de darle respaldo público a los intereses sociales que fueron manifiestos a través de la participación ciudadana y garantizar determinados derechos individuales y colectivos de la sociedad civil. Pero nada contradice que las formas de participación política y ciudadana puedan venir de la mano. Por lo que la división es más académica y metodológica que real, al depender de la manera en que la ciudadanía aprecia los matices del ejercicio del poder y de la forma en que este se organiza al interior de los territorios.

Administración y derecho: unidades de control del temor político a la participación ciudadana

La participación ciudadana tiene varias formas de manifestación reconocidas globalmente e incluso son recogidas en la normativa constitucional, lo cual les confiere legitimidad. Sobresalen el referéndum, el plebiscito, la iniciativa legislativa popular, la revocación de mandato y la consulta ciudadana o popular (Calderón, 2017, pp. 10-15). Pero en su ejercicio tienden a confundirse intereses públicos y privados.

La principal dificultad para el avance la participación ciudadana es la confusión que aparece entre las decisiones políticas, propias del ejercicio del poder, y la apropiación que hace de estas la administración. Para Baño (1998):

Respecto de la administración el problema de enajenación política que se presenta tiene que ver con el conocimiento. En tal sentido, la administración se suele arrojar la decisión de un asunto sobre la base de su mejor conocimiento de ella, transformando así una cuestión pública en una cuestión de expertos (p. 34).

Sin embargo, Cerroni (1967) lleva el análisis a un aspecto más global, que retoma la polémica sobre la relación entre Estado y sociedad, y afirma:

Los desarrollos históricos han hecho luz, por ejemplo, sobre cómo el Estado representativo, prensado por las objetivas necesidades de las relaciones sociales modernas, ha ampliado enormemente las dimensiones de su actividad y ha tratado de colmar el surco divisorio entre política y sociedad con una progresiva expansión de la economía pública y de la intervención social en todos los campos (de la educación a la asistencia, de las obras públicas a la previsión social, del comercio exterior a los organismos descentralizados). De esta manera se ha confirmado la unidad sustancial entre Estado y sociedad, su necesaria unificación en nuestra época: pero tal confirmación se ha dado a través de una subordinación de las actividades sociales a la gestión político-burocrática (pp. 62-63).

Las dificultades en la participación ciudadana afloran, con claridad, cuando a la utilización del conocimiento que hace la administración pública para introducirse en la toma de decisiones políticas se suman los problemas de la «comunicación política». Para Vera (2013):

Los ciudadanos que participan en las organizaciones de la sociedad civil, promueven la participación, la comunicación con el gobierno y la rendición de cuentas, dan una voz a los sectores menos representados, y ayudan a fijar la atención de la sociedad hacia una variedad de temas importantes, con apoyo de los medios de comunicación que se convocan para dar publicidad y ser un medio constructivo para dar a conocer a toda la sociedad las demandas de este determinado grupo (p. 10).

La comunicación política es un medio de visibilización del pensamiento político. Esta puede verse en dos sentidos «en un caso, podemos hablar del campo de estudio de ese saber específico; en otros, describir el conjunto de herramientas comunicativas que la materia necesita para conseguir sus fines» (Calderón, 2017, p. 3). La segunda acepción es mucho más relevante a los efectos de la participación política y ciudadana, porque refleja la utilización y la utilidad de los canales de comunicación que se establecen entre los ciudadanos, los políticos y los gobernantes.

El principal medio de comunicación política es el derecho porque refleja la legitimación de los actos de poder del Estado y el gobierno como expresión de su soberanía a lo interno de

los territorios y de frente a la comunidad internacional. El análisis de las leyes, desde una perspectiva de género, muestra si se han superado los antagonismos propios del pensamiento político, que han llevado a perpetuar las diferencias sociales. Las leyes hablan acerca de las personas, su nivel político, sus clases, su protección y su igualdad.

Como mecanismo regulador y protector de las relaciones sociales, el derecho transforma estas en relaciones jurídicas llevándolas a la esfera normativa, lo que genera que se transmitan a la norma los valores y costumbres que aparecen con mayor arraigo dentro del panorama cultural de cualquier sociedad, siempre que respondan, predominantemente, a los intereses del poder estatal. De esta forma el sistema jurídico, a través de sus componentes normativos, estructurales y culturales, penetra cada aspecto y nivel de la socialización humana.

El ordenamiento jurídico y sus operadores captan, reproducen y generan estereotipos de actuación humana. Los sistemas reguladores y controladores sientan las bases de conformación de los roles y estatus individuales y grupales; intervienen en la configuración de la ciudadanía.¹

Lo que se conoce como orden social, integrador de un complejo entramado de relaciones sociales, aparece en realidad como un orden de dominación que, protegido por el derecho, transmite la sensación simbólica de que funciona correctamente cuando las personas se comportan según un diseño predeterminado de roles y estereotipos que tiende a legitimar el ejercicio del poder, sea político, administrativo, institucional, patriarcal y familiar, sobre una impuesta «docilidad» por razón del género, la clase, la condición económica, la etnia, el color de la piel o la edad, entre otros. La principal dificultad analítica es que las leyes, que resultan de un proceso político-legislativo, pueden basarse en un discurso igualitario y esconder una realidad discriminatoria y arquetípica.

Siguiendo a Cerroni (1967):

La esencia de la civilización constitucional moderna, que es el alma de la moderna ciencia política, por su parte, queda hasta hoy contenida, por sus elementos cardinales, en la fijación de «límites de la actividad del Estado» y en la reivindicación de la separación entre actividad social y actividad política, entre esfera pública y esfera privada (p. 22).

En esta interrelación entre lo que ocurre y se piensa a nivel social, el conocimiento y la interpretación que hacen los políticos de estos eventos y las gestiones de gobierno que se implementan para conciliar las necesidades sociales con los intereses públicos, se establecen las pautas de consolidación del pensamiento político individual y el colectivo, considerado un elemento motivador para la involucración en los procesos.

¹ La ciudadanía es definida como un atributo inalienable de las personas, como la base del sistema democrático representativo, señala que la ciudadanía es una condición que está en constante construcción y desconstrucción expresando la lucha de diversos actores por incluirse en la comunidad política, afirmando que ejercer la misma implica participar activamente en la vigilancia del cumplimiento de los acuerdos entre los miembros de la sociedad y entre estos y el Estado (Fassler, 2007, pp. 385-386).

Pero estos procesos han de ser igualitarios; porque «la reivindicación de la igualdad como principio normativo y como derecho, se sustenta en el principio ético de la justicia: no es justa la convivencia en la desigualdad y tampoco la competencia en la desigualdad» (Torres, 2001, p. 13).

El pensamiento político igualitario, equitativo e inclusivo es la clave para la unidad social entre dirigentes y dirigidos, es el mecanismo de conciliación entre el ejercicio del poder y la toma de conciencia ciudadana expresada en su participación, es la herramienta para regular los procesos socio-políticos, establecer posturas equilibradas que garanticen la retroalimentación de conocimientos y la protección de los derechos fundamentales en una realidad histórica donde, por sobre el dualismo, la teoría de las dos esferas y el claustro conceptual de las formas de participación, prime la armonía y las formas cooperativas de comunicación entre el Estado y la sociedad.

Referencias bibliográficas

- Álvarez, M. (2015). Masculinidad y feminidad en Cuba. En R. R. (ed.). *Masculinidades y paternidades en Cuba*. La Habana: CENESEX.
- Baño, R. (1998). Participación ciudadana: Elementos conceptuales. En Correa, E. y Noé, M. (Eds.), *Nociones de una ciudadanía que crece*. Santiago: FLACSO-Chile.
- Calderón, S. (2017). Participación ciudadana, política y electoral en México: hacia la civil toma de decisiones, *En contexto*. 1-20. Recuperado de <http://www5.diputados.gob.mx/index.php/esl/Centros-de-Estudio/CESOP/Novedades/En-Contexto.Participacion-ciudadana-politica-y-electoral-en-Mexico-hacia-la-civil-toma-de-decisiones>.
- Cerroni, U. (1967). *Introducción al pensamiento político (17 edición ed.)*. (Córdova, A. trad.). México: Siglo veintiuno editores.
- Engels, F. (1884). El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado, *webs.ucm.es*. Recuperado de <http://www.ucm.es/info/bas/es/marx-eng/84of/84OF2.htm>.
- Facio, A. (1999). Feminismo, género y patriarcado. En A. Facio y L. Fries. *Género y Derecho*. Santiago: Corporación de Desarrollo de la Mujer.
- Fassler, C. (2007). Desarrollo y participación política de las mujeres. En Vidal, G., y Guillén, A. (coords.). *Repensar la teoría del desarrollo en un contexto de globalización*. Buenos Aires: CLACSO.
- Fernández, J. (2001). *Historia General del Estado y el Derecho II*. La Habana: Félix Varela.
- Gouges, O. (1789). Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana–1789, *mujeresenred.net*. Recuperado de <http://www.mujeresenred.net/spip.php?article2034>.
- Lerner, G. (1990). *La creación del patriarcado*. (Tussell, M. trad.). Barcelona: Crítica S.A.
- Luna, L. (1994). Estado y participación política de mujeres en América Latina: Una relación desigual y una propuesta de análisis histórico. En M. L. (Comp.). *Mujeres y participación política. Avances y desafíos en América Latina*. Bogotá: TM Editores. Recuperado de <http://bdigital.unal.edu.co/47759/1/9586014797.pdf>.


- Montenegro, R. (2012). El voto femenino en Nicaragua: una historia oculta, *Encuentro*. (91), 91-115. Recuperado de <https://www.uca.edu.ni/2/images/Revista-Encuentro/Revistas/e91/avance-investigativo.pdf>.
- Pacheco, G., Torres, I. y Tojo, L. (2006). *Los derechos humanos de las mujeres. Fortaleciendo su promoción y protección internacional. De la formación a la acción*. Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Peyrou, F. (2019). A vueltas con las dos esferas. Una revisión historiográfica, *Historia y Política*. (42), 359-385. Recuperado de: <https://recyt.fecyt.es/index.php/Hyp/article/view/70996>.
- Torres, I. (2001). *La aplicación de la cuota mínima de participación de las mujeres. ¿Ficción o realidad? Un diagnóstico para Costa Rica*. Costa Rica: Fundación Arias para la Paz y el Progreso Humano.
- Vera, J. (2013). La implementación de la negociación política en las crisis de la sociedad civil, *Tesis de doctorado*. Universidad Autónoma de Nuevo León, Monterrey. Recuperado de <https://cd.dgb.uanl.mx/bitstream/handle/201504211/16622/21130.%20pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

EL DERECHO POLÍTICO FRENTE AL «NUEVO
CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO».
ANÁLISIS COMPARATIVO CON EL MODELO DE
DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL
*POLITICAL LAW AGAINST «NEW LATIN AMERICAN
CONSTITUTIONALISM» ANALYSIS WITH THE MODEL OF
CONSTITUTIONAL DEMOCRACY*

Franco Gatti

Abogado (diploma de honor) por la Universidad Nacional de Rosario, Especialista en Derecho Público (UCLM, España), candidato a Doctor en Derecho (UNR), a Magíster en Derecho Público (UNR) y a Máster in Global Rule of Law and Constitutional Democracy (Universidad de Génova, Italia). Profesor por concurso de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

Contacto: francogatti517@hotmail.com

 <https://orcid.org/0000-0002-3295-1359>

Recibido: 19.05.2020/Aceptado: 19.06.2020

RESUMEN

El presente artículo tiene por objeto abordar las características del denominado «Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano», cuyo germen se encuentra en los procesos constitucionales de los Estados Ecuador, Bolivia y Venezuela, sin perjuicio del antecedente que significó la Constitución colombiana de 1991. Considerando las insistentes críticas que se han formulado respecto de este nuevo paradigma, se concretará una comparación con el Modelo de Democracia Constitucional, procurando subrayar los aspectos centrales que distancian a estas propuestas.

PALABRAS CLAVE

Constitucionalismo, Latinoamérica, democracia constitucional, derecho político, derechos humanos.

ABSTRACT

The objective of This article is to deal with the characteristics of the so-called «New Latin American Constitutionalism», whose germ is found in the constitutional processes of the States Ecuador, Bolivia and Venezuela, without prejudice to the antecedent that the Colombian Constitution of 1991 meant. Considering the insistent criticisms that have been made in this new paradigm, a comparison will be drawn with the Constitutional Democracy Model, seeking to underline the main aspect that have those proposal.

KEYWORDS

Constitutionalism, Latin America, constitutional democracy, political law, human rights.

Sumario

Introducción | Diferencias entre el nuevo constitucionalismo latinoamericano y con el modelo de democracia constitucional | Características centrales del nuevo constitucionalismo latinoamericano y principales críticas | Conclusiones
| Referencias bibliográficas

Introducción

A título introductorio, resulta oportuno señalar que las constituciones latinoamericanas tradicionales, en palabras de Viciano y Martínez, han sido asociadas a un constitucionalismo poco útil y reiterativo e incluso mencionadas como ejemplos de mal funcionamiento constitucional. Sin descuidar que durante su surgimiento cumplieron un rol trascendente, con el transcurso de los años las respuestas aportadas se identificaron más bien con soluciones externas a problemas locales sin un previo análisis de los efectos de la importación (Viciano y Martínez, 2010, p.11).

En efecto, desde la segunda mitad de la década del ochenta del siglo pasado, se apreciaron en América Latina cambios constitucionales que avanzaron hacia una recuperación del concepto de constitución, y que apuntaron hacia lo que ya se reconoce como un nuevo paradigma constitucional. Estos procesos abundantes y dinámicos indicaron una transformación, pero también señalaron la creciente importancia que se otorga a los documentos constitucionales en la vida política de nuestros países, procurando superar la existencia de constituciones nominales o semánticas (Fix- Zamudio, 1996, p. 46). De acuerdo al juicio de Salazar Ugarte (2013, p. 350) los procesos constituyentes de los años ochenta y noventa¹ (Viciano y Martínez, 2010, p.13), si bien suponen, en algunos casos, el inicio de un modelo, presentan un «aire de familia» demasiado tenue, por eso, a la hora de describir el nuevo constitucionalismo latinoamericano (NCL), concentra su atención en tres experiencias fundamentales: las constituciones de Venezuela (1999), Ecuador (2008) y Bolivia (2009).

A partir de las constituciones indicadas, quedaron definidos los rasgos fundamentales del NCL: legitimidad democrática de la constitución (que es un elemento extra o preconstitucional), reconocimiento amplio de derechos (con la declarada intensión para combatir la desigualdad y la exclusión social) y predominio absoluto del poder constituyente sobre los poderes constituidos. Se trata, por lo tanto, de aquellos procesos constituyentes y del resultado de estos, orientados a superar el concepto de constitución como limitadora del poder (constituido) y avanzar en la definición de la constitución como fórmula democrática donde el poder constituyente —la soberanía popular— expresa su voluntad sobre la configuración y limitación del Estado, pero también de la propia sociedad.

¹ Según Viciano Pastor y Martínez Dalmau, el movimiento del NCL comenzó con el proceso constituyente de Colombia (1990-1991), maduró con el proceso constituyente ecuatoriano de 1998 pero sólo se perfeccionó cuando se aprobaron las primeras Constituciones mediante “referéndum de ratificación popular que resulta ser el aspecto nuclear de la legitimación de la Constitución”.

Diferencias entre el nuevo constitucionalismo latinoamericano y el modelo de democracia constitucional

Con el propósito de describir más acabadamente al NCL, resulta oportuno trazar una diferenciación con el modelo de «democracia constitucional» (MDC). Este último se distingue por los siguientes caracteres: a) una constitución escrita, rígida y suprema; b) un amplio catálogo de derechos fundamentales (libertades, derechos políticos y derechos sociales); c) reglas para organizar democráticamente el acceso y la gestión del poder político; d) mecanismos de control constitucional sobre leyes (cortes o tribunales constitucionales).

Inicialmente, el NCL se distingue debido a que centra su preocupación en la legitimidad democrática de la constitución, recuperando «el origen radical-democrático del constitucionalismo jacobino, dotándolo de mecanismos actuales que pueden hacerlo más útil en la identidad entre voluntad popular y Constitución» (Viciano y Martínez, 2010, p.6). Y, para intentar sortear la confusión de planos entre teoría y realidad constitucional que aqueja a sus premisas, el NCL surge «en el extrarradio de la academia, producto más de las reivindicaciones de los movimientos sociales que de los profesores de derecho constitucional». Consecuentemente, desde esta perspectiva, el NCL sería más un fenómeno constitucional que una teoría de la constitución.

Por su parte, las constituciones del MDC no son producto necesariamente de procesos constituyentes de hechura democrática, tampoco reservan a ese poder constituyente la potestad de custodiar el contenido de la constitución porque se trata de una función que corresponde sobre todo a los tribunales o cortes constitucionales. En materia de derechos fundamentales reconocidos, tanto las constituciones del MDC como las del NCL, contemplan amplios catálogos de derechos de libertad, políticos y sociales. Pero, las últimas —NCL—, incluyen otros derechos que se originan en tradiciones muy diversas y se proponen reivindicar a grupos históricamente invisibilizados y excluidos.

Por este motivo, Gargarella y Courtis subrayan que no debe perderse de vista que el NCL, además de pretender garantizar un real control del poder por los ciudadanos busca responder a la pregunta de cómo se soluciona el problema de la desigualdad social (2003, p.11). Por eso, dedican amplios capítulos económicos para garantizar la participación del Estado en las decisiones públicas sobre los recursos naturales o la regulación de la actividad financiera que no necesariamente están presentes en las constituciones del MDC.

Además, el NCL no correspondería al fenómeno constitucional que ha sido objeto de estudio por el neoconstitucionalismo y que sería, precisamente, el MDC. A pesar de que las tesis del neoconstitucionalismo han sido asumidas por el NCL, éste añade una radical aplicación de la teoría democrática de la constitución, que ratifica una diferencia en el plano teórico, pero también en el práctico, debido a que las constituciones del NCL, a diferencia de las del MDC, son producto de procesos populares y adoptan instituciones propias de corte populista (Salazar, 2013, p.351).

Por último, desde el punto de vista formal, las constituciones del MDC suelen ser, en forma significativa, más breves que las constituciones del NCL y menos abigarradas.

Consecuentemente, rompen políticamente con la tradición constitucional predominante en occidente y se distinguen por cuatro rasgos formales: su originalidad; su amplitud; su complejidad y su pronunciada rigidez.

Características centrales del nuevo constitucionalismo latinoamericano y principales críticas

En primer término, debe decirse que el NCL busca analizar la fundamentación de la constitución, es decir, su legitimidad, que por su propia naturaleza sólo puede ser extrajurídica. Posteriormente, interesa la efectividad de la constitución, con particular referencia a su normatividad. Las tres constituciones identificadas con el NCL no son idénticas, pero tienen un denominador común vinculado a la necesidad de legitimar la voluntad social de cambio mediante un intachable proceso constituyente de base democrática.

En suma, los rasgos distintivos del NCL incluyen, además de la legitimidad democrática de la constitución, el reconocimiento amplio de derechos y el predominio absoluto del poder constituyente sobre los poderes constituidos. Esta última singularidad se manifiesta en cinco elementos: a) la extensión de las constituciones; b) la supremacía del documento, c) las restricciones democráticas al control de constitucionalidad, d) los mecanismos de democracia participativa o directa y e) la rigidez constitucional.

Catálogo de derechos, formulaciones contradictorias y complejas

Uno de los aspectos más importantes y criticados de las nuevas constituciones latinoamericanas es que incluyen largas listas de derechos. Gargarella y Courtis (2003, p.31) señalan que muchos se han referido a ellas como «poéticas», debido a que no hablan de la realidad, sino que incluyen expresiones de deseos, sueños, aspiraciones, sin ningún contacto con la vida real de los países donde se aplican. No obstante, también es cierto que, en buena medida gracias al *statu* constitucional que se les ha asignado a algunos reclamos, se han reivindicado los derechos de muchas personas de carne y hueso (grupos de indígenas y LGBTI han encontrado respaldo en estas constituciones y litigado de modo exitoso frente a los tribunales).

Desde otro punto de vista, se plantea el interrogante que emerge desde la perspectiva de una teoría constitucional tradicional referido a si no se trata de una suerte de «constituciones imposibles» que han constitucionalizado pretensiones y expectativas diversas y contradictorias que no podrán ser garantizadas. Estaríamos frente a una paradoja en la que un mayor reconocimiento de derechos conduciría a una menor capacidad del Estado para dotar de eficacia a las constituciones. No sólo porque resulta más difícil proteger y garantizar a un mayor número de derechos, sino también porque se han multiplicado los titulares de esos derechos, las vías para enderezar reclamos y los sistemas normativos destinados a la impartición de justicia. De ser cierta esta hipótesis, las constituciones del NCL habrían sacrificado su valor instrumental por su dimensión simbólica y política con lo que se abonaría en una tendencia hacia la irrelevancia del derecho constitucional como herramienta regulativa.

Juntamente con el extenso catálogo de derechos, se advierte una tendencia del NCL de ampliar la titularidad de los derechos, más allá de las personas y alcanzando a un conjunto amplio de sujetos colectivos e incluso a entidades abstractas como «la naturaleza».² El problema, según Salazar Ugarte, no reside en el ánimo ecologista en que se funda, sino por la naturaleza jurídica de la disposición en la que está contenida, puesto que, como tal, está orientada a tener efectos normativos y no de una proclama política sin pretensiones vinculantes (Salazar, 2013, p.359).

Tanto en el catálogo de derechos como en las atribuciones que otorgan al Estado, las nuevas constituciones latinoamericanas son complejas, intrincadas y contradictorias. Receptan las libertades negativas y los mecanismos judiciales de protección que maduraron en la tradición liberal occidental y los conjugan con otro catálogo amplísimo de derechos que provienen de las más diversas tradiciones (desde la democracia hasta el indigenismo pasando por el socialismo).³ Al mismo tiempo, otorgan al Estado poderes amplísimos para intervenir en la vida social, política y económica de la comunidad. Desde el punto de vista de su génesis ideológica, se trata de constituciones ambiguas, el carácter heterodoxo de los textos y las contradicciones señaladas, hacen que queden en manos de los intérpretes, y no ofrecen certeza ni seguridad jurídica.

En cuanto a la extensión, Viciano y Martínez (2010, p.18) sostienen que, además de la originalidad, a las constituciones del NCL las caracteriza la amplitud y la complejidad. Ello se debe a una decisión estratégica por parte de los poderes constituyentes: la de expresar claramente su voluntad e imponerla a los poderes constituidos. Sin embargo, Salazar Ugarte (2013, p.363) cuestiona la idea de que la extensión de estas constituciones implique, además, claridad en su contenido, en efecto, a partir del análisis de algunas de sus normas, concluye que se trata de disposiciones jurídicas susceptibles de múltiples interpretaciones. La referida claridad y coherencia en las formulaciones constitucionales no sólo importa a los fines de que los ciudadanos pueden comprender sus significados, sino que, sobre todo, resulta fundamental acotar el margen de decisión de los intérpretes, ejecutores y aplicadores del derecho.

Supremacía de la constitución, control de constitucionalidad y rigidez constitucional

Un aspecto importante del NCL, dirigido a colocar la voluntad constituyente por encima de las decisiones políticas ordinarias, es la supremacía de las disposiciones constitucionales.⁴ Son normas similares a las de otras constituciones escritas porque se trata de una característica del constitucionalismo moderno. De hecho, es un rasgo propio también de las constituciones que reproducen el MDC.

² «Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales. La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución» (Ecuador, Asamblea Nacional Constituyente, art.10).

³ Por ejemplo «El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico» (Ecuador, Asamblea Nacional Constituyente, art.10).

, «Estado unitario social de derecho plurinacional comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías» (Bolivia, Asamblea Constituyente, art.1).

⁴ Artículo 410 de la Constitución de Bolivia, artículo 424 de la Constitución de Ecuador, artículo 7 de la Constitución de Venezuela.

Por su parte, justicia constitucional se eleva como uno de los temas más complejos, de hecho, en el marco del NCL es particularmente problemático el control de constitucionalidad. Esto se debe a que los rasgos elitistas y contra mayoritarios que se les atribuyen a los órganos encargados de revisar la constitucionalidad de las normas, entran en fuerte tensión con los presupuestos populistas del fenómeno constitucional que nos ocupa. Sin embargo, paradójicamente, la amplitud de los catálogos de derechos y de principios abstractos, sumado la supremacía del documento constitucional, coloca a los jueces responsables de velar por la vigencia de esas constituciones en una posición privilegiada desde la perspectiva jurídica y también desde el punto de vista político. De esta manera, podrían terminar apoderándose del contenido constitucional e imponiendo su voluntad al resto de los poderes constituidos y, por lo mismo, a la comunidad política en su conjunto.

La solución escogida por algunos Estados ha sido, por ejemplo, la elección popular de los miembros del tribunal constitucional.⁵ Así, según sus promotores, es posible mantener la vigencia simultánea de esta institución de origen liberal —y, para muchos, conservador— con otras que son prototípicas del movimiento que inspira al NCL. No obstante, desde la óptica de Salazar Ugarte, la decisión es errada porque la elección popular de los jueces constitucionales no evita la objeción contra mayoritaria: por más que cuenten con una legitimidad democrática directa, los jueces de una corte constitucional, al ser quienes determinan los significados constitucionales mediante sus interpretaciones, siguen ejerciendo su poder contra las mayorías políticas (Salazar Ugarte, 2013, p. 381).

Finalmente, la decisión de colocar al poder constituyente por encima de los poderes constituidos manteniendo la primacía del elemento popular por sobre las instituciones representativas/elitistas se expresa en el procedimiento de reforma constitucional. Las constituciones del NCL son especialmente rígidas y otorgan a los ciudadanos un papel relevante en el proceso de revisión constitucional. Los tres ejemplos estudiados contemplan que las enmiendas o reformas constitucionales deban ser sometidas a referéndum o refrendo constitucional aprobatorio. Ello sin importar que se trate de modificaciones que no alteren elementos fundamentales del Estado, partes sustantivas de la Constitución o derechos fundamentales.⁶

Participación popular

Por último, la participación popular es un elemento protagónico en la ideología que inspira al NCL y tiene expresión en diferentes disposiciones constitucionales. No obstante, si bien estas pautas son coherentes con la ideología del proyecto, resultan contradictorias con otros dos rasgos característicos de este fenómeno constitucional: a) la tendencia hacia un presidencialismo fuerte, b) la existencia de mecanismos de control de constitucionalidad a cargo de jueces constitucionales estudiados en el apartado anterior. Paradójicamente, en los hechos, los mecanismos de participación democrática han sido funcionales a una articulación de los poderes públicos en clave fuertemente presidencialista.

⁵ Artículos 196, 197, 198 y 199 de la Constitución de Bolivia.

⁶ Artículos 441 y 442 de la Constitución de Ecuador; del 340 a 346 de la Constitución de Venezuela; párrafo II del artículo 411 de la Constitución de Bolivia.

Gargarella destaca que resultó habitual el registro de tensiones entre la generosidad de unas cláusulas constitucionales que invitaban a la participación, consulta y decisión de los grupos indígenas y los mecanismos de decisión política ya existentes. Tales mecanismos conferían la autoridad a un Ejecutivo que podía estar interesado, por ejemplo, en una explotación más agresiva e inconsulta de los recursos naturales.

En el caso de Ecuador, los grupos indígenas pidieron que se tomaran en serio las cláusulas constitucionales que los gobiernos de turno trivializaban o directamente la ignoraban. En este sentido, un compromiso serio con la participación popular requiere de una directa y especial atención a la distribución de los poderes vigentes, consagrada en la parte orgánica de la constitución. Por lo demás, cuestiones como las señaladas vuelven a llamar la atención sobre los problemas propios de lo que Gargarella (2014, p. 330) llama «constituciones de mezcla», es decir, constituciones que asumen compromisos políticos y/o jurídicos contradictorios, radicalizando sus tensiones internas.

Conclusiones

El estudio efectuado da cuenta de la trascendencia que posee en los procesos constitucionales el diálogo entre el texto y el contexto. Así, ha podido advertirse que los móviles originales del denominado NCL sintetizan proclamas políticas y, en algunas de las experiencias analizadas, ofrecen más de lo que efectivamente otorgan. Sus contradicciones y los modos de intentar resolverlas, la compleja relación entre el catálogo de derechos y la organización constitucional del poder, junto con el afianzamiento de las perspectivas presidencialistas, conducen a la necesidad de recuperar las contribuciones del modelo de democracia constitucional.

Ferrajoli (2011, p. 109) insiste en que la democracia constitucional está expuesta a constantes manipulaciones por las deformaciones de la representación política y destaca que sería preciso, en primer término, poner las constituciones a salvo de los nuevos golpes de la mayoría. De este modo, el antiguo contraste entre el gobierno de las leyes y el gobierno de los hombres, entre la ley de la razón y la ley de la voluntad, entre el derecho natural y el derecho positivo, entre Antígona y Creonte, se reedita insistentemente. Y hay allí una batalla jurídica, pero, según el autor, el nexo entre democracia y constitución es, sobre todo, un hecho cultural. En ese sitio comienza el desafío para forjar un constitucionalismo latinoamericano que no descuide estos postulados.

Referencias bibliográficas

- Ferrajoli, L. (2011). *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. Madrid: Trotta.
- Fix-Zamudio, H. (1996). *Algunas tendencias predominantes en el constitucionalismo latinoamericano contemporáneo*. En Combellas, R. (coord.). *El nuevo derecho constitucional latinoamericano*. Caracas: Fundación Konrad Adenauer.
- Gargarella, R. y Courtis, C. (2003). *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*. Santiago de Chile: CEPAL- Serie Políticas Sociales.

Gargarella, R. (2014). *La Sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Madrid: Katz Editores.

Salazar, P. (2013). El nuevo constitucionalismo latinoamericano (una perspectiva crítica). En González, L y Valadés, D. (coords.). *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*. UNAM: México.

Viciano, R. y Martínez, R.:

(2010). Los procesos constituyentes latinoamericanos, *IUS*. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., (25), 7-29.

(2010). *Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador.


(2010). *¿Se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano como corriente constitucional sistematizada?* en VIII Congreso Internacional de Derecho Constitucional. México.

LA FILOSOFÍA POLÍTICA DEL TRANSNACIONALISMO
EN LA MIGRACIÓN: UNA RESPUESTA AL DEBATE
ENTRE EL LIBERALISMO Y EL COMUNITARISMO
*THE POLITICAL PHILOSOPHY OF TRANSNATIONALISM IN MIGRATION:
A RESPONSE TO THE DEBATE BETWEEN LIBERALISM AND
COMMUNITARIANISM*

Anahí M. Mendoza Alcalá

Maestrante en Juicio Oral y Proceso Penal Acusatorio, Instituto Nacional de Ciencias Penales (México); Especialista en Derechos Humanos, Universidad Castilla La Mancha (Toledo, España) Fiscal Ejecutivo Asistente miembro del Servicio Profesional de Carrera Ministerial, Policial y Pericial de la Fiscalía General de la República (México).


Contacto: amma.2116@gmail.com.

 <https://orcid.org/0000-0002-4669-6256>

Emilio G. Terán Andrade

Doctorando en Derecho, Ciencia Política y Criminología y Máster en Criminología y Seguridad con especialización en Criminología Forense por la Universidad de Valencia (España); Doctor en Derechos Humanos, Università Degli Studi di Palermo (Italia).

Contacto:emiliogabrielteranandrade@yahoo.com

 <https://orcid.org/0000-0001-5744-2713>

Recibido:14.05.2020/Aceptado: 23.06.2020

RESUMEN

Uno de los problemas a los cuales se ha enfrentado la filosofía contemporánea, es lograr materializar sus postulados; de allí, que el presente artículo muestra un análisis crítico del liberalismo y el comunitarismo a partir del análisis de sus conceptos y principios rectores como modelos políticos filosóficos. Al finalizar, el trabajo formula una respuesta material al fenómeno propuesto, a través de la construcción de un modelo integrador que toma en consideración, los diferentes contrastes de la realidad actual que tienen las sociedades.

PALABRAS CLAVE

Comunitarismo, filosofía, migración, liberalismo, y transnacionalismo.

ABSTRACT

One of the problems facing contemporary philosophy is to achieve the realization of its postulates; hence, this article shows a critical analysis of liberalism and communitarianism based on the analysis of its concepts and guiding principles as philosophical political models. At the end, the work formulates a material response to the proposed phenomenon, through the construction of an integrative model that takes into account the different contrasts of the current reality that societies have.

KEYWORDS

Communitarianism, philosophy, migration, liberalism, and transnationalism.

CUADERNO JURÍDICO Y POLÍTICO,
Vol. 5, Nro. 14, julio-diciembre de 2019.
Universidad Politécnica de Nicaragua.
ISSN 2413-810X | Págs. 41-48.

Sumario

Los conceptos centrales y sus diferencias: el liberalismo y el comunitarismo

| La justicia como equidad de Rawls: una ruptura con el liberalismo radical

| Los conceptos de ciudadano y el inicio de la complementariedad | El transnacionalismo:

una respuesta integradora al fenómeno migratorio | Referencias bibliográficas

Y en vez de reconocer que tenemos una deuda contraída con la población migrada que se ve obligada a huir de sus tierras por culpa de nuestras acciones (e inacciones), nuestros Gobiernos erigirán un número creciente de fortalezas de alta tecnología y adoptarán leyes antiinmigratorias cada vez más draconianas.

Naomi Klein

Introducción

El debate propuesto entre los liberales y los comunitaristas se ha desarrollado en diferentes espacios, es así que, el presente artículo muestra la postura de estas dos ideologías: por una parte, el liberalismo, en el cual se tendrá como actor principal a John Rawls y por otra, los comunitaristas, en donde se acogerán las ideas principalmente de Michael Sandel y Charles Taylor.

A manera de preámbulo, se debe tomar en consideración que la postura de John Rawls ha sido formulada en dos momentos: primero en 1976 y luego en 1991.¹ En el primero momento, la posición de Rawls cita ideas con una carga liberal muy fuerte, lo que sin duda, abrió el espacio para que se desarrollaran las críticas comunitaristas; pero, en el segundo momento —si bien la propuesta sigue siendo liberal—, toma en consideración algunos aspectos de los comunitaristas, lo cual produce una carga menos radical en sus pensamientos. De esta aproximación, se desprende que las ideas planteadas por los comunitaristas sirvieron para que Rawls, como uno de los expositores más importantes del liberalismo, reformule su primer documento y considere algunos pensamientos de los comunitaristas.

Al finalizar el artículo propone una respuesta a una crisis real como es la migración, y expone la necesidad de construir una idea más crítica que el propio liberalismo y el comunitarismo para afrontar esta problemática, el transnacionalismo.

La metodología que se utiliza en el desarrollo de este documento es la misma desarrollada por Benedicto Rodríguez en su artículo *Liberalismo y comunitarismo: un debate inacabado*, el cual, confronta de manera directa las posturas centrales del liberalismo y comunitarismo en un mismo momento, lo que ayuda a identificar de manera más clara las diferencias existentes entre estos dos modelos.

¹ Como lo expone Armando Rojas (2012) «La reacción del comunitarismo frente a la obra de Rawls se presenta sobre todo en la década de los ochenta y comienzos de la década de los noventa, con la presencia destacada de autores como Michael Sandel, Michel Walzer, Charles Taylor y Alasdair MacIntyre» (p.178).

Los conceptos centrales y sus diferencias: el liberalismo y el comunitarismo

Como lo indica Benedicto Rodríguez, el concepto de comunitarismo no tiene un prestigio significativo, como lo tiene el liberalismo; es más, en muchos espacios no se encuentran reconocidos como comunitaristas, sino, únicamente como críticos del liberalismo; en ese sentido:

Dentro de la tradición liberal podemos encontrar autores situados en una línea del liberalismo igualitario o social [*egalitarian liberals*] como Rawls o Dworkin y también otros que defienden la radical independencia del individuo proponiendo un liberalismo libertario o individual [*libertarian liberals*] como Nozick o Hayek (Benedicto, 2010, p.204).

Otros autores, identifican con nombres diferentes a esta clasificación, y lo sitúan en el liberalismo radical y el liberalismo moderado. Por una parte, el liberalismo radical «se caracteriza por una visión individualista de la ciudadanía y de los derechos que la forman; una visión claramente inspirada en el pensamiento contractualista» (Gómez y Gómez, 2014, p.222) de esto se desprende, que el Estado no es el encargado de facilitar el desarrollo de los sujetos, y más bien, no interfiere en el desarrollo de los individuos como seres libres y autónomos, de ahí, que en este modelo el sentido comunitario es inexistente.

Por otro lado, el liberalismo moderado, tiene:

Una visión más participativa de la sociedad. La diferencia fundamental con respecto al modelo precedente es que aquí existe un auténtico espacio de lo público, que suele, además, articularse en torno a un diálogo concebido de modo procedimental y, por tanto, no material finalista [...] Pero al proponer un tipo de ciudadano políticamente activo, el liberalismo moderado se separa del liberalismo radical, pues el modelo de la confluencia de ideas en el debate público no puede ser el mercado, en el cual prima el egoísmo sobre la cooperación (Gómez y Gómez, 2014, p.223).

Es decir, —a diferencia del otro— propone en algunos casos prestaciones mínimas estatales para las personas que necesitan esa cooperación, en este tipo de liberalismo se ubica John Rawls.² Entonces, si bien pueden existir dos tipos de liberalismo —ya sean estos, igualitario y radical, o radical y moderado—, estos, mantienen algunos rasgos similares

El respeto mutuo que permite la convivencia pacífica de personas con distintas concepciones de la vida buena; la aceptación del principio de no interferencia que impide intervenir en el desarrollo de los planes de vida de otros, siempre y cuando estos otros tampoco interfieran en los de los demás; y una composición diversificada y separada de las distintas esferas que

² Como lo expone Gómez Adanero y Gómez García (2014), los autores más relevantes del liberalismo moderado «son J. Rawls y R. Dworkin. Aunque Habermas (y mucho más que él, el canadiense Kymlicka) presentan cierta proximidad a los puntos de vista comunitaristas, se mantienen dentro de un punto de vista liberal con respecto a las culturas» (p.224).

componen la vida social (política, económica, religiosa...) (Benedicto, 2010, p.204).

En cambio el comunitarismo —como se indicó al inicio—, se presentó como una crítica a la posición liberal, especialmente a la utilización del espacio público y el valor que tiene la comunidad en el individuo; en ese sentido, no resulta extraña la afirmación de Gómez Adanero y Gómez García (2014), al indicar que «para los comunitaristas, el pueblo no puede ser representado y solo su movilización en un espacio público define la democracia, frente a la atomización individualista que es típica del liberalismo radical» (p.225), es decir, el comunitarismo propone que, a través de las relaciones entre los individuos, el movimiento entre las personas, las relaciones sociales, etc., existe una verdadera democracia.

La justicia como equidad de Rawls: la ruptura con el liberalismo radical

Uno de los documentos en los cuales J. Rawls muestra una distancia del liberalismo radical, es en su artículo insignia. La justicia como equidad; en este se puede apreciar algunos rasgos no tan drásticos —como ya se ha indicado—, por ejemplo: Rawls señala que el término persona no puede ser interpretado únicamente como individuo, sino, que también, puede hacer referencia a diferentes conjuntos —comunidades— como es el caso de las naciones, las familias, empresas, etc.

Ahora bien, Rawls en su artículo, también formula varios ejemplos integrando la justicia y la racionalidad, lo cual, ayuda a su alejamiento del liberalismo radical, ya que toma en consideración no únicamente al individuo como un sujeto atomizado, sino, a la comunidad, de la cual se vale, para afirmar que en este espacio es donde se desarrolla la justicia. Una de las ideas del autor no es poner en evidencia únicamente que:

La justicia es una noción moral primitiva que surge cuando el concepto de moralidad se impone sobre agentes mutuamente auto interesados que se encuentran en circunstancias similares, sino que además subraya que un concepto fundamental para la justicia es el de equidad (*fairness*), que está en relación con el debido trato entre personas que están cooperando o compitiendo unas con otras, como cuando se habla de juegos equitativos (*fair games*), competencia leal (*fair competition*) y negociaciones honestas (*fair bargains*) (Brower, 2014, p.143).

En ese contexto, se podría aceptar que existe equidad cuando ninguna de las partes intenta sacar ventaja o cede forzado por pretensiones ilegítimas; es por ello por lo que Rawls, concluye indicando que la justicia como equidad «requiere la exclusión de toda consideración de las pretensiones que violan los principios de la justicia» (Brower, 2014, p.157).

Profundizado un poco en el tema, se puede afirmar que Rawls pretende demostrar que, a través de la justicia como equidad, los pueblos a los cuales, él reconoce como liberales, o los no liberales pero decentes, pueden acordar un pacto a través de un contrato social que se sustente en tolerancia, justicia, razonabilidad, equidad y racionalidad, para no recurrir a actos

violentos; es así como:

A través de la idea del contrato social en la concepción política liberal de la democracia constitucional, los representantes de pueblos liberales celebran un acuerdo con otros pueblos liberales y con pueblos no liberales pero decentes, formándose la denominada: sociedad de los pueblos razonablemente justa (Benavente, 2012, p.108).

En ese sentido, no se puede considerar únicamente a la justicia, a través de los contratos entre dos pueblos eminentemente liberales, sino que también puede existir justicia a través de los contratos entre pueblos liberales y no liberales. Esta última idea, es la que propone la necesidad de avanzar en los conceptos y no ver a la persona únicamente como un individuo, sino que deben considerarse todos los elementos que forman parte del concepto de individuo.

Los conceptos de ciudadano y el inicio de la complementariedad

Uno de los puntos que han sido profundizados en el debate entre los liberales y comunitaristas, ha sido la construcción de un concepto de persona, y ésta en el ámbito político, es decir, específicamente una idea de ciudadano. En ese sentido, la idea de persona en el «liberalismo igualitario aparece sintetizada en la idea rawlsiana según la cual «el yo es anterior a sus fines» (Benedicto, 2010, p.211), es decir, el individuo se desarrolla como un ser autónomo con una identidad previa a su idea del bien; en cambio, el comunitarismo propone que:

El individuo nace y se desarrolla como un ser autónomo a través de ciertas prácticas propias de la comunidad a la que pertenece y que le confieren su particular identidad. Los vínculos que necesariamente se establecen en este proceso de formación de la identidad son considerados valiosos en cuanto son esenciales para la autodefinición. Según Charles Taylor, la identidad se define a partir del conocimiento de dónde se halla uno ubicado, de cuáles son nuestras relaciones y compromisos (Benedicto, 2010, p.211).

También, otros autores como Sandel y McIntyre, formulan expresamente la idea de que lo individuos descubren sus fines en relación con las prácticas que cumplen en sus grupos. Ahora bien, esto puede ser profundizado aún más en el ámbito político, en donde Rawls a través de su postura liberalista, intenta construir una sociedad que proteja el derecho al desacuerdo que pueda tener un individuo, así como el derecho a plantearse su proyecto de vida, sin importar que estos vayan en contra de los valores de la comunidad. A diferencia de la postura comunitarista, en la cual, los valores del individuo nacen del horizonte que se haya propuesto la comunidad.

De todas formas, Rawls tampoco desconoce la existencia de orientaciones propias de la vida en comunidad, pero, para su modelo, estas únicamente son permitidas cuando son compatibles con los valores de otras comunidades lo que es identificado como un consenso solapado; este consenso, ayuda a Rawls a justificar «la convivencia pacífica entre sociedades

liberales y no liberales, desarrollando una perspectiva que, en cierta medida, supone una retirada respecto a su anterior posición»(Benedicto, 2010, p.219).³

En conclusión, este retroceso de Rawls a su primera teoría propone que existan nuevos modelos políticos, en los cuales, no únicamente esta ceda espacio en la filosofía propia de la teoría liberal, sino que, los comunitaristas también puedan incluir algunos rasgos del liberalismo; de esta forma, se puedan ir construyendo modelos complementarios.

El transnacionalismo: una respuesta filosófica integradora al fenómeno migratorio

Una vez expuestos los modelos del liberalismo y del comunitarismo y habiéndose planteado la manera en la que han evolucionado e incluso cómo han tratado de converger en algunos puntos afines, se pudo concluir que, al poder combinarse algunos puntos de ambos modelos, —tal como lo hizo Rawls— se puede advertir la necesidad de construir nuevos modelos políticos, que permitan satisfacer los retos actuales respecto al fenómeno migratorio.

En tal sentido, «la inmigración desde la perspectiva del liberalismo considera que un individuo tiene el derecho a la acción libre en lo que no dañe al igual derecho de la libertad de otros» (García, 2003, p.19). Según Rawls, los individuos deben proteger su territorio, considerando que este es su patrimonio primario, por lo tanto, las fronteras deben seguir existiendo, lo cual es una clara contradicción en su filosofía basada en el individuo, puesto que es un bien primario en el que se entiende la libre circulación de las personas.

Por lo tanto, el liberalismo al plantear una idea en que los migrantes pueden ser un problema para el pueblo liberal al constituir una posible amenaza en contra de su patrimonio —deterioro del patrimonio— puede generar una aversión hacia los migrantes, los cuales implicarían una amenaza; esto evidencia una postura contraria a los fines democráticos, considerando que en la actualidad, existen fenómenos como las comunidades de inmigrantes (Maya, 2004, pp.229-255), la realidad ha llegado a superar al liberalismo.

En cuanto al comunitarismo, éste también no logra satisfacer las necesidades actuales, donde existen una multiplicidad de culturas en un solo Estado, ciudad o región. Los principios de esta teoría arraigan celosamente el sentido de identidad a través de la relación que existe entre los individuos, como historia, valores, cultura y costumbres. Según el sociólogo Etzioni⁴, cualquier individuo que pretenda ingresar a una nación debe estar dispuesto a adoptar los

³ Es importante recalcar lo que expone Benedicto Rodríguez (2010), citando a Roberto Gargarella «frente a quienes presentan una idea ‘vacua’ de la libertad, los comunitaristas defienden una idea de libertad ‘situada’, capaz de tomar en cuenta nuestro ‘formar parte’ de ciertas prácticas compartidas» (p.220); es decir, para Gargarella, los liberalistas no toman en consideración el deseo que puede tener el individuo de formar parte de una comunidad, lo que propone una idea vaga de libertad.

⁴ Amitai Etzioni es un reconocido sociólogo alemán. Sus estudios los realizó en Jerusalén y la Universidad de California. Ha trabajado en la Universidad de Columbia y en la *Harvard Business School*. Estableciéndose en Estados Unidos. A partir de los años 70 comenzó a tratar temas relacionados con la ética e inició a hablar acerca de la causa comunitaria. En sus libros acerca de esta causa explica los problemas sociales que tienen las democracias actuales y cómo la presencia de un individualismo excesivo daña a las sociedades. Fue el fundador de la socioeconomía, siendo una opción distinta de la economía neoclásica. En 1988 fundó la Sociedad Mundial de la Socioeconomía, encabezándola como su presidente. La causa comunitaria ha sido el enfoque principal de la carrera de Etzioni desde finales de los años setenta (Ibarra, *lfeder.com*).

lazos comunitarios y la cultura moral de la comunidad nacional en la que se integra, así como asumir las cargas de su pasado y las obligaciones de su futuro; no obstante, esto no implica que la persona pueda dejar de ser considerada como un extraño.

Es así como, en un mundo en el que los medios tecnológicos permiten la interacción de personas sin la limitante de la distancia, se ha incrementado el intercambio cultural transfronterizo. Dicha situación contribuye al incremento del fenómeno migratorio. No obstante, este no es el único factor, las crisis internas presentes en varios países han obligado a las personas a moverse, ya sea por cuestiones económicas, de seguridad o inestabilidad social. Dicho incremento genera la necesidad de buscar un nuevo modelo o hallar una forma en la que converjan o complementen los modelos de liberalismo y comunitarismo.

La construcción de este nuevo modelo «debe hacer, en un primer momento, hacer el reconocimiento de Estados poli-étnicos» (Kymlicka, 1996, p.26). Esto es que históricamente, cada Estado es el resultado de una mezcla cultural como consecuencia de grandes e importantes movimientos migratorios; esto se conceptualiza «como comunidades transnacionales, concebidas como una sustancia fluida, con capacidad de gran movilidad y una cultura cambiante» (Mercado, 1999, p. 47).

En tal sentido, el transnacionalismo es una filosofía política que puede dejar atrás las limitantes de los modelos filosóficos antes planteados, considerando que este modelo busca dejar atrás la idea ya superada de una soberanía estatal y plantea que el problema real radica en que, ante el imparable e irreversible proceso de globalización, aún no se ha aceptado que éste conlleva un multiculturalismo. Ante esto, los Estados se han limitado a tratar de combatir la inmigración, sin entender que éste no es el problema central, ya que los conflictos se generan por diferencias multiculturales.

Es por eso que la filosofía del transnacionalismo propone que, ante las constantes movilizaciones humanas, sea prioritario para los gobiernos de los Estados el establecer convenios o políticas multilaterales en los que se plantee la necesidad de reconocer derechos sociales transnacionales a los inmigrantes; aspecto innovador de este modelo filosófico, pues se entendería que hay un acuerdo previo entre los Estados que ya han aceptado que el fenómeno migratorio es algo que no puede ser controlado a través de políticas limitadas que lejos de dar una solución, solo evitan hacerle frente a los conflictos suscitados por el multiculturalismo.

Finalmente, se puede concluir que el fenómeno cada vez más creciente de la migración no puede ser detenido ni contenido, por lo que es necesario que los Estados adopten un modelo político adecuado, tanto de emigración como inmigración. Es así como, para poder establecer y fortalecer una filosofía política transnacional que permita la integración de los migrantes a la sociedad, que los reciba junto con sus rasgos culturales a través del reconocimiento de ciertos derechos sociales transnacionales; lo anterior, sólo será posible cuando se dejen atrás los modelos que fomentan solamente el individualismo y una noción de comunidad exacerbada que impide el reconocer el multiculturalismo presente en casi todas las sociedades, para dar paso a una filosofía integradora.

Referencias bibliográficas

- Benavente, H. (2012). Liberalismo, comunitarismo e inmigración, *Desacatos*. Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social, 39, 105-122.
- Benedicto, R. (2010). Liberalismo y comunitarismo. Un debate inacabado, *Studium: Revista de humanidades*. Universidad de Zaragoza, 16, 201-229.
- Brower, J. (2014). La justicia como equidad. Una reformulación, *Revista Ius et Praxis*. Universidad de Talca, 20 (2), 597-600.
- García, J. (2003). ¿Por qué no tienen los inmigrantes los mismos derechos que los nacionales?, *Derecho Migratorio y Extranjería*. Lex Nova, 3, 1-17.
- Gómez, M. y Gómez, J. (2014). *Filosofía del derecho*. España: UNED.
- Klein, N. (2015). *Plan B: Enriquecerse con un mundo que se calienta. Esto lo cambia todo, el capitalismo contra el clima*. Barcelona: Paidós.
- Kymlicka, W. (1996). *Derechos especiales de representación. Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*. Barcelona: Paidós.
- Maya, I. (2004). La formación de comunidades de inmigrantes: desplazamiento en cadena y contexto de recepción, *Araucaria*. Universidad de Sevilla, 12(5), 229-255.
- Mercado, E. (1999). *Prácticas políticas transnacionales. Hacia una ciudadanía transnacional: el caso de Santa Cruz Mixtepec Yucha Ncha*, Tesis de licenciatura. Universidad Autónoma Metropolitana-Iztapalapa, México. Recuperado de <http://tesiuami.izt.uam.mx/uam/asp/am/presentatesis.php?recno=690&docs=UAM0690.PDF>.
- Rojas, A. (2012). Teoría da justiça de John Rawls: Entre o liberalismo e o comunitarismo, *Ideas y Valores*. Universidad Nacional de Colombia, 61(148), 178-181.

LAS CATILINARIAS DE CICERÓN
Y EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO
*THE CATILINARIAS OF CICERO AND THE CRIMINAL LAW OF THE
ENEMY*

Miguel Polaino-Orts

Profesor Titular de Derecho penal en la Universidad de Sevilla, Coordinador del Máster de Derecho Penal y Vicedecano de la Facultad de Derecho. Académico correspondiente de la Academia Nicaragüense de Ciencias Jurídicas y Políticas (ANCJP).

Contacto: mpolaino@us.es



0000-0002-7634-813X

Recibido: 15.05.2020/Aceptado: 23.06.2020

RESUMEN

En el presente ensayo se estudian los antecedentes del concepto de Derecho penal del enemigo en los cuatro discursos de las Catilinas de Cicerón.

PALABRAS CLAVE

Derecho penal del enemigo, organización delictiva, alejamiento, pena de muerte.

ABSTRACT

In this essay, the background to the concept of enemy criminal law is studied in the four speeches of the Cicero Catilinas.

KEYWORDS

Enemy criminal right, criminal organization, estrangement, death penalty.

Sumario

Cuatro cuestiones suscitadas en las Catilinarías ciceronianas

- | La noción de enemigo en perspectiva histórica
- | El elemento asociativo: la rebelión grupal
- | El aseguramiento espacial del sujeto desconfiable y peligroso
- | La aniquilación del enemigo: la pena de muerte | Conclusiones
- | Referencias bibliográficas

Cuatro cuestiones suscitadas en las Catilinarías ciceronianas

En los discursos contra Catilina, conocidos con el nombre de Catilinarías, se contienen los vibrantes y brillantes alegatos pronunciados entre el 8 de noviembre y el 5 de diciembre del año 63 por el célebre orador y político Marco Tulio Cicerón quien, en su calidad de cónsul, desenmascaró y abortó la realización de un golpe de Estado encabezado por el rebelde Lucio Sergio Catilina que tenía como finalidad la subversión del orden estatal, la destrucción de Roma y la eliminación de algunos de los más representativos prohombres del Estado. Muchas son las aristas de esos textos apasionantes que ahora, al cabo de tantos siglos transcurridos, siguen conservando frescura y actualidad. En el presente ensayo se aportará un poco de luz sobre una de esas diversas perspectivas que nos ofrece el texto ciceroniano: los aportes precursores y paradigmáticos que los alegatos del cónsul Cicerón representan al contenido de lo que modernamente ha llamado Jakobs, desde 1985, derecho penal del enemigo, por oposición al derecho penal del ciudadano.

La terminología mencionada (enemigo versus ciudadano) no es desconocida en las Catilinarías. Más de una treintena de ocasiones registro en ellas el empleo del concepto enemigo, muchas veces contraponiéndolo a su concepto antitético, el de ciudadano (y ello sin contar los términos afines, que también menudean en el discurso). No se analizarán ni se mencionarán aquí todas esas ocasiones, pero sí se espigará, de todas ellas, algunos pasajes para luego analizarlos desde la óptica del concepto de derecho penal enemigo. Se transcribirá, en primer lugar, algunas de esas citas, para luego analizar su significado y su capacidad de rendimiento en la conformación primigenia del contenido del concepto. Vamos a ello:

«Hubo, sí, hubo en otros tiempos en esta república la norma de que los varones esforzados impusieran mayor castigo a los ciudadanos perniciosos que a los más acerbos enemigos» (Cicerón, s.f., p. 7).

«Hay acampado en Italia, en los desfiladeros de Etruria, un ejército dispuesto contra la república crece día por día el número de los enemigos: el general de ese ejército, el jefe de esos enemigos está dentro de la ciudad y hasta lo vemos dentro del Senado maquinando sin cesar algún daño interno a la república» (Cicerón, s.f., p. 18).

«El cónsul ordena al enemigo salir de la ciudad. Pregúntasme: ¿Para ir al destierro? No lo mando. pero si me consultas, te lo aconsejo» (Cicerón, s.f., p. 21).

«Por lo cual, como repetidamente te he dicho, vete, y si, cual dices, soy tu enemigo, excita contra mí el odio yendo derecho al destierro» (Cicerón, s.f., p. 26).

«Si mi patria, que me es mucho más cara que la vida; si toda Italia, si toda la república dijera: «Marco Tulio, ¿qué haces? ¿Permitirás salir de la ciudad al que has demostrado que es enemigo, al que ves que va a ser general de los sublevados, al que sabes aguardan éstos en su campamento para que los acaudille, al autor de las maldades y cabeza de la conjuración, al que ha puesto en armas a los esclavos y a los ciudadanos perdidos, de manera que parezca, no que le has echado de Roma, sino que le has traído a ella? ¿Por qué no mandas prenderle, por qué no ordenas matarle? ¿Por qué no dispones que se le aplique el mayor suplicio? ¿Quién te lo impide? ¿Las costumbres de nuestros mayores? Pues muchas veces en esta república los particulares dieron muerte a los ciudadanos perniciosos» (Cicerón, s.f., p. 27).

«Márchate, pues, Catilina, para bien de la república, para desdicha y perdición tuya y de cuantos son tus cómplices en toda clase de maldades y en el parricidio; (...) librarás de sus atentados la vida y los bienes de todos los ciudadanos y a los perseguidores de los hombres honrados, enemigos de la patria, ladrones de Italia, en criminal asociación unidos para realizar maldades, los condenarás en vida y muerte a eternos suplicios» (Cicerón, s.f., p. 30).

«Expulsado de Roma, Catilina abandonó su posición y ya no es sino un enemigo declarado, al cual, sin que nadie lo impida, haremos justísima guerra» (Cicerón, s.f., p. 31).

«Mas si alguno de vosotros, por ser tan celoso patriota como todos debieran serlo, me censura con vehemencia a causa de lo que yo considero un triunfo de mi discurso, acusándome de haber dejado escapar tan temible enemigo a quien debí prender, contestaré que no es mía la culpa, ciudadanos romanos, sino de las circunstancias» (Cicerón, s.f., p. 32).

«He puesto las cosas en términos de que, al verle enemigo declarado, le hagáis públicamente la guerra. Juzgad, ciudadanos, cuánto temeré a este enemigo fuera de la ciudad, al deciros que mi único pesar es que haya salido de ella tan poco acompañado» (*Idem*).

«Cuando llegó Catilina, ¿qué senador le dirigió la palabra? ¿Quién le saludó? ¿Quién, finalmente, dejó de mirarle, no como mal ciudadano, sino como mortal enemigo? Los principales senadores abandonaron y dejaron vacíos los asientos del lado al que él se acercó» (Cicerón, s.f., p. 36).

«Mas por qué hablamos tanto de un solo enemigo, de un enemigo que ya se ha declarado por tal y a quien no temo desde que, como deseé siempre, hay un muro entre él y nosotros, y nada decimos de los que disimulan y permanecen en Roma y viven a nuestro lado» (Cicerón, s.f., p. 38).

«En cuanto a los que permanecen en la ciudad y dejó en ella Catilina para la ruina de Roma y de todos vosotros que habitáis en ella, aunque son enemigos, como nacieron conciudadanos nuestros, quiero hacerles y repetirles una advertencia» (Cicerón, s.f., p. 43).

«Y la clemencia del Senado es tan grande, ciudadanos, que a pesar de la importancia de la conjuración, de la fuerza y multitud de los enemigos interiores, considera salvada la república castigando a nueve de los más criminales y dejando a los demás que se arrepientan de su extravío» (Cicerón, s.f., p. 52).

«Verdad es que mientras Catilina estuvo en Roma, previne y reprimí constantemente sus intentos; pero si hubiera estado hasta hoy, lo menos que puedo decir es que habríamos necesitado luchar contra él, y jamás, teniendo tal enemigo dentro de Roma, pudiera yo librar a la república de tan grandes peligros, con tanta paz, tanto sosiego y tan calladamente» (Cicerón, s.f., p. 54).

«Al enemigo de la república no se le debe considerar como ciudadano» (Cicerón, s.f., p. 67).

«Ahora, para destruirla hasta en sus fundamentos, excita su nieto a los galos, subleva a los esclavos, llama a Catilina, encarga a Cetego matar a todos nosotros, a Gabinio quitar la vida a los demás ciudadanos, a Casio incendiar la ciudad, a Catilina, en fin, la devastación y ruina de toda Italia. Paréceme que no temeréis se estime severo el castigo que impongáis a tan atroz y bárbaro delito; mucho más es de temer, al ser benignos en la pena, resultar crueles contra la patria, que rigurosos, por la severidad del castigo, con tan implacables enemigos» (Cicerón, s.f., p. 69).

«Exceptúo a esos hombres, y de buen grado los aparto por no creer que se les debe contar entre los malos ciudadanos, sino en el número de los más perversos enemigos» (Cicerón, s.f., p. 70).

«Bien veo que me he granjeado tantos enemigos cuantos son los conjurados, y ya sabéis cuán crecido es su número; pero a todos los tengo por abyectos, viles y despreciables» (Cicerón, s.f., p. 72).

La lectura de los pasajes seleccionados suscita varias cuestiones desde la óptica del derecho penal del enemigo. En concreto, en las páginas que siguen referiremos brevemente a cuatro de esas cuestiones: la propia calificación de Catilina y sus correligionarios, o en general: la definición del concepto de enemigo analizado desde una perspectiva histórica; en segundo término, el elemento asociativo o grupal como elemento de elevación exponencial del potencial lesivo y desestabilizador; en tercer término, el aseguramiento espacial del enemigo mediante la medida de alejamiento; y finalmente el de la aniquilación del enemigo mediante la muerte violencia del mismo.

La noción de enemigo en perspectiva histórica

La primera cuestión se refiere a una cuestión conceptual básica, la determinación de la noción de enemigo, que sirve de base al derecho penal del enemigo. Se trata, a no dudarlo, de una terminología gráfica, no exenta de cierta capacidad provocativa. De hecho, el fenómeno del derecho penal del enemigo ha sido objeto de no pocas descalificaciones basadas, primordialmente, en prejuicios morales o políticos (pero no científicos), relativos al término «enemigo». Ello ha llevado a un rechazo automático y ciego de las reflexiones de Jakobs, acuñador del concepto, sin ni siquiera atender en no pocos casos al contenido del concepto.

Por ello, un crítico (científico) del derecho penal del enemigo, Gracia Martín, ha llegado a decir que «la mayor parte —si no la totalidad— de las objeciones que se formulan contra él (scil. derecho penal del enemigo) no logran traspasar el umbral de lo emocional y de lo retórico» (Gracia, 2005, p. 187), y ello debido a que

Se parte de la premisa, de carácter emocional, de que el Derecho penal del enemigo es algo que simplemente no debe ser en absoluto, y ya todo lo que a partir de ahí se dice en contra se queda en la pura descalificación de aquél, meramente retórica, como algo totalitario y contrario al Estado de derecho, y poco más (Gracia, 2005, p. 187).¹

A propósito de los fragmentos de las Catilinas haremos un recorrido por la evolución del concepto en clave histórica.

El enemigo en la antigüedad remota

El descriptivismo valorativo del término «enemigo» se rellenó en la antigüedad remota de un contenido de signo negativo. Así, en algunos ordenamientos jurídicos de la antigüedad, la enemistad era un estado que surgía por un agravio privado como era el haber cometido un delito grave contra la familia de otra persona: el enemigo era aquel sujeto que había dado muerte a alguno de los progenitores, o de los parientes de esa otra persona hasta el cuarto grado, o había cometido algún delito contra bienes jurídicos de ese clan. Se trataba, pues, de un concepto puramente privado de enemigo, en el que quizá pueda hallarse el origen del término «enemigos internos». Pero pronto se amplió el significado del término, abarcando también la enemistad surgida por agravios públicos, en los asuntos de la cosa pública. De ahí se deriva la noción bélica de enemigo, que alude comúnmente al adversario, o —más específicamente— al ejército contrario en la guerra.

¹ Luis Gracia Martín resalta que el discurso en Jakobs no sólo destaca por su «cuidada y meticulosa coherencia, sino también (por) una gran potencia teórica y política» (Gracia, 2005, p. 190), de modo que considera que «es preciso superar tales actitudes (scil. emocionales) mediante una aproximación analítica y filosófica, aunque sólo sea porque éste, precisamente, es el modo, riguroso e impecable científicamente, en que procede Jakobs» (Ibíd). Incurre en lo que denuncia Gracia, por ejemplo: (Zaffaroni, 2006, pág. 12).

El enemigo en el derecho romano

En la época romana antigua, se hablaba preferentemente de *hospes* (literalmente: huésped, esto es: persona extraña a Roma acogida al *hospitium*², lo cual suponía entrar en relaciones con ciudadanos de cualquier ciudad extranjera que no estuviese en guerra con la propia) (Arangio, 1994, p. 174), término que posteriormente fue desechado en favor de otras nominaciones o categorías: *perduellis*, *hostis*, *peregrinus*, *barbarus*, *inimicus*. El término «enemigo» se introduce a partir del siglo III a. C. Desde ese momento menudea el empleo de dicho término en los textos positivos de la época.³

De raíz latina (*in-amicus*), en sus orígenes tenía un significado considerablemente neutral, pues se refería a todo aquel con quien no se había contraído deuda ni obligación alguna, siendo meramente un no-amigo desligado por completo del dicente, esto es, no ligado con él por atadura alguna (*ob-ligatus*). Enemigo no era, por ello, necesariamente, el oponente o contradictor de mala fe, situaciones que se reservaban, al menos en una época avanzada, para otras nociones como *hostis* y *rivalis*, de donde proceden conceptos actuales como hostil, hostilidad, rival y rivalidad⁴, que —en fin— informaban por lo común los enfrentamientos bélicos. Así, en las doce tablas se consagraba el principio *adversus hostis aeterna auctoritas* esto, informador de todas las guerras y conflictos bélicos de la antigüedad.

En el concepto de *hostis* no puede hallarse tampoco una evolución unívoca ni lineal. Varios son los significados que se atribuyen, a lo largo de su evolución histórico-jurídica, a ese mismo significante. Al principio el término *hostis*, al igual que la noción de *inimicus*, no se rellenaba necesariamente de un contenido peyorativo. Antes bien, designaba en un inicio al extranjero de un pueblo amigo (en el sentido de huésped que es visto por Roma con buenos ojos, esto es, con la mirada puesta en posibles relaciones comerciales) o, al menos, de un pueblo con el cual Roma no se encontraba en guerra.

Etimológicamente, *hostis* significaba, pues, extraño, siendo en la época antigua equivalente a *hospes* (Gutiérrez, 1948, p.248). Por el contrario, se reservaba el término *perduellis* a los originarios de un pueblo enfrentado a Roma mediante un conflicto bélico más o menos permanente. Posteriormente los contornos de ambos términos (*hostis* y *perduellis*) se fueron difuminando, perdiendo sentido la nítida delimitación semántica anterior: así, el término de *perduellis* pasó a identificar al enemigo interior, y más concretamente al sujeto especialmente peligroso que dentro del Estado cometía un delito de lesa majestad.

Por su parte, a partir del siglo III a.C., el vocablo *hostis* se identificó correlativamente con el extranjero enemigo (en el sentido en que lo emplean las leyes de las doce tablas), esto es, pasando a designar a aquellos individuos pertenecientes a un pueblo con el cual ha entrado Roma en guerra.⁵ Al *hostis* enemigo, llamado más propiamente *inimicus*, se le excluía

² Así se expresa en el Digesto justinianeo: D. 9, 3, 1, 9. Asimismo, Faustino Gutiérrez Alviz (1948, p. 248), Sub voce “*hospes*”.

³ Así también, v. gr., en el digesto y en otros textos: D. 50, 16, 118; D. 49, 15, 24; C. 4, 23, 1.

⁴ Empero, el reciente intento de Zaffaroni (2005), de demostrar si el concepto romano de *hostis* que él identifica con la «situación de extranjero, extraño, enemigo, privado de todo derecho» (p. 638) pervive en la actualidad. Al respecto, de manera exhaustiva: (Cornacchia, 2006, p. 416; Agamben, 2004, p. 146).

⁵ Así, los ya citados fragmentos D. 50, 16, 118; D. 49, 15, 24; C. 4, 23, 1. También, Faustino Gutiérrez Alviz (p.248), Sub voce “*hostis*”.

plenamente de derechos civiles, aplicándosele la muerte o reduciéndolo a un estado de esclavitud, esto es, obligándole a prestar servicios corporales de utilidad para el Imperio.

Junto a la categoría de enemigo, se situaba la condición de peregrinidad (*peregrinus*), que a veces llegó a identificarse, esto es, a confundirse con aquél. En época remota, el término *peregrinus* se empleó en el originario sentido de *hostis*, esto es, para designar de manera neutral al extranjero nativo de una nación amiga de Roma que viene al Imperio (bien para visitar a amigos, bien para entablar relaciones de negocios, etc.), de manera que se relaciona con ciudadanos romanos. El peregrino, en los contactos y disputas con los ciudadanos romanos, se rige por el *ius gentium*, no pudiendo acogerse al *ius civile romanorum*, que es el derecho propio y exclusivo de los habitantes de la *civitas*, y que queda, por tanto, reservado a los ciudadanos romanos.

En resumen, en sus inicios, el peregrino no goza del *status civitatis* romano, esto es, no es ciudadano romano sino ciudadano de otro Estado con quien Roma no mantenía hostilidad: precisamente por tener otro *status civitatis* no puede gozar ni beneficiarse del *ius civile* (aplicable a los habitantes de la *civitas*), salvo cuando Roma se lo reconoce expresa y excepcionalmente.

Posteriormente, el vocablo *peregrinus* mutó su contenido semántico coloreándose de un sentido negativo, esto es, perdiendo su original neutralidad. De esta manera, llegó el vocablo a ser entendido como sinónimo de enemigo. La razón de ser de esta equiparación estribaba, sin duda, en la interpretación extensiva que se hizo del *estatus* jurídico del *peregrinus*. Es cierto que, literalmente, el peregrino designaba al extranjero o foráneo, por oposición al ciudadano romano: *civis*.

En tanto ciudadano extranjero, no gozaba en Roma de derecho político alguno (ni del derecho electoral —*ius suffragii*— ni del derecho a aspirar a magistraturas romanas —*ius honorum*—) y, en lo que hace a los derechos privados, no podía invocar más que el *ius gentium* quedando al margen del *ius civile romanorum* (Serafini, 1927, p.166). En este sentido, y sobre la base de que la personalidad jurídica, tanto en lo público como en lo privado, se consideraba un privilegio del ciudadano (Iglesias, 1994, p.129), la posición jurídica del extranjero (*peregrinus*) fue quedando rezagada frente a la del ciudadano, agrandándose aparentemente las diferencias entre el ciudadano romano y el peregrino: mientras el primero lo era o lo podía ser todo, el segundo principió por no poder ser casi nada. De este modo, con cierta ligereza, se llegó a contraponer la figura del peregrino a la del ciudadano (*civis*) (Iglesias, 1994, p.130), y llevando la contraposición al extremo se llegó a estimar que todo aquel que no participaba del *status civitatis* era automáticamente hostil a Roma, enemigo del Imperio.

Sin embargo, de la ausencia de reconocimiento de derechos civiles del peregrino (Arias, 1960, p.74) no puede extraerse sin más una equiparación entre el foráneo o extranjero (*peregrinus*) y el enemigo (*inimicus*). El concepto de peregrino es mucho más diferenciado, de manera que conviene hilar fino para establecer sus diversos significados.

En términos generales, se llama peregrinos a todos aquellos habitantes pertenecientes a comunidades o Estados foráneos, a quienes Roma combatió o destruyó, o bien se relacionó con ellas firmando pactos. En este sentido, se distinguen dos clases de peregrinidad: a) *alicuius civitatis* y b) *ullius civitatis*. Los peregrinos *alicuius civitatis* —que tenían una categoría superior

aunque sin llegar a ser ciudadanos romanos— vivían o podían vivir dentro del mundo romano, por oposición a los *hostes* o *barbari*, con los cuales Roma no tenía relaciones normales (Arias, 1960, p. 74), ni se les permitía vivir en el Imperio: *el barbarus* u *hostis* era todo aquel que, por vivir fuera de las fronteras de Roma, era considerado enemigo, activo o en potencia, del Imperio Romano, y por ello quedaba excluido de la ley del imperio.⁶

A los *peregrini alicuius civitatis* se les permitía vivir en la *civitas*, aunque, al no ser ciudadano romano, carecían de personalidad jurídica plena, y —en el fondo— pesaba sobre ellos la fama de haber sido contendientes de Roma, actuales o potenciales, al pertenecer a un Estado foráneo. Aunque Roma les permitía vivir en la *civitas*, habían de satisfacer *stipendia* (impuestos) y *portuaria* (derechos arancelarios de entrada en la frontera). Por regla general, Roma les respetaba su condición peculiar y *sui generis*, creándose incluso, en el año 242 a.C., junto al *praetor urbanus*, la figura del *praetor peregrinus*, magistrado de la jurisdicción civil que conocía de los litigios entre extranjeros o entre ciudadanos romanos y súbditos foráneos (peregrinos), que resolvía con ayuda del *ius gentium* aplicable a tales casos (*praetor qui inter cives et peregrinos ius dicit*) (Gutiérrez, 1948, p.490).

Más drástico era el trato que se concedía a los llamados *peregrini ullius civitatis*, también conocidos como *peregrini dediticii*, aquellos foráneos originarios de pueblos con quienes Roma había entrado en armas y que se rindieron posteriormente sin condiciones. El *peregrinus dediticius* —el rendido sin más— era visto con gran recelo, y el contacto con ellos no era grato: propiamente eran súbditos del Imperio. Por ello, no se le reconocían derecho alguno, ni pertenecían a la *civitas*, ni podían —por tanto— vivir en Roma ni alrededor de ésta en un radio de cien millas ni tenían, en el orden privado, otra actividad jurídica que la protegida por el *ius Gentium* (Arias, 1960, p. 75).

En el *estatus* de *peregrini dediticii* podían caer aquellos ciudadanos o esclavos manumitidos que hubieran sido condenados penalmente. Además, los peregrinos *dediticios* estaban sometidos al *tributum capitis*. La Constitución de Caracalla (del año 212), si no suprimió en absoluto la existencia de *peregrini* dentro del Imperio, sí los redujo al mínimo (Arias, 1960, p. 75), al reconocer la ciudadanía romana a todos los habitantes del Imperio.

El concepto de enemigo en el derecho histórico español

Las partidas alfonsinas, cuerpo normativo en siete libros redactados en Castilla a mediados del siglo XIII durante el reinado de Alfonso X «el Sabio», definen la enemistad como «malquerencia con mala voluntad que ha *ome* contra sus enemigos por razón de deshonra, o de tuerto que fizieron, a él o a los suyos»⁷ y acogen igualmente la distinción dicotómica entre enemigos interiores o «de la tierra» y exteriores o «de fuera». Los enemigos de fuera o exteriores «son aquellos que han guerra con el rey paladinamente» (Martínez, 1885,

⁶ Como enseñan las Catilinas de Cicerón, que excluye la aplicación de la ley del Imperio a los enemigos «porque estos, como enemigos del Estado, no eran ya ciudadanos romanos y habían perdido la posibilidad de un procedimiento jurídico regular» (IV, 10). Al respecto Daniel R. Pastor (2006), quien considera que en la célebre acusación contra los conjurados de Catilina «quedaron plasmados los fundamentos jurídicos del derecho penal del enemigo» (p. 174).

⁷ Vid. la Ley 1ª «Que cosa es enemistad e quantas maneras son de enemigos», tít. XIX «*Qual dene* ser el pueblo, en guardar al rey de sus enemigos», Part. 2ª, en (Martínez, 1885, p. 326).

p, 327). Por su parte, los enemigos de la tierra se definen como aquellos «que moran o bien cotidianamente en ella», reputándose estos más peligrosos porque

Son más dañosos que los de fuera, porque son como los de casa: e non se puede ome bien guardar dellos porque han semejança de bien, e fazen a las vegadas muy grandes males e grandes daños a los que mal quieren. E por ende dixo el sabio que ninguna pestilencia non es mas fuerte para empecer al ome, que el enemigo de casa, porque sabe todo su fecho e puedesele estoruar mas de ligero (Martínez, 1885, p, 327).

La polisemia actual de la noción de enemigo

La evolución histórica posterior del término «enemigo» revela la desnaturalización que ha experimentado dicha noción. Es, quizá, uno de los conceptos más usados a lo largo de la historia, por regímenes políticos, agrupaciones sociales, particulares, económicas, religiosas o pseudoreligiosas, de todo signo, siempre para señalar, con dedo acusador, a quien no comparte los mismos postulados que el dicente. Así, por ejemplo, existen o han existido a lo largo de la historia «enemigos políticos», burgueses y contrarrevolucionarios como «enemigos de las clases obreras» (Luisi, sf., p. 237), «enemigos del Islam», «enemigo interno (o —como lo llama Nihils Christie— apropiado o cómodo)» (Faraldo, Brandariz y Puente, 2004, p. 44), y se han distinguido varias parejas de categorías conceptuales, como el binomio «enemigo interno/enemigo externo»⁸, «enemigo relativo/enemigo absoluto» (Aponte, 2005, p. 35) o el ya mencionado «enemigo público/enemigo privado», desarrollado por el politólogo Schmitt en el derecho público, etc.

Pero no se ha quedado ahí la ampliación de la semántica del término. La enemistad se identifica, también, con aspectos claramente subjetivos, como es la malevolencia de la gente (enemigo es, en ese sentido, quien tiene mala voluntad, o le desea el mal a alguien). El campo de significado del término «enemigo», finalmente, se ha extendido desmesuradamente, de manera que hoy en día se emplea el término «enemigo» para señalar a todo lo que es contrario a una cosa⁹: «enemigo» de la moda, de la velocidad, del tabaco, de la fiesta nacional, etc., de manera que el concepto «enemigo» vendría a equivaler a todo aquel que ejerciera un simple «derecho a la disidencia», sin necesidad de que dicho desacuerdo de voluntades fuera malévol, injusto o malintencionado.

Los vaivenes del término «enemigo» a lo largo de los siglos (de su «neutralidad» primigenia a su sentido plurisignificativo o polisémico del presente) hacen de él, en la actualidad, un

⁸ Vid. esta distinción en Kai Ambos, «Feindstrafrecht», ZStrR, tomo 124, 2006, págs. 10 y sigs., quien considera que la distinción entre ellos radica, esencialmente, en el mantenimiento de algunos derechos o en la pérdida de todos: «El enemigo exterior puede tener también (algún) derecho; en todo caso, dispone de ciertos derechos asegurados por el Derecho internacional humanitario: derechos mínimos a un trato humano; no pierde estos derechos, no se quedará sin derechos» (p. 10). «Algo completamente distinto sucede con el enemigo interior. Es un «disidente» en su propia sociedad. Enemigo interno es quien no vincula su propia existencia como individuo a una comunidad y no quiere integrarse en ella, quien no puede o no quiere atenerse a los valores fundamentales socialmente dominantes (...). El rechazo del otro, que amenaza la propia existencia e identidad es un concepto constitutivo para el enemigo (...). El enemigo así determinado no puede nunca tener derechos» (p. 10). También, en castellano, Id., «Derecho penal del enemigo», traducción de Carlos Gómez-Jara Díez, actualizada por Carlos Lamadrid, en Id., El Derecho Penal frente a amenazas extremas, Cuadernos Luis Jiménez de Asúa núm. 34, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 93-95. Que la distinción no es aplicable al concepto que Jakobs maneja de enemigo lo prueba la absoluta exclusión de juridicidad que Ambos predica del enemigo interno.

⁹ No en vano ese es la primera acepción de dicho concepto en el DRAE.

concepto ciertamente poco asible, al menos desde un plano general y desde una perspectiva *a priori*, o —en los casos más extremos— un concepto que tiene mala prensa por connotaciones usualmente sentimentales, políticas o religiosas.¹⁰ Por ello, se hace preciso, a efectos de evitar que sea objeto de una unilateral interpretación *in malam partem* en el ámbito penal, un análisis más preciso del mismo: en primer lugar, contextualizando el concepto en la discusión actual y, en segundo término, analizando el vocablo en la dogmática funcionalista en que es acuñado por Jakobs.

El elemento asociativo: la rebelión grupal

Una segunda cuestión suscita las Catilinas a propósito del derecho penal del enemigo: el elemento asociativo u organizativo de la rebelión contra el Estado. En toda la alocución de Cicerón queda patente la idea de que Catilina no actúa sólo, sino en el contexto de una actuación coordinada y organizada. Históricamente la dogmática penal ha evidenciado la supremacía del paradigma del autor individual en la configuración del injusto.

Desde hace un tiempo, se ha venido potenciando la relevancia del «injusto sistémico», que responde a un paradigma no de autor único, sino de autor estructural o colectivo, esto es: al paradigma de injusto de organización¹¹, centrándose primariamente en las estructuras del injusto del individuo y no del sistema (Lampe, 1994, p.97), pues aun cuando la doctrina penalista ha reconocido desde antiguo:

El hecho de que un autor puede agruparse con otros formando un sistema organizado de manera más o menos estricta, de ahí no ha extraído la consecuencia de que el autor pierda parte de su responsabilidad en detrimento del sistema social, ni que le corresponda un incremento en su cuota de responsabilidad debido al sistema (Lampe, 1994, p. 97).

Si se observa con detenimiento la estructura del delito de organización se apreciará que se compone de dos elementos: de un lado, el elemento asociativo (el concierto de varias personas al tiempo: «asociarse con otros») y, de otro, el elemento subjetivo («con fines delictivos»). Ni uno ni otro agotan ni explican cabalmente el contenido de injusto de los delitos de organización. Es más, ambos elementos son per se neutrales, esto es: en sí carecen de un sentido delictivo. El asociarse con otros es, por lo general, ejercicio de un derecho fundamental (el de asociación) reconocido por la Constitución.

Si se pregunta por qué razón asociarse con otros para ser miembro de un partido político, de un club de fútbol o de un centro cultural es ejercicio legítimo del derecho fundamental de asociación y, sin embargo, asociarse con otros para conformar una organización delictiva no sólo no es ejercicio de un derecho fundamental sino que además constituye un delito, la

¹⁰ «El Derecho penal del enemigo, independientemente de los deméritos que pueda implicar, es frecuentemente maltratado por una simple y frívola cuestión de terminología» y añade, cargado de razón: «(h)ay mucha gente partidaria del Derecho penal del enemigo, pero se aleja de él sólo por la terminología» (Cancio y Gómez-Jara, s.f., p. 278).

¹¹ Al respecto, puede verse el fundamental estudio de Ernst-Joachim Lampe, “*Systemunrecht und Unrechtssysteme*”, ZStW 106 (1994), p. 683 y sigs. («Injusto del sistema y sistemas de injusto», traducción española de Carlos Gómez-Jara Díez, en Ernst-Joachim Lampe, La Dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo, Edición y traducción española a cargo de Carlos Gómez-Jara Díez, Guillermo Orce, Miguel Polaino-Orts, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2003, p. 97).

respuesta intuitiva sería: «claro, porque en los primeros casos apoyar a un partido político, alentar a un club de fútbol o fomentar la lectura son buenos fines, pero pretender cometer delitos son fines rechazables en la sociedad». Sin embargo, esta explicación es incorrecta. Porque ese segundo elemento —la finalidad— es un pensamiento y los pensamientos no delinquen (*cogitationis poenam nemo patitur*).

Entonces, si el delito de organización consiste en la suma de dos elementos neutrales (la organización, que es un derecho fundamental, y una finalidad, que es un pensamiento) ¿cómo explicar que constituya un delito? Pues muy sencillo: porque ese acto deviene delictivo no tanto por el propósito delictivo con que se reúnen los sujetos, cuanto por la conformación de una empresa criminal, esto es, de un grupo socialmente desestabilizador que ya genera, de facto, una conmoción de las bases del Estado. Ahí, en la lesión actual de la seguridad cognitiva-normativa, esto es, en el peligro ya concretado en lesión que *hic et nunc* la organización representa, es donde se halla el contenido de injusto del delito de organización.

Pues bien, en la actuación coordinada y conjunta de Catilina con sus secuaces se pone de manifiesto que «el elemento organizativo resulta esencial para comprender el fenómeno terrorista» (Lamarca, 1985, p.93), hasta el punto de que se relega a un segundo plano el móvil subjetivo de cada sujeto «precisamente porque esa finalidad se objetiviza a través del programa de la asociación» (Lamarca, 1985, p.94), esto es «la finalidad terrorista es ante todo y en primer lugar la finalidad de la organización y no la de cada uno de sus miembros» (*Ibid*). En definitiva, la actuación de los rebeldes responde a la conceptualización del terrorismo como «violencia organizada con finalidad política» (Lamarca, 1985, p.95) «violencia política institucionalizada» (Lamarca, 1985, p.88), que tenían como finalidad la destrucción de Roma y la desmantelación de la estructura del Estado.

El aseguramiento espacial del sujeto desconfiable y peligroso

Una tercera cuestión se plantea en los discursos ciceronianos: el alejamiento o expulsión del cabecilla y demás rebeldes de los confines de Roma. El alejamiento del peligro ha sido, desde antiguo, una constante histórica en la historia de la humanidad. El ser humano ha pretendido siempre, bien como intuición bien como fruto de una decisión razonada, mantenerse alejado del peligro (animales salvajes, fuego, otros congéneres, etc.). Tanto es así que prontamente obtuvo conciencia el hombre de las virtudes de ese alejamiento.

De esa manera, se comenzó a alejar el peligro como castigo represivo, pero especialmente como medida de protección y de prevención: el alejamiento del peligro se consideraba, especialmente, un modo de proteger a quienes se sufren las consecuencias inmediatas de ese peligro, así como un mecanismo de prevención de —más que probables: posibles— nuevos delitos. Por ello, no es de extrañar que ya en el derecho romano existieran varias sanciones penales en las que se controlaba o se restringía espacialmente la libertad de movimientos del sujeto sospechoso, de modo que se mantenía controlado ese peligro a una prudente distancia.

El somero estudio de estas figuras, en las que ahora repararemos brevemente, pone de manifiesto que, en aquellas calendas, la ciudadanía se relacionaba íntimamente con la noción de domicilio y que la limitación del espacio se producía en sujetos a los que, por no ser

ciudadanos del Imperio, se veía con desconfianza. El ciudadano romano tenía reconocido automáticamente el permiso de residencia en Roma; en cambio, para el ciudadano no romano la posibilidad de residencia dependía de la condición del sujeto, y —en última instancia— del grado de confiabilidad (seguridad) que tal sujeto pudiera brindar: si el sujeto era peligroso y, por tanto, la gente no confiaba en su seguridad, pocas posibilidades tenía de seguir viviendo en la *civitas*.

La vinculación entre ciudadanía, seguridad versus peligro y residencia sigue desempeñando un papel importante en el mundo actual. Se trata, podríamos decir, de una idea antiquísima pero de rabiosa modernidad, en tanto que aún hoy informa la política criminal moderna en materia, por ejemplo, de extranjería, aunque no sólo de extranjería: hoy como en Roma —y salvando las naturales distancias (pues la legislación actual resigna un fenómeno con autonomía propia y con principios inspiradores en gran parte radicalmente diversos a los del derecho penal del enemigo)— el ciudadano nacional tiene reconocida automáticamente la residencia; puede perderla si denota especial peligro en su conducta; el foráneo tiene restringida la residencia; puede obtenerla, siempre que garantice seguridad.

Sea como fuere el derecho romano conocía varias figuras que, de acuerdo con su naturaleza aflictiva, limitaban progresivamente el derecho de residencia, o más extensamente la capacidad de deambular libremente por el territorio del imperio. Entre ellas se encuentran las instituciones del *exilium*, la *deportatio* y la *relegatio*. Veamos brevemente su contenido y su carácter y alcance en tanto sanción penal:

El *exilium* (destierro) significaba originariamente la pérdida de la ciudadanía romana por traslado del domicilio a ciudad extranjera. Posteriormente pasó a considerarse una pena mínima, que obligaba al castigado a salir de los límites del Imperio.¹²

La *deportatio* (deportación) comenzó a imponerse como pena desde la época del Emperador Tiberio en que reemplazó a la medida administrativa (no punitiva) conocida como interdicción del agua y del fuego (*interdictio tecto aqua igni*), que constituía, en los tiempos anteriores a Sila, el mecanismo jurídico de que se valían los magistrados o los comicios «para librar de una vez para siempre a la comunidad romana de un individuo no ciudadano, prohibiéndole entrar en el territorio de Roma bajo pena de muerte» (Mommsen, 1905, p.406); la deportación como sanción penal traía aparejada la pérdida de los derechos de ciudadanía y formaba parte de los llamados suplicios o penas intermedias (*supplicia mediocrium*).

La modalidad más frecuente era, como ha invocado la doctrina penalista¹³, la *deportatio in insulam* o *deportatio ad insulam* (Gutiérrez, 1948, p.165), que suponía la traslación forzosa del penado a una isla lejana pero perteneciente a Roma, sin fácil acceso y sin comunicación con otras colonias, donde se cumplía la condena, que a menudo se convertía en una sanción de duración perpetua, además de un castigo de imprevisibles consecuencias, a menudo fatales para el penado, por mor de las penurias que habían de pasar en la larga travesía camino de la

¹² Como documentan el digesto justinianeo y otros textos de la época: D. 48, 22, 5; D. 47, 10, 45; C. 15, 61; Paul 5, 17, 3. Al respecto: (Gutiérrez, 1948, p.213).

¹³ Ver: (Dorado, 1915, p. 96)

colonia, durante la cual fallecían (por hundimientos, catástrofes, ataques, epidemias) no pocos de los viajeros.

Por su parte, la *relegatio* era una pena de destierro más liviana que la *deportatio* y el *exilium*, tanto por el trato dado al condenado como por la duración, así como por la repercusión jurídica que tiene para el mismo. La *relegatio* constituía una de las penas o suplicios mínimos (*supplicia minima*).¹⁴

En todo caso, quien infringía la pena de destierro o de deportación incurría es proscrición. Al proscrito, esto es, «al expulsado de esta manera que quebrantase la prohibición de regresar al territorio de Roma o de Italia se le consideraba enteramente como a un enemigo, y, por la tanto, se le colocaba fuera de toda comunión jurídica» (Mommson, 1905, p.377). Desde sus orígenes en el derecho romano (Torres, 1994, p.701), la figura del destierro o la deportación se mantuvieron —si bien en ocasiones con perfiles normativos algo diferentes— durante largos años en las legislaciones penales de muchos países, entre ellas en el derecho penal español, en las recopilaciones legislativas del antiguo régimen, así como desde el primer código penal de 1822.¹⁵

En el siglo XIX se discutía en España ampliar el ámbito de aplicación de dichas medidas mediante la creación en las Islas del Golfo de Guinea o en las Islas Marianas unas colonias penitenciarias donde habrían de cumplirse estas penas de deportación, a imagen y semejanza del uso que se le había concedido en otros países de nuestro entorno, singularmente en Gran Bretaña, que ideó (1786-87) y mantuvo largo tiempo el cumplimiento de la condena en la colonia australiana de Botany-Bay. A este respecto, la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia convocó en 1875 un concurso ordinario de memorias de investigación sobre ese tema, resultando premiada, según el fallo del jurado dado a conocer en 1877, al término del plazo fijado, un sugerente original de la penitenciarista Concepción Arenal que constituye un bellísimo alegato y una apasionante narración crítica de la deportación y de la creación de colonias penales en dominios lejanos sobre la base de la experiencia australiana en la materia (Arenal, 1985).

Documenta Arenal (1985, p. 43) la idea del cumplimiento de la pena en la colonia australiana se debió a motivos de comodidad y seguridad, así como a los elevados costes de la construcción de presidios en Gran Bretaña. Pero pronto se puso de manifiesto que emprender el viaje a tan lejana colonia y construir allí mismo las más rudimentarias construcciones entrañaba asimismo un coste considerable, tanto material como humano. Ello unido a las frecuentes fugas en las colonias o durante el viaje (Arenal, 1985, p.71) fue lo que originó la necesidad de arbitrar una «doble deportación» (Arenal, 1985, p.90) (una «deportación de la deportación», podríamos llamarla) para asegurar y aislar más efectivamente a aquellos delincuentes más indisciplinados y peligrosos. No puede obviarse que la mitad de los deportados lo era por delitos políticos (Arenal, 1985, p. 66).

¹⁴ Paul. 5, 17, 2; D 48, 19, 4; D 48, 22, 7(Gutiérrez, 1948, p.521).

¹⁵ Vid. una precisa relación de precedentes históricos de estas medidas (deportación, confinamiento, destierro, extrañamiento, prohibición de residencia, etc.) desde el primer Código Penal español (Faraldo, 2008, pp. 30-42).

En estas circunstancias, la pena de deportación se convirtió de facto en una sanción perpetua, porque el Estado no se hacía cargo del viaje de vuelta de los deportados (Arenal, 1985, p.108). Las mismas dificultades de puesta en práctica del sistema penitenciario reveló prontamente las insuficiencias de la pena de deportación, que se mostró como una pena excesivamente dura y cruel (Arenal, 1985, p.116), desproporcionada y desigual (Arenal, 1985, p.117), además de incapaz de corregir, al margen de que instrumentalizaba a los penados tratándolos como mero ejemplo para los demás, «en aras del bien común» (Arenal, 1985, p.118).

A la vista de esta errática puesta en escena, Concepción Arenal dirige contundentes críticas no tanto o no sólo a la pena en sí cuanto al «sistema» de la pena de deportación (Arenal, 1985, p.126) —Arenal (1985, p. 129) hablaba de los males esenciales e inevitables de la teoría de la pena de deportación—, que se prestaba a los más crueles abusos (Arenal, 1985, p.130); aun así, tampoco la pena se libraba de las críticas de la ilustre penitenciariasta, que la consideraba un «atentado contra el derecho» (Arenal, 1985, p.121) y equiparable en su crueldad a la pena capital (Arenal, 1985, p.123), además de costosa (Arenal, 1985, p.134).

Por lo demás, Concepción Arenal critica también el eufemismo oficial de llamar a la deportación con la denominación de transportación «se ha creído hacerla menos odiosa variándole algunas letras; inútil e hipócrita puerilidad» (Arenal, 1985, p.254) decía en su bello castellano, y señala las funciones que una tal pena podría cumplir: tranquilizar el miedo, reducir la reincidencia, alejar a los enemigos peligrosos, inocuizarlos («los mata sin matarlos») funciones, en fin, que hacen de la pena algo con pasión, pero sin derecho: «el criminal se deporta, el crimen queda» (Arenal, 1985, p.157).

Incluso desde perspectivas críticas se llega incluso a poner de manifiesto un aspecto que no se le escapa a la sagaz estudiosa Concepción Arenal en sus atinadas críticas (más fundadas en la lamentable experiencia práctica del país vecino que en las propias deficiencias de la pena de deportación en abstracto), a saber: que existe una relación de dependencia entre la intensidad, duración y alcance del alejamiento y el peligro manifestado por el propio sujeto. En efecto, al hablar de la mencionada «doble deportación», menciona Arenal (1985) que a ella se sometían «dos deportados más díscolos y peligrosos lo cual suponía para ellos un castigo más duro y para el resto una garantía de seguridad» (p.90).

Esto es: a mayor peligro, más lejos y por más tiempo se le alejaba. Porque, con independencia de que se cometieran abusos en la ejecución de la medida dando lugar a crueles y rechazables resultados, lo cierto es que el apartamiento del sujeto peligroso dependía de alguna manera de la entidad del peligro manifestado, lo cual suponía no sólo un castigo más duro y proporcional frente al sujeto peligroso sino, principalmente, un modo igualmente proporcional de proteger a todos los ciudadanos y a toda la sociedad frente al peligro ajeno.

Pues bien, la medida de alejamiento ya sea como deportación ya como en forma de cualquier otro aseguramiento espacial, se ha mantenido en la legislación de todos los países a lo largo de los años hasta nuestros días.

En los Estados democráticos modernos la medida o pena de alejamiento del delincuente peligroso constituye un muy usual mecanismo de aseguramiento que se impone, ya sea como pena principal, ya como pena accesoria, como medida de seguridad penal, como regla o

condición potestativa de conducta para decretar la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad (ex art. 83.1 CP), en la sustitución de la pena de prisión (ex art. 88.1, en relación con el 83.1 CP) o en la libertad condicional (ex art. 90.2, en relación con el 83.1 y con el 96.3 CP) o —incluso— como medida cautelar antes de la conclusión del proceso o, como medida de seguridad, con posterioridad a él, a determinados sujetos («enemigos») que se caracterizan por su persistente falta de fidelidad a la norma poniendo en grave peligro a los demás ciudadanos y, con ello, la estabilidad de la vida comunitaria.

La aniquilación del enemigo: la pena de muerte

Finalmente, mencionaré muy brevemente otra ulterior cuestión apuntada en el texto de los discursos ciceronianos: la de si, frente a otras medidas menos drásticas (como la expulsión o el alejamiento), debe aplicarse la pena capital al rebelde. Se trata de una cuestión de mayor alcance cuyo estudio excede los límites del presente ensayo. Únicamente haré el planteamiento de la cuestión. Si incluso un abolicionista oficial como Beccaria llega a aceptar la licitud de la pena de muerte en dos supuestos cabe plantearse si no será esa pena capital un instrumento irrenunciable o inevitable al servicio o propio del derecho penal en el combate del elemento rebelde o peligroso y, en segunda instancia, si es justo y legítimo ejecutar al delincuente peligroso que genera una inestabilidad tal que impide la normal vigencia de la norma jurídica.

En la cultura jurídica europea imperó durante largo tiempo la justificación de la pena capital expuesta por el filósofo y teólogo italiano Santo Tomás de Aquino (n. 1225-m. 1274) en su conocida obra *Suma Teológica*:

Vemos que si fuera necesario a la salud de todo el cuerpo humano la amputación de algún miembro, por ejemplo, si está podrido y puede inficionar a los demás, tal amputación sería laudable y saludable. Pues bien, cada persona singular se compara a toda la comunidad como la parte al todo, y por lo tanto, si un hombre es peligroso a la Sociedad y la corrompe por algún pecado, laudable y saludablemente se le quita la vida para la conservación para el bien común.

En su «Suma contra gentiles» reitera Santo Tomás (1941) su lógica:

El bien común es mejor que el bien particular de uno. En consecuencia, el bien particular de uno sólo ha de sacrificarse para conservar el bien común. Pero la vida de algunos hombres perniciosos impide el bien común. Así como el médico intenta con su actuación procurar la salud, que consiste en la concordia ordenada de los humores, así el jefe de la ciudad intenta con su actuación la paz, que consiste en la concordia ordenada de los ciudadanos. Pero el médico corta justa y últimamente el miembro pútrido si éste amenaza corromper el cuerpo. Según esto, justamente y sin pecado mata el jefe de la ciudad a los hombres perniciosos para que la paz de la misma no se altere (p.47).

También el jurista y teólogo cristiano Francisco de Vitoria (n. 1486-m. 1546), considerado el padre del derecho internacional, considera justificable de manera excepcional la pena capital contra los enemigos, con el fin de conseguir paz y seguridad. En ese sentido formula y prueba su proposición de la siguiente manera:

Proposición cuarta: alguna vez es conveniente dar muerte a los culpables. Se prueba; porque la guerra misma se hace para obtener la paz y la seguridad, y algunas veces no puede conseguirse la seguridad sino deshaciéndose de todos los enemigos, y esto se ve sobre todo con los infieles, de quienes nunca se puede esperar una paz justa en esas condiciones. Y, por consiguiente, el único remedio es deshacernos de todos los que puedan empuñar las armas, con tal que ya sean culpables. Y así debe entenderse aquel precepto del Deuteronomio, 20 (De Vitoria, 1946, p.242).

Además, el Padre Vitoria (1946) considera que, en casos de excepcional peligrosidad, la pena de muerte viene avalada por el principio de proporcionalidad (p.242). Al igual que los filósofos cristianos y de los Padres de la Iglesia¹⁶, la práctica unanimidad de pensadores europeos de la Edad Moderna y de los albores de la Edad Contemporánea (desde Rousseau a Kant, pasando por Fichte, Hobbes o Locke) muestra una postura favorable a la pena de muerte contra sujetos de excepcional peligrosidad.

Ya hemos visto páginas atrás la justificación de Rousseau. A su juicio, todo ciudadano al subscribir el contrato social entrega sin reservas la totalidad de sus bienes y derechos, también el derecho a la vida: «El que quiera conservar su vida a expensas de los demás —dice Rousseau— debe también exponerla por ellos cuando sea necesario» (1998, p. 50). ¿Y cuándo es ello necesario? «Cuando el soberano le dice: «Es conveniente para el Estado que tú mueras», debe morir, puesto que bajo esa condición ha vivido en seguridad hasta entonces, y su vida no es ya solamente un beneficio de la naturaleza, sino un don condicional del Estado» (Rousseau, 1998, p.50).

La cesión del derecho a la propia vida se encamina a garantizar la vida del resto de ciudadanos: «para no ser víctima de un asesino es por lo que se consiente en morir si se degenera en tal. En el contrato social, lejos de pensarse en disponer de su propia vida, sólo se piensa en garantizarla» (Rousseau, 1998, p.51). La pena de muerte prevista para el asesino se concibe, pues, en la obra rousseauiana, como la única garantía para preservar el orden social y la vida de los ciudadanos.

Por su parte, Locke fundamenta la licitud de la pena de muerte en el «el derecho de autoconservación y en el «derecho de conservar a toda la humanidad» (p.16). La particularidad de la concepción de este autor es que incluso faculta a cada ciudadano a tomarse privadamente la justicia por su mano, ejecutando en nombre de la Justicia natural a un sujeto peligroso (paradigmáticamente el homicida y el asesino), para evitar con ello que otro vuelva a cometer semejante delito: «cada hombre tiene el poder de castigar el crimen a fin de prevenir que vuelva a ser cometido» (Locke, s.f., p.16), esto es, «cada hombre, en el

¹⁶ Al respecto el sugerente ensayo de Lorenzo Polaino Ortega (1954) “*La licitud de la pena de muerte en la doctrina de la Iglesia Católica*”, en Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios, X (106).

estado de naturaleza, tiene el poder de matar a un asesino, para disuadir a otro de cometer la misma injuria» (*Idem*). En esos supuestos (y aun en otros de menor entidad), el ciudadano privado, para restablecer el buen nombre de la justicia, puede hacer la guerra y destruir a todo delincuente peligroso «como si fuera un león, un tigre o una de esas bestias salvajes entre las cuales los hombres no pueden vivir ni encontrar seguridad» (*Idem*).

Pero quizá la fundamentación más conocida de entre los pensadores modernos y de los inicios de la edad contemporánea sea la de Immanuel Kant. En su magna obra *Metafísica de las costumbres* expone la más elaborada doctrina del retribucionismo ético basado en la ley del talión. Para el filósofo alemán, a la comisión de un delito ha de seguir necesariamente la pena, de manera que —decía Kant¹⁷— la ley penal constituye un «imperativo categórico».

En la obra citada, expone el autor «su fulgurante y conocida parábola sobre la pena capital, en uno de los textos —para decirlo con palabras de Ángel Torío— más esplendorosos del pensamiento penal de todas las épocas» (Kant, 1797). Así, afirma Kant en su conocido ejemplo de la isla que incluso:

Si la sociedad civil llegase a disolverse por el consentimiento de todos sus miembros, como si, por ejemplo, el pueblo que habitase una isla decidiese abandonarla y dispersarse, el último asesino en prisión debería ser muerto antes de esta disolución, a fin de que cada uno sufriese la pena de su crimen, y que el homicidio no recayese sobre el pueblo que descuidase imponer ese castigo, porque entonces podría ser considerado como cómplice de esta violación pura de la justicia.

Por ello, para Kant la función de la pena judicial (*poena forensis*), que se distingue de la pena natural (*poena naturalis*), se agota en sí misma y:

No puede nunca servir simplemente como medio para fomentar otro bien, sea para el delincuente mismo sea para la sociedad civil, sino que ha de imponérsele sólo porque ha delinquido; porque el hombre nunca puede ser manejado como medio para los propósitos de otro ni confundido entre los objetos del derecho real (Kant, 1797, p. 166).

Por tanto, aunque se tuviera la certeza absoluta de que el delincuente condenado a muerte no volvería a delinquir (con lo que decaería toda necesidad de pena, si ésta se fundara en la prevención), la pena habría de imponerse antes de la destrucción social: si no, no se alcanzaría la justicia, y —como afirma Kant— «si perece la Justicia, carece de valor que los hombres vivan sobre la faz de la tierra» (*fiat iustitia pereat mundus*) (Kant, 1989, p.166).

En este caldo de cultivo (en el que no sólo los delitos de lesa majestad sino también algunos delitos comunes como el asesinato o el homicidio son conminados con pena capital) no es de extrañar que incluso un abolicionista como Beccaria se dejara seducir por el poder

¹⁷ Immanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten in zwei Teilen, Königsberg bey Friedrich Nicolovius, 1797, "Der Rechtslehre. Zweiter Theil: Das öffentliche Recht", Erster Abschnitt "Das Staatsrecht", § E, "Vom Straf- und Begnadigungsrecht"* (La Metafísica de las Costumbres, Estudio preliminar de Adela Cortina Orts, traducción y notas de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1989).

persuasivo de la pena de muerte y defendiera su aplicación en algunos supuestos, no sólo — como vimos anteriormente— referidos a la seguridad del Estado en época de anarquía sino incluso a algo tan usual como la disuasión de cometer delitos (prevención general negativa).

Sea como fuere, siempre se ha reservado la pena de muerte para aquellos delitos más graves, atentatorios contra los más fundamentales bienes jurídicos del individuo o del Estado. Por ello, existe una tendencia más o menos generalizada que vincula pena de muerte con derecho penal del enemigo, como si esa pena máxima fuese un instrumento propio y al del servicio de esta forma de reacción punitiva. En ese sentido, en un sugerente trabajo, ha sostenido Cancio Meliá que la pena de muerte supone un paroxismo del derecho penal del enemigo (Hurtado, 2007, p. 67), mientras que otros autores consideran que la instauración de la pena de muerte (como se propuso en el Perú recientemente) supondría institucionalizar el derecho penal del enemigo.¹⁸

Sin embargo, en los Estados actuales la pena de muerte no puede entenderse como sinónimo de derecho penal del enemigo y ni siquiera como un instrumento propio ni exclusivo del derecho penal del enemigo, sino que únicamente cabe ser explicada en su existencia (¡que no justificada!) desde el prisma de una expectativa social concreta, que le da en ese momento histórico cobertura social y vida jurídica.

Conclusiones

En el rápido recorrido de estas páginas hemos querido resaltar que las Catilinas nos ofrecen un sugerente antecedente histórico en relación con cuatro cuestiones fundamentales que, posteriormente, a lo largo del devenir dogmático, han sido constantes muy recurrentes hasta la actualidad en la presente materia.

Referencias bibliográficas

- Agamben, G. (2004). *Estado de excepción. Homo sacer, II, I* (Costa, F., y Costa, I. trad.). Buenos Aires: Adriana Hidalgo Editora.
- Aponte, A. (2005). *¿Derecho penal de enemigo o Derecho penal del ciudadano? Günther Jakobs y las tensiones de un Derecho penal de la enemistad*. Bogota: Temis S.A.
- Arangio, V. (1994). *Historia del Derecho romano*. (De Pelsmaeker, F., e Iváñez, trad.). Madrid: Reus S.A.
- Arenal, C. (1895). *Obras completas, tomo décimo, Las colonias penales de la Australia y la pena de deportación*, Madrid: Librería de Victoriano Suárez.
- Arias J. (1960). *Derecho romano, I: Parte general 8ª. edic.* Madrid: Editorial Revista de Derecho Romano.

¹⁸ (Montes, 2008, p.3) quien nominalmente nos menciona a Jakobs y a mí, dando la impresión, consciente o inconscientemente, de que nosotros somos partidarios de la pena de muerte únicamente por haber descrito la categoría dogmática de derecho penal del enemigo (!). Yo, que me tengo por abolicionista y así me he manifestado expresamente en otros lugares, no puedo por menos rechazar de plano que la descripción de ciertas normas de derecho penal del enemigo suponga aceptar la pena de muerte. Por su parte, Jakobs(2000) expresa sus argumentos abolicionistas en su artículo “*Ein Galgen ist der Schönheit eines Landes nicht angemessen: die klassische rechtsphilosophische Diskussion über eine Strafe, die abschreckend wirken und dabei ein Leben kosten soll*”, en *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, (52).

- Cicerón, M. (s.f.) Catilinas. Recuperado de <http://bibliotecadigital.tamaulipas.gob.mx/archivos/descargas/31000000278.PDF>.
- Cornacchia, L (2006). *La moderna hostis indicatio entre norma y Estado de excepción*, (Romero, B. trad.). En Cancio, M y Gómez, C. *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*. Buenos Aires: Edisofer.
- De Aquino, S. (1941). *Suma contra los gentiles*. Madrid: Porrúa.
- Dorado, P. (1915). *El Derecho protector de los criminales, tomo II*. Madrid: Victoriano Suarez.
- Faraldo, P., Brandariz, J. y Puente, L. (2004). *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*. Valencia: Tirant lo blanch.
- Freixedo, X. (s.f). *Los bárbaros en el umbral. Fundamentos filosóficos del Derecho penal del enemigo*. En Cancio, M., Gómez, C. (s.f). *Derecho penal del enemigo*.
- Gracia, L. (2005). *El horizonte del finalismo y el Derecho penal del enemigo*. Valencia: Tirant lo blanch.
- Gutiérrez, F (1948). *Diccionario de Derecho Romano*. Madrid: Instituto Editorial Reus.
- Hurtado, J. (2007). *Derecho penal y pena de muerte. Anuario de Derecho Penal 2007*. Lima: PUCP Fondo Editorial. Recuperado de http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2007_09.pdf.
- Iglesias, J. (1994). *Derecho romano. Historia e Instituciones, 11ª. edic.* Barcelona: Editorial Ariel S.A.
- Kant, I. (1989). *Die Metaphysik der Sitten in zwei Teilen, Königsberg bey Friedrich Nicolovius* (Cortina, A., y Conill, J. trad.). Madrid: Editorial Tecnos S.A.
- Lamarca, C. (1985). *Tratamiento jurídico del terrorismo*. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia.
- Lampe, E. (1994). *Systemunrecht und Unrechtssysteme* (Gómez-Jara, C. trad.). En Lampe, E. (2003). *La Dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo* (Gómez-Jara, C., Orce, G., y Polaino-Orts, M. trad.). Lima: Editora Jurídica Grijley.
- Luisi, L. (s.f). *Un Derecho penal del enemigo: el Derecho penal soviético* (Núnes, M. trad.). En Gómez, C. *Derecho penal del enemigo*.
- Martínez, M. (1885). *Códigos antiguos de España*. Madrid: Marcelo Martínez Alcubilla
- Mommsen, t. (1905) *El Derecho penal romano*. (Dorado, P. trad.). Madrid: La España Moderna.
- Montes, E. (2008). Algunas reflexiones sobre la pena de muerte, *unifr.ch*. Recuperado de: http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/tribuna/tr_20080616_43.pdf.
- Pastor, D. (2006). *El poder penal internacional. Una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*. Barcelona: Atelier.
- Rousseau, J. (1998). *Du contrat social ou principes du Droit politique, Rey, Amsterdam* (Carrier, J. Trad.). Barcelona: Colección Fontana, Edicomunicación S.A.

Serafini, F. (1927). *Instituciones de Derecho romano, tomo I*: (Trías, J. trad.). Madrid: Espasa Calpe S. A.

Torres, M. (1994). La pena del exilio: sus orígenes en el Derecho romano, *Anuario de Historia del Derecho español*. Ministerio de Justicia, (63-64), 701-785.

Vitoria, F. (1946). *Derecho natural y de gentes*. Buenos Aires: Emecé editores S.A.


Zaffaroni, E. (2006). *El enemigo en el Derecho penal*. Madrid: Dykinson.

LA REPERCUSIÓN DEL FINANCIAMIENTO PÚBLICO
Y PRIVADO EN LAS CANDIDATURAS
INDEPENDIENTES EN MÉXICO
*THE IMPACT OF PUBLIC AND PRIVATE FUNDING ON
INDEPENDENT CANDIDATURE IN MEXICO*

María Teresa Jaramillo Ríos

Licenciada en Ciencias de la comunicación y
estudiante de maestría en Ciencias Políticas en
programa CONACYT (Consejo Nacional de
Ciencia y Tecnología).

Correo de contacto: musictere@hotmail.com

 <https://orcid.org/0000-0002-9642-0020>

Recibido: 27.04.2020/Aceptado: 17.06.2020

RESUMEN

Las candidaturas independientes en Latinoamérica han empezado a tomar fuerza ante la pérdida de confianza en los partidos políticos. Sin embargo, aún permea la desigualdad en competencia electoral provocando que no exista una representatividad ciudadana. Se impide el fortalecimiento de esta figura pública. Entre los elementos que repercuten está el financiamiento público y privado que se les otorga. En el presente ensayo se toma como caso particular a México.

PALABRAS CLAVE

Candidaturas independientes, sistema de partidos, financiamiento, desigualdad, democracia.

ABSTRACT

Independent candidacies in Latin America have begun to take hold in the face of loss of confidence in political parties. However, still go in deep, inequality in electoral competition, causing no citizen representativeness. It prevents the strengthening of this public figure. Among the elements that have an impact is the public and private financing that is granted to them. In this trial, Mexico is taken as a particular case.

KEYWORDS

Independent candidacies, party system, financing, inequality, democracy.

Sumario

Introducción | La democracia como comunicación ¿se interpreta?
| México y la democracia inclusiva | Financiamiento para candidato independiente
| Candidatura independiente y la decadencia de los partidos políticos | Conclusiones
| Referencias bibliográficas

Introducción

En México, las candidaturas independientes son una figura política que ha empezado a tomar fuerza. La presión tanto social como mediática propició que se tomara en cuenta en la legislación y en reformas electorales teniendo como consecuencia la creación de una nueva ley que las contemple, pero esta ley ha resultado ser una al vapor. Este trabajo tiene como finalidad, presentar y analizar los motivos que provocaron se contemple al candidato independiente en el proceso electoral y en la vida política. También, se marcan las deficiencias que tiene y los retos a los que se enfrenta.

Lo anterior, se contempla desde un enfoque sociológico. La problemática de esta figura y su relación con la ley en México aborda cuatro temas: Democracia como comunicación, ¿se reinterpreta?; México y la democracia participativa; Financiamiento en candidatura independiente; candidatura independiente y la decadencia de los partidos políticos.

Estos temas plantean cómo se concibe la democracia en México, la participación de los ciudadanos en ésta y si es que hay una retroalimentación, una reinterpretación. El dinero que es otorgado a los candidatos independientes como clave toral de transparencia, legitimación y equidad. También preguntarse si es una nueva alternativa para el sistema electoral. Es un análisis con base en teóricos y expertos en el tema, con la visión propia de la que suscribe el este ensayo.

La democracia como comunicación, ¿se reinterpreta?

Para el sociólogo alemán Jürgen Habermas, el derecho es comunicación. Esta propuesta forma parte del modelo que él mismo ha propuesto sobre la democracia deliberativa. El derecho es concebido como comunicación y nada más que eso (Habermas, 1971, p. 26). Se debe observar a la democracia como tal, como una forma de Estado que debe reinterpretarse, así como la comunicación se reinterpreta.

Es decir, un sujeto emite un mensaje que es recibido por el receptor. Posteriormente hay una respuesta o *feedback* y una retroalimentación para que el sujeto nuevamente construya el mensaje (Berlo, 2004, p. 27). Este proceso es una de las teorías básicas del modelo comunicativo como el que llegó a establecer Habermas. Trasladado al derecho y a la democracia se vería como: el mensaje (la norma) llega al receptor (ciudadano, legislador, humano) para que esta tenga una respuesta (cumplimiento o no) y de la cual dependerá la recreación de esta.

Como lo señala Teubner (2002) «el derecho como sistema social autopoiético no está compuesto ni por normas ni por legisladores, sino por comunicaciones jurídicas [...] tres selecciones de sentido: participación, información y comprensión» (p.551).

Es importante señalar que no se trata de que el sujeto reinterprete al derecho, sino es el mismo derecho, la misma democracia la que debe reinterpretarse. El sujeto, entonces depende del derecho y la democracia. Esta forma de ver así estos dos conceptos tiene sustento en una visión funcionalista. La democracia es vista según las funciones, buenas, malas y la eficacia que tengan las normas. Eficacia que se muestra en medida que se satisfaga las necesidades de una sociedad.

Habermas concuerda con esto, pero tiene un enfoque más constructivista. No es a partir de las necesidades que se redefine la democracia sino de manera interna hacia el exterior. Es decir, los problemas se producen dentro del sistema, de la democracia y no desde el entorno. Por ejemplo, la política democrática codifica al mundo como gobierno u oposición, y especifica un problema propio, esto es, producir decisiones colectivamente vinculantes (Cadenas, 2016, p. 205).

Aplicando lo anterior al tema de análisis; los candidatos independientes surgen como demanda de una democracia que está en un círculo de continua reinterpretación, de auto reconocimiento. Bajo esta premisa no se está tomando en cuenta las nuevas figuras que están surgiendo como parte de esta representación. No se prevé que el derecho no es estático, desde una visión iusnaturalista. El derecho cambia porque contempla a una sociedad que está en constante mudanza y que ante el panorama de globalización se ve permeado por sucesos supranacionales que a veces rebasan lo que surge en el interior.

México y la democracia inclusiva

La igualdad y la democracia inclusiva es un tema que ha permeado en América Latina. En el caso particular de México a partir del siglo XIX esto ha tomado fuerza. Se refleja en formas de representación ciudadana como el candidato independiente.

La democracia inclusiva, es considerada por Robert Dahl como «el Estado que incluye a todas las personas sujetas a las leyes de dicho Estado, excepto a los transeúntes y a aquellos que han demostrado ser incapaces de cuidar de sí mismas» (1998, p.90). Con esta referencia hay un primer obstáculo. Si hablamos de aquellos que se sujeten a las leyes del Estado, las personas que se rigen bajo usos y costumbres carecerían del derecho a la participación en las decisiones del Estado. Aunque se puede justificar en que estas personas son conscientes y se circunscriben a esto. En el caso de los demás ciudadanos y bajo este entendimiento, cualquier ciudadano debe ser incluido en la vida política; en las decisiones que se tomen bajo un Estado democrático.

En años recientes y a la luz de los hechos, los ciudadanos ya no se sienten representados por los gobernantes electos bajo un sistema de partidos, aunado a la falta de confianza. El latino-barómetro del 2002 arroja una caída de 6 puntos en el nivel de confianza en los partidos políticos en 2 años.

Este panorama repercute en una nueva presencia política: el candidato independiente. Para Montoya (2015), es la persona registrada ante la autoridad administrativa electoral, para competir por un cargo de elección popular, sin que sea propuesta o registrada por un partido político (p. 49).

Esta figura se interpreta como el ciudadano quiere ser el que gobierne. Para él ya no es suficiente el participar a través del voto, desea tener participación más directa en las decisiones de la vida política del país, pero se enfrenta al problema de igualdad que ofrece el actual Estado mexicano.

Si bien desde la Ley Electoral de 1911 de México se hablaba de las candidaturas independientes, es decir, de ciudadanos que pueden contender a un puesto político a través de elección sin pertenecer a un partido político. Fue hasta el 2005 que el tema tomó nuevamente fuerza, luego de que Jorge Castañeda quiso contender para las elecciones presidenciales de México de 2006. El entonces Instituto Federal Electoral (IFE) decidió no permitirle competir para ese periodo electoral, por lo que el postulante acude a la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). Esta no resuelve a favor por no encontrar argumentos suficientes presentados en la inconformidad de Castañeda.

El aspirante apeló ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) quien condenó al Estado mexicano a completar la adecuación de su derecho interno a la Convención, de tal forma que ajuste la legislación secundaria y las normas que reglamentan el juicio de protección de los derechos del ciudadano de acuerdo con lo previsto en la reforma constitucional del 13 de noviembre de 2007, de manera que mediante dicho recurso se garantice a los ciudadanos de forma efectiva el cuestionamiento de la constitucionalidad de la regulación legal del derecho a ser elegido, en los términos de los párrafos 227 a 231 de la presente sentencia lo que sentó un precedente importante en el tema de candidaturas independientes.

Para el 2007 se realiza una modificación a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y da oportunidad a ciudadanos, sin pertenecer a un partido político, a contender por un puesto público. En el 2012 se vuelve a legislar, pero es hasta el 23 de mayo del 2014 que se publica en el Diario Oficial de la Federación la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales (LGIPE) en el artículo 357 las candidaturas independientes. En esta ley se abordan los requisitos, obligaciones y derechos que ocupan a los interesados en postularse por esta vía y en el mismo artículo, apartado dos, señala que cada entidad federativa será la encargada de establecer la normatividad correspondiente.

Sin embargo, pese a que la ley otorga al ciudadano sin partido político el derecho a contender por cargos públicos, basado en el derecho político a ser votado, y a derechos del ciudadano aún persisten deficiencias que marca una desigualdad frente al candidato de partido político, lo que en el siguiente apartado se abordará. De esta manera se pone en duda la democracia entendida bajo el concepto de Dahl en la que un gobierno democrático se puede considerar así si cumple con cinco criterios: participación efectiva, igualdad de voto, alcanzar una comprensión ilustrada, ejercitar el control final sobre la agenda y la inclusión de los adultos (1998, p.48).

Apoyado también en que la esencia de la democracia es determinar los derechos civiles por lo que «los procesos de selección de ciudadanos encargados de decidir sobre las cuestiones públicas son un problema y una característica más propia de la democracia» (Reyes, Sandoval y Alejandro, 1994, p.341).

Bajo este principio, México no podría considerarse democrático o plenamente democrático por cumplir de manera parcial con la inclusión de los ciudadanos a la vida política. Las instituciones que promovieron la democracia y la alternancia del poder ahora se enfrentan a un nuevo paradigma: cómo incluir a los ciudadanos en las decisiones políticas del país sin que el sistema partidario se termine. A la vez, cumplir con la inclusión de ciudadanos en contienda electoral. Lograr una democracia participativa.

Financiamiento para candidato independiente

El financiamiento es uno de los temas de mayor discusión no sólo en México sino en todo país que ostente ser democrático. Esto, a partir de que el recurso económico, se ha vuelto un condicionante en los procesos electorales que puede, inclusive, determinar el resultado de las elecciones.

Como señala Mirón y Valverde (1996) «la lucha electoral se relaciona cada vez más con cuestiones económicas, y el financiamiento se vuelve determinante de las condiciones de competencia democrática» (p.325). En el caso del candidato independiente, figura que se legisla hasta el 2012 y luego se puntualiza con la creación de la Ley General de Instituciones y Procesos Electorales (LEGIPE) en el 2014 aún tiene deficiencias normativas que provocan desigualdad en competencia electoral.

Dentro de la LEGIPE, es el libro séptimo el que establece las candidaturas independientes; dividido en 7 títulos, describe las disposiciones preliminares, el proceso de selección, las prerrogativas, derechos y obligaciones, la fiscalización, los actos de la jornada electoral y las disposiciones complementarias.

El financiamiento que recibe el candidato independiente es mixto. Es decir, está compuesto por recursos públicos y privados. El financiamiento privado es el que prevalece sobre el público, mientras que para partidos políticos el público es más elevado que el privado.

Como señala Nohlen «las donaciones como fuente de ingreso también producen desigualdad» (2015, p.242). Lo anterior, se reformó con el fin de ofrecer «igualdad» para los contendientes independientes. Esta fórmula en la que el recurso privado prevalece sobre el público pone en duda la legalidad del dinero que abonarían privados a las campañas de los independientes. De hecho, la reforma electoral en la que se dio la fórmula del 70/30 (fórmula que establece cómo se recibirá el dinero) se dio para otorgar una mayor confianza de los proveedores de los recursos económicos a los partidos políticos. Entonces ¿por qué preponderar el privado sobre el público?

Los legisladores, emanados por partidos políticos, contemplan esta reforma mediática para dar aparente igualdad. Dejaron nuevamente una desventaja no sólo financiera, también de legitimidad. Es decir, si un candidato independiente gana se puede poner en duda la legitimidad de su triunfo por los recursos privados que este recibió. Recursos que pudieron provenir del clientelismo o de la incursión del crimen o de alguna fuerza de poder.

Aún con preponderancia de financiamiento privado, el dinero totalitario que recibe el candidato independiente es menor que el de partido político. El Instituto Nacional Electoral

señala que todos los candidatos registrados en su conjunto serán considerados como un partido político de nuevo registro. El monto que le correspondería a un partido de nuevo registro se distribuirá entre todos los candidatos independientes de la manera siguiente:

Un 33.3% que se distribuirá de manera igualitaria entre todos los candidatos independientes al cargo de presidente de los Estados Unidos Mexicanos; un 33.3% que se distribuirá de manera igualitaria entre todas las fórmulas de candidatos independientes al cargo de Senador, y un 33.3% que se distribuirá de manera igualitaria entre todas las fórmulas de candidatos independientes al cargo de Diputado Federal (INE, s.f., ine.mx).

En caso de que un sólo candidato independiente obtenga su registro para cualquiera de los cargos antes mencionados, no podrá recibir financiamiento que exceda del 50% de los montos referidos. Con lo anterior se concluye en que se debe otorgar los mismos recursos económicos. Sin duda, el dinero visto como una mercancía puede ser determinante no sólo en los procesos electorales sino previos a estos y por tanto en la política.

Candidatura independiente y la decadencia de los partidos políticos

Las constantes polémicas y faltas en las que han incurrido los distintos partidos políticos y sus integrantes en México han provocado la desconfianza y el desinterés en la política y en las instituciones. Otro factor que incurre en la crisis de los partidos políticos en México es la falta de representatividad. Las necesidades de los ciudadanos no están representándose en el Congreso, en las legislaciones. La idea de una reforma no sólo debe ser basada en soluciones rápidas o «tapar vacíos». Se debe apostar, como establece Nohlen, a una solución y a un cambio.

Los partidos políticos han decaído. Buscan, impacientemente, recobrar el poder al que estaban acostumbrados. Para contrarrestar los ciudadanos deben aportar por un cambio de cultura política. Es decir, que en verdad exista el interés del individuo por participar activamente, por contribuir y por evitar ese mal que tanto ha dañado a México: la corrupción. «La desconfianza electoral impide la comunicación entre los actores...este proceso en donde nadie le cree a nadie» (Reyes, Sandoval y Alejandro, 1994, p.335).

Conclusiones

La candidatura independiente, tal y cómo aparece en la ley y en la práctica en el escenario político de México, es deficiente. En lugar de ofrecer una posibilidad igualitaria y positiva para el electorado, se fortalece la crisis de representatividad en México.

La democracia debe verse cómo un círculo hermenéutico. No se trata de crear leyes al vapor sino de entender el entorno social, el contexto histórico y entonces sí, proveer mejores reformas que involucre la democracia deseada.

Actualmente, estamos ante un método de competencia política como lo propone Schumpeter, en el que se lucha por el poder bajo ciertas reglas aceptadas: la competencia electoral. Los que pierden aceptan el resultado con tal de asegurar su existencia, porque en

la próxima elección pueden ganar, y porque en caso de no aceptarla podría venir abajo el sistema de partidos, es decir, su posición.

Para Schumpeter, se trata de una lucha oligopólica por la captura de votos, un mercado de votos. «El método democrático es aquel sistema institucional, para llegar a las decisiones políticas, en el que los individuos adquieren el poder de decidir por medio de una lucha de competencia por el voto del pueblo» (Schumpeter, 1988, p.343).

Con esta postura también aparecen términos como el clientelismo, lucha de poderes y la incidencia del dinero en esta competencia electoral. El dinero es una mercancía, donde se pagan por bienes o servicios, lo que se traduce en el financiamiento.

«Los problemas de financiamiento de los partidos políticos tienen cuando menos dos fuentes de tensión: un encarecimiento sistemático de los costos para mantener la organización[...] y un rendimiento decreciente» (Woldenberg, 2003, p.19). Es así como el desencanto por las instituciones como los partidos políticos se ha potenciado con un cambio generacional que tiene nuevas actitudes, evaluaciones y comportamientos, producto de la globalización.

Lo anterior «no implica necesariamente un rechazo a la actividad electoral de los partidos, tan sólo muestra que hay una creciente porción de ciudadanos que no se conforma únicamente con depositar un voto» (Mirón y Valdés, 1996, p.19).

Lo que significa que se deben crear nuevas formas de participación ciudadana y no sólo que la candidatura independiente lo sea, pero sí en la creación o amortización de figuras políticas o sistemas que favorezcan la representación y la inclusión del ciudadano en las decisiones y vida política del Estado.

El hecho de que sean ciudadanos los que estén al frente de algún cargo no significa que den resultados más favorables o que no los corrompa el poder. Los capaces o sabios también son susceptibles a sucumbir ante el poder y ante los intereses personales o de un grupo minoritario. Pero también es cierto que la igualdad de competencia debe existir porque «en circunstancias singulares, todo adulto, protegido por el derecho [...] debe ser considerado lo suficientemente bien cualificado para participar en el proceso democrático de gobierno del Estado» (Dahl, 1998, p.89).

Finalmente, México está ante el reto de responder al nuevo contexto social, a los nuevos comportamientos del ser humano, a la globalización. Debe hacerlo con la responsabilidad y el análisis que implica hablar sobre las formas de gobierno, sobre la equidad, la democracia y la transparencia. Aunado a abonar una cultura política donde el ciudadano corresponda con el interés y la responsabilidad que la requiere.

Referencias bibliográficas

Andrade, J. (2012). *El Derecho Electoral*. México: Oxford.

Berlo, D. (2004). *El proceso de la comunicación: introducción a la teoría y a la práctica (3ª. Edición., 1ra reimpresión)*. Buenos Aires: El Ateneo.

- Cadenas, H. (2016). La función del funcionalismo: una exploración conceptual, *Sociologías*. 18 (41), 196-214.
- Carrillo, M., Lujambio, A., Navarro, C. y Zovatto, D. (2003). *Dinero y contienda político Electoral. Reto a la Democracia*. México: FCE.
- Dahl, R. (1998). *La Democracia una guía para los ciudadanos*. Argentina: Taurus.
- Dieter, N. (2015). Ciencia política y justicia electoral. Quince ensayos y una entrevista. México: UNAM.
- Habermas, J. (1971). *Knowledge and Human Interest*. Boston: Beacon Press.
- Instituto Nacional Electoral (2020). Candidatos Independientes: Requisitos, derechos y obligaciones, *ine.mx*. Recuperado de <https://www.ine.mx/actores-politicos/candidatos-independientes/requisitos/>.
- Mirón, R. y Valdés, L. (1996). *Partidos y elecciones*. México: Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública.
- Ochoa, O. (2008). *La Reforma de Estado y la calidad de la democracia una reflexión sobre sus instituciones*. México: Porrúa.
- Recanses, L. (1999). *Tratado General de Sociología*. México: Porrúa.
- Reyes, J., Sandoval, E. y Alejandro M. (1994). *Partidos, Elecciones y cultura política en México*. México: UAEM, COMESCO.
- Schumpeter, J. (1988). *Capitalismo, socialismo y democracia*. Barcelona: Orbis.
- Teubner, G. (1988). *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*. Berlín: Gruyter.
- Teubner, G. (2002). El derecho como sujeto epistémico: hacia una epistemología constructivista del derecho, *Doxa*. Universidad de Alicante, (25), 533-571.
- Woldenberg, J. (2003). *Relevancia y Actualidad de la contienda político-electoral en Dinero y contienda político electoral*. México: FCE.


AVANCES EN MATERIA DE DESC A EN RELACIÓN
CON LOS PUEBLOS ORIGINARIOS. COMENTARIOS A
LA SENTENCIA «LHAKA HONHAT VS. ARGENTINA»
DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS
HUMANOS

*DEVELOPMENTS IN DESC A RELATED TO NATIVE PEOPLES.
COMMENTS TO THE JUDGMENT «LHAKA HONHAT VS.
ARGENTINA» OF THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN
RIGHTS*

Eugenia D'Angelo

Doctoranda en Estudios Avanzados en Derechos Humanos, Universidad Carlos III, Madrid. Magister Operador en Cooperación Internacional y Desarrollo, Universidad Montpellier 1, Magister Ciencias Políticas, Universidad Jean Moulin Lyon 3.


Contacto: dangelomeugenia@gmail.com

 <https://orcid.org/0000-0001-5067-8467>

Lucas Mantelli

Abogado por la Universidad Católica Argentina Magíster por la Universidad Autónoma de Madrid Ex visitante profesional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Contacto: ucasmantelli@hotmail.com

 <https://orcid.org/0000-0002-2418-636X>

Recibido: 26.04.2020/Aceptado: 17.06.2020

RESUMEN

El caso de «*Lhaka Honhat vs. Argentina*» ha implicado un avance en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al considerar vulnerados en forma autónoma los derechos a un ambiente sano, al agua, a la alimentación y a la identidad cultural de los pueblos originarios víctimas en el proceso, en relación con lo dispuesto por el artículo 26 de la Convención Americana de los Derechos Humanos.

PALABRAS CLAVE

Derechos Humanos, Sistema Interamericano, DESC A, grupos en situación de vulnerabilidad, comunidades indígenas.

ABSTRACT

The case of «*Lhaka Honhat vs. Argentina*» has involved a breakthrough in the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights, considering that the rights to a healthy environment, water, food and cultural identity of the native peoples who are victims in the process, were autonomously violated, related to article 26 of the American Convention of Human Rights.

KEYWORDS

Human Rights, Inter-American System, DESC A, vulnerable groups, indigenous communities.

Sumario

Introducción | Hechos sobresalientes del caso | La conexidad de los derechos y su fundamentación | Metodología utilizada por la Corte IDH | Derecho al ambiente sano | Derecho a la alimentación adecuada | Derecho al agua | Derecho a la identidad cultural | Reparaciones | Conclusiones | Referencias bibliográficas

Introducción

Cada vez que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte, Tribunal Interamericano, o Corte IDH) debe fallar sobre derechos económicos, sociales, culturales, y —ahora también—, ambientales (en adelante, DESCAs), se generan discusiones sobre la justiciabilidad en su seno, pero también entre los y las estudiosos y estudiosas del derecho.

En esta oportunidad, el caso de las comunidades indígenas miembros de la asociación *Lbaka Honbat* (Nuestra Tierra) vs. Argentina (en adelante «la Sentencia» o «el caso *Lbaka Honbat*»), constituye un hito en la jurisprudencia interamericana fundamentalmente por tres razones. En primer lugar, es la primera vez que la Corte se pronuncia de manera autónoma sobre DESCAs que atañen a pueblos y comunidades indígenas. En segundo término, a diferencia de lo dispuesto en precedentes anteriores, en el caso *Lbaka Honbat* declara la vulneración simultánea de más de un DESCAs de forma directa y autónoma vía artículo 26 del Pacto de San José —derecho a la identidad cultural, en lo atinente a participar en la vida cultural, derecho al medio ambiente sano, derecho a la alimentación, y derecho al agua—.¹ En tercer lugar, las reparaciones ordenadas están centradas de manera diferenciada, tratando de recomponer cada uno de los derechos sociales, culturales y ambientales declarados violados en la sentencia (Ferrer, 2020, párr. 4).

En consecuencia, sin perjuicio de que la Corte IDH encontró cercenado también el derecho de propiedad comunitaria de la población indígena, este comentario jurisprudencial se enfocará en los DESCAs declarados violados y en las reparaciones ordenadas por el tribunal interamericano.

En principio, se destacarán los hechos sobresalientes del caso y su conexidad con la violación simultánea de los DESCAs de la comunidad. A continuación, se efectuarán comentarios con relación a la metodología utilizada por la Corte IDH, en cuanto a la justiciabilidad de los DESCAs, y se describirá el alcance y contenido de los derechos a un ambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua y a la identidad cultural, mencionando los estándares y las obligaciones impuestas a los Estados. Por último, se desarrollarán las particularidades del caso en lo concerniente a las reparaciones ordenadas por el tribunal interamericano.

Hechos sobresalientes del caso

El problema central radica en la coexistencia de dos comunidades con culturas diferentes: por un lado, las cerca de 10.500 personas que conforman *Lbaka Honbat* (la cual, a su

¹ Como resalta el juez Ferrer Mac Gregor (2020, párr.4) en su voto razonado «esta cuestión resulta de especial relevancia debido a que la Sentencia demuestra que varios derechos pueden ser derivados de la Carta de la OEA de manera simultánea en un caso concreto».

vez está compuesta por 132 comunidades, con diferencias en sus cosmovisiones)², y por el otro, las 635 familias de criollos y criollas. Todas ellas cohabitan en una extensión de 400.000 hectáreas, del departamento Rivadavia, provincia de Salta, en el norte de la República Argentina.

La Corte señaló que, de conformidad con la prueba documental emitida por Salta, antes del año 1860 las comunidades indígenas «basaban su economía en la caza-pesca-recolección y alguna agricultura incipiente, sin tener asentamientos poblacionales estables [y que] solamente habían incorporado la oveja y el caballo, que criaron en número reducido». La misma documentación agrega que «a partir de la década de 1860, la población criolla asentada en el departamento Rivadavia introdujo la ganadería mayor, y que desde inicios el siglo XX, esto condujo al deterioro de los recursos forrajeros herbáceos y arbustivos y a la expansión de especies leñosas invasoras». Más aún, las comunidades criollas instalaron alambrados para el control del ganado que afectaron la disponibilidad del agua para las y los miembros de *Lbaka Honbat*, al dificultarles el acceso a los cursos de agua existentes en el territorio.

Además de esta afectación, la Corte IDH consideró que la comunidad *Lbaka Honbat*, soportó sobre su territorio deforestación ilegal llevada adelante por terceras personas y que la misma, según pericias realizadas, «contribuy[ó] a la desaparición de la cubierta vegetal y por ende animal de la zona», evidenciándose que «tuvo consecuencias negativas para el ambiente y para las comunidades indígenas». Tan compleja es la situación social en la que se desarrollan los hechos de este caso, que los mismos hombres miembros de la comunidad *Lbaka Honbat* son muchas veces empleados como mano de obra irregular por empresas encargadas de la deforestación del monte. Este hecho, no debe parecer un detalle menor, puesto que evidencia la dependencia, precariedad y pobreza en las que subsisten las personas pertenecientes a *Lbaka Honbat*.

La conexidad de los derechos y su fundamentación

Es interesante destacar la interpretación que el tribunal realizó sobre los hechos del presente caso, al considerar que del acaecimiento de los mismos se derivó, no sólo una afectación al derecho a la propiedad comunitaria sino también a distintos derechos sociales, culturales y ambientales de la comunidad.

Es en este aspecto, donde la Corte IDH refuerza el concepto de interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos que viene sosteniendo desde hace tiempo. La particular vinculación que tienen los pueblos indígenas para con su suelo, nos permite vislumbrar, con un claro ejemplo, la interrelación de los derechos humanos referida. En tal sentido, en el presente caso, hechos que afectan a la propiedad colectiva, protegida principalmente a través del artículo 21 de la Convención Americana, y que es clasificado como un derecho civil y político, repercuten sobre los derechos a la identidad cultural, a la alimentación, al medioambiente y al agua, amparados en el artículo 26 y considerados derechos económicos, sociales y culturales, y viceversa.³ Solamente que, en esta oportunidad la afectación a ambos grupos de derechos es

²La Corte IDH (Comunidades indígenas miembros de la asociación *Lbaka Honbat* (nuestra tierra) vs. Argentina, 6 de febrero de 2020, párr. 35) considera presuntas víctimas a todas las comunidades indígenas indicadas por los representantes en sus alegatos finales escritos, que habitan los “ex lotes fiscales” 14 y 55 del departamento Rivadavia, de la provincia de Salta, Argentina. Concretamente, son presuntas víctimas del caso las personas pertenecientes a las 132 comunidades que existan o puedan existir en virtud del proceso ancestral de “fisión-fusión”, propio de estas comunidades nómadas.

³ Ver al respecto, el voto razonado del Dr. Ferrer Mac Gregor, al que hemos hecho referencia *supra* en su apartado primero titulado: “La tierra y el territorio: su protección diferenciada desde la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los DESCAs”.

considerada en pie de igualdad por el Tribunal al declarar la violación directa del mencionado artículo 26.

Por lo demás, está interdependencia y conexidad entre los distintos «grupos» de derechos se replica en la sentencia al interior de uno de ellos, es decir, con relación a los DESCAs. En tal sentido, la Corte dedicó un apartado a desarrollar la particular interdependencia que se da, de forma abstracta, entre los derechos a un ambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua y a la identidad cultural, analizando luego los hechos que concretamente vulneraban estos derechos. Lo dicho queda plasmado, cuando el Tribunal, al subsumir los estándares a los hechos del caso, considera que las actividades de ganadería realizadas por las comunidades criollas y la explotación maderera ilegal efectuada por terceras personas erosionaron el territorio indígena, afectando el medio ambiente, y en consecuencia el modo en el que obtienen sus alimentos, el acceso al agua, y, su identidad cultural.

Metodología utilizada por la Corte IDH

La intención de este apartado, y principalmente del desarrollo que sigue, es analizar de una forma más concreta, cada uno de los DESCAs que el tribunal interamericano declaró justiciables de manera directa y autónoma vía artículo 26 de la Convención Americana. La justiciabilidad de estos derechos entraña desde hace tiempo grandes controversias, que han sido históricamente planteadas por las y los magistrados y magistradas en sus votos razonados. Las características del caso, al declarar violados cuatro derechos de este grupo de forma simultánea, hacen que su análisis se torne particularmente interesante.

Derecho al ambiente sano

En principio, para referirnos al reconocimiento y alcance que otorga la Corte a este derecho, debemos indefectiblemente referirnos a la Opinión Consultiva OC-23/17. Así, la Corte IDH (Opinión consultiva 23/17, 15 de noviembre de 2017, párr. 59) entiende que el derecho a un ambiente sano «constituye un interés universal», que «es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad», y que «como derecho autónomo [...] protege los componentes del [...] ambiente, tales como bosques, mares, ríos y otros, como intereses jurídicos en sí mismos, aun en ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas individuales. Se trata de proteger la naturaleza» (*Ibid*, párr. 62), no solo por su utilidad o efectos respecto de los seres humanos, «sino por su importancia para los demás organismos vivos con quienes comparte el planeta».

Esta posición es trascendental puesto que el tribunal asume una postura naturista, avanzando en línea con los reconocimientos jurídicos regionales al ambiente.⁴ Si bien la Corte recepta a lo largo

⁴ En esta inteligencia, debemos hacer una diferenciación importante: Por el momento, la naturaleza, no es reconocida como sujeto de derechos en forma general en las constituciones de los países del mundo, sino más bien excepcionalmente. Sí, podemos afirmar que el ambiente sano es considerado como un derecho humano, es decir, objeto de derecho. Ejemplo de lo primero es la Constitución Nacional de Ecuador, que en 2008 fue la primera en el mundo en consagrar los derechos del ambiente. Así, el artículo 71 afirma: «La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos». Para ilustrar el segundo caso, podemos referirnos al artículo 41 de la Constitución Nacional Argentina, la que, desde 1994 establece que «Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo».

de la sentencia, lo dicho en la Opinión Consultiva referida, esta es la primera vez que el tribunal interamericano reconoce este derecho en un caso contencioso.

La Corte IDH, reafirma en la sentencia, que el derecho a un ambiente sano «debe considerarse incluido entre los derechos [...] protegidos por el artículo 26 de la Convención Americana» (Comunidades indígenas miembros de la asociación *Lhaka Honhat* (nuestra tierra) vs. AR, 6 de febrero de 2020, párr. 202), dada la obligación de los Estados de alcanzar el desarrollo integral de sus pueblos, que surge de los artículos 30, 31, 33 y 34 de la Carta de la OEA. Además, tal como señala la Corte en la OC-23/17 (15 de noviembre de 2017, párr. 56), este derecho se encuentra expresamente reconocido por el artículo 11 del Protocolo de San Salvador, pero además en normas del *corpus iuris* internacional, como la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, la Declaración de Derechos Humanos de la Asociación de Naciones del Sudeste de Asia y la Carta Árabe de Derechos Humanos. Además, cita las normas de derecho interno constitucionales de la Argentina y de la provincia de Salta.⁵

Asiste razón a la Corte al señalar que la importancia de estos deberes no son más que el reflejo del principio de prevención, una de las bases del derecho ambiental, en virtud de formar parte del derecho internacional consuetudinario. Al derecho ambiental le interesa antes que nada la prevención del daño, y en caso de producirse éste, su pronta reparación o restablecimiento de las condiciones anteriores a su ocurrencia. El principio preventivo actúa *ex ante* la producción del daño, cuando este es previsible. A decir de Berros (2010), este principio «se apoya en la confianza en los expertos y en la ciencia que permiten prevenir aquello que es previsible» (p.10).

En cuanto a las obligaciones que recaen en cabeza de los Estados, la Corte señala que no solo rige la obligación de respeto⁶, cuyas formas de observancia consisten en prevenir violaciones tanto de agentes o entidades públicas como de privados; sino que, además, los Estados tienen la obligación de supervisión y fiscalización. El fin, en este caso, es garantizar los derechos humanos, protegiéndolos de las acciones de entidades públicas, así como de personas privadas.⁷

Derecho a la alimentación adecuada

La Corte IDH declaró violado, también por primera vez, de forma directa y autónoma el derecho a una alimentación adecuada. Para derivar el derecho de la Carta de la OEA, en el primer párrafo de su apartado, la Corte IDH citó su artículo 34 inciso J. El mismo, se encuentra en la primera parte del cuerpo normativo referido, en el capítulo VII bajo el título «desarrollo

⁵ En este orden, la Corte hace alusión al artículo 41 de la Constitución Nacional argentina que reconoce expresamente el derecho a un ambiente sano, y los artículos 30 y 80 de la constitución de la provincia de Salta.

⁶ La obligación de respeto se incluye en lo dispuesto por el artículo 1.1. de la Convención Americana. El mismo, señala que los Estados “deben abstenerse” de “contaminar ilícitamente el medio ambiente de forma que se afecte las condiciones que permiten la vida digna de las personas, por ejemplo, mediante el depósito de desechos de empresas estatales en formas que afecten la calidad o el acceso al agua potable y/o fuentes de alimentación” (Corte IDH, Comunidades indígenas miembros de la asociación *Lhaka Honhat* (nuestra tierra) vs. AR, 6 de febrero de 2020, párr. 207). La enumeración de las conductas que debe realizar o abstenerse de realizar los Estados, no es taxativa. «(Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de malos derecho a la vida y a la integridad personal – interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) (*Ibid*, párr. 206).

⁷ Ver, *inter alia*, Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párrs. 86, 89 y 99 y Caso I.V. vs. Bolivia, párrs. 154 y 208. Ver en el mismo sentido, Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala, párr. 355.

integrab», y describe una serie de metas básicas propuestas por los Estados Americanos. Este inciso se dedicada de forma exclusiva al derecho a la alimentación.⁸

Además, el tribunal identificó al derecho a la alimentación en el artículo XI de la Declaración Americana y señaló el artículo 12.1 del Protocolo Adicional a la Convención Americana («Protocolo de San Salvador»). La mención a la alimentación en el primer instrumento jurídico internacional tiene especial relevancia por la función de interpretación e integración que la Corte le ha reconocido sobre las normas de la Carta de la OEA. Por último, antes de abordar los elementos constitutivos del derecho a la alimentación, la Corte IDH adujo la recepción del derecho en el sistema universal de protección, mencionando el art. 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el art. 11.1 del PIDESC, y en normativas del derecho interno del Estado argentino.

Posteriormente, con base en los instrumentos citados, pero principalmente en el trabajo desarrollado por el Comité DESC, la Corte IDH procedió a establecer el contenido del derecho a una alimentación adecuada y a fijar estándares interamericanos en la materia.

En primer lugar, citando al Comité, definió el ejercicio de este derecho, entendiéndolo pleno «cuando las personas tienen acceso físico y económico, en todo momento, a la alimentación adecuada o a medios para obtenerla [, sin que] deb[a] interpretarse [...] en forma estrecha o restrictiva asimilándolo a un conjunto de calorías, proteínas y otros elementos nutritivos concretos» (Corte IDH, Comunidades indígenas miembros de la asociación *Lbaka Honbat* (nuestra tierra) vs. AR, 6 de febrero de 2020, párr. 216). A continuación, mencionó como contenidos básicos del mismo las notas de disponibilidad y accesibilidad. «La disponibilidad de alimentos [debe darse] en cantidad y calidad suficientes para satisfacer las necesidades alimentarias de los individuos, sin sustancias nocivas, y aceptables para una cultura determinada» (*Ibid*, párr. 217). El individuo debe poder acceder a ellos, de forma directa (explotando la tierra) o indirecta (mediante la comercialización). En cuanto a la accesibilidad, estableció que esta comprende tanto de manera económica como física y se debe dar en formas que sean sostenibles y que no dificulten el goce de otros derechos humanos (*Ibid*, párr. 219).

Por último, en cuanto a las obligaciones de los Estados, sentenció que tienen el deber de respetar el derecho a la alimentación (conforme el artículo 1.1. de la Convención Americana) y también el de garantizarlo. Forma parte de esta última obligación el deber de «protección» del derecho, en el cual el Estado parte debe evitar que terceros priven a los individuos del acceso a una alimentación adecuada (*Ibid*, párr. 221).

Derecho al agua

La inclusión del derecho al agua en la sentencia es otro de los avances de la Corte, al otorgarle un tratamiento independiente, aun cuando su vulneración no fue alegada directamente por las partes ni por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

⁸ El artículo 34 menciona que: «Los Estados miembros convienen en que la igualdad de oportunidades, la eliminación de la pobreza crítica y la distribución equitativa de la riqueza y del ingreso, así como la plena participación de sus pueblos en las decisiones relativas a su propio desarrollo, son, entre otros, objetivos básicos del desarrollo integral. Para lograrlos, convienen asimismo en dedicar sus máximos esfuerzos a la consecución de las siguientes metas básicas: [...] j) Nutrición adecuada, particularmente por medio de la aceleración de los esfuerzos nacionales para incrementar la producción y disponibilidad de alimentos» (Organización de Estados Americanos [OEA], 1948).

La Corte IDH consideró que, si bien este derecho tiene estrecha vinculación con el derecho a la identidad cultural o a la alimentación, posee características propias y representa una importancia particular para las y los miembros de las comunidades indígenas. En este orden, resulta innegable que tanto el acceso, la utilización del agua, y el modo en el que este se desarrolla, es central al ser un elemento vital, pero también por su incidencia en el desarrollo de la vida cultural (Comunidades indígenas miembros de la asociación *Lbaka Honbat* (nuestra tierra) vs. AR, 6 de febrero de 2020, párrs. 243-245).

De esta forma, en la sentencia, el tribunal interamericano incluyó el derecho referido dentro del plexo de derechos protegidos por el artículo 26 de la Convención Americana. Señala que esto se infiere de las normas de la Carta de la OEA, en tanto las mismas permiten derivar derechos de los que, a su vez, se desprende el derecho al agua.⁹ Es claro: el texto de dicha Carta no reconoce expresamente al derecho referido. La Corte, deriva la existencia y obligación del respeto de este a través de una interpretación amplia de textos convencionales aplicables.¹⁰

Creemos necesario dejar asentado, en este comentario, que el Juez relator del caso, Dr. Sierra-Porto, consideró en su voto razonado que el reconocimiento es peligroso, ya que al hacerlo mediante el uso del principio *iura novit curiae*, la Corte no logra fundamentar adecuadamente su pertenencia a los derechos incluidos en el artículo 26 de la Convención Americana. Según el magistrado, este criterio, deja abierta la posibilidad de incluir en este artículo cualquier derecho cuya derivación pueda mínimamente aducirse de algunos de los enunciados por el mismo.

La Corte IDH, para fundar su decisión señala que la Declaración Universal de los Derechos Humanos contempla en su artículo 25 el derecho a «un nivel de vida adecuado», como también lo hace el PIDESC en su artículo 11. Manifiesta que este derecho debe considerarse inclusivo del derecho al agua, como lo ha hecho notar el Comité DESC, que también ha considerado su relación con otros derechos. Basándose en lo expuesto, la Corte aduce que en el ámbito universal el derecho aquí referenciado ha sido reconocido, aún pese a la falta de una inclusión expresa general. No obstante, aclara que algunos tratados del sistema universal que se refieren a aspectos

⁹ La Corte ha indicado en otras oportunidades que el derecho a la salud se incluye en el artículo 26, pues se deriva de los artículos 31.i, 31.l y 45.h de la Carta (cfr. Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile, párr.106, y Caso Hernández Vs. Argentina, párr. 64). En este orden, la relación entre alimentación, salud y agua resulta evidente, y así ha sido advertido por el Comité DESC, en los siguientes términos: «el derecho al agua [...] está indisolublemente asociado al derecho al más alto nivel posible de salud [...] y a] una alimentación adecuada (Comité DESC. Observación General 15. El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), párr. 3)» (Corte IDH, Comunidades indígenas miembros de la asociación *Lbaka Honbat* (nuestra tierra) vs. AR, 6 de febrero de 2020, párr. 222). La Corte, además, ha recordado que «[e]ntre las condiciones necesarias para una vida digna, [...] se ha referido al acceso y calidad del agua, alimentación y salud, [...] cuyo contenido y alcance ha sido ya definido en la jurisprudencia del Tribunal Interamericano, «indicando que estas condiciones impactan de manera aguda el derecho a una existencia digna y las condiciones básicas para el ejercicio de otros derechos humanos» (*Ibid*). Por otro lado, la Corte IDH «ha incluido la protección del [...] ambiente como una condición para la vida digna» (*Ibid*). En consonancia con lo dicho, el tribunal interamericano alertó que «la salud requiere de ciertas precondiciones necesarias para una vida saludable, por lo que se relaciona directamente con el acceso a la alimentación y al agua [y que] la contaminación ambiental puede causar afectaciones a la salud [...] por lo que la protección del ambiente se relaciona directamente con el acceso a la alimentación, al agua y a salud (*Ibid*).

¹⁰ Como argumenta la Corte en la sentencia aquí comentada, el Tribunal, con anterioridad, ha adoptado decisiones sobre la base de advertir la existencia de derechos a partir del contenido de otros, que surgen de textos convencionales aplicables. Así se ha hecho, por ejemplo, respecto al «derecho a la verdad»: la Corte ha indicado que «toda persona, incluyendo los familiares de las víctimas de graves violaciones a derechos humanos, tiene, de acuerdo con los artículos 1.1, 8.1, 25, así como en determinadas circunstancias el artículo 13 de la Convención, el derecho a conocer la verdad (Caso Gelman Vs. Uruguay, párr. 243, y Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C No. 252, párr. 298; también, en el mismo sentido, Caso Trujillo Oroza Vs. Bolivia. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2002. Serie C No. 92, párr. 114, y Caso Omeara Carrascal y otros Vs. Colombia, párr. 256)» (*Ibid*).

específicos de protección de los derechos humanos sí hacen referencia expresa al agua.¹¹ Además, la Corte refiere normas del derecho constitucional interno del Estado argentino y de la provincia de Salta que hacen alusión al medioambiente sano y al uso de las aguas.

En esta línea de argumentación, la Corte, sigue lo dicho por el Comité DESC quien señala que este recurso no puede considerarse como un mero bien económico, sino que deben tenerse en cuenta sus características sociales y culturales, respetándose, bajo cualquier circunstancia, los siguientes estándares y factores: a) disponibilidad: el abastecimiento del recurso debe ser continuo y suficiente tanto para los usos personales como domésticos de todas las personas, sin discriminación; b) calidad: el agua que reciban las comunidades debe ser salubre, tener un color, olor y sabor aceptables y c) accesibilidad: todas las personas tienen derecho a gozar y acceder a las instalaciones y servicios de agua.¹²

En cuanto a las obligaciones que conlleva el derecho al agua, el Tribunal Interamericano señala que rigen los deberes de respetar su ejercicio, así como el deber de garantía, señalados en el artículo 1.1 de la Convención. Agrega, que, si bien ha indicado en su jurisprudencia que el acceso al agua entraña obligaciones de realización progresiva, «los Estados tienen obligaciones inmediatas, como garantizar [dicho acceso] sin discriminación y adoptar medidas para lograr su plena realización» (Corte IDH, Comunidades indígenas miembros de la asociación *Lbaka Honbat* (nuestra tierra) vs. AR, 6 de febrero de 2020, párr. 229).¹³ Entre las obligaciones estatales que pueden entenderse comprendidas en el deber de garantía se encuentra la de brindar protección frente a actos de particulares, que exige que los Estados impidan a terceros que menoscaben el disfrute del derecho al agua, así como garantizar un mínimo esencial de agua en aquellos «casos particulares de personas o grupos de personas que no están en condiciones de acceder por sí mismos al agua [...], por razones ajenas a su voluntad» (*Ibid.*).¹⁴

La Corte, al señalar que los Estados deben prestar especial atención a las personas y grupos de personas más vulnerables, y que tradicionalmente han tenido más dificultades para ejercer este derecho, incluye expresamente a los pueblos indígenas.

Sin perjuicio de lo expuesto, creemos que, será necesario que la Corte, en sentencias posteriores aclare y establezca en qué casos este tipo de interpretación es posible, a los fines de no dejar a los Estados frente a una fuerte inseguridad jurídica, al no poder conocer y/o defenderse, *a priori*

¹¹ Ejemplo de lo dicho son la «Convención sobre los Derechos del Niño, en el artículo 24, o la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, en el artículo 14, referido a problemas especiales a que hace frente la [...] mujer de las zonas rurales» (Corte IDH, Comunidades indígenas miembros de la asociación *Lbaka Honbat* (nuestra tierra) vs. AR, 6 de febrero de 2020, párr. 223).

¹² En cuanto a la «accesibilidad» del agua y las características de la misma, el Comité DESC, explicó que «presenta cuatro dimensiones superpuestas: i) Accesibilidad física. El agua y las instalaciones y servicios de agua deben estar al alcance físico de todos los sectores de la población. [...] ii) Accesibilidad económica. El agua y los servicios e instalaciones de agua deben estar al alcance de todos. Los costos y cargos directos e indirectos asociados con el abastecimiento de agua deben ser asequibles y no deben comprometer ni poner en peligro el ejercicio de otros derechos reconocidos en el PIDESC iii) No discriminación. El agua y los servicios e instalaciones de agua deben ser accesibles a todos de hecho y de derecho, incluso a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos. iv) Acceso a la información. La accesibilidad comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información sobre las cuestiones del agua» (*Ibid.*, párr. 227).

¹³ Conforme a lo dicho por el tribunal interamericano en la Opinión Consultiva OC-23/17 (15 de noviembre de 2017) es que el Derecho humano al agua es de tal importancia para la vida de la especie humana, que no puede un Estado ampararse en que ha realizado ciertas acciones tendientes a intentar asegurar el goce del derecho, sino que debe velar porque las políticas públicas instauradas sean eficientes y efectivas (párr. 111).

¹⁴ La Corte señaló que igual consideración corresponde al derecho a la alimentación, conforme lo señalado en la Opinión Consultiva OC-23/17 (15 de noviembre de 2017, párr. 121).

de posibles vulneraciones al artículo 26.

Derecho a la identidad cultural

Como hemos señalado, a partir de esta sentencia, se incorpora además el derecho a la identidad cultural como justiciable de forma directa vía artículo 26 de la Convención Americana. La Corte IDH encontró derivada esta prerrogativa de los artículos 30, 45.f, 47 y 48 de la Carta de la OEA, todos ubicados dentro del capítulo VII bajo el título de «Desarrollo integral».¹⁵

Además, el tribunal interamericano mencionó una serie de instrumentos jurídicos nacionales e internacionales en los cuales encontró receptado el derecho a la identidad cultural. Con relación al sistema regional, agregó el artículo XIII de la Declaración Americana y el artículo 14.1.1. del Protocolo de San Salvador. Al respecto del sistema universal de protección, citó el artículo 27.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los artículos 15.1.a y 27 del PIDESC y el PIDCP respectivamente. Por último, expresó que el derecho a la identidad cultural se encuentra receptado en la Constitución Nacional del Estado argentino, así como también en la Constitución de la provincia de Salta.

A continuación, y previamente a determinar el alcance y contenido del derecho, la Corte IDH hace propio el concepto de «cultura» señalado por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), quien la ha definido como «el conjunto de los rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social y que abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias» (Corte IDH, Comunidades indígenas miembros de la asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. AR, 6 de febrero de 2020, párr. 237).

Posteriormente, siguiendo al Comité DESC, el tribunal interamericano reconoció los elementos de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad, adaptabilidad e idoneidad como necesarios para la realización del derecho a la identidad cultural.

Para finalizar, la Corte IDH menciona las obligaciones estatales descritas por el Comité DESC, en cuanto a que el Estado debe adoptar las medidas necesarias para la plena realización del derecho y, además, impedir que otros interfieran en su goce (*Ibid*, párr. 242).

Reparaciones

Las notas más destacadas de las reparaciones ordenadas por el tribunal interamericano en esta sentencia se basan en su orientación tendiente a la subsanación individual de cada uno de los derechos humanos cercenados a la comunidad indígena, pese a las acciones estatales.

Sin perjuicio de las medidas adoptadas para la restitución del derecho de propiedad, es la primera vez que en «materia indígena [no se centran] las reparaciones desde una visión de la `tierra´ como

¹⁵ De estos artículos se desprende que: dentro del desarrollo integral que deben abordar los pueblos americanos se encuentra el campo de la cultura (art. 30); como principio se debe incorporar y acrecentar la participación de los sectores marginales de la población, tanto del campo como de la ciudad, en la vida cultural, con la finalidad de integrar la comunidad nacional (art. 45.f); es una obligación de los Estados estimular la cultura y comprometerse, de forma solidaria, a preservar y enriquecer el patrimonio cultural de los pueblos americanos (art. 48).

aspecto de posesión comunal, sino que se fundamenta[n] en la reparación integral de aspectos diferenciados del territorio» (Ferrer, 2020, párr. 60)

En este sentido, la Corte IDH le ordenó al Estado argentino: con relación al derecho a la alimentación y al agua: elaborar en el plazo de 6 meses, un estudio que identifique situaciones críticas de falta de acceso al agua potable o alimentación, y en consecuencia, formule e implemente un plan de acción. Vinculado al derecho a un medio ambiente sano ordenó que: elabore en el plazo de un año, un estudio que considere acciones para la conservación de aguas y para evitar y remediar su contaminación, garantizar el acceso permanente al agua potable, evitar que continúe la pérdida o disminución de recursos forestales y procurar su recuperación, y posibilitar el acceso a una alimentación nutricional y culturalmente adecuada.

En lo concerniente al derecho a la identidad cultural, y también en concepto de daño material e inmaterial sufrido, ordenó crear un fondo de desarrollo comunitario por un monto de US\$ de 2.000.000 (dos millones de dólares estadounidenses) que deberá ser implementado en un plazo no mayor a cuatro años, y por último, con relación al derecho de propiedad comunitaria indígena, ordenó que en un plazo de 6 años el Estado delimite, demarque y otorgue un título único que reconozca la propiedad de dichas comunidades, y que, a su vez, adopte las medidas necesarias para dotar de seguridad jurídica a este derecho. También le ordenó a la Argentina, que remueva del territorio indígena, los alambrados y el ganado de pobladores y pobladoras criollos y criollas, y concrete el traslado de esta población fuera del territorio ancestral, absteniéndose además de realizar cualquier tipo de acción (por sí mismo o autorizando el accionar de terceros) que de algún modo pueda afectar la existencia, valor, uso o goce del territorio indígena.

Por otro lado, la Corte IDH, conminó al Estado a presentar informes semestrales en cuanto al avance de la medida de restitución del territorio indígena, específicamente en lo concerniente a su obligación de delimitar, demarcar y otorgar un título colectivo a la comunidad (Corte IDH, Comunidades indígenas miembros de la asociación *Lhaka Honhat* (nuestra tierra) vs. AR, 6 de febrero de 2020, p. 123). En la misma tónica, sentenció al Estado argentino a que informe dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación de la sentencia, la adopción de todas las medidas implementadas con el fin de cumplir con lo ordenado por el Tribunal (*Ibíd*).

Con respecto a la obligación semestral mencionada, es interesante destacar la crítica y oposición a la misma realizada por el magistrado Sierra Porto. Al respecto, el juez relator, señaló que los «criterios en base a los cuales se pretende adelantar [la] supervisión [de la Corte] son desproporcionados, [...] [a través de actividades] que, en virtud del principio de complementariedad, no le corresponden» (Sierra, 2020, párr.28). Además, sentenció que:

Más allá de las limitaciones teóricas y jurídicas, que surgen de la propia letra de la Convención que establece las competencias del Tribunal y su naturaleza complementaria, se encuentran las restricciones prácticas de que en este complejo ir y venir entre el actuar estatal e internacional haga que el Tribunal se convierta en una suerte de contraloría de las actividades estatales (Sierra, 2020, párr.29).

Conclusiones

Como se señaló en la introducción, este precedente tiene aspectos novedosos y trascendentes que sin dudas lo convertirán en una destacada sentencia del tribunal interamericano. Pero como tal, también traerá consigo amplios debates académicos. Por primera vez, la Corte IDH declara justiciable de forma directa y autónoma, en una sentencia contenciosa, los derechos al medio ambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua y a la identidad cultural. Además, es la primera oportunidad en la cual declara violado más de un DESCAs en un solo fallo, a través de esta modalidad.

Claramente, una de las novedades que más controversias traerá, es la justiciabilidad directa del derecho al agua. La forma en que la Corte IDH realiza el reconocimiento de este derecho en la Carta de la OEA, se aleja de la modalidad que venía utilizando en los precedentes de la materia a partir del fallo Lagos del Campo vs Perú.

Por otra parte, se destaca que, por primera vez en su historia, el tribunal interamericano reconoce en un caso contencioso el derecho a un ambiente sano, ya que, si bien con anterioridad se había explayado sobre su alcance, importancia y magnitud, lo había hecho en una Opinión Consultiva. La importancia que le concede la Corte a la salvaguarda y respeto del derecho a un ambiente sano respecto de los pueblos originarios, sostenida además por las medidas reparatorias que obran en la sentencia, podrá ser herramientas útiles para que en la región se implementen políticas públicas tendientes a buscar el desarrollo sostenible, en línea con los objetivos plasmados en la agenda 2030 por los países miembros de las Naciones Unidas.

Consideración aparte merecen las medidas de reparación impuestas por la Corte en la sentencia comentada, ya que podrían ser interpretadas como una forma sana y democrática de instaurar políticas públicas con enfoque en derechos humanos, a través de un diálogo con el Estado, o, por el contrario, convertirse en una ampliación desmesurada de las actividades de supervisión de cumplimiento, conforme lo advierte el magistrado colombiano. Pareciera ser que solo el devenir del tiempo aclarará este aspecto.

Para finalizar, sin perjuicio de las controversias jurídicas señaladas, debemos concluir que el presente pronunciamiento se erige como un reconocimiento histórico a una comunidad que conforma uno de los grupos más vulnerables, discriminados y olvidados, del norte argentino. Sin lugar a dudas, el cumplimiento de la sentencia por parte del Estado no solo honrará las obligaciones internacionales asumidas, sino que también le aportará más dignidad al país y a la región.

Referencias bibliográficas

- Argentina, Cámara de diputados de la provincia de Salta (1986). *Constitución de la provincia de Salta*. Recuperado de <https://bit.ly/2ZqkPv5>.
- Argentina, Congreso de la Nación Argentina (1994). *Constitución nacional de la República Argentina*. Recuperado de <https://bit.ly/3cGGW3T>.
- Berros, V. (2010). Algunas reflexiones para re-observar el problema ambiental, *Jurisprudencia Argentina. IV (12)*, 1-31. Recuperado de <https://bit.ly/2LSrHJH>.

Comité de derechos económicos, sociales y culturales (2002). *Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales observación general n. 15*, Ginebra. Recuperado de <https://url2.cl/NjJTZ>.

Corte Interamericana de Derechos Humanos:

(4 de julio de 2006). *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Recuperado de <https://bit.ly/3dUChvt>.

(2017). *Opinión Consultiva OC-23/17. Medio Ambiente y Derechos Humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la convención americana sobre derechos humanos)*. Recuperado de <https://bit.ly/2X806JC>.

(6 de febrero de 2020). *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat vs. Argentina*. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Recuperado de <https://bit.ly/36gIa3G>.

Ecuador, Asamblea Nacional de Ecuador (2008). *Constitución Nacional de Ecuador*. Recuperado de <https://bit.ly/3dV5573>.

Ferrer, E. (6 de febrero de 2020). Voto razonado, *Caso comunidades indígenas miembros de la asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc_ferrer_400_esp.docx.

Organización de Estados Americanos (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, San José. Recuperado de <https://bit.ly/2TeklnE>.

Sierra, H. (6 de febrero de 2020). Voto razonado, *Caso comunidades indígenas miembros de la asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/jurisprudencia_reciente.cfm?lang=es.

INFORME EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS: ESTÁNDARES INTERAMERICANOS

BUSINESS AND HUMAN RIGHTS REPORT: INTER-AMERICAN STANDARDS

Sumario

Introducción | Criterios interamericanos fundamentales en materia de empresas y derechos humanos | Obligaciones internacionales de los Estados en el contexto de actividades empresariales a la luz de los estándares interamericanos | Los efectos de las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos sobre las empresas | Contextos interamericanos de especial atención en el ámbito de empresas y derechos humanos | La centralidad de las víctimas y los impactos diferenciados sobre poblaciones en situación de vulnerabilidad en el ámbito de empresas y derechos humanos en la región | Recomendaciones

Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹

Introducción

Antecedentes

1. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH o Comisión) y su Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (REDESCA o Relatoría Especial) subrayan la vigencia y alta relevancia de los diálogos e iniciativas llevados adelante en diversos espacios a nivel internacional y local dentro del campo conocido como «empresas y derechos humanos». Teniendo presente estos desarrollos y los propios del sistema interamericano, consideran que resulta fundamental establecer el significado de las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos, analizadas a partir de los contextos relacionados con las actividades empresariales a la luz de la experiencia interamericana.

[...]

8. Posteriormente, en 2005, la Comisión de Derechos Humanos solicitó al Secretario General de la ONU la designación de un Representante Especial para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas², mandato encargado al Profesor John Ruggie, quien al culminar su trabajo elaboró los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar

¹ Nota del editor. El contenido de este apartado es un resumen textual preparado por el equipo de la Revista Cuaderno Jurídico y Político a partir del texto oficial publicado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Se han suprimido algunas notas al pie que estaban en el texto original que se seleccionó para la elaboración de este resumen; por tanto, se advierte que la numeración de las notas al pie de este resumen no se corresponde con la numeración original de la opinión en su versión completa en español. También se advierte que se ha respetado, excepcionalmente, el estilo de citación del original que consigna al pie las referencias.

² Comisión de Derechos Humanos. Resolución No. 2005/69: Derechos humanos y empresas transnacionales y otras empresas comerciales. UN Doc. E/CN.4/2005/L.10/Add.17, 20 de abril de 2005.

y remediar” (Principios Rectores)³, respaldadas por el Consejo de Derechos Humanos por Resolución 17/4 de 16 de junio de 2011, en la cual, además, se decide crear un Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas (Grupo de Trabajo sobre empresas y derechos humanos) y un Foro anual sobre el tema bajo la dirección de éste.⁴ Al respecto, es importante mencionar que dentro de las competencias de este mecanismo especial se encuentra la realización de visitas de país con objeto de dialogar con actores clave y emitir recomendaciones específicas para el contexto de empresas y derechos humanos que se evalúa; en ese marco resalta que 6 de las 13 visitas realizadas por el Grupo de Trabajo hasta el momento hayan sido en nuestro hemisferio: Estados Unidos⁵, Brasil⁶, México⁷, Canadá⁸, Perú⁹ y Honduras.¹⁰

[...]

23. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH o Corte), por su parte, también ha sostenido una jurisprudencia constante a este respecto. Así, por ejemplo, resaltan la Opinión Consultiva sobre el principio de igualdad y no discriminación y los trabajadores migrantes de 2003, solicitada por el Ilustre Estado mexicano; allí la Corte consideró que los Estados no deben permitir que los empleadores privados violen los derechos de los trabajadores migrantes, ni que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales.¹¹ También destaca la Opinión Consultiva sobre la personalidad jurídica de los sindicatos, las federaciones y las confederaciones para presentarse ante el sistema interamericano en defensa de sus propios derechos, solicitada por el Ilustre Estado panameño¹²; y más recientemente la referida a las obligaciones de los Estados por actividades que pueden generar graves impactos al medio ambiente, solicitada por el Ilustre Estado de Colombia¹³, en donde la Corte refuerza la jurisprudencia constante de la CIDH al considerar que los Estados están obligados a respetar y garantizar los derechos humanos de todas las personas bajo su jurisdicción, aunque no estén dentro de su territorio, dando las bases para seguir desarrollando la aplicación extraterritorial de las normas de derechos humanos, las cuales requieren de un análisis particular cuando empresas o actores económicos están involucrados. También se pueden mencionar el caso sobre la temática de trabajo esclavo denominado “Trabajadores de la Hacienda Verde” respecto de

³ Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, UN Doc. A/HRC/17/31, 21 de marzo de 2011.

⁴ Consejo de Derechos Humanos. Resolución No. 17/4: Los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas. UN Doc. A/HRC/RES/17/4, 6 de julio de 2011.

⁵ Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas. Misión a los Estados Unidos de América. UN Doc. A/HRC/26/25/Add.4, 6 de mayo de 2014.

⁶ Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas. Misión a Brasil. UN Doc. A/HRC/32/45/Add.1, 12 de mayo de 2016.

⁷ Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas. Misión a México. UN Doc. A/HRC/35/32/Add.2, 27 de abril de 2017.

⁸ Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas. Misión a Canadá. UN Doc. A/HRC/38/48/Add.1, 23 de abril de 2018.

⁹ Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas. Misión a Perú. UN Doc. A/HRC/38/48/Add.2, 9 de mayo de 2018.

¹⁰ Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas. Declaración de las Naciones Unidas al final de la visita a Honduras, 28 de agosto de 2019.

¹¹ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.

¹² Corte IDH. Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016. Serie A No. 22.

¹³ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017., Serie A No. 23.

Brasil¹⁴, el caso sobre los Pueblos Indígenas Kaliña y Lokono respecto de Surinam¹⁵, relacionado con los impactos de la industria extractiva sobre los pueblos indígenas, el caso Lagos del Campo respecto de Perú¹⁶, el cual involucró la falta de garantías para la libertad de expresión, asociación y derechos laborales de un dirigente de los trabajadores en una empresa privada en el Perú, o el caso Muelle Flores, relacionado con la afectación del derecho a la seguridad social de un adulto mayor por el incumplimiento de decisiones judiciales internas en el marco de un proceso de privatización de una empresa estatal en el mismo país.¹⁷

[...]

Objeto y alcance

25. El análisis que se realiza en el presente informe parte de la base de las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos en supuestos en los que las empresas se encuentran de alguna manera involucradas con la realización o afectación de dichos derechos. En ese sentido, no sólo sistematiza y reúne diversos pronunciamientos que se han dado dentro del sistema interamericano en relación con el tema, sino que desde un análisis sistemático y evolutivo busca clarificar, organizar y desarrollar dichos deberes estatales y los efectos que se pueden generar sobre las empresas desde la experiencia jurídica interamericana.

[...]

28. En concreto, este informe tiene por objeto principal esclarecer el contenido de las obligaciones de los Estados en este ámbito y los efectos que a nivel general se pueden producir sobre las empresas teniendo como base central los principales instrumentos interamericanos, en particular la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Americana o CADH) y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (Declaración Americana), la jurisprudencia interamericana existente sobre la materia y la inclusión articulada de avances internacionales a este respecto.

[...]

31. Asimismo, debe advertirse que este informe no busca presentar un análisis de todos los aspectos y desafíos jurídicos y contextuales en la materia, ni abordar aquellos retos particulares en derechos humanos que surgen en los diferentes sectores económicos o industrias o en relación con determinadas poblaciones en situación de vulnerabilidad. Tampoco pretende realizar un relato fáctico de los casos puestos en conocimiento de la CIDH, ni a comparar el funcionamiento, ventajas o debilidades de los diferentes sistemas nacionales en la región sobre el tema.

Crterios interamericanos fundamentales en materia de empresas y derechos humanos

[...]

¹⁴ Corte IDH. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318.

¹⁵ Corte IDH. Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309.

¹⁶ Corte IDH. Caso Lagos del Campo Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 340.

¹⁷ Corte IDH. Caso Muelle Flores Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de marzo de 2019. Serie C No. 375.

Centralidad de la persona y de la dignidad humana

42. La dignidad humana es inherente a todas las personas y constituye la base sobre la que se desarrollan los derechos humanos, es decir, fundamenta la construcción de los derechos de las personas como sujetos libres e iguales en dignidad y derechos. El ámbito de empresas y de derechos humanos debe hacer suya esta centralidad, en tanto la calidad de la dignidad humana representa el eje dinamizador e interpretativo de todo el sistema de protección de los derechos humanos, lo que implica la búsqueda de asegurar que en toda decisión se aplique el principio “*pro persona*”, en aras de alcanzarse el resultado que mejor proteja al ser humano y menos limite la realización de sus derechos fundamentales.

[...]

Igualdad y no discriminación

44. La CIDH ha establecido de manera consistente que el principio de igualdad y no discriminación es uno de los pilares de cualquier sistema democrático, así como una de las bases fundamentales del sistema de protección de derechos humanos establecido por la OEA. Por su parte, la Corte IDH lo ha llegado a considerar parte del “*ius cogens*” internacional.¹⁸ Asimismo, el sistema interamericano no sólo ha recogido una noción formal de igualdad, sino que avanza hacia un concepto de igualdad material o estructural que parte del reconocimiento de que ciertos sectores de la población requieren la adopción de medidas afirmativas de equiparación. Por ello, se debe incorporar un enfoque interseccional y diferencial, incluyendo la perspectiva de género, que tome en consideración la posible agravación y frecuencia de violaciones a los derechos humanos en razón de condiciones de vulnerabilidad o discriminación histórica de las personas y colectivos como el origen étnico, edad, sexo, orientación sexual, identidad de género o posición económica, entre otras condiciones, en el marco de las actividades y operaciones empresariales.

Derecho a un medio ambiente sano

46. La CIDH y su REDESCA reafirman la relación estrecha entre los derechos humanos, el desarrollo sostenible y el medio ambiente cuya interacción abarca innumerables facetas y alcances¹⁹; por ello, no sólo los Estados, al ejercer sus funciones regulatorias, fiscalizadoras y judiciales, sino también las empresas, en el marco de sus actividades y relaciones comerciales, deben tener en cuenta y respetar el derecho humano a un medio ambiente sano y el uso sostenible y conservación de los ecosistemas y diversidad biológica, poniendo especial atención a su estrecha relación con los pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y poblaciones rurales o campesinas. Eso incluye el aseguramiento y respeto, como mínimo, de todas las leyes ambientales vigentes y estándares o principios internacionales sobre la materia, poner en marcha procesos de debida diligencia respecto del impacto ambiental en los derechos humanos y el clima, garantizar el acceso a la información ambiental, los procesos participativos y la rendición de cuentas, así como la reparación efectiva a las víctimas por la degradación ambiental. No sólo se debe prestar atención a la dimensión individual del derecho a un medio ambiente sano, también se requiere dotar de efectividad a su componente colectivo, en tanto interés de alcance universal e intergeneracional; asimismo se debe dar la debida protección a las características propias del

¹⁸ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003 Serie A No. 18. párr.101.

¹⁹ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A No. 23, párrs. 47-55. Ver también: Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible. UN Doc. A/73/188, 19 de julio de 2018.

medio ambiente como bienes jurídicos en sí mismos, independientemente de la conexidad con su utilidad para los seres humanos.²⁰ En particular, a nivel regional, la REDESCA subraya la importancia de que los Estados ratifiquen y apliquen las disposiciones del Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe adoptado en 2018, conocido como Acuerdo de Escazú²¹, y subraya la obligación inmediata de los Estados de implementar estrategias y políticas basadas en los derechos humanos y con perspectiva de género para reducir las emisiones de efecto invernadero y los efectos del cambio climático, en la que se incluya las responsabilidades jurídicas de las empresas y la debida protección de las personas defensoras del medio ambiente.

[...]

Transparencia y acceso a la información

48. Un enfoque basado en derechos humanos respecto de las actividades y operaciones empresariales abre una nueva perspectiva a los esfuerzos por el respeto y garantía de tales derechos, teniendo como eje la dignidad y la autonomía de las personas. En ese sentido, asegurar mecanismos efectivos de transparencia y acceso a la información en este ámbito en relación con los derechos y libertades que pueden estar juego, no sólo desde la formulación de legislación y políticas públicas en cabeza del Estado, sino en aquellos mecanismos y planes liderados por las propias empresas, serán fundamentales para identificar y enfrentar de manera más adecuada los principales desafíos y riesgos que se identifiquen para la realización de los derechos humanos según las particularidades de cada contexto. Para estos efectos, el acceso a la información comprende aquella información que sea necesaria para el ejercicio o protección de los derechos humanos en el contexto de actividades empresariales, la cual debe ser suministrada de forma oportuna, accesible y completa. En la práctica, las empresas pueden poseer mucha información relacionada con los posibles impactos en los derechos humanos de sus planes y operaciones, y a menudo tienen esta información exclusivamente. Es necesario contrarrestar el desequilibrio que pueda existir en la generación, interpretación y divulgación de información entre las empresas, que actúan como generadores y propietarias de la información, y las comunidades y las propias autoridades; tales garantías serán centrales en los procesos y acciones de prevención, de supervisión y en su caso de investigación cuando existan violaciones y abusos a los derechos humanos.

[...]

Obligaciones internacionales de los Estados en el contexto de actividades empresariales a la luz de los estándares interamericanos

54. La Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en tanto instrumentos regionales fundamentales en materia de derechos humanos, establecen una serie de obligaciones en cabeza de los Estados para el ejercicio

²⁰ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A No. 23, párr. 62; CIDH. Situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas y tribales de la Panamazonía, OAS/Ser.L/V/II. Doc. 176, 29 de septiembre de 2019; REDESCA. REDESCA saluda decisiones tomadas en la región para enfrentar el cambio climático, 17 de abril de 2018, párr. 272-279.

²¹ Acuerdo regional sobre el acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia en asuntos ambientales en América Latina y el Caribe (Acuerdo de Escazú), adoptado el 4 de marzo de 2018.

y goce de los derechos humanos.²² En particular, de acuerdo a la jurisprudencia y a la práctica del sistema interamericano de derechos humanos, se considera que la Declaración Americana es una fuente de obligaciones jurídicas para los Estados Miembros de la OEA, incluyendo a los Estados que no son parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.²³ Así, la Comisión ha interpretado de forma amplia el alcance de las obligaciones establecidas en ambos instrumentos en el contexto de los sistemas universal e interamericano, a la luz de los desarrollos en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos. De forma más específica, distintos tratados interamericanos en materia de derechos humanos han ido recogiendo paulatinamente obligaciones estatales dirigidas a lograr una protección y promoción más efectiva de los derechos y libertades de los grupos de personas objeto del tratado respectivo.²⁴

55. En el caso de la Convención Americana, ésta reconoce en su artículo 1.1 la obligación de los Estados de respetar los derechos reconocidos en dicho instrumento y de garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna. Su artículo 2 contiene el deber de adoptar disposiciones de derecho interno – legislativas o de otro carácter – que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades contenidos en la Convención Americana. El artículo 26, por su parte, determina obligaciones adicionales de progresividad y de adoptar medidas concretas respecto de los derechos económicos, sociales y culturales, incluyendo el derecho a un medio ambiente sano.²⁵ A partir de estas disposiciones, a través de los trabajos de la Comisión y la Corte, se han ido definiendo los contenidos de las obligaciones generales que en particular se desprenden de la Convención Americana y la Declaración Americana en relación con casos y derechos particulares.

56. Así, desde su primera sentencia en un caso contencioso, la Corte Interamericana indicó que:

El artículo 1.1 es fundamental para determinar si una violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención puede ser atribuida a un Estado Parte. En efecto, dicho artículo pone a cargo de los Estados Partes los deberes fundamentales de respeto y de garantía, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho Internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención.²⁶

[...]

²² CIDH. Pueblos Indígenas, Comunidades Afrodescendientes y Recursos Naturales: Protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 47/15, 31 de diciembre de 2015, párr. 37.

²³ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A No. 10, párrs. 35-45; CIDH. Hacia el cierre de Guantánamo. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 20/15, 3 junio 2015, párrs. 16-23.

²⁴ En particular, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad; Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia; Convención Interamericana contra toda Formas de Discriminación e Intolerancia, Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.

²⁵ La Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoció mediante su Opinión Consultiva No 23/17 que el derecho a un medio ambiente sano está protegido por el artículo 26 de la Convención Americana. Corte IDH. Medio ambiente y derechos humanos. Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A No. 23, párr. 57.

²⁶ Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4. párr. 164.

58. Así, los órganos del sistema interamericano han indicado que una violación de los derechos humanos protegidos por la Convención compromete la responsabilidad internacional de un Estado Parte no sólo cuando la violación es perpetrada por sus propios agentes o instituciones, sino también puede generarse responsabilidad internacional cuando los actos u omisiones que violan un determinado derecho son cometidos por un particular, como son las empresas o actores económicos, siempre que el Estado haya actuado con falta de diligencia para prevenir razonablemente la violación o tratarla conforme a lo que establece la Convención.²⁷ Lo importante es determinar si ese acto ilícito ha contado con el apoyo o la tolerancia de agentes estatales o ha resultado del incumplimiento, por parte del Estado, de su obligación de prevenir razonablemente las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente a efecto de identificar y sancionar a los responsables y reparar adecuadamente a la víctima o sus familiares por los perjuicios causados.²⁸ En esa misma línea, la Comisión ha señalado en su análisis de las obligaciones jurídicas establecidas en la Declaración Americana, que también en ciertas circunstancias, un Estado puede ser responsable por el comportamiento de actores no estatales.²⁹

[...]

Actividades empresariales o económicas y la obligación general de los Estados de respetar los derechos humanos

[...]

69. En ese sentido, dentro del campo de empresas y derechos humanos, la obligación de respeto implica que los Estados deban abstenerse de desplegar conductas vinculadas a actividades empresariales que contravengan el ejercicio de los derechos humanos. Esto sucedería, por ejemplo, si es que adoptan acuerdos de inversión o comercio en conflicto con sus obligaciones de derechos humanos³⁰ o si asisten, colaboran, instruyen o controlan la conducta de empresas, sean públicas o privadas, que impliquen violaciones a los derechos humanos, inclusive esto puede ocurrir cuando la asistencia o control estatal se realiza respecto de otros organismos internacionales vinculadas a actividades empresariales.³¹ En esa línea, por ejemplo, el Grupo de

²⁷ Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4. párr. 172; CIDH. Pueblos Indígenas, Comunidades Afrodescendientes y Recursos Naturales: Protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 47/15, 31 de diciembre de 2015, párr. 46.

²⁸ Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4. párr. 173.

²⁹ CIDH, Informe N° 40/04, Caso N° 12.053, Comunidades Indígenas Mayas (Belice), Informe Anual de la CIDH 2004, párrs. 136-156 (La Comisión encontró al Estado de Belice responsable bajo la Declaración Americana por otorgar concesiones madereras y petroleras a terceros para utilizar la tierra que ocupaba el pueblo maya, sin una consulta efectiva y sin el consentimiento informado de esta comunidad indígena, lo que dio lugar a un daño ambiental sustancial); CIDH, Resolución N° 12/85, Caso N° 7615, Brasil, 5 de marzo de 1985 (La Comisión encontró al Estado del Brasil responsable bajo la Declaración Americana por no tomar medidas oportunas y efectivas para proteger a la comunidad indígena Yanomani de actos de particulares que se asentaron en su territorio – debido a la construcción de una autopista – lo que dio lugar a la incidencia generalizada de epidemias y enfermedades).

³⁰ Sobre este supuesto, por ejemplo, los Principios Rectores se refieren al deber de los Estados de asegurar un marco normativo adecuado que proteja los derechos humanos en el marco de acuerdos políticos sobre actividades empresariales, como los tratados o contratos de inversión, sin que ello signifique dejar de ofrecer la protección necesaria para los inversores. Cfr. Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, UN Doc. A/HRC/17/31, 21 de marzo de 2011, principio 9 (comentario).

³¹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General No 24, UN Doc. E/C.12/GC/24, 10 de agosto de 2017, párrs. 12 y 13; Ver mutatis mutandi Comisión Internacional de Juristas y la Universidad de Maastricht. Principios de Maastricht sobre la Obligaciones Extraterritoriales de los Estados en el Área de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Maastricht, 28 de septiembre de 2011, principios 20 y 21; Comisión Internacional de Juristas, Instituto de Derechos Humanos Urban Morgan, y la Universidad de Maastricht. Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 22-26 de enero de 1997, párr. 14.

Trabajo sobre empresas y derechos humanos ha indicado que “[e]xisten situaciones en que los actos de una empresa pública o la naturaleza de su relación con el Estado están más claramente vinculados a la obligación del Estado de respetar [...] En algunas circunstancias, un abuso de esas empresas contra los derechos humanos puede conllevar una vulneración de las obligaciones del propio Estado en virtud del derecho internacional”.³² La existencia de un nexo más estrecho entre el Estado y las empresas también es reconocido por los Principios Rectores, así “cuanto más próxima del Estado se encuentre una empresa o más dependa de un organismo público o del apoyo del contribuyente, más se justifica que el Estado asegure que respeta los derechos humanos”.³³

80. En cuanto a la obligación general de los Estados de garantizar los derechos humanos desarrollada en el marco del sistema interamericano, la CIDH y su REDESCA recuerdan que tiene correspondencia con el deber de proteger los derechos humanos reconocido en el Pilar I de los Principios Rectores referido a la adopción de “las medidas apropiadas para prevenir, investigar, castigar y reparar esos abusos mediante políticas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia”. Es decir, el deber del Estado de proteger los derechos humanos desarrollado en el campo de empresas y derechos humanos también encuentra una base convencional en los instrumentos interamericanos y coincide con la referida obligación general de los Estados de garantizar dichos derechos.

81. Respecto a la obligación de los Estados de garantizar los derechos humanos reconocida en el sistema interamericano, tanto la CIDH como la Corte IDH han señalado que la misma implica el deber de los Estados Parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben actuar con debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, la restitución, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.³⁴ Los Principios Rectores también prevén funciones estatales de asegurar, por ejemplo, mediante la regulación y supervisión de las empresas el respeto a los derechos humanos, así como de ofrecer acceso a mecanismos de reparación eficaces.

[...]

Deber de prevenir violaciones de derechos humanos en el marco de actividades empresariales

87. De la obligación general de garantizar los derechos humanos, se deriva el deber de prevención que abarca, en palabras de la Corte Interamericana, “todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias

³² Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas. UN Doc. A/HRC/32/45, 4 de mayo de 2016, párrs. 33 y 89.

³³ Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, UN Doc. A/HRC/17/31, 21 de marzo de 2011, principio 4 (comentario).

³⁴ Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4. Párr. 166.

perjudiciales. Es claro, a su vez, que la obligación de prevenir es de medio o comportamiento y no se demuestra su incumplimiento por el mero hecho de que un derecho haya sido violado”.

89. En ese sentido, para efectos de este informe, el deber de prevenir exige que las autoridades correspondientes adopten medidas adecuadas para evitar que los riesgos reales contra los derechos humanos provenientes de la actuación de empresas de los que tengan o deberían tener conocimiento se concreten. Entre estas instituciones, por ejemplo, se encuentran la Policía, el Poder Judicial, el Congreso, los órganos relacionados con las políticas de comercio, inversión, producción, minería, energía, tributación, banca, agricultura, medio ambiente, pesca, propiedad intelectual, turismo, salud, educación, seguridad social, derechos de los pueblos indígenas o derechos de las mujeres, entre otros. Por ello, una vez identificados los posibles impactos y riesgos concretos, los Estados deben adoptar, o en su caso, requerir y asegurar que la empresa involucrada implemente las medidas de corrección correspondientes.

Los efectos de las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos sobre las empresas

[...]

176. Si bien es claro que las funciones de la CIDH se centran en la conducta estatal y solamente tiene competencia para determinar la responsabilidad de los Estados ante la eventual violación a los derechos humanos, la CIDH y su REDESCA también reconocen que al interpretar el contenido y alcance de los derechos humanos reconocidos en los instrumentos interamericanos en la materia junto a las respectivas obligaciones de los Estados, se pueden desprender efectos jurídicos correlativos que vinculan a las empresas en este ámbito. Asimismo, la CIDH y su REDESCA entienden que para cumplir de manera integral con la promoción de la observancia y defensa de los derechos humanos en la práctica, y en particular para estimular la conciencia de estos en los pueblos del continente americano, como parte de una de sus funciones principales recogida en el artículo 41.a de la CADH, vista en conjunto con los artículos 106 de la Carta de la OEA y 1 de su Estatuto y Reglamento, no es posible soslayar aquellas amenazas o violaciones al disfrute de los derechos humanos en el marco de actividades empresariales al momento de analizar las conductas estatales correspondientes.³⁵

179. En ese sentido, si bien ambos órganos del sistema interamericano han admitido que tienen límites sobre su competencia para pronunciarse sobre la eventual configuración de responsabilidad de actores no estatales³⁶, la CIDH y su REDESCA entienden que tales restricciones no determinan la imposibilidad práctica de que actores privados, como las empresas, no puedan afectar los derechos humanos. La ausencia de un mecanismo de cumplimiento y supervisión internacional de derechos humanos sobre agentes privados dentro del derecho internacional de los derechos humanos no implica necesariamente que las normas que de éste

³⁵ Ver, *inter alia*, CIDH. Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009; CIDH. Situación de los derechos humanos en Guatemala: Diversidad, desigualdad y exclusión, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 43/15, 31 de diciembre de 2015, párrs. 137, 138, 140, 144, 216, 482, 494; CIDH. Situación de Derechos Humanos en Honduras. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 42/15, 31 diciembre 2015, párrs. 40, 51, 82, 395, 405-415, 427-435; CIDH. Violencia, niñez y crimen organizado, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 40/15, 11 de noviembre de 2015, párr. 85; CIDH. Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 47/15, 31 de diciembre de 2015.

³⁶ Corte IDH. Caso Cruz Sánchez y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de abril de 2015. Serie C No. 292, párrs. 280-281.

emanan les sean esquivas o no les produzcan ningún efecto, al contrario, la idea subyacente que explica las obligaciones de garantía y protección de los Estados en estas situaciones permite asegurar que los actores empresariales también pueden impedir o favorecer la realización de los derechos humanos.³⁷

186. De manera más reciente, en el marco de las observaciones preliminares a su visita *in loco* a Brasil de 2018, la Comisión indicó que además de las obligaciones del Estado en proteger los derechos humanos en el contexto de afectaciones socioambientales producidas por la industria minera, las empresas involucradas deben respetar los derechos humanos, lo que incluye la reparación adecuada a las víctimas afectadas y la mitigación de los daños por el comportamiento empresarial cuestionado, además del deber de ejercer la debida diligencia en materia de derechos humanos, posición reiterada mediante un comunicado en el que REDESCA de la CIDH expresó su preocupación por el rompimiento de un dique de residuos tóxicos mineros manejado por un empresa privada en el mismo país. En dicho pronunciamiento se subrayaron algunas acciones prioritarias que debía llevar adelante no solo el Estado sino también la empresa involucrada y se llamó a la reparación efectiva de las víctimas, la inmediata mitigación de los daños y la rendición de cuentas empresarial en materia de derechos humanos.³⁸

193. En ese sentido es necesario precisar que si bien existe un déficit en la adecuación o existencia de normas secundarias de derecho internacional que ayuden a fincar responsabilidad internacional a actores empresariales por violaciones de derechos humanos, con la excepción de aquellas provenientes del derecho penal internacional y sin perjuicio de las iniciativas y discusiones vigentes y relevantes sobre un tratado internacional sobre el tema; para la CIDH y su REDESCA, los Estados, al dar cumplimiento efectivo a sus obligaciones de respeto y garantía bajo el derecho internacional de los derechos humanos, tendrán que asegurar que las empresas tengan obligaciones directas y vinculantes sobre el respeto a los derechos humanos. Al hacer esta trasposición, si bien la atribución de responsabilidad dirigida hacia la empresa será desde un plano interno, el Estado deberá tener como pauta los estándares y normas aplicables provenientes de las fuentes primarias internacionales de derechos humanos, como aquellas recogidas en la Declaración Americana, la Convención Americana o el Protocolo de San Salvador para dotarlos de efectividad en el marco de aquellas relaciones entre privados, sean contractuales o extracontractuales, que involucren la realización de los derechos humanos.

198. Finalmente, para evaluar el significado y exigencias de la debida diligencia en materia de derechos humanos para las empresas, la REDESCA subraya la importancia de recurrir como punto de partida a las disposiciones respectivas de los Principios Rectores donde se fijan los estándares mínimos a tener en cuenta en tanto marco debida diligencia significa “identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas de cómo abordan su impacto sobre los derechos humanos”.³⁹ El proceso de la debida diligencia además “debe incluir una evaluación del impacto real y potencial de las actividades sobre los derechos humanos, la integración de las conclusiones, y la

³⁷ Ver, inter alia, HART, H.L.A., *The Concept of Law*, 3rd. ed., Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 94; CHÉTAIL, Vincent, «The Legal Personality of Multinational Corporations, State Responsibility and Due Diligence: The Way Forward» in ALLAND, Denis et al. (dirs.), *Unité et diversité du droit international: Écrits en l'honneur du Professeur Pierre-Marie Dupuy*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2014, pp. 124-129.

³⁸ CIDH. Relatoría Especial DESCA de la CIDH expresa profunda preocupación por tragedia humana, ambiental y laboral en Brumadinho (Minas Gerais, Brasil) y llama a la reparación integral a las víctimas. 30 de enero de 2019. Ver también: OACNUDH. Brazil: UN experts call for probe into deadly dam collapse. 30 de enero de 2019.

³⁹ Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, UN Doc. A/HRC/17/31, 21 de marzo de 2011, principio 15 (b).

actuación al respecto; el seguimiento de las respuestas y la comunicación de la forma en que se hace frente a las consecuencias negativas”.⁴⁰

[...]

Contextos interamericanos de especial atención en el ámbito de empresas y derechos humanos

Justicia Transicional y rendición de cuentas de actores económicos

201. La verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición conforman los pilares de los mecanismos de justicia transicional, entendida como una variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación.⁴¹ Al respecto, el Relator Especial de Naciones Unidas sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición afirmó que: “las violaciones masivas no solo requieren una organización compleja de las operaciones armadas, que son su causa inmediata, sino también la coordinación de esas operaciones con entidades políticas y económicas que las apoyan e incluso con empresarios de los sectores social y cultural capaces de movilizar grandes grupos y numerosos recursos”.⁴²

202. Por ello, internacionalmente, los juicios por graves violaciones a los derechos humanos han sido una herramienta fundamental en la reconstrucción de las democracias desde la justicia transicional. Tanto la CIDH como la Corte IDH han tenido oportunidad de evaluar estos contextos y emitir estándares jurídicos para enfrentar la falta de esclarecimiento, investigación y sanción de los responsables de estas graves violaciones en el continente.⁴³ Si bien el análisis de la responsabilidad del Estado y actores económicos no es nuevo en el ámbito de la justicia transicional⁴⁴, la atención respecto a las obligaciones estatales y sus consecuencias sobre la actuación de empresas en estos contextos aún sigue sin ser desarrollada en el sistema interamericano.

216. La REDESCA nota la importancia de avanzar estas investigaciones de manera particularmente ágil dado que el paso del tiempo puede poner obstáculos al esclarecimiento de la verdad, aunado a otros factores como la posibilidad de que las empresas involucradas en los hechos hayan dejado de existir jurídicamente, hayan cambiado de razón social o hayan adoptado otras formas propias del derecho societario. Sin perjuicio de que pese a estas situaciones se mantiene a cargo del Estado la obligación de esclarecer los hechos mediante la investigación y sanción de los responsables, la REDESCA recuerda que en su jurisprudencia la CIDH también ha establecido que un elemento esencial de la efectividad en las investigaciones es la oportunidad.

⁴⁰ Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, UN Doc. A/HRC/17/31, 21 de marzo de 2011, principio 17.

⁴¹ CIDH. Derecho a la Verdad en las Américas. OEA/Ser.L/V/II.152 Doc. 2 13 agosto 2014, párrs. 47-48.

⁴² Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, UN. Doc. A/HRC/27/56, 27 de agosto de 2014, párr. 72.

⁴³ Ver, inter alia, CIDH. Derecho a la Verdad en las Américas. OEA/Ser.L/V/II.152 Doc. 2 13 agosto 2014; Corte IDH. Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153; Caso Contreras y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011 Serie C No. 232.

⁴⁴ Por ejemplo, cuando se juzgaron las atrocidades del Holocausto, ya hubo intentos en esta materia. Según algunos estudios se revela que más de 300 empresas fueron enjuiciadas en relación con casos de crímenes de lesa humanidad en Núremberg y los juicios subsiguientes por tribunales militares y corte de Estados Unidos. Ver: De justicia. Cuentas Claras. El papel de la Comisión de la Verdad en la develación de las responsabilidades de empresas en el conflicto armado colombiano. febrero de 2018, pág. 26.

El derecho a la protección judicial exige que los tribunales dictaminen y decidan los casos con celeridad, particularmente en casos urgentes⁴⁵, como son aquellos relacionados con los procesos de justicia transicional, y den una reparación adecuada a las víctimas.

[...]

Servicios públicos esenciales para la garantía de los derechos humanos y contextos de privatización

[...]

220. Partiendo de la base de que los servicios públicos vinculados al disfrute de los derechos humanos es parte de las funciones de los Estados, la Corte Interamericana ha indicado que en los contextos en los que estos son prestados por agentes privados, los Estados mantienen la titularidad de proteger el bien público respectivo para garantizar una efectiva protección de los derechos humanos de las personas bajo su jurisdicción.⁴⁶ En esos contextos, diversas organizaciones de sociedad civil han llamado la atención de la CIDH y su REDESCA sobre políticas gubernamentales y tratados comerciales y de inversión dentro de la región que facilitarían y promoverían la provisión de servicios directamente relacionados con los derechos a la salud, educación, seguridad social, agua o seguridad, entre otros, por parte de empresas privadas o asociaciones público privadas, advirtiendo que en muchas circunstancias se generan dinámicas en las que se subordina la prestación de estos servicios a intereses empresariales, en lugar de garantizar su conformidad con los derechos humanos en juego y el principio de no discriminación.

224. La REDESCA también observa que los marcos regulatorios, la vigilancia y las decisiones que los Estados tomen a este fin, incluyendo acuerdos comerciales o de inversión y sobre las responsabilidades de las empresas directamente involucradas como de sus impactos transnacionales, son determinantes para garantizar el acceso a los medicamentos y tecnologías sanitarias. Así, cuestiones sobre restricciones a medicamentos genéricos, precios excesivos de medicamentos, abuso de uso de patentes y protección exclusiva a los datos de prueba, factores de rentabilidad empresarial que influyen en la medicación o los déficits en investigación e innovación para ciertas enfermedades, deberán ser debidamente enfrentados por los Estados en su rol reforzado de garante que adquiere en estas situaciones. Al respecto, la REDESCA toma nota de los graves problemas sobre la inexistencia de pruebas seguras de diagnóstico, tratamientos eficaces y vacunas para patologías u enfermedades que se concentran en la población más pobre de los países tropicales, como son el dengue, elefantiasis, mal de *chagas* o *leishmaniasis*, entre otras, dada la poca investigación e inversión pública y privada a pesar de que la carga de morbilidad es similar a otras enfermedades como la malaria o la tuberculosis; esta falta de investigación e inversión también repercute desproporcionalmente en tratamientos para poblaciones en situación de vulnerabilidad como son, por ejemplo, los niños y niñas con VIH, quienes no pueden acceder a anti retrovirales adecuados en función a su edad.⁴⁷ La Relatoría Especial también subraya con preocupación la existencia de denuncias sobre prácticas nocivas de empresas farmacéuticas que socaban el acceso a medicamentos y el derecho a la salud; entre ellas, amenazas con demandar al Estado ante tribunales arbitrales bajo tratados comerciales o

⁴⁵ CIDH. Informe de Admisibilidad No. 21/06. Trabajadores de la empresa Fertilizantes de Centroamérica (FERTICA) (Costa Rica), 2 de marzo de 2006, párr. 176.

⁴⁶ Corte IDH. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149. párr. 96.

⁴⁷ CIDH. Audiencia Pública. Derecho a la salud y falta de medicamentos en las Américas, 159 Período de Sesiones, 6 de diciembre de 2016; Naciones Unidas. Informe del Grupo de Alto Nivel del Secretario General de las Naciones Unidas sobre el Acceso a los Medicamentos, 12 de septiembre de 2016.

inversión, demandas judiciales contra medidas del Estado dirigidas a controlar el uso de las patentes, campañas de descrédito a medicamentos genéricos, presión corporativa en el marco de las funciones regulatorias, fiscalizadoras y judiciales de los Estados así como pago de estímulos económicos a médicos y médicas para influenciar determinada prescripción de medicamentos, etc.

[...]

Cambio climático y degradación ambiental en el contexto de empresas y derechos humanos

233. La Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC), de la que todos los Estados miembros de la OEA hacen Parte, define el cambio climático en su artículo 1 inciso 2 como “un cambio de clima atribuido directa o indirectamente a la actividad humana que altera la composición de la atmósfera mundial y que se suma a la variabilidad natural del clima observada durante períodos de tiempo comparables”.⁴⁸ Por su parte, el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático aseguró que la influencia humana ha sido un componente principal en el cambio climático; al respecto refiere que “[l]as emisiones antropógenas de gases de efecto invernadero han aumentado desde la era preindustrial, en gran medida como resultado del crecimiento económico y demográfico, y actualmente son mayores que nunca [...] Las emisiones de CO₂ procedente de la combustión de combustibles fósiles y los procesos industriales contribuyeron en torno al 78% del aumento total de emisiones de GEI [Gases de Efecto Invernadero] de 1970 a 2010 [...]”, en esa línea advierte que “las crecientes magnitudes del calentamiento hacen que aumente la probabilidad de impactos graves, generalizados e irreversibles para las personas, las especies y los ecosistemas”.⁴⁹

236. La CIDH y su REDESCA ven con preocupación que los efectos del cambio climático y la degradación ambiental son particularmente más graves para aquella población históricamente excluida y discriminada, como mujeres, niños y niñas, pueblos indígenas, personas con discapacidad, y personas que viven en zonas rurales o situación de pobreza⁵⁰, muy a pesar de que las mismas han contribuido marginalmente a las emisiones de efecto invernadero, principal causa del referido fenómeno.⁵¹ En forma más global, los países en desarrollo se encuentran más expuestos a los efectos del cambio climático, y a sufrir de forma desproporcional impactos negativos, sean por limitaciones en sus capacidades institucionales de respuesta y/o por factores asociados a su geografía. De acuerdo al Índice de Riesgo Climático Global, el mismo que indica el nivel de exposición y la vulnerabilidad a los fenómenos climáticos extremos y los datos socioeconómicos asociados a ellos, varios países provenientes de América Latina y el Caribe muestran altos índices de vulnerabilidad. Estos países han sido gravemente afectados por desastres climáticos, como huracanes e inundaciones, cuya severidad y frecuencia puede ser atribuible al cambio climático.⁵² En el período de 1998 a 2017, los países que encabezan las listas

⁴⁸ ONU. Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (1991).

⁴⁹ Grupo Intergubernamental de Expertos sobre Cambio Climático. Cambio climático 2014: Informe de síntesis. Contribución de los Grupos de trabajo I, II y III al Quinto Informe de Evaluación del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (2015), págs. 4, 5 y 69.

⁵⁰ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas por los Derechos Humanos. “Five UN human rights treaty bodies issue a joint statement on human rights and climate change: Joint Statement on “Human Rights and Climate Change”, 16 de septiembre de 2019. Informe del Relator Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos. UN Doc. A/HRC/41/39, 17 de julio de 2019.

⁵¹ Grupo Intergubernamental de Expertos sobre Cambio Climático. Cambio climático 2014: Informe de síntesis. Contribución de los Grupos de trabajo I, II y III al Quinto Informe de Evaluación del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (2015), pág. 74.

⁵² David Eckstein and others, *Global Climate Risk Index 2019 Who Suffers Most From Extreme Weather Events? Weather-Related Loss Events in 2017 and 1998 to 2017*, Germanwatch (2018).

de los más afectados a nivel global por desastres climáticos son Puerto Rico, Honduras, Haití y Nicaragua, mientras los más afectados durante el 2017 fueron Dominica y Perú.⁵³ Por su parte, el índice sobre vulnerabilidad ante el cambio climático, preparado por la iniciativa de adaptación global de la Universidad de *Notre Dame*, posiciona a Haití, Bolivia, Honduras, Venezuela y Belice como los cinco países de la región más expuestos al cambio climático.⁵⁴

247. Ahora bien, teniendo como base las obligaciones generales de los Estados en respetar y garantizar los derechos humanos; los Estados deben asegurar que tanto entidades públicas y privadas generadoras de emisiones de carbono reduzcan tales emisiones y rindan cuentas por el perjuicio que puedan ocasionar al ambiente, específicamente al clima. Por tanto, se deba enfatizar que los Estados tienen que realizar todas las acciones de control requeridas (deberes de prevención, supervisión, regulación y acceso a la justicia) para que las empresas, particularmente aquellas que son principales contribuidoras al incremento de los efectos del cambio climático y degradación ambiental, asuman sus responsabilidades en este campo. Es decir, los Estados deben tomar medidas afirmativas para enfrentar afectaciones a los derechos humanos causados por el cambio climático y la degradación ambiental en donde estén involucradas empresas, que incluyan medidas efectivas de mitigación y adaptación ambiental; proteger efectivamente a las personas defensoras del ambiente en tanto defensoras de los derechos humanos; así como asegurar el respeto y aplicación del principio de igualdad y no discriminación en tales medidas para combatir y remediar los efectos desproporcionados que este fenómeno provoca en los grupos en mayor situación de vulnerabilidad.

[...]

La centralidad de las víctimas y los impactos diferenciados sobre poblaciones en situación de vulnerabilidad en el ámbito de empresas y derechos humanos en la región

[...]

Personas defensoras de derechos humanos

317. Respecto de las personas defensoras de derechos humanos, que también incluye a sindicalistas, ambientalistas, periodistas, activistas y profesionales que trabajan en el campo de la prevención y rendición de cuentas de violaciones a los derechos humanos relacionadas con actividades empresariales, la CIDH y su REDESCA consideran prioritario reiterar enfáticamente la importancia de la labor que estas personas desempeñan no solo para la efectiva realización de los derechos humanos sino para la consolidación de la democracia, el desarrollo sostenible y el Estado de Derecho. Así mismo reiteran que son los Estados quienes deben establecer un marco legal claro, que prevea sanciones contra empresas que están involucradas en la criminalización, estigmatización o abusos contra quienes defienden los derechos humanos.⁵⁵ Al respecto, la CIDH y su REDESCA observan con alta preocupación el incremento de riesgos, hostigamiento, criminalización y ataques que estas personas vienen enfrentando en la región. Según el *Business and Human Rights Resource Centre*, América Latina concentra casi el 50% de ataques contra

⁵³ David Eckstein and others, *Global Climate Risk Index: 2019 Who Suffers Most From Extreme Weather Events? Weather-Related Loss Events in 2017 and 1998 to 2017 Germanwatch* (2018).

⁵⁴ University of Notre Dame. *Notre Dame Global Adaptation Initiative Country Index: Vulnerability and Readiness* (2017).

⁵⁵ CIDH, Hacia una política integral de protección a personas defensoras de derechos humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 207/17. 29 de diciembre de 2017. párr. 143; CIDH. Audiencia Pública. Uso indebido de los sistemas de justicia penal para tomar represalias contra defensores de los derechos humanos ambientales, 173 Periodo de Sesiones, 26 de septiembre de 2019.

defensores y defensoras en todo el mundo relacionados con actividades empresariales. Los tipos de abusos varían desde restricciones a la libertad de expresión y reunión, golpizas, desalojos, intimidación, desprestigio y acoso judicial hasta torturas y asesinatos. Por otra parte, los principales sectores que se encontrarían involucrados en tales amenazas y afectaciones serían el agroindustrial, minero, energético (petróleo, gas e hidroeléctricas), y el forestal. En tales situaciones la defensa de derechos humanos estaría vinculada a la protección de la tierra y territorio (36%), medio ambiente (31%) y derechos laborales (21%).⁵⁶ Asimismo, según datos recopilados por *Global Witness*, el 2017 representó el año más de asesinatos registrados; en particular se indica que a nivel regional, Brasil, Colombia, México, Honduras, Perú y Nicaragua serían los países donde más asesinatos se registran, y de manera global, América Latina representaría casi el 60% de estas graves violaciones con 7 de los 10 países más peligrosos.⁵⁷

[...]

Mujeres

331. La CIDH y su REDESCA consideran necesario resaltar que los Estados tienen un rol clave al momento de garantizar los derechos humanos de las mujeres en el marco de las actividades empresariales, en tanto que tales actividades impactan de diversas formas dichos derechos; en general, las amenazas que las mujeres enfrentan en este ámbito se encuentran marcadas por la suma de la prevalente discriminación y violencia de género en las sociedades, el desequilibrio de poder entre los actores empresariales y las mujeres, las omisiones de los Estados en su protección, la impunidad de estos actos y la falta de mecanismos de denuncia, así como el impacto interseccional existente sobre ellas cuando coexisten diferentes factores de discriminación. Esto se agrava cuando tales prácticas y comportamientos hacen parte de un contexto social, político y normativo patriarcal que lo sostiene y oculta, por ejemplo, socavando su derecho a condiciones laborales justas y equitativas en comparación con los hombres, teniendo menos acceso y participación en el uso de tierras y recursos naturales en su interrelación con actividades empresariales o la carga desproporcionada que pueden soportar las niñas y mujeres en contextos de privatización de servicios básicos, tales como en la esfera educativa.

[...]

Niñez y adolescencia

[...]

354. El impacto de la falta de cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos sobre este grupo poblacional en contextos de la actividad empresarial puede ser duradero e incluso irreversible. La CIDH y su REDESCA subrayan que la infancia es un periodo único de rápido desarrollo físico y psicológico, durante el cual se puede alterar de un modo permanente la salud física, mental y emocional de los niños y las niñas para bien o para mal. Así también, la Comisión y su Relatoría Especial toman en cuenta que una medida eficiente para eliminar el trabajo infantil, incluidas sus peores formas, es proporcionar oportunidades de trabajo para jóvenes en condiciones seguras, en lugar de excluirlos por

⁵⁶ *Business and Human Rights Resource Centre. Business, Civic Freedom & Human Rights Defenders Portal (April 2019). Business and Human Rights Resource Centre. Foco sobre defensores y defensoras de derechos humanos bajo amenazas y ataques (January 2017).*

⁵⁷ *Global Witness. ¿A qué precio? Negocios irresponsables y el asesinato de personas defensoras de la tierra y el medio ambiente en 2017 (julio de 2018).*

completo de las oportunidades de empleo formativas, así como prestar atención a las condiciones de trabajo para padres, madres y personas cuidadoras.⁵⁸

[...]

Personas lesbianas, gay, bisexuales, trans e intersex (LGBTI)

379. Respecto a las personas LGBTI, la REDESCA de la CIDH observa que dentro del campo de empresas y derechos humanos, la discriminación y la violencia en el trabajo también es una esfera donde suelen sufrir afectaciones con motivo de su orientación sexual e identidad de género.

381. En el ámbito laboral, por ejemplo, la OIT ha identificado casos donde las personas LGBTI son objeto de preguntas invasivas sobre sus vidas privadas en el trabajo, deben ajustarse a exigencias de conceptos binarios de femineidad o masculinidad para lograr aceptación en este ámbito y en muchos casos ocultar, negar o mantener en secreto su orientación sexual e identidad de género ya sea para acceder a un empleo, no perderlo o evitar situaciones de acoso, ridiculización o represalias.⁵⁹ Los estudios realizados sobre este tema son ilustrativos de esta problemática, por ejemplo, en Argentina las mujeres lesbianas consultadas informaron más casos de acoso sexual en el trabajo, las mujeres bisexuales y hombres trans señalaron tratos desiguales en el trabajo⁶⁰, por su parte en Costa Rica, se encontró evidencia de la persistencia de prejuicios que alientan la discriminación contra las personas LGBTI en toda las fases del ámbito laboral sin que existan mecanismos estatales suficientes o un marco normativo adecuado para protegerles de abusos y violaciones a sus derechos. Asimismo, existe carencia de procedimientos para encauzar las denuncias y las herramientas para identificar situaciones de afectación a sus derechos serían escasas.⁶¹

[...]

Recomendaciones

[...]

Recomendaciones a los Estados

1. Revisar y adecuar el marco normativo interno aplicable al contexto de empresas y derechos humanos, en particular aquellas disposiciones que en materia civil, administrativa, penal, fiscal, ambiental y laboral revistan importancia para el efectivo cumplimiento de las obligaciones de los Estados de respetar y garantizar los derechos humanos en este ámbito como para que las empresas respeten y rindan cuentas de sus actuaciones sobre estos. Para estos efectos, se recomienda elaborar estudios que identifiquen las normas de mayor relevancia en este ámbito y aquellas posibles lagunas normativas existentes para que a partir de allí se implementen estrategias de reforma normativa teniendo en cuenta como parámetro los estándares desarrollados en el presente informe, especialmente aquellos que se desprenden de los capítulos II, III, IV y V.

⁵⁸ UNICEF, Save the Children, Pacto Global. Derechos del Niño y Principios Empresariales (2012).

⁵⁹ OIT. La discriminación en el trabajo por motivos de orientación sexual e identidad de género: Resultados del proyecto PRIDE de la OIT (Fact sheet).

⁶⁰OIT. Orgullo (Pride) en el trabajo: Un estudio sobre la discriminación en el trabajo por motivos de orientación sexual e identidad de género en Argentina (2015).

⁶¹ OIT. Orgullo (Pride) en el trabajo: Un estudio sobre la discriminación en el trabajo por motivos de orientación sexual e identidad de género en Costa Rica (2016).

2. Identificar los principales desafíos que enfrentan los mecanismos estatales de prevención, fiscalización, supervisión y monitoreo relacionados con el respeto de los derechos humanos en el marco de las actividades empresariales, incluyendo el ámbito extraterritorial, y efectuar planes y estrategias que incluyan un enfoque de derechos humanos para superarlos. En particular, se debe prever y asegurar la existencia de personal capacitado en función del sector industrial, población y derechos involucrados, recursos suficientes para el desempeño de sus funciones, y respuestas claras y oportunas ante la presentación de denuncias o identificación de problemas para prevenir posibles violaciones a los derechos humanos e imponer las sanciones que correspondan ante su incumplimiento.

[...]

Recomendaciones a las empresas

415. Si bien las anteriores recomendaciones son dirigidas a los Estados Parte de la OEA en atención a sus obligaciones internacionales, la Comisión y su Relatoría Especial sobre DESCAs reiteran que la implementación efectiva de estas obligaciones generan efectos sobre las empresas, mismas que tienen la responsabilidad de respetar los derechos humanos; por ello aún ante la falta de cumplimiento o cumplimiento inadecuado de las obligaciones por parte de los Estados, las empresas deben orientarse y guiar sus acciones y procesos por aquellos estándares internacionales de derechos humanos aplicables según el caso. Eso significa que deben abstenerse de infringir, contribuir, facilitar, alentar o agravar violaciones de los derechos humanos y hacer frente a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos en las que tengan alguna participación, sea mediante sus propias actividades, relaciones comerciales o estructura corporativa.

416. Según el Principio Rector 14 de Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos, “la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos se aplica a todas las empresas independientemente de su tamaño, sector, contexto operacional, propietario y estructura. Sin embargo, la magnitud y la complejidad de los medios dispuestos por las empresas para asumir esa responsabilidad puede variar en función de esos factores y de la gravedad de las consecuencias negativas de las actividades de la empresa sobre los derechos humanos”.⁶² Teniendo en cuenta estos factores y circunstancias, y como parte de sus funciones de promoción y estímulo de los derechos humanos en los pueblos del continente, la CIDH y su REDESCA consideran oportuno emitir algunas orientaciones a estos actores⁶³ a efectos de dar mayor operatividad al análisis realizado en este informe. En particular recomiendan:

1. Contar con políticas y procedimientos apropiados de debida diligencia en materia de derechos humanos dentro de sus operaciones, estructuras corporativas y cadenas de suministro, que incluya estándares de transparencia, buena fe y acceso a la información relevante para estos contextos, teniendo como pauta mínima los Principios Rectores y los estándares establecidos por el sistema interamericano en esta materia. En particular, cuando estén involucrados, deben generar debidas salvaguardias para respetar los derechos a la consulta y consentimiento libre previo e informado como a la libre determinación de los pueblos indígenas y afrodescendientes tribales, así como el derecho a un medio ambiente sano.

⁶² Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, UN Doc. A/HRC/17/31, 21 de marzo de 2011, principio 14.

⁶³ En particular a las empresas que estén domiciliadas o con sede principal en cualquiera de los Estados Partes de la OEA, independientemente del alcance nacional o transnacional de sus operaciones o actividades, o aquellas que estén domiciliadas en Estados que no son parte de la OEA, pero con operaciones o actividades dentro de los Estados Partes de la OEA.

[...]

3. Abstenerse de poner obstáculos, realizar maniobras dilatorias u ocultar información que posean, incluyendo sus operaciones transnacionales, cuando tales acciones impidan o dificulten el ejercicio de los derechos humanos, en particular el acceso a la protección judicial efectiva. Esta actitud puede agravar la responsabilidad de la empresa. Esto incluye el deber de no obstaculizar, hostigar o amenazar a los defensores y defensoras de los derechos humanos, incluidos los y las periodistas, operadores de justicia, personas defensoras del ambiente y sindicalistas, por la labor que realizan en este ámbito.

VIOLENCIA Y DISCRIMINACIÓN CONTRA MUJERES, NIÑAS Y
ADOLESCENTES: BUENAS PRÁCTICAS Y DESAFÍOS EN AMÉRICA
LATINA Y EN EL CARIBE
*VIOLENCE AND DISCRIMINATION AGAINST WOMEN, GIRLS AND
ADOLESCENTS: GOOD PRACTICES AND CHALLENGES IN LATIN AMERICA
AND THE CARIBBEAN*

Sumario

Introducción | Buenas prácticas en el abordaje de la violencia y discriminación contra mujeres y niñas | Desafíos en el cumplimiento de las recomendaciones y decisiones de la CIDH en materia de violencia y discriminación contra mujeres y niñas | Conclusiones y recomendaciones

Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹

Introducción

Marco normativo general, antecedentes y justificación del informe

1. El derecho de las mujeres, niñas y adolescentes a vivir una vida libre de violencia es un principio fundamental del derecho internacional de los derechos humanos, establecido por el sistema universal como regional de derechos humanos, con deberes jurídicos relativos a la erradicación de la violencia y la discriminación. Estos deberes están basados en los derechos fundamentales a la igualdad, a la no discriminación, a la vida y a la integridad personal. Estos principios, obligaciones y derechos son reconocidos en el marco interamericano por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la “Convención Americana”, “Convención” o la “CADH”) y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante la “Declaración Americana”, “Declaración” o la “DADH”). De igual forma, han sido consagrados en instrumentos especializados como la Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (en adelante la “Convención de *Belém Do Pará*”) y por la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (en adelante la “Convención sobre los Derechos del Niño” o la “CDN”). Todos ellos aluden al deber de los Estados de actuar con la debida diligencia requerida para prevenir, proteger, investigar, sancionar y reparar toda violación a los derechos humanos.

[...]

6. Es por eso que la CIDH ha considerado pertinente la elaboración de un informe que identifique y analice los avances más significativos, los principales desafíos pendientes y las buenas prácticas existentes en el cumplimiento de sus recomendaciones en materia de violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes, desde un enfoque

¹ Nota del editor. El contenido de este apartado es un resumen textual preparado por el equipo de la Revista Cuaderno Jurídico y Político a partir del texto oficial publicado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Se han suprimido algunas notas al pie que estaban en el texto original que se seleccionó para la elaboración de este resumen; por tanto, se advierte que la numeración de las notas al pie de este resumen no se corresponde con la numeración original de la opinión en su versión completa en español. También se advierte que se ha respetado, excepcionalmente, el estilo de citación del original que consigna al pie las referencias.

interseccional y especialmente focalizado en las causas y consecuencias de estas violaciones a los derechos humanos de las mujeres, niñas y adolescentes.

[...]

Objetivo, alcances y limitaciones del informe

14. Este informe temático hace parte de la implementación del proyecto “Erradicación de la Violencia y de la Discriminación contra mujeres y niñas en América Latina y en el Caribe”, llevado a cabo por la CIDH gracias al apoyo del Gobierno de Canadá, con plazo de ejecución de dos años y medio (2017-2019) con el propósito de promover el cumplimiento de las recomendaciones y decisiones de la Comisión a la luz de los estándares interamericanos sobre los derechos de las mujeres, niñas y adolescentes en América Latina y el Caribe. El objetivo principal del proyecto, a la luz de los estándares y recomendaciones de la CIDH, es contribuir a la implementación de las normas interamericanas por parte de los Estados miembros para prevenir y erradicar la violencia y la discriminación contra las mujeres, niñas y adolescentes. Este informe, en específico, procura analizar buenas prácticas identificadas en la región para el avance de los derechos de las mujeres y niñas, al tiempo que pretende visibilizar las temáticas de especial preocupación en América Latina y en el Caribe con el fin de avanzar en la comprensión y respuesta a estos problemas de derechos humanos.

15. En vista de la amplitud de la temática, a la vez reconociendo que no existe un conjunto único de prácticas que deban ser emulado y seguido, ni formas estáticas de violencia y discriminación, el abordaje del informe es una aproximación a los temas más destacados que la CIDH ha identificado como nucleares a la defensa y protección de los derechos de las mujeres. El informe no busca presentar un análisis exhaustivo y comparativo. El presente informe pretende analizar en qué medida los estándares y las recomendaciones de la CIDH han permitido avanzar en la erradicación de la violencia y de la discriminación contra las mujeres y las niñas en Américas latina y en el Caribe.

[...]

Buenas prácticas en el abordaje de la violencia y discriminación contra mujeres y niñas

[...]

22. En este sentido, la Comisión entiende la identificación de buenas prácticas como un medio para promover el aprendizaje en base a otras experiencias y para proporcionar orientaciones para el desarrollo de nuevas iniciativas², sin perjuicio que las iniciativas analizadas en este capítulo puedan también presentar propios desafíos en su implementación. En el presente capítulo, la CIDH abordará 1) buenas prácticas relativas al abordaje de las causas y consecuencias de la violencia y de la discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes y 2) buenas prácticas relativas a la protección, prevención integral y acceso a la justicia con perspectiva de género en casos de violencia contra las mujeres. Al respecto, la Comisión ha buscado identificarlas y presentarlas a la luz de los estándares y recomendaciones desarrollados por el SIDH y presentados en el Anexo 1 del presente informe.

² Portal de la Convención de Belém do Pará. Buenas Prácticas para erradicar la violencia contra las mujeres. 2015; OHCHR. Informe de la Experta independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el acceso al agua potable y el saneamiento, Catarina Albuquerque.A/HRC/15/31/Add.1. 1 de julio de 2010, párr. 13.

Buenas prácticas relativas al abordaje de las causas y consecuencias de la violencia y de la discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes

Leyes para prevenir y sancionar el acoso sexual en espacios públicos (Perú, Argentina, y Chile)

23. En América Latina y el Caribe, la calle y el transporte público no son territorios neutrales y los grados de libertad vividos por hombres y mujeres en el espacio público son diferentes.³ Según los resultados del estudio “Ciudades Seguras, Espacios Públicos Seguros” realizado por ONU Mujeres, el acoso sexual y otras formas de violencia contra las mujeres y las niñas en los espacios públicos existen en todos los países, tanto en las zonas rurales como en las ciudades. Como resultado, muchas mujeres y niñas ven limitado su derecho a la libertad de movimiento. Sus oportunidades de trabajo y educación se ven afectadas. Su acceso a los servicios y el disfrute de la cultura y la recreación se reducen. Las mujeres y niñas que viven en entornos empobrecidos, o que pertenecen a grupos socialmente estigmatizados, se encuentran entre las más vulnerables al riesgo de acoso y violencia”.⁴ En el espacio público, las mujeres y en particular, las niñas y las mujeres jóvenes se sienten inseguras: piropos no deseados, silbidos, miradas insistentes, manoseos y exhibicionismo son algunas de las formas de acoso callejero con las que conviven diariamente y que les generan sensaciones que van desde la incomodidad hasta el miedo.⁵

[...]

26. La Comisión recuerda que la Convención de Belém do Pará establece que la violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica que tenga lugar en la comunidad, en instituciones educativas, establecimientos de salud o en cualquier otro lugar.⁶ La Comisión considera que las mencionadas leyes abordan una forma de violencia normalizada y tolerada como resultado de patrones sociales machistas y discriminatorios y por lo tanto, contribuyen a implementar las recomendaciones de los órganos del sistema interamericano en la materia.⁷ Además de reconocer dichas iniciativas, la Comisión alienta a los Estados que ya las han adoptado a garantizar los medios para su efectiva implementación, medidas de publicidad para mejorar el conocimiento de las mujeres de sus derechos y de los recursos disponibles, así como formar a los funcionarios policiales y de justicia en la materia.

[...]

Buenas prácticas relativas a la protección, prevención integral y acceso a la justicia en casos de violencia contra la mujer con perspectiva de género

Iniciativas orientadas al cumplimiento de la obligación de debida diligencia en la prevención, protección integral y acceso a la justicia

36. La Comisión ha tenido conocimiento de la implementación de la iniciativa “Ciudad Mujer”, programa liderado por el Estado de El Salvador a través de la Secretaría de Inclusión Social⁸ con el apoyo técnico y financiero del Banco Interamericano de Desarrollo (BID). Según la información disponible, “Ciudad Mujer” tiene por objeto brindar atención integral

³ CEPAL. Acoso Sexual en el espacio público: la ciudad en deuda con los derechos de las mujeres. 18 de noviembre de 2015.

⁴ ONU Mujeres. Ciudades Seguras y Espacios Públicos Seguros: Informe de resultados globales. Octubre de 2017.

⁵ Plan Internacional. (In)seguras en la ciudad. 8 de octubre de 2018.

⁶ OAS, MESECVI. Tercer Informe Hemisférico sobre la Implementación de la Convención de Belém do Pará. Prevención de la Violencia contra las Mujeres en las Américas: Caminos por Recorrer. OEA/Ser.L/II.7.10 MESECVI/CEVI/doc.242/17. 2017.

⁷ Ver Supra, Capítulo 2. Buenas prácticas en el abordaje de la violencia y discriminación contra mujeres y niñas.

⁸ Secretaria de Inclusión Social de la República de El Salvador. Proyecto Ciudad Mujer. 2019.

a las mujeres, niñas y adolescentes en un único centro, a través de servicios especializados agrupados en cinco módulos: salud sexual y reproductiva, prevención y atención de la violencia contra la mujer, educación colectiva, autonomía económica, y atención infantil. La Comisión observa que desde el año 2011, la Secretaría de Inclusión Social de El Salvador ha implementado 6 centros “Ciudad Mujer” en distintos lugares del país (Colón, Usulután, Santa Ana, San Martín San Miguel, Morazán)⁹, que concentran, en un solo espacio físico, 18 instituciones del Estado, ofreciendo más de 30 servicios que responden a las necesidades de las usuarias de forma gratuita, accesible, y con calidad.¹⁰

37. Tras la visita de trabajo realizada a El Salvador en el año 2017, la Comisión reconoció el modelo de “Ciudad Mujer” como una de las mejores prácticas en la región para el avance y la promoción de los derechos de las mujeres y las niñas, especialmente aquéllas que se encuentran en situación de vulnerabilidad o han sufrido graves violaciones a sus derechos.¹¹ La Comisión pudo verificar que en sus instalaciones se atiende a mujeres y niñas víctimas de violencia, se les brinda el acompañamiento necesario para reconstruir sus vidas, al tiempo que se encuentran disponibles diversos servicios administrativos, policiales y de salud¹², todos ellos llevados a cabo por personal debidamente formado en materia de atención a mujeres y/o a víctimas de violencia de género. La CIDH observa además que “Ciudad Mujer” ofrece igualmente oportunidades de desarrollo y empoderamiento a través de distintos cursos y capacitaciones para mejorar sus condiciones de vida, al tiempo que ofrece a las mujeres servicios de atención para sus hijos e hijas.¹³

[...]

39. En relación con lo anterior, la CIDH observa que los resultados de la evaluación de “Ciudad Mujer” en El Salvador realizada por el BID dan cuenta de la relevancia de este modelo integral de servicios como una herramienta efectiva para la facilitación de servicios especializados a las mujeres, puesto que reduce las barreras para su acceso.¹⁴ Concretamente, la implementación de centros “Ciudad Mujer” contribuye a la remoción de obstáculos para el acceso a servicios de salud y justicia, en condiciones de igualdad y sin discriminación y con perspectiva de género por parte de personal especializado y a la promoción los derechos de las mujeres, así como las instancias de denuncia y de atención para víctimas y sobrevivientes de violencia contra las mujeres.

[...]

Leyes y decisiones que incluyen un enfoque interseccional en materia de violencia contra las mujeres

[...]

48. Como ha sido mencionado anteriormente en el marco del presente informe, la Comisión ha observado que si bien son cada vez más las mujeres que participan en la construcción y fortalecimiento de gobiernos representativos, transparentes y responsables en la región, las mujeres con compromisos políticos siguen enfrentando diversos obstáculos,

⁹ CEPAL. Ciudad mujer en El Salvador: una experiencia transformadora. Sin fecha.

¹⁰ Verdad Digital. BID presenta evaluación sobre impacto de Ciudad Mujer. 28 de agosto de 2016.

¹¹ CIDH. Comunicado de Prensa No. 011A/18. Conclusiones y observaciones sobre la visita de trabajo de la CIDH a El Salvador. 29 de enero de 2018.

¹² CIDH. Comunicado de Prensa No. 011A/18. Conclusiones y observaciones sobre la visita de trabajo de la CIDH a El Salvador. 29 de enero de 2018.

¹³ Revista Mercados y Tendencias. Lactosa y Ciudad Mujer unen esfuerzos para formar microempresarios. 27 de agosto de 2018.

¹⁴ BID. Evaluación de impacto del Proyecto Ciudad Mujer en El Salvador. Octubre 2016, pág. 49.

particularmente, violencia y discriminación contra ellas.¹⁵ En este sentido, la Comisión ha reconocido la adopción de la Ley No.243 contra la violencia política hacia las mujeres, adoptada por el Estado Plurinacional de Bolivia en el año 2012 como una iniciativa pionera en la región.¹⁶

49. Al respecto, la Comisión observa que la Ley No. 243 fue adoptada con el objetivo de “establecer mecanismos de prevención, atención, sanción contra actos individuales o colectivos de acoso y/o violencia política hacia las mujeres, para garantizar el ejercicio pleno de sus derechos políticos.”¹⁷ Así, la Comisión observa que esta ley distingue tanto la vía administrativa como la vía penal y sus respectivas sanciones. En particular, la Comisión observa que entre las faltas previstas se incluyen la imposición de estereotipos de género; restricción de la palabra en sesiones y reuniones; ejercer presión para renunciar al cargo; y la revelación de información personal o privadas de mujeres candidatas, electas o en ejercicio de la función pública.¹⁸ Por su parte, la vía penal especifica la figura de acoso político e incluye la figura de violencia política, prohibiendo la posibilidad de conciliación en ambos casos.¹⁹ Así, la Comisión advierte que la Ley No. 243 aborda sanciones para quienes ejerzan actos de presión, persecución, hostigamiento o amenazas contra una mujer electa o en el ejercicio de la función pública, así como sanciones en caso de agresiones físicas, psicológicas o sexuales contra una representante pública. Asimismo, la norma contempla el acceso de mujeres víctimas de violencia política a la justicia, prevención, sanción, reparación, así como su compatibilidad con los sistemas jurídicos de pueblos indígenas.

[...]

53. La sentencia, decidida el 18 de junio de 2018 por el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional Nro. 4 de la Ciudad de Buenos Aires, versa sobre el homicidio de Diana Sacayán, una mujer transexual y activista por los derechos humanos de las personas trans, cometido en octubre de 2015. En virtud de esta sentencia, el tribunal condenó a Gabriel David Marino a prisión perpetua como coautor del homicidio agravado por violencia de género y odio a la identidad de género, de conformidad con, entre otros, el artículo 80 incisos 4 y 11 del Código Penal argentino.²⁰

54. Al respecto, la Comisión observa que el contenido de la sentencia incluye un análisis del contexto y de los hechos del caso en razón de lo cual la autoridad judicial reconoció que el homicidio de Diana Sacayán había estado motivado por su triple condición, por un lado su condición de género como mujer, de su condición como persona trans y de su calidad de activista de los derechos de las personas trans como miembro del equipo del Programa de Diversidad Sexual del INADI y líder de la Asociación Internacional de Lesbianas, Gays y Bisexuales (ILGA) y dirigente del Movimiento Antidiscriminatorio de Liberación (MAL).²¹ Tanto las fiscales de la Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las Mujeres (UFEM), como los jueces del mencionado tribunal asentaron que “las lesiones infringidas a Diana

¹⁵ Ver supra, Capítulo 3. Desafíos en el cumplimiento de las recomendaciones y decisiones de la CIDH en materia de violencia y discriminación contra mujeres y niñas.

¹⁶ CIDH. Comunicado de Prensa No. 220 A/18. Audiencias Públicas realizadas durante el 169 Período de Sesiones en Boulder, Colorado. 19 de octubre de 2018; ONU Mujeres. Bolivia aprueba una ley histórica contra el acoso y la violencia política hacia las mujeres. 11 de junio de 2012; América Economía. ¿Sabía que Bolivia es el único país de A. L con una ley contra la violencia política hacia las mujeres? 30 de mayo de 2016.

¹⁷ Estado Plurinacional de Bolivia. Ley No 243. Ley contra el acoso y violencia política hacia las mujeres. 28 de mayo de 2012. Artículo 2.

¹⁸ Estado Plurinacional de Bolivia. Ley No 243. Ley contra el acoso y violencia política hacia las mujeres. 28 de mayo de 2012. Artículo 8.

¹⁹ Estado Plurinacional de Bolivia. Ley No 243. Ley contra el acoso y violencia política hacia las mujeres. 28 de mayo de 2012. Artículo 23.

²⁰ República Argentina. Código Penal de la Nación Argentina.

²¹ República Argentina. Veredicto dictado por el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional No 4. 18 de junio de 2018, pág. 3.

Sacayán durante el período sostenido hasta su muerte fueron de extrema brutalidad, insensibilidad y, por su pluralidad y especificidad, dirigidas a marcar el rasgo específico típico del odio, más que señalar la existencia de un actuar alevoso o con ensañamiento”.²²

[...]

57. El caso Sepur Zarco está relacionado con los hechos de violencia ocurridos durante el conflicto armado en Guatemala, en particular desde agosto de 1982, en perjuicio de las mujeres de la etnia maya Q'eqchi' y sus familiares todos habitantes de la comunidad de Sepur Zarco, cercana a un puesto de destacamento militar. La sentencia emitida el 26 de febrero de 2016 por el Tribunal de Mayor Riesgo A de Ciudad de Guatemala, condenó a Esteelmer Francisco Reyes Girón y a Heriberto Valdez Asig, comandante del Ejército y comisionado militar respectivamente, como autores de delitos de asesinato, desaparición forzada, violación sexual y servidumbre sexual y doméstica, y otorgó 18 medidas de reparación para las mujeres sobrevivientes y sus comunidades. Respecto de esto último, la CIDH advierte que las medidas de reparación surgen ante la falta de ejercicio por parte de las víctimas y de su comunidad del derecho a la salud, la educación y el acceso a la tierra en Sepur Zarco, por lo cual, entre ellas, el fallo encarga al Gobierno de Guatemala a: reabrir los expedientes de reclamación de tierras; instalar un centro de salud en Sepur Zarco; mejorar la infraestructura de la escuela primaria; abrir una escuela secundaria y proporcionar becas para mujeres, niñas y niños.²³

58. La Comisión ha celebrado la mencionada sentencia como la primera en condenar delitos de esclavitud sexual en un conflicto armado por un tribunal nacional utilizando la legislación nacional y el derecho penal internacional.²⁴ En esta oportunidad, la Comisión destaca nuevamente el logro trascendental que representa esta sentencia en la búsqueda de justicia de mujeres víctimas de violencia sexual en conflictos armados y en la erradicación de la impunidad.²⁵ La CIDH nota adicionalmente que, en el marco del proceso, se presentó un peritaje cultural y un peritaje de género los cuales fueron valorados al momento del análisis de los hechos, la responsabilidad penal de los acusados y las medidas de reparación. A raíz de los mismos, el tribunal consideró probado que los hechos se dieron en relación al contexto de conflicto armado en Guatemala y, en particular, tuvieron su origen frente a los trámites para la legalización de tierras que habían iniciado los esposos de las mujeres que fueron violadas, los líderes q'eqchi', quienes fueron desaparecidos o ejecutados por ser considerados subversivos.²⁶

[...]

60. Esta sentencia trata sobre una acción de tutela instaurada por la señora Consuelo buscando el amparo de los derechos fundamentales que la Unidad Hospitalaria AA, la Empresa Social del Estado XX y CC EPS le habrían vulnerado a Silvia, su hija menor de edad con síndrome de Down, al negarse a retirarle un dispositivo de anticoncepción insertado en su brazo derecho, que parecía haberle causado problemas de salud y a practicarle, en remplazo, un procedimiento quirúrgico de esterilización. En criterio de Consuelo, las decisiones que en ese sentido adoptaron las entidades accionadas vulneraron los derechos a

²² República Argentina. Veredicto dictado por el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional No 4. 18 de junio de 2018, pág. 178.

²³ ONU Mujeres. Sepur Zarco: En busca de la verdad, la justicia y las reparaciones. 22 de octubre de 2017.

²⁴ CIDH. Comunicado de Prensa No. 031/16. CIDH saluda avances y urge a Estados a crear condiciones favorables al ejercicio de los derechos de las mujeres. 8 de marzo de 2016; ONU Mujeres. El caso Sepur Zarco: las mujeres guatemaltecas que exigieron justicia en una nación destrozada por la guerra. 19 de octubre de 2018.

²⁵ CIDH. Comunicado de Prensa No. 031/16. CIDH saluda avances y urge a Estados a crear condiciones favorables al ejercicio de los derechos de las mujeres. 8 de marzo de 2016.

²⁶ República de Guatemala. Sentencia del Juicio Sepur Zarco. 26 de febrero de 2016. Página 488; ONU Mujer. El caso Sepur Zarco: las mujeres guatemaltecas que exigieron justicia en una nación destrozada por la guerra. 19 de octubre de 2018.

la salud, a la integridad física y a la seguridad social de Silvia, quien está sufriendo por cuenta de los síntomas derivados de la implantación del dispositivo de anticoncepción.

61. La Comisión recalca que la Sala consideró que el examen del asunto no podía limitarse a verificar que las accionadas no hayan retirado el dispositivo de anticoncepción a pesar de las afecciones que su implantación le generó a la niña, y entendió que la acción involucraba otra serie de dilemas constitucionales asociados al hecho de que se hayan adoptado decisiones relativas al ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de Silvia sin buscar ni obtener su consentimiento.

[...]

Reparaciones para mujeres víctimas de violencia sexual

66. La sentencia T-718/17 de la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional versa sobre una acción de tutela contra la UARIV interpuesta por 6 víctimas de violencia y violación sexual ocurrida en febrero del año 2000 en el marco de una incursión por parte de grupos paramilitares en el corregimiento El Salado, conocida como la masacre de El Salado. En concreto, se observa que la comunidad de El Salado había iniciado en el año 2008 un programa piloto de reparación colectiva con la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación (“CNRR”) –hoy UARIV–, que consistió en un proceso participativo en el que la comunidad formuló las medidas de reparación de daños y que concluyó con una propuesta comunitaria consagrada en el Plan de Reparación Colectiva en el 2011. No obstante, las 6 víctimas mencionadas argumentaron que se había concretado una vulneración al derecho a la igualdad y no discriminación, al acceso a la administración de justicia y a la reparación colectiva al diseñar e implementar un programa sin contar con su participación efectiva y sin incluir un enfoque diferencial en el programa de reparación, a pesar de que habían denunciado ante autoridades del Estado los hechos de violencia sexual.

67. Al respecto, la Corte Constitucional verificó que el Plan de Reparación Colectiva existente con la comunidad de El Salado solo contaba con unas afirmaciones genéricas sobre la violencia sexual y la dignificación de las víctimas y, a causa de lo anterior, ordenó a la entidad a “diseñar, ajustar e implementar una forma factible para que las víctimas participen en la identificación de daños y medidas de reparación colectiva que estén directamente orientadas a reparar el tejido social de los saladeños y transformar las condiciones estructurales de discriminación y violencia a la mujer que facilitaron o causaron los hechos delictivos”.²⁷

[...]

69. Asimismo la Comisión destaca que la Corte fue detallada en delimitar cómo la participación de las víctimas de violencia sexual “no solo es necesaria para llevar a cabo el proceso de reparación integral, sino que su no-participación puede implicar una vulneración a sus derechos fundamentales a la reparación colectiva y a la participación de su formulación, si: (i) no fueron informadas oportuna y adecuadamente sin exponerlas a una re-victimización; (ii) no se crearon espacios seguros y confidenciales para que pudieran ejercer su participación en condiciones de seguridad y de no re-victimización; (iii) no se reconoce que la violencia sexual es una violencia de género no solo por estar dirigida principal o, incluso, exclusivamente a las mujeres, sino también porque tiene lugar en contextos de acentuada discriminación contra la mujer y (iv) las formas de participación no se flexibilizaron en

²⁷ República de Colombia. Sentencia T-6.118.808. Acción de tutela interpuesta por Gloria, Amparo, Alejandra, Luisa y Lina contra la Unidad para la Atención y Reparación Integral de las Víctimas. 11 de diciembre de 2017, párrs. 231 y 232.

función de las víctimas de violencia sexual”.²⁸ Este desarrollo concreto podría ser esencial para el análisis de futuras situaciones de reclamo en el marco de procesos de reparación colectiva que engloben actos de violencia y violación sexual.

Buenas prácticas respecto a niñas y adolescentes

Titularidad de derechos y autonomía progresiva

70. Como se menciona en este informe, el principal cambio de paradigma con relación a los derechos de niñas, niños y adolescentes fue el reconocimiento de los NNA como sujetos de derechos, capaces de ejercerlos y exigirlos por derecho propio, dejando atrás la visión estrictamente tutelar.²⁹ Este importante cambio de paradigma, basado en un nuevo marco legal internacional simbolizado en particular por la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), ha llevado a cambios legislativos para que los NNA también sean reconocidos como sujetos de derechos a nivel de cada país. En el proceso de adaptación a este paradigma, la mayoría de los países de la región han adoptado nuevas leyes integrales sobre los derechos de los niños y adolescentes y han incorporado la titularidad de los derechos. Entre quienes promovieron estos cambios, la Comisión destaca los ejemplos a continuación.

[...]

Desafíos en el cumplimiento de las recomendaciones y decisiones de la CIDH en materia de violencia y discriminación contra mujeres y niñas

Violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes: Desafíos en el abordaje de sus causas y consecuencias desde una perspectiva interseccional

92. En el marco de su mandato, la CIDH ha afirmado la necesidad de atender las causas de la violencia de género contra las mujeres, niñas y adolescentes en todas sus manifestaciones para hacer frente a las principales problemáticas actuales en la región, que resultan en la vulneración del ejercicio y goce de sus derechos humanos. De la misma forma, la Comisión ha reafirmado la interseccionalidad como un concepto básico para comprender las maneras que se superponen los diferentes niveles de discriminación, el impacto de su concurrencia en el goce y ejercicios de los derechos humanos, y el alcance de las obligaciones de los Estados en la adecuación de sus respuestas frente a las mismas.³⁰

[...]

Desafíos para la eliminación de factores estructurales de discriminación

Prevalencia de normas discriminatorias contra las mujeres, niñas y adolescentes

96. La CIDH ha reiterado en varias ocasiones la obligación de los Estados de erradicar la discriminación basada en género contra las mujeres.³¹ En particular, los Estados han de “consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u

²⁸ República de Colombia. Sentencia T-6.118.808. Acción de tutela interpuesta por Gloria, Amparo, Alejandra, Luisa y Lina contra la Unidad para la Atención y Reparación Integral de las Víctimas. 11 de diciembre de 2017, párr. 213.

²⁹ CIDH. Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección. OEA/Ser.L/V/II.166 Doc. 206/17. 30 noviembre 2017, párrs. 275 y 276, y 38 y ss.

³⁰ CIDH. Las mujeres indígenas y sus derechos humanos en las Américas. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 44/17. 17 de abril de 2017, párr. 38.

³¹ Ver Supra, Capítulo 2. Buenas prácticas en el abordaje de la violencia y discriminación contra mujeres y niñas.

otros medios apropiados la realización práctica de ese principio.”³² Lo anterior incluye adoptar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la discriminación y la violencia contra las mujeres. A pesar de lo anterior, y según las informaciones recibidas por la CIDH, en algunos países de América Latina y del Caribe el principio de igualdad entre hombres y mujeres³³ no está aún consagrado en las constituciones o leyes nacionales, el principio de discriminación no incluye la discriminación basada en género e incluso, en algunos casos, siguen persistiendo normas discriminatorias contra las mujeres basadas en su género.

[...]

102. La Comisión señala que al penalizar de manera genérica la violación sexual e incluir circunstancias restrictivas para su enjuiciamiento, el matrimonio implicaría un consentimiento sexual entre los cónyuges en todo momento. Estas posturas descansan en la concepción de que la finalidad del contrato conyugal es la procreación y, por lo tanto, mantener relaciones sexuales es un deber correlativo a la naturaleza del matrimonio, con o sin consentimiento, deber que estaría especialmente dirigido a las mujeres por cuenta del rol asociado a su género por su capacidad reproductiva. Al respecto, la Comisión reitera que toda relación sexual sin consentimiento es una forma de violencia sexual y una forma de violencia contra las mujeres. Por ello, la CIDH recalca la recomendación del Comité CEDAW de revisar las disposiciones pertinentes con el fin de garantizar que la definición de los delitos sexuales, en particular la violación conyugal y por parte de un conocido o la violación en una cita, se base en la falta de libre consentimiento y tenga en cuenta circunstancias coercitivas.³⁴

[...]

Obstáculos para la erradicación de estereotipos y patrones socioculturales de discriminación

108. Instrumentos vinculantes como la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (en adelante “Convención CEDAW”) y la Convención de Belém do Pará, así como la CIDH y la Corte IDH han reconocido que la prevalencia de discriminación, estereotipos, prácticas sociales y culturales es “una de las causas y consecuencias de la violencia de género contra las mujeres”.³⁵ En este apartado la CIDH analiza, con base en la información recibida, los desafíos presentes a través de la región que dificultan y obstaculizan la eliminación de estereotipos y patrones socioculturales de discriminación que afectan a las mujeres y niñas.

[...]

Violencia y discriminación contra mujeres desafiando estereotipos asociados a su género: mujeres con compromisos políticos, mujeres periodistas y mujeres defensoras de los derechos humanos

³² Comité CEDAW. Decisión del Comité en virtud del Protocolo Facultativo de la CEDAW, CEDAW/C/50/D/27/2010. 30 de noviembre de 2011, Artículo 2.1.

³³ CIDH. Informe sobre los derechos de las mujeres en Chile: La igualdad en la familia, el trabajo y la política. OEA/Ser.L/V/II.134. Doc.63. 27 de marzo de 2009, párr. 42; CIDH. Estándares jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el sistema interamericano de derechos humanos: desarrollo y aplicación. OEA/Ser.L/V/II.143. 2015, párr. 52.

³⁴ CEDAW. Recomendación general num. 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general num. 19, párr. 29(e).

³⁵ CIDH. Las mujeres frente a la violencia y la discriminación derivadas del conflicto armado en Colombia. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 67. 2006, párr. 43; CIDH. Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas. OEA/Ser.L/V/II.164. Doc. 147. 2017, párr. 187; Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 401.

[...]

123. En el caso de las mujeres periodistas, la Comisión y su Relatoría Especial para la Libertad de Expresión han señalado que, si bien las mujeres periodistas enfrentan los mismos riesgos que sus pares varones, ellas enfrentan riesgos específicos basados en su género.³⁶ Así, aunque en los últimos años se registran cada vez más mujeres ejerciendo el periodismo, las normas sociales y los estereotipos de género todavía representan un enorme desafío para que las mujeres inicien y lleven a cabo una carrera en el ámbito del periodismo en igualdad de condiciones con los hombres y en muchos contextos, persiste la percepción de que el periodismo no es una profesión ‘apropiada’ para las mujeres, lo que da lugar a grandes presiones sociales para que éstas no accedan a la profesión o la abandonen.³⁷ En la región, las mujeres periodistas y las trabajadoras de los medios de comunicación señalan que el género no sólo se traduce en formas específicas de violencia como acoso verbal y psicológico, violencia física, sexual y violencia en línea e incluso, asesinatos, también se traduce en diversas formas de violencia y discriminación contra ellas en las salas de redacción, en sus condiciones laborales y el tipo de temas y coberturas que les son asignados.³⁸ Además, las mujeres periodistas señalan que los actos de violencia habitualmente cometidos contra ellas tienen impactos diferenciados en sus vidas y las de sus familiares, denunciado actos de violencia orientados a intimidarlas o silenciarlas perpetrados contra su entorno familiar, incluidos sus hijos e hijas.³⁹

[...]

Desafíos en el abordaje de formas prevalentes de violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes y su impacto diferenciado en grupos en situación de vulnerabilidad

[...]

Muertes violentas en razón de género

[...]

155. En los últimos años la CIDH ha reconocido la diversidad de esfuerzos legislativos e institucionales entablados por los Estados para responder a los asesinatos de mujeres por razones de género. Así, se observa que diversos países de América Latina y el Caribe los han incluido expresamente como conducta punible en el derecho penal, utilizando indistintamente los tipos de “femicidio” y “feminicidio”.⁴⁰ La CIDH reconoce que en Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y en Venezuela dicho crimen ha sido tipificado, diferenciándolo del concepto de homicidio - neutral en términos de género - con la intención de visibilizar la expresión de violencia,

³⁶ Relatoría Especial sobre la Libertad de Expresión de la CIDH (RELE). Informe sobre mujeres periodistas y libertad de expresión. OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF.20/18. 2018, párr. 12.

³⁷ Relatoría Especial sobre la Libertad de Expresión de la CIDH (RELE). Informe sobre mujeres periodistas y libertad de expresión. OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF.20/18. 2018, párr. 16.

³⁸ Relatoría Especial sobre la Libertad de Expresión de la CIDH (RELE). Informe sobre mujeres periodistas y libertad de expresión. OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF.20/18. 2018, párr. 31.

³⁹ Reunión de consulta con expertas para la elaboración del presente informe, 20 de febrero de 2018, Bogotá. Archivo CIDH. Marcela Turati. “Mujeres Periodistas, nuestros retos”, en El poder de cacicazgo. Violencia contra mujeres periodistas 2014-2015. CIMAC 2016; FECOLPER. Sociedad, guerra y periodistas: La información en tiempos de fusiles. Octubre 2017, pág. 157.

⁴⁰ Ver Análisis de legislación sobre femicidio/feminicidio en América Latina y el Caribe e insumos para una Ley Modelo. Para una aproximación conceptual de los términos “femicidio” y “feminicidio”. Sin fecha.

seguida de muerte, resultante de la posición de subordinación y riesgo en el cual se encuentran las mujeres.⁴¹

156. Sin embargo, a pesar de estos avances normativos, los países de la región continúan mostrando preocupantes cifras relacionadas con asesinatos de mujeres, poniendo de manifiesto los retos que aún existen para erradicar esta forma de violencia. Según datos de la CEPAL, cada día mueren en promedio 12 mujeres latinoamericanas y caribeñas por el solo hecho de ser mujer⁴² y, al menos, 3.287 mujeres fueron víctimas de asesinatos basados en género en 15 países de América Latina y el Caribe en el año 2018.⁴³ Asimismo, la CIDH ha observado que los asesinatos afectan de forma específica a ciertos grupos de mujeres en situación de especial vulnerabilidad, como las mujeres afrodescendientes y las mujeres lesbianas y transexuales.⁴⁴ En el caso de Brasil, por ejemplo, mientras que los asesinatos de mujeres blancas han disminuido en los últimos años, los de mujeres negras continúan aumentando.⁴⁵ Asimismo, la Comisión ha visto con preocupación que 80% de las mujeres transexuales latinoamericanas mueren antes de los 35 años, muchas de ellas, asesinadas.⁴⁶

[...]

Violencia sexual

174. En esta línea, la Comisión ha abordado de manera reiterada el alcance de las obligaciones estatales frente a casos de violencia sexual, incluyendo el deber de prevención, asentando estándares y recomendaciones al respecto. La Comisión ha sido enfática sobre los criterios que los Estados deben seguir en casos de violencia sexual de mujeres para que las investigaciones y procesos penales sean sustanciados con la debida diligencia.⁴⁷

177. Al respecto, la Corte Interamericana ha encontrado evidente que la violación sexual es un tipo particular de agresión que, en general, se caracteriza por producirse en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor o los agresores. Dada la naturaleza de esta forma de violencia, no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales y, por ello, la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho. Por estas razones, en tales casos debe darse especial peso a la declaración de la víctima y ser valorada en el contexto. Asimismo, dado el carácter traumático de la experiencia, es razonable que puedan existir variaciones e inconsistencias en el relato de las declaraciones de la víctima, lo cual no las invalida.⁴⁸

⁴¹ ONU Mujeres. Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio). 2014.

⁴² CEPAL. CEPAL: Al menos 2.795 mujeres fueron víctimas de feminicidio en 23 países de América Latina y el Caribe en 2017. 15 de noviembre de 2018.

⁴³ OIG - CEPAL. Indicadores de feminicidio. Consulta libre, noviembre de 2019.

⁴⁴ CIDH. Comunicado de Prensa No. 062/17. CIDH condena asesinatos de mujeres y urge a Estados a intensificar esfuerzos de prevención. 16 de mayo de 2017.

⁴⁵ CIDH. Observaciones preliminares visita a Brasil 2018; El Comercio. Una mujer es asesinada cada dos horas en Brasil, el país de los feminicidios. 7 de marzo de 2018; TELAM. La Unesco denuncia que las mujeres negras corren doble riesgo de femicidio. 11 de diciembre de 2017.

⁴⁶ CIDH. Comunicado de Prensa No. 137/15. En el Día Internacional de la Memoria Trans, CIDH urge a los Estados a aumentar la expectativa de vida de las personas trans en América. 20 de noviembre de 2015; TELAM. El promedio de vida de las personas trans que murieron en 2018 es de 36 años. 23 de febrero de 2018; El Observador. ¿Por qué las personas trans viven tan poco? 19 de octubre de 2018.

⁴⁷ Corte IDH. *Caso Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C No. 371, párr.182; Corte IDH. *Caso Espinoza González Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289, párr. 192; y Corte IDH. *Caso Favela Nova Brasília Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de febrero de 2017. Serie C No. 333, párr. 247.

⁴⁸ Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010, párrs. 89 y 91.

[...]

Violencia obstétrica

181. En el marco de su mandato, la Comisión ha recibido información dando cuenta que muchas mujeres sufren un trato irrespetuoso y ofensivo durante el parto, que viola los derechos de las mujeres a una atención respetuosa y amenaza sus derechos a la vida, la salud, la integridad física y la no discriminación.⁴⁹ Si bien no existe una definición jurídica del concepto de violencia obstétrica en derecho público internacional, la CIDH ha considerado que “la violencia obstétrica abarca todas las situaciones de tratamiento irrespetuoso, abusivo, negligente, o de denegación de tratamiento, durante el embarazo y la etapa previa, y durante el parto o postparto, en centros de salud públicos o privados.”⁵⁰ Así, la violencia obstétrica se configura en las acciones u omisiones por parte de los médicos y personal de apoyo en servicios de salud, públicos o privados, durante la atención en el proceso de gestación, parto y postparto, que se caracterizan por un trato deshumanizador o discriminatorio que causan un daño físico, psicológico o moral a la mujer.⁵¹

188. En el marco de lo anterior, la Comisión recomienda a los Estados adoptar las medidas necesarias para reconocer la violencia obstétrica como una forma de violencia contra la mujer, reglamentar su sanción, establecer mecanismos de denuncia y entablar campañas de concientización con el fin que las mujeres puedan conocer sus derechos, identificar esta forma de violencia y acceder a la justicia. Asimismo, la Comisión recomienda adoptar las medidas necesarias para garantizar la participación de la mujer, dándole acceso a información adecuada y multidisciplinaria sobre su cuerpo y su situación, con el fin de promover su libre elección sobre las formas de tratar su embarazo, respetando su consentimiento y su autonomía. Además, la CIDH recomienda establecer mecanismos de capacitación regular para profesionales de la salud sobre la protección de los derechos de las mujeres en sus procesos reproductivos.⁵²

[...]

Falencias en el abordaje de ciertas formas de violencia y discriminación contra las mujeres, niñas y adolescentes

[...]

⁴⁹ Organización Mundial de la Salud. Prevención y erradicación de la falta de respeto y el maltrato durante la atención del parto en centros de salud. 20 de junio de 2014.

⁵⁰ CIDH. Las mujeres indígenas y sus derechos humanos en las Américas. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 44/17. 2017, párr. 80; Organización Mundial de la Salud. The prevention and elimination of disrespect and abuse during facility-based childbirth. 2015; ACHUR. Informe sobre Mortalidad y Morbilidad Maternal Prevenible y Derechos Humanos. A/HRC/14/39. 16 de abril de 2010; Naciones Unidas. Relator especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto grado posible de salud física y mental. A/61/338. 13 de septiembre de 2006; CEDAW. Observación General No.14 sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto grado posible de salud. E/C.12/2000/4. 2000, párrs. 8, 44(a). Esta violencia se puede manifestar en cualquier momento durante la prestación de servicios de salud materna de una mujer, mediante acciones como por ejemplo, la denegación de información completa sobre su salud y los tratamientos aplicables; la indiferencia al dolor; humillaciones verbales; intervenciones médicas forzadas o coaccionadas como la utilización de técnicas de aceleración sin obtener el consentimiento previo de la mujer y la práctica de cesáreas existiendo condiciones para un parto natural y sin consentimiento previo de la mujer; formas de violencia física, psicológica y sexual; prácticas invasivas; falta de confidencialidad y el uso innecesario de medicamentos, entre otras manifestaciones. CIDH.

⁵¹ CIDH Audiencia sobre Denuncias sobre violencia obstétrica en Costa Rica celebrada el 23 de octubre de 2015 en el marco del 156 periodo de sesiones. CIDH. Informe sobre el 156 periodo de sesiones de la CIDH. 2015; Audiencia sobre Salud materna y denuncias de violencia obstétrica en México celebrada el 27 de marzo de 2014 en el marco del 150 periodo de sesiones; CEPAL. Otras formas de violencia contra las mujeres que reconocer, nombrar y visibilizar. Natalia Gherardi. Serie Asuntos de Género No. 141. LC/L.4262. 2016, pág. 17.

⁵² CIDH. Acceso a servicios de salud materna desde una perspectiva de derechos humanos, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 69 7 junio 2010, párr. 13.

Impactos de la criminalización total del aborto en los derechos de las mujeres, niñas y adolescentes

200. La Comisión ha entendido que los derechos sexuales y reproductivos incluyen el derecho a la igualdad y no discriminación, la vida, la integridad personal, la salud, la dignidad, y el acceso a la información, entre otros.⁵³ Frente a los mismos, la obligación fundamental de los Estados incluye garantizar el acceso pronto y adecuado a servicios de salud que sólo las mujeres, adolescentes y niñas necesitan en función de su género y de su función reproductiva, libre de toda forma de discriminación y de violencia, de conformidad con los compromisos internacionales vigentes en materia de desigualdad de género.⁵⁴ En el marco de lo anterior, tanto el sistema universal como el sistema interamericano de derechos humanos han abordado de forma progresiva y consistente los impactos de la denegación de dichos servicios sobre los derechos de las mujeres, y en particular, los impactos de la criminalización total del aborto en los países de América Latina y del Caribe.

[...]

202. De igual forma, la Comisión reitera el impacto negativo de las leyes que criminalizan el aborto de forma absoluta sobre los derechos a la vida, a la integridad personal, a la salud, y a los derechos de las mujeres a vivir libres de violencia y de discriminación en los casos de riesgo a la salud, inviabilidad del feto y en embarazos resultantes de violencia sexual o incesto.⁵⁵ Lo anterior, en tanto dichas disposiciones imponen una carga desproporcionada en el ejercicio de los derechos de las mujeres y las niñas, y crea un contexto facilitador de abortos inseguros.⁵⁶ Al respecto, la Comisión advierte que la criminalización absoluta del aborto, al imponer una carga desproporcionada en el ejercicio de los derechos de las mujeres, resulta contrario a las obligaciones internacionales que tiene el Estado de respetar, proteger y garantizar los derechos de las mujeres a la vida, a la salud y a la integridad.⁵⁷ Asimismo, la CIDH ha recibido información constante sobre las consecuencias directas que tiene la criminalización del aborto en todas las circunstancias y su vínculo con las cifras de morbilidad y mortalidad materna⁵⁸ en tanto, debido a la ausencia de opciones legales, seguras y oportunas, muchas mujeres han de someterse a prácticas peligrosas e incluso mortales; se abstienen o están desalentadas de requerir servicios médicos o tienen emergencias obstétricas sin la necesaria atención médica; o se ven sometidas, en caso de verse obligadas a proceder con el embarazo, a un prolongado y excesivo sufrimiento físico y psicológico.

⁵³ Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 264; Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párr. 97; Corte IDH. *Caso Xákmok Kásek Vs. Paraguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214.

⁵⁴ CIDH. Comunicado de Prensa No. 165/17. CIDH exhorta a todos los Estados a adoptar medidas integrales e inmediatas para respetar y garantizar los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. 23 de octubre 2017.

CIDH. Comunicado de Prensa No. 165/17. CIDH exhorta a todos los Estados a adoptar medidas integrales e inmediatas para respetar y garantizar los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. 23 de octubre 2017.

⁵⁵ CIDH. Situación de derechos humanos en Honduras. OEA/Ser.L/V/II. Doc.146/19. 2019, párr. 267; CIDH. Comunicado de Prensa No. 165/17: CIDH exhorta a todos los Estados a adoptar medidas integrales e inmediatas para respetar y garantizar los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. 23 de octubre 2017.

⁵⁶ CIDH. Informe Anual 2018. Nicaragua. Capítulo IV.B., párr. 219; CIDH. Informe Anual 2018. República Dominicana. Capítulo V., párr. 94.

⁵⁷ CIDH. Situación de derechos humanos en Honduras. OEA/Ser.L/V/II. Doc.146/19. 2019; CIDH. Informe Anual 2018. Nicaragua. Capítulo IV.B., párr. 219.

⁵⁸ CIDH. Informe Anual 2018. Capítulo III. Actividades de las relatoorías temáticas y de País y actividades de promoción y capacitación. Párrs.200 y 293. Por ejemplo, la Presidencia del Estado uruguayo reportó cómo la aplicación de la ley de interrupción voluntaria del embarazo, junto con la mejor en los recursos para las maternidades, permitió la reducción de la mortalidad materna. Así mismo en cuanto a interrupciones voluntarias del embarazo, destacó la realización de 9.719 procedimientos en 2016 y 9.830 en 2017, un incremento de 1,1 %, y la cifra de 0 casos de mortalidad materna por esta razón. Ver Presidencia Uruguay. Uruguay no registra casos de mortalidad materna por interrupción voluntaria del embarazo. 29 de mayo de 2018.

203. La CIDH recuerda que las diversas Conferencias de Naciones Unidas sobre desarrollo y población avanzaron progresivamente hacia una definición de los derechos sexuales y reproductivos⁵⁹, resaltando el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, incluida la planificación de la familia y la salud sexual.⁶⁰ En la misma línea, la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing afirmó que “en muchas partes del mundo en desarrollo, las complicaciones relacionadas con el embarazo y el parto se cuentan entre las principales causas de mortalidad y morbilidad de las mujeres en edad reproductiva. [...] El aborto en condiciones peligrosas pone en peligro la vida de un gran número de mujeres y representa un grave problema de salud pública, puesto que son las mujeres más pobres y jóvenes las que corren más riesgos. [...] En la mayor parte de los países, la falta de atención de los derechos reproductivos de la mujer limita gravemente sus oportunidades en la vida pública y privada, incluidas las oportunidades de educación y pleno ejercicio de sus derechos económicos y políticos. La capacidad de la mujer para controlar su propia fecundidad constituye una base fundamental para el disfrute de otros derechos.”⁶¹ Además, las conferencias coinciden que “en los casos en que el aborto no es contrario a la ley, deben realizarse en condiciones adecuadas. En todos los casos, las mujeres deberían tener acceso a servicios de calidad para tratar las complicaciones derivadas de abortos, [y] se debería considerar la posibilidad de revisar las leyes que prevén medidas punitivas contra las mujeres que han tenido abortos ilegales.”⁶²

[...]

209. En base a las consideraciones anteriores, la Comisión observa que El Salvador⁶³, Nicaragua⁶⁴, República Dominicana⁶⁵, Honduras⁶⁶, Haití⁶⁷ y Surinam⁶⁸ cuentan con

⁵⁹ Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo (México, 1984); Conferencia Mundial para el Avance de la Mujer (Kenia, 1985) y las respectivas Estrategias de Nairobi; Conferencia Mundial de Viena sobre Derechos Humanos (1993).

⁶⁰ En especial, la Declaración final de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo realizada en El Cairo consagró que “toda persona tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Los Estados deberían adoptar todas las medidas apropiadas para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso universal a los servicios de atención médica, incluidos los relacionados con la salud reproductiva, que incluye la planificación de la familia y la salud sexual. [...] Todas las parejas y todas las personas tienen el derecho fundamental de decidir libre y responsablemente el número y el espaciamiento de sus hijos y de disponer de la información, la educación y los medios necesarios para poder hacerlo”. Ver Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo. pág. 11.

⁶¹ ONU Mujeres. Declaración y Plataforma de Acción de Beijing. 2014, párr. 97.

⁶² ONU Mujeres. Declaración y Plataforma de Acción de Beijing. 2014. Pár.97. Medidas Que han de Adoptarse. Medida 106.

⁶³ República de El Salvador. Código Penal. Decreto No. 1030. Capítulo II. De los delitos relativos a la vida del ser humano en formación. Art.133; CIDH. Comunicado de Prensa No. 042/18. CIDH urge a El Salvador a terminar con la criminalización total del aborto. 7 de marzo de 2018.

⁶⁴ República de Nicaragua. Ley No. 641. Código Penal. Capítulo II. Aborto, manipulaciones genéticas y lesiones al no nacido. Artículos 143-145. 2006.

⁶⁵ República Dominicana. Código Penal. Sección 2da. De las Heridas y golpes voluntarios no calificados homicidios. De las violencias y de otros crímenes y delitos voluntarios. Artículo 317; CIDH. Seguimiento de recomendaciones formuladas por la CIDH con base en la mesa de trabajo sobre implementación de políticas de derechos humanos en República Dominicana. En Informe Anual 2018. Capítulo V. pár.93; Human Rights Watch. “Es tu decisión, es tu vida” La criminalización total del aborto en la República Dominicana. 19 de noviembre de 2018.

⁶⁶ República de Honduras. Código Penal. Decreto Número 144-83. Capítulo II. Aborto. Artículo 126; Amnistía Internacional. Honduras: Oportunidad histórica de despenalizar el aborto. 25 de abril de 2017; La Prensa. Para compartir esta nota utiliza los iconos que aparecen en el sitio. 6 de agosto de 2016; El Diario. La legalización del aborto, excluida del nuevo Código Penal de Honduras, que recibe fondos españoles. 6 de octubre de 2017. CIDH. Comunicado de Prensa No. 174/2019, CIDH y OACNUDH expresan preocupación por disposiciones del Código Penal en Honduras y hacen un llamamiento para revisarlas de acuerdo a los estándares internacionales e interamericanos en materia de derechos humanos, 12 de julio de 2019.

⁶⁷ República de Haití. Código Penal. Section 2. Blessures et coups volontaires non qualifiés meurtre et autres crimes ou délits volontaires. Artículo 262; Le Nouvelliste. Enjeu juridique autour de la problématique de l'avortement en Haïti, 13 de marzo de 2018.

⁶⁸ República de Surinam. Código Penal. Título XIV. Misdrijven tegen de zeden. Artículo 319. Párrs.355-358. 1910; ECLAC. National Review Surinam. Mayo de 2014, pág.21; CEDAW. Third periodic report of States Parties. Suriname. 9 de junio de 2005, pág.48.

disposiciones criminalizando el aborto en todas circunstancias, incluyendo en casos de riesgo para la vida de la mujer, cuando el embarazo es resultado de una violación sexual, y en casos de incompatibilidad del feto con la vida extrauterina.⁶⁹

[...]

Desafíos específicos relativos a los derechos de las niñas y Adolescentes Matrimonio infantil y uniones de hecho

[...]

217. Para la CIDH resulta preocupante que no hay evidencia de progreso en la región de América Latina y el Caribe hacia la erradicación de esta práctica, en tanto las cifras demuestran que los índices se mantienen tan altos como hace 25 años. Según el UNICEF, este hemisferio es la única región del mundo en la que los matrimonios infantiles y las uniones tempranas no han disminuido en los últimos 10 años; por el contrario, se han mantenido alrededor del 25 por ciento, mientras que en otras áreas del mundo se han registrado disminuciones significativas, especialmente en Asia meridional.⁷⁰ El UNFPA calcula que 2% de las mujeres en edad fecunda en América Latina y el Caribe tuvieron su primer parto antes de los 15 años.⁷¹

[...]

Embarazos precoces y embarazos consecuencia de violencia Sexual

[...]

253. La Comisión observa que el embarazo infantil y adolescente es un serio problema en el hemisferio con cerca de 10 millones de embarazos al año.⁷² De acuerdo con información disponible, América Latina y el Caribe es la única región en el mundo donde los partos en niñas menores de 15 años van en aumento, y la segunda región con mayor número de embarazos en adolescentes entre 15 y 19 años.⁷³ Según diversas autoridades internacionales, los países de la región con las tasas estimadas más elevadas de fecundidad en adolescentes están en Centroamérica, encabezados por Guatemala, Nicaragua y Panamá; en el Caribe por República Dominicana; y en América del Sur, por Bolivia y Venezuela.⁷⁴

⁶⁹ Guillaume, Agnès y Clémentine Rossier. *Abortion around the World. An Overview of Legislation, Measures, Trends, and Consequences*. Vol. 73, no. 2, 2018, págs. 217-306.

⁷⁰ UNICEF. Comunicado de Prensa: América Latina y el Caribe: una década perdida en la reducción del matrimonio infantil. 6 de abril de 2018. La Comisión igualmente considera esencial señalar que “una de las principales razones por las que el matrimonio infantil y las uniones tempranas en la región no se han reducido está relacionada con la alta tasa de embarazos adolescentes, siendo la segunda en el mundo, y el riesgo de violencia sexual para las niñas (1,1 millones de adolescentes informan haber sufrido abuso sexual). Ver: UNICEF. Comunicado de Prensa: América Latina y el Caribe: una década perdida en la reducción del matrimonio infantil. 6 de abril de 2018.

⁷¹ Organización Panamericana de la Salud, Fondo de Población de las Naciones Unidas y Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. *Acelerar el progreso hacia la reducción del embarazo en la adolescencia en América Latina y el Caribe*. Washington, D.C., 2018.

⁷² CIDH. Audiencia temática Violencia sexual contra las niñas en América Latina y el Caribe celebrada el 24 octubre 2017 en el marco del 165 periodo ordinario de sesiones; CIDH. Audiencia temática Derechos humanos de las niñas en América Latina y el Caribe celebrada el 28 de octubre 2013 en el marco del 149 periodo ordinario de sesiones; y Fondo de las Naciones Unidas para las Poblaciones (UNFPA). *Maternidad en la niñez. Enfrentar el reto del embarazo en adolescentes*, págs. 5, 6, 10, 11 y 12.

⁷³ OPS, OMS, UNFPA y UNICEF. *Acelerar el progreso hacia la reducción del embarazo en la adolescencia en América Latina y el Caribe*. Febrero 2018.

⁷⁴ OPS, OMS, UNFPA y UNICEF. *Acelerar el progreso hacia la reducción del embarazo en la adolescencia en América Latina y el Caribe*. Febrero 2018. De la misma manera, la CIDH recibió información sobre otros países de la región. En el caso de Argentina, “desde el primer año de la década de los 2000 (2000-2016), un promedio de 2967 niñas entre 10 y 14 años experimenta embarazos que concluyen en partos, esto es, 8 niñas por día”. [Informe de CLADEM presentado ante la CIDH en el marco del Cuestionario]. De acuerdo con UNICEF, durante el año 2016 en Argentina se registraron 99.324

[...]

Conclusiones y recomendaciones

309. En el marco de este informe, la CIDH ha recopilado y analizado los principales estándares interamericanos en materia de violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes, así como las recomendaciones para alcanzarlos. A la luz de los estándares y de las recomendaciones, la Comisión ha identificado tanto avances y logros relevantes, como desafíos pendientes en la región. En vista de lo anterior, la Comisión Interamericana concluye este informe reiterando la necesidad de continuar adoptando esfuerzos diligentes y progresivos para afrontar las principales problemáticas que enfrentan los Estados en cuanto al cumplimiento de las recomendaciones emitidas por la Comisión en materia de protección, prevención y acceso a la justicia frente a la violencia y discriminación contra las mujeres, niñas y adolescentes.

[...]

Recomendaciones

1. Identificar activamente los grupos de mujeres, niñas y adolescentes en especiales condiciones de discriminación o riesgo con el fin de adoptar de legislación, políticas públicas, programas y mecanismos de protección judicial para prevenir, responder y remediar hechos de violencia desde un enfoque inter-seccional. Estas medidas deben tomar en cuenta sus necesidades particulares y las barreras materiales que limitan el ejercicio de sus derechos.

2. Crear espacios de participación plena y activa para representantes y organizaciones de grupos en especial situación de vulnerabilidad en la formulación y ejecución de iniciativas, programas y políticas en todos los niveles de gobierno. Estos espacios han de promover específicamente la participación de mujeres y de niñas, en los términos analizados en el presente informe.

4. Diseñar y adoptar servicios integrales, integrados e intersectoriales a nivel nacional y local que incorporen una perspectiva de género y de derechos de la niñez para responder a las necesidades de las mujeres y de las niñas. Establecer mecanismos interinstitucionales de coordinación y diálogo entre los programas y servicios nacionales y locales destinados a mujeres víctimas de violencia y discriminación.

5. Diseñar y/o fortalecer políticas de prevención de actos de violencia y discriminación contra las mujeres y niñas, mediante un enfoque integral, que abarque los sectores de justicia, educación y salud, y que aborde las distintas manifestaciones de la violencia y los contextos en que ésta ocurre. Considerar que las políticas de prevención deben ser estructuradas de manera accesible a niñas, adolescentes y mujeres de distintas edades.

[...]

nacimientos de madres menores de 20 años de los cuales 2.149 corresponden a madres de menos de 15 años y 96.905 a madres de entre los 15 y 19 años. Al respecto UNICEF expresó preocupación por la situación “extremadamente grave” sobre todo desde el punto de vista sanitario, social y jurídico ya que dichos casos estuvieron principalmente relacionados con el abuso sexual de las madres.”

DECLARACIÓN CONJUNTA SOBRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y
ELECCIONES EN LA ERA DIGITAL
*JOINT STATEMENT ABOUT FREEDOM OF EXPRESSION AND ELECTIONS IN THE
DIGITAL AGE*

Sumario

Recomendaciones a los Estados | Recomendaciones
para los actores no estatales

Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y de Expresión, el Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) y el Relator Especial para la Libertad de Expresión de la Organización de los Estados Americanos (OEA)¹

Habiendo analizado estas cuestiones conjuntamente con la colaboración de artículo 19, Campaña Mundial para la Libertad de Expresión (*article 19, Global Campaign for Free Expression*) y el Centro para el Derecho y la Democracia (*Centre for Law and Democracy, CLD*);

Recordando y reafirmando nuestras Declaraciones Conjuntas del 26 de noviembre de 1999, 30 de noviembre de 2000, 20 de noviembre de 2001, 10 de diciembre de 2002, 18 de diciembre de 2003, 6 de diciembre de 2004, 21 de diciembre de 2005, 19 de diciembre de 2006, 12 de diciembre de 2007, 10 de diciembre de 2008, 15 de mayo de 2009, 3 de febrero de 2010, 1 de junio de 2011, 25 de junio de 2012, 4 de mayo de 2013, 6 de mayo de 2014, 4 de mayo de 2015, 4 de mayo de 2016, 3 de marzo de 2017, 2 de mayo de 2018 y 10 de julio de 2019;

Destacando el papel esencial que desempeñan la libertad de expresión e información, los medios de comunicación independientes y diversos, y una internet libre y accesible para asegurar elecciones libres y justas, incluidos los referendos; en particular, en lo referente a informar al público acerca de los partidos y los candidatos y sus plataformas;

Observando, en particular, el rol que cumplen los medios de comunicación de servicio público —en los lugares donde existen— durante las elecciones, entre otras cosas, brindado a los candidatos y partidos acceso equitativo al público, una plataforma para el debate político e información imparcial y precisa sobre cuestiones vinculadas con las elecciones;

Reconociendo la importancia que reviste, para la democracia, contar con un entorno de medios dinámico, caracterizado por un debate público sólido sobre asuntos de interés común, y que el público tenga acceso a un abanico diverso de información e ideas;

¹ Nota del editor. El contenido de este apartado es el texto original publicado en la página oficial de la Organización de los Estados Americanos.

Teniendo presentes los desafíos contemporáneos en materia de libertad de expresión y libertad de los medios que han surgido, en parte, a raíz de una importante evolución de los medios de comunicación, la convergencia de los medios tradicionales y digitales, y el papel cada vez más esencial que juegan las redes sociales y las tecnologías digitales, como así también la necesidad de que el marco normativo que rige la libertad de expresión refleje estos cambios y promueva una supervisión transparente y responsable de la moderación de los contenidos virtuales;

Reconociendo las posibilidades y el aporte que pueden hacer las tecnologías digitales durante períodos electorales, que incluyen brindar a los votantes acceso a la información y darles la oportunidad de expresar sus opiniones e interactuar directamente con los candidatos, y ofrecer a los candidatos y a los partidos —incluso aquellos que tienen recursos limitados— la capacidad de difundir sus mensajes y recabar apoyo;

Expresando grave preocupación ante las amenazas y ataques violentos que los periodistas pueden enfrentar durante los períodos electorales y el hecho de que las campañas de desprestigio dirigidas específicamente a los periodistas —y en especial a las mujeres periodistas— menoscaban su trabajo y la confianza pública en el periodismo;

Instando a los gobiernos a que no abusen de su posición para sesgar la cobertura que brindan los medios de comunicación, sean públicos o privados, ni para difundir propaganda que pueda influir en los resultados de las elecciones;

Denunciando que la desinformación deliberada, la información errónea o manipulada, diseminada con intención de dañar, así como las “expresiones de odio”, pueden generar y exacerbar tensiones vinculadas con las elecciones; instando a los partidos y los candidatos a evitar utilizar intencionalmente estos tipos de declaraciones para potenciar sus perspectivas electorales, y reconociendo el importante papel que desempeñan las autoridades y organismos electorales independientes al abordar estas formas de expresión y promover el acceso a la información;

Alarmados por el uso indebido de las redes sociales, por parte de actores estatales y privados, para subvertir los procesos electorales, incluso a través de diversas formas de comportamiento no auténtico y el uso de “propaganda computacional” (emplear herramientas automatizadas para influir sobre el comportamiento);

Preocupados porque muchos Estados están sancionando leyes que, si bien se encuentran formalmente justificadas en el interés de afrontar los problemas señalados, limitan de manera indebida la libertad de expresión, extienden el control del Estado sobre los medios, restringen la libertad en Internet y/o amplían la facultad de diversos actores de recopilar datos personales;

Condenando las restricciones sobre la capacidad del público para acceder a Internet, lo cual incluye interrupciones completas o parciales del servicio, que limitan gravemente la posibilidad de los medios de comunicación, los partidos políticos, los candidatos y otros actores para comunicarse con el público, como también la capacidad del público para acceder a la información;

Enfatizando la necesidad de establecer normas y sistemas sólidos que exijan que los partidos y candidatos actúen de manera transparente con respecto al gasto en medios de comunicación relacionado con procesos electorales;

Conscientes de que en todo el mundo está previsto llevar a cabo elecciones en medio de la pandemia de COVID-19, lo cual genera nuevos obstáculos al momento de brindar información,

a veces impuestos de manera injustificable por actores del Estado, en un momento en el cual los votantes tienen una necesidad imperiosa de acceder a una variedad de ideas e información para tomar decisiones electorales informadas;

Adoptamos, el 30 de abril de 2020, como parte de las celebraciones del Día Mundial de la Libertad de Prensa, la siguiente Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión y Elecciones en la Era Digital:

Recomendaciones a los Estados

Principios generales

- i. Los Estados deben establecer un marco regulatorio e institucional que promueva la libertad, independencia y diversidad de medios de comunicación, tanto en el sector tradicional como en el de medios digitales, capaz de brindar a los votantes acceso a información amplia, precisa y confiable sobre los partidos políticos, los candidatos y el proceso electoral en su totalidad.
- ii. Los Estados deben promover el acceso efectivo a Internet y a otras tecnologías digitales para todos los sectores de la población, entre otras cosas, cerrando las brechas digitales basadas en el género, la raza, el origen étnico, la discapacidad, la situación socioeconómica y otros factores, y establecer políticas y requisitos claros a fin de garantizar que se respete el principio de neutralidad en la red.
- iii. Los Estados deben cerciorarse de que todas las restricciones sobre la libertad de expresión que se apliquen durante períodos electorales cumplan con los requisitos del test tripartito del derecho internacional sobre legalidad, legitimidad del fin perseguido y necesidad, lo cual implica lo siguiente:
 - 1) No debe haber censura previa de los medios de comunicación, lo que incluye el bloqueo administrativo de sitios web de medios y las interrupciones del servicio de Internet.
 - 2) Toda limitación que afecte el derecho a difundir pronunciamientos electorales debe cumplir con los estándares internacionales aplicables, que incluyen la necesidad de que las figuras públicas toleren un mayor nivel de críticas y escrutinio que los ciudadanos comunes.
 - 3) No deben establecerse leyes generales ni ambiguas sobre desinformación, como prohibiciones respecto a la difusión de “falsedades” o “información no objetiva.”
 - 4) Los límites que se impongan a los medios que brinden información sobre encuestas de opinión pública en períodos de elecciones también deberían cumplir rigurosamente con el test tripartito.
- iv. Los actores estatales nunca deben utilizar su posicionamiento ni su poder para adoptar medidas orientadas a influir indebidamente sobre la información que brindan los medios de comunicación, incluso sobre elecciones; ya se trate de medidas directas, como por ejemplo, el otorgamiento de licencias para medios o el ejercicio del control sobre los medios públicos o los organismos que regulan

los medios, o bien a través de medidas indirectas, como por ejemplo, la limitación del acceso al papel prensa y a frecuencias radiales, o la reducción de la capacidad de los medios de comunicación para distribuir sus productos libremente en todo el país.

- v. Los actores estatales deben asegurarse de que los medios de comunicación gocen de un acceso sin impedimentos a fuentes de información oficial y a los candidatos a ocupar cargos públicos, y de que no encuentren obstáculos indebidos que afecten su posibilidad de difundir dicha información e ideas, incluso durante la pandemia de salud pública de COVID-19, y también mediante la implementación de los principios de la presente Declaración Conjunta.

Cobertura de las elecciones por parte de los medios de comunicación

- i. En los períodos electorales, los medios —tanto tradicionales como digitales— deberían quedar exentos de responsabilidad por la difusión de declaraciones realizadas en forma directa por partidos o candidatos, salvo que un tribunal u órgano regulador independiente e imparcial haya determinado específicamente que tales declaraciones son ilegales, o si esas declaraciones constituyen una incitación a la violencia y el medio tuvo una oportunidad genuina de evitar que se difundan.
- ii. Todo órgano administrativo que tenga la facultad de supervisar las normas relativas a los medios de comunicación en períodos electorales debería ser independiente del gobierno, y sus decisiones deberían estar sujetas a una revisión judicial oportuna.
- iii. En períodos de elecciones, todos los medios públicos deberían asegurarse de que el público esté informado acerca de asuntos electorales, respetar estrictas normas de trato justo, imparcialidad y equilibrio, y brindar a todas las partes y candidatos igualdad de oportunidades para comunicarse directamente con el público, sea en forma gratuita o con tarifas subsidiadas.
- iv. Todas las normas sobre gastos electorales que tengan por objeto crear condiciones electorales equitativas deberían aplicarse a los medios tradicionales y digitales, teniendo en cuenta sus diferencias, incluidas las normas sobre la transparencia de la publicidad política.
- v. Los Estados deberían realizar un esfuerzo concertado para promover la alfabetización en materia de medios de comunicación digitales e información, incluyendo con relación a las elecciones.
- vi. No debería permitirse que a través de los medios de comunicación se realice publicidad política orientada específicamente en función de los datos personales de los destinatarios, en particular durante períodos de elecciones, salvo que tales personas hayan dado su consentimiento para que sus datos personales se utilicen para tal fin.

Restricciones a la libertad de expresión/de los medios de comunicación durante las elecciones

- i. Los Estados deberían evaluar la posibilidad de respaldar medidas positivas para abordar el problema de la desinformación en línea, como la promoción de instancias independientes para la verificación de información y campañas de educación pública, y al mismo tiempo, evitar adoptar normas para criminalizar la diseminación de desinformación.
- ii. Los Estados deberían adoptar leyes claras y proporcionales, que prohíban la difusión de declaraciones que persigan el propósito específico de obstaculizar el derecho de las personas a votar; por ejemplo, difundiendo deliberadamente información incorrecta sobre dónde o cuándo votar.
- iii. Los Estados tienen una obligación especial de tomar medidas rápidas y eficaces para prevenir, proteger, investigar, juzgar y sancionar los ataques, las amenazas, la intimidación y el acoso, tanto en el ámbito virtual como fuera de este, contra periodistas y otros trabajadores de medios de comunicación, incluso contra sus bienes y familias, durante períodos electorales, particularmente en los casos en los cuales están o pueden estar involucrados actores del Estado. Esta obligación se encuentra especialmente acentuada en relación con periodistas mujeres y personas que pertenecen a grupos marginados.
- iv. Los intermediarios de internet no deberían considerarse responsables por la desinformación, la información errónea o la información manipulada, que se haya difundido de forma deliberada en sus plataformas, salvo que intervengan específicamente en ese contenido o que incumplan una orden legalmente vinculante de retirar ese contenido.

Acceso a la información relativa a elecciones

- i. Los Estados deberían establecer que los medios de comunicación, tanto tradicionales como digitales, den a conocer públicamente quiénes son sus propietarios, de conformidad con el principio de no discriminación.
- ii. Los partidos y candidatos deberían estar obligados a transparentar y proporcionar información oportuna sobre sus gastos en elecciones, en particular, el gasto destinado a medios tradicionales y digitales, así como a otras iniciativas de comunicación digital.
- iii. Los actores estatales, incluidos los responsables de reglamentar las elecciones, deberían ser absolutamente transparentes en relación con cualquier acuerdo o asociación de carácter formal o informal en materia electoral que tengan con intermediarios de internet y, en particular, con empresas digitales y de redes sociales.

Recomendaciones para actores no estatales

Actores digitales

- i. Los intermediarios de internet y los medios digitales deberían implementar los Principios Rectores de la ONU sobre las Empresas y los Derechos Humanos y tomar medidas con debida diligencia para asegurar que sus productos, políticas y

- prácticas no afecten los derechos humanos, incluyendo las áreas de recopilación de datos privados y micro direccionamiento de mensajes.
- ii. Los medios y las plataformas digitales deberían hacer esfuerzos suficientes para adoptar medidas que posibiliten a los usuarios acceder a diversas ideas y perspectivas políticas. En particular, deberían cerciorarse de que las herramientas automáticas, como los algoritmos de clasificación, no obstaculicen indebidamente —sea o no de manera intencional— el acceso a contenidos relacionados con elecciones y la disponibilidad de diversos puntos de vista para los usuarios.
 - iii. Los intermediarios de internet dominantes deberían considerar, como parte de sus medidas de debida diligencia, evaluar si sus productos, políticas o prácticas sobre publicidad política limitan de modo arbitrario la capacidad de los candidatos o los partidos de difundir sus mensajes.
 - iv. Los medios digitales y los intermediarios de internet deberían realizar esfuerzos suficientes para abordar la desinformación, la información errónea o manipulada intencionalmente, así como el envío de correo no deseado relacionado con las elecciones. Esto incluye la promoción de instancias de verificación independientes y la implementación de otras medidas, como mantener archivos respecto a la publicidad política contratada, moderación apropiada de contenidos y alertas públicas.
 - v. Los actores digitales deberían, según corresponda, adoptar medidas de transparencia con respecto al uso y al impacto que pueden ocasionar en la práctica las herramientas automatizadas que utilizan, aunque no necesariamente los códigos específicos con los cuales operan, incluyendo en qué medida tales herramientas afectan la recopilación de datos, la publicidad dirigida, y la divulgación, clasificación y/o la eliminación de contenidos, sobre todo aquellos relacionados con elecciones.

Otras partes interesadas

- i. Las emisoras de radio y televisión no deberían interferir en la transmisión de contenidos electorales de terceros, salvo que así lo dispusiera un tribunal o un órgano regulador independiente e imparcial (incluso del ámbito administrativo), o si tienen la certeza casi absoluta de que eso resulta necesario para evitar un daño sustancial a un interés legítimo; como a través de un acto de violencia.
- ii. Los partidos, los políticos y los candidatos deberían abstenerse de limitar la posibilidad de los medios y los periodistas de acceder a cualquier comunicación pública que realicen en relación con las elecciones.
- iii. Los medios de comunicación, tanto tradicionales como digitales, deberían transparentar las metodologías utilizadas en todas las encuestas de opinión pública que lleven a cabo o sobre las cuales informen.

CUADERNO JURÍDICO Y POLÍTICO, CJP, es una revista académica semestral 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.

Incorporado en:

latindex

 LatinREV
Red Latinoamericana de Análisis en Ciencias Sociales

MIAR

Google
Scholar

 DRJI

 C.I.R.C.
EC3metrics